وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبــو بكر بلقايد – تلمسان –
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم : الحقوق

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين

واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية
- دراســـة مقـــارنة -

من إعداد الطالبة:
درار نسيمة

تحت إشراف:
أ.د. دنوني هجيرة

لـــجنة المناقشة :

– أ.د. يـــوسف فتيحـــة	أستاذة	جامعة تلمســـان	رئيســـة
– أ.د. دنـــوني هجيـــرة	أستاذة	جامعة تلمســـان	مشرفـــة ومقررة
– أ.د. بموسات عبد الوهاب	أستـــاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشـــا

السنة الجامعية : 2011-2012

قال الله تعالى :

﴿ يَرۡفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مِنكُمۡ وَٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡعِلۡمَ دَرَجَٰتٖۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعۡمَلُونَ خَبِيرٞ ﴾ سورة المجادلة، جزء من الآية 11 .

شكر و عرفان

{ قالوا سبحانك لا علم إلا ما علمتنا انك أنت العليم الحكيم}.

أو بداية أشكر اللّه عز وجل شكرا خالصا يليق بمقامه، وأحمده حمدا كثيرا يملأ الأفق على إعانته لي لانجاز هذا العمل المتواضع.

أرفع خالص الشكر إلى الأستاذة المشرفة "هجيرة دنوني" التي أكن لها فائق الاحترام و التقدير، و التي لم تبخل عليا بتوجيهاتها للإتمام هذا العمل المتواضع.

و دون أن أنسى هؤلاء الذين تحسبهم شموعا تحترق لتنير درب العلم و المعرفة " أساتذتي الكرام من التعليم الابتدائي إلى التعليم الجامعي"

كما أتقدم بالشكر و التقدير إلى كل من ساعدني من قريب من بعيد في انجاز هذه المذكرة و أخص بالذكر الأستاذ الفاضل " بن دهوم محمد سفيان"

أتقدم أيضا بالشكر الجزيل و الامتنان إلى كل عمال المخبر العلمي خاصة شكرية و حكيمة والى كل عمال مكتبة الحقوق .

إهداء

تجف الكلمات و تتوارى خلف ستار الفضائل و الحياء، فيعجز اللسان عن نطقها،و تفيض مشاعر المحبة و الحرمان

أهدي هذا العمل المتواضع:

إلى من ربتني صغيرة ورعتني كبيرة، إلى من أعطتني العزم والهمة وورثت عنها الأخلاق النبيلة "جدتي الغالية أطال الله عمرها"

إلى القلب الحنون الذي قال فيه لو كان غير الله يعبد في الورى لعبدت أمي بعد ذكر الخالق أجمل العطايا في قلبي رجاؤك ، إلى من باتت نور قمري يضيء ظلمة ليلي و نفحات وسيم تدفئ روحي، إلى من سقتني من نبع الحب و الحنان، أملا يعيش معي و أتمنى أن يكون دعائي كفيلا برد جمائلها علي إليك

" أمي الرائعة".

إلى الجبين الندي واليد المعطاءة والنور الذي يستضاء به وأسير على منحاه جبل شامخ جبهة عالية في قوته رحيم وفي عطفه كريم والدي الغالي ، إلى أعظم إنسان أكن له المودة و الاحترام إليك

" أبي الغالي ".

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله إلى من أثروني على أنفسهم إلى من علموني علم الحياة و اظهروا لي ما هو أجمل من الحياة. إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات إخوتي " محمد-عبد الهادي- حنان" جعلكم الله أنجب الناس و أنجحهم .

إلى قنديل دربي وأحلى لحظات عمري ومن حسن حظي أنك أختي" أسماء "خير أخت واصدق ناصح كنت

إلى رمز الحنان و الصفاء خالتي العزيزة و إلى أبنائها الأعزاء.

إلى رمز الصداقة و منبع الأخوة و التي قاسمتني ذكريات حياتي الحلوة و المرة و كانت أملا ينير دربي "زوجة خالي فضيلة"

إلى من قاسمتهم أحلى لحظات عمري وخضنا في الأيام جنبا إلى جنب فكانوا خير سند أصدقائى الأعزاء.

قائمة أهم المختصرات

1- أهم المختصرات باللغة العربية

المصطلحات	اللغة العربية	اللغة الفرنسية	اللغة الانجليزية
ط	الطبعة	Edition	Edition
م.س.	مرجع سابق	Op-cite / ibid.	ibid.
ص	الصفحة	page	page
ج.م.	الجريدة الرسمية	Journal officiel	Official gazette
ق.م.	القانون المدني	Droit civil	Civil law
ق.ي.ت.ا	قانون اليونسترال لتوقيع الالكتروني	Cnudci pour la signature electronique	Uncitral for electronic signature

2- أهم المختصرات باللغة الأجنبية

المصطلحات	اللغة العربية	اللغة الفرنسية	اللغة الانجليزية
C.T	المحكمة الإلكترونية	Electronique cour	Cyber Tribunal
M.P.V	القاضي الإفتراضي	Magistrat projet virtuel	Magistrate PROJECT Virtual
E.D.E	سجل بيانات الكتروني	Enregistreur de données informatisées	Electronic data envelope
XML	لغة تصميم صفحات الويب	Conception des pages web en langage	Extensible Markup Language
WIPO	المنظمة العالمية للملكية الفكرية	organisation mondiale de la propriété Intellectuelle	World Intellectuel Property Organisation
RAUSPA	دائرة الأمم المتحدة للتخطيط ورابطة المؤتمر الوطني العراقي و الوكالة المستقلة لأبحاث الحياة	Unites pour la fonction de planification et de l’ association des congres national irakien et l’agence de recherche indépendant pour	United Servicer planning Association Inc and The Independent Research Agency for life Incurance

	la vie .		
organization	organisation	منظمة	org
The national security agency	L’ agence de sécurité nationale	وكالة الأمن القومي الأمريكية	N.S.A
military			mil
International committee of the specialized agencies	Comite international des institutions spécialisées	اللجنة الدولية الخاصة	IAHC
government	gouvernement	حكومية	gov
u.s federal bureau of investigation	u.s. bureau federal d’ investigation	مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكية	F.B.I
education	éducation	التربية و التعليم	edu
electronic documents acceptance and routing system	Les documents électroniques et de l’acceptation du système de routage	نظام إرسال و قبول البيانات	EDAR
commercial	commerciales	متعلق بالتجارة	com
Case Management system	Système de case management	نظم إدارة الدعوى بين المحاكم	CMS
Central intelligence agency	Agence centrale de renseignement	وكالة الاستخبارات المركزية	C.I.A
American Arbitration Association	Association américaine d’arbitrage	الجمعية الأمريكية للمحكمين الالكترونية	A.A.A

مقدمة

مقدمة

لعل هذا المولود الذي ينتمي بنسبه إلى إبداعات التقنية في الاتصال، و يجمع في نبضاته علوم الحضارات، هو الحاسوب الذي ولد في عصر سمي باسمه فكان عصر المعلومات ووسائل التقنية في الاتصالات، ومن أصلابه خرجت إلى الوجود شرايين امتدت إلى أرجاء العالم، و سميت بشبكة الانترنت.

فبعد الثورة الصناعية الكبرى في القرن التاسع عشر كان لا بد من تتويج هذه المرحلة باكتشافات تخدم الإنسانية جمعاء ، وتحقق ذلك فعلاً باختراع الحاسوب الآلي الذي ولج إلى كل الميادين الصناعية والتجارية والطبية والعلمية وحتى العسكرية بل وتعدى الأمر ذلك بكثير لدرجة أصبح من المستحيل الاستغناء عن الحواسيب في أي مكان حتى في المنازل .

ومع اختراع الحاسوب كان هناك اختراع آخر لا يقل شأناً وأهمية عنه ألا وهو وسائل الاتصالات وكان هذان الاختراعان يتطوران و يتقدمان بخطى ثابتة نحو الأفضل كل على حده، لحين اندماجهما في خط واحد مع استخدام تقنية الشبكات السلكية واللاسلكية.

وبعد أن تحول العمل اليدوي إلى الحاسوب الذي يرتبط عادة بحواسيب أخرى عبر شبكات صغيرة أو كبيرة، أصبحت المعلومات في خطر دائم لأن اختراق أي جهاز يعني إمكانية الدخول إلى الأجهزة الأخرى التي ترتبط عبر شبكة واحدة (الانترنت)[1].

فأضحت شبكة الانترنت[2] الحدث العالمي الأبرز في أواخر القرن العشرين، و يتداوله الناس بمفاهيم نسبية متباينة من حيث الاستعمال و الاستفادة في مختلف المجالات,

---

1 عرف المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 98-257المؤرخ في 25 أوت 1998و الذي يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها في مادته الثانية/2 .

(خدمة الواب الواسعة النطاق(wide webworld(www.Web : خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط MULTIMEDIA (نصوص-رسوم بيانية – صوت- صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة HY Pertexte.

2 – يعرف رجال القانون شبكة الإنترنت بأنها كم لا نهاية له من المعلومات مجمع في بيئة الكترونية طوعتها وسائل التكنولوجيا حيث يمكن الوصول إليها و الاستفادة منها و الإضافة إليها إذا لم يكن ثمة موانع قانونية تمنع ذلك,كم أن النواة الأولى لشبكة الانترنت ظهرت عندما بدأت وزارة الدفاع الأمريكية مشروع ARPA(Advanced Research Project Agency) في تاريخ 1969/1/2و الذي كان يقصد تحقيق هدف استراتيجي و هو إرسال تعليمات التصويب من خلال مراكز التحكم إلى قواعد الصواريخ حتى واو بعد تدمير جزء من شبكات الاتصال نتيجة لتعرضها للهجوم ,و قد اتسع نطاق هذه الشبكة سريعا لتدخلها و

الاقتصادية و العلمية و الثقافية، و غيرها من أنماط الحياة في كثير من جوانبها الحساسة[1]

والانترنت كلمة إنجليزية مركبة مختصرة ومكونة من مقطعين (Inter) اختصارا للكلمة الإنجليزية (International) و (Net) اختصارا لكلمة (Network) وتعني شبكة الانترنت أو الشبكة العالمية للمعلومات، عبارة عن شبكة ضخمة من الحواسيب المتصلة فيما بينها حول العالم التي يتم من خلالها تبادل المعلومات، وهي أكبر شبكه حواسيب موسعة تغطي جميع أنحاء العالم، تربط بين حواسب شخصية، شبكات محلية وشبكات عامة، ويمكن لأي أن يصبح عضوا في هذه الشبكة من منزله أو مكتبه[2]، ويستطيع حينها الوصول إلى قدر هام من المعلومات عن أي موضوع يبحث.

فهذا التقدم العلمي و التكنولوجي في العصر الحديث يفتح آفاقا ضخمة أمام التقدم البشري، إلا انه يحمل في نفس الوقت بين طياته مخاطر ضخمة تهدد قيم وحقوق و أمن الأفراد و الجماعة و أسس و أبعاد المسؤولية المدنية و الجنائية .

فالتقنية، هي فيما وصلت إليه الآن من مراحل التطور، أمكنها أن تجمع شتات المعلومات عن كل فرد وتحيلها إلى بيان تفصيلي بتحركاته واهتماماته ومركزه المالي و.... غيرها[3]

ففي خضم الثورة الرقمية، والصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم، أحدثت تكنولوجيا المعلومات قفزة نوعية في ابتكار أنجع الأساليب والطرق في الترويج للمنتجات والخدمات ، فاتحة الباب على مصراعيه للمنافسة الحرة في عالم لا تحكمه إلا سمات الثقة بالنفس أولاً وبالآخرين ثانياً، بالاعتماد على مستويات المخاطرة والمجازفة المحسوبة وغير المحسوبة، هذا التطور السريع فتح المجال أمام دول العالم في التنافس لتسويق منتجاته،

تقاسمها جميع مصادر المعلوماتية في الولايات المتحدة الأمريكية , ونشأ من هذا التداخل الشبكة الجديدة ARPANET, وقد أدى ظهور هذه الشبكة إلى ربط كبرى المواقع المعلوماتية ببعضها و في أ وائل التسعينات كانت الثورة في عالم الانترنت بظهور الشبكة العنكبوتية العالمية (الويب) (world wide web) و في عام 1995اصدرت شركة —Microsoft-البرنامج متصفح الانترنت فظهرت شبكة الانترنت بوجهها الحالي .

1- عايد رجا الخلايلة ,المسؤولية التقصيرية الالكترونية ,المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب و الانترنت – دراسة مقارنة- الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع ,عمان, 2009ص 46 .

2 – نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008، ص34-36.

3 – أسامه عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، 1994 . ، ص 48.

وخاصة الدول النامية التي تسعى جاهدة لتحقيق التقدم في رفع معدلات النمو الاقتصادي ورفع الكفاءة الإنتاجية وذلك عن طريق خلق فرص عمل جديدة.

هذا و قد عرفت العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبنيتها القانونية، فأصبح إبرام العقود الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون والقضاء على السواء.

فقد أدى الانتشار المتنامي لهذه الظاهرة إلى شيوع ما يسمى بالعقود الإلكترونية، هذه الأخيرة باتت اليوم تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية،سيما الشق المتعلق بالمسؤولية وصعوبات الإثبات، وذلك بالنظر لتعقد العلاقات الناجمة عن مثل هذا النوع من العقود، واختلاف الوسيط المادي الذي يتم من خلاله تحرير العقد وتدوين بنوده.

ففي مثل هذا النوع من التعاقد تثور مجموعة من الأسئلة الهامشية والمحورية في نفس الوقت من قبيل مدى اعتبار ما يتم تدوينه على الدعامات غير الورقية هو من قبيل الكتابة المعتد بها في الإثبات، مما يفتح المجال أمام ميلاد المسؤولية بصدد إجراء و تنفيذ المعاملات الالكترونية[1].

ففي بيئة الانترنت، تتدفق المعلومات والاتصالات عبر الحدود دون أي اعتبار للجغرافيا والسيادة، ويمنح الأفراد معلوماتهم لجهات داخلية وخارجية وربما جهات ليس لها مكان معروف، وهو ما يثير مخاطر إساءة استخدام هذه البيانات خاصة في دول لا تتوفر فيها مستويات الحماية القانونية للبيانات الشخصية. وقد لا تخدم القوانين الوطنية كثيرا في هذا الفرض، كما أن تضمينها نصوصا بشأن السيطرة على نقل البيانات قد لا يكون فاعلا في ظل غياب التنسيق وضمان أن يكون نقل البيانات محكوما باتفاقات تكفل حمايتها أو تضمن توفر حماية مماثلة في الدولة المنقول لها البيانات ، وتعدو المخاطر أوسع مع نشوء ملاجئ آمنة لا تقيد عمليات المعالجة بأي قيد ، فهي ملاجئ تهرب إليها مؤسسات الأعمال في بيئة الانترنت للإفلات من القيود القانونية ، تماما كما في حالات البحث عن ملاجئ لا تفرض فيها الضرائب أو تتيح تبادل الأموال دون رقابة ، وهذه تمثل تحديا عالميا وليس مجرد تحد

1 –"الإلكترونية" وهي صفة لكلمة التجارة ، أي هي نوع من التوصيف لطريقة ممارسة النشاط الاقتصادي، ويقصد به هنا أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائط والأساليب الإلكترونية، وحيث تعتبر الإنترنت والشبكات العالمية والمحلية أهم هذه الوسائط.

وطني، ولعلها الأساس الذي يدفع نحو إبرام اتفاقيات ثنائية وعالمية في حقل حماية البيانات الشخصية عبر الحدود وهو نفس الأساس الذي اوجب إيجاد الأدوات العقدية التي تفرض على الجهة متلقية البيانات أو الوسيطة في تلقيها لإرسالها لطرف ثالث التزامات قانونية معينة تدور في مجموعها حول هدف حماية الخصوصية ومنع إساءة استخدام بيانات الأفراد الخاصة إلى جانب غرضها في منع الأنشطة الاحتيالية والمساس بالمستهلك في بيئة الانترنت[1].

هذا ورغم التطور الهائل الذي يعرفه العالم في ميدان المعاملات التجارية الالكترونية التي صارت تنافس التجارة التقليدية من حيث الحجم والتي يتوقع الخبراء أن تتجاوزها[2] خلال السنوات القادمة في ظل نسب النمو العالية التي تسجلها التجارة الالكترونية، إلا أن الجزائر لم تسن لحد الآن قانونا خاصا بالتجارة الالكترونية فلم نجد سوى بعض النصوص التطبيقية التي تمس بشكل أو بآخر أحد جوانب التجارة الالكترونية كالقانون الخاص بموردي الانترنيت، أو المواد المتعلقة بالجريمة الالكترونية، أو تلك المتعلقة بالملكية الفكرية والتي تتضمن مواد متعلقة بالملكية الصناعية[3] .

❖ **هدف الدراسة :**

يستهدف هدا البحث أن يتناول بالدراسة و التحليل القواعد القانونية التي تحكم مختلف جوانب المعاملات الالكترونية- في نطاق القانون الخاص- و ذالك في ضوء التشريعات و التدابير القانونية التي وضعت خصيصا لتنظيم هذه التعاملات التقنية،إلى جانب القواعد العامة التي تتلاءم أحكامها مع طبيعة هذه المعاملات، بغية التوصل إلى أجوبة قانونية لجملة من التساؤلات الرئيسية و التي يمكن إجمالها فيما يلي :

1 – مقال لقاسم النعيمية. التجارة الإلكترونية بين الواقع والحقيقة .كلية الاقتصاد–جامعة دمشق– http://www .arablaw. org

2 – مقال بعنوان التسويق الإلكتروني هل يحقق الحلم، الموقع العربي المصري باب. WWW.BAB.COM

3 – مداخلة محافظ الشرطة مصطفاوي عبد القادر في الندوة الدولية حول الجرائم الالكترونية، من تنظيم مركز الأبحاث القانونية و القضائية لوزارة العدل يومي 05–06 ماي 2010.

هل تكشف قواعد المسؤولية المدنية بتطورها الدائم أنها السلاح البارز الذي يتصدى به رجال القانون لمواجهة كل المخاطر ذات الطابع الالكتروني التي تهدد استقرار الفرد و الجماعة أم كشفت و انتهى الأمر عن قصورها النسبي في توفير الحماية الوقائية ضد المعاملات و المخاطر الالكترونية ؟.

و هل تعاني المعاملات الالكترونية من حيث تنظيمها القانوني من فراغ قانوني أم أنها كأية ظاهرة اجتماعية أخرى لا تخرج عن حكم القواعد العامة و القوانين القائمة بصورة عامة ؟أم أن الأمر يتطلب تنظيما و تدابير قانونية مغايرة و خاصة لتتلاءم مع خصوصية هده التعاملات ؟

❖ **مشاكل البحث :**

إن دراسة أية ظاهرة اجتماعية من الناحية القانونية تتطلب تأصيل هده الظاهرة و بالتالي إما ربطها بظاهرة معروفة قد استقرت بشأنها القواعد القانونية كي تأخذ حكمها و تطبق عليها تلك القواعد، و إما أن يتم تصنيفها خارج الظواهر المعروفة و بالتالي تشخيص مواطن الخصوصية و التفرد فيها و التي نخرجها من نطاق ما هو قائم من قواعد قانونية .

و تعد المعاملات الالكترونية و المسؤولية المتعلقة بها ضمن الطائفة الثانية و التي تتميز بطبيعتها الخاصة و المتميزة انطلاقا من كون المعاملات و الصفقات فيها تتم بين أطراف متباعدين مكانيا إلا أن الوسائل المستخدمة في التبادل بين الأطراف تلغي أحيانا عامل الزمان و أحيانا تبقى عليه ،كما أن هده الوسائل المتطورة تحقق لأطراف العلاقة ما يمكن أن يعد حضورا حكميا (افتراضيا) بالرغم من ما قد تفصل بينهم من مسافات أحيانا،ومن ناحية أخرى فان التعامل يكون بين أطراف العلاقة من خلال نظم معالجة و تبادل البيانات و المعلومات الكترونيا و عبر الشبكة العنكبوتية.

ومن هنا جاءت ردود الأفعال متباينة سواء من قبل المشرعين أم الهيئات الدولية ذات العلاقة أو الشراح ، بين ترك تنتظم المعاملات الالكترونية لحكم القواعد القانونية العامة، و بين من وضع المعالجات لبعض جوانب التجارة الالكترونية بصفة عامة .

أما عن صعوبات هدا البحث فإنها لا تكمن في مستلزمات كتابة هدا البحث التي قلما يخلو منها أي بحث قانوني من هذا القبيل ، و إنما تكمن في التعامل مع موضوع يمكن أن نعده –

مجازا- موضوعا متحركا ،ذلك أن حداثة ظاهرة التعامل الالكتروني قد أدت إلى عدم بلورة المفاهيم القانونية فيها يشكل مستقر بعد، كما أن المستجدات التي تطرأ على هدا الموضوع باستمرار تجعله غير منضبط و لا مستقر الجوانب، و بالتالي تكون مهمة البحث عن تنظيم قانوني مستقر له أمر لا يخلو من المشقات .

❖ **منهجية البحث :**

لقد أعتمد في هدا البحث أسلوب البحث القانوني لمقارن بين عدة قوانين في نطاق القواعد العامة أم في نطاق القوانين التجارية و قواعد القانون الدولي الخاص، أم في نطاق التشريعات الحديثة التي و ضعت أساسا لتنظيم التعامل الالكتروني ، و سواء على المستوى الوطني أم على المستوى الدولي ، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن المقارنة لم تكن بشكل منهجي و ثابت بين القواعد الواردة في القانون الجزائري و القوانين المقارنة الأخرى في جميع مفردات هدا البحث لانعدام القواعد القانونية التي تخص معظم فقرات هدا البحث في التشريعات الجزائرية القائمة ، فحيثما وجد نص في القانون الجزائري تمت المقارنة معه .

إن الأسلوب العلمي المعروف في البحوث القانونية يتطلب أن تكون المقارنة في كل جزئية من البحث بين الموقف التشريعي ثم القضائي ثم الفقهي ،و قد دعت ندرة الأحكام القضائية الصادرة في مجال المعاملات الالكترونية ، التي اختفت في كثير من جزئيات هدا البحث إلى اقتصار المقارنة على الموقفية التشريعي و الفقهي منها فقط .

فينطلق منهج دراسة المسؤولية المدنية في المعاملات الالكترونية عبر فصليها العقدي و التقصيري، حيث ندرس من خلال الفصل الأول،المسؤولية العقدية في المعاملات الالكترونية و ما تتسم به من طبيعة خاصة،سواء في مرحلة التفاوض أو إبرام العقد أو تنفيذه.

ونتناول في الفصل الثاني المسؤولية التقصيرية المتأتية عن سوء استخدام الانترنت و طرق تسوية المنازعات الالكترونية، مستهلين ذلك بلمحة أولية عن القواعدالعامة للمسؤولية التقصيرية، ثم نعرض لتطبيق تلك المسؤولية على مقدمي خدمات الانترنت و نختم هذا الفصل ببيان مجال التحكيم و كيفية رفع الدعوى إلى المحاكم الالكترونية و القانون الواجب التطبيق و هكذا تتضح أمامنا خطة هذا البحث على النحو التالي:

❖ **المفاهيم الرئيسية في البحث :**

نضرا لحداثة موضوع التجارة الالكترونية واحتوائها على اصطلاحات و مفاهيم تبدو أحيانا غير مألوفة فان ذلك يقتضي تسليط الضوء على مدلول أهم هذه المصطلحات و المفاهيم التي سوف ترد و تتكرر في ثنايا هذا البحث للتوضيح:

1- التجارة الالكترونية : هي المعاملات التجارية التي تتم بوساطة المراسلات و التقنيات الالكترونية الحديثة

2- المصادر القانونية للمعاملات الالكترونية : هي القواعد و التدابير القانونية على الصعيدين الوطني و الدولي و التي و ضعت لتحكم المعاملات في بيئة التجارة الالكترونية

3- العقود الالكترونية : و هي العقود التي يتم إبرامها باستخدام وسائل الاتصال الالكترونية في بيئة التجارة سواء بين التجار ام بينهم و بين المستهلكين .

4- التبادل الالكتروني للبيانات : و هو نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى أخر.

5- اتفاقات التبادل الالكتروني للبيانات : و هي الإطار الذي يتفق بموجبه الأشخاص على وضع الشروط القانونية و التقنية في استخدام تبادل البيانات الالكترونية ضمن علاقاتهم التجارية .

6- رسائل البيانات الالكترونية : و هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية[1] .

7- نظم معالجة المعلومات : وهي النظم الالكترونية المستخدمة باشاء أو استخراج أو إرسال أو استلام أو تخزين أو عرض أو معالجة المعلومات أو الرسائل الكترونيا

8- الحاسب الآلي : جهاز الكتروني يتعامل مع المعلومات و البيانات بتحليلها و برمجتها و إظهارها و حفظتها و إرسالها و استسلامها بوساطة برامج وأنظمة معلومات الكترونية و يمكن ان يعمل بشكل مستقل او بالاتصال مع اجهزة او أنظمة الكترونية أخرى.

[1] - هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية،دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر،طبعة 2009،ص 17 .

9- شبكات المعلومات : و هي عبارة عن قنوات اتصال ترتبط بين اجهزة و نظم معالجة المعلومات ،وقد تكون هناك شبكة واحدة مغلقة بين هذه الأجهزة فتسمى ب: (الانترنت) ، و قد يقصد بها الشبكة العالمية المفتوحة التي هي في الواقع شبكة تضم عشرات الشبكات الفرعية و يعبر عنها ب:(الانترنت).

10- الوسيط الالكتروني أو(الجهاز المؤتمت):و هو برنامج او نظام الكتروني لحاسب إلي يمكن إن يتصرف أو يستجيب لتصرف ما بشكل مستقل كليا او جزئيا دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتصرف فيه أو يستجيب.

11- نظام مصادقة الشخص الثالث : وهو تدخل طرف أجنبي عن المتعاقدين بناء على طلبها ليضمن صحة البيانات التي تتعلق بأحد أطراف العلاقة أو كليهما و يضمن المعاملات و المبادلات التي يتم إجراؤها الكترونيا .

12- نظام التشفير او الترميز : وهي عملية تحويل المعلومات المتبادلة بين الأطراف عبر رسائل البيانات الالكترونية إلى شكل غير مفهوم بحث لا يمكن الحصول على بيانات الأصلية إلا باستخدام عملية فك التشفير و بالمفتاح المخصص لذلك .

13- التوقيع (الإمضاء)الالكتروني : و هو التوقيع المكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني و الملحق أو المرتبط منطقيا برسالة الكترونية و لها طابع يسمح لتحديد هوية الشخص الذي وقعها و تمييزه عن غيره و يدل على موافقته على مضمون ما ارتبط به.

14- ملتزمات التجارة الالكترونية : و هي القواعد القانونية المنظمة لبعض المسائل الضرورية لقيام و نجاح هذه التجارة و خصوصا حماية المستهلك و أداء المقابل و الإثبات في مجال التجارة الالكترونية .

15- وسيلة الدفع أو الأداء الالكتروني : و هي الوسيلة التي صاحبها من القيام بعملية الوفاء المباشر عن بعد عبر شبكات المعلومات[1] .

[1] - هادي مسلم يونس البشكاني،مرجع سابق، ص 19

الفصل الأول

المسؤولية العقدية الإلكترونية

الفصـــل الأول : المســـؤوليـــة العـــقديـــة الالكترونيـــة

العقد[1] الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتلاقى فيه القبول بالإيجاب[2] على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، بوسائل مسموعة ومرئية تخلق تفاعلاً بين الموجب والقابل، وهذه الوسائل غير مقتصرة على الإنترنت وخدماته المتعددة، بل تشمل وسائل اتصالات إلكترونية أخرى كالفاكس والتلكس والفاكس

ميل[3] والهاتف، فهذه الوسائل التي ينعقد العقد الإلكتروني خلالها من أهم الخصائص التي تميزه عن العقد التقليدي[4]. وعلى اعتبار أن هذا العقد ينتمي لزمرة العقود المبرمة عن بعد والتي تنعقد بوسائط إلكترونية دون تواجد مادي للأطراف ففيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد، ومن طبيعة المحل و الضمانات وسبل التنفيذ إلى غير ذلك ,بما يدفع كل طرف إلى الكثير من التساؤلات و التحفظات و المفاوضات قبل الدخول في العقد النهائي يتم بطرقٍ خاصةٍ مختلفةٍ عن العقد التقليدي وهذا تمهيد لعناوين المباحث الثلاث على التوالي:

المبحث الأول : المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني

المبحث الثاني : المسؤولية عند إبرام المعاملات الالكترونية

المبحث الثالث : المسؤولية بمناسبة تنفيذ المعاملات الالكترونية

---

[1] -يعرف فقهاء اللغة العقد بأنه إحكام الشيء و تقويته و الجمع بين أطرافه بالربط المحكم،ويعرف فقه القانون العقد أنه ارتباط بين إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني .أنظر محمد حسن رفاعي العطار،البيع عبر شبكة الانترنت،دراسة مقارنة،دار الجامعة الجديدة،الطبعة الأولى،سنة2007،ص 14.

[2] - قد نص القانون المدني الجزائري في المادة 60 على أن:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه."فالعبارة الأخيرة من نص المادة تتيح المجال قانونيا لأسلوب التعاقد عبر الانترنت حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع ثابت و دائم له على شبكة الانترنت يعني أن يقصد اتخاذ مسلك و طريق يشير و يعلن فيه للناس نيته في التعاقد عبر موقعه و يؤكد هذا التوجه الدكتور توفيق فرج بقوله أن:" التعبير عن الإرادة يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة مقصوده"، فوقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في الأماكن المعدة لها يعد عرضا صريحا للجمهور و كذلك الشأن لوضع آلات ميكانيكية لبيع الحلوى و زجاجات المشروبات أو وضع جهاز تلفون آلي.

[3] - أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنيت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002 ، ص 49

[4]- مقال منشور على الموقع الالكتروني

http://www.najah.edu/modules/graduates/graduates.php?hint=2&id=5171604&l=ar

المبحث الأول : التفاوض الالكتروني

يمر العقد قبل إبرامه إذا لم يكن من العقود فورية الانعقاد ــ أيا كان تكييفه القانوني بمراحل عدة ــ أهمها مرحلة التفاوض أو مرحلة ما قبل التعاقد، وهى المرحلة التي يتم خلالها التقريب بين وجهتي نظر الطرفين التي غالبا ما تكون متباينة، حيث يحرص كل طرف على استبقاء حريته في عدم التعاقد أو التعاقد بشروطه حتى لحظة الاتفاق النهائي[1].

فإذا كان التعاقد فيما مضى يتم بطريقة سريعة تتناسب مع طبيعة المعاملات حيث كان أحد الطرفين يتوجه للطرف الأخر بإيجاب بسيط ثم ما يلبث هذا الأخير أن يقبل هذا الإيجاب فينعقد العقد وينتهي الأمر. إلا أن الحال قد تغير، لأن هذه الطريقة التقليدية لم تعد تناسب إلا العقود البسيطة أما العقود المركبة التي أوجدتها الأساليب الحديثة و المتطورة في التعامل فلم تعد تتلاءم معها الآن، وذلك لكونها ترد على المشاريع العملاقة ومتعددة الجنسيات، وهي بذلك تنصب على عمليات مركبة ومليئة بالتعقيدات الفنية و القانونية ،وعليه كان من الغير الممكن إبرام هذا النوع من العقود من الوهلة الأولى وبطريقة بسيطة وإنما أصبح من الضروري جدا أن يسبق إبرامها مرحلة شاقة من المفاوضات التي قد تستغرق الكثير من الوقت وتستنزف الكثير من الجهد، أو أن يلجأ الطرفان إلى التعاقد بالعربون أو التعاقد عن طريق الوعد بالعقد أو العقد الابتدائي، ولذلك كانت هذه المرحلة من أهم المراحل التي يمر بها العقد بل هي أكثرها خطورة على الإطلاق[2].

وبناءا على ما سبق بيانه فقد ارتأينا أن نخصص لدراسة هذا المبحث ثلاثة مطالب ،نبحث في أولها الجوانب القانونية للمفاوضات العقدية عبر الانترنت ،أما المطلب الثاني فنخصصه لدراسة حسن النية في التفاوض، على أن نخصص المطلب الثالث لدراسة الوعد بالتعاقد و التعاقد بالعربون على اعتبار أن الوعد بالتعاقد وكذلك التعاقد بالعربون هي حالات يمهد من خلالها لإبرام العقد عبر شبكة الانترنت ، فهي تجعل منه عقدا غير

[1] - د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية، الناشر دار النهضة العربية،طبعة 1998 ، ص 11

[2] - رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ،دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع،القاهرة، سنة 2000،ص 1-2-3.

بات شأنها في ذلك شأن المفاوضات ،على الأقل من حيث الدور الذي تؤديه وليس من حيث الوضع القانوني .

المطلب الأول: الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات العقدية في العقد المبرم عن بعد

تقوم المفاوضات على أسس ومبادئ علمية تتحكم فيها عوامل كثيرة، فالتفاوض على العقد علم وفن، فهو لم يعد قائما على الجدل والنقاش الارتجالي بل أنه أصبح علم قائم بحد ذاته له أصوله وقواعده ومناهجه، وهو فن يحتاج لموهبة خاصة وقدرات ذاتية يتمتع بها المتفاوض بحيث تجعله خبيرا بتكتيكات التفاوض وذلك عن طريق تحديد أهدافه ومقاصده مسبقا من العملية التفاوضية[1] وإذا كان للتفاوض هذه الأهمية العظيمة فان ذلك يتطلب منا القيام بالإجابة على عدد من التساؤلات أبرزها يتعلق بتحديد المقصود بالتفاوض، وكيف تتم هذه العملية ما بين شخصين حاضرين وكذلك ما بين شخصين غائبين، ثم ما هو الوقت الضروري أو اللازم لكي تتم في مدته عملية التفاوض، وما هي الأهمية التي تترتب على ذلك، الإجابة على هذه التساؤلات تتمثل بما سنوضحه في الفروع التالية ووفقا لما يلي:

الفرع الأول: تحديد ماهية التفاوض

لعل أول ما يثار من تساؤلات عند الحديث عن ماهية التفاوض على العقد[2] هو تحديد المقصود به، ومن ثم البيان خصائصه، وهذا ما سنوضحه من خلال ما يلي :

البند الأول: تعريف التفاوض

التفاوض في اللغة هو المساواة و المشاركة، وفي الاصطلاح هوالعملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي بين الطرفين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة. وقد تعرف العملية التفاوضية بتعريف يدل على أنها عبارة عن اتصال شفوي يتم بين طرفين – أو أكثر – بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك على طريق العمل أو على صيغة مشتركة بينهما[2]، وقد عرف

[1] - بشار محمد دودين و محمد يحيى المحاسنة، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع 2006،الطبعة 1،ص89

[2] - عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني،رسالة دكتوراه ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، ص83

البعض التفاوض على العقد – وهو تعريف مختار – بأنه حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض أو المقترحات وبذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل[1]

البند الثاني:خصائص التفاوض

يمتاز التفاوض على العقد بعدد من الخصائص، ولعل أبرز تلك الخصائص ما سنجمله في النقاط التالية:

أولا : *التفاوض ثنائي الجانب على أقل.* [2]

لا جدال أن التفاوض على العقد هو ثنائي الجانب، أي أنه يتم من قبل جانبين أو أكثر من ذلك، إما النقاش و الحوار وجها لوجه وإما بطريقة المراسلة، وفي هذا المقام تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور حصول مفاوضات في حالة التعاقد مع النفس، وذلك لأن التفاوض يقوم بالأساس على التقريب بين وجهتي النظر المختلفة و المصالح المتضاربة وهذا ما لا يمكن تصوره في هذه الحالة .

ثانيا : *التفاوض تصرف إرادي*

من ناحية لا تحدث عملية التفاوض إلا عندما تتجه إرادة الأطراف المتفاوضة إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين، ومن ناحية أخرى فان إرادة الطرفين تضل حرة تماما طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول إلى التفاوض أو الاستمرار فيه أو الانسحاب منه ولو في أخر لحظة، ويرجع ذلك كله إلى انطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية .

ثالثا : *التفاوض يتم باتفاق أطراف العقد*

وهذا ما يحصل دائما، سواء تم الاتفاق بشكل صريح أو بشكل ضمني، وسواء تم بصورة شفهية أو بصورة كتابية، فالمفاوضات العقدية لا تحدث نتيجة صدفة بحثه و إنما تتم باتفاق سابق يوافق بموجبه الطرفان من حيث المبدأ على المضي قدما بإبرام العقد، حيث يمنحهما هذا الاتفاق العلم الكافي بالعقد محل التفاوض[3] .

---

[1] - رجب كريم عبد اله، مرجع سابق، ص 64.

[2] - بشار محمد دودين و محمد يحيى المحاسنة، مرجع سابق،ص90.

[3]- عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد، سنة النشر1998، الطبعة الأولى،مكتبة الحلبي الحقوقية، ص 238

رابعا: *التفاوض يقوم على التبادل و الأخذ و العطاء*

يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة، ويتم ذلك عن طريق تبادل العروض و المقترحات بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط و المطالب التي جاء بها، وذلك حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس ثمة أية عملية تفاوض[1] .

خامسا : *التفاوض دون نتيجة احتمالية*

تعتبر النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد أن يتم بالفعل إبرام العقد المتفاوض عليه، ذلك بان ينجح الطرفان في التوصل إلى اتفاق نهائي بشان جميع الشروط الجوهرية في العقد، ثم يقومان بإبرام العقد بشكل نهائي عن طريق تبادل الإيجاب و القبول المتطابقان و بالتوقيع على وثيقة العقد، ومع ذلك تعتبر هذه النتيجة نتيجة احتمالية قد تتحقق و قد لا تتحقق فليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام ذلك العقد بالفعل، وإنما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء، وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى انه إذا تم العدول في مرحلة التفاوض على العقد و اقترن هذا العدول بخطأ أضر بالطرف الأخر فان المفاوض الذي انسحب يتحمل تبعة هذا الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية وليس المسؤولية العقدية وذلك تأسيسا على الإخلال بواجب حسن النية، خاصة إذا كان العذر غير مقبول، ذلك لأن مرحلة المفاوضات العقدية يحكمها مبدآن رئيسيان هما : مبدأ حرية التفاوض، ومبدأ حسن النية .

سادسا : *التفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرامه*

يهدف التفاوض مهما كانت أشكاله إلى الإعداد و التحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان لا يلزم الطرفين فانه يهدف في النهاية إلى إبرام العقد بعد أن قام الطرفان بالتمهيد له عبر التوصل إلى اتفاقات مرحلية تقود المتفاوضان في النهاية لبلورتها إلى اتفاق نهائي في المحصلة[2] .

و لكن كم شكلا يوجد للتفاوض شكل واحد أم عدة أشكال ؟

---

[1]- رجب كريم عبد اله، مرجع سابق،ص 68-69

[2]- بشار محمد دودين و محمد يحيى المحاسنة، مرجع سابق،ص92.

البند الثالث: أشكال التفاوض

أولا : التفاوض ما بين غائبين:

و هو أن يتم التفاوض ما بين طرفين كل منهما في مكان مختلف، بحيث تفصل فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة (الإيجاب) من احدهما و علم الأخر به، و يتم هذا التفاوض بواسطة رسول دون أن تثبت له النيابة أو من خلال تبادل البرقيات أو بواسطة التلكس أو الفاكس، وقد تتم العملية التفاوضية ما بين غائبين بصورة مختلطة بمعنى أن يتم جزء منها بشكل مباشر ما بين الطرفين و الجزء الآخر يتم عن طريق عن طريق تبادل خطابات النوايا[1].

ثانيا: التفاوض ما بين حاضرين

لا يجري التفاوض في فراغ، وإنما يتم في مكان معين في جميع الأحوال، وبناءا على ذلك يتأثر التفاوض بعوامل البيئة التي تحيط به، والعملية التفاوضية قد تتم بطريق الاتصال المباشر ما بين المتفاوضين، بحيث لا تكون هنالك فترة زمنية تفصل بين صدور الكلام من احدهما وعلم الآخر به، وهذا التفاوض يتم بإحدى طريقتين هما: أن يتحقق اجتماع الطرفين في مكان واحد، أو أن يكون هنالك اتصال مباشر بينهما ثم عبر إحدى وسائل الاتصال الحديثة بالرغم من اختلاف مكان تواجد كل منهما، و هذا على النحو التالي :

- *التفاوض وجها لوجه*[2].

التفاوض وجها لوجه هو ذلك التفاوض الذي يجلس فيه الطرفان المتفاوضان وجها لوجه على طاولة المفاوضات واحدة قد تتخذ أشكالا عدة، فقد تكون مستديرة أو مستطيلة أو أنها تتخذ أي شكل أخر، وأول ما يتفاوض عليه الطرفان يكون المكان الذي سيتفاوضان فيه، ذلك لأن المكان يلعب دورا مهما من حيث ما سيترتب من أثار ستؤثر بشكل ايجابي أو سلبي على سير المفاوضات وما ستسفر عنه من نتائج وقد جرت العادة على بدء التفاوض في مكان احد الطرفين تم الانتقال إلى مكان الطرف الأخر لمواصلة العملية، أو يتم اختيار

---

[1] - خطابات أو رسائل النوايا هي عبارة عن إتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض. ويسميها بعض الفقه بإتفاقات التفاوض، حيث يرغب الأطراف من خلالها الحصول على امتياز تجاري، أو ائتمان دولي، أو إلزام العميل بضمانات فنية أو تقنية أو بعدم إفشاء الأسرار المتعلقة بالمفاوضات، أو عدم التفاوض مع أي مورد آخر وغيرها **أنظر للمزيد من التفاصيل:**

Cf.(R) Baillod. Les lettres d'intention, R.T.D.com, 1992, p547 et s .(j.p) Vertel. Les Lettres d'intention, Rev. Banq, 1986, p895 ets ; (G) Penichin. La Lettre d'intention, D.P.C.I, 1979, p49

[2] - بشار محمد دودين و محمد يحيى المحاسنة، مرجع سابق،ص93-94 .

مكان محايد منذ البدء، أو قد يتم الاتفاق على أي حل أخر، وتكمن أهمية التفاوض وجها لوجه في قدرة كل طرف متفاوض على التعرف على الطرف الأخر بشكل جيد و دقيق خاصة في حالة التفاوض مع الغرباء، كذلك فان التفاوض وجها لوجه قد يكسر حدة الجمود الذي قد يلقي بظلاله على الأطراف المتفاوضة إذ لم يجري وفقا لهذا الشكل .

- *التفاوض عبر وسائل الاتصال الحديثة*[1].

يتم هذا النوع من التفاوض بين طرفين موجودين في مكانين مختلفين عن طريق إحدى وسائل الاتصال المباشر (الفوري) التي تترك أثرا ماديا مكتوبا لإثبات التفاوض، وذلك بدلا من تحمل مشقة الانتقال و السفر و الإقامة بعيدا عن أرض الوطن وما يستتبع ذلك من إضاعة للجهد والوقت و المال ،كذلك فان التفاوض عبر وسائل الاتصال الحديثة يجنب الطرفين الاختلاف على اختيار مكان وزمان التفاوض ،فالتكنولوجيا الحديثة تجنبنا الكثير من الإشكاليات بتوفيرها وسائل للاتصال بالغة التقدم تعمل مباشرة بفضل الأقمار الصناعية و الألياف البصرية، فقد تم ابتكار الهاتف المرئي والتلفاز والتلكس و الفاكس وغيرها من وسائل اتصال أخرى وصولا إلى الانترنت التي ذاع استخدامها لدى الأعمال في كافة أنحاء العالم والتي أصبحت هي السائد في إطار ألتعامل التجاري الدولي [2].

وإذا كان التفاوض الذي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة يمتاز بالتطور الملحوظ للعملية التفاوضية وبالسرعة وقلة التكلفة،إلا أن ذلك لا ينفي عنه عيوبا عدة، لعل أهمها يتمثل في عدم التعرف بالقدر الكافي والمطلوب على الطرف الأخر، كما أن هذا التفاوض يمتاز بشيء من الرسمية و الجمود وأحيانا التوتر عند تبادل خطابات النوايا إضافة إلى أن المشكلة قد تطرأ بسبب الاختلاف في اللغة أو بسبب الإثبات أو الاحتيال أو تنازع القوانين ...الخ، وبناءا على ذلك ذهب البعض إلى القول أن التفاوض باستخدام ما توفره التكنولوجيا الحديثة من وسائل غالبا ما يتم في المعاملات البسيطة نسبيا أو بين الأطراف الذين يعرفون بعضهم بشكل كافي .

[1] - مثال عن موقع للتفاوض:E-bay and square trade

[2] - د عباس العبودي ، مرجع سابق، ص85.

- *التفاوض عبر شبكة الانترنت.*

إن التفاوض عبر شبكة الانترنت غالبا ما يعبر عنه بمصطلح التفاوض الإلكتروني، وينصرف ذلك الوصف إما على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل الكتروني مثل عقود الخدمات و المعلومات الالكترونية وهي هنا شبكة الانترنت، وعلى أي حال شبكة الانترنت كما نعلم هي أحد أهم وأشهر أنواع وسائل الاتصال الحديثة بل هي أكثرها استعمالا وانتشارا في أيامنا هذه ،ولعل السبب وراء ذلك يعود إلى الخدمات المتعددة و الضرورية اللازمة لمواكبة السرعة التي يمتاز بها العصر الذي نحيا به والتي تقدمها الشبكة للجمهور خصوصا فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية، ونتيجة لذلك ظهرت مهمة تتمثل في إمكانية إبرام العقود – خاصة ذات الطابع المدني و التجاري – عبر الانترنت ،فيتم عرض المنتجات من البضائع أو الخدمات مع بيان أو عدم بيان أسعارها عبر متجر افتراضي موجود في مركز تجاري على موقع معين على الشبكة[1] .

ومن هنا تبرز أهمية المفاوضات التي تسبق إبرام العقد ،والتي لا تختلف عن تلك التي تجري وفقا للأوضاع العادية للتعاقد، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار أنه يثبت للمفاوضات التي تجري عبر الانترنت نفس الأهمية التي لها في الأوضاع العادية ،و يمكن القول أن شبكة الانترنت أصبحت الآن من أكثر الحقول التي تنشط بها المفاوضات العقدية ،وعليه فان التفاوض عبر الانترنت يثار بشأنه ما يثار التفاوض الذي يتم عبر الوسائل الاتصال الحديثة من مشاكل قد تطرأ على المفاوضات كاختلاف اللغة أو الإثبات أو تنازل القوانين أو الاحتيال أو القرصنة أو أية مشاكل أخرى، سوءا كانت مشاكل تقنية أم مشاكل قانونية، فكما نعلم إن شبكة الانترنت شبكة دولية مفتوحة للجميع وهذا ما يعبر عنه بعالمية ظاهرة الانترنت.

و انطلاقا من كون العملية التفاوضية أهمية كبيرة في عملية إبرام المعاملات، و يلعب الوقت دورا مهما وأساسيا قد يطول كما قد يقصر هذا الدور في مسلسل هذه العملية و هذا ما سنكتشفه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

[1]- د أسامة أبو الحسين مجاهد،خصوصية التعاقد عبر الانترنت،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع و الطباعة ،القاهرة، 2000، ص 18

الفرع الثاني: تحديد وقت التفاوض و أهميته بالنسبة للعقد.

لقد ارتأينا أن نبحث في هذا الفرع في بنود ثلاثة : نبين في أولها مسألة تحديد الوقت الذي يستغرقه التفاوض، تم نبين في البند الثاني أهمية التفاوض بالنسبة للعقد المتفاوض عليه، تم نختم هذا الفرع ببيان ما هي صور الخطأ في التفاوض.

البند الأول : تحديد الوقت الذي يستغرقه التفاوض.

لاشك أن عامل الوقت يعتبر عنصرا أساسيا و مهما بالدرجة الأولى في إجراء العملية التفاوضية ، فالتفاوض لا يتم بين لحظة وأخرى، وإنما يستمر طيلة الوقت الملائم و الضروري الذي يراه الطرفان ، ومع ذلك يرتبط مقدار الوقت الذي تستغرقه العملية التفاوضية ــ غالبا ــ مع حجم الصفقة المتفاوض عليها من قبل الطرفين ومن خلال علاقة طردية، فالأصل أن لم يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض بل يترك ذلك لظروف الصفقة المتفاوض عليها، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار عدم الإسراف في تضييع الوقت الذي قد يتم من خلاله تحقيق غاية أو حاجة للطرف الذي أسرف في وقت التفاوض وتضييعه، حيث تكون هذه الغاية بعيدة كل البعد عن كل ما يتعلق بالصفقة المتفاوض عليها، وهذا قد يميل الطرفان المتفاوضان أو احدهما على الأقل إلى ضرورة تحديد وقت معين للتفاوض وقفا لما تستوجبه تلك الضرورة[1] .

البند الثاني : أهمية التفاوض بالنسبة للعقد المزمع إبرامه

للعملية التفاوضية أهمية كبيرة في عملية تفسير العقد، وتبرز هذه الأهمية بشكل خاص في خانة العقود المبرمة عبر الانترنت، فمن خلال عملية التفاوض تتم معرفة المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض شروط أو بعض شروط العقد، وهذه الأهمية ليست بحاجة إلى نص قانوني يدل عليها، لأنه لا يترتب عليها أية أثار قانونية إلا إذا اقترن العدول عنها بخطأ نتج عن عذر غير مقبول[2]، ففي مثل هذه الحالة يقوم القاضي بالاستئناس إلى المفاوضات كقرينة قضائية أو كظرف من الظروف الواقعة التي تحيط

[1]- رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق،ص49

[2]- ففي هذه الحالة يسأل على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية و التي تنشا بتحقيق ثلاثة أركان هي الفعل الضار و الضرر و العلاقة السببية

بالنزاع، كذلك فان للمفاوضات أهمية تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق[1] على العقد ذو الطابع الدولي إذ ثار عند تطبيقه أي نزاع بين طرفيه.

البند الثالث: صور الخطأ في التفاوض

ينبغي أن يسود مبدأ حسن النية في التفاوض، فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذا المبدأ فانه يكون مخطئا و تثور مسؤوليته المدنية، ولعل أهم التطبيقات في هذا المجال هي :

1- قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع :

من المتفق عليه أن المفاوضات ترتكز على مبدأ الحرية، حيث يتمتع المتفاوض بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها و اختيار الأسلوب المناسب لها، وذلك إعمالا لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل العقدية. ولا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي إن يسود العملية التفاوضية، ومن تم يتعين على المتفاوض إن يمارس حريته في قطع المفاوضات rupture des pourparlers بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ويقتضي ذلك الاستمرار في التفاوض الجاد بغية الوصول إلى إبرام العقد النهائي، وإلا يقطع المفاوضات إلا إذا استند إلى مسوغ مشروع، إي وجود سبب موضوعي يدعو إلى ذلك .فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع، فان قطع التفاوض يكون خطئا لمنافاته لقواعد حسن النية و الأمانة في التفاوض، أما إذا وجد المبرر، فان القطع لا يعتبر خطا حتى ولو ترتب عليه ضرر للطرف الأخر. ومن أمثلة المبرر عدم مناسبة العرض المقدم أو تلقي عرضا أخر أفضل .

ومن الأمثلة الإنهاء التعسفي rupture abusive للتفاوض، قطع المفاوضات بصورة مفاجئة و بقرار منفرد دون مبرر مشروع، رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة و يعلم الطرف القاطع إن المتفاوض معه قد انفق مصاريف كبيرة من اجل إبرام العقد، وتعمد الطرف القاطع ترك الطرف الأخر في حالة من الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضة، حيث يتعين مكاشفة المتفاوض بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب .

[1] - محمد علي الجواد، العقود الدولية ،مفاوضاتها إبرامها تنفيذها ،دار الثقافة للنشر و التوزيع،بدون طبعة وبدون سنة النشر،ص 24-25.

2- استفزاز المتفاوض ودفعه إلى قطع المفاوضات :

يلجا الشخص الراغب في إنهاء التفاوض إلى هذا الأسلوب حتى ينأى بنفسه من المسؤولية، فيستمر ظاهريا في المفاوضات إلا انه يتخذ مواقف و أساليب غير مقبولة تستفز الطرف الأخر وتحمله على إنهاء المفاوضات .

3- مخالفة الالتزامات التفاوضية:

التي يفرضها مبدأ حسن النية وهي كما رأينا الالتزام بالإعلام و النصح و التحذير و التعاون.

4- إفشاء الأسرار التي تم الاطلاع عليها :

يعتبر عنصر السرية؛ أو الالتزام بالسرية هو أهم الالتزامات التي يحرص عليها الأطراف سواء تم التعاقد أم لا ؛ والمقصود بالسرية ليس مجرد إجراء المفاوضات في كتمان وغير علانية بل السرية في المعلومات الفنية أو الهندسية أو الكيماوية[1]

5- الأسلوب الخاطئ في التفاوض:

لاشك إن انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف يعتبر خطأ، كما لو لجا إلى الغش، أو تعمد الأضرار بالطرف الأخر ومن أمثلة ذلك مفاوضات التجسس، حيث يدخل الشخص التفاوض دون أن تكون لديه إي نية في التعاقد، وإنما هدفه الوحيد معرفة أسرار الطرف الأخر و الاطلاع على أفكاره .ومفاوضات الإعاقة التي ترمي إلى مجرد تعطيل الطرف الأخر وصرفه عن إبرام صفقة أخرى ومن التطبيقات أيضا : السكوت عمدا عن واقعة مؤثرة في التعاقد بقصد الأضرار بالمتفاوض الأخر و الإساءة إلى سمعته ، كما لو شاع في بعض الأوساط إن قطع التفاوض مرجعه وقائع تمس بمركز وشرف الأخر[2].

6- إثبات الخطأ في التفاوض:

الأصل هو حرية التفاوض أو سلامة المركز القانوني للمتفاوض وعلى من يدعي الخطأ في جانبه إثبات ذلك، فالمضرور يلتزم بإثبات خطأ المتفاوض.ويجوز إثبات واقعة التفاوض بكل طرق الإثبات[3].

---

[1] - صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود الإلكترونية بالتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور على الموقع التالي:
http://saberammar.net/b/cx.doc

[2] محمد حسين منصور،المسؤولية الالكترونية ،دار الجامعة الجديدة –الإسكندرية –سنة 2007،ص52.

[3] - محمد حسين منصور، مرجع سابق ،ص 52-53.

الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية عن التفاوض

القاعدة أن المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة، و لا يترتب عليها، في ذاتها، أي اثر قانوني، و لا تنشا على عاتق الطرفين أي التزام، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون مسؤولية، و هو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه، فالعدول عن التفاوض لا تصلح بذاته سببا للمسؤولية، إلا إذا كان متعسفا في الانسحاب أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة و حسن النية أو تشكل سلوكا خاطئا، هنا تثور مسؤوليته التقصيرية المبينة على الخطأ الثابت، و يقع على عاتق المضرور عبء إثبات هذا الخطأ.

و تعتبر محكمة النقض عن ذالك المبدأ بقولها : " إن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي اثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، و لا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل، إلا إذا اقترن به خطا تتحقق به المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الأخر المتفاوض. و في هذه الحالة يقع عبء إثبات ذالك الخطأ، و هذا الضرر على عاتق ذلك الطرف، و من ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضات ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره ، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول و يتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية .[1]

المطلب الثاني: حسن النية في التفاوض[2].

يلعب مبدأ حسن النية[3](la Bonne foi) دورا بارزا في مجال العقد، سواء عند تنفيذه أو حتى خلال المرحلة السابقة على تنفيذه، وهو ما أشار إليه ضمنيا المشرع الجزائري في المادة 107 من ق.م.[4]. والذي يعنينا في هذا الخصوص، هو معالجة قاعدة حسن النية خلال الفترة السابقة على التعاقد، وهو الإلتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة، لما يثيره من

---

[1] - د.محمد حسين منصور ، نفس المرجع ، ص 52-53 .

[2] - السيد بـــدوي، النظرية العامة لحسن النية في المعاملات المدنية (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة)، 1989، ص336.

[3] - والملاحظ في هذا الشأن، أنه لا يجب الخلط بين الالتزام بالتفاوض بحسن نية ومبدأ حرية التعاقد، ذلك أن هذا الإلتزام لايعني مطلقا أن يلتزم المتفاوض بإبرام العقد النهائي بالفعل، فإن المتفاوض يظل متمتعا بكامل حريته التعاقدية **(Liberté Contractuelle)** في التعاقد من عدمه. إذ لا يجوز أن يضع حدا للمفاوضات والامتناع عن إبرام العقد، دون التقيد بأي ارتباط عقدي، شريطة أن يتم ذلك إستنادا لأسباب مشروعة، وفي إطار حسن النية.

[4] - علي فيلالي. الالتزامات،الجزء1، الطبعة 2، 2008، ص368و 369 ، راجع سابقا فقرة 20 و لاحقا فقرة95، وأنظر في العلاقة بين القانون والأخلاق، د علي علي سليمان، نظرات قانونية مختلفة، ص 20 ومايليها.

تساؤلات هامة في هذه المرحلة الخطيرة من مراحل تكوين العقد وبلورته، والتي توجب الصدق والصراحة والنزاهة والتعاون والمواصلة[1].

و قد أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور لها مؤرخ في 1999/10/24، بأنه من المقرر قانونا أنه يجب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه و بحسن نية؛ غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين، أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل إتفاق على خلاف ذلك[2]

وحسن النية في فترة تكوين العقد[3]، والإتفاقات والعقود الممهدة للتعاقد، يفرض قانونا إلتزام الإعلام وحماية المستهلك، وكذا حماية حريته وإرادته التعاقدية، بهدف الإحاطة الشاملة بمضمون العلاقة التعاقدية وعناصرها الأساسية من كل الجوانب. ومن ثم، حماية الرضا وسلامته من العيوب التي يمكن أن تتمخض في فترة تكوين العقد؛ فكان لابد من تزويد المتفاوض (المستهلك) بالمعلومات الضرورية و الكافية، للاختيار بين السلع والخدمات المعروضة.[4]

و يقتضي تنفيذ هذا الالتزام الأساسي وجوب احترام الطرفين التزامات أخرى ثانوية تتفرع عنه و تقوم بجواره، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه وتتمثل تلك الالتزامات في التعاون و النصح و الإعلام(فرع أول) و التعاون و النصح و المحافظة و الأسرار(فرع ثاني) .

---

[1] - Cf..JOURDAIN(P).La bonne foi dans la formation des contrats, Trav.Ass.(H) Capitant, 1992, p121

[2] - المحكمة العليا، غ.م، 1999/10/24، ملف رقم 191705، م.ق، 1999، العدد2، ص 95.

[3] - طبقا لنظام القانون العام الإنجليزي، يعتبر مبدأ حسن النية غير ملزم أثناء المفاوضات. ومن ثم، ليس هناك التزام بإجراء المفاوضات بمقتضى مبدأ حسن النية.ففي قضية "انترفوتو" لسنة 1989 *Interfoto Picture Library Ltd. V. Stiletto Visual Programmes Ltd.*، أوضح القاضي "بنغام" أنه في العديد من النظم القانونية في العالم "يقر قانون الالتزامات ويطبق مبدأ كاسحا بمقتضاه ينبغي علي الأطراف عند إبرام العقود وتنفيذها التصرف بموجب حسن النية". ويعتبر واجب التصرف بموجب حسن النية duty of good faith بالطبع أوسع نطاقا من واجب الإفصاح duty of disclosure لأنه لا يقتصر علي سلوك الأطراف في مرحلة ما قبل التعاقد فحسب وإنما يمكن أن يمتد إلى الطريقة التي يتصرف بها الأطراف أثناء تنفيذ العقد بل وحتى فسخ العقد. ورغم أن القانون الإنجليزي، علي عكس نظام التقنين المدني، لا يقر صراحة بمبدأ حسن النية، فإنه يتبنى مبادئ محددة علي نطاق ضيق يمكن أن تحقق نفس النتائج التي يحققها المحامون في دول التقنين المدني من وراء استخدام مذهب حسن النية. وعلي سبيل المثال، أنشأ القانون الإنجليزي مذهباً مميزاً هو مذهب "هدم العقد" frustration للتعامل مع الاستحالة impossibility أو عدم الجدوى العملية impracticability في الوفاء بالالتزامات بدلا من استخدام مبدأ حسن النية الفضفاض. وربما يكمن الفرق في الأسلوب أكثر من كونه في النتيجة.أنظر

-Ewan Mckendrick, *Contract Law*, London: Macmillan Press Ltd., 1997.

[4] – د.عبد المنعم إبراهيم. حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 357 ومابعدها.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام obligation de renseignements[1]:

الهدف من وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، أن نظرية عيوب الرضا[2] ونظرية ضمان العيوب الخفية، وكذلك نظرية ضمان التعرض والاستحقاق، قد لا توفر للمستهلك الحماية الكافية، حيث يصعب على المستهلك إثبات وقوعه في الغلط حول صفة جوهرية من الشيء المبيع، في حين يكفي المستهلك لكي يستفيد من الحماية التي يكفلها له الالتزام بالإعلام قبل التعاقد أن يثبت أن ثمة معلومات جوهرية متصلة بالمبيع ويعلمها المزود، ورغم ذلك كتمه إياها أو كذب عليه فيها، أو كذب عليه رغم علمه بأهمية هذه المعلومات بالنسبة للمستهلك[3]

هذا و تبرز أهمية التفاوض في العقود الإلكترونية (*Contrats Electroniques ou informatiques*)، وذلك لأن جانبا كبيرا من هذه العقود الآلية يبرم عن بعد، مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين، بالنسبة لبعض جوانب العملية التعاقدية. بما يدفع كل طرف إلى الدخول في مفاوضات مع الطرف الآخر قبل إبرام العقد النهائي، من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة، كالتعاقد بالمزاد العلني الإلكتروني، أو من خلال شبكة مواقع المعلومات العالمية الإلكترونية أو الويب Website، أو من خلال البريد الإلكتروني E-Mail أو غيرها...[4]؛ دون نسيان نظام الميسانجر Messenger الذي يلعب دورا فعالا في التفاوض الإلكتروني الفوري، حيث تتم المباحثات بسرعة فائقة في الإرسال والاستقبال[5]. وقد يكون التفاوض الإلكتروني عبر خدمة الاتصال عن بعد (Tél Net) بطريق المحادثة والمشاهدة الفورية(Chat) . فإن الإلتزام المهني بإعلام المستهلك يعتبر أكثر إلحاحا في مجال التعاقد الإلكتروني، بضرورة

[1] - Le tourneau;Lobligation de renseignement ou de conseil,D 1987,P.101

[2] - د. دنوني هجيرة. قانون المنافسة وحماية المستهلك، ص11 ومابعدها، ملتقى الحماية القانونية في مجال الإستهلاك، كلية الحقوق، جامعة وهران، 14و15 ماي 2000.**تطبيقا للمادة 2/86 من ق.م، فإنه يجب على المتفاوض في مرحلة إبرام العقد أن يطلع الطرف الآخر عن حقيقة كل واقعة أو ملابسة بكل صدق ومصارحة، وإلا كان مخلا بإلتزامه بالإعلام ومرتبكا في الوقت نفسه تدليسا، يجعل العقد النهائي قابلا للإبطال لمصلحة الطرف المدلس عليه.**

[3] - القيسي عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى ،2002 . ص 114 وما بعدها.

[4]- Cf (ph)Le Tourneau. Contrats Informatiques et Electroniques, p29 et 53 ets

[5] - إن الأصل في التعاقد عبر الإنترنت، أنه بين غائبين من حيث المكان، وحاضرين من حيث الزمان(م 64 و67 من ق.م).

تزويد المستهلك المتعاقد عن بعد، بالمعلومات والبيانات اللازمة المتعلقة بالعقد المتفاوض عليه، لتقرير رضائه بكل مصارحة ووضوح وشفافية[1].

وقد نصت المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[2]، بأن يمكن البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية المستهلك، بطريقة واضحة ومفهومة، بكل الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة، وسعرها، وتحديد هوية المهني، ومصاريف التسليم، وطريقة الدفع، وكيفية تنفيذ العقد، وكذا تبصير المستهلك بوجود حق له في العدول عن العقد الذي يتم إبرامه عبر الوسائل الإلكترونية، ومدة العقد،وغيرها، على أنه يجب إن يتم تبصير المستهلك بها قبل إبرام العقد الإلكتروني بوقت كاف[3].

وعلى أي حال، فإنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني الموجه لأشخاص معينة(غالبا المستهلكين راغبي التعاقد عن بعد)، عبر الوسائل الإلكترونية (الإنترنت)، أن يتضمن المعلومات المتعلقة بتفاصيل العقد، بمنتهى الصدق والصراحة والشفافية والأمانة، بأن يشتمل على كافة الخصائص الأساسية للخدمة أو السلعة التي تمثل محل العقد المراد إبرامه، وكذا جميع المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد الإلكتروني المراد إبرامه، وهو ما تقضي به المادة 4/1369 من القانون المدني الفرنسي، على أنه ينبغي على كل مهني يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة إلكترونية أن يضع تحت تصرف المتعاقد معه كافة الشروط التعاقدية التي تطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها.

وقد أكدت المادة121 الجديدة من قانون الاستهلاك الفرنسي المعدل سنة 2004م، أن من بين الشروط التفصيلية التي يجب أن يتضمن عليها الإيجاب الإلكتروني، طرق الوفاء وشروط فسخ العقد، وكذا شروط تحديد المسؤولية العقدية أو خدمات مابعد البيع وشروط الضمان.

وهو ما جاء في المادة 4 من التوجيه الأوروبي رقم7 المؤرخ في20 ماي1997، والمادة 121 من قانون الاستهلاك الفرنسي بمقتضي المرسوم رقم 741 لسنة2001،

---

[1]- د.محمد قاسم، التعاقد عن بعد، ص32 ومايليها، د. سامح التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، ص270 ومابعدها، د.أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، ص57 ومايليها، راجع لاحقا فقرة 156.

[2]- المؤرخ في 09أوت 2000، الجريدة الرسمية التونسية بتاريخ 2000/08/11.

[5]- د.أحمد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة أو المضللة،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية،2007 ص 56 ومايليها.

المعدل بالمرسوم رقم137 لسنة 2003، الخاص بالعقوبات على مخالفة الأحكام المتعلقة بالعقود التي يتم إبرامها عن بعد، وخاصة استخدام شبكة الإنترنت لإبرام العقود[1].

وتطبيقا لذلك، فإن التفاوض الإلكتروني (*Négociation électronique*) في مجال التعاقد عن بعد، رغم الصعوبات المتعلقة بتحديد هوية المتعاقد، أو ضرورة الإعلام الذي يخص تحديد السلعة أو الخدمة محل التعاقد، فإنه يتمتع بإيجابيات كثيرة، لما يتسم به من توفير كبير للوقت والنفقات. ويتم التفاوض بين الطرفين من خلال رسائل البيانات عبر الإنترنت، بحسن نية بعيدا عن التحايل والمراوغة والخداع، بكل صدق ووضوح وأمانة[2] ويلتزم مقدم الخدمة (وعادة يكون محترفا أو مهنيا) بإعلام الطرف الآخر عن البيانات التي يجب توافرها في التعاقد، أي بتقديم النصيحة والمشورة إلى العميل (عادة ما يكون عاديا)[3]. وبعد دراسة الجدوى المتعلقة بأداء الخدمة المعلوماتية، ينتقل العميل إلى تحديد احتياجاته وإلى اختيار الجهة التي تقدم له الخدمة الفنية والمساعدة التقنية، غبر تقنيات الاتصال عن بعد.

وقد أحسن المشرع المدني الجزائري صنعا،عندما أشار إلى صحة التعاقد بآلات الإتصال الإلكترونية الحديثة، في المادتين 323مكرر1 و2/327 المضافتين بالأمر رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20؛ كما أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره، وأن يكون بوسائل آمنة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. وهذا معناه ضرورة اتخاذ إجراءات تضمن سلامة إجراء العقود الإلكترونية، بحماية المستهلك الإلكتروني من جهة، والتحوط من احتمالات التزوير والاحتيال والخديعة والغش والكذب وانتحال شخصيات غير المعنيين، باعتبارها تتم عن بعد، وباستخدام وسائل الدعاية المقلقة و المغرية من جهة أخرى.

ومن المعلوم أن مجمع الفقه الإسلامي لمنظمة المؤتمر الإسلامي، في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة عام 1990م، نص على صحة التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت من الناحية الشرعية، سواء كان عن طريق الويب (أي شبكة المواقع)، أو عبر البريد الإلكتروني (الإيميل)، أو بواسطة المحادثة والمشاهدة الفورية (الشات)، شريطة

---

[1]-(F) Moreau. La protection du consommateur dans les contrats à distance, /2002, p1

[2]- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني ، منشورات الحلبي، بيروت، سنة 2009، ص70.

[3]- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، ص52 ومايليها.

الاحتياط من التزييف أو التزوير أو الغلط، التي يرجع فيها إلى القواعد العامة للإثبات، مع ضرورة حماية المستهلك الذي هو الطرف الأضعف في العقد الإلكتروني.

إن هذا القرار التاريخي الاجتهادي، هو نموذج حي لتطور الفقه الإسلامي دائما إلى الأمام، واكب من خلاله مجمع الفقه الإسلامي الموقر، التطورات الحديثة المستجدة في شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) و التجارة الإلكترونية، قام بتخريجها تخريجا شرعيا من أدلة الشرع ومقاصده وقواعده الفقهية الكلية. فإن سكوت النص الشرعي يوجب استنباط الأحكام الشرعية، وفقا لقواعد الفقه وأصوله، وأحكامه العامة والخاصة، لمسايرة التطور والتحديث[1].

وتجدر الإشارة إلى أن من أبرز الضرورات العملية التي أدت إلى تقرير الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد، انعدام التكافؤ بين المزود[2] والمستهلك من حيث العلم والدراية بالعناصر الجوهرية المتصلة بعقد الاستهلاك، ولذلك فإن وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقد ضرورة عملية لتحقيق التوازن العقدي بين الطرفي[3].

الفرع الثاني : الالتزام بالنصح و التعاون.

إن التزام المتفاوض بالتعاون يعتبر التزاما أساسيا، حيث ينبغي أن يحدد أغراضه و أهدافه من العقد الساعي إليه و الاحتياجات الفعلية لديه، ويبدو ذلك بوضوح في كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسب الآلي، ولو احتاج الأمر الاستعانة بخبير أو الاستعلام لدى الشركات المتخصصة.و يمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن، وقضى بان تقصير العميل في التحري و الاستعلام الذي يؤثر على اختياراته و يؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه .ويتحمل العميل مسؤولية تقصير المقاول في انجاز مهمته متى تبث أن هذا التقصير راجع لإخلال العميل بالتزامه بالتعاون .

---

[1] عبد الرحمن السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، دار الوراق، الرياض، 2004، ص 107 ومايليها.

[2] تناول قانون الاستهلاك الفرنسي والتوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو/ أيار 1997 شخصية المزود، بحيث قررا تحديد هذه الشخصية من خلال التمييز بين ثلاث حالات لمكان الموقع عبر شبكة الإنترنت وهي: حالة وجود الموقع في شبكة الإنترنت في فرنسا، والحالة الثانية خاصة بمواقع الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي، والحالة الثالثة بشأن المواقع المنشأة في البلاد الأجنبية.

[3] أبو عرابي غاز، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد عبر شبكة الإنترنت، مرجع سابق، ص569 .

ويظل الالتزام بالتعاون قائما طوال مرحلة التفاوض بغية الوصول إلى النتيجة المرجوة، ولا تندرج صور التعاون تحث حصر، فكل ما يحتاجه سير العملية التفاوضية فهو لازم، مثل المواظبة على مواعيد التفاوض و الجدية في مناقشة العروض المقدمة [1].

وأما المقصود بضمان السرية (*obligation de discrésion ou confidentialité*)، فهو الإلتزام بالمحافضة على سرية المعلومات أو البيانات المتعلقة بموضوع العقد المراد إبرامه، وخاصة في عقود نقل التقنية أو التكنولوجيا، وعقود الإمتياز التجاري، والعقود الصناعية وغيرها.

إن القانون الفرنسي يحمي البيانات التقنية (*Les données techniques*)، وأسرار المعرفة الفنية (*savoir-faire*)، وكذا الأسرار الصناعية (*Secrets de fabrique*)، وأسرار الأعمال (*Secrets des affaires*)، وغيرها من الأسرار الفنية والتقنية والأسرار المالية، فضلا عن المهارات الفنية والخبرات التقنية المكتسبة التي يطلع عليها المتفاوضون في مرحلة التفاوض. وهي الأسرار المحمية مدنيا وجنائيا، بشكل خاص، ذلك أن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات أو البيانات يمنع إفشاء هذه الأسرار، كما أنه يمنع استغلالها بدون رضا صاحب المعلومات السرية[2].

على أن مضمون الالتزام بالمحافظة على سرية البيانات أو المعلومات، يتكون في الحقيقية من شقين هامين وهما: أن يمتنع المتفاوض كلية عن إفشاء هذه السرية (*Confidantialité*) أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشلها، وأن يمتنع أيضا عن استغلالها لحسابه بدون إذن صاحبها[3]. وهو التزام لا يثقل كاهل المتفاوض فحسب، وإنما يثقل أيضا كاهل أعضاء فريق التفاوض، باعتبارهم تابعين له[4].فإذا تلقى المتفاوض من الطرف الآخر وثائق سرية لتسهيل عملية التفاوض (كالرسوم أو النماذج أو الخرائط أو المعرفة الفنية أو الخبرة التقنية، أو العقود أو الشهادات...)، وجب عليه ألا يتصرف فيها أو الاحتفاظ بصورة منها.

[1] - د .محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة –الإسكندرية –سنة 2007، ص 47.
[2]-Lassale (B). Les pourparlers, R.R.J, 1994,3, p839.
[3] - نقض تجاري فرنسي، 1978/10/03، Bull.civ، 4، ص208.
[4] - استئناف باريس (Paris)، 1976/11/19، Dalloz، I .R، ص279.

ونظرا لأن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات هو التزام بتحقيق نتيجة، يرى الرأي السائد فقها وقضاء في فرنسا إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذا الالتزام، وذلك لعدم وجود اتفاق صريح عليه[1]. فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء الأسرار أو استغلالها، و إنما يستوجب عليه إن يمتنع عن ذلك بالفعل وإلا قامت مسؤوليته[2].

المطلب الثالث: الوعد بالتعاقد و التعاقد بالعربون عبر الانترنت.

يندرج الوعد بالتعاقد (فرع أول) و التعاقد بالعربون عبر الانترنت(فرع ثاني) ضمن طائفة العقود التمهيدية *(les contrats préparatoires)*، أو عقود ما قبل العقد النهائي *(les avant- contrats)*، هي العقود التحضيرية التي يبرمها الأطراف قبل العقد النهائي، فهي عقود مؤقتة سابقة على التعاقد يتطلع بها الأطراف نحو تحقيق عقد نهائي.

الفرع الأول : الوعد بالتعاقد عبر الانترنت .

يعتبر الوعد بالتعاقد أحد المراحل التي تمهد لإبرام العقد عندما تجعله غير ملزم أو غير لازم،فقد تنتهي المفاوضات التي يدخل فيها طرفا العقد دون التوصل إلى صيغة العقد النهائي، وإما تنتهي بالتوصل إلى مرحلة سابقة على ذلك هي مرحلة الوعد بالتعاقد، و السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الخصوص هو هل من الممكن تصور حدوث الوعد بالتعاقد عبر الانترنت؟

للإجابة على هذا السؤال نقول بداية أن الوعد بالتعاقد – بالرغم من تسميته وعدا – هو عبارة عن عقد يلتزم بمقتضاه أحد طرفي العقد بأن يعقد العقد الأساسي عندما يظهر الموعود له– و هو الطرف الثاني – قبوله به و رغبته في إبرامه خلال مدة متفق عليها بينهما، و الوعد بالتعاقد عقد حقيقي تم بالالتزام من قبل الواعد و قبول من قبل الموعود له، و هو بذلك يمهد لعقد يراد إبرامه في فترة لاحقة، و بالتالي هو عقد ملزم لطرف واحد هو الواعد *promesse unilatérale de contrat* [3]، وهذا هو الغالب في الحياة العملية، إذ يلتزم أحد الأطراف (هو الموجب) بالإبقاء على إيجابه فترة محددة من

---

[1]- Cf. Le Tourneau (Ph), op.cit, N°892.

[2]- عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض،القاهرة ،سنة2004 ،ص86.

[3] - عبد المنعم فرج الصدة،مصادر الالتزام،دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري،دار النهضة العربية للطباعة و النشر ، القاهرة،1979،ص 129.

الزمن، أما الموجب له لا يلتزم بشيء (فسيبقي لنفسه الاختيار)، في حين يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود عندما يبدي الموعود له رغبته في إبرام العقد.[1]

كأن يتعهد شخص لأخر أن يبيعه قطعة أرض مملوكة له عندما يبدى الطرف الأخر رغبته في شرائها خلال المدة المحددة. وقد أشار إليه القانون المدني الجزائري في المادة 71[2]، باعتباره عقدا كاملا يتم بإيجاب وقبول، وان كان يمهد لعقد أخر يراد إبرامه فيما بعد.[3] و قد يكون عقد الوعد ملزما لكلا طرفي العقد، و في هذه الحالة يحتفظ بموجبه طرفا العقد الأساسي بالحق في إبرامه خلال مدة معينة يتفقا عليها ابتداء، بحيث يستطيع كل منهما أن يظهر رغبته خلال تلك المدة في التعاقد من عدمه، فإذا انتهت المدة الزمنية اللازمة لذلك دون أن يعبر من له الحق بذلك عن رغبته بإبرام العقد سقط الوعد و زال كل ما التزم به كل من الطرفين تجاه الطرف الآخر. و هذا ما يطلق عليه الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين(*promesse synallagmatique de contrat*)، كان يتعهد البائع ببيع السيارة إلى المشترى إذا أبدى رغبته خلال المدة المحددة، وكذلك يعد المشترى البائع شراء السيارة المذكورة إذا أبدى الأخير رغبته خلال هذه المدة. فنكون أمام أتفاق يلتزم به كل من الطرفين بإبرام العقد النهائي.

ولا يجب الخلط هنا، بين الوعد الملزم للجانبين وبين ما يسمى العقد الابتدائي (*contrat préliminaire*)، فإن هذا الأخير هو عقد تمهيدي تترتب عليه كافة أثاره القانونية من وقت إبرام العقد، غير أن انتقال الملكية يكون بعد إتمام التسجيل. أما الوعد الملزم للجانبين(*promesse synallagmatique*)، فهو مجرد وعد بإبرام عقد في المستقبل، ومن تم تقتصر أثاره على إلزام كل من المتعاقدين بإبرام العقد الموعود بناء على رغبة الطرف الأخر، وإلا سقط الوعد ولم يعد له أي أثر قانوني[4].

إن الوعد بالتعاقد، حتى ولو كان ملزما للجانبين، باعتباره عقدا تمهيديا(فهو مرحلة وسط بين الإيجاب والعقد النهائي)، من شأنه أن يمهد للعقد النهائي الذي يتم عندما

---

[1] - Cf.(J.F)Lusseau. La promesse unilatérale de vente immobilière, R.TD.civ, 1977 ,P483.

[2] - " إن الاتفاق الذي يعد له كلا المتعاقدين أو احدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، لا يكون له أثر إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه، والمدة التي يجب إبرامه فيها".

[3]- علي فيلالي، الالتزامات،ج 1،ص 135 وما يليها، د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، ج1،ص 132 وما يليها، د بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام،ج1، ص88.

[4] - Cf. (D) Mazeaud. Mystères et paradoxes de la période pré-contractuelle, in Mél. (JGhestin,2001,p637

يظهر أحد الطرفين رغبته في التعاقد.فإذا لم تظهر هذه الرغبة من أي منهما، زال كل أثر للارتباط التمهيدي. غير أنه إذ تم التسجيل في العقود الشكلية، وحصل وأن عدل أطراف العقد عن إتمام العقد النهائي، فإن زوال الارتباط بين المتعاقدين بالفسخ يجب أن يقع تأثيره في السجل العقاري أيضا.

وتأسيسا على ما سبق نقول أن الوعد بالتعاقد عبارة عن مرحلة وسيطة تقع بين الفترة الزمنية التي تفصل ما بين صدور الإيجاب و إبرام العقد النهائي، فهو يزيد عن الإيجاب لأنه عقد تم بإيجاب و قبول،و لكنه يبقى دون العقد النهائي لأن الإيجاب و القبول فيه لا ينصبان إلا على مجرد الوعد بالتعاقد[1]، وفي هذا المقام يقودنا الإمعان بالتفكير إلى الوصول إلى نتيجة مفادها القول إن شبكة الانترنت هي الميدان أو الحقل الأنسب لإبرام العقود بشكل نهائي بعد أن تتخذ شكل الوعد بالتعاقد،و لعل السبب الذي يدفعنا لقول ذلك يعود إلى طبيعة الوعد بالتعاقد و ما يمتاز به من خصائص تتناسب بدرجة كبيرة مع الطبيعة التقنية لشبكة الانترنت من ناحية، و كذلك الطبيعة القانونية و الواقعية للعقود المبرمة من خلالها من ناحية أخرى، فالوعد بالتعاقد يعطي أحد أطراف العقد–أو كليهما– الفترة اللازمة لدراسة العقد النهائي و الجدوى أو الفائدة المرجوة من إبرامه بشكل دقيق و متأني خلال المدة المحددة في عقد الوعد، و هذا بحد ذاته يفعل استخدام الانترنت و يزيده و يقضي على انعدام الثقة و الرهبة من إجراء التعاقد باستخدام هذه الوسيلة، كذلك يعطي عقد الوعد إذا ما تم عبر شبكة الانترنت ضمانة إضافية لأطراف العقد و ذلك عن طريق التحقق من شخص كل طرف بالنسبة للطرف الأخر تجنبا للوقوع في الاحتيال و تحقيقا للمزيد من الثقة و الطمأنينة للأطراف المتعاقدة، و بذلك نستطيع القول انه يثبت للوعد بالتعاقد عبر الانترنت نفس الآثار التي تثبت له في حالة انعقاده وفقا للصورة التقليدية و فيما يتعلق بحكم إبرام عقد الوعد بالتعاقد عبر الانترنت نقول انه لم يرد ضمن نصوص قانون المدني الجزائري أي نص قانوني يتعلق بموضوع الوعد بالتعاقد الذي قد يتم عبر شبكة الانترنتن فهل سنجد نص قانوني جزائري ينظم أحكام التعاقد بالعربون عبر الانترنت (الفرع الثاني)؟

[1]- د عبد المنعم فرج الصدة مرجع سابق ، ص130

الفرع الثاني:التعاقد بالعربون[1] عبر الانترنت.

العربون مبلغ من المال يدفعه أحد المتعاقدين إلى الآخر وقت إبرام العقد إما كجزء من الثمن تعبيراً عن الارتباط النهائي. أو أن يكون العربون وسيلة للإثبات بانعقاد عن العقد بشكل مبدئي[2].

الأصل في التعاقد أيا كانت وسيلة إجراءه أن يكون باتا، بمعنى أنه لا يجوز لأي من طرفيه أن يستقل بالتحلل منه، ومع ذلك فقد يتم التعاقد بشرط أن يكون لأحد طرفيه ــ أو لكلا الطرفين معا ــ العدول عنه بمحض إرادته في حالات معينة أبرزها التعاقد بالعربون، والذي يشيع استخدامه خصوصا في عقدي البيع و الإيجار[3]، و العربون هو عبارة عن مبلغ من المال يدفعه احد المتعاقدين إلى الأخر عند التعاقد، وبقصد من ذلك تحقيق إحدى دلالتين اثنين لذلك التعاقد هما :

أولا : احتفاظ كل من الطرفين المتعاقدين بحق العدول عن العقد مقابل خسارة هذا العربون، فإذا عدل عنه دافعه خسره، وإذا عدل عنه من دفع إليه رده ورد مثله إلى من دفعه، وبذلك يكون العربون عربون عدول .

ثانيا : التأكيد من أن العقد أصبح لازما لا يجوز العدول عنه، على اعتبار أن دفع العربون يعد تنفيذا جزئيا للعقد من قبل دافعه، وبالتالي يكون العربون هنا عربون بات .

وهذا و يتطلب الحديث عن مدى إمكانية التعاقد بالعربون عبر شبكة الانترنت تكرار ما قلناه و نحن بصدد الحديث عن الوعد بالتعاقد عبر الانترنت من حيث أهمية و ملائمة و شيوع إجراءه عبر الشبكة العنكبوتية، فكما نعلم أن شبكة الانترنت هي الوسيلة الأكثر استخداما لإبرام العقود وخاصة الدولية منها في الوقت الحاضر، ويعتبر التعاقد بالعربون

---

[1] لقد نصت المادة (72مكرر) من القانون المدني 05 /10 على أن : { 1 دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك .2) فإذا عدل من دفع العربون فقده ، وإذا عدل من قبضه رده ورد مثله }}، نلاحظ من خلال نص المادة أن القانون المدني قد أخذ بإمكان العدول بالنسبة للعربون ، وهذا النص واضح لا يحتاج إلى أي شرح و تفسير ، ولعل أهم ما يأخذ عليه هو خلوه من ذكر مدة زمنية يجب أن يعلن خلالها من يريد العدول عن العقد عن رغبته بذالك ، وعليه فان القواعد العامة هي التي تطبق في هذه الحالة ، أي أن المحكمة هي التي تقوم بتعيين المدة مستعينة بذالك بالعرف و بظروف القضية ، ومما هو ملاحظ أيضا في الفقرة الأولى من المادة 72 مكرر قد أوردت في نهايتها عبارة (... إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذالك) ونستشف من هذه العبارة أن بإمكان المتعاقدين أن يتفقا على أن يكون دفع العربون دليلا على أن العقد أصبح لازما آو باتا لا يجوز العدول عنه ، أي أن الدلالة دلالة لزوم و ليست دلالة عدول .

[2] - بحث علمي قانوني مقدم لنيل لقب أستاذة في المحاماة،إعـــداد المحاميـــة دينا محمود حبّال،إشراف الأستاذ المدرب نـــزار سعيـــد رشيـــد البـــارودي،لعام 2007 http://forum.palmoon.net/topic-243-124.html

[3]- عبد الفتاح عبد الباقي،مصادر الالتزام في القانون الكويتي،بدون طبعة، سنة 1983،ص 164.

عبر الانترنت من أفضل الطرق التي يمكن من خلالها أن يحسم طرفا العقد موقفهما بعد إمعان التفكير ودراسة الصفقة بشكل دقيق و معمق بهدف بيان مردودها على كل منهما، وبالتالي حسم موقفهما بإتمام الصفقة أو العدول عنها، وفي هذه الحالة الأخيرة يكون الطرف الذي عدل عن الصفقة قد خرج بأقل الخسائر وهي خسارته لمبلغ العربون متجنبا بذلك خسارة فادحة إن هو مضى بإبرام العقد، هذا مع ملاحظة أن دلالة العربون هنا هي دلالة العدول، أما إذا اختلفت الدلالة في قانون كل من المتعاقدين وذلك في حالة إبرام العقود الدولية فان الحل يكمن في اتفاق الطرفين ابتداء على دلالة العربون، تقبله جميع الدول يقضي بان دلالة العربون عبر الانترنت هي دلالة عدول أو دلالة لزوم أو بات لكل التعاقدات بالعربون التي تتم عبر شبكة الانترنت، ولكن التساؤل الذي يبرز هنا متعلق بتحديد طبيعة التعاقد بالعربون عبر شبكة الانترنت[1] ؟ .

للإجابة على هذا التساؤل المتعلق بتحديد طبيعة التعاقد بالعربون عموما و التعاقد بالعربون عبر الانترنت بشكل خاص نقول أن التعاقد بالعربون يتشابه مع العقد المعلق على شرط (فاسخ أو واقف) وكذلك العقد المقترن بخيار الشرط، من حيث كون جميع هذه العقود تشترك في خاصية عدم اللزوم، ولكن مع ضرورة ملاحظة أن عدم اللزوم مختلف في حالة التعاقد بالعربون عنه في حالة العقود الأخرى، من حيث أن التعاقد بالعربون ــ بدلالة العدول ــ ينشا عنه عقد غير لازم بالنسبة لكل من المتعاقدين، أما في حالة العقد المعلق على شرط أو العقد المقترن بخيار الشرط فان حق العدول يثبت للطرف الذي علق تحقق الشرط أو تخلفه عن إرادته، أو على إرادة من له الخيار في العدول عن العقد في حالة العقد المقترن بخيار الشرط، وذلك مع ملاحظة أن العدول يجب أن يتم خلال المدة المحددة لذلك[2] .

1- إن المفاوضات التعاقدية السليمة، المتكاملة البنيان والمحددة الأركان والأهداف، القائمة على احترام مبدأ حسن النية والأمانة في عملية التفاوض، لها الدور الحاسم في دفع المفاوضات إلى النجاح، والنأي بمتفاوضي الأمس ومتعاقدي

[1] - بشار محمود دودين و محمد يحيى المحا سنة، المرجع السابق، ص .101

[2] - بشار محمود دودين و محمد يحيى المحا سنة، نفس المرجع ، ص .102

اليوم عن الخلافات والنزاعات، بما يكفل تنفيذ العقد بعيدا عن المشكلات والخصومات.

2- وعلى أي حال، فإن القانون المدني الجزائري بوضعه الحالي، ورغم تعديلات عام 2005، ما يزال بعيدا كل البعد عن تنظيم المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض التقليدي أو الالكتروني. وقد اكتفى بالنص ضمنا على مبدأ حسن النية في مرحلة التفاوض على العقد (م1/107 من ق.م)، غير أن المسؤولية عن الفعل الضار تستوجب وجود إلتزام يفرضه القانون قد تم الإخلال به (م 124 من ق.م المعدلة سنة 2005)، ولذلك فإنه يستحسن أن يتضمن القانون المدني الجزائري نصا صريحا على الالتزام بالتفاوض بحسن نية وأمانة.

3- فإن حرية كل طرف في المفاوضات، في أن يقطعها دون أن يتحمل المسؤولية، هو مبدأ مضمون قانونا[1]، غير أن قطعها بسوء نية أو بدون سبب جدي يؤدي إلى مسؤولية الطرف الذي قطعها عن الأضرار التي تكبدها الطرف الأخر؛ وذلك لأنه لا ضرر ولا ضرار، وأن الضرر يزال بجبره .

4- ويشمل التعويض عن قطع المفاوضات بدون سبب جدي، الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت بالطرف المضرور، كالنفقات والمصاريف التي صرفت في التنقلات والإقامة والدراسات الفنية من أجل إبرام العقد النهائي، وكذا الضرر الناتج عن المساس بالسمعة التجارية، وتفويت فرصة إبرام العقد المنشود في حدود إحتمال تحقيقها. ومهما يكن من أمر، يستوجب ترك المسألة للقاضي، أو المحكم ليقدر كل حالة على حدة، كما أن القانون الواجب التطبيق على عقد التفاوض هو الذي سيحكم المسائل الخاصة بالمسؤولية عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد.

[1] محمد حسين منصور، مرجع سابق،ص 52

المبحث الثاني : إبرام المعاملات الالكترونية.

إن المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية، حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني[1]، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

أما عن الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية،القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة، وأهم صورها هي:

1ـ *اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما:*

ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب، تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره. [2]

2ـ *اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد:*

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد سواء كانت عرفية أو رسمية فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية[3].

لكن بصدور القانون 05–10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري [4]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 لنص المادة 323 مكرر5 مدني جزائري الكتابة في الشكل الإلكتروني ذات التسلسل في الأوصاف أو

---

[1] - القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[2] - د /علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997 ، ص56

[3]- Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique,JO, 14/03/2000,P.2968 . www.journal-officiel.gouv.fr

[4] - الأمر 75-58 لـ 26 سبتمر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[5] - القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الإلكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها.

ويقصد بالوسيلة الإلكترونية المستعملة مثل القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية.

وهكذا يتضح مما سبق بأن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه سواء الكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم غير مادية غير ورقية.

و لكن " هل للوثيقة الإلكترونية نفس القيمة القانونية في الإثبات مقارنة مع الوثيقة العادية؟"

بموجب المادة 323 مكرر[1] جاء المشرع بحل قانوني، ووفقا للقاعدة الفقهية التي تقول لا اجتهاد في وجود النص القانوني، فإن المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات. و يكون قد أسس من خلال هذا النص ما يسمى بمبدأ التعادل الوظيفي *L'équivalent fonctionnel* بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية[2].

غير أن نص المادة 323 مكرر جاء نص مطلق وبالتالي فإن التطبيق المطلق لهذا النص يثير جدال فقهي وقضائي كبير حيث هناك بعض التصرفات ذات أهمية وخطورة من الأفضل أن تبرم في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، كالحقوق الواردة على العقار بصفة عامة وعقد الشركة.

كذلك عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات الإلكترونية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والوصية.

---

[1] - يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها،أنظر المادة1/1316 من القانون المدني الفرنسي التي تقابل المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري .

[2] - وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه التي تنص" :عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"

غير أن ما يلاحظ على القانون المدني الجزائري أنه لم يتعرض للنظام القانوني الذي يحكم العقد الإلكتروني ولم يتناول تعريفه، لكن ماهي الوثيقة الإلكترونية؟

إن الوثيقة الإلكترونية أو المحرر الإلكتروني جاءت نتيجة للاستخدام الوسائل الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت وإتمام معظم التصرفات القانونية من خلالها.

فنصت المادة الأولى من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم 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 الأونسترال[1] (**CNUDCI**أو**UNCITRAL**) عرف المحرر الإلكتروني من خلال تعريف رسالة البيانات[2] .

المطلب الأول : التراضي في المعاملات الالكترونية

ينعقد العقد الإلكتروني بتراضي طرفيه ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين بصدور إيجاب للتعاقد وقبول لهذا الإيجاب بإحدى طرق التعبير، ومن هذه الطرق وفقاً للقواعد العامة التعبير بواسطة اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته[3]، وهناك صور خاصة للتعبير

---

[1] - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51–162 في 16 ديسمبر 1996 ، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10 ، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.

ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد، قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها، وتكمن مزاياه في توحيد القواعد القانونية المعمول بها في مجال التجارة الإلكترونية ، كما يساعد الدول والأشخاص المتعاملين في هذه التجارة الأخذ بأحكامه، كما أن يسري أن التجارة الإلكترونية والدولية على حد السواء . ويلاحظ على هذا القانون أخذه بمفهوم واسع للتجارة الإلكترونية، ولم يهتم بالتفاصيل الفنية المستخدمة فيها، ويعد بذلك عملا تشريعيا صادرا عن الجمعية العامة للأمم المتحدة، أنظر هامش مذكرة العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، برني ندير، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الفترة التكوينية 2003–2006 ، ص 05

من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له، راجع www.uncitral.org

[2] - لورنس محمد عبيدات، إثبات المحور الإلكتروني، دار الثقافة، عمان،2005، ص77.

[3] - انظر المادة 60 من القانون المدني الجزائري05-10 المؤرخ في يونيو سنة 2005.

عن الإرادة عبر الإنترنت في العقد الإلكتروني وهي التعبير عبر البريد الإلكتروني وعبر شبكة المواقع (Web) وكذلك عبر المحادثة المباشرة مع المشاهدة، وبالإمكان استخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة عبر هذه الصور إضافةً إلى بعض الطرق الأخرى التي نظمتها القواعد العامة.

كما تطبق القواعد العامة على الإيجاب الإلكتروني فإنها تطبق كذلك على القبول الإلكتروني في تنظيمه، وهناك طرق خاصة للقبول الإلكتروني تتماشى مع طبيعة العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت.[1] منها تقنية التحميل عن بعد والضغط على الأيقونة الخاصة بالقبول وذلك بملء الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تعبر عن القبول. وقد يكون التعبير عن القبول صراحةً أو ضمناً، أما السكوت فلا يعتبر قبولاً إلا في حالات استثنائية وهذا الفرض يصعب تطبيقه على العقود المبرمة عبر الإنترنت[2].

الفرع الأول: *الإيجاب الالكتروني.*

الإيجاب[3]هو تعبير عن إرادة المتعاقد، يدل بصورة قاطعة على أنه يقبل التعاقد وفقا لشروط معينة، أو هو عرض جازم و كامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص الى شخص معين أو الى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة[4].

وقد عرفته محكمة النقض المصرية بقولها (عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين)، ولذلك يجب لاعتبار التعبير عن الإرادة إيجابا أن يكون دالا على إرادة نهائية وأن يتضمن جميع العناصر الأساسية للعقد.

وقد وضعت اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة (1/14) معيارا لتحديد الإيجاب فنصت على أن الإيجاب (يكون محددا بشكل كافٍ إذا تعينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمنا ، أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب).

هذا بالنسبة للإيجاب وفقاً لمعناه التقليدي أما بالنسبة لتعريف الإيجاب بشأن العقد الإلكتروني فقد عرفه التوجه الأوروبي الصادر في 1997/5/20م (أنه كل اتصال عن

---

[1] - TORTELLO Nicole et LOINTIER Pascal ,Internet Pour les juristes, **DALLOZ** 1996, P152

[2] - أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية ،مصر، 2005 ، ص81.

[3] - عبد الرزاق السنهوري ، الوسط ،العقد،الجزء الأول ، المجلد الأول 1981، دار النهضة العربية ، ص 261 ، و أنظر أيضا جلال علي العدوي ، الموجز في مصادر الالتزام،منشاة المعارف ،سنة 1995 بدون طبعة ، ص 31 ، و علي الفيلالي ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة،سنة 1997 ، بدون طبعة .ص91

[4] - لبيب لشنب، الوجيز في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية،الطبعة الثالثة، سنة1999، ص 107

بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان).

ولفظ إلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا يؤثر في معناه المذكور شيء وفقا للنظرية العامة للالتزامات، فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة، فالتعبير في العقد الإلكتروني يتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق الحاسب الآلي، يظهر التعبير عن الإرادة على شاشة هذا الحاسب وقد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق موقع انترنت أو عن طريق المحادثة[1].

أولاً: *الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:* ويهدف الإيجاب الذي يتم عبر البريد الإلكتروني[2] أن يكون العرض لأشخاص محددين وذلك في حالة إذا ما رغب التاجر في

---

[1]- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005، ص 131.

[2] - عرفه القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 22 يونيه 2004 بأنه "كل رسالة سواء كانت نصية أو صوتيه أو مرفق بها صور أو أصوات ويتم إرسالها عبر شبكة اتصالات عامة، وتخزن عند أحد خوادم تلك الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه ليتمكن هذا الأخير من استعادتها.

والعناوين الإلكترونية منها القديم ومنها الحديث، وتتمثل العناوين الإلكترونية القديمة في سبعة يشير كل منها إلي نشاط معين يختلف عن الآخر، وهذه العناوين هي :

1- com وهي اختصار لمصطلح commercial وهي تشير إلي ما يتعلق بالأنشطة التجارية .
2- org وهي أختصار لمصطلح organization وهي تشير إلي المنظمات الدولية التي لا تهدف إلي تحقيق الربح .
3- edu وهي اختصار لمصطلح education وهي تشير إلي الهيئات المختصة بالتعليم كالجامعات والأكاديميات والمعاهد العلمية
4- gov وهي اختصار لمصطلح government وتشير إلي الهيئات المختلفة التي تتكون منها الحكومة .

5- mil وهي اختصار لمصطلح military وتشير إلي هيئات الدفاع العسكرية .

6 - net وهي تشير إلي الهيئات والمؤسسات التي تعمل في مجال الإنترنت .
7 - int وهي تشير إلي المنظمات المختصة بعقد الاتفاقيات الدولية .
ويلاحظ أن هذه القائمة ليست ملزمة للهيئات أو الشركات، بل وضعت علي سبيل الاسترشاد فقط، ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن تقوم مؤسسة خيرية لا تهدف إلي الربح أن تسجل عنوانها الإلكتروني في المجال.
وإلي جانب العناوين الإلكترونية القديمة توجد عناوين إلكترونية جديدة، حيث قامت شركة International Ad Hoc Committee" وهي شركة أمريكية أنشئت عام 1990 بغرض تنظيم وضبط العناوين التجارية الإلكترونية IAHC . في 4 فبراير 1997 باقتراح مشروع ينص علي إنشاء سبعة عناوين أخري تختلف بحسب الأنشطة، وتتمثل هذه العناوين في الآتي:
-1- firm ويشير إلي الشركات التجارية ومجال الأعمال.
-2 - web ويشير إلي الأنشطة المتعلقة بشبكة الإنترنت .
-3- nom ويشير إلي الأسماء والألقاب.
-4- arts ويشير إلي مجال الثقافة والفنون.
-5- info ويشير إلي مجال المعلوماتية.
-6 - store ويشير إلي طلب البضائع والسلع.
-7- rec ويشير إلي أنشطة التسلية والترفيه.

أن يخصص الإيجاب لأشخاص الذي يرى إنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور، ويلاحظ أن الإيجاب إما أن يكون موجها لشخص واحد فقط أو موجها لعدة أشخاص، وأن الإيجاب الموجه لشخص واحد هو إيجاب غير ملزم إلا إذا كان الإيجاب خلال مدة معينة يلتزم من خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه طوال تلك المدة، وفي حالة الإيجاب غير الملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو انتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب.

أما إذا كان الإيجاب موجه لعدة أشخاص فإنه يكون عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد ولا يكون إيجاباً استنادا إلى أن النشر أو الإعلان أو بيان الأسعار الجاري التعامل بها أو بطلبات موجه للجمهور فلا يعتبر عند الشك إيجاباً، ولكن يكون دعوة إلى التعاقد [1].

***ثانياً:** الإيجاب الذي يتم عبر صفحات الويب web.*

وهذا النوع من الإيجاب لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر من الصحف أو عبر التلفاز وذلك لأنه إيجاباً مستمراً على مدار الساعة، وأن هذا الإيجاب يكون في الأغلب موجه إلى الجمهور وليس إلى فرد معين، وذلك إن الإيجاب الصادر عبر صفحات الويب لا يكون محدداً بزمن وإن كان محددا بنفاذ الكمية أو مدة معقولة كما في الإيجاب التقليدي ليس إلا وفي مثل هذه الحالة يكون الإيجاب كاملاً إذا استكمل شروطه العامة[2].

***ثالثاً:** الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة.*

وهنا يستطيع المتعامل على شبكة الإنترنت أن يرى المتصل معه على شاشة الحاسب الآلي، وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا بجهاز الكمبيوتر لدى كل من الطرفين، ويتصور في هذه الحالة أن يصدر من أحد الطرفين إيجابا يصادفه قبولاً من الطرف الآخر وهنا ينعقد العقد بناء على تلاقي الإيجاب والقبول وتكون أمام تعاقد بين حاضرين حكما[3] .

والواقع أن صدور الإيجاب الإلكتروني ينبغي أن تسبقه مراحل تفاوضية قبل إتمام التعاقد ، وبما أن الإيجاب الإلكتروني يكون إيجابا عن بعد فان العقد الذي ينتهي إليه يكون

[1]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004، ص91.

[2] - Beaure D.Augeres,Paiement numérique sur internet,1997,P 142.

[3] - محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص93.

عقدا مبرما عن بعد إضافة إلى انه غالبا ما يكون موجها من تاجر مهني إلى طائفة المستهلكين لذلك فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك التي تفرض على التاجر أو المتعاقد المهني العديد من الالتزامات والواجبات تجاه المستهلك ويأتي في مقدمتها تحديد هوية البائع وعنوانه وتحديد الشيء المبيع أو الخدمة المقدمة وأوصافها والسعر المقابل لها وطريقة الدفع أو السداد وخيار المستهلك في الرجوع إلى التعاقد في خلال المدة المحددة قانوناً، وإعادة إخطار المستهلك بالمعلومات السابقة في خلال مدة لا تتجاوز إعادة تسليم ، ومدة الضمان وخدمة ما بعد البيع .

ويتميز الإيجاب الإلكتروني الذي يتم عبر الانترنت بوجود وسيط بعرض الإيجاب ونشره نيابة عن الموجب ولهذا السبب فان الإيجاب لا يكون فاعلا لمجرد صدوره وإنما بعرضه على الموقع إذ بهذا العرض يتحقق الوجود القانوني المؤثر للإيجاب ويكون صالحاً لترتيب آثاره.

كما أن الإيجاب الإلكتروني يختفي بمجرد سحبه من موقع عرضه، إذ في هذه الحالة ينعدم أثره القانوني ولا يصبح له وجود يعتد به ،لأنه لن يكون متاحا للجمهور في هذه الحالة [1].

الإيجاب في الصور السابق ذكرها يكون ملزما لصاحبه و يمكن أن يثير مسؤوليته العقدية،لهذا يحرص صاحب العرض، من الناحية العملية،على إضافة التحفظات تحرره من الالتزام و تجعل من العرض الصادر منه مجرد دعـــوة للتعاقد[2] أو إعلان عن المنتج أو الخدمة ،كالاحتفاظ بحق الرجوع في العرض,أو إضافة شرط عدم نفاذ الكمية,أو تحديد مدة معينة،أو إضافة عبارات محددة مثل *دون التزام sans engagement ،أو بعد التأكيد après confirmation .

إن القضاء الفرنسي اعتبر العروض الصادرة بمثابة إيجاب ملزم، و القاعدة أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يتم قبوله,إلا أن القضاء قرر أن الإيجاب

[1] - د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت 2003، ص 91.

[2] - ويلاحظ أنه غالباً ما يتم الإعلان عن السلع والخدمات عن طريق الإنترنت ويمكن تعريف الإعلان بأنه (كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية لتوريد أشياء أو خدمات).واختلفت الآراء حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان فيرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعتبر إيجاباً وإنما دعوة إلى التعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب فضلا عما يحمله هذا النوع من ضغط معنوي على المستهلك وتحريض له على شراء سلع غير ضرورية.أما الرأي الأخر فيعتبر الإعلان الموجه للجمهور عبر الإنترنت إيجاباً ، طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كأن يتضمن تحديداً للسلعة أو الخدمة تحديداً نافيا للجهالة ويتم أيضا تحديد الثمن أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه لا يعد أن يكون مجرد دعـوة للتعاقد.

،غير محدد المدة يقترن دائما بمدة معقولة تقدرها المحكمة يكون فيها ملزما لصاحبه، ويتم تقديم هذه المدة طبقا للعادات و الظروف الاقتصادية و الفنية للمعاملة، و رغبة في حماية المستهلك يقرر القضاء أن الدعاية التي تتضمن عروضا سخية تلزم صاحبها و إلا تعرض للجزاءات الخاصة بالإعلانات الخادعة[1].

الفرع الثاني: *القبول الالكتروني.*

القبول: هو الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له [2] و لكي ينتج القبول أثرا في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا إلا في حالة الاتفاق الجزئي[3]، الذي نصت عليه المادة 69 من القانون المدني والذي يكون منشئا للعقد إذا توافرت شروطه[4].

والقبول الإلكتروني يتوافق مضمونه مع المعنى السابق كل ما في الأمر أنه يتم من خلال وسيط إلكتروني[5] ويصدر في الغالب الراجح من المستهلك ويتم عن بعد. وإذا كان القبول العادي قد يكون صريحاً أو ضمنياً، فإن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً سواء باستعمال لفظ صريح ومباشر يدل على المعنى المقصود ويتم إما عن طريق اتصال تليفوني عبر الإنترنت أو عن طريق البريد الإلكتروني وقت أن يعد المستهلك قبوله في شكل رسالة بريدية من خلال أحد برامج البريد الإلكتروني ويتم كتابة مضمون القبول في سطر الموضوع، ثم مجرد الضغط على زر الإرسال لتوجيه الرسالة إلى القائمة البريدية الإلكترونية الخاصة بالمحترف المهني[6].

هذا ولا توجد أية صعوبة إذا صدر التعبير عن الإرادة بالقبول كتابة ،إلا أن هناك مواقف معينة تثير الشك :مثل الضغط على الآلة أو السكوت ، أو اتخاذ موقف محدد.

أولا : *الضغط على الآلة أو الجهاز*: إن مجرد لمسة الشخص لمؤشـــر القبـــول أو الضغط على علامة نعم أو"Accepter" الواردة على صفحة الجهاز تفيد قبـــول

---

[1] - محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، سنة 2007 بدون طبعة ، ص 56-57.

[2] - DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jerome, Droit des obligation .**LITEC** .1997.p31.

[3] - قد يتم القبول بغير وسيلة إلكترونية أصلا كأن يتم بواسطة المراسلة التقليدية رغم أن الإيجاب كان بوسيلة إلكترونية، فنكون أمام حالة ما يسمى بالعقد المبرم جزئيا بوسيلة إلكترونية.

[4] - محمد لبيب شنب ، الوجيز في مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثالثة ،1999، ص 120.

[5] - الوسيط الإلكتروني كما عرفه مشروع قانون التجارة الإلكتروني الكويتي في مادته الأولى فقرة (8) على أنه " برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم مستند إلكتروني دون تدخل شخصي "

[6] - د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 206.

العرض أو الإيجاب من الناحية النظرية .ولكن القضاء لا يكتفي بذلك بل يشترط أن يكون القبول واضحا ومحددا و حاسما ونهائي من أجل تجنب أخطاء اليد , erreurs de manipulationأو أن يتم ذلك من خلال لعب الطفل أو أي شخص أخر عابر[1].

و لهذا يشترط للتعبير عن القبول بلمستين double clic وليس بلمسة واحدة تأكيدا لتصميم من وجه الإيجاب إليه على قبوله، ويطلق الفقه على هذه اللمسة" باللمسة الأخيرة للقبول، clic final d'acceptation" وبذلك يمكن القول بأن التعبير عن القبول قد تم عبر مرحلتين، وهو نمط جديد في التعبير عن القبول، ظهر مع . ظهور العقود الالكترونية، وتكمن ايجابياته في تمكين المتعاقد من التفكير جيدا قبل تأكيد قبوله[2].

و لحسم تلك الشكوك تذهب التشريعات الحديثة إلى اشتراط وجود وثيقة bon de commande يحررها العميل على الشاشة تؤكد قبوله أو صدور تأكيد لطلبه confirmation de la commande يرتد إلى موقع الموجب، أو اشتراط أن يتمثل القبول في دفع المقابل الكترونيا. يتضح من ذلك أن القبول يجب أن يتم عبر مجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة على نحو يؤكد ارتباط العميل على نحو جازم[3] .

ثانيا: *السكوت و القبول:* إن السكوت واتخاذ موقف سلبي لا يدل على إرادة معينة يعتبر قبولا إذا لابسته ظروف معينة تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر ردا على إيجابه[4]. كما و أنه لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان يعتبر قبولا، ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واقتصر الإيجاب بهذا التعامل[5]، أو إذا كان الإيجاب محض منفعة الموجب له وكذلك يعتبر سكوت المشتري بعد تسلمه لبضاعة التي اشتراها وقائمة الثمن قبولا لما ورد في هذه القائمة من شروط, يستنتج ذلك من طبيعة المعاملة أو العرف التجاري

---

[1] - محمد حسين منصور، المرجع السابق, ص 58

[2]Murielle cahin, le consentement sur internet, www.droit- intic.com , 18/03/2004 - voir aussi- Hassler , Preuve de l'existence d un contrat et internet, les Petites affiches, 1999 P 05 .

[3] - محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 58

[4] - عبد الرسول عبد الرضا، د.جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، بدون طبعة ، بدون سنة، ص 44.

[5] - تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه ":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.

ثالثا : *جواز العدول عن القبول:* رغبة فـي حمايـة المسـتهلك بصـدد التعـاملات الالكترونية ظهرت أنماط جديدة للتعبير عن الإرادة ترمي إلى إتاحة الوقـت الكـافي للعميل للاطلاع على مضمون المنتج محل التعاقد و التعرف على ملاءمتة لاحتياجاته الفعلية , ومن ثمة تعليق إبرام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للقابل .

فقد جرى العمل بصدد التعامل على برامج الحاسب الآلي على دفع العميل المقابل النقدي اللازم للحصول على البرنامج من المتجر ثم يذهب به ليكون لديه الوقت الكافي للقراءة المتمعنة و الفاحصة للوثائق المصاحبة للبرنامج، فإذا اكتشف العميل عدم ملائمة البرنامج له، يمكنه إعادته إلى المتجر و استرداد نقوده، يشرط عدم فض الغلاف وفقا للتعليمات التي يحددها موزع البرنامج، و من ثمة فان تمزيق أو فض الغلاف هو وسيلة للتعبير عن قبول التعاقد، و يمكن أن يتمثل ذلك في إزالة شريط معين يضعه المنتج لهذا الغرض[1].

وبصدد العقود الالكترونية التي يتم إبرامها عن بعد لا يكون بوسع المستهلك الحكم الدقيق على المنتج، مهما بلغت دقة و أمانه وصف البائع له، لذا يجري العمل أحيانا, على منح المستهلك رخصة العدول عن العقد خلال مدة معية تبدأ من تاريخ تسلمه للشيء محل العقد[2]. هذا نظرا لأن غالبية العقود الالكترونية التي تبرم عن طريق الانترنت تتعلق بمواد ومنتجات استهلاكية، باعتبار أن الإيجاب عادة ما يكون موجها من مهني إلى طائفة المستهلكين، فان التشريعات[3] التي واجهت هذه العقود تجعل قبول المستهلك عندئذ غير نهائي بل تخول القابل خيار الرجوع في قبوله بشروط وقيود محددة، ومن شأن هذا الخيار أن يجعل هذا العقد غير لازم للمستهلك[4].

يشترط لصحة القبول و ترتيب أثره القانوني، و هو إبرام العقد هو أن تكون إرادة القابل صحيحة يعتد بها القانون، وهذا يستوجب أن تكون الإرادة صادرة من شخص أهل لمباشرة التصرفات القانونية، وأن تكون إرادته سليمة خالية من العيوب (المطلب الثاني) .

---

[1] - أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر-المحلة الكبرى-،سنة 2005،بدون طبعة، ص 104-105 .

[2] - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 59-60.

[3] - المادة L.121-6 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، على أن المدة المقررة لرخصة الرجوع هب سبعة أيام كاملة محسوبة من وقت التسليم ، و ذلك دون مقابل باستثناء نفقات النقل.

[4] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نفس المرجع، ص 25.

المطلب الثاني: صحة التراضي في المعاملات الالكترونية.

إن العقد الإلكتروني كأي عقد آخر يجب لانعقاده انعقاداً صحيحاً أن يكون صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، فإذا أراد أطراف المعاملة وقوع العقد صحيحاً، فإنه يتعين عليهم التدقيق في مسألة الأهلية بأي وسيلة متاحة ،على أن البيانات المطروحة من أحد المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت قد لا تكون صحيحة ولا يمكن للمتعاقد في هذه الحالة التحقق من بيانات التعريف بالمتعاقد الآخر، وهو ما قد يؤثر بالتأكيد على صحة التعاقد إذا تبين بالفعل عدم توافر أهلية التعاقد لكلا الطرفين أو أحدهما[1].

إلا أنه قد تم التغلب على المسألة المتعلقة بالتحقق من أهلية المتعاقد وأهليته من الناحية القانونية لإبرام العقد بالعديد من الطرق[2]، منها بطاقات الائتمان، و التزام القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته مثل اسم المستخدم User name و كلمة الدخول Password[3].هذا بالنسبة للأهلية فماذا عن الغلط(فرع أول) و التدليس و الإكراه(فرع ثاني).

الفرع الأول: الغلط في إبرام المعاملة الالكترونية.

الغلط[4] هو وهم يقوم في ذهن الشخص فيصور له الأمر على غير حقيقته فهو عدم توافق بين الإرادة الباطنة لشخص المتعاقد والإرادة الظاهرة وقد نصت المادة 82 من القانون المدني الجزائري " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، على أن الغلط يعتبر جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و لحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

---

[1] - خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 138.

[2] - إن تقنين الاستهلاك الفرنسي نص في المادة (18/12) والتوجه الأوربي الصادر في 20 مايو 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.

[3] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نفس المرجع, ص26 .

[4] - لم يعرف المشرع الجزائري الغلط كعيب من عيوب الإرادة، و إنما ترك ذلك للفقه و القضاء، و ذلك كباقي القوانين، فالغلط هو وهم يقع فيه الشخص، يكون له الدافع على التعاقد .

يتضح من هذ النص أن الغلط الذي يعيب الإرادة يجب أن يتوافر فيه شرطان: أولهما أن يكون جوهرياً، والثاني أن يتصل بعلم المتعاقد الآخر.

ولا يختلف عيب الغلط في العقد التقليدي كعيب من عيوب الإرادة عن عيب الغلط الذي يوجد في التعاقد الإلكتروني فهذا العيب أمر متصور الحدوث في كلا الحالتين سواء كان التعاقد تقليديا أم كان إلكترونياً[1].

كما و أن صفة الاحتراف أو عدم الخبرة في المعاملات الالكترونية عنصرا جوهريا في قبول ادعاء المتعاقد الواقع في غلط جوهري، خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة مثل برامج الحاسب الآلي، إن تلك الصفة تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط، و يصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص. وكذلك الحال إذا كانت البيانات التي قدمها الموزع كافية لتلافي الوقوع في الغلط، ونفس الحكم إذا ثبت تقصير مدعي الغلط حيث لم يقم بالاستعلام و الإفصاح عن رغباته و التعاون مع الموزع للوصول إلى الغاية المرجوة[2].

أما بالنسبة للغلط في الشيء محل العقد وهو كثير الحدوث في مجال عقود الانترنت،فقد ظهرت حلول تقنية عديدة لتفادي مثل هذا الغلط، من ذلك طرق التصوير الحديثة بأجهزة التصوير ثلاثية الأبعاد، وإمكانية تجريب المبيع عن بعد وهو ما يحدث بصفة خاصة بالنسبة للملابس التي يتم عرضها على مانيكانات بمقاسات مختلفة، وبالإضافة لما سبق، فان لجهات التوثيق التي تقوم بتزويد المتعاملين في التعاقدات والتعاملات الالكترونية بشهادات توثيق الكتروني تضمن بمقتضاها صحة هذه التعاملات وما تتضمنه من بيانات،إضافة إلى صحة التوقيع الالكتروني الذي يلعب دور كبير في هذا المجال[3] .

وقد جرى في المحاكم الفرنسية على قبول إبطال العقد إذا ثبت وقوع المتعاقد في غلط جوهري، سواء في صفة جوهرية (مثل عدم مناسبة برنامج الحاسب للوفاء بالغرض

[1] - خالد حمدي عبد الرحمن، مرجع سابق ، ص 138.
[2] - محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص61.
[3] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق ، ص26

المطلوب،أو كمن يتعاقد على برنامج معلومات معتقدا أنه بيع في حين هو مجرد إيجار أو ترخيص بالاستعمال.[1]

الفرع الثاني: *التدليس و الإكراه في إبرام المعاملة الالكترونية.*

التدليس – le dol – هو استعمال طرق احتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد وقد نصت المادة86 من القانون المدني الجزائري*يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه ,من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد*, من خلال هذه النص يتضح أن للتدليس عناصر تتمثل في الآتي :

أولاً: *استعمال طرق احتيالية.*

وهذا العنصر له جانبان جانب مادي وهي الحيل المستعملة التي توهم المدلس عليه بغير الحقيقة، وهذه الحيل تأخذ في العمل صوراً مختلفة، وإذا كان الأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتوافر العنصر المادي في التدليس إلا أنه يعتبر كافيا إذا تعلق الأمر بواقعة لها أهميتها بحيث يمكن القول أن المتعاقد ما كان يقدم على التعاقد لولا البيانات الكاذبة التي أدلى بها المتعاقد الآخر. بل أن الكتمان أو السكوت قد يعتبر من الطرق الاحتيالية إذا تعلق الكتمان بواقعة هامة كان يجب الإفشاء بها ولم يكن في وسع المتعاقد المدلس عليه معرفتها عن طريق آخر[2].

أما الجانب المعنوي فهو نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع فإذا انتفت نية التضليل فلا تدليس .

ثانياً: *التدليس هو الدافع إلى التعاقد.*

يتوافر هذا العنصر إذا كانت الحيل المستعملة قد بلغت حدا من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المدلس عليه العقد ، والعبرة هنا هي بشخص المتعاقد لا بمدى تأثير هذه الحيل في الشخص العادي، أي أننا نأخذ عند تقدير جسامة الحيل المستخدمة ومدى تأثيرها بمعيار شخصي .

---

[4]-C.A. Paris 8 fer. 1990,juris-Data, n.051816.

[2] - عبد الرسول عبد الرضا، د. جمال فاخر النكاس، مرجع سابق، ص 88.

ثالثاً: *اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.*

لا يكفي لاستعمال طرق احتيالية تدفع إلى التعاقد ليكون العقد قابلا للإبطال وإنما يجب بالإضافة إلى ذلك أن يكون التدليس قد اتصل بالمتعاقد الآخر وهو يكون كذلك إذا كانت الطرق الاحتيالية قد صدرت من المتعاقد أو من غير المتعاقدين ولكن المدلس عليه أثبت أن المتعاقد معه كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بالتدليس .

والتدليس في العقد التقليدي لا يختلف عن التدليس في إبرام العقد الإلكتروني بل إنه متصور أكثر في العقود الإلكترونية نتيجة الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات وأن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الحاسب الآلي[1] ولذلك في حالة التعامل الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد أو المعاملة للغش. ولذلك نرى أن الكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات والخدمات يدخل في نطاق التدليس[2] 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 .

ومثال على ذلك أن البنوك الإلكترونية التي ليس لها وجود إلا من خلال شبكة الإنترنت أن تضع عروض مغرية في موقعها الوهمي لكي تدفع العملاء بإيداع أموالهم في هذا المصرف الوهمي ومن ثم يتم الاستيلاء على هذه الأموال.

وفي التعاقد يعتبر السكوت تدليساً كقاعدة عامة[3] ولا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين والمستهلكين بل أيضاً حتى في علاقات المهنيين[4].

---

[1] - زريقات عمر خالد، عقد البيع عبر الإنترنت، عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة– الطبعة الأولى .الأردن :دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الراية للنشر والتوزيع2007 .ص 198

[2] - C.A.Colmar, 5novembre.1993, Juris-Data,n051816

[3] - المادة 86الفقرة 2من القانون 05-10المدني الجزائري

[4] - خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص142.

و يستقر القضاء على أن مجرد صمت المتعاقد يعتبر تدليسا طالما انه يهدف إلى تضليل الطرف الآخر و التمويه عليه بإخفاء أمر كان من شأن العلم به الإحجام عن إبرام العقد ' ان الكتمان يتعارض و مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقد تقديم البيانات والمعلومات المؤثرة على الرضاء الطرف الآخر ,حيث يوجد الالتزام بالإعلام و النصيحة و التحذير على عاتق المتعاقد الخبير بهدف حماية الطرف الأقل خبرة كي يتمتع بحرية الاختيار و الرضاء الواعي المستنير في إبرام العقد[1].

الفرع الثالث: *أهلية وصفة التعاقد :*

تثور هذه المشكلة بالنسبة للعقود الالكترونية التي يتم إبرامها عبر الانترنت، حي حيث يصعب على المتعاقد التحقق من أهلية، فقد يدعي شخص انه ممثل لشركة معينة أو صاحب صفة (وكيل أو شريك مثلا) في التعاقد، و قد يدعي الشخص كامل الأهلية بينما هو ناقص أو عديم (صغير أو مجنون مثلا) . وقد يستولي القاصر على البطاقة المصرفية لأحد والديه و يستعملها في التعاقد، و يمكن أن يحدث نفس الشيء في حالة سرقة تلك البطاقة .

لا شك في أهمية الحذر في هذا الشأن و المحافظة على البطاقة المصرفية و الرقم السري أو كلمة السر الخاصة بالدخول على الشبكة أو استعمال البطاقة، هذا بالإضافة إلى التيقن بقدر الإمكان من صفة و شخصية المتعاقد [2].وهذا ما يستدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية (المطلب الثالث) و هي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب.

المطلب الثالث: توثيق المعاملات الالكترونية و مسؤولية سلطات الموثوقية[3].

بعد أن جرى العرف واستقر العمل على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمدانها لتحرير العقد، تم اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط إلكترونية من خلال ومضات كهربائية وتحويلها

[1] - محمد حسين منصور, المرجع السابق, ص62.

[2] - محمد حسين منصور ، نفس المرجع ، ص 66

[3] - موقع الموثق الالكتروني في الجزائر ، العنوان الالكتروني: Sndl.cerist.dzأما عن البريد الالكتروني فهو Sndl@cerist.dz

على اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي[1]ومعها تغيرت الوسائل التقليدية في إثبات و توثيق العقود و التصرفات القانونية,وهي التوقيع الخطي أو اليدوي فلم تعد تلاءم الصورة الحديثة للمعاملات التي أخذها الشكل الالكتروني, و التي يتعذر معها توافر هذا التوقيع ,لذلك ظهر بديل عن التوقيع الخطي أو اليدوي التقليدي توقيعا حديثا الكترونيا أو ما يطلق علية بالتوقيع الالكتروني (الفرع الأول) يتماشى مع طبيعة هذه المعاملة و كونها تتم باستخدام الوسائل و الأجهزة الالكترونية المتقدمة، بصفة خاصة جهاز الحاسب الآلي و شبكة الانترنت[2].و تتعدد وسائل التوثيق الالكتروني و صوره(الفرع الثاني) ، نذكر منها بصفة خاصة التوقيع الكودي أو السري و الذي يتم باستخدام أرقام أو حروف سرية تعبر عن شخصية الموقع، و التوقيع البيومتري الذي يعتمد على الصفات و الخصائص الجسدية والسلوكية للشخص، و التوقيع الرقمي الذي يعتمد على التشفير و ربطه بمفاتيح خاصة لفك التشفير.

الفرع الأول: التوقيع الالكتروني[3]:

لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة عرفته بأنه " مجموعة أرقام تمثل توقيعا على رسالة معينة" ، يتحقق هذا التوقيع من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسل، ومن ثمة فإنه بالضغط على هذه الأرقام الخاصة بمستخدم الانترنيت، يتكون التوقيع الإلكتروني، ويمكن أن يتم تحديد هذه الأرقام الخاصة من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الانترنيت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث أن اقتران الرسالة المرسلة بهذه الأرقام، يستطيع الشخص أن يحدد شخصية المتعاقد الذي أرسل الرسالة، وهذا يعني إمكانية تعدد التوقيع الإلكتروني، بتعدد المعاملات التي يقوم بها الشخص[4].

كما نجد مشرعنا الجزائري قد اعتمد التوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 مدني جزائري المعدلة بالقانون 05-10[5] والتي تنص على " ... يعتد بالتوقيع

---

[1] - حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، سنة 2000 ص19.

[2] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نفس المرجع، ص55

[3] منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات،الطبعة الأولى، سنة 2004،دار الفكر الجامعي،ص 8

[4] - محمد فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة2002 ,ص82

[5] - القانون 05-10 المعدل والمتمم للامر 75-58 المتضمن القانون المدني

الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر[1]" وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية.

أما عن تعريف التوقيع[2] الإلكتروني، فإن القانو ن الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162[3] " التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر.[4]

[1] - شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات.
وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الالكتروني للإثبات، وهما، إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها:
-1- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها.
إن التعاقد الإلكتروني، لاسيما الذي يتم عن طريق الانترنيت يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد من هوية المتعاقد معه، أي توثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص أو ذاك، وتعد هذه الإشكاليات من بين أهم الإشكاليات التي تواجه العقود الالكترونية. في هذا المجال حاول المختصين إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية، و كذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص، ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا وسمات الصوت أو حدقات العين أو غيرها.وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة وإثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة
الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية ولذلك تعد غير كافية.وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو ما يسمى سلطات الموثوقية Autorités dcertification أو Prestataire de service de certification électroniqueو هي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان خدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وحتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير.
-2- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.
مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا معرضة للتلف بعد مدة، حتى ولو حفظت في شروط ملائمة وهنا وجه الاختلاف بين السند المادى والسند الإلكتروني، فالأول يمكن إعادة إنشاؤه من الأصل عند تغيب الورقة، بينما التغيب يمحي السند الإلكتروني كليا، فمشكلة الحفظ تساوى فيها السند الإلكتروني والسند الرسمي، ولذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة بها. ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني، ويسمى الوسيط أيضا، وهو وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة
Disques Dur أو على الموقع في شبكة الانترنيت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، وقد تتمثل في قرص مدمج-CD ROM أو قرص مرن ،Disquette informatique أو قرص فيديو رقميDVD . أ / يونس عرب،مقال بعنوان, حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية ,الموقع الالكتروني: www.arablaw.org

[2] - إن اصطلاح التوقيع يستعمل بمعنيين: الأول أنه عبارة عن علامة أو إشارة تسمح بتمييز شخص الموقع، والثاني هو فعل أو عملية التوقيع ذاتها، بمعنى وضعه على مستند يحتوي معلومات معينة، ويعتبر المعنى الأول هو المعنى المقصود بالتوقيع في نطاق الإثبات ومن هذا التعريف يمكن استخلاص عناصر التوقيع الجوهرية وهي أن يكون علامة خطية وشخصية لمن ينسب إليه المحرر، ثم أن يترك أثرا متميزا يبقى ولا يزول. والتوقيع إما أن يكون خطيا، وإما أن يكون بالبصمة ختما أو إصبعا.

[3] - 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.

[4] - المادة 323 مكرر و323 مكرر 1 تعرف الكتابة الإلكترونية.

أما التوقيع الإلكتروني أو الرقمي فهو إجراء معين[1] يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر سواء في الأمر بأن يحتفظ بالرقم أو الشفرة بشكل آمن ويسري بمنع استعماله من قبل الغير، ويعطي الثقة في أن صدوره يفيد أنه بالفعل صدر من صاحبه.

إلا أن الإشكال يثار حول قدرة التوقيع الالكتروني في التعبير عن إرادة صاحبه في الرضاء بالتعاقد والقبول بالالتزام؟

ويرجع هذا التساؤل إلى الخصائص المادية الفريدة التي يتميز بها التوقيع الالكتروني بالمقارنة بالتوقيع التقليدي الذي يضعه الشخص بخط يده على المحرر الكتابي الذي يتم تهيئته ليكون دليلا في الإثبات.

يرى جانب من الفقه أنه لا يجوز معادلة التوقيع اليدوي بالتوقيع الالكتروني، إذ يتعذر التثبت من حضور الموقع ومن وجوده المادي فعليا وقت التوقيع، وهو عنصر أساسي في التوقيع اليدوي فلا يمكن مثلا التأكيد على أن من يوقع الكترونيا بعد من وراء الجاني الآلي هو بالفعل الشخص ذاته الذي عرف عن هويته إذ لا يوجد أي تأكيد قاطع حول هوية الموقع حين لا يكون هذا الأخير موجودا بشكل مادي وقت التوقيع[2].

ولكن وللحيلولة دون وقع ذلك فإنه يتم اللجوء إلى التقنية المستخدمة في تأمين التوقيع الرقمي عن طريق الرقم الخاص المعتمد من طرف جهة التوثيق التي تتولى إصدار المفتاح الخاص ومن أهم أساليب استخدام المفاتيح الخاصة للربط بين التوقيع وبين المحرر وتأمينها من التعديل اللجوء إلى التقنية المعروفة باسم "HACHAGE IRREVERISIBLE" والتي يتم من خلالها تحويل المحرر الالكتروني (مثله في ذلك مثل التوقيع) إلى معادلة رياضية لا يمكن فهمها ولا قراءتها إلا بالمفتاح الخاص الذي يتم تسليمه إلى العميل المتعاقد بصفة شخصية تحت رقابة الوسيط المتمثل في جهة التوثيق.

و نكتفي هنا بنبذة موجزة عن التوقيع الرقمي باعتباره التوقيع السائد في الوقت الحالي .

[1] -أي استخدام اللوغارتميات بتحويل المحرر المكتوب ،مننمط الكتابة العادية،الى معادلة رياضية،و تحويل التوقيع الى أرقام .

[2] - محمد أخياط، بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الالكترونية، مجلة الإشعاع، عدد 25، السنة 2000, صفحة 17.

أولا : التوقيع الرقمي[1]*:* Signature numérique

ويقصد به استخدام أرقام حسابية مطبوعة عن طريق التشفير لتركيز وضغط محتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها . وتتم الكتابة الرقمية للتوقيع ولمحتوى المعاملة عن طريق التشفير. وذلك باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة ومعادلات رياضية (لوغاريتمات) تتحول بواسطتها المعاملة من رسالة ذات كتابة عادية مقروءة ومفهومة إلى معادلة رياضية أو رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة، ما لم يتم فك تشفيرها ممن يملك مفتاح فك الشفرة وهو المعادلة الخاصة بذلك .

والصورة الحديثة للتوقيع الرقمي هي استخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص (المعروفة باسم تقنية شفرة المفتاح العام).[2]

وهي منظومة تسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي بان يكون لديه مفتاحين منفردين، أحدهما: عام متاح إلكترونيا، والثاني خاص يحتفظ به الشخص ويحفظه على درجة عالية من السرية، طبقا لنص المادة 10/1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري.

والمفتاح الشفري العام هو: أداة إلكترونية متاحة للكافة تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة وتستخدم في التحقق من شخصية الموقع على المحرر الإلكتروني، والتأكد من صحة وسلامة محتوى المحرر الإلكتروني الأصلي طبقا للمادة 11/1 من اللائحة التنفيذية.

أما المفتاح الشفري الخاص: فهو أداة إلكترونية خاصة بصاحبها تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة وتستخدم في وضع التوقيع الإلكتروني على المحررات الإلكترونية ويتم الاحتفاظ بها على بطاقة ذكية مؤمنة طبقا لنص المادة 12/1 من اللائحة التنفيذية .

ويقوم مرسل العملية الإلكترونية بكتابة بيانات الرسالة والتوقيع عليها إلكترونيا باستخدام مفتاحه الخاص فتتحول الرسالة إلى أرقام حسابية غير مفهومة، ثم يقوم بإرسال

[1] - أنظر محمد إبراهيم أبو الهيجاء،عقود التجارة الالكترونية،دار الثقافة للنشر و التوزيع،2005،الطبعة الأولى،ص73 ،و أنظر أيضا محمد فواز المطالقة،الوجيز في عقود التجارة الالكترونية،دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،سنة 2008، الطبعة الثانية،

[2] - خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة 2005،ص132

الرسالة موقعة مع مفتاحه العام إلى المرسل إليه فيقوم هذا الأخير بفك الشفرة باستخدام المفتاح العام للمرسل ليتمكن من قراءة الرسالة[1] .

مثال: ولتبسيط الأمور نفترض أن هناك شخصين (ا)،(ب) كل منهما يريد التعاقد مع الآخر ، وكل منهما في دولة مختلفة عن الأخرى . فيقوم كل من (ا)و(ب) بالذهاب إلى جهة توثيق معينة في دولته وهي في مصر هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات ويحصل نظير أدائه لرسم محدد على مفتاحين احدهما يسمى المفتاح العام، والأخر يسمى المفتاح الخاص وكل من المفتاحين عبارة عن شفره معينة مكونة من لوغاريتمات وكل من المفتاحين يتمثل في بطاقة تسمى البطاقة الذكية، وعندما يريد (ا) مثلا إرسال رسالة إلى (ب) تتضمن إيجاب لشراء سلعة ما فانه يقوم بإرسال هذه الرسالة عن طريق استخدام الحاسب الآلي و الانترنت و يقوم بتوقيع هذه الرسالة باستخدام المفتاح الخاص به ، وهذا المفتاح يجب ألا يعلمه أو يحوزه احد غيره ويقوم (ا) بإرسال المفتاح العام ضمن الرسالة إلى (ب) ويلاحظ انه بمجرد أن يوقع (ا) الرسالة الالكترونية بتوقيعه عن طريق استخدام المفتاح الخاص به فانه في هذه الحالة لا يستطيع (ب) أو أي شخص أخر التغيير آو العبث في مضمون هذه الرسالة وعندما يقوم (ا) بإرسال الرسالة الالكترونية إلى (ب) فان (ب) يقوم بفك شفرتها باستخدام المفتاح مع الرسالة، فإذا رغب (ب) في قبول هذه الرسالة وتلاقي الإيجاب مع قبوله فانه يقوم بتوقيع هذه الرسالة بالمفتاح الخاص به ويقوم بإرسال هذه الرسالة للطرف (ا) وهنا يتم انعقاد العقد .ويلاحظ أن هناك جهة ثالثة تكون طرف وسيط بين الطرفين (ا،ب) هذه الجهة تقوم بإصدار شهادات توثيق التوقيع الالكتروني بحيث يستطيع كل متعاقد أن يستعلم التوقيع الالكتروني للطرف المتعاقد معه، وكذلك عن بعض البيانات الأخرى التي يريد معرفتها عن المتعاقد معه، ويتم الاحتفاظ برسائل البيانات لدى مقدمي خدمة التوثيق وذلك لفترة من الزمن، وذلك حتى يمكن الرجوع إليها إذا لزم الأمر [2]

ومن خلال العرض السابق للتوقيع الرقمي يتضح انه يهدف إلى تحقيق الوظائف الآتية[3] :

[1] محمد احمد الرومي ، مرجع سابق ، ص 48.وانظر أيضا محمد فواز المطالقة، الوجيز، مرجع سابق، ص 165. و انظر أيضا محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، ص 75.

[2] - محمد احمد الرومي، مرجع سابق، ص 49 .

[3] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 164.

- ✓ *التوثيق:* ويقصد به التحقق من هوية الموقع وان الرسالة الموقعة منه تنسب إليه.
- ✓ *السلامة:* ويقصد بها أن محتويات الرسالة الموقع عليها إلكترونيا لم يتم تغيير مضمونها ولم يتم التلاعب في بياناتها، لا عمدا ولا من غير عمد.
- ✓ *السرية*: يحقق التوقيع الرقمي سرية المعلومات التي تتضمنها المعاملات والرسائل الإلكترونية حيث لا يمكن قراءة هذه المراسلات إلا ممن أرسلت إليه وباستخدام المفتاح العام للمرسل .

ثانيا : حجية التوقيع الالكتروني.

يتعين لإسباغ الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني أن تتوافر في الرسالة أو المستند المراد تصديقه بالتوقيع شروط الدليل المكتوب باعتباره وسيلة للتوثيق.

وتتفق جميع التشريعات[1] التي أضفت الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني على ضرورة توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة حتى يتمتع بالحجية وهذه الشروط سنتحدث عنها من خلال الفقرات الثلاث الآتية :

الفقرة الأولى: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره من الناحية القانونية.

الفقرة الثانية : سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

الفقرة ثالثة: إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني[2].

الفقرة الأولى: ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره من الناحية القانونية.

يعتبر التوقيع الإلكتروني مرتبطا بالموقع إذا كان له طابعا منفردا يسمح بتحديد هوية الموقع ويميزه عن غيره من الأشخاص وبحيث يدل التوقيع الإلكتروني الموجود على المحرر على شخصية الموقع وانه ينسب لشخص معين بالذات وهذا ما نصت عليه المادة

[1] - وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أولى الدول التي أصدرت تشريعات تعترف بالتوقيع الإلكتروني وتمنحه حجية كاملة في الإثبات شأنه في ذلك شأن التوقيع التقليدي. كما أنه في فرنسا أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2001/272 الصادر في 30 مارس 2001 وحدد الشروط اللازمة لإنشاء توقيع إلكتروني موثوق فيه.

[2] -طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، صادق للنشر، بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2001،ص 315

" 4/1316 " من قانون التوقيع الإلكتروني الفرنسي، وهذا ما أكده ونص عليه في مادته الأولى فقرة (ج).

لكي يرتبط التوقيع بالموقع وحده دون غيره فانه يجب أن يعبر عن إرادة الموقع في الالتزام بالتصرف القانوني الذي يتضمنه المحرر الإلكتروني ويدل على رضائه به وإقراره، فمجرد قيام الموقع بالتوقيع الإلكتروني فانه يفيد الرضا والالتزام بما تم التوقيع عليه طالما أمكن نسبة التوقيع إلى الموقع.

ويرى بعض فقهاء القانون الفرنسي أن التوقيع الإلكتروني هو في حقيقته إجراء آلي يتضمن الطبيعة الإرادية للتوقيع التقليدي، وأنه يفصح عن إرادة الموقع[1].

الفقرة الثانية : سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

اشترطت المادة 4/1316 من قانون التوقيع الفرنسي رقم 2000/230 : "أن يتم التوقيع باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه" . وقد أوضحت المادة 2/1 من قرار مجلس الدولة الفرنسي في مارس 2001: (أن التوقيع يكون صحيحا إذا تم بوسيلة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحدة دون غيره).

يتضح من النصوص السابقة انه يشترط لتمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية في الإثبات أن يسيطر الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني بحيث تكون أدوات ووسائل إنشاء التوقيع تحت سيطرة الموقع وحده.

أما إذا فقد الموقع سيطرته على الوسيط الإلكتروني وأصبحت بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني غير سرية، بحيث يعلمها أشخاص آخرون غير الموقع فان التوقيع الإلكتروني لا يعتبر حجة في الإثبات لأن تمييز هوية الموقع وتحديد شخصيته بالرجوع إلى هذا التوقيع يكون مشكوكاً فيه.

تتم عمليات التوقيع الإلكتروني بين المتعاقدين في مجال التعاملات الإلكترونية عبر الانترنت باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص2 فكل طرف من المتعاقدين يجب

---

[1] - قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 37.

[2] - يقصد بالمفتاح الشفري العام : أداة إلكترونية متاحة للكافة تنشأ بواسطة عملية حسابية خاصة ، وتستخدم في التحقق من شخصية الموقع على المحرر الإلكتروني والتأكد من صحة وسلامة المحتوى للمحرر الإلكتروني الأصلي .

أما المفتاح الشفري الخاص فيقصد به: أداة إلكترونية خاصة بصاحبها تنشا بواسطة عملية حسابية خاصة وتستخدم في وضع التوقيع الإلكتروني على المحررات الإلكترونية ويتم الاحتفاظ بها على بطاقة ذكية مؤمنة. ويحصل العميل (الموقع)على المفتاحين العام

أن يكون لديه مفتاحين متفردين أحدهما عام والآخر خاص، ويجب أن يسيطر على هذين المفتاحين في أثناء قيامه بالتوقيع الإلكتروني.

الفقرة الثالثة: إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني.

يلزم لتحقق الأمان والثقة في التوقيع الإلكتروني أن يتم كتابة المحرر الإلكتروني والتوقيع عليه باستخدام دعائم أو وسائل ونظم من شانها أن تحافظ على صحة المحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع وتضمن سلامته وتؤدي إلى كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً. ومن أهم هذه الوسائل ما يلي:

1-استخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص:

يرى بعض فقهاء القانون بحق أنه يمكن الحفاظ على صحة وسلامة المحرر الإلكتروني المشتمل على التوقيع الإلكتروني بما يوفر الأمان والثقة في التوقيع الإلكتروني ويضمن عدم التعديل أو التبديل أو التزوير فيه عن طريق استخدام شفرة المفتاحين العام والخاص والمعروفة باسم تقنية شفرة المفتاح العام لتشفير المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونياً. وتقنية شفرة المفتاحين هي: منظومة تسمح لكل شخص طبيعي أو معنوي بان يكون لديه مفتاحين متفردين أحدهما عام متاح إلكترونيا والثاني خاص يحتفظ به الشخص ويحفظه على درجة عالية من السرية.

2-الاستعانة بسلطة التصديق الإلكتروني:

ويرى بعض فقهاء القانون بحق انه يمكن كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني عن طريق الاستعانة بخدمات سلطة التصديق الإلكتروني وشهادات التصديق الإلكتروني التي تصدرها وأنها تؤدي إلى توفير الأمان والثقة في التوقيع الإلكتروني وتضمن صحته وسلامته وتؤكد على حجيته في الإثبات[1].

والخاص من جهة التصديق الإلكتروني التي تتولى عادة عملية إصدار هذه المفاتيح بناء على طلب العملاء ولديها نظام لحفظ البيانات الخاصة بالعملاء ومنها بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ، ولكنها لا تحتفظ بمفتاح الشفرة الخاص التي تصدرها للموقع.

[1] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص230.

وتقوم جهة التصديق الإلكتروني كطرف محايد بتوفير الأمان والثقة في صحة وسلامة التوقيع الإلكتروني لدى المتعاملين بالوسائل الإلكترونية من خلال ما تقدمه من خدمات متعلقة بالتوقيع الإلكتروني

3-استخدام نظام الأرشيف الإلكتروني: يمكن كشف أي تعديل أو تبدل في بيانات المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مهما طال الزمن عن طريق استخدام نظام الأرشيف الإلكتروني لحفظ البيانات الإلكترونية بصفة مستمرة طوال مدة محددة بما يضمن صحتها ويحافظ على سلامتها .

هذا و قد ألزمت المادة 6 من المرسوم الفرنسي رقم 2001/272 جهة التصديق الإلكتروني بحفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني واصل شهادة التصديق الإلكتروني وكافة البيانات الإلكترونية اللازمة لإثبات المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني أمام القضاء[1].

أما في الجزائر، وبسبب غياب إطار منظم لهذه الوظيفة، فلأطراف العقد الحرية في اختيار النظام الإلكتروني الذي يضمن للإمضاء موثوقيته، وذلك بإنشاء الجهة الموثق باتفاق مستخدمي الانترنيت في تعاملاتهم، ومن ثمة تكون هذه الهيئة خاصة.

الفرع الثاني: *مسؤولية سلطات الموثوقية (التصديق الإلكتروني)*

الموثق الإلكتروني هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية.

والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية [2]هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال.

ويأخذ التوجيه الأوربي رقم 93 سنة 1999 المتعلق بالإطار المشترك للتوقيع الالكتروني و الذي وضع نظاما لتلك الخدمة والذي ادخل في القانون الداخلي الفرنسي بداية من 13 مارس [3]

---

[1] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق , ص 258.

[2] - مثال عن المواقع الخاصة بخدمة التوثيق الالكتروني:

CertCo , http://www.certco.com
VeriSign, http://digitalid.verisign.com/
Infrastructure à clés publiques du gouvernement du Canada, http://www.cse.dnd.ca/cse/francais/gov.html
BelSign (Belgique & Luxembourg), http://www.kpmg.com.au/certauth.html

[3] Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil et La loi n° 2000-230 du 13 mars 2000.

2000 بفكرة الموثق الإلكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق[1] وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07-162، و بموجب هذا الأخير حتى يتمكن مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني يتطلب عليه الحصول على ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل.

أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا النشاط، يجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارس نشاط تقديم الانترنت في الجزائر[2].

إن نشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني نشاطا اقتصاديا يخضع للقيد التجاري طبقا للقانون التجاري.

و هناك من قام بتعريف شهادة التصديق الالكترونية بأنها : شهادة تصدرها جهة وسيطة أو جهة ثالثة ما بين طرفين متعاملين بالطريق الالكتروني، و يكون مضمون هذه الشهادة صحة البيانات المتبادلة بين الطرفين .و يقرر بأن شهادة التصديق الالكترونية هي صك أمان يفيد صحة وضمان المعاملة الالكترونية من حيث صحة البيانات و مضمون المعاملة و كذلك أطرافها[3] .

وبذلك تكون جهة التوثيق الالكتروني مسئولة عن توثيق العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع تطبيقا لمهمة الموثق العادي.

البند الأول: العناصر المشكلة لوظائف الموقع.

نتقيد هنا بالعناصر ذات العلاقة بالجانب القانوني و تتمحور في إنشاء موقع للتوثيق الالكتروني من حيث إسناده لهيئات التصديق المتخصصة ويفضل ذات الخبرة في مجال التوثيق و المعلوماتية، قد تبدو الشبكات التقنية ذات تكنولوجية حديثة مما يوحي فيها التركيز على الجانب التقني والفني إلا أن ذلك لا ينسينا الجانب القانوني الذي تعتمد عليه السلطة التوثيقية بداية من انطلاق النشاط الذي تمارسه، فقد يتعلق الأمر باختيار اسم أو علامة أو شعار للعمل به أو كالنصوص القانونية المحددة للمقاييس الأمنية المعمول بها أو كان يتعلق

[1] نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص295

[2] - المادة 3 من المرسوم 07-162 المذكور سابقا.

[3] - عبد الفتاح بيومي حجازي ، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي بالاسكندرية ، 2004، ص 161

الأمر بحماية المستهلك أو حماية البيانات الشخصية لطبيعتها الخصوصية[1]، وهذا ما قيد به المشرع الإماراتي الموثق الالكتروني في قانون دبي للمعاملات الالكترونية في المادة 19 بما يلي:

"إذا تم بطريقة صحيحة تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، على سجل الكتروني للتحقق من انه لم يتم تغييره منذ وقت معين من الزمن، فإن هذا السجل يعامل كسجل الكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي تم فيه التحقق.

لأغراض هذه المادة والمادة (20) من هذا القانون، ولتقرير ما إذا كانت إجراءات التوثيق المحكمة معقول تجارياً، ينظر لتلك الإجراءات والظروف التجارية في وقت استخدامها بما في ذلك:

1- طبيعة المعاملة.

2- معرفة ومهارة الأطراف. حجم المعاملات المماثلة التي قام بها أي من الطرفين أو كلاهما.

3- وجود إجراءات بديلة.

4- كلفة الإجراءات البديلة.

5- الإجراءات المستخدمة عموماً لأنواع مماثلة من المعاملات."

البند الثاني : واجبات مقدمي خدمات المصادقة والمسؤولية التي تقع على عاتقهم[2]:

إن تدخل شخص ثالث من الغير (مقدم خدمة المصادقة) مستقل عن الأطراف وحده يتيح تقوية فاعلية نظام التوقيع الإلكتروني، لهذا فرض المشرع على عاتق مقدمي خدمات المصادقة أو الشخص الثالث التزامات، يتعين عليهم مراعاتها عند إصدار الشهادات الإلكترونية (أولا) وبما أن مقدمي خدمات المصادق يقوموا بالتحري حول سلامة المعلومات

[1] - نفس الشرط قيدت به المادة(18) إذا تم بطريقة صحيحة تطبيق إجراءات توثيق محكمة، منصوص عليها في القانون أو معقولة تجارياً ومتفق عليها بين الطرفين، على سجل الكتروني للتحقق من أنها لم تم تغييره منذ وقت معين من الزمن، فإن هذا السجل يعامل كسجل الكتروني محمي منذ ذلك الوقت إلى الوقت الذي تم فيه التحقق (2) .لأغراض هذه المادة والمادة (20) من هذا القانون، ولتقرير ما إذا كانت إجراءات التوثيق المحكمة معقولة تجارياً، ينظر لتلك الإجراءات والظروف التجارية في وقت استخدامها بما في ذلك) :أ (طبيعة المعاملة) .ب (معرفة ومهارة الأطراف) .ج (حجم المعاملات المماثلة التي قام بها أي من الطرفين أو كلاهما) د(وجود إجراءات بديلة) .ه (تكلفة الإجراءات البديلة) .و (الإجراءات المستخدمة عموماً لأنواع مماثلة من المعاملات."

[2]- طارق كميل، مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية،التنظيم القانوني واجباتهم ومسؤولياتهم، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5،العدد3،أكتوبر2008،ص 253.

التي تجمعها من حيث مضمونها ومحتواها وصحة صدورها ممن تنسب إليه وتصدر بذلك شهادة تصديق إلكترونية تشهد فيها بذلك، ويتم الاعتماد عليها في إتمام المعاملات الإلكترونية، إلا أنه قد يحدث أن يفشلوا أو يقصروا أحيانا في التحري عن صحة المعلومات التي اعتمدوا عليها، ويعملوا على إصدار شهادات إلكترونية غير مطابقة للواقع، وقد لا يتم اكتشاف ذلك إلا بعد إتمام المعاملة الإلكترونية اعتمادًا على هذه الشهادات غير الصحيحة، فتخل هذه الشهادات بالثقة المشروعة التي أولاها المتعاملون في عمل مقدمي خدمات المصادقة والشهادات التي أصدروها، وعندها تثار مسؤوليتهم تجاه من أصابه ضرر إثر تعامله اعتمادًا على هذه الشهادات غير الصحيحة (ثانيا).

أولا :الالتزامات التي تقع على عاتق مقدمي خدمات المصادقة

حتى يقوم مقدمو خدمات المصادقة بدورهم على أكمل وجه، يتوجب عليهم أن يتقيدوا بالالتزامات التي تهدف إلى حماية المعلومات الشخصية وتلك التي تتعلق بصحة المعلومات موضوع شهادة المصادقة.

❖ *الالتزامات التي تهدف إلى حماية المعلومات الشخصية*

يقع على عاتق مقدم خدمة المصادقة الالكترونية العمل على حماية المعلومات الشخصية والتي تدور حول الالتزام بالسلامة والالتزام بالإعلام والنصح والالتزام بالحفاظ على المعلومات ذات الطابع الشخصي[1] وعليه سنعمل على تناول هذه الالتزامات حسب الآتي:

⇐ **التزام السلامة** :يقع على عاتق مقدم خدمة المصادقة أن يقدم ضمانات كافية حتى يتمكن من ممارسة نشاطه، وبالتالي استعمال نظامٍ معلوماتي موثوقٍ به، وأن يقوم بحماية مفتاحه الخاص الذي يستعمله لتوقيع شهادات المصادقة الصادرة عنه وذلك بشكل ملائم[2]

وفي جميع الأحوال يلتزم مقدمو خدمات المصادقة باعتماد آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني من الجهة الإدارية المختصة بالدولة، ولا يجوز لهم تعديلها إلا بعد الحصول على الموافقة

[1] - هذه الالتزامات ورد النص عليها في مختلف التشريعات المقارنة ومنها نص المادة 9 من قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 ونص المادة 24 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية لسنة2002 ، ونص الفصل 15 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

[2] - وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، مكتبة صادر ناشرون، بيروت لبنان،2002 ، ص 326 وضياء أمين مشيمش" التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة"، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة النشرغير مذكورة، ص16 .

الكتابية من الجهة الإدارية، وكذلك يلتزم مزود الخدمة أو مقدم خدمة المصادقة باعتماد قائمة الأجهزة والإدارات الخاصة بإنشاء وتثبيت التوقيع الإلكتروني من الجهة الإدارية، كما تلتزم بتوفير نظام صيانة للأجهزة يعمل طوال 24 ساعة في اليوم، ويجب تأمين كل هذا بوسائل التأمين المتعددة ضد المخاطر المتوقع حدوثها، وأخيرًا يجب على هذه المنظومة أن تكون قادرة على إلغاء الشهادة أو التوقيع الإلكتروني أو إيقافها بناء على طلب صاحبها أو في الحالات التي يحددها القانون والنظام. ويجب على عاتق مقدم خدمة المصادقة أن تكون لديه القدرة على إنشاء منظومة تكوين البيانات الإلكترونية التي يباشر من خلالها إنشاء التوقيع الإلكتروني، وفي العادة فإن هذه المنظومة تكون مؤمنة عند استيفائها للشروط التالية :

1- الطابع المنفرد لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

2- سرية بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

3- عدم قابلية الاستنتاج أو الاستنباط لتلك البيانات.

أ حماية التوقيع الإلكتروني من التزوير أو التقليد أو التحريف أو الاصطناع أو غير ذلك من صور التلاعب.

ب عدم إحداث أي إتلاف بمحتوى المحرر الإلكتروني أو توقيعه.

ج أن لا تحول هذه المنظومة دون علم الموقع علمًا تامًا بمضمون المحرر الإلكتروني قبل توقيعه له.

ب – الالتزام بالإعلام والنصح: إن التوقيع الإلكتروني والإجراءات التقنية المعدة لتطبيقه تعد إجراءات معقدة وغامضة، ومن أجل تعزيز ثقة المتعاملين بالتوقيع الإلكتروني، يقع على عاتق مقدم خدمة المصادقة، أو مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية، الالتزام بإعلام المتعاملين معه بشكل واضح بطريقة استعمال خدماته وبكيفية إنشاء التوقيع وكيفية التحقق منه.

ت – الالتزام بالحفاظ على المعلومات ذات الطابع الشخصي[1]: من أجل قيام مقدم خدمة المصادقة بوظيفته بالتعرف على صاحب شهادة المصادقة يعمل على جمع المعلومات عن

[1] - لقد نص الفصل 15من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه(يتعين على مزود خدمات المصادقة الإلكترونية وأعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيًا أو الكترونيًا في نشرها أو الإعلام بها أو في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل ."وبناءً على ذلك فإن المشرع عمل على حماية المعلومات والبيانات التي يتداولها مزود خدمة المصادقة الإلكترونية والتي تخص العملاء، وحظر عليه المشرع أو من يعمل معه إفشاء سرية هذه البيانات وعدم الإفصاح عنها إلا إذا رخص له بذلك قانونًا.

الشخص المذكور، ويقع على عاتقه الالتزام بالأحكام المتعلقة بحماية الأشخاص الطبيعيين عند معالجة المعلومات ذات الطابع الشخصي [1] في حال التداول الحر لهذه المعلومات، ويتعين عليه الاكتفاء بالمعلومات الضرورية[2] لإنشاء الشهادة دون أي معلومات أخرى، كما لا يمكنه استعمال هذه المعلومات إلا في إطار وظيفته كمقدم لخدمة المصادقة، ولا يمكنه بأي شكل من الأشكال إدارة المعلومات المجمعة واستثمارها في أغراض أخرى إلا بعد الحصول على موافقة المتعامل أو تبعا للحالات التي يجيزها المشرع .

2- الالتزامات المتعلقة بصحة المعلومات موضوع شهادة المصادقة

تتمثل هذه الالتزامات فيما يلي" :

أ – **ضمان صحة المعلومات:** يقع على عاتق مقدم خدمة المصادقة العمل على حفظ الشهادات الصادرة عنه في بنوك المعلومات الخاصة بذلك، وذلك من أجل تمكين المتعاملين الذي يريدون التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني ومن هوية مراسلهم الدخول إلى هذه البنوك والاطلاع على شهادات المصادقة العائدة لمراسلهم، وبالتالي فإن مقدم خدمة المصادقة مطالب بضمان صحة المعلومات الواردة في تلك الشهادات. ويستند مقدم خدمة المصادقة على الوثائق الرسمية المقدمة من العملاء، وفي حال ثبوت تزويرها أو انتهاء مفعولها، لا يمكن لوم مقدم خدمة المصادقة، فالأغلب أن يتم تسجيل الشهادة عن بعد بواسطة شبكة الإنترنت، ثم إلحاق التسجيل بالوثائق التي ترسل عبر البريد الإلكتروني، ويكون مقدم خدمة المصادقة مسؤولا عن التحقق حسب الظاهر من توافق المعلومات المصرح بها إلكترونيًا مع مضمون المستندات، هذا وقد تحتوي شهادة المصادقة بالإضافة إلى المعلومات الأساسية على معلومات إضافية[3] يصرح بها

---

[1] - لقد أقر الاتحاد الأوروبي وكذلك البرلمان الأوروبي مبدأ الحفاظ على المعلومات الشخصية من خلال التوجيه الصادر في 24اكتو بر 1995 والمتعلق بكيفية معالجة هذه المعلومات، وقد أوصى الدول الأعضاء الأخذ بهذا التوجيه وإدماجها في تشريعاتها الداخلية في تاريخ أقصاه 24 أكتوبر، 1998 ، وطبقًا للمادة الثانية من هذا التوجيه فإن المعلومات ذات الطابع الشخصي تعرف بأنها "كل معلومة تتصل بشخص محدد الهوية أو قابل للتحديد"، سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، ماهيته وصوره وحجيته في الإثبات"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2004 ، ص77 .

[2] - إن إبرام الصفقات بالوسائل الالكترونية تحتاج إلى إدخال معلومات رقمية مع مراعاة الضوابط والاحتياطات الفنية اللازمة والتي ترتب آثارًا قانونية وفنية بالنسبة لهذا النوع من الصفقات، وفي هذا المجال نجد التوجيهات الأوروبية قد تركت لمقدمي خدمات التصديق حرية وضع اسم للموقع سواء كان إسمه الحقيقي أو إسمه المستعار ما دام أي منها يمكن أن يؤدي إلى التحقق من هوية هذا الموقع، وكل ذلك مع عدم الإخلال بإمكانية الدخول لمعرفة شخصية الموقع الحقيقية، ولذلك يفضل أن يحتفظ مقدم الخدمة ببعض المعلومات التي تمكنه من معرفة شخصية الموقع .راجع د .سعيد السيد قنديل، م .س .ص80

[3] - إن دور مقدم خدمة المصادقة لا يقتصر على إصدار الشهادات فقط، وإنما يشمل بالإضافة إلى ذلك تقديم خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني ومن ضمن هذه الخدمات:

1 -أرشفة المعلومات المتعلقة بالشهادات.

2 -التأكد من صحة التوقيع الإلكتروني.

المتعامل، وذلك لأهداف تتعلق بغرض التوقيع، وبالتالي يقع على عاتق مقدم خدمة المصادقة ضمان المعلومات الأساسية والثانوية، كما يضمن مطابقة المفتاح العام لصاحب التوقيع على مفتاحه الخاص، بعد إجراء التجارب اللازمة، ويمكن لمقدم خدمة المصادقة أن يورد تحفظات بالنسبة لبعض المعلومات، باعتبار أن هناك قرينة مسبقة بمسؤولية مقدم خدمة المصادقة عن صحة المعلومات.

ب – ضمان كفاية المعلومات المصدقة: يلتزم مقدم خدمة المصادقة بالتأكد من جميع المعلومات الأساسية المطلوبة قانوناً في شهادة المصادقة، ولا يجوز له إصدار شهادة المصادقة إلا بعد الحصول على كافة المعلومات الأساسية[1].

ت – ضمان تعديل المعلومات المصدقة :يقع على عاتق مقدم خدمة المصادقة المحافظة على صحة المعلومات المصدقة عن طريق تعديلها ولو اقتضى الأمر بشكل يومي، وعليه أن يضع بنوك معلوماته المتضمنة شهادات المصادقة الصادرة عنه تحت تصرف المتعاملين، وعليه الإعلان عن تاريخ إصدار الشهادات وتاريخ الانتهاء أو وقف مفعولها أو إلغائها[2]، ويجب عليه أن يحتاط من الدخول غير المشروع إلى بنوك معلوماته والتلاعب فيها.

ثانيا :مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة.

تبين أن مقدمي خدمات المصادقة يقوموا بدور الوسيط المؤتمن بين المتعاملين في المعاملات والمراسلات الإلكترونية، حيث يقومون بتوثيق هذه المعاملات والتصديق على توقيعات أصحاب الشأن، ويصدرون بذلك شهادات إلكترونية معتمدة منهم تفيد بصحة التوقيعات الإلكترونية وسلامة المعلومات التي تتضمنها هذه المعاملات، الأمر الذي يبث الثقة لدى الغير الذي يرغب في التعامل مع جهة أو شخص آخر لايعرفه .ومن هنا تظهر أهمية شهادات المصادقة وخطورة المعلومات التي تتضمنها والتي يعول عليها الغير في تعاملاته، لذلك تقوم جهات المصادقة قبل إصدار الشهادات– كما سبق وأن بينا -بالتحري وجمع المعلومات والتدقيق فيها حتى تكون الشهادة صحيحة وموثوقًا فيها. وقد يعتمد شخص ما

---

3 -سلامة الرسائل الإلكترونية وعدم رفضها.

4- إنشاء زوج من المفاتيح دون الإطلاع على المفتاح الخاص أو الاحتفاظ بنسخة عنه .راجع، وسيم شفيق الحجار، م.س، ص235

[1] - وسيم شفيق الحجار، المرجع السابق، ص 327 ضياء أمين مشيمش، المرجع السابق، ص16

[2] - في أحوال معينة يعمل مقدمو خدمات المصادقة على إلغاء الشهادة في حالة وفاة شخص أو فقدانه لأهليته أو حالة حل الشخص المعنوي، عليهم أولا أن يعملوا على وقف مفعول الشهادة ومن ثم إلغائها بعد التحقق من ضرورة هذا الإلغاء، ويقوم مقدم الخدمة بإلغاء الشهادة الإلكترونية عند اكتشاف أسباب خطيرة، كاكتشاف مفتاحها الخاص أو المفتاح العائد لصاحب الشهادة أو أن المعلومات مضمون الشهادة لم تعد مطابقة للحقيقة أو لم تكن في الأصل صحيحة أو بأمر من السلطات القضائية المختص.

على شهادة إلكترونية معتقدًا بصحة المعلومات التي تتضمنها ويقوم بالتعامل مع الغير على هذا الأساس، ولكنه يكتشف لاحقًا عدم صحة الشهادة[1]، فيلحقه من جراء هذا التعامل خسائر أو أضرار غالبًا ما تكون جسيمة بسبب ضخامة قيمة المعاملات والصفقات التجارية التي تتم إلكترونيًا، عندها تثار مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة ومدى التزامهم بتعويض هذه الأضرار. تعد مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة ومدى ضمانهم للإضرار التي تلحق بالغير الذي يعول على الشهادات الصادرة عنهم، من أدق المسائل التي تثيرها المعاملات الإلكترونية نظرًا لحداثتها. فكما هو معروف أن المسؤولية عن الأضرار التي تلحق بالغير بصفة عامة تعد من أهم الموضوعات القانونية التي تتعرض لها الأنظمة القانونية وتضع لها قواعد عامة تحكمها، وإلى جانب هذه القواعد العامة، كثيرًا ما يتدخل المشرع بالنسبة لحالة خاصة من حالات المسؤولية، وذلك لعدم كفاية القواعد العامة في المسؤولية لتنظيمها، ويضع لها قواعد خاصة بها تخالف فيها القواعد والأحكام العامة في وجه أو أكثر، سواء فيما يتعلق بشروط قيام المسؤولية أو تقييدها، أو الأضرار التي تعوض أو مقدار التعويض وكيفيته. وهذا ما حدث بالفعل بالنسبة لمسؤولية مقدمي خدمات المصادقة عن الأضرار التي تلحق الغير الذي يعول على صحة الشهادات الصادرة عنهم، فالمسؤولية العقدية تفترض عقدًا يربط بين الغير المتضرر وجهة التصديق يفرض على هذه الأخيرة التزامًا بالضمان لمصلحة الأول، وهذا الافتراض بشقيه لا يتحقق دائمًا، فغالبًا ما تنعدم الرابطة العقدية المباشرة بين مقدم خدمة المصادقة والغير وبالتالي لا تقوم مسؤوليته العقدية وانما تقوم هذه الأخيرة بين مقدم الخدمة وصاحب الشهادة الالكترونية، وذلك لوجود رابطة عقدية بينهما وقوامها العقد الذي يدور حول تقديم خدمات المصادقة الالكترونية. والمسؤولية التقصيرية لمقدم خدمة المصادقة تتطلب قيام واجب أو التزام بالعناية يلتزم به مقدم خدمة المصادقة لمصلحة الغير، وتتطلب منه القيام بواجب أو التزام بالعناية

حيت يلتزم به مقدم الخدمة لمصلحة الغير، وعند تقصيره بواجب العناية الذي يتحمله يكون قد أهمل، ومن ثم تقوم مسؤوليته، ولذلك تسمى دعوى المسؤولية في هذه الحالة بدعوى

[1] - ترجع عدم صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة الإلكترونية إلى العديد من الأسباب، منها فشل جهات المصادقة في الحصول على دليل صحيح يبين هوية صاحب التوقيع، أو عدم دقة وسائل التشفير المستخدمة في ربط صاحب المفتاح الخاص مع المفتاح العام الموجود لدى مقدم خدمة المصادقة، وأيضًا عدم إمساك دفاتر وسجلات ملائمة لحفظ المعلومات، أو عدم متابعة هذه السجلات ومراجعتها وتحديثها أولا بأول.

الإهمال، وأساسها الإهمال والتقصير الذي يتمثل في خرق واجب العناية، ويقع عبء إثبات ذلك على الغير المتضرر، وهو عبء ليس بالأمر الهين، لذلك فإن حالات تحقق المسؤولية التقصيرية لمقدمي خدمات المصادقة ليست أوفر حظًا من تحقق مسؤوليتهم العقدية[1] .

وأمام عدم كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية لتنظيم مسؤولية هذه الجهات، تدخل المشرع في بعض الأنظمة ووضع قواعد خاصة لهذه المسؤولية، وهذه القواعد الخاصة بمسؤولية جهات المصادقة حديثة للغاية، وذلك لارتباطها بالاعتراف بالتوقيع الالكتروني الذي لم يتقرر بدوره إلا حديثًا أيضا.

وتطبيقًا لذلك فقد وضع التوجيه الأوروبي نظامًا خاصًا بمسؤولية مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية عن الأضرار التي تترتب نتيجة عدم صحة الشهادات الإلكترونية التي تصدرها، والتي يعول عليها الغير حسن النية في معاملاته وهذا الاتجاه سلكته أيضًا بعض التشريعات الحديثة التي نظمت المعاملات الإلكترونية، واعترفت بحجية التوقيع الإلكتروني، من هذه التشريعات قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وغيرها من التشريعات.

فمقابل اعتراف المشرع الأوروبي بالتوقيع الالكتروني المعزز [2]ومساواته بالتوقيع اليدوي في الإثبات، فقد نص التوجيه الأوروبي في المادة 6 منه على قواعد خاصة بمسؤولية مزودي خدمات المصادقة عن الشهادات التي يصدرونها بصحة التوقيع الالكتروني وغيرها من المعلومات التي تتضمنها الشهادة الالكترونية، وقد ميز التوجيه الأوروبي فيما يتعلق بمسؤولية مزودي خدمات المصادقة عن الشهادات الالكترونية التي تصدرها بين نوعين من هذه الشهادات هما :الشهادات المؤهلة أي المؤيدة بإجراءات لضمان صحتها، وهذه الشهادات هي التي نظم التوجيه الأوروبي مسؤولية السلطات التي أصدرتها عن الأضرار التي تحدث للغير الذي يعول على صحتها ويتعامل على هذا الأساس .وأما النوع الثاني يتعلق بالشهادات غير المؤهلة، وقد ترك التوجيه الأوروبي أمر تنظيم المسؤولية بشأن هذه الشهادات للقوانين

[1] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل،" توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر"، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد بتاريخ 12مايو 2003، المجلد الخامس، ص 1877 .

[2] - لقد ميز التوجيه الأوروبي بين نوعين من التواقيع الالكترونية، التوقيع الالكتروني المعزز أو المؤمن، ومنحه حجية كاملة في الإثبات وذلك عند توفره على الشروط التي تؤمنه وتجعله موثوقًا به، وهي :أن يكون التوقيع مؤمنًا أي أن ترافقه إحدى أدوات تأمينه، وأن يكون التوقيع مؤهلا، أي أن يصدر بشأنه شهادة توثيق تعززه وتؤهله للحماية القانونية .وأما النوع الثاني فهو التوقيع الالكتروني غير المعزز .وقد اكتفى التوجيه الأوروبي بإلزام الدول الأعضاء بعدم إنكاره باعتباره دليل إثبات لمجرد أنه تم بشكل إلكتروني، وأنه غير مضمون بشهادات مؤهلة تعزز صحته، أو أنه لم تستخدم بشأنه أداة من أدوات تأمين التوقيع المشار إليها.

والأنظمة الداخلية للدول الأعضاء، وعليه سنقصر الحديث عن نظام المسؤولية الذي وضعه عن النوع الأول من الشهادات باعتباره نظامًا خاصًا للمسؤولية قرره التوجيه الأوروبي.

ويتمثل التنظيم القانوني الذي وضعه التوجيه الأوروبي لمسؤولية مزودي خدمات المصادقة عن الأضرار والخسائر التي تحدث للغير أثر اعتماده وتعويله على المعلومات التي تتضمنها الشهادات المعززة التي تصدر عن مقدمي خدمات المصادقة في القاعدتين التاليتين[1]:

القاعدة الأولى، مسؤولية مشددة على عاتق مقدمي خدمات المصادقة. والقاعدة الثانية جواز الشروط المقيدة لمسؤولية مقدمي خدمات المصادقة .ففيما يتعلق بالقاعدة الأولى، فقد نظمت المادة 2 من التوجيه الأوروبي مسؤولية مزودي خدمات المصادقة عن عدم صحة البيانات التي تتضمن الشهادات الصادرة عنها، حيث نصت على أنه" تضمن الدول الأعضاء –كحد أدنى مسؤولية مزودي خدمات التوثيق عن الأضرار التي تحدث لأي شخص طبيعي أو قانوني عول على الشهادات المؤهلة التي تصدرها بالنسبة للآتي:

- عدم صحة المعلومات والوقائع التي تضمنتها الشهادات وقت صدورها.
- عدم صحة البيانات المتعلقة بتحديد شخصية الموقع.
- عدم الارتباط بين بيانات إصدار التوقيع وبيانات التحقيق منه لتأمين صحته.

ووفقا لهذا النص فإن مسؤولية مزودي خدمات المصادقة تقوم تلقائيًا بمجرد ثبوت عدم صحة التوقيع أو البيانات الواردة بالشهادات، ما لم يثبت مقدم الخدمة أنه لم يهمل ولم يرتكب أي خطأ في أداء مهمته[2]

وعليه، فإن هذه المسؤولية هي مسؤولية مفترضة، تقوم على خطأ مفترض وليس على خطأ واجب الإثبات من الشخص المتضرر أثر تعويله على الشهادات الصادرة عنها، طالما كان حسن النية أي كان يعتقد بصحتها عند تعويله على الشهادة، وهذه المسؤولية المفترضة قررتها الفقرة2 من المادة 6 عن الأضرار التي تحدث لمن عول على الشهادة التي تم سحبها ولم تقم جهة التوثيق بتسجيل ذلك ما لم تستطيع إثبات عدم إهمالها وتقصيرها تجاه ذلك[3]

---

[1] - أحمد شرف الدين،عقود التجارة الالكترونية، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون، الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة،2000 ص 284 .حسن عبد الباسط جميعي،إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 86، سيد السعيد قنديل، م .س، ص 180 . وسيم شفيق الحجار، م .س .، ص 235 .

[2] - سعيد السيد قنديل، م .س .، ص 181. وسيم شفيق الحجار، م .س .، ص 236 .عزيز الجواهري، م .س .، ص 92

[3] - هناك جانب من الفقه الفرنسي يرى أنه لا يكفي لدفع المسؤولية المفترضة عن كاهل مقدم خدمة المصادقة، أن يقوم بإثبات عدم خطئه، وإنما يجب أن يثبت أيضًا مراعاته لأصول وقواعد عمله، أي إن تنفيذه لأعماله كان مطابقًا لأفضل السبل المعروفة وقت تقديم

وفيما يتعلق بالقاعدة الثانية والتي أقر بها التوجيه الأوروبي لمزودي خدمات المصادقة، وهي الحالة التي يتم فيها وضع بعض الشروط التي تقيد مسؤوليتهم عن الأضرار التي تحدث للغير نتيجة تعويله على هذه الشهادة، سواء فيما يتعلق باستخدام الشهادة، أو فيما يتعلق بوضع حد أقصى لقيمة المعاملات التي تجري على أساسها، فقد نصت الفقرة 4 من المادة 6 على إن أثر هذه الشروط المقيدة لمسؤولية مزودي خدمات المصادقة لا تسري فقط في مواجهة صاحب الشهادة، وإنما تسري أيضًا في مواجهة الغير الذي يعول على الشهادة، لكن يشترط لصحة هذا التقييد في المسؤولية وإمكانية الاحتجاج به في مواجهة الغير حسن النية الذي عول على الشهادات الالكترونية في معاملته،كأن يكون بإمكانه العلم بهذا التقييد أو على الأقل أن يكون بإمكانه الإطلاع عليها لحظة طلب الشهادة وبالتالي يتوجب على مزودي خدمات المصادقة أن يشيروا إلى الشروط المقيدة والتي تحد من مسؤوليتهم في الشهادات الالكترونية الصادرة عنهم .وعليه لا يكون مقدم خدمة المصادقة مسؤولا عندما يضع حدودًا للشهادة التي قام بإصدارها، سواء من حيث المدة أو حدود الصفقة، كأن يقوم المشترك باستخدام الشهادة متجاوزًا حدودها، كاستخدامها بعد انتهاء مدة صلاحيتها، أو إبرام صفقات بمبلغ يتجاوز المبلغ المحدد والمسموح به في الشهادة ففي مثل هذه الحالات تقع المسؤولية على عاتق المشترك مستخدم الشهادة وليس على عاتق مقدم خدمة المصادقة[1].

هذا وقد نظم أيضًا قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 مسؤولية مزود خدمات التصديق كما أسماها، وذلك في الفقرة4 من المادة24 منه حيث جاء فيها" إذا حدثت أية أضرار نتيجة لعدم صحة الشهادة أو نتيجة أي عيب فيها يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن الخسائر التي يتكبدها، أي شخص اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي أصدرها مزود خدمة التصديق.

يتضح أن مسؤولية مزود خدمات التصديق لا تقوم في القانون الإماراتي إلا إذا كان اعتماد الغير على الشهادة معقولا وقد حددت الفقرة الأولى من المادة 24 من القانون ذاته واجبات مزود خدمات التصديق، كما حددت مضمون العناية المطلوبة منه، حيث ألزمته بأن

الشهادة، وهذا يعني أن التزامه بصدد تقديم الشهادات الالكترونية وإن كان التزامًا بوسيلة إلا أنه التزام مشدد إلى حد ما .راجع د . إبراهيم الدسوقي أبو الليل، م .س .ص 1905 .

[1] - سعيد السيد قنديل، م .س .، ص 96 . وسيم شفيق الحجار، م .س .، ص 236 . احمد شرف الدين،" عقود التجارة" ...، م .س .، ص 291 . انجوم عمر، م .س .، ص233 . عزيز الجواهري، م .س .، ص 94.

يمارس عناية معقولة لضمان دقة وإكمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات صلة بالشهادة أو مدرجة فيها طيلة فترة سريانها .وقد أجازت الفقرة (5) البند (١) من هذه المادة لمزود خدمة المصادقة استبعاد مسؤوليته أو تقييدها باشتراط ذلك في الشهادة التي تصدرها، وحددت أيضًا الفقرة(5) البند (ب) طرق إعفاء مزود الخدمة من المسؤولية، والتي تتمثل في الحالتين التاليتين:

أ – إذا أثبت أنه لم يقترف أي إهمال أو خطأ.

ب – إذا أثبت أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

يتبين من النصوص المتقدمة أنه يتطلب لقيام مسؤولية مقدمي خدمات المصادقة صدور خطأ أو إهمال من قبل مزود الخدمة، ويتضح ذلك من مضمون العناية التي يجب أن يمارسها مزود الخدمة تجاه البيانات التي يوردها في الشهادة، والتي حددتها الفقرة (ا) البند (ب) من المادة24 بالعناية المعقولة، والعناية المعقولة هي العناية المعتادة التي يمارسها مزودي خدمات المصادقة في مجال توثيق الشهادات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وقد أعفت الفقرة(5) البند(ب) من المادة 24 مزودي خدمات المصادقة الإلكترونية من المسؤولية إذا أثبت أنه لم يرتكب أي خطأ أو إهمال.وإعمالا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية، فالخطأ وحده غير كاف لقيام مسؤولية مزود الخدمة، وإنما يجب أن يترتب على ذلك ضرر يلحق بالغير الذي عول بحسن نية على الشهادة الإلكترونية مع توافر علاقة السببية بين الخطأ والضرر. ويتبين أيضًا من الفقرة(4) البند (ب) من المادة 24 أنه يشترط لقيام مسؤولية مزود الخدمة من الأضرار التي تصيب الغير، أن يكون هذا الغير قد اعتمد بصورة معقولة على الشهادة التي تصدر عن مزود الخدمة، كما قررت المادة 21 للشخص أن يعتمد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة الالكترونية إلى المدى الذي يكون فيه مثل ذلك الاعتماد معقولا[1]، وهذا يدعو للتساؤل عن المقصود بالاعتماد المعقول على الشهادة الالكترونية، فمتى يكون الاعتماد عليها معقولا فتقوم مسؤولية مزود الخدمة، ومتى لا يكون معقولا فلا تقوم هذه المسؤولية؟

[1] - لقد عبر المشرع التونسي عن الاعتماد المعقول بالاعتماد الذي يتم بحسن نية، وذلك في الفصل 22 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، حيث جاء فيه" يكون مزود خدمة المصادقة الالكترونية مسؤولا عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها بالفصل 18 من هذا القانون."

لم يجب المشرع الإماراتي عن هذا التساؤل بشكل مباشر[1]، ولكن بالرجوع إلى الفقرة(3) من المادة 21 نلاحظ أنها قررت الآتي " :لتقرير ما إذا كان من المعقول لشخص أن يعتمد على توقيع أو شهادة يولي الاعتبار إذا كان ذلك مناسبًا إلى:

1-طبيعة المعاملة المعنية والتي قصد تعزيزها بالتوقيع الالكتروني.

2- قيمة المعاملة المعنية أو أهميتها متى كان ذلك معروفاً.

3- ما إذا كان الشخص الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة قد اتخذ خطوات مناسبة ليقرر مدى إمكانية الاعتماد على التوقيع الالكتروني أو الشهادة.

4- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني قد اتخذ خطوات مناسبة للتحقق من أن التوقيع الالكتروني معزز بشهادة أو كان من المتوقع أن يكون كذلك.

5- ما إذا كان الطرف الذي اعتمد على التوقيع أو الشهادة قد عرف أو كان عليه أن يعرف أن التوقيع الالكتروني أو الشهادة، قد عدلت أو ألغيت.

6- أي عامل آخر ذي صلة."

وكما يتضح لم يحدد النص مفهوم الاعتماد المعقول، كما لم يوضح معياره، ولكنه أحال إلى بعض الاعتبارات التي على ضوئها تحدد معقولية أو عدم معقولية الاعتماد وبعض هذه الاعتبارات يرجع للمعاملة المعنية التي قصد تعزيزها التوقيع الالكتروني سواء من حيث قيمتها أو أهميتها، فلا شك أنه كلما كانت المعاملة كبيرة القيمة أو ذات أهمية خاصة، كلما تطلب الأمر الاعتماد على التوقيع بعد التأني والتدقيق في صحة التوقيع الالكتروني والمعلومات التي تضمنها الشهادة الالكترونية .وكذلك يمكن الرجوع في تحديد معقولية أو عدم معقولية الاعتماد على الشهادة أو التوقيع الالكتروني، إلى ما قد يكون هناك من تعامل سابق بين الغير وصاحب الشهادة الذي يرغب في التعامل معه، وإلى ما قد يوجد بينهما من اتفاق خاص يحدد شروط التعامل بينهما، ويمكن الرجوع أيضًا إلى العادات والأعراف التجارية السائدة إن وجدت.

وتجدر الإشارة إلى أن اشتراط معقولية الاعتماد على الشهادة أو التوقيع الالكتروني، لا ينطبق على التوقيع الالكتروني المحمي الذي حددته الفقرة (1) من المادة20 بقولها" على

[1] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل،مرجع سابق، ص 1918.

الرغم من أحكام المادة 21 من هذا القانون، وما لم يثبت العكس، يعتبر الاعتماد على التوقيع الالكتروني المحمي معقولا.

هذا وقد أجاز المشرع الإماراتي في المادة 5/124 لمزود الخدمة أن يدرج في الشهادة الالكترونية بياناً يبين فيه نطاق ومدى مسؤولية مزود الخدمة عن طريق بنود الاتفاقية التي يدرجها بشهادة التوثيق، والتي تستمد قوة إلزامها من الاتفاق عليها، وبالتالي جعل المشرع الأصل العام هو جواز تقييد المسؤولية أو الإعفاء منها طالما تم ذلك بالاتفاق بين ذوي الشأن .وقد تتخذ بنود تقييد المسؤولية العديد من الصور، فقد تتعلق بوضع حد أقصى للمسؤولية، أي تحديد مبلغ التعويض الذي يلتزم به مزود خدمة التصديق، بحيث لا يتجاوزه أيًا كانت قيمة الضرر الذي أصاب الغير، أو تتعلق بالمعاملات التي تستخدم فيها شهادة المصادقة الالكترونية، والتي يسأل عنها المزود ويستبعد مسؤوليته عما سواها.

ويلاحظ أيضًا أن النص أجاز إعفاء مزود الخدمة من المسؤولية عن أي ضرر، الأمر الذي يفهم منه، أنه أجاز ليس فقط تقييد المسؤولية وإنما أجاز أيضًا الإعفاء من هذه المسؤولية بشكلٍ كلي، ونعتقد أن هذا الإعفاء الكامل من مسؤولية قد لا يكون في صالح تشجيع المعاملات الالكترونية وبث روح الثقة فيها، لأن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم بذل العناية المعقولة عند وجود مثل هذا الإعفاء الكامل.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد عمل هو أيضا على بيان مسؤولية مزود خدمات المصادقة الإلكترونية، ويتضح ذلك من نص الفصل 22 من القانون رقم 23 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية .فقد نص الفصل 22 من القانون التونسي على أنه "يكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولا عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها في الفصل 18 من هذا القانون ."

ويستنتج من هذا النص أن المشرع جعل مزود خدمات المصادقة مسئولا بالتعويض عندما يخل بأحد الالتزامات العقدية المفروضة على عاتقه[2].

[1] - لقد نصت الفقرة 5 من المادة24 بأنه" لا يكون مزود خدمات التصديق مسؤولا عن أي ضرر:
أ - إذا أدرج في الشهادة بيانًا يقيد نطاق ومدى مسؤوليته تجاه أي شخص ذي صلة،
أوب- .إذا أثبت بأنه لم يقترف أي خطأ أو إهمال، أو أن الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه."

[2] - ويقصد بالعقد هنا عقد المصادقة الإلكترونية أو عقد تزويد خدمة الإنترنت ما بين مزود الخدمة وما بين الأشخاص المتعاملين معه.

وكذلك نصت الفقرة ٢ من الفصل 22 على أنه" ويكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولا عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أو إلغاء الشهادة طبقًا للفصلين 20، 19 من هذا القانون"، وحسب الفصل 19 من هذا القانون فإن مزود الخدمة يحق له تعليق العمل بالشهادة الإلكترونية الممنوحة منه بناءً على طلب صاحب الشأن أو بقرار منه في حالات محددة، وكذلك يحق لمزود الخدمة بموجب الفصل 20 منه إلغاء الشهادة بناءً على طلب صاحبها أو في حالات محددة بقرار منه.

وعليه، فإذا تم تعليق العمل في الشهادة أو إلغائها بناءً على طلب صاحب الشأن وليس من قبل مزود الخدمة، فإن صاحب الشأن هو الذي يتحمل المسؤولية عن الضرر الذي لحق بالغير وليس مزود الخدمة، وتقوم المسؤولية المدنية في هذه الحالة على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية[1].

ولكن في حال كان الضرر الذي لحق بالغير جراء تعليق الشهادة أو إلغائها بناءً على قرار من مزود الخدمة نفسه، فهنا نفرق بين ما إذا كان المضرور هو صاحب الشهادة نفسه أو الغير، فصاحب الشهادة يحق له مساءلة مزود الخدمة على أساس المسؤولية العقدية، وذلك لوجود عقد مبرم بينهما، وهو عقد معلوماتي مفاده تزويد صاحب الشهادة بمجموعة خدمات معلوماتية في نطاق التجارة الإلكترونية ومنها التصديق على صحة الشهادات الصادرة عنه، أما إذا كان المضرور من الغير فأن مسؤولية مزود الخدمة تستند في هذه الحالة إلى قواعد المسؤولية التقصيرية. ونلاحظ أن المشرع التونسي قد أعفى مزود الخدمة من المسؤولية، وذلك في الأحوال التي لا يمكن فيها نسبة الخطأ إليه، كما لو كان تعليق الشهادة أو إلغائها قد تم بناءً على طلب صاحب الشأن، ويضاف إلى ذلك حالة ما إذا كان صاحب الشهادة نفسه قد خالف شروط استعمالها أو شروط حصول توقيعه الإلكتروني.[2]

وأخيرًا نستنتج من نص الفصل 22 من القانون التونسي أن المشرع عمل على وضع خطوط فاصله ما بين المسؤولية المدنية بالتعويض تجاه مزود الخدمة وتلك الحالات التي يسأل فيها صاحب الشهادة نفسه.

[1] - طارق كميل،مرجع سابق،ص 262.

[2] - لقد نصت الفقرة 3 من الفصل 22 على انه ..." لا يكون مزود خدمات المصادقة الإلكترونية مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها أو شروط إحداث إمضائه الإلكتروني."

تبين أن معظم التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني عملت على تنظيم عمل مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية، سواء من ناحية إجراءات اعتمادهم بشكل رسمي أو الرقابة عليهم أو تحديد واجباتهم ومسؤوليتهم، وذلك لاعتبارهم يشكلون حجر الزاوية في التوقيع الإلكتروني، ووضع مثل هذه المبادئ لعمل مقدمي خدمات المصادقة يدفع المتعاقدون إليهم لتوثيق تواقيعهم الإلكترونية بسبب وجود التنظيم القانوني لعملهم.

و الأصل أنه متى انعقد العقد صحيحا فاته يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ,إلا أنه,في بعض الأحيان لا يتم تنفيذ العقد وذلك في عدة احتمالات و هذا ما سيدرس في المبحث الثالث.

المبحث الثالث : هل في تنفيذ المعاملات الالكترونية خصوصية معينة؟

عقب انتهاء مرحلة إبرام العقد الإلكتروني، بعد تطابق الإيجاب مع القبول، ينتقل طرفي العقد إلى المرحلة الحاسمة، وهي مرحلة تنفيذ العقد، حيث يلتزم كل طرف بالوفاء بالالتزامات الناتجة عن العقد وتنفيذها[1]

و لهذا سنقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطلب ندرس في أولها النظرية العامة للعقد في مرحلة التنفيذ و نتناول في المبحث الثاني المسؤولية عن التسليم و الضمان الالكتروني و نختم المطلب الثالث بالمسؤولية عن الوفاء أو الدفع الالكتروني .

المطلب الأول: تنفيذ الالتزام الالكتروني "القواعد العامة ".

إذا انعقد العقد صحيحا وتحدد مضمونه، فانه يصبح واجب التنفيذ، فالقوة الملزمة للعقد[2] تقتضي قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية.فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ الاختياري أمكن جبره على التنفيذ متى كان ممكنا، وهذا هو التنفيذ العيني الجبري.وإذا لم يتم التنفيذ، كان للدائن حق المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ، وهذا هو التنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل.وتلك هي المسؤولية العقدية[3].ولا تثور تلك المسؤولية إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بقوة قاهرة أو سبب أجنبي لا يد للمدين فيه.

يتضح من ذلك أن الخطأ العقدي يتمثل في عدم التنفيذ المتعاقد التزامه الناشئ عن العقد، ويتمثل في عدة صور: عدم التنفيذ الكلي، التنفيذ الجزئي أو الناقص، التنفيذ المعيب، التنفيذ المتأخر، مؤدي ذلك أن الخطأ يتوافر إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه كله أو بعضه، أو قام بالتنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه أو الذي يوجبه القانون، كتسليم بضاعة معينة أو صنف اقل جودة ا وان يتأخر في التنفيذ عن الموعد المحدد لذلك .

يخضع الإخلال بالالتزام الالكتروني لتلك الأحكام بطبيعة الحال، ولا تثور صعوبة في حالة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ المتأخر، حيث يبدو الإخلال واضحا ما لم يتمسك المدين

---

[1] - 1إبراهيم، ممدوح خالد،حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية .مرجع سابق .ص215

[2] عرف القانون المدني الجزائري 05-10 في المادة 54" العقد بأنه كل اتفاق يلزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة اشخاص اخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيئ ما ".

[3] - Nour Eddine TERKI ,Les obligations, Responsabilité civil et Régime général ,OPU , 1982p 30

بوجود سبب أجنبي أو خطا الدائن، ولكن المشكلة تبدو غالبا، بصدد التنفيذ المعيب، وذالك بسبب الطبيعة الخاصة للمحل في العقود محل الدراسة، حيث يتسم غالبا بالطابع الفني، سواء تمثل في منتج أو خدمة، أضف إلى ذلك طابع البعد في إبرام العقد، وما ينبغي أن يهيمن على تنفيذه من حسن النية، خاصة في مواجهة المستهلك غير المحترف.

و الأمثلة على ذلك كثيرة، مثل إمداد العميل ببرامج حاسب إلى أو أجهزة لا تتفق و احتياجاته أو ليست هي الأحدث.و بالنسبة لعقود المعلومات كثيرا ما يتضح عدم عمق أو شمول أو دقة أو مناسبة ما يتم تزويد المشترك به منها، وسوء الخدمة بالنسبة لعقود الاشتراك في شبكة الانترنت و الفضائيات و المحمول

هذا و يلتزم المزود بنقل ملكية المبيع إلى المستهلك، ويشترط لانتقال الملكية للمستهلك[1]، أن يكون المبيع معيناً بالذات، وأن يكون مملوكًا للبائع، وألا يعلق القانون أو الاتفاق انتقال الملكية على القيام بعمل معين، كما يلتزم المزود بضمان العيوب الخفية التي لا يستطيع المستهلك اكتشافها عند التعاقد، وضمان التعرض والإستحقاق، ويحق للمستهلك أن يستلم المبيع المطابق لما أتفق عليه مع المزود، كما ويحق المستهلك أن يتم إعلامه وتبصيره في مرحلة تنفيذ العقد، وقد منحت التشريعات القانونية للمستهلك مهلة للتفكير بعد إبرام العقد، حيث سيكون بوسعه الرجوع عن إلتزامه الذي سبق وأن ارتبط به.

الفرع الأول: *طبيعة الالتزام الالكتروني ومسؤولية الإخلال به*[2].

إن عدم تنفيذ الالتزام يختلف بحسب نوعه،إذ أن الالتزامات تنقسم إلى قسمين بالخصوص يجب التفريق بينهما وهما : الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة,والالتزام ببذل عناية أو بوسيلة.

البند الأول : الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة:

باستعراض المعاملات الالكترونية نجد أن محلها يتسم كقاعدة، إما بتسليم شيء أو تقديم خدمة.ولا شك أن الالتزام بتسليم شيء[3] منتج أو سلعة هو التزام بتحقيق نتيجة، حيث يلتزم المدين بالتسليم في المعاد و المكان و طبقا للمواصفات المحددة .وتبدو المشكلة في

---

[2]- ظهرت مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية، وهي مهنة الموثق الإلكتروني، وهي عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، وقد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيًا أو إعتباريًا، وتتركز الوظائف الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها .إبراهيم، ممدوح خالد :حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية. مرجع سابق .ص . 220

[2] - محمد حسين منصور،مرجع سابق، ص 81 و ما يليها .

[3] - تنص المادة 167 من القانون المدني الجزائري 05-10 على أن: " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم".

حالة ما إذا كان المدين بالتسليم هو مجرد بائع أو موزع ويتحفظ في كوبون التسليم بعبارة انه يسلم السلعة بحالتها كما وردت له من المنتج .ويتذرع بان كل ما عليه هو بدل العناية في التحقق منها وعرضها بصفاتها كما هي، كما نرى بصدد التسليم .

البند الثاني: الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة:

أما إذا كان محل المعاملة هو تقديم خدمة[1] ، فان الأمر يختلف بحسب نوع الخدمة .فهناك خدمات يلتزم مقدمها بتحقيق نتيجة مثل خدمات القنوات الفضائية و التلفون النقال و شبكة الانترنت ما لم يتحفظ مقدم الخدمة سلفا بانه سيبدل العناية لتحقيق أفضل خدمة ممكنة لعملائه وهذا ما يحدث غالبا، لان طاقة تقديم الخدمة تكون غالبا محددة نوعيا وفي الزمان و المكان و القدرة، ولكن هذه الشركات تقبل عدد من المشتركين اكبر من طاقتها مما يزيد الضغط و يقلل من جودة الخدمة وصعوبتها و تقنينها أحيانا، هنا ينقلب الالتزام للأسف إلى مجرد بذل عناية .

ولكن ينبغي عدم إساءة فهم هذا الالتزام ، فهو لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة ،بل يلزمه فحسب ، فان بدل قدرا معينا من العناية للوصول إلى غرض معين ، فالمدين لا يأخذ على عاتقه تحقيق نتيجة محددة يبتغيها الدائن وإنما يتعهد بمجرد بذل جهد معين للوصول إلى هذه النتيجة، سواء تحقق بالفعل أم لم تتحقق .فإذا بذل المدين هذا القدر من العناية فحسبه ذلك، ولا عليه إذا لم يتحقق الغرض المقصود .

ويمكن تحديد ما إذا كان موضوع الالتزام هو تحقيق نتيجة او بذل عناية بالنظر إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، ويتضح ذلك بالنظر إلى النتيجة المرجوة من وراء محل الالتزام، عما إذا كانت هذه النتيجة مؤكدة أم احتمالية .فالصفة المؤكدة أو المحتملة للنتيجة المستهدفة في الظروف التي نشا فيها الالتزام يمكن أن تكشف عن طبيعته .فإذا كانت العناية المعتادة تؤدي، حسب المجرى العادي للأمور إلى نجاح مؤكد، كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة. أما إذا كانت العناية اليقظة لا تكفل بالضرورة الوصول إلى النتيجة المرجوة التي يعتمد تحقيقها على عوامل أخرى مستقلة عن المدين، كنا بصدد التزام ببدل عناية .

[1] - محمد أمين الرومي، مرجع السابق، ص 125.

و بتطبيق تلك القواعد الثابتة على عقود الخدمات الالكترونية نجد ان الالتزام فيها ينبغي ان يكون بتحقيق نتيجة، بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين من جهة، وبدل العناية المعتادة على ضوء التقنيات الحديثة بجعل النتيجة فيها مؤكدة من جهة أخرى.إما تقاعس الشركات عن زيادة النفقات اللازمة لتحديد وتعميق معداتها، رغم حرصها على قبول كل المشتركين، لا يعفيها من الالتزام بتحقيق نتيجة حتى لو تحفظت، حيث يبطل هذا التحفظ كشرط للإعفاء من المسؤولية لأنه يتسم بالتعسف في مواجه المستهلك في هذا العقد المتسم بصفة الإذعان.

ولعل العقود التي يقبل القول بان الالتزام فيها هو بذل عناية هي عقود تصميم برامج الحاسب الآلي حيث يتمثل الالتزام في القيام بعمل ذهني لمواجهة مشكلات معينة ، هذا العمل قد لا يحظى بالنجاح رغم بدل المجهود اللازم ، الأصل انه متى انعقد العقد صحيحا فانه يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه ، إلا . وكذالك الحال بالنسبة للعقود الالكترونية التي ترد على تقديم خدمة ذهنية كاستمارة طبية أو فنية ، وعقود المعلومات من حيث الموضوع ، فتقديم المعلومة الحديثة الشاملة بمصادرها الصحيحة طبقا للمعطيات القائمة أنداك هو التزام بتحقيق نتيجة ، أما عن مدى اليقينية وملاءمتها فهذا التزام ببذل عناية لان العلم دائم التغير و التطور، و اليقين فيه أمر صعب، فالعالم هو الله {وما أوتيتم من العلم إلا قليلا }.

ولكن ينبغي التحفظ في قبول العناية المطلوبة، إن العناية المطلوبة بذلها ينبغي تقديرها على ضوء المعطيات العلمية القائمة، و الظروف المحيطة بالالتزام و المستوى العلمي و مكانة المدين مقدم الخدمة، وان يكون ذلك واضحا من إرادة الطرفين عند إبرام العقد، فهي التي تحدد، صراحة أو ضمنيا، ما إذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة أم بذل عناية. ويقدر قاضي الموضوع ذلك بحسب ظروف و وقائع الدعوى[1] .

الفرع الثاني : وقف العقد و الدفع بعدم التنفيذ.

قد يمتنع المدين عن تنفيذ التزامه، ولا تترتب مسئوليته عن هذا الامتناع، إذا كان بســبب عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به[2]

[1] - محمد حسين منصور،مرجع سابق، ص83 و ما يليها .

[2] – المادة 161 من القانون المدني المصري.

فيكون للمتعاقد في العقود الملزمة للجانبين، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء، الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به [1]ويشـترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ في هذه الحالة أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء، أي واجب التنفيذ حالاً، فإذا كان العقد يوجب على أحد العاقـدين أن يبـدأ بتنفيـذ التزامه قبل المتعاقد الآخر فلا يحق للمتعاقد المكلف بالتنفيذ أولاً أن ينتفع بهذا الدفع [2].

و بنظرة فاحصة على المعاملات الالكترونية، نلاحظ أن المتبع في العقود الالكترونية هو تزامن التسليم و الوفاء في نفس الوقت، أي اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ أو الحـق فـي الحبس،أما بالنسبة لعقود الخدمات فان مقدم الخدمة يشترط دفع المقابل بداية قبـل تسـليم الخدمة أو انجازها[3].

ولا يمنع حلول الالتزام أن يكون القاضي قد منح المدين نظـرة ميسـرة délai de grâce، فللبائع أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن من المشترى حتى ولو منح القاضـي المشترى أجلاً لدفع الثمن، ولا يمتنع الحبس إلا إذا كان الأجل ثابتاً باتفاق الطرفين [4].

ويتعين للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ في العقود الملزمة للجانبين ألا يكون المتمسك به قد أخل بالتزامه عمداً أو قصر في الوفاء به وجحد تعهده وأعرب فى جلاء ووضـوح عـن نيته في عدم الوفاء به عيناً [5].

ويترتب على التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وقف تنفيذ التزام الطرف المتمسك بـه، لكـن العقد يظل باقياً، فيمتنع المشترى عن دفع الثمن حتى ينفذ البائع التزامه بالتسـليم. ويظـل العقد موقوفاً حتى ينفذ المتعاقد الآخر التزامه المقابل، لكنه إذا رفض واستمر فـي عـدم تنفيذه لالتزامه كان من حق المتعاقد المتمسك بالدفع المطالبة بفسخ العقد [6].

---

[1] – نقض جلسة 1983/6/8، الطعن رقم 365 لسنة 50 قضائية، مجموعة المكتب الفني، س34 ص1375.

[2] – نقض جلسة 1982/5/23، الطعن رقم 1432 لسنة 48 قضائية، مجموعة المكتب الفني، س33 ص566.

[3] - محمد حسين منصور،مرجع سابق، ص87.

[4] – عبد الرزاق السنهورى: "الوسيط ، الجزء1، مجلد 1، العقد"، المرجع السابق، رقم 494 ص1008 وما بعدها.

[5] – نقض جلسة 1989/5/18، الطعن رقم 1702 لسنة 56 قضائية، مجموعة المكتب الفني، س40 جـ2 ص310.

[6] – حسام الدين كامل الأهوانى، "النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1995 ، ص402 رقم 574 وما بعدها.

المطلب الثاني: المسؤولية عن التسليم و الضمان الالكتروني .

تنقسم العقود الإلكترونية 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 مادية، 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.

هذا وينشأ عقد البيع سواء التقليدي أو الإلكتروني، التزاما على البائع بضمان عيوب المبيع الخفية بهدف حماية المستهلك، وهذا ما نصت عليه المبادئ القانونية الحديثة، حيث تكفلت أغلبية التشريعات بتنظيم أحكام هذا الضمان، كذلك الحال بالنسبة لضمان التعرض والاستحقاق، حيث يجب على المزود أن يمكن المستهلك من الانتفاع بالمبيع، فلا يتعرض له شخصيًا ولا يسمح للغير بالتعرض له أيضًا، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعي، الأول بعنوان المسؤولية عن التسليم الالكتروني، أما الفرع الثاني فسنتكلم فيه عن المسؤولية في مجال الضمان الالكتروني فيما يلي:

الفرع الأول : المسؤولية عن التسليم الالكتروني

قد يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الانترنيت تسليم سلعة ما وقد يلتزم بأداء خدمة، وسوف نتناول كلا الالتزامين في الفرعين التاليين:

أولا : التزام المتعاقد بتسليم السلعة.

تنص المادة 167 من القانون المدني على أن: " الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد البيع مثلا[1]، ونظرا لأن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية، فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية[2]، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن

[1] - ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية.

[2] - سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني، في العقود المسماة، عقد البيع ،1990، ص 473

الملكية قد انتقلت إليه فعلا من البائع، ومرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الالتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه[1].

في موضوع التسليم، تنص المادة 364 من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع" وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم [2].

وفيما يتعلق بحالة المبيع، ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئا معينا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته، أما إذا كان المبيع معينا بنوعه فيرجع لاتفاق المتعاقدين على درجة جودة الشيء، فإن لم يتفقا ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر التزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلا، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، من جهة، كما عليه أن يغطي تماما مجال محل العقد.

---

[1] - د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص118.

[2] - تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الالكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الالكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة و المخزنة داخل النظم التقنية ، كجزء من المبيع، وتثور أيضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الالكتروني خاصة مع تزايد الاستلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما، وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع، وعلى ملكية المواقع نفسها، وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية، وكذلك حقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الالكترونية، ان كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات.
لمزيد من التفصيل، أنظر، المحامي يونس عرب، التجارة الالكترونية،www.arablaw.org

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم بموجبه المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة.

أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عالج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه في المادة 365 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير انه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

وبالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد، وكان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائدا إلا إذا كانت الزيادة فاحشة، وفي هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

أما عن كيفية التسليم في العقود الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليما ماديا، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه، وغالبا ما يتم ذلك عبر البريد، ومن المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم[1].

وتتميز المعاملات التجارية الالكترونية بعدد من الخصائص التي تختلف فيها وتتميز عن المعاملات التجارية التقليدية، والتي من أهمها التسليم المعنوي للمنتجات، أي تسليم المنتجات الكترونيا، فقد أتاحت شبكة الانترنت إمكانية مشاهدة بعض المنتجات الكترونيا، مثل برامج الحاسب، أفلام الفيديو، الكتب، الأبحاث و التقارير الالكترونية إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية أو الهندسية .

ومن أمثلة التسليم الالكتروني للمبيع، أن يعرض المهني على المستهلك بيع نسخة من فيلم سينمائي، أو البوم أغاني، أو برنامج كمبيوتر فيقوم المستهلك بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الالكتروني للأموال و التي تتم عن طريق شبكة تربط

[1] - د مدحت عبد العال ، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات ، مرجع سابق ، ص 123

بين البنوك تسمى سويفت Swift [1] أو عن طريق نظام بوليرو Bolero [2] ويقوم البائع بتنزيل المبيع على جهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري عبر الانترنت، وبذالك يتم تسليم المنتج دون الحاجة للوجود المادي الخارجي و بالتالي تنفيذ العقد عبر الانترنت .

الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الانترنيت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على القرص الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الانترنيت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته[3].

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة المبيع [4].

وبخصوص مكان التسليم، فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"، فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد

---

[1] - هي جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك وأطراف المعاملة الإلكترونية.

[2] - د مدحت عبد العال ، ، نفس المرجع ، ص 124

[3] - نص العقد النموذجي الفرنسي contract Type De commerce Electronique, commercants- cosommateurs, على ضرورة تحديد كيفية التسليم في الفقرة السابعة من البند الرابع منه وإذا ما كان سيتم عن طريق البريد أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها* و مصطلح العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار و المستهلكين، و الذي تم اعتماده من مكتب غرفة التجارة و الصناعة في باريس في 20 ابريل 1998م و اعتمد أيضا من اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة و المبادلات الالكترونية في 4 مايو1998م و قد تمت صياغته ووضع نصوصه وفقا لأحكام القانون الفرنسي الصادر في 6 يناير 1978و الخاص بالمعلوماتية و الحريات*.

Caractéristiques essentielles des bien 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 en ligne en temps réel ou non".

Voir Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, Litec librairie de le cour de cassation, Paris; 1999.

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 103.

[4] - كما ورد في البند 11 من العقد النموذجي ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح أن يتم مثلا خلال 30 يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة.

Livraison: - date limite de livraison;

- livraison dans les 30 jours, sous 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".

Voir Michel Vivant, Op. cit, annexe 1 contrat type de commerce électronique commerçant-consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 103.

العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد[1]، ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية ويتم الاتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني.

وتكون نفقات تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك.

فإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه، يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني[2]،والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.

و يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد له بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، ويرجع في ذلك الى طبيعة الاشياء و الى عرف الجهة و قصد المتعاقدين (المادة 432 مدني).

و في عقد البيع الالكتروني و على سبيل المثال في عقد بيع برامج الكمبيوتر، يعتبر من ملحقات المبيع المعلومات اللازمة لاشتغال و تشغيل البرامج المبيع وكذلك دليل الإرشادات الذي يبين طريقة تشغيل البرنامج .

ويقع على البائع عبء إثبات تسليم المبيع للمشتري مطابقا للشروط المتفق عليها في العقد، ويستطيع البائع إثبات ذالك بكافة طرق الإثبات على اعتبار أن التسليم واقعة مادية إذ العبرة فيه بحقيقة الواقع، وتقع نفقات التسليم على البائع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذالك .

---

[1] - لذا فقد حرصت العقود المتداولة على تنظيم هذه المسألة فنص البند 12 عقد Infonie على أن: " يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا".

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص101 و102.

[2] - نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة 8 من البند 4 منه على ضرورة تحديد ضمانات وخدمات ما بعد البيع كما كرر ذلك في البند 12 بعنوان الضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع، وذكر الضمانات التجارية والقانونية والإتفاقية تحديدا. Voir Michel Vivant, Op.cit, annexe 1 contrat type de commerce électronique

commerçant- consommateur (chambre de commerce et d'industrie de Paris)أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 107 و108.

ويعتبر البائع قد أخل بالتزامه بالتسليم إذ لم يقم بتنفيذ التزامه، أو اخل بأحد شروط العقد، او تسليم مبيع غير مطابق لما اتفق عليه، أو الإخلال بميعاد و زمان التسليم، وجزاء الإخلال بتنفيذ الالتزام بالتسليم وطبقا للقواعد العامة يكون من حق المشتري طلب التنفيذ العيني (المادة 199 مدني) ، أو تنفيذ بمقابل (المادة 215 مدني)، أو طلب فسخ العقد مع التعويض (المادة 157مدني) .

و يستطيع البائع أن يدفع دعوى المسئولية بإثبات أن عدم التنفيذ راجع إلى فعل المشتري، أو نتيجة عدم تنفيذه لالتزاماته كعدم سداد الثمن المتفق عليه، أو لاستحالة التنفيذ بسبب أجنبي لا دخل للبائع فيه كقوة قاهرة أو حادث فجائي.

و الالتزام بالتسليم يضع على البائع التزام بأن يسلم المشتري مبيع مطابقا من حيث ذاتيته و مقداره و صفاته لما اتفق عليه في العقد، وان يضمن له صلاحية المبيع و ملاءمته للاستعمال العادي أو التجاري، وكفاية البيانات و المعلومات اللازمة لاستعمال الشيء و الحصول على منافعه .

ثانيا: التزام المتعاقد بتقديم الخدمة.

ينبغي أن تكون الخدمة موضوع العقد محددة أو قابلة لتحديد، و يتم ذلك التحديد في العقد أو وثيقة إضافية أو الوثائق التكميلية مثل الكتيبات الدعائية التي يوزعها المورد[1].

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنيت ومن ذلك على سبيل المثال تقديم 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 الانترنيت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة [2]، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، 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 الانترنيت.

[1] محمد حسين منصور،مرجع سابق، ص79.
[2] فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص87 وما يليها.

ولا شك أن الإخلال بتلك الالتزامات يثير المسؤولية العقدية، ويمكن أن يعفي الطرف الأخر من مسؤوليته[1].

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.

ويجب كما سبق القول، أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له [2].

الفرع الثاني: *الضمان الالكتروني.*

الحق في الضمان حق يثبت للمشتري في كل أنواع عقود البيع، ولكن أهميته عظيمة في عقد البيع المبرم عبر الانترنت على وجه الخصوص، والضمان التزام يترتب في ذمة البائع بحكم القانون، أو أنه قد يكون اتفاقيا و في هذه الحالة يجب ألا يكون متعارضا مع الضمان الثابت بنص القانون وإلا فقد قيمته.

أولا :الالتزام بضمان العيوب الخفية: تستلزمه طبيعة الأشياء وقصد المتعاقدين، فالمستهلك الذي يتعاقد إلكترونيًا مع المزود من أجل شراء منتج معين يفترض أنه خال من العيوب، وصالح للغرض الذي أشتراه من أجله، ولو كان يعلم ما به من عيوب لما تعاقد على شرائه، أو لما دفع فيه الثمن المسمى[3] .

و كما يستفيد المستهلك الذي يتعاقد عبر الإنترنت مما هو مقرر بشأن البيع عمومًا، فعقد البيع يرتب بجانب الالتزام بنقل الملكية، وضمان العيوب الخفية، التزاما على البائع بضمان ملكية المبيع [4] والاستفادة منها بطريقة هادئة وكاملة، فلا يتعرض للمستهلك شخصيًا، ولا يسمح للغير بالتعرض له أيضًا.

---

[1] محمد حسين منصور،مرجع سابق، ص80.

[2] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 125.

[3] زريقات عمر خالد، عقد البيع عبر الإنترنت ، عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة - الطبعة الأولى،الأردن، دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الراية للنشر والتوزيع ، سنة2007 ،ص 323.

[4] - الفضل منذر الفتلاوي، العقود المسماة، مرجع سابق، ص110

ثانيا : الالتزام بضمان التعرض :يعرف ضمان التعرض بأنه " ضمان البائع كل فعل صادر منه نفسه أو غيره، ويكون من شانه المساس بحق المشتري في التمنع بملكية المبيع كله أو بعضه "[1].

و بتطبيق هذه القواعد على عقد البيع الالكتروني يتضح أن التعرض في العقد الالكتروني قد يكون تعرض مادي مثال ذلك قيام البائع المهني بزراعة فيروس داخل برنامج الكمبيوتر المبيع[2]، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال جهاز المودم الموجود داخل جهاز الكمبيوتر المشتري الانترنت، مما قد يسبب تدمير كلي أو جزئي للنظام ألمعلوماتي لجهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري عند تشغيله .

و باستعراض شروط قيام التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي المادي نجد أنها قد توافرت في هذه الحالة، ذلك أن التعرض الذي يرتكبه البائع المهني للبرنامج بزراعة فيروس داخل البرنامج أو توجيه فيروس عن بعد من شانه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المتعاقد بملكيته للبرنامج، وهو تعرض سابق على البيع، ولا يوجد في القانون أو العقد ما يبرر ذلك التعرض[3] ، إلا أن التعرض في التعاقد الالكتروني ليس تعرض مادي ملموس بل هو تعرض معنوي غير ملموس.

كما أن التعرض الصادر من الغير في التعاقد الالكتروني يمكن تصوره بالنسبة لبعض المنتجات أو الأنشطة المعروضة على شبكة الانترنت، والتي يكون مسموحا بها في بعض الدول وممنوعة في دول أخرى حيث تتدخل السلطات التنفيذية بتحديد المنتجات المحظور التعامل عليها، مثال ذلك حظر بيع الأسلحة النارية و الأفلام المخلة بالآداب، حيث أن العديد من المواقع على الشبكة تعرض للبيع هذه السلع الممنوعة .

ثالثا: المسؤولية عن ضمان الأمان أو السلامة.

وبخصوص هذا الضمان نقول أن المعاملات الالكترونية بشكل عام و عقود البيع المبرمة عبر الانترنت على وجه التحديد تحتوي على الكثير من المخاطر المادية و المعنوية لما

[1]- فتحي عبد الرحيم عبد الله، الوجيز في العقود المسماة ، ص 167

[2] - محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت-دراسة مقارنة-دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة 2007، ص 125

[3]-راجع في فيروس الحاسب و مضمون الالتزام بضمان التعرض ،عزة محمود احمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب ، رسالة الدكتوراه ، حقوق القاهرة ، 1994، ص 58

تحمله من أوجه تقنية معقدة،و خصوصا بالنسبة للمشتري البسيط الذي أصبح بأمس الحاجة للحماية من الأخطار

و الأضرار التي قد يواجها و هو بصدد إبرام العقود عبر شبكة الانترنت،حيث تقتضي القواعد العامة في التعاقد أن يتم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية،و بالتالي لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بكل مستلزماته التي يقتضيها القانون أو العرف أو قواعد العدالة،و يتحدد ذلك وفقا لطبيعة الالتزام في العقد،و ضمان الأمان أو السلامة ينبع من الفكرة السابقة حيث يلتزم كل طرف في العقد بعدم الأضرار بسلامة الطرف الآخر،و بالتالي يتوجب على البائع أن يسلم المبيع إلى المشتري خاليا من كل ما قد يشكل خطرا على حياته أو على أمواله[1] و هذا ما يثبت له أهمية كبيرة في مجال المعاملات الالكترونية التي تبرم عن بعد و التي لا تحقق للمشتري نفس العلم بالمبيع المتحقق لديه فيما لو كان التعاقد قد تم ما بين حاضرين من المكان.

ومع أن للعقد الالكتروني طبيعة لا مادية، فانه يجب التعامل مع ظاهرة العقود الالكترونية ككل،و بذلك نجد أن تلك الطبيعة الالكترونية يجب أن تفترض صفة الالكترونية على العملية العقدية برمتها،من الإيجاب إلى التنفيذ، فإذا وصلنا إلى تنفيذ الالتزامات، و خصوصا التزام المشتري بالوفاء بالتزاماته المتمثلة بدفع الثمن، فلا بد أن يكون هذا الثمن الكترونيا، و على الرغم من هذه النظرة الشمولية للمسائل، إلا أن هنالك من الخطوات العملية الملموسة ما يبرهن على إمكانية أن تحظى هذه النظرة بتطبيق عملي، و من تلك البراهين،النقود الالكترونية، و الحقيقة أن الطبيعة الدولية للتجارة الالكترونية توجب على المتعاملين إيجاد لغة نقدية موحدة، و هذا ما ذهب إليه الاتحاد الأوروبي من إيجاد ما يسمى بالنقود الالكترونية.[2]

و 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

[1]- محمد حسين منصور،مرجع سابق،ص113وما بعدها.

[2] - جلال عايد الشورة ، وسائل الدفع الالكتروني دار الثقافة للنشر و التوزيع، سنة 2008، الطبعة الأولى،ص19

في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تتم في شبكة الانترنيت أين تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي تتم عبر الانترنيت، ومن هنا ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الالكتروني[1] ، و هذا ما سيتناول في المطلب الموالي بعنوان الوفاء الالكتروني.

المطلب الثالث: المسؤولية عن الوفاء الالكتروني.

يعتبر القانون 03-15[2]المتضمن الموافقة في الأمر 03-11[3] المتعلق بالنقد والقرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، ويتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن نصها " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل"و يتبين من خلال هذا النص نية المشرع الجزائري الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية.

وبعد ذلك وبصدور الأمر 05-06 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب[4] وفي المادة الثالثة استعمل صراحة مصطلح " وسائل الدفع الإلكتروني" حيث اعتبرها المشرع من بين التدابير والإجراءات الوقائية لمكافحة التهريب.

وبذلك انتقل المشرع من مصطلح مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل الوارد في نص المادة (69)[5] إلى مصطلح أكثر دقة المتمثل في وسائل الدفع الإلكتروني الوارد في النص 03 من الأمر المذكور[6] .

وبموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005[7] أضاف فقرة ثالثة للمادة 414 في وفاء السفتجة نص على".. يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما" ولقد تم إضافة نفس هذه الفقرة إلى المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

---

[1]- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص97 و98.

[2]- الجريدة الرسمية، العدد 52

[3] -الجريدة الرسمية، العدد 64.

[4]- الجريدة الرسمية، العدد 59.

[5]- من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ج ر ع 64.

[6] - الأمر 05-06 المؤرخ بـــ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر ع، 59.

[7] - الأمر المعدل والمتمم للأمر 75-59 لـــ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج ر ع 11.

كما أضاف المشرع بموجب القانون 05-02 المؤرخ بـــ 06 فيفري 2005 باب رابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، الفصل الثالث منه يتضمن بطاقات السحب والدفع وذلك في المادة 543 مكرر 23.

أما عن الطبيعة القانونية لهذه البطاقات، فلقد اعتبرها المشرع الجزائري أوراق تجارية جديدة إضافة إلى الأوراق التجارية الكلاسيكية وهي السفتجة والشيك والسند لأمر[1].

يتضح مما تقدم, بأن المشرع الجزائري استحدث نظام الوفاء الإلكتروني في المعاملات التجارية لمفهومه الواسع ويتضح ذلك من خلال نص المادة 69 من قانون النقد والقرض، وذلك من خلال عبارة "... مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"

وسوف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال فرعين، يخصص الأول لدراسة مفهوم و خصائص الدفع الالكتروني أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الالكتروني:

الفرع الأول: *مفهوم الوفاء أو الدفع الالكتروني.*

بطاقة الدفع الالكتروني أو البطاقة البلاستيكية هي بطاقة مستطيلة الشكل تحمل هذه البطاقة ما يسمى بالشريط الممغنط يحمل اسم حاملها ورقم البطاقة ورقم حسابه و تاريخ انتهاء صلاحيتها وهو المكان المخصص على البطاقة لتخزين البيانات الالكترونية التي يحتاجها الحاسب الآلي للتعرف على البطاقة . إضافة إلى الصورة ثلاثية الأبعاد (الهولو جرام) و هو العلامة المميزة للهيئة الدولية والتي تعطي التصريح للمؤسسات المالية بإصدار البطاقات. كما نجد كذلك شريط التوقيع وهو المكان الذي يقوم حامل البطاقة بالتوقيع عليه عند تسلم البطاقة و يمكن التأكد من خلاله من قبل التاجر من هوية حامل البطاقة بمضاهاة هذا التوقيع مع التوقيع على إشعار البيع. أما رقم الترميز الشخصي فهو ما يسمى بالرقم السري .

[1] -المؤتمر العلمي ألمغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009 عنوان المداخلة التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، إعداد الأستاذة ناجي الزهراء أستاذة القانون التجاري / جامعة بـــــومرداس الجزائر 2009-2010

تنقسم هذه البطاقات إلى بطاقات محلية أي لا يتجاوز استعمالها حدود الدولة، و بطاقات عالمية تستخدم في كل دول العالم، كما نجد كذلك البطاقات الذهبية التي تمنح حاملها سقفا ائتمانيا عاليا .

هذا و يتميز الدفع الالكتروني بعدة خصائص من حيث طبيعته، ومن حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني، ومن حيث وسائل الأمان الفنية، وسيتم التطرق إلى هذه الخصائص عبر الفقرات التالية:

الفقرة الأولى: *من حيث طبيعته*

يتميز الدفع الالكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد،ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الانترنيت وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الالكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الالكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد، أين يغيب التقائهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة[1].

الفقرة الثانية: *من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني.*

إن وجود نظام دفع الالكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنيت يستلزم توافر شروط قانونية و فنية تتمثل فيما يلي:

1- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر وتنظم أحكام الدفع الالكتروني(في القانون التجاري و المصرفي)

2- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع وتسهيلها، ويتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات.

3- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات[2].

وبتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الالكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الانترنيت إذ يمكنه

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 100.

[2] - تشير الإحصائيات في الجزائر أن 80% من التعاملات التجارية تتم نقدا وهذا راجع على تخوف البنوك من نظام الدفع الإلكتروني، إذ أن أقل من 250 ألف شخص من بين 10 ملايين مالك لحساب يملك بطاقة للدفع فقط، وهو عدد قليل بالمقارنة مع الدول المجاورة، في حين وصلت فيه الدول المتقدمة إلى تخفيض نسبة استعمال النقد إلى 20 بالمائة وهي نسبة في انخفاض مستمر.
راجع تعليق على مداخلة الدكتور يابسي فريد في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الالكتروني المباشر- الجزائر في 2005/12/14 ، جريدة الخبر الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005، ص 6.

الدخول إليه وإجراء ما تتيحه له الخدمة، إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الانترنيت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الانترنيت، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الالكترونية[1] التي تعرف بأنها " تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه و أية معلومات يريدها، والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى " فالبنوك الالكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل هي مواقع مالية تجارية شاملة لها وجود على الخط والشبكة، و يلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الالكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرا على أطراف العقد Mono-fournisseur وهنا يفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفا بين الأطراف، غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الالكتروني عن طريق البنوك، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشائها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم رابطة من قبل Multi-fournisseur وتتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الالكتروني خاصة أو عامة[2].

الفقرة الثالثة: *من حيث وسائل الأمان الفنية*

بما أن الدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح، فان فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الالكتروني تكون قائمة، وهذا الخطر متواجد عند الدفع الالكتروني بغير الانترنيت وأكثر حدوثا على شبكة الانترنيت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص من كل البلدان، ويكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة واستخدامها إضرارا بصاحب البطاقة، ومن أجل تفادي هذا الخطر، فان الدفع الالكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع والدائن الذي يستفيد منه، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب Web ، كما يتم عمل أرشيف للمبالغ التي يتم السحب عليها، مما يسهل

[1] - استخدم تعبير البنوك الالكترونية (Electronic Banque) أو بنوك الانترنيت كتعبير متطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الالكترونية عن بعد أو البنوك المنزلية أو البنوك على الخط.
لمزيد من التفصيل، أنظر المحامي، يونس عرب، أنظمة الدفع و السداد الالكتروني www.arablaw.org

[2] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 101.

الرجوع إليه، ولتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون و الحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما.

وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية[1].

الفرع الثاني: *أنواع الدفع الالكتروني*

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنيت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر Télématique [2]، وهذا ما يعرف بالدفع الالكتروني، ولهذا الأخير عدة طرق أهمها:

البند الأول: ***الدفع عن طريق التحويل الالكتروني***

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين الى حساب الدائنTélé-virement، دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الالكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الالكتروني، ومن أمثلتها 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 الانترنيت، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف(الهاتف المصرفي)[3].

البند الثاني: ***الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte***

تعرف البطاقة المصرفية بأنها "عبارة عن بطاقات بلاستيكية (Plastic money) ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود، و يستطيع حاملها أن يحصل

---

[1] د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، نفس المرجع، ص 102.

[2] أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في بنده العاشر بعنوان الوفاء إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة: فإما أن يتم الوفاء فورا ببطاقة مصرفية Paiement immédiat par carte bancaire، وإما أن يتم الوفاء فورا بواسطة حافظة نقود الكترونية Paiement par porte-monnaie électronique rechargeable، وإما أن يؤجل الوفاء لحين التسليمPaiement différé à livraison .

[3] - وهناك خدمة ظهرت حديثا وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال.
د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 142.
م / يـونس عـرب، البنـوك الخلويـة، التجـارة الخلويـة، المعطيـات الخلويـة، ثـورة جديـدة تنبـئ بـانطلاق عصـر مـا بعـد المعلومات.www.arablaw.org
Voir aussi, Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobil (E-commerce), www.droit-technologie.org.

على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو بشيكات"[1]، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل.

غير أن هذه الوسائل لا تخلوا من المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطيات التي تضمن سريته، وأهم هذه البطاقات ما سيتم دراسته في الفرع الثالث من هذا المطلب تحت عنوان(المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام بطاقة الوفاء كأداة دفع حديثة)

البند الثالث : بطاقة الائتمان[2] :

بطاقة الائتمان تخول حاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتماني من مصدر هذه البطاقات، حيث يقدمها إلى التاجر و يحصل بموجبها على سلع و خدمات تسدد قيمتها من الجهة المصدرة لها، و يجب على حاملها سداد القيمة خلال أجل متفق عليه، و بذلك فهي تمنح حاملها أجلا حقيقيا و هو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله.

تحصل الجهات المصدرة لهذه البطاقات على فوائد مقابل توفير اعتماد لحاملها، و لذلك فهي أداة ائتمانية حقيقية فضلا عن كونها أداة للوفاء و لا تمنح هذه البطاقات إلا بعد التأكد و الحصول على ضمانات عينية أو شخصية من العميل .ومن أمثلة هذه البطاقات نجد بطاقات الائتمان العالمية مثل .visa card و .master card وAccess و بطاقة barciny card. .

و كخلاصة لما سبق يمكننا القول بأن بطاقات الدفع الالكتروني ليست أداة وفاء لذلك لا تصلح أن تكون شيكا أو نقودا ورقية، على عكس الشيك الذي هو أداة وفاء، واجب السداد بمجرد الإطلاع .إلا أن البطاقات تحل محل الشيك في الوفاء، فهي وإن كانت وسيلة للنقود، إلا انه لا يمكن التسليم بأنها نقود لاسيما وأنه لا يتم التعامل بها سوى في نطاق التجار المرخص لهم بالتعامل بها .

[1] - د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 130.

[2] - يوسف أبو الحجاج،التسويق الالكتروني،دار الوليد للنشر،بدون طبعة، سنة 2010،ص 46

و استعمال هذه البطاقات بوصفها نقودا أو كما يسميها البعض "النقود الالكترونية" و البعض الآخر "النقود البلاستيكية"، ما هو إلا تماشيا مع التطورات العلمية و التقنية التي تحدث، و باعتبارها وسيلة سداد التجارة الالكترونية و تماشيا مع سرعة المعاملات التجارية .

البند الرابع : النقود الالكترونية[1]:

يشمل مصطلح النقود الالكترونية E. Money – Monnaie Electronique مجموعة متنوعة من المنتجات المصممة لتزويد المستهلكين ببدائل في طرق الدفع التقليدية، وإزاء تنوع هذه المنتجات والتطور المتلاحق فيها.فإنه من الصعب التوصل إلى تعريف جامع يتضمن كافة نظم النقود الالكترونية على نحو يميّزها بدقة من النواحي القانونية والنقدية والاقتصادية.

وفي ضوء ما سبق يكاد يتفق الخبراء على عدم جدوى تقديم تعريف دقيق للنقود الالكترونية في المرحلة الحالية من تطورها، ورغم ذلك فإنه لا يوجد خلاف بين هؤلاء الخبراء على أنّ مصطلح النقود الالكترونية يشتمل على وجه الخصوص على ثلاث صور:

أولا : صور النقود الالكترونية

الصورة الأول: هي البطاقات سابقة الدفع المعدّة للاستخدام في أغراض متعددة (Multi Purpose Prepaid Cards)، ويطلق عليها أيضا تعبير البطاقات مختزنة القيمة (Stored Value Cards) أو محفظة النقود الالكترونية.

الصورة الثانية: هي عبارة على وحدات إلكترونية، وهي غير ملموسة تحفظ فيما يعرف "بالمحفظة الالكترونية" وهذه المحفظة متواجدة في جهاز كمبيوتر خاص في إتمام البيع والشراء والتحويل ويتسنى العامل أن يستخدمه حيث تقوم هذه الفكرة على مرحلتين:

- مرحلة شراء العمولات الالكترونية من البنك.
- مرحلة تحميل هذه العملات بواسطة حاسب خاص بالمشتري، والنقد الرّقمي هو بمثابة عملات عادية لها نفس القيمة وتدعى بـــ: Tokens.

[1] - WWW.alex bank.com/nashra.html

أما بالنسبة لصلاحية هذه العملات فهذا يتوقف على البنك الذي يعتبر مصدّر لهذه العملات، فهو يتحرى على إذا ما كانت مزيفة أولا، أو تكون منسوخة وتحمل على حساب خاص بالبائع.

الصورة الثالثة: هي آليات الدفع مختزنة القيمة، أو سابقة الدفع (Prepaid Or) (Stored - Value Payment Mechanisms) التي تمكن من إجراء مدفوعات من خلال استخدام شبكات الحاسب الآلي المفتوحة (Open Computer Networks) خاصة الانترنت، والتي يطلق عليها أحيانا نقود الشبكة (Net Money) أو النقود السائلة الرقمية [Digital Cash][1]. أن تعبير النقود الالكترونية يستخدم أساسا للإشارة إلى مجموعة متنوعة من آليات وطرق الدفع محدودة القيمة Retail Payment Mechanisms.

تتميز بأنها قد سبق تسديد قيمتها Prepaid أو تختزن قيمتها بداخلها [Stored - Valve].

ثانيا : خصائص النقود الالكترونية

المتعلقة باحتياطات الأمان: يبدى مستخدمو الانترنت اهتماما خاصا بموضوع الأمان Sécurité، Security، وإن كان يثير صعوبات جمة بالنظر لطبيعة الانترنت كشبكة مفتوحة.[2]

فالملاحظ أن عنصر الأمان في استخدام النقود الالكترونية يرتبط تماما بمسألة تشغيل المعطيات المتعلقة بالتعامل النقدي، ورغم أهمية التقدم في مجال التشفير في السنوات الأخيرة فإنه يتعين التذكير بأنه لا يوجد نظام مشفر لا يمكن اختراقه، فكما يمكن تزييف النقود الورقية رغم التطوير المتواصل في أساليب حمايتها، فإن الصراع سيبقى أيضا بين الخبراء الذين يسعون لتأمين النقود الالكترونية من خلال استخدام أكثر أساليب التشفير تعقيدا وكفاءة وبين القراصنة (Pirates) من المحترفين Crackers والهواة Hackers الذين يسعون للنفاذ إلى النظم المشفرة واكتشاف مكوناتها واستغلالها في اغتصاب الحقوق المالية للآخرين سواء كانوا مصارف أو تجار أو مستخدمين من

[1]- معارف مستخلص مما هو وارد بالبحث للأستاذ الدكتور أحمد جمال الدين موسى، النقود الالكترونية وتأثيرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، المقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، الذي عقد خلال الفترة الممتدة من (26-28) أبريل 2001.

[2] - WWW.newsofcd.com/page. P 75

الجمهور العادي للانترنت.ولتحقيق أكبر قدر من الأمان يتعين توافر عدّة خصائص في صيغ النقود الالكترونية المقترحة أبرزها مايلي:

1- أن تحقق الأمان عند استخدامها بحيث يصعب اختراقها من قبل القراصنة والمزيفين والمختلسين.

2- أن يكون المتعاملون بما قادرين على الاستيثاق من صلاحيتها وأنها لم تصرف من قبل الآخرين.

1- أن تسمح بتحقق كل طرف من أطراف التعامل من حقيقة الطرف الآخر، وهو ما يتم عادة باستخدام التوقيع الالكتروني Electronic Signature ومفاتيح الشفرة العامة والخاصة، ويتعين ألا يستغرق عملية التحقق سوى ثوان معدودة حتى يتم إنجاز التعاملات في وقت معقول وبسلاسة تتناسب مع طبيعة الانترنت الآتية.

2- أن تتميز بالقدرة على العمل المتواصل والتشغيل في كافة الظروف Fiabilité بما يحفظ حقوق المتعاملين بالنقود الالكترونية.

3- أن تتحقق الثقة في التعامل على النحو الذي يجعل في غير مقدور المتعامل بها إنكار قيامة بالدفع النقدي La Nom Repudiation du paiement Fectué[1].

البند الخامس : الشيكات الالكترونية[2]:

تحول بعض المؤسسات المالية تطوير كافة وسائل الدفع المعروفة لتتناسب مع مقتضيات الصيرفة الالكترونية، وفي هذا المجال لقد تم تطوير استخدام الشيكات الورقية إلى نظام الشيكات الالكترونية.

فالشيك الالكتروني هو المكافئ الالكتروني للشيكات الورقية التقليدية فهو[3]أمر بالدفع من الساحب إلى المسحوب عليه لدفع مبلغ مسمى إلى المستفيد (أو حامله)، غير أنه يختلف عنه في أنه يرسل إلكترونيا عبر الانترنت. فبعد أن يستلم المستفيد الشيك يرسله إلى البنك ليتم تحويل المبلغ لفائدته، ثم يعيده على المستفيد مؤكّدا له عملية التحويل، فهو وثيقة إلكترونية تحتوي على مجموعة من البيانات وهي كالتالي: رقم الشيك، اسم الدافع،

[1]- WWW.newsofcd.com/page80.

[2] - يوسف أبو الحجاج ، المرجع السابق،ص 47.

[3] - خالد ممدوح ابراهيم ، التقاضي الالكتروني،دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، الطبعة الأولى،سنة 2008 ،ص 92.

رقم الحساب، اسم البنك، اسم المستفيد والقيمة التي ستدفع، ووحدة العملة المستخدمة وتاريخ الصلاحية، والتوقيع الالكتروني للدافع.

هدف هذه الشيكات هو إنهاء عمليات السداد بين الأطراف ويكون ذلك بواسطة وسيط يقوم بإجراء عملية التخليص Clearing، وهذه الشيكات هي متبادلة عبر الانترنت.

واستخدام الشيك الالكتروني له مجموعة من الإجراءات تتمثل في أن المشترك يكون تابع للهيئة التي تقوم عليها عملية المقاصة حيث يقوم بدفع الحساب الجاري بالرصيد الخاص للمشتري، كما يتمّ توقيع الالكتروني للمشتري وتجديده في قاعدة بيانات الدفع ويجرنا الحديث هنا على قضية التوقيع الالكتروني، والذي أصبح اليوم معترف به قانونا في بعض البلدان، ليس فقط في قضايا النقد والائتمان، بل وفي مختلف المعاملات والعقود الالكترونية، ومع ذلك يبقى أكثر الدول في العالم بما فيه الدول الصناعية، لم تضع بعد تشريعا خاصا بالتوقيع الالكتروني[1].

إن للمشتري حق اختيار السلعة التي يريدها كما يقوم بتحديد السعر والاتفاق على طريقة الدفع، كما يقوم بتوقيع الشيك بطريقة إلكترونية مشفرة ويقوم بإرساله عبر البريد الالكتروني إلى البائع، كما أن هذا الأخير يستلمه ويوقّع عليه باعتباره مستفيد ويرسله إلى البنك الذي يقوم بعملية المقاصة التي تتمثل بخصم قيمة من حساب المشتري وزيادتها إلى حساب البائع ثم يتم إعلام الطرفين بإنهاء هذه الصفقة.

إن أهم ما يميّزها أنّها تحقّق تخفيض في النفقات، كما أن كل المعاملات تسوى في خلال 48 ساعة فقط، كما أنها تقضي على بعض المشاكل التي كانت تعاني منها الشيكات العادية مثل الضياع والتأخر[2].

الفرع الثالث: *المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام بطاقة الوفاء كأداة دفع حديثة*

إن تعريف بطاقة الوفاء يتخذ نوعا من الصعوبة نظرا لتعدد وقيام علاقات قانونية ناشئة عن استخدامها بالإضافة إلى أن التشريعات، في نطاق تناولها للبطاقة بالتعريف قليلة، بل منعدمة تماما على صعيد تشريعات القوانين العربية، على الرغم من بدء العمل بنظام

[1] - F.Mishkin ,Economics of money, Banking, Financial Markets, Addison-Wesley,1998, P 56.

[2]- HELLEINER, Eric, (1998), Electronic money, a challenge to the sovereign state? Journal of international affairs, P301.

الوفاء بالبطاقات منذ ظهوره بفترة وجيزة، وعدم اكتراث المشرع في أغلب الأحيان بموضوع التعريف كونه من وظائف الفقه[1].

وبالرجوع للتشريع الجزائري نجد أن المشرع خلافا للتشريعات العربية، ومجاراة منه للتطور السريع الحاصل في مجال وسائل الدفع، انتهج نهج التشريعات الغربية التي أرست معالم النظام القانوني لبطاقة الدفع[2]، حيث تبني وسائل دفع أكثر حداثة وتطورا من السندات التجارية التقليدية-ونخص بالذكر هنا الشيك الذي يؤدي دور أداة الوفاء مثله في ذلك مثل بطاقة الوفاء- من خلال التعديل الأخير للقانون التجاري في سنة 2005، في الفصل الثالث من الباب الرابع من الكتاب الرابع من القانون التجاري، تحت عنوان"في بطاقات الدفع والسحب"، بأن أورد تعريفا خاصا ببطاقة الدفع في المادة 543مكرر23 من القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب قانون رقم05-02 والتي تنص على ما يلي:

" تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال".

ومن بين التشريعات الغربية التي عرّفت بطاقة الوفاء التشريع الفرنسي في المادة 01/57 من المرسوم المؤرخ في 30أكتوبر1935 المعدل بالقانون الصادر في 30ديسمبر1991 كما يلي" :تعتبر بطاقة وفاء كل بطاقة تسمح لحاملها بسحب أو نقل أموال، وهذه البطاقات لا يمكن أن تصدرها إلا مؤسسات القرض...وكذا الخزينة العامة بنك فرنسا، مصالح البريد وصندوق الودائع والأمانات..." كما جاء تعريفها كذلك في القانون النقدي والمالي الفرنسي في المادة 01/132 بنفس الصياغة[3] .

وقد أدرك المشرع الجزائري و الفرنسي أن استخدام هذه البطاقة هو الآخر محفوف بالمخاطر، فبادر إلى وضع نصوص تشريعية جزائية لمواجهة الأنشطة الإجرامية المتعلقة ببطاقات الدفع، بمختلف الجزاءات والعقوبات الرادعة، حيث أصدر تعريف صريح لبطاقة

[1]- الحمود فداء يحيى أحمد، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن،1999، ص 13.

[2]- الخليل عماد علي، الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر، عمان الأردن، 2000 ص 07.

[3]- عبد الله ليندة، النظام القانوني لبطاقة الدفع (رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص)، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2005، 2006، ص 06.

الدفع في قانون أمن الشيكات وبطاقة الوفاء على أنها: "أداة تصدر عن إحدى مؤسسات الائتمان أو إحدى الجهات المنصوص عليها في قانون رقم: 46-84 الصادر في 24جانفي1984 والخاص بنشاط ورقابة مؤسسات الائتمان (القرض) وتسمح لحاملها بسحب أو تحويل نقود لحساب.[1]" وعلى غرار المشرع الفرنسي فإن المشرع الجزائري تناول بطاقة الدفع بالتعريف فقط من خلال المادة 543مكرر23 من القانون 05-02 دون أن يتدخل في تنظيمها بنصوص قانونية آمرة ليكون من اليسير على البنوك أن تصدر هذه البطاقات بما يتماشى مع تطور البيئة التجارية لعدم جمودها ومرونتها، مما يسمح لها بمواكبة التطور الحاصل في العمليات البنكية.

وقد عيب على هذا التعريف أنه اكتفى بتحديد جهة واحدة مخولة لها إصدار بطاقة الوفاء، وهي البنوك، وهذا ما أكدته المادة 71من الأمر03-11 المتعلق بالنقد والقرض والتي تنص على: "لا يمكن المؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى[2]مخالفا بذلك المشرع الفرنسي، وموافقا له في تحديد وظيفة بطاقة الدفع[3] .

هذا و تنشأ عن بطاقة الوفاء علاقات قانونية بين أطرافها الثلاثة، بمقتضي عقد يحكم العلاقة الناشئة بين مصدر البطاقة وحاملهما [4]، وعقد يحكم العلاقة بين المصدر والتاجر [5]، وآخر يحكم العلاقة بين الحامل والتاجر[6] ، وتعتبر هذه العقود من العقود

---

[1]- الخليل عماد علي، المرجع السابق، ص 07.

[2]- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27جمادى الثانية عام 1421هـ الموافق26غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، المؤرخة في 27غشت سنة 2003.

[3]- عبد الله ليندة، المرجع السابق، ص 06.

أ العلبي أنس، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2005، ص 45. - *إن أول عقد يبرم في نظام التعامل بطاقات الوفاء ، هو العقد المبرم بين مصدر البطاقة أو عميل المصرف ، و هو في أغلب الأحوال شخص طبيعي و يطلق الفقه على هذا العقد اسم عقد الانضمام كون الحامل هو الذي ينظم إلى منظومة الوفاء بالبطاقات .

وعقد الانضمام هو عقد غير مسمى يخضع للأحكام العامة التي ينص عيها القانون المدني كسائر العقود الأخرى ، لذلك لابد لقيامه أن تتوفر شروط صحته من رضا الأطراف ، و أهليتهم و محل و سبب مشروعين*.

ب الحمود فداء يحيى أحمد، مرجع سابق،، ص 13.

[3]- إن العلاقة التي تربط بين حامل البطاقة و التاجر مستقلة تماما عن العلاقة بين حامل البطاقة و البنك المصدر لها ، و عن العلاقة بين التاجر و المصدر ، بحيث تكون هذه العلاقة عقد بيع أو عقد تزويد ، و هو العقد الأخير في منظومة البطاقة يبرم بين التاجر كبائع و حامل البطاقة كمشتري ، و يسمى كذلك لأن التاجر المورد يزود الحامل بخدماته أو سلعه و يكون هذا العقد سببا لإبرام العقدين الآخرين. وكسائر العقود الأخرى ، يترتب على عاتق كل من طرفي العقد (الحامل و التاجر) التزامات متبادلة ينبغي على كل منها احترامها تحت طائلة المسؤولية المدنية ، خاصة و أن هذا العقد يخضع إلى أحكام القواعد العامة. حيث تعرف المادة 351 من القانون المدني الجزائري عقد البيع بأنه " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حق ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي ." فالحامل يستخدم البطاقة للحصول على السلع و البضائع من التاجر الذي يمكنه منها بمجرد تقديم البطاقة. فتقوم البطاقة هنا مقام النقود و الشيكات التي اعتاد زبائن المحلات الكبرى على دفعها للتجار ، غير أن استخدام بطاقة الوفاء في الدفع أكثر تقبلا و أداء من الشيكات ، كون تقديم هذه الأخيرة للتاجر لا يبرئ ذمة صاحبه إلا بالوفاء الفعلي بالنقود إذ يتطلب من التاجر التقدم إلى أحد البنوك من أجل

الملزمة لجانبين، بحيث ترتب التزامات كلا الطرفين فيها ، وفي مقابل ذلك يترتب على الإخلال بأحد تلك الالتزامات قيام المسؤولية المدنية ، وبالتالي إعطاء الحق للطرف المتضرر في فسخ العلاقة والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي تنتج عن عدم تنفيذ أحد هذه الالتزامات وكون هذه العقود ملزمة لجانبين فهي عقود مدنية بطبيعتها تخضع للقواعد العامة ، ويعرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني الجزائري كمايلي:" العقد يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما."

وبالتالي فإن أخل أحد أطراف البطاقة بالتزاماته التعاقدية فإنه يتعرض للمطالبة بالتعويض، ويكون أساس هذه المطالبة هو المسؤولية العقدية متى توافرت أركانها من خطأ وضرر وعلاقة بسببه.

أما إذا كانت البطاقة في حيازة الغير في حالة سرقتها أو ضياعها وقام هذا الأخير باستخدامها على الوجه غير المشروع فإن المسؤولية المدنية له تنعقد على أساس المسؤولية التقصيرية إذا توافرت عناصرها كذلك ، وليس المسؤولية العقدية كون الغير هنا ليس طرفا في أي علاقة مع أحد أطراف البطاقة.

تنشأ بين أطراف بطاقة الوفاء ثلاث علاقات تستقل كل منها عن الأخرى ، فعقد الانضمام[1] (المبرم بين حامل البطاقة و مصدرها)، يستقل عن عقد التوريد (بين التاجر و المصدر) ، و كذلك عن عقد البيع أو عقد تقديم الخدمة (بين التاجر و الحامل) ، و كل عقد من هذه العقود يرتب التزامات متبادلة بين طرفيه[2]، يترتب على إخلال أحد الأطراف

صرفه والحصول على قيمته ليقوم مرة أخرى بوضع النقود في حسابه الخاص، من حين أن الدفع ببطاقة الوفاء يوفر على التاجر كل هذه الإجراءات فبمجرد التأكيد من صلاحية البطاقة ، وعن طريق إدخال الرقم السري على الجهاز الخاص تتم عملية تحويل النقود من حساب الحامل إلى حساب التاجر عن طريق البنك، أي أن ذمة الحامل تبرئ بمجرد توقيع فواتير الشراء أنظر أكثر تفصيلا القليوبي سميحة، الأوراق التجارية ، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة،2006 ،ص 23.

[1]- ينتهي عقد الانضمام بعدة طرق يمكن إجمالها في الآتي :

- انتهاء مدة العقد، أو مدة صلاحية البطاقة للاستعمال.
- وفاة الحامل لأن بطاقة الوفاء تقوم على الاعتبار الشخصي، و لا يمكن أن تؤول للورثة.
- ضياع البطاقة أو سرقتها، مع إخطار البنك بذلك.
- إساءة العميل استخدام البطاقة ، و مخالفته لبنود و شروط العقد.
- حالة إفلاس الحامل أو الحجز، و الحجر عليه.
- فقدان العقد لأحد أركانه، ألا وهو الأهلية، كإعسار أحد الطرفين مثلا، أو إفلاسه.

كما يمكن لعقد الانضمام أن ينتهي بالفسخ ، وهو إما أن يكون رضائيا أومن طرف المصدر لأن هذا الأخير يحتفظ لنفسه دائما بشرط إنهاء العقد بإرادته المنفردة.كما تجدر الإشارة بشأن إثبات العلاقة التعاقدية بين البنك مصدر البطاقة و العميل إثبات التزامات كل منها، بكافة طرق الإثبات إعمالا لمبدأ حرية الإثبات الخاص بالمواد التجارية باعتبار جميع عمليات البنوك ، أعمالا تجارية ، كما يجوز الاتفاق أن يتم الإثبات كتابة .

[2]- **أولا- التزامات التاجر السابقة على التعاقد**

1- قبول الوفاء بالبطاقة من جانب العميل

من أهم الالتزامات الملقاة على عاتق التاجر الذي قبل التعامل ببطاقة الوفاء، قبوله البطاقة في حال عرضها عليه من أي عميل يتقدم إليه للحصول على السلع والخدمات التي يؤديها دون أن يحقق له التمسك بأي دفع غير مبرر لرفضها. أن يتعامل مع حملة البطاقات الذين يبرمون عقود البيع بواسطتها بالسعر الذي يتعامل به مع المشترين العاديين وبالشروط نفسها، فلا يضع ثمنا خاصا بحاملي البطاقات و ثمنا خاصا بحاملي العملات النقدية والشيكات.

ألا يقوم التاجر بتقاضي أي عمولة إضافية على العمليات التي تتم بموجب هذه البطاقة، بحيث يقوم برفع الأسعار على حملة البطاقات لتحميلهم جزءا من العمولة التي يدفعها التاجر للبنك أو الجهة المصدر. غنام شريف محمد ، محفظة النقود الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، 2007 ص 153، ص 154 .

ج **الالتزامات بفحص مدى صحة العملية**

بعد أن يستلم التاجر بطاقة الوفاء المقدمة له من طرف الحامل ، وقبل أن يبرم معه أي اتفاق ينبغي عليه القيام بإجراء مهم، تتوقف عليه مسؤوليته المدنية عن أي خلل أو نقصان في البطاقة المقدمة له، وهذا الإجراء هو التأكد من مدى سلامة وصحة جميع البيانات الموجودة على البطاقة ، فالتاجر له الحق في التأكد من صلاحية وسلامة عملية السداد أو الدفع.

ثانيا- التزامات التاجر اللاحقة على التعاقد:

بعد توقيع الحامل على فواتير الشراء، تتحد على عاتق التاجر التزامات جديدة ينبغي القيام بها.

أ. **الالتزام بتسليم البضائع للحامل**

ب. **الالتزام بالمحافظة على أسرار العميل** من بين الشروط التي تتضمنها العقود المبرمة بين التاجر و الجهة المصدرة، التزام التاجر بالمحافظة على المعلومات التي يتحصل عليها من الحامل أو حساباته أو هويته فهذا الشرط يجعله ملتزما تجاه حامل البطاقة بالتكتم على كل المعلومات التي حصل عليها، و أي إخلال من قبل التاجر بهذا الالتزام يرتب عليه المسؤولية التقصيرية. أكثر تفصيلا أنظر برهم نضام إسماعيل، أحكام عقود النجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ،2005 ،ص 111

ج. **.التأكد من مطابقة تواقيع الحامل**

يقع على عاتق التاجر التزاما آخر، يتمثل في التأكد من أن توقيع الحامل على الإيصال مطابق للتوقيع المثبت على البطاقة، و هذا الإجراء المسمى بمضاهاة التواقيع يقوم به التاجر في كلتا طريقتي استعمال بطاقة الوفاء ، سواء بالطريقة اليدوية أو عن طريق الأجهزة الآلية التي تربط بين التاجر و المصدر. العلبي أنس، المرجع السابق ،ص 103.

ثانيا: التزامات حامل البطاقة

تدور التزامات حامل البطاقة في مواجهة التاجر بالتوقيع على الفواتير المقدمة له كثمن لمشترياته أو مقابل لخدماته ، فبمجرد تقديم البطاقة للتاجر، و قيام هذا الأخير بإعداد الفواتير بعد التأكد من شرعية البطاقة عن طريق الآلة المعدة خصيصا لذلك، يقوم بتقديم هذه الفواتير للحامل من أجل التوقيع عليها قبل أن يرسلها إلى الجهة المصدرة. الحمود فداء يحي أحمد ، المرجع السابق، ص 55.

و بشأن اعتبار هذا التوقيع يمثل وفاء لثمن البضاعة أو الخدمة ، اختلفت الأراء الفقهية ، فمنها ما اعتبر توقيع الحامل على الفاتورة وفاء مطلقا، و هناك من اعتبره وفاء معلقا على شرط التحصيل من البنك المصدر للبطاقة.

1- اعتبار توقيع الحامل على الفاتورة وفاء مطلقا .

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى أن التوقيع الذي يجريه الحامل على الفاتورة يعتبر وفاء من قبله، و تنتهي بذلك مسؤولية الحامل ، لأن هذا التوقيع يعتبر وفاء للتاجر الذي يرتبط مع مصدر البطاقة بعقد يلزم المصدر بسداد قيمة الفواتير التي تنتج عن استخدام عميله البطاقة في عمليات البيع، من خلال قيد المبلغ من رصيد حامل البطاقة إلى رصيد التاجر. و يترتب على ذلك أنه إذا تعرض البنك للإفلاس قبل قيام التاجر بالتحصيل منه ، فإن هذا الأخير هو الذي يتحمل عبئ الإفلاس ، ويعد دائنا عاديا لمصدر البطاقة يدخل في التفليسة كبقية الدائنين ، ولا يحق له العودة على حامل البطاقة، لأن التاجر مرتبط مع مصدر البطاقة بعقد يوجب على هذا الأخير الوفاء، حيث يكون المصدر في ذلك ضامنا للحامل بسداد قيمة مشترياته باستخدام بطاقة الوفاء ،

بها مسؤولية عقدية تقتضي التعويض عن الضرر الذي يلحق الطرف المتعاقد الآخر، الذي يتضرر بالضرورة من هذا الخطأ المنشئ للمسؤولية العقدية .

و رغم هذه الاستقلالية في العقود، إلا أننا نجد المتعاقد الواحد يبرم عقدين اثنين يربطه بكل من الطرفين الآخرين، و لذلك سوف نحدد مسؤولية كل طرف على حدا تجاه الطرفين المتعاقدين معه.

البند الأول : مسؤولية حامل البطاقة:

مسؤوليته المدنية تحدد في اتجاهين، الأولى اتجاه مصدر البطاقة، و الثانية اتجاه التاجر الذي يقبل الدفع ببطاقة الوفاء.

أولا -المسؤولية المدنية لحامل البطاقة اتجاه مصدرها[1]: يترتب على العقد المبرم بين حامل البطاقة و مصدرها التزامات على عاتق الحامل ينبغي عليه احترامها و القيام بها، وكل التزام من تلك الالتزامات يرتب مسؤولية عقدية على الإخلال به، و ذلك في عدة حالات:

1- *مسؤولية الحامل عن الإخلال بالالتزام باستعمال البطاقة في حدود المبلغ المتفق عليه:* المكون لحساب الحامل (الرصيد الحسابي) مع المصدر في العقد الذي جمعه به يؤدي إلى انعقاد مسؤوليته المدنية إذا تجاوز ذلك المبلغ.فإذا ما تجاوز صاحب البطاقة ذلك المبلغ كان مسؤولا في مواجهة المصدر بمقدار الزيادة التي تفوق المبلغ المتفق عليه[2]. إلا أنه و في حالات خاصة تقتضيها ظروف التعامل في الوسط التجاري يمكن أن يتجاوز الحامل الحد المسموح به في العقد، فإن مسؤولية حامل البطاقة تكون اتجاه التاجر و ليس اتجاه المصدر بمقتضى عقد البيع المبرم بينهم[3]، لأن المصدر في

عن طريق خصم ثمن ما حصل عليه الحامل فورا من حسابه ، وتحويله إلى الحساب الدائن للتاجر المورد، ولا يجوز للتاجر حينها الرجوع على الحامل مطلقا ، لأن علاقة التاجر مع المصدر علاقة مستقلة عن علاقة الحامل بالمصدر.

وفي ذلك قضت محكمة الإستئناف البريطانية سنة 1988 بأن الدفع ببطاقة الإئتمان نهائي، وإن حامل البطاقة قد اتفق مع البنك على أن يقوم البنك بالخصم من حساب الحامل في البنك قيمة الفواتير، هذا يعني أن الحامل يؤدي الثمن إلى البنك ، ويقوم البنك بتأديته إلى التاجر ، ولا يجوز للتاجر الرجوع على الحامل، لأنه بذلك يكون قد أوفي مرتين. برهم نضال إسماعيل ، المرجع السابق ، ص113 .

2- اعتبار التوقيع على الفاتورة وفاء معلق على شرط.

على خلاف الرأي السابق، فإن هذا الرأي يرى بأن التزام العميل حامل البطاقة قبل التاجر يبقي مستمرا ولا يزول بمجرد توقيع حامل البطاقة، سواء كان على الفاتورة أو كان التوقيع إلكترونيا أي بإدخال الرقم السري على الآلة ، ويبقي التزامه بالسداد مستمرا إلى حين السداد والفعلي من قبل مصدر البطاقة، وإلا كان من حق التاجر الرجوع مباشرة إلى حامل البطاقة بمجرد العقد المبرم بينهما. أنظر الشورة جلال عايدة ، وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن ،2008 ، ص 51

[1] - البغدادي كميت طالب، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان المسؤولية الجزائية والمدنية، الطبعة الأولي ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن عمان ، 2008 ،ص119

[2] - البغدادي كميت طالب، المرجع السابق،ص 120

[3]- رضوان فايز نعيم ، بطاقات الوفاء ، مكتبة الجلاء بالمنصورة،سنة 1999، ص181.

هذه الحالة سوف يلتزم بالوفاء في حدود المبلغ الذي تضمنه العقد المبرم مع الحامل و يبقى متمسكا به، أما التاجر فسوف يضطر إلى تقديم خدمات تفوق قيمتها المبلغ الذي دفعه له المصدر بموجب العقد بين الحامل و المصدر.إذا منحه البنك ترخيصا بذلك، و بمعنى أن البنك يمنح ائتمانا للحامل فيدفع المبلغ الزائد بدلا عنه ، ثم يعود عليه فيما بعد، بعد مرور المدة المتفق عليها بموجب اتفاق خاص بينهما

2- *مسؤولية الحامل عن اخلاله بالتزام رد بطاقة الوفاء:* يرتب العقد المبرم بين الجهة المصدرة و حامل بطاقة الوفاء التزاما على عاتق هذا الأخير برد بطاقة الوفاء بمجرد انتهاء المدة المحددة لاستعمالها، أو بفسخ العقد بينهما، لذلك تنعقد مسؤولية حامل البطاقة في حالة الامتناع عن ردها إلى المصدر لأحد السببين السابقين. فإذا استعملها بعد ذلك التاريخ تنعقد مسؤوليته المدنيةعن المبالغ التي استخدمها باستعمال البطاقة، ففسخ العقد يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض[1].

3- *مسؤولية الحامل عن إخلاله بالتزام إجراء المعارضة:* يقع على الحامل التزام إبلاغ مصدر البطاقة عن فقدان البطاقة أو سرقتها أو ضياعها[2]، وعلى كل الملابسات المتعلقة بذلك[3] .وهو ملزم ببذل عناية الرجل العادي في الحفاظ على البطاقة، لذلك فإن ثبت أن ضياعها ناتج عن إهمال وتقصير من الحامل فإن مسؤوليته تنعقد عن المبالغ التي استخدمها من حصل على البطاقة بعده[4].

وحينها يقع التزام آخر على المصدر بإيقاف عمل البطاقة ، فإذا امتنع عن ذلك فإن الحامل لا يتحمل مسؤولية الديون الناشئة عن استخدام الحائز لها[5].

4- *مسؤولية الحامل عن إخلاله بالتزام تقديم بيانات صحيحة:* فإذا خالف هذا الالتزام وقدم بيانات مغلوطة للمصدر باستعمال الطرق الاحتيالية في ذلك، فمسؤوليته

---

[1] - المادة 122 من القانون المدني الجزائري

[2] - اشترط القانون البريطاني الخاص بالائتمان لسنة 1974 أن يتم إبلاغ حامل البطاقة للمصدر بضياعها خلال 48 ساعة سواء كتابيا أو هاتفيا، أكثر تفصيلا الحمود فداء يحي أحمد، المرجع السابق، ص 226

[3] - برهم نضال إسماعيل ، المرجع السابق ، ص97

[4] - رضوان فايز نعيم ، المرجع السابق ، ص183

[5] - البغدادي كميت طالب ، المرجع السابق، ص. 22

المدنية تكون قائمة إلى جانب اعتبار تصرفه هذا جريمة نصب لتقديمه بيانات كاذبة وخاطئة عن شخصه[1].

ثانيا: *المسؤولية المدنية للحامل اتجاه التاجر*

يمكن القول بأن مسؤولية الحامل من عدمها في حالة عدم وفاء البنك المصدر تتوقف على معرفة طبيعة الاتفاق الذي جمع بين الحامل والبنك المصدر ، فإذا اتفق الطرفان في عقد مستقل على منح ضمان للحامل من خلال دفع البنك المصدر ثمن الخدمات التي يحصل عليه من التاجر ثم الرجوع عليه برد المبلغ خلال فترة متفق عليها ، فإن الحامل هنا يكون مسؤولا مسؤولية عقدية اتجاه التاجر الذي يربطه به عقد آخر يقضي بدفع الثمن بمجرد إرسال الفواتير إلى البنك، لأن التاجر في هذه الحالة لا يعتبر طرفا في العقد الذي جمع بين الحامل والمصدر، وطالما أن توقيع الحامل على الفواتير لا يبرئ ذمته المالية وفقا للعقد الذي جمعه بالمصدر.

أما إذا لم يرد في العقد الذي جمع الحامل بالمصدر أي اتفاق على منح ضمان للحامل، فإن المسؤولية العقدية تنتفي بمجرد التوقيع، ويصبح للتاجر الحق في مساءلة البنك المصدر وليس حامل بطاقة الوفاء [2].

البند الثاني : المسؤولية المدنية للبنك المصدر لبطاقة الوفاء

ترتبط الجهة المصدر للبطاقة بعقدين اثنين، أحدهما مع الحامل والآخر مع التاجر، وهذا من شأنه أن يرتب عليه التزامات اتجاه كل من الطرفين ، لذلك يمكن القول كقاعدة عامة أن إخلال البنك بأي التزام ملقى على عاتقه اتجاه أي طرف ينجم عنه ضرر لهذا الطرف ،من شأن ذلك أن يعرضه للمسؤولية المدنية اتجاه الطرف الآخر.

وباعتبار أن الجهة المصدرة غالبا ما تكون بنكا ، فإن مسؤولية هذا الأخير تقوم في حالة إساءة تنفيذه لالتزامه التعاقدي ، ويكون البنك مخطئا في حالة سلوكه سلوكا مخالفا للعادات المصرفية المستقرة في عرف البنوك أو التي جرى عليها تعامله مع عملائه.[3]

لذلك فمسؤوليته التي تنشأ عن استخدام بطاقة الوفاء تقوم اتجاه كل من الحامل والتاجر

---

[1] - برهم نضال إسماعيل ، المرجع السابق ، ص95

[2] - القليوبي سميحة، الأوراق التجارية ، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، القاهرة،2006 ، ص 579، الحمود فداء يحي أحمد ، المرجع السابق ، ص99 ، برهم نضال إسماعيل ، المرجع السابق، ص112

[3]- الحمود فداء يحي أحمد، المرجع السابق ، ص 92

أولا -*المسؤولية المدنية للبنك المصدر لبطاقة الوفاء اتجاه الحامل*

- *مسؤولية المصدر عن إخلاله بالتزام الوفاء:* في العقد المبرم بين مصدر بطاقة الوفاء والحامل (عقد الانضمام) يلتزم المصدر بالوفاء بقيمة مشتريات الحامل للتاجر الذي قبل التعامل ببطاقة الوفاء، وذلك من خلال تحويل المبلغ المطلوب كثمن للسلع المشتراة أو كقيمة للخدمات المقدمة له، من حساب العميل إلى حساب التاجر فور وصول الفواتير إليه..

فإذا ما التزم الحامل بذلك ، ولم يقم مصدر البطاقة بالوفاء ، ونشأ عن ذلك ضرر للحامل بأن تعرض للحجز عليه من قبل التاجر، أو تعرضت سمعته التجارية للضرر ، فإن مسؤولية مصدر البطاقة العقدية تنعقد مباشرة نتيجة إخلاله بالتزام جوهري في العقد[1].

- *مسؤولية المصدر عن إخلاله بالتزام الإخطار بالمعارضة:* تنعقد مسؤولية البنك المصدر لبطاقة الوفاء عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الوفاء من قبل الغير في مواجهة الحامل متى قام هذا الأخير بالتزامه بإعلام المصدر بواقعتي الضياع أو السرقة.[2]

إذ يقع على عاتق البنك المصدر في حالة وجود معارضة مقدمة إليه من قبل الحامل (سواء معارضة كتابية أو شفهية) إخطار التاجر بذلك، و يجب عليه أن لا يقبل أي معاملة بهذه البطاقة حتى و لو كانت العملية تبدو مشروعة، و أي سداد لأي مبلغ ناتج عن استخدام البطاقة بعد تقديم الحامل للمعارضة يترتب عليه مسؤولية الجهة المصدرة عن المبالغ المدفوعة، و لا يمكن لها أن تطالب الحامل بهذه المبالغ أو أن تنقص من رصيده شيئا.[3]

وعلى مصدر البطاقة إخضاع الفواتير لإجراءات مشددة من حيث الرقابة على صحة التواقيع التي تحد من الاستعمال غير المشروع لبطاقة الوفاء، فقد يكون التوقيع مزورا حتى و لو كان مثبتا على الفاتورة بتاريخ سابق على تاريخ إعلامه بواقعة السرقة أو

[1] - البغدادي كميت طالب، المرجع السابق، ص229
[2]- رضوان فايز نعيم، المرجع السابق، ص184
[3]- الحمود فداء يحي أحمد، المرجع السابق، ص 92

الضياع[1]، و يكون عليه أن يتحمل كافة النفقات التي نفذها الحامل غير الشرعي من جراء استخدامه للبطاقة.

وقد تنعقد مسؤولية مصدر البطاقة حتى في غير وجود أي معارضة من قبل الحامل، وذلك في حالة و فاة حامل البطاقة[2]، لأن عقد الحامل المبرم مع البنك المصدر للبطاقة يقوم على الاعتبار الشخصي، إذ ينبغي أن يتوقف البنك عن الوفاء للتاجر بالعمليات المنفذة بعد واقعة الوفاة تلقائيا بمجرد إعلامه من قبل الورثة بذلك.[3]

- *مسؤولية المصدر عن إخلاله بالتزام فحص شخصية الحامل والمحافظة على سرية البيانات:* أن الحامل ملزم بإعطاء مصدر البطاقة جميع البيانات المتعلقة بشخصية، وأن تكون هذه البيانات صحيحة وغير مغلوطة، وفي المقابل فإنه يقع على عاتق البنك عند إبرام عقد الانضمام مع الحامل الالتزام بفحص البيانات المتعلقة بشخصيته والتأكيد من صحتها. وبذلك فإذا ثبت تقصيره في ذلك نتيجة الأضرار التي تلحق التاجر من جراء عدم تحقق البنك المصدر من شخصيته بطريقة غير كافية فإنه يتحمل المسؤولية في ذلك[4].

ثانيا -*المسؤولية المدنية للبنك المصدر لبطاقة الوفاء اتجاه التاجر*

إن مصدر البطاقة مرتبط بعقد مع التاجر المعتمد الذي يقبل التعامل والدفع بواسطة بطاقة الوفاء، وهذا العقد يرتب التزامات على عاتق مصدر البطاقة مستقلة عن التزاماته اتجاه الحامل، ويترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية المدنية، مما يستدعي التعويض عن الأضرار التي تلحقه.

⇐ *المسؤولية عن إخلال البنك بالتزام دفع قيمة الفواتير*: تنعقد مسؤولية البنك في مواجهة التاجر المعتمد إذا أخل البنك المصدر بالتزامه التعاقدي القاضي بالوفاء للتاجر بقيمة الفواتير[5]، مما يؤدي إلى إلحاق الضرر بهذا الأخير كالحجز عليه من قبل دائنيه نتيجة عدم الوفاء لهم بالديون لكونه علق الوفاء على أمل وفاء المصدر بقيمة الفواتير

---

[1]- البغدادي كميت طالب، المرجع السابق ،ص 230

[2]- رضوان فايز نعيم ، المرجع السابق، ص 184

[3]- عبد الله ليندة ، المرجع السابق، ص 110

[4] - حكمت محكمة الاستئناف بباريس في قضية قامت بها مؤسسة إكسبريس الأمريكية بتسليم بطاقة أمريكان إكسبريس لشخص غير مقيم، وذلك بناء على طلب أحد البنوك الذي قدم العميل على أنه ثري، وبعدما اكتشف المصدر أن هذا الشخص كان مسرفا فقد حكمت المحكمة بتقاسم البنك والمصدر مناصفة، وذلك لأن البنك قدم معلومات غير صحيحة والمصدر قصر في التحقيق من العميل بطريقة غير كافية.

[5] - عبد الله ليندة ، المرجع السابق،ص 113

الناتجة عن استخدام بطاقة الوفاء ، أو أدى عدم الوفاء إلى تفويت صفقة مربحة له كان يعتمد على رصيده في إبرامها[1].

ففي هذه الحالة يمكن للتاجر أن يطالب الجهة المصدرة بالوفاء والتعويض عن التاجر في الوفاء على أساس المسؤولية العقدية.

البند الثالث : المسؤولية المدنية للتاجر عن استخدام بطاقة الوفاء.

كباقي الأطراف الأخرى يرتبط التاجر بالحامل والمصدر بعقدين يستقل كل منهما عن الأخر، فالأول هو عقد التوريد الذي يبرمه مع مصدر البطاقة، من خلاله يقبل التعامل بنظام بطاقة الوفاء، والثاني هو العقد المبرم مع حامل البطاقة يلتزم فيه بتقديم الخدمة أو بيع السلع والبضائع للحامل، وعليه فإن الالتزامات التي تقع على عاتق التاجر اتجاه كل من الطرفين يترتب على الإخلال بها مسؤولية هذا الأخير والتزامه بالتعويض عن الضرر الذي يصيب كل من الطرفين .

أولا– المسؤولية المدنية للتاجر عن استخدام بطاقة الوفاء تجاه المصدر

يولد العقد بين التاجر ومصدر البطاقة التزامات مهمة من جانب التاجر، ينبغي عليه الالتزام بها، لذلك فإن الإخلال بأحدها يرتب مسؤولية مدنية عقدية على التاجر الذي قبل الوفاء ببطاقة الدفع الإلكترونية[2].

- *مسؤولية التاجر المدنية عن إخلاله بالتزام قبول الوفاء بالبطاقة:* إن قام التاجر الذي قدمت له البطاقة من أحد الحملة للوفاء بقيمة السلع أو الخدمات برفض الدفع بواسطتها، فإن هذه الأمر يثير اتجاهه المسؤولية المدنية، ويلتزم بالتعويض في مواجهة مصدر البطاقة.

وأساس مطالبة الجهة المصدر للتاجر بالتعويض هو المسؤولية العقدية، لأن التاجر أخل بأحد الالتزامات الجوهرية في العقد الذي أبرمه مع الجهة المصدر، وهو برفضه هذا يلحق الضرر بها من خلال توقف إقدام الأشخاص إلى الاشتراك أو الانضمام إلى نظام الدفع بالبطاقات[3].

[1] - الحمود فداء يحي أحمد ، المرجع السابق ، ص 94

[2] - الحمود فداء يحي أحمد ، المرجع السابق، ص 100

[3] - الحمود فداء يحي أحمد ، نفس المرجع ، ص 100

⇐ *مسؤولية التاجر المدنية عن إخلاله بالتزام المحافظة على أدوات عمل البطاقة:*
وهذه الأجهزة تتمثل في جهاز التفويض المباشر الذي يستخدم للحصول على تفويض لإتمام عملية البيع، وكذلك جهاز خاص يقوم بختم اسم ورقم التاجر وسندات البيع [1].ومن جهته التاجر يلتزم بالحفاظ على هذه الأدوات ، والتي تعتبر قد منحت له على سبيل الوديعة والأمانة[2] ، وعليه فإذا أهمل التاجر المحافظة عليها أو ألحق ضررا بها فإنه ملزم بتعويض الجهة المصدرة عن ذلك.

ثانيا- مسؤولية التاجر المدنية اتجاه حامل البطاقة:

1- *المسؤولية العقدية للتاجر تجاه الحامل:* أهم الالتزامات التي تقع على عاتق التاجر هي الالتزام بتسليم الحامل للمشتريات التي تم التعاقد عليها، فاذا أخل التاجر بهذا الالتزام تقوم الجهة المصدرة بالقيد العكسي لقيمة النفقات بناءا على طلب من الحامل، ويعني ذلك أن الحامل يستطيع الرجوع على التاجر للمطالبة باستعادة ثمن المشتريات إذا أخل بالتزام التسليم أو قام بتسليم بضاعة معيبة، وكذلك بتعويض الضرر الناشئ عن التسليم المعيب، وذلك طبقا للقواعد العامة لعقد البيع في القانون المدني[3].

2- المسؤولية التقصيرية للتاجر تجاه الحامل في حالة رفض التاجر الوفاء بالبطاقة:

فالحامل يكون قد تضرر من جراء هذا الرفض لأنه قد انضم إلى نظام الدفع ببطاقة الوفاء واطمأن إلى الخدمات والمزايا التي يقدمها هذا النظام بالمقارنة مع الوسائل الأخرى في الدفع التي اجتنبها لأفضلية بطاقة الوفاء عليها، خاصة من ناحية الإجراءات الطويلة التي تتطلبها ، فليس من العدل أن يفاجأ برفض الدفع ببطاقة الوفاء بعدما اعتبرها وسيلة فعالة في الدفع ، فيصبح الأمر أهون بالنسبة إليه من استخدام بطاقة مرفوضة من قبل التجار الذين يتعامل معهم ، فيقبل الدفع بالوسائل التقليدية التي تحقق له الغايات المرجوة حتما رغم مساوئها .

---

[1] - برهم نضال إسماعيل ، المرجع السابق، ص106

[2] - إذ تنص المادة 590 من القانون المدني الجزائري على" الوديعة عقد يسلم بمقتضاه المودع شيئا منقولا إلى المودع لديه على أن يحافظ عليه لمدة وعلى أن يرده عينا".

[3] - عبد الله لينذة ، مرجع سابق، ص 117

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية التاجر في مواجهة الحامل تقوم في حالة كشف الأول أسرار العميل كتسريب الرقم السري أو كشف توقيعه، فإذا ثبت تضرر الحامل جراء هذه الأفعال، جاز لهذا الأخير أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، كون هذا الالتزام لا ينتج عن العقد بين التاجر والحامل.[1]

بعد هذا الطرح و التحديد للجوانب القانونية و التقنية للمسؤولية العقدية الالكترونية، يمكن أن ندخل في صلب هذه المسؤولية الالكترونية من خلال شقها التقصيري، و هذا هو موضوع الفصل الثاني.

[1]-- رضوان فايز نعيم ، مرجع سابق، ص187 .

الفصل الثاني

المسؤولية التقصيرية المتأتية عن سوء استخدام الأنترنت

وطرق تسوية المنازعات الإلكترونية

الفصـــــل الثـــــاني : المسـؤولية التقصيريــة المتأتيــة عن سـوء اسـتخدام الأنتــرنت و طرق تسوية المنازعات الإلكترونية

إن أي إبداع بشرى يحمل في طياته، بطبيعة الحال، الحداثة والجدة، وأن أي إبداع، بقدر ما يساهم في تنمية وتطوير المجتمع تقف في سبيله العديد من العقبات وترتبط به بعض المخاطر. وغالبا ما يحتاج الأمر إلى فترة زمنية معينة، تطول أو تقصر، لاستقبال هذا الوافد الجديد وإلْفِه والاندماج معه،يصدق ذلك على أي جديد، فما بالنا بهذا " الفوران التكنولوجي " الهائل في مجال تقنية المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات الذي يشهد كل يوم تقدماً وتطوراً يعجز الإنسان العادي، بقدراته المحدودة، عن ملاحقته والوقوف على أسراره التي أصبحت تفوق كل تصور. وكأي جديد، أيضا يحتاج التطور الحاصل في هذا المجال إلى جهد وصبر ووقت ودراسة للوقوف على مردوده الإجابى وتنمية، وتعميم، وتأمين الاستفادة منه في كل مجالات الحياة، كما يحتاج بالمقابل إلى نفس الروح لاكتشاف مخاطره وإشكالاته والتوصل إلى أنجع السبل، إن لم يكن للقضاء عليها، فلمحاصرتها والحد منها خاصة تلك الناتجة عن إساءة استخدام البعض لشبكة الانترنت(المبحث الأول) لبث و نشر معلومات غير مشروعة و مضرة بالغير؟ ما هي النصوص القانونية الوضعية التي يجب تطبيقها على خدمات نشر المواقع و المعلومات فيها؟ و بشكل خاص معرفة النظام القانوني للمسؤولية الذي يفترض تطبيقه على الأشخاص المسؤولة عن هذا النشر؟(المبحث الثاني).

كما لا يمكن لمعاملات التجارة الالكترونية أن تقوم في فراغ، أي دون ضبطها أو خضوعها لتنظيم قانوني يبين قواعد إبرامها و إثباتها و تنفيذها، و المسؤولية المترتبة عليها و جهات القضاء المختصة بنظر منازعاتها ؟ (المبحث الثالث).

المبحث الأول: أركان المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الانترنت و قواعد المسؤولية التقصيرية.

تقضي القواعد العامة المتعلقة بالمسؤولية المدنية بأن كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض[1] و يلزم أيضا بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه في أثناء استعمال حقه،حدود حسن النية أو الغرض الذي من أجله منح هذا الحق.

و تقوم المسؤولية سواء كانت عقدية أو تقصيرية على ثلاثة أركان هي: الخطأ، و الضرر، و العلاقة السببية بين الخطأ و الضرر، و لن نتوسع في شرح أحكام المسؤولية المدنية، طالما أنها قاعدة عامة، أشبعت درسا و تحليلا و تعليقا منذ القدم إلى اليوم، بل نكتفي بالإشارة إلى أن قواعد هذه المسؤولية تطبق على الفعل غير المشروع من شأنه أن يلحق ضررا بالغير[2] .

و لما كان الأصل هو مسؤولية الشخص عن أفعاله التي تضر بالآخرين، و ما مسؤوليته عن فعل غيره أو الأشياء التي في حراسته سوى استثناء و في حالات محددة، فقد أورد المشرع الجزائري أحكاما تفصيلية لهذه المسؤولية حيث نضمها المشرع الجزائري في المواد 124الى140 من القانون المدني الجزائري مبينا جوانبها المختلفة، أما المشرع الفرنسي اقتصر على إيراد مادتين اثنتين هما 1382و 1383 و على الرغم من أن عدد نصوص القانون المدني الجزائري المتعلقة بالمسؤولية المدنية التقصيرية تزيد عن نصوص القانون الفرنسي، فان أحكامهما لا تختلف في هذا الشأن كثيرا[3].

و يكاد الفقه يجمع على أن للمسؤولية عن الفعل الشخصي أركانا ثلاثة هي الفعل الضار،و الضرر الذي ينتج عن الفعل،و ترابط السببية بين الفعل المرتكب و الضرر الذي حدث،و لما كانت المسؤولية محل الدراسة ما هي إلا نوع من هذه المسؤولية و لن تخرج عن هذه الأركان، فسيعمد إلى تناول هذا المبحث من خلال ثلاثة مطالب مفردين لكل ركن مطلبا مستقلا، فنستهل دراسة هذا المبحث بالفعل الضار المنشئ للمسؤولية الناشئة عن استخدام

---

[1]- المادة 124 من القانون المدني الجزائري رقم 05-10 مؤرخ في 20يونيو2005

[2]- اليأس نصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة2009، ص 256.

[3]-سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،في الالتزامات،في الفعل الضار، المسؤولية المدنية، المسؤولية المفترضة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة،القاهرة، مصر،1992،ص 131-132

أجهزة الحاسوب و الإنترنت، ثم بالضرر في هذه المسؤولية، و أخيرا في علاقة السببية بين الفعل المنشئ لهذه للمسؤولية و الضرر الناجم عن هذا الفعل.

المطلب الأول: الخطأ المنشئ للمسؤولية التقصيرية التقليدية و صور هذا الخطأ في المسؤولية محل الدراسة [1]

لقد اختلفت وتعددت الآراء[2] في تحديد الخطأ الذي يوجب المسؤولية، والمستقر عليه فقها وقضاء أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال الشخص بالتزام قانوني مع إدراكه لهذا الإخلال، فهو إخلال بالتزام قانوني أي بمعنى الانحراف في السلوك المألوف للشخص العادي، ويتمثل هذا الالتزام في وجوب أن يصطنع الشخص في سلوكه اليقظة والتبصر حتى لا يضر بالغير فإذا انحرف عن هذا السلوك الواجب وكان مدركا لهذا الانحراف كان هذا منه خطأ يستوجب مسؤوليته التقصيرية.[3]

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري يتضح لنا بأنه يجعل الخطأ الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية المدنية بصفة عامة وهذا دون أن يعرف ماهية الخطأ، لما فيه من الدقة والصعوبة.

واقتصر على نص المادة 124 ق م ج، وهذا في عبارة " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" .

---

[1] - بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ج 2، د م ج، ط 1999 ، ص 60، 61

[2]- فرأي شائع بين الفقهاء يقول أن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع ، أي العمل الضار المخالف للقانون، و هذا رأي لا يقدمنا كثيرا في تحديد معنى الخطأ، إذ يبقى أن نعرف ماهي الأعمال التي تلحق ضررا بالغير و ينهى عنها القانون و إذا كانت هناك نصوص تعين ماهي هذه الأعمال فان الكثرة الغالبة منها لم يرد بها نص فيكون علينا أن نرسم لها ضوابط تعيينها، و هذا ما نلتمسه و لا نجده في هذا الرأي.

و رأي ثاني قال به الأستاذ بلانيول- بعرف الخطأ بأنه هو الإخلال بالتزام سابق، يبقى هنا أن نعرف ماهي هذه الالتزامات التي يعتبر الإخلال بها خطأ،يحاول بلانيول أن يحصرها في أربعة: الامتناع عن العنف، و الكف عن الغش،و الإحجام عن عمل لم تتهيأ له الأسباب من قوة و مهارة، و اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو الأشياء و ليس هذا تعريفا للخطأ، بل تقسيما لأنواعه،

و رأي ثالث للأستاذ امانوبيل يقول إن تحديد الخطأ يقتضي التوفيق بين أمرين،مقدار من الثقة توليه الناس لشخص فمن حقهم علية الإحجام عن الأعمال التي تضر بهم، و مقدار من الثقة للشخص يوليها لنفسه فمن حقه على الناس أن يقدم على العمل دون أن يتوقع الإضرار بهم،فالشخص بين الإقدام والإحجام يشق لنفسه طريقا وسطا ، يساير ثقته بنفسه،ولا يتعارض بثقة الناس به،و يدعى هذا المذهب بمذهب الإخلال بالثقة المشروعة،confiance légitime trompée و هو كما يرى لا يتضمن ضابطا بين الطريق الوسط الذي يعصم الشخص من الخطأ إذ هو سلكه.

ورأى رابع يحلل الخطأ إلى عنصرين،فهو اعتداء على حق يدرك المعتدي و هذا قول ديمونج، أو هو إخلال بواجب يتبين من أخل بواجب كما يقول سافاتييه،أو هو انتهاك لحرمة حق لا يستطيع من انتهك حرمته أن يعارضه بحق أقوى أو بحق مماثل كما يقول جوسران، و الاعتداء على الحق، و الإخلال بالواجب و الحق الأقوى أو الحق المماثل ، كل هذه الألفاظ لا تحدد معنى الخطأ، بل هي ذاتها تحتاج إلى تحديد.

[3] - خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام ، ج 1، د م ج، 1994، ص 242 .

ترتب على اعتبار الخطأ أساسًا للمسئولية التقصيرية، ضرورة ضبط مفهوم الخطأ وتحديد مكونات وجوده في محاولةٍ لوضع آليةٍ عمليّةٍ لتطبيقه والتعامل معه في الواقع، ومن خطوات ضبطه، إعطائه تعريفًا معينًا، وعلى الرغم مما لحق بهذه المحاولة من نقص في القدرة على ضبط المفهوم، وتجاوزًا لهذه المعضلة واستنادا لأكثر التعريفات اعتمادًا، حددت مكوناته، ببنائه على ركنين أساسيين هما، الركن المادي والمتمثل بالتعدي، والركن المعنوي المتمثل بالتمييز، واستكمالا للدراسة المنهجية للخطأ، لا بدّ من التحليل والفهم الوافي لهذه الأركان، حتى نفهم الخطأ ونستطيع الجزم بصلاحيته أو عدم صلاحيته كأساس للمسئولية التقصيرية.

الفرع الأول : مفهوم الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية التقليدية

الركن، ما دخل في ماهية الشيء فإن وجد، وجد الشيء، وإن فقد الشيء ولم يقم معنى،أّنه في حال فقد أحد الأركان التي يُبنى عليها الخطأ، سواء كان الركن المادي أو الركن المعنوي[1].

ومن هنا يتضح أن الخطأ في المسؤولية التقصيرية يقوم على ركنين، أولهما مادي وهو التعدي أو الانحراف، والثاني معنوي نفسي وهو الإدراك والتمييز.

أولا : الركن المادي (التعدي)

التعدي [2]هو الإخلال بالالتزام القانوني العام بعدم الإضرار بالغير، أي هو كل انحراف عن السلوك المألوف للرجل العادي فهو تجاوز للحدود التي يجب على الشخص التزامها في سلوكه، ومثال ذلك أن القانون يوجب إضاءة السيارات ليلا وعدم تجاوز حد معلوم من السرعة، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر الإخلال بالالتزام القانون تعديا، ويقع التعدي إذا تعمد الشخص الإضرار بغيره أي عن قصد، كسائق سيارة يقوم بدهس غريمه عمدا وهو ما يسمى بالجريمة المدنية، كما يقع التعدي دون قصد نتيجة للإهمال أو التقصير، كسائق سيارة يتجاوز السرعة المقررة فيدهس أحد الأشخاص وهو ما يسمى بشبه الجريمة المدنية.

والسؤال المطروح في التعدي، هو متى يعتبر الخطأ الذي صدر عن الإنسان تعديا على التزام قانوني؟ أو ما هو المعيار الذي من خلاله نقيس أعمال الشخص الذي يقوم بها، إذا كانت تمثل إخلالا بالتزام قانون أم لا ؟[3]

---

[1]- إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم،علم أصول الفقه الإسلامي،الطبعة الأولى، عمان،مكتبة دار الثقافة، 1999،ص298.

[2]- التعدي لغة هو التجاوز، انظر اللجمي أديب و آخرون، المحيط معجم اللغة العربية، تقديم محي الدين صابر، مجلد2، ص849.

[3] - خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 242.

وهذا المعيار إما أن يكون ذاتيا أو موضوعيا .

ا- فإذا أخذنا بالمعيار الشخصي الذاتي[1]، فإننا ننظر إلى الشخص الذي وقع منه السلوك فيجب لاعتبار هذا السلوك أو العمل تعدي، أن نضع في نظرنا عدة اعتبارات منها السن والجنس والحالة الاجتماعية وظروف الزمان والمكان المحيطة بارتكابه التعدي، أي عند محاسبة الشخص عن أعماله ننظر إلى تقديره للعمل الذي ارتكبه أي أن الشخص لا يكون مرتكبا لخطأ قانون إلا إذا أحس هو أنه ارتكب خطأ فضميره هو دليله ووازعه.[2]

ب- أما إذا أخذنا بالمعيار الموضوعي ابتداءً، يجب التنويه أنّ هذا المعيار هو المعيار العام، حيث يعتبر المعيار الأكثر اعتمادًا في الفقه والقضاء، ويتمثل هذا المعيار بالسلوك المألوف للرجل أو الإنسان العادي في ذات الظروف التي أحاطت بالفاعل[3]،بمعنى في حال وقع الضرر من سلوك ما، تتم مقارنة وقياس السلوك الحاصل بالسلوك المألوف للرجل العادي في ذات الظروف، فإن تجاوز بسلوكه هذا المرجع والمعيار،عدّ متعديًا وتأسس الركن المادي للخطأ، وهو التعدي، أما إذا لم يتجاوز بسلوكه ما كان ليأتيه الرجل العادي من سلوكٍ، فإنّه (الفاعل) غير متعدٍ وعليه غير مخطئ، ولقد استطاع هذا المعيار تجاوز معظم الانتقادات التي أحاطت بالمعيار الشخصي وأضعفته، فهو يتحدد بعنصرين أساسين هما:

الأساس الأول : التجريد هو من أهم مقومات السند القانوني، حيث يتجرد الشخص الفاعل من صفاته الخاصة والذاتية من فطنةٍ وذكاءٍ وحرص[4]، وغيرها من الظروف والصفات وهذا التجريد يضمن وحدته وعدم تعدده من فاعل لآخر وعليه، المساواة أمام هذا المعيار لجميع الفاعلين،حيث يترتب العموم على التجريد وتتحقق بذلك العدالة النسبية، وإن كانت قاصرًة على الفاعلين متجاهلة المضرورين وتحقيق العدالة فيما يتعلق بهم.

الأساس الثاني: الوسطية

حيث يُؤَسس هذا المعيار، على الوسط في كافة العوامل المؤثرة في السلوك من قدراتٍ ذهنيةٍ وخبراتٍ تراكميةٍ، وحرص ويقظةٍ تطلب عند القيام بالتصرف والسلوك، وهذه الوسطية

[1] - السنهوري، عبد الرازق أحمد، الوسيط في القانون المدني، الجزء الأو، .تنقيح أحمد مدحت المراغي، دون طبعة، الإسكندرية، منشأة المعارف ،2004 ،ص 646.

[2]- خليل احمد حسن قدادة، المرجع السابق، ص 242.

[3] - عدوي مصطفى عبد الحميد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى،القاهرة، مطبعة حمادة الحديثة، 1996 ، ص 417 .

[4]- العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام ، دون طبعة، الإسكندرية ، منشأة المعارف ، 1997 ، ص 361 .

تضمن العدالة، حيث يكّلف العموم بما لا يفوق طاقة الأغلبية، فهو يحاسب على أساس الشريحة الأوسع من الناس، لأنّ معظم الناس وسطٌ في المدى الذي توجد به هذه الصفات[1]، وما ألفه الناس من سلوك في ذات الظروف[2] .

ويلاحظ أن المعيار الموضوعي أو معيار الرجل العادي هو المعيار الأقرب للمنطق لأن اعتباراته واضحة ومعلومة لا تتبدل ولا تتغير بتغير الشخص مما يساعد على ثبات قاعدة التعامل بين الناس في فكرة التعويض، أما الأخذ بالمعيار الشخصي الذي يبين على اعتبارات ذاتية خفية يستعصى على الباحث كشفها، إضافة إلى أنها تختلف من شخص لآخر.

وبالتالي فالمعيار الموضوعي هو الأساس لقياس التعدي وهو المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري في الكثير من أحكامه فيقاس به الخطأ العقدي في الالتزام ببذل عناية (م 2/172 ق م) ، ويفرضه المشرع على المستأجر (م495 ق م) والمستعير (م544 ق م).[3]

ويقع عبء إثبات التعدي على الشخص المضرور (الدائن) وأن يقيم الدليل على توافر أركان مسؤولية المدعى عليه ومن بينها ركن الخطأ، وذلك بإثبات أن المعتدي انحرف عن سلوك الرجل العادي بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن، إلا إذا أقام المدين أن عمل التعدي الذي صدر منه يعتبر عملا مشروعا، وذلك من خلال أنه كان وقت ارتكابه للعمل في إحدى الحالات إما حالة الدفاع الشرعي أو حالة ضرورة، أو حالة تنفيذ أمر صادر عن الرئيس.

ثانيا : الركن المعنوي (الإدراك)

الخطأ الأخلاقي كما يسميه الفقه[4]،وهو الركن الثاني لأركان الخطأ وهو الإدراك ويجب أن يكون هذا الشخص مدركا لأعمال التعدي التي قام بها سواء بقصد أو وقعت منه بغير قصد.

---

[1] - سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام ، دون طبعة ، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص 391

[2]- الجمّال مصطفى، النظرية العامة للالتزام، دون طبعة، الإسكندرية، الدار الجامعية، سنة 1987 ،ص348

[3] - بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67.

[4]- دسوقي محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، دون طبعة، الإسكندرية،مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع، دون سنة نشر،ص52.

والإدراك مرتبط بقدرة الإنسان على التمييز، وسن التمييز في القانون الجزائري هو 16 سنة، فمن بلغ سن السادسة عشرة من عمره يكون مسئولا مسؤولية كاملة على كل أفعاله الضارة، وهذا ما قررته المادة 125 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى، حيث تنص على أن "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو إهمال منه أو عدم حيطته إلا إذا كان مميزا"، أما بالنسبة للذي لم يبلغ سن 16 فالقاعدة العامة لا مسؤولية عليه ويتساوى مع الصبي غير المميز والمجنون والمعتوه ومن فقد رشده لسبب عارض[1].

الركن ما توقف وجود الشيء على وجوده وكان جزءًا من حقيقته، وعليه إن لم يوجد الركن لن يوجد هذا الشيء أيًا كان' والتمييز حسب معظم الفقه ركنٌ في الخطأ وعليه انعدام التمييز مُعدمٌ للخطأ، وبما أنّ هذا الأخير ركنٌ في المسئولية، فلا مسئولية دونه، أي لا مسئولية على عديم التمييز[2].

اذا كان هذا هو الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية التقليدية ، فما هي صور الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية الالكترونيةهذا ما سنحاول الوقوف علية في الفرع الموالي.

***الفرع الثاني** : صور الفعل الضار في المسؤولية محل الدراسة"المسؤولية التقصيرية الالكترونية"*في هذا الفرع سنقتصر على أخطاء تحدث للبرامج قبل استخدامها من قبل المستخدم، و بالتالي فان هذه الأخطاء أو الصور تنسب إلى المبرمج، و هو الشخص الذي قام بإعداد و تصميم البرنامج .

و بعد الرجوع إلى عدد من الدراسات و الأبحاث المتخصصة في مجال الحاسوب و كذلك الدراسات القانونية، يمكن إجمال صور الأخطاء المرتكبة من قبل المبرمج في الحالات التالية و دون الخوض في التفاصيل الفنية الدقيقة :

[1]- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 67.
[2]- السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،ص660

البند الأول : الخطأ في تصميم البرنامج[1] :

تبدأ هذه الصورة من الخطأ في المرحلة الأولى لإنشاء و تصميم البرنامج، فإذا حدث الخطأ في التصميم، فان الذي يسأل عن هذا الخطأ بالدرجة الأولى هو المصمم نفسه (المبرمج)، وهذه الصورة من الأخطاء هي أكثر الصور شيوعا، حيث أن المبرمج يخطأ في كتابة الخوارزميات أو يخطئ في ترجمة هذه الخوارزميات إلى لغة عليا Higher level language يمكن للجهاز قراءتها .

وهي من أكثر صور أخطاء مصممي البرامج تأثيرا سلبيا في مستخدمي البرامج، حيث أنه من الممكن أن ينتج عن هذه الأخطاء نتائج غاية في السوء، ونضرب مثالا على ذلك، بأن يخطئ مصمم البرنامج الذي يستخدم في أجهزة مخبرية لتحليل الفحوصات الطبية، فيعطي هذا البرنامج نتائج بعيدة كل البعد عن الواقع، فيقوم الطبيب بوصف دواء خاطئا معتمدا على هذه النتائج، الأمر الذي يؤدي إلى وفاة المريض .

و يلاحظ هنا أننا لا نتحدث عن متضرر تربطه بالمبرمج علاقة عقدية صحيحة، ففي هذه الحالة نكون امام مسؤولية عقدية تحكمها شروط العقد، و القواعد المتعلقة بها، أما إذا لم تكن ثمة صلة عقدية بين المتضرر و المبرمج، أو كان العلاقة العقدية مشوبة بالبطلان، فلا مناص من البحث في القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية .

البند الثاني: الخطأ في تشغيل البرنامج [2]:

تفترض هذه الحالة إن البرنامج سليم من ناحية التصميم والإعداد وأن المعلومات والبيانات و المعلومات المداخلة إليه سليمة أيضا، إلا أن ثمة خطأ حدث لدى تشغيل البرنامج، و أن الرأي عند الأستاذ عايد رجا الخلايلة أن مسؤولية المبرمج في هذه الحالة تعتمد على الواجب المفروض عليه، فإذا كان المبرمج هو المسئول عن تشغيل البرنامج أو كان الخطأ في التشغيل يعزى إلى عيب ذاتي في البرنامج كان المبرمج مسئولا عن الضرر الذي يلحقه الخطأ في التشغيل، مع الأخذ بعين الاعتبار أن الخطأ في التشغيل الذي يعزى إلى عيب ذاتي في البرنامج يكون خطأ في التصميم و بالتالي يأخذ حكم الحالة الأولى نفسها إذا كان الخطأ في التشغيل .

[1] - عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 96- 97

[2]- عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص98.

أما إذا كان الخطأ في تشغيل البرنامج مرده إلى عدم إلمام الشخص الذي قام بالتشغيل بفنيات التشغيل، أو عدم مواءمة برامج أخرى لهذا البرنامج فان مسؤولية المبرمج تكون محل نظر .

وقد حكمت إحدى المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية بمسؤولية شركة الهواتف لعدم ربط المكالمات الهاتفية لأحد العملاء الذي يعمل محاميا نتيجة خلل في تشغيل البرنامج بصورة سليمة .

البند الثالث : التجسس الالكتروني:[1]

" في عصر المعلومات وبفعل وجود تقنيات عالية التقدم فإن حدود الدولة مستباحة بأقمار التجسس والبث الفضائي " و العالم العربي والإسلامي كان ولا يزال مستهدف امنيا وثقافيا وفكريا وعقديا لأسباب لا تخفى على أحد. وقد تحولت وسائل التجسس من الطرق التقليدية إلى الطرق الإلكترونية خاصة مع استخدام الإنترنت وأن تشاركه عربيا وعالميا. ولا تكمن الخطورة في استخدام الإنترنت ولكن في ضعف الوسائل الأمنية المستخدمة في حماية الشبكات الخاصة بالمؤسسات والهيئات الحكومية ولا يمكن حتما الاعتماد على وسائل الحماية التي تنتجها الشركات الأجنبية فهي ليست في مأمن ولا يمكن الاطمئنان لها تماما. ولا يقتصر الخطر على محاولة اختراق الشبكات والمواقع على العابثين من مخترقي الأنظمة أو ما يعرفون اصطلاحا (hackers)[2] فمخاطر هؤلاء محدودة وتقتصر غالبا على العبث أو إتلاف المحتويات، والتي يمكن التغلب عليها باستعادة نسخة أخرى مخزنة في موقع امن، أما الخطر الحقيقي فيكمن في عمليات التجسس التي تقوم بها الأجهزة الاستخباراتية للحصول على أسرار ومعلومات الدولة ومن ثم إفشائها لدول أخرى تكون عادة معادية، أو استغلالها بما يضر بالمصلحة الوطنية لتلك الدولة. وقد وجدت بعض حالات التجسس الدولي ومنها ما اكتشف أخيرا عن مفتاح وكالة الأمن القومي الأمريكية (NSA) والتي قامت بزراعته في نظام التشغيل الشهير وندوز، وربما يكون هذا هو أحد الأسباب الرئيسية التي دعت الحكومة الألمانية بإعلانها في الآونة الأخيرة

[1]- البداينة ذياب ،جرائم الحاسب والإنترنت، أبحاث الندوة العلمية لدراسة الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، تونس، (93-124).

[2]- هم الأشخاص الذين لهم القدرة الفائقة على اختراق الأجهزة والشبكات أيا كانت إجراءات وبرامج وتدابير الحماية التي تم اتخاذها إلا أنهم لا يقومون بأي من الإجراءات التي تؤذي من تم اختراق جهازه أو شبكته.

عن استبدالها لنظام التشغيل وندور بأنظمة أخرى،كما كشف أخيرا النقاب عن شبكة دولية ضخمة للتجسس الالكتروني تعمل تحت إشراف وكالة الأمن القومية الأمريكية بالتعاون مع أجهزة الاستخبارات والتجسس في كندا،بريطانيا، استراليا ونيوزيلندا ويطلق عليها اسم (ECHELON) لرصد المكالمات الهاتفية والرسائل بكافة أنواعها سواء ما كان منها برقيا، تلكسيا، فاكسيا أو الكترونيا[1]. وخصص هذا النظام للتعامل مع الأهداف غير العسكرية وبطريقة تجعله يعترض كميات هائلة جدا من الاتصالات والرسائل الإلكترونية عشوائيا باستخدام خاصية الكلمة المفتاح بواسطة الحاسبات المتعددة، والتي تم إنشاء العديد من المحطات السرية حول العالم للمساهمة في مراقبة شبكات الاتصالات الدوليةن ومنها محطة رصد الأقمار الصناعية الواقعة في منطقة وأي هوباي بجوب نيوزيلندا[2]، ومحطة جير الدتون الموجودة باستراليا، والمحطة الموجودة في منطقة موروينستو في مقاطعة كورنوول ببريطانيا، والمحطة الواقعة في الولايات المتحدة الأمريكية بمنطقة شوجرجروف وتبعد(250) كيلومترا جنوب واشنطن دي سي، وأيضا المحطة الموجودة بولاية واشنطن على بعد(200) كيلومتر جنوب غرب مدينة سياتل. ولا يقتصر الرصد على المحطات الموجهة إلى الأقمار الصناعية والشبكات الدولية الخاصة بالاتصالات الدولية، بل يشمل رصد الاتصالات التي تجرى عبر أنظمة الاتصالات الأرضية، وكذا الشبكات الإلكترونية. أي انه يرصد جميع الاتصالات التي تتم بأي وسيلة. ويعتبر الأفراد والمنظمات والحكومات اللذين لا يستخدمون أنظمة الشفرة التأمينية أو أنظمة كودية لحماية شبكاتهم وأجهزتهم، أهدافا سهلة لشبكة التجسس هذه، وأن كان هذا لا يعنى

---

[1]- تعمل هذه البرامج:
فكرة برمجة مثل هذه الأنواع من البرامج بسيطة للغاية ويمكن استخدام لغات البرمجة المعروفة مثل الباسكال أو باستخدام الفيجوال بيسك وتكون الطريقة كالتالي ، أولا برمجة الخادم على ثلاث نقاط أساسية:
-1فتح منفذ port في الجهاز المستهدف
-2استقبال الأوامر من خلال المنفذ
-3تنفيذ الأوامر التي تأتي من المنفذ
وبعد ذلك يأتي دور البرنامج العميل في الطرف الآخر ويتم برمجته على أساس:
-1إجراء إيصال مع الخادم من خلال المنفذ في الطرف الآخر
-2إرسال الأوامر للخادم من خلال المنفذ المحدد
-3استقبال المعلومات والنتائج و من بين أشهر برامج التجسس من خلال النظام العالمي لإيصالات الخلوي GSM
(http://en.wikipedia.org/wiki/Global_...Communications)
http://www.jaascois.com/research/366...xispy_a_ui.jpg
FlexiSPY (http://www.f-secure.com/v-descs/flexispy_a.shtml

[2]- الموسوعة الالكترونية للجيش الروسي، على الموقع الالكتروني التالي:
//www.moqatel.com/openshare/Behoth/Askria6/ElectroWar/sec20.doc_cvt.htm

بالضرورة أن الأهداف الأخرى التي تستخدم أنظمة الشفرة في مأمن تام من الغزوات الاستخباراتية لهذه الشبكة ومثيلاتها. ولا يقتصر التجسس على المعلومات العسكرية أو السياسية بل تعداه إلى المعلومات التجارية والاقتصادية بل وحتى الثقافية .[1]

فمع توسع التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت تحولت الكثير من مصادر المعلومات إلى أهداف للتجسس التجاري ففي تقرير صدر عن وزارة التجارة والصناعة البريطانية أشار إلى زيادة نسبة التجسس على الشركات من (36٪) عام (1994م) إلى (45٪) عام (1999م).كما اظهر استفتاء أجري عام (1996م) لمسئولي الأمن الصناعي في الشركات الأمريكية حصول الكثير من الدول وبشكل غير مشروع على معلومات سرية لأنشطة تجارية وصناعية في الولايات المتحدة الأمريكية.

ومن الأساليب الحديثة للتجسس الالكتروني أسلوب إخفاء المعلومات داخل المعلومات وهو أسلوب شائع وأن كان ليس بالأمر السهل، ويتلخص هذا الأسلوب في لجوء المجرم إلى إخفاء المعلومة الحساسة المستهدفة بداخل معلومات أخرى عادية داخل الحاسب الآلي ومن ثم يجد وسيلة ما لتهريب تلك المعلومة العادية في مظهرها وبذلك لا يشك احد في أن هناك معلومات حساسة يتم تهريبها حتى ولو تم ضبط الشخص متلبسا، كما قد يلجأ إلى وسائل غير تقليدية للحصول على المعلومات السرية.[2]

تطبيقات قضائية على التجسس الالكتروني :

من قضايا التجسس الالكتروني التي ثم ضبطها، القضية التي حدثت في ربيع عام 1990 ،حيث تمكن مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكية F.B.I ووكالة الاستخبارات المركزية C.I.A من القبض على أعضاء جهاز الاستخبارات الفرنسية عندما كانوا متلبسين بجريمة التجسس، فقد تمكن الجواسيس الفرنسيين من الوصول إلى البيانات الخاصة بالمعلومات الداخلية لإحدى الشركات و كانوا يهدفون الى معرفة الأسرار الصناعية .

[1]- داود حسن طاهر ، جرائم نظم المعلومات،الرياض ،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، ص 67

[2]- موقع مجلة الأمن الإلكترونية http://safola.com/security.chtml

و موقع صحيفة الجزيرة - القرية الإلكترونية http://www.al-jazirah.com/2000/may/6/ev.htm#evt3

كما تمكن شاب من بريطانيا بواسطة جهاز الحاسوب من اختراق شبكات المعلومات العسكرية الأمريكية و كشف أدق الاتصالات، و قد اعترفت السلطات الأمريكية المسئولة بهذا الاختراق وعدته الأشد خطورة، حيث أشارت الصحيفة البريطانية الأندبندت إلى أن هذا الاختراق قد اثر في الاستعدادات العسكرية، و الأغرب من ذلك انه من الممكن كشف لحدث لو لم يترك جهازه مفتوحا طيلة الليل، الأمر الذي يظهر مدى خطورة المعلوماتية و تطور هذا الخطر بشكل يصعب اللحاق به، فالخطر لا يكمن فقط في حماية المعلومات إنما أيضا في امن البيانات [1].

البند الرابع : القرصنة الالكترونية[2]

عندما يتبادر إلى أسماعنا كلمة قرصنة فأننا نتخيل عصابات سرقة السفن البحرية والسطو عليها ونهب ما فيها واسر طاقمها، وهو ذاته ما يفعله قرصان الأنظمة الالكترونية بالضبط لكن بوسائل حديثة ودون إن يعرض نفسه للخطر.

فالقرصنة الالكترونية أو المعلوماتية هي عملية اختراق لأجهزة الحاسوب تتم عبر شبكة الانترنيت غالبًا لأن اغلب حواسيب العالم مرتبطة عبر هذه الشبكة أو حتى عبر شبكات داخلية يرتبط فيها أكثر من جهاز حاسوب، ويقوم بهذه العملية شخص أو عدة أشخاص متمكنين في برامج الحاسوب وطرق إدارتها أي أنهم مبرمجون ذو مستوى عال يستطيعون بواسطة برامج مساعدة اختراق حاسوب معين التعرف على محتوياته ومن خلالها يتم اختراق باقي الأجهزة المرتبطة معها في نفس الشبكة.

بدأت ظاهرة القرصنة والاختراق مع بداية ظهور الحاسبة الإلكترونية ، وازدادت بشكل كبير مع استخدام تقنية الشبكات ، حيث يشمل الاختراق الهجوم على شبكات الحاسوب من قبل مخترقي الأنظمة الإلكترونية ومنتهكي القوانين ، كما يبين التطور الحاصل في مجال سرية المعلومات التي تغطي الانترنت بالإضافة إلى تقنيات أخرى كالاتصالات أن

[1] - نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية و الانترنت، المخاطر على الحياة الخاصة و حمايتها، دراسة في القانون المقارن، لم يرد ذكر لدار النشر، بيروت، لبنان،1998، ص 223

[2]- عرب للقانون www.arablawinfo.com

- ستار تايمز / شؤون قانونية www.startimes2.com
- الموسوعة الحرة ويكيبيديا www.wikipedia.org
-

عمليات القرصنة تتطور وبسرعة فائقة باستخدام تقنيات حديثة ومعقدة مما جعل النظرة إليها تتغير كليا عما كانت عليه .

البند الخامس : الإتلاف الالكتروني [1]:

يقصد بالإتلاف الالكتروني هو كل فعل الكتروني يهدف إلى تدمير البرامج و البيانات الالكترونية كليا بجعلها غير صالحة للاستعمال أو جزئيا بالتقليل من قيمة أدائها .

و بالتالي فان الإتلاف الالكتروني بشقيه الكلي و الجزئي ينصب على العناصر غير المادية لنظام الحاسب الآلي عن طريق التلاعب في برامجه و بياناته من خلال اقتحام المواقع sites–storming وتدميرها و تغير محتوياتها و الدخول على الشبكات و العبث بمحتوياتها بإزالتها و الإستلاء عليها أو الدخول إلى شبكات الطاقة أو شبكة الاتصالات بهدف تعطيلها عن العمل أطول فترة ممكنة أو تدميرها نهائيا، و في بعض الأحيان يكون المعتدون أكثر اهتماما بإساءة استخدام أجهزة الحاسوب و نظم الاتصالات من مجرد تحقيق أرباح من ورائها ،فعلى سبيل المثال قام احد الطلبة في جامعة ويسكونسن Wisconsin Universiy الأمريكية، بتعطيل نظام الحاسوب التابع لجامعة متعمدا ولأكثر من مرة، بغية تدمير المشروعات النهائية لعشرات الطلبة و قد حكم عليه القاضي بعقوبة الحبس لمدة سنة واحدة مع إيقاف التنفيذ و مغادرة الجامعة. و حيث أن الإتلاف الالكتروني بالمفهوم الذي أوضحناه سابقا يرتكب بوساطة فيروسات الحاسوب، فان الأمر يقتضي منا الوقوف على ماهية الفيروس الالكتروني (أولا) و أنواعه (ثانيا).

في وقتنا الحاضر زاد خطر الفيروسات الالكترونية لان الإتلاف بواسطتها اغلبها أصبح يرتكب عن بعد، فلا يستطيع المتضرر معرفة مرتكب فعل الإتلاف، إضافة إلى أن بعض الفيروسات يصعب الكشف عنها نظرا لطبيعتها، فقد تحدث أثارها التخريبية و تخرج دون علم المتضرر بوجود الفيروس أصلا، فيا ترى ماهو هذا الشبح الالكتروني المدمر؟

–ففي عام 1986 قام شخص يدعى روبرتو كولومبي الجنسية بسرقة خط تيلكس حكومي ليرسل مجموعة رسائل عبره إلى مصارف في المملكة المتحدة ومنها إلى دول أخرى ونتج عن هذه الرسائل نقل 13.5 مليون دولار من أرصدة الحكومة الكولومبية.[1]

[1]- عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 98.

هذا و تتم أغلب عمليات الاختراق عن طريق زرع برنامج معين في جهاز الضحية يقوم هذا البرنامج بعمل معين وكما يلي :[1]

1- ***الفيروسات Virus :*** هو برنامج له القدرة على نسخ نفسه أكثر من مرة ويمتاز بقدرته على التخفي وله آثار تدميرية على أنظمة تشغيل الحاسوب لأن عملية النسخ والتكرار الدائم لملفاته تجعل هذه الملفات تحل محل الملفات الأصلية الموجودة على القرص الصلب Hard Disk للحاسوب .

2- ***أحصنة طروادة Trojans :*** هو برنامج تجسسي يقوم بعمل معين يحدده الشخص الذي صممه أو زرعه في جهاز الضحية تمكنه من الحصول على مبتغاه .

3- ***الديدان Worms :*** هو برنامج ينتقل غالباً عبر البريد الالكتروني ويمتاز بقدرته على التنقل عبر شبكات الانترنيت لغرض تعطيلها أو التشويش عليها عن طريق شل قدرتها على تبادل المعلومات .

4- ***القنبلة المعلوماتية Information Bomp :*** هو برنامج يصنعه مصمم النظام نفسه لغرض إنهاء فترة عمل ذلك النظام خلال فترة معينة أو في حال استخدام أرقام أو أحرف معينة يحددها المصمم .

5- ***الفخ Trappe :*** هو منفذ يتركه مصمم البرنامج يسهل له عملية الدخول إليه وقت ما يشاء وإجراء التعديلات التي يريدها [2].

الفرع الثالث: *الحد الذي يتلاءم فيه مفهوم الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية التقليدية عنه في المسؤولية الإلكترونية .*

إذا كانت الجرائم الالكترونية[3]، لا تثير أية إشكالات تذكر في مجال تحديد مفهوم الفعل الضار في التشريعات الدولية، فإذا ما تم إدانة الشخص بأية جريمة جزائية- أيا كانت درجتها- ارتكبت بواسطة أجهزة الحاسوب و الانترنت، أو على مكونات الحاسوب المادية منها و غير المادية، فان هذا الحكم وحده يكفي للمطالبة بالتعويض عن الفعل الضار المرتكب، فالجريمة سواء كانت الكترونية أم غيرها تشكل دائما و أبدا فعلا ضارا يوجب

[1]- أكثر تفصيل أنظر، محمد صالح سالم،العصر الرقمي و الثورة المعلوماتية،دراسة في نظم المعلومات و تحديث المجتمع،عين للدراسات و البحوث الإنسانية والاجتماعية،الطبعة الأولى، 2002 ، ص119

[2]- محمد صالح سالم،المرجع السابق، ص 120.

[3]- أعلن المجلس الأوروبي مشروع اتفاقية تتعلق بجرائم الحاسوب في 27-04-2000و قد نص على الاجراءات التي يتعين اتخاذها من قبل الدول الأعضاء ، أكثر تفصيلا .http//www.cybercrime.gov/coepress.htm

التعويض عن الضرر الناجم عنها، ولا مجال للبحث في مفهوم الفعل الضار في مثل هذه الحالة، إلا إننا رأينا كيف أن مشرعنا الجزائري لم يواكب التطور التكنولوجي في هذا المجال، فقد أورد نصوصا شحيحة جدا في قوانين مختلفة [1]، فإذا كان صحيحا فإن طائفة الأفعال الجرمية التي يستعان في ارتكابها بالحاسوب يمكن مواجهتها إلى حد ما على ضوء النصوص القائمة، لان النصوص القانونية تجرم الفعل بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ارتكابه، إلا أن ثمة طائفة أخرى من الأفعال يقع فيها الاعتداء على أجهزة الحاسوب و برامجه و على المواقع الالكترونية على الانترنت، باستخدام الحاسوب ذاته و الانترنت كذلك تثير مشاكل كثيرة و على جانب من الخطورة.

أما فيما يتعلق بصور الفعل الضار الالكتروني الأخرى و هي التي عالجناها في الفرع الثاني من هذا المطلب، فان الأمر مختلف، فقد رأينا كيف أن معظم هذه الأفعال الضارة ترتكب عن بعد، بل وفي أحيان كثيرة لا يشعر بها المتضرر إلا بعد فترة زمنية من ارتكابها، إضافة إلى أن بعض الفيروسات يصعب الكشف عنها نضرا لطبيعتها فقد تحدث أثارها التخريبية، و تخرج دون علم المتضرر بوجود الفيروس أصلا.

ويدق الأمر أكثر إذا اقتصرت الإساءة على مجرد الدخول إلى البرامج أو البيانات الالكترونية و التجسس عليها، و ذلك لمعرفة محتوياتها المعنوية و المعلوماتية دون أن يعمد إلى نسخها أو إعادة إنتاجها.

و ثمة صعوبة أخرى تتمثل في أن معظم صور الفعل الضار الالكترونية و رغم حصول الفاعل على البرامج و البيانات الالكترونية المملوكة للغير إلا انه لا يخرجها في الوقت ذاته من حيازة ذلك الغير ولا يحول و بالتالي بينه و بين الانتفاع بها، كما لا يؤدي فعلها إلى التغيير في شكلها.

أمام كل هذه الصعوبات و الخصوصية لصور الفعل الضار الالكتروني، فان تطلب الخطأ كأساس لقيام المسؤولية التقصيرية عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب و الانترنت، وتطلب أن يقيم المتضرر الدليل على وجود هذا الخطأ كما هو عليه الحال في القواعد

[1]- قانون 04-15المؤرخ في 10-11-2004المعدل و المتمم لقانون العقوبات و الذي استحدث القسم السابع مكرر،المتعلق بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات،و القانون 06-22 المؤرخ في 20-12-2006 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية و الذي صنف جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ضمن الجرائم الخطيرة . و القانون 09-04 المؤرخ في 05-08-2009المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها.

العامة للمسؤولية عن الفعل الشخصي في كل من القانونين الفرنسي و الجزائري، بل و إصرار القانون الجزائري صراحة على ضرورة توافر التمييز لقيام المسؤولية المدنية[1]، يجعل قيام هذه المسؤولية أمرا شبه مستحيل، و بالتالي يعني قصور التشريعات القائمة حاليا في هذه الجزئية بالذات عن مجاراة التطور التكنولوجي و التقني الذي حدث[2].

هذا التطور الذي ترتب عليه صعوبة تفسير أو تبرير الخطأ أو تحديد مصدره أو وقت حدوثه، نظرا لتعدد مراحل تنفيذ الأمر الالكتروني، فقد يكون الخطأ بسبب خطأ في تشغيل الحاسوب على النحو الذي أوضحناه سابقا، أو يكون بسبب انقطاع التيار الكهربائي أو تلف المعلومات المخزنة في الحاسوب

أو محوها بطريق الخطأ أو العمد وما إلى ذلك من أسباب يصعب تحديد مصدرها ووقت حدوثها و بالتالي تنشا صعوبة في تحديد المسئول عن تحمل المخاطر و تزداد هذه الصعوبة حدة إذا تعلق الأمر بمعاملات دولية حيث يتعدد المتدخلون.

أما فيما يتعلق بتطلب إقامة المتضرر الدليل على وجود هذا الخطأ، فهي تثير الكثير من المعضلات،فلا زالت تثور مسألة حجية الأوعية التي تحتوي على بيانات و معلومات كالأشرطة و الاسطوانات الممغنطة و المصغرات الفيلمية،و تثور مسألة أخرى حول قيمة المعلومات المخزنة في ذاكرة الحاسوب أو في المواقع الالكترونية على الانترنت،فهل تصلح أي من هذه العناصر كأداة في الإثبات[3]؟

إن المسؤولية التقصيرية لا تقوم بمجرد ارتكاب الفعل الضار بالمفهوم السابق،و إنما لابد لقيام هذه المسؤولية من ترتب ضرر يصيب الغير بسبب ذلك الفعل(المطلب الثاني).فما هو مفهومه(فرع أول)؟ و ما هي صوره في ظل المسؤولية التقصيرية الالكترونية(فرع ثاني)؟

المطلب الثاني: الضرر في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الانترنت.

الضرر هو أحد أركان المسؤولية التقصيرية، فلا يكفي لتحقق المسؤولية المدنية أن يقع خطأ بل يجب أن يحدث الخطأ ضررا[4]، و هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو

[1]- المادة 125من القانون رقم 05-10مؤرخ في 20يونيو 2005.
[2]- عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 117
[3] - عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 117
[4]- السنهوري عبد الرزاق،المرجع السابق،ص713

جسده أو في عاطفته و شعوره، و تلتقي التشريعات المختلفة في وجوب تحقق الضرر بسبب الفعل الضار ليصار إلى تعويض المضرور عما أصابه من ضرر.

والضرر نوعان أحدهما مادي يصيب الشخص في ذمته المالية أو في جسده و أخر أدبي يصيبه في عاطفته و شعوره، و قد يلتقي الضرران كنتيجة مزدوجة لفعل ضار واحد.

ولا بد من تحقق شروط قانونية معينة في الضرر ليكون قابلاً للجبر وإلا فقد المضرور حماية القانون واستحال عليه الحصول على ما يبتغيه من تعويض.

الفرع الأول : مفهوم الضرر

إذا كانت النظم القانونية المختلفة قد تباينت مواقفها من أساس المسؤولية التقصيرية حيث ترددت بين الخطأ أو مجرد إحداث الضرر، فإنها لم تختلف حول ضرورة اشتراط الضرر لقيام هذه المسؤولية، فالضرر هو الركن الذي لا خلاف عليه من أركان المسؤولية التقصيرية، فهو العنصر الذي لابد من توافره ابتداءً لإمكان البحث عن مسؤولية محدثه وفق قواعد المسؤولية عن الفعل الضار المنشئ للالتزام[1].

لذلك إذا ارتكب شخص مخالفة للقانون دون أن يوقع ضرراً بالغير، كما لو خرق السائق إشارة المرور ولم يلحق ضرراً بالغير، فانه لا يسأل مدنياً لأن أساس المسؤولية المدنية هو وقوع الضرر وليس حدوث الفعل الخاطئ، وإن كان يسأل جزائياً عن ذلك الفعل وفقاً لقواعد المسئولية الجزائية.

والضرر يتناسب طردياً مع درجة جسامة الفعل الضار، فهذا الأخير قد يؤدي إلى إتلاف المال أو موت المصاب أو جرحه أو المساس بشرفه وكرامته، وللمضرور بالتالي المطالبة بجبر ذلك الضرر[2] سواءً أكان مادياً أم معنوياً طالما أنه كان ناجماً عن الفعل الضار.

---

[1]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، م1، طبعة الخامسة ، القاهرة، 1992م، ص136– 137

[2]_ **الضرر:** هو الأذى الذي يلحق بالشخص في ماله أو جسده أو عرضه أو عاطفته، وهو واجب التعويض مهما كان نوعه مادياً كان أم معنوياً وفقاً لأحكام القانون المدني الجزائري.

ولعل مجرد معرفة وحدة التشريعات المختلفة في تطلبها لركن الضرر باعتباره الأساس في المسؤولية يوضح مدى أهمية دراسة هذا الفرع.

أولا : *الضرر المادي.*

هو ما يصيب الذمة المالية فيسبب لصاحبها خسارة مالية[1]. ويشمل الأضرار التي تصيب الشخص في سلامة جسمه[2].

فيعتبر ضرراً مادياً كل مساس بحقوق الشخص المالية كحق الملكية وحق الانتفاع وحق الارتفاق وحقوق الدائنية وحقوق المؤلف والمخترع، حيث يترتب على هذا المساس انتقاص للمزايا المالية التي تخولها هذه الحقوق لأصحابها ويعتبر أيضاً ضرراً مادياً كل مساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إذا كان يترتب عليه خسارة مالية، كالإصابة التي تعجز الشخص عن الكسب عجزاً كلياً أو جزئياً أو تقتضي علاجاً يكلف نفقات مالية معينة، وكل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي، إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر إلى جهة معينه للحيلولة دون قيامه بعمل معين يعود عليه بربح مالي أو يدرأ عنه خسارة مالية[3].

فالأضرار المادية التي يمكن تعويضها تتخذ صوراً عديدة ومتنوعة، فقد يكون الضرر عبارة عن إتلاف المال، كحرق عقار أو إتلاف سيارة بحادث اصطدام وقد يكمن الضرر المالي في مجرد نقص قيمة الشيء الاقتصادية دون أن يصيبه تلف مادي، كما لو تسبب تمديد أسلاك كهرباء ضغط عالي في أرض معينة في نقص قيمة هذه الأرض.

والضرر المادي لا يقف عند هذه الصور، فهو يمكن أن يشمل كل صور الخسارة المالية الناجمة عن فعل من أفعال التعدي الذي ينسب للغير، كالمنافسة غير المشروعة أو نتيجة الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية والأدبية والصناعية، كطبع كتاب بدون إذن مؤلفه أو استغلال براءة اختراع مسجلة باسم المتضرر أو تقلد علامة تجارية مملوكة للغير[4].

---

[1]- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص137.

[2]- السنهوري عبد الرزاق،المرجع السابق،ص714

[3]- سليمان مرقس، مرجع سابق،ص 138

[4]- عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات- دار الثقافة و النشر، الطبعة الأولى،عمان، الأردن،2000، ص410– 411.

والضرر المادي الموجب للتعويض يتمثل في عنصرين وردا في المادة (182) من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار"[1].

وللضرر المادي شروط ثلاث لابد من تحققهم لإمكان المطالبة بالتعويض عنه وهم:

1- أن يكون هناك إخلال بحق[2] أو بمصلحة مالية[3] مشروعة [4].

2- أن يكون الضرر محققا[5].

3- أن يكون الضرر مباشرا[6].

1- *الضرر الحال*: يشترط في الضرر لإمكان الحكم بالتعويض أن يكون ثابتاً على وجه اليقين والتأكيد، يكون كذلك إذا كان قد وقع فعلاً وهو ما يسمى الضرر الحال

---

[1]- جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1997م، ص424– 425

[2]- يقصد بالحق الذي يحميه القانون الذي يكون القانون مصدره بحيث يعطي صاحبه حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر جراء الاعتداء عليه فقد يؤدي الفعل الضار إلى الإضرار بحق معين للمضرور يحميه القانون ويستوي بعد ذلك في نظر هذا القانون أن يكون الحق متعلقاً بالكيان المادي للإنسان أو بذمته المالية فيصيبها فالتعدي على حياة الإنسان وسلامة جسده بإصابته بجرح أو أي إصابة في جسده أو بغيره يعتبر اعتداءً على حق يحميه القانون، فإذا أدى إلى فقدانه حياته أو عجزه الكلي أو الجزئي عن الكسب تحمل الفاعل مسئولية جبر الضرر الذي أصاب المضرور بالطريقة التي عينها القانون.

[3]- **المصلحة المالية:** قد لا يؤدي الضرر إلى إخلال بحق للمضرور، و إنما مصلحة مالية، وللتفرقة بين الحق والمصلحة المالية نضرب المثال التالي: إذا قتل شخص في حادثة كان لمن يعولهم الرجوع على المسئول بالتعويض على أساس الإخلال بحق لهم إن كانوا ممن تجب عليه نفقتهم قانوناً، أو على الأساس الإخلال بمصلحة مالية إذا لم يكونوا ممن تجب عليه نفقتهم قانوناً، ولكن كان القتيل يتولى الإنفاق عليهم تفضلاً أو تبرعاً، غير أنه يشترط في هذه الحالة الأخيرة أن يثبت المضرور صاحب المصلحة أن القتيل كان يعوله على درجة مستمرة وأن فرصة الاستمرار هذه كانت محققة، أنور سلطان، مرجع سابق، ص329

[4]-**المصلحة المشروعة:** يشترط في الضرر الموجب للمسؤولية أن يكون إخلالاً بمصلحة مشروعة، إلا أنه لا يلزم أن ترقى المصلحة المشروعة إلى مصاف الحق، وإنما يكفي أن تكون غير مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب، كحرمان من كانت تعايش المصاب معاشرة غير مشروعة من إعالته لها يعد إخلالاً بمصلحة غير مشروعة لمخالفتها للنظام العام والآداب، ومن ثم لا يعد ضرراً موجباً للتعويض ولا تملك المطالبة بالتعويض عما فقدته من إعالة ذلك المصاب جلال العدوي، مرجع سابق، ص429– 430.

[5]- والضرر المحقق هو الضرر الذي وقع فعلاً أو الذي سيقع مستقبلاً ولكنه لا محالة واقع وهو يختلف عن الضرر المحتمل الذي لا يصلح أساساً للتعويض.

[6]- يختلف الضرر الشخصي عن الضرر المباشر في أن الأخير يعني أن ينجم الضرر مباشرةً عن الفعل الضار، بأن يرتبط به ارتباط السبب بالمسبب وتشترط التشريعات صراحةً هذا الشرط كالتشريع الفرنسي والجزائري الذي عبر عنه في المادة 182 من القانون المدني بوجوب أن يكون الضرر نتيجة طبيعية للفعل الضار. وعلى ذلك لا يعتبر الضرر غير المباشر موجباً للتعويض كمن يصاب بسبب فعل ضار بأذى يقعده عن العمل ومن ثم تتراكم ديونه عليه فيحزن لما أصابه حزناً شديداً يؤدي إلى وفاته، فالوفاة هنا تعتبر ضرراً غير مباشر للفعل الضار ولا يكون الفاعل مسئولا عنها وعلة ذلك انقطاع رابطة السببية بين الفعل والضرر، أنور سلطان، مرجع سابق، ص335.

سواء أكان هذا الضرر عبارة عن خسارة لحقت بالمضرور أو كسب فاته فكلاهما صورتان لضرر حال. ومن أمثلة الضرر الحال الذي وقع فعلاً إحداث الوفاة أو الجرح أو إتلاف المال أو التشهير بتاجر بقصد الإساءة بسمعته وصرف الزبائن عنه[1].

2- ***الضرر المستقبل***: الضرر المستقبل هو الذي لم يقع بعد وإن كان وقوعه في المستقبل أمراً محققاً فمن يصاب دمه بفيروس الايدز على سبيل المثال فإنه سيموت لا محالة لأن العلم عاجز حتى الآن عن إنقاذ حياته.

والضرر المستقبل قد يستطاع تقديره فوراً وقد لا يستطاع ذلك، فإذا كان من المستطاع تقديره فوراً حكم القاضي بتعويض كامل عنه، أما إذا لم يكن من المستطاع تقديره فوراً – وهذا هو الغالب – كإصابة عامل من شأنها أن تؤدي بحياته أو تنتهي بعجزه عن العمل كلياً أو جزئياً، فيكون القاضي بالخيار بين الحكم بتعويض مؤقت على أن يحفظ للمضرور حقه في التعويض النهائي بعد أن يستقر الضرر نهائياً، و بين تأجيل الحكم بالتعويض إلى حين استقرار الضرر نهائياً، وهذا الحكم مستخلص من المادة (131) من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه (يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين 182–182 مكرر مع مراعاة الظروف الملابسة،فان لم يتيسر له الوقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في ان يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير).

وفي بعض الحالات لا يكون الضرر المستقبل منظوراً وقت الحكم بالتعويض وبالتالي لا يدخله القاضي في حسابه عند تقدير هذا التعويض، ثم تتكشف الظروف عن استفحال الضرر بعد ذلك، وفي هذه الحالة يجوز للمضرور أن يطالب بدعوى جديدة بالتعويض عما استجد من الضرر مما لم يكن قد دخل في حساب القاضي عند تقدير التعويض الأول، ولا يحول دون ذلك قوة الشيء المقضي به حيث إن الحكم السابق بالتعويض لم يتناول هذا الضرر الجديد ولم يسبق أن حكم بتعويض عنه أو قضي فيه[2].

[1]- عدنان السرحان، ونوري خاطر، مرجع سابق، ص435– 436

[2]- . نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص407

والتعويض عن الضرر قد يأخذ صورة مبلغ إجمالي يدفع مرة واحدة أو على أقساط، وقد يأخذ صورة إيراد مرتب لمدى حياة المضرور وهذا ما تقضي به المادة 269 من القانون المدني في فقرتها الأولى التي تنص على أنه " يصح أن يكون الضمان مقسطاً كما يصح أن يكون إيراداً مرتباً، ويجوز في هاتين الحالتين إلزام المدين بأن يقدم تأميناً تقدره المحكمة".

3- **الضرر المحتمل:** هو ضرر غير مؤكد الوقوع ولا يوجد ما يؤكد أو ينفي وقوعه في المستقبل وغاية الأمر أنه يحتمل وقوعه مثلما يحتمل عدم وقوعه وتتفاوت درجة هذا الاحتمال قوة وضعفاً، وقد تبلغ من الضعف حداً يعتبر وهمياً وهو لا يكفي لقيام المسؤولية المدنية و لا تقوم هذه المسؤولية إلا بعد أن يتحقق فعلاً، وبذلك يختلف الضرر المحتمل عن الضرر المستقبل، إذ إن هذا الأخير ضرر محقق الوقوع وإن لم يقع بعد ولذلك وجب التعويض عنه كما سبق ذكره.

ومثال الضرر المحتمل ضرب الحامل على بطنها ضرباً يحتمل معه إجهاضها أو عدمه، فلا يجيز لها المطالبة سلفاً بالتعويض عن الإجهاض ما دام أنه لم يقع بعد ولم يتأكد أنه سيقع، ومثاله أيضاً أن يمزق شخص أو يحرق ورقة يانصيب مملوكة لآخر وثابتاً رقمها، فلا يمكن القول بأنه بمجرد ذلك أفقده قيمة الجائزة الأولى المخصصة لهذا اليانصيب، لأن هذا الضرر ضرر احتمالي يتوقف تحققه أو عدمه على نتيجة السحب، فإن ربحت ورقته في السحب كان
الضرر محققاً، وإلا انتفى وجوده أصلاً[1].

ومثاله أيضاً أن يحدث شخص بخطئه خللاً في منزل جاره يخشى منه تهدم المنزل. هنا الخلل ضرر محقق حيث إنه وقع بالفعل ويستحق عنه التعويض، أما الخشية من التهدم فضرر محتمل قد يقع أو لا يقع وبالتالي لا يعوض عنه إلا إذا وقع بالفعل.

4- **تفويت الفرصة:**

قد يدق التمييز أحياناً بين الضرر المستقبل وبين الضرر الاحتمالي وذلك في حالة الحرمان من الفرصة، فإذا كانت نتيجة الفرصة أمراً محتملاً فقد تتحقق وقد لا تتحقق فإن تفويت ذات الفرصة أمر محقق يجب التعويض عنه، فإذا كان حرمان مالك الحصان من جائزة السباق

[1]- سيلمان مرقس، مرجع سابق، ص140– 141.

لا يعدو أن يكون ضرراً احتمالياً فإن حرمانه من فرصة الاشتراك فيه ضرر محقق، وبأن قتل الخطيب ضرر محقق بالمخطوبة وإن كان زواجها به احتمالياً.[1]

ومن الأمثلة أيضاً على تفويت الفرصة، تفويت فرصة النجاح في الامتحان وتفويت فرصة كسب دعوى النفقة, وتفويت فرصة الترقية إلى درجة أعلى، فإذا كانت نتائج تلك الفرص احتمالية غير موجبة للتعويض فإن مجرد فقدان الفرص ذاتها يعتبر محققاً وبالتالي موجباً للتعويض[2].

ثانيا : الضـــرر الأدبـــي

الضرر الأدبي أو الضرر غير المالي كما يسميه البعض، يقصد به الضرر الذي لا يمس الذمة المالية[3] وإنما يسبب فقط ألما نفسياً ومعنوياً، لما ينطوي عليه من مساس بشعور الإنسان وعواطفه أو شرفه أو عرضه أو كرامته أو سمعته ومركزه الاجتماعي[4].

وقد ثار الجدل حول إمكانية التعويض عن الضرر الأدبي ففي البداية رفض القضاء الفرنسي والمصري التعويض عن الضرر الأدبي لاعتبارين يراهما حاسمين[5]:

أولهما: صعوبة تقدير مدى الضرر الأدبي ومقدار التعويض الذي يمكن أن نعطيه، فالشرف والكرامة وعاطفة المحبة ليست أشياء مادية نجد لها مثيلاً أو ثمناً في السوق يمكن بموجبه تحديد التعويض عن المساس بها، يضاف إلى ذلك صعوبة تحديد مستحقي التعويض عن الضرر الأدبي خصوصاً عندما يتعلق الأمر بفقد شخص عزيز، فعند أي درجه من القرابة يجب أن نقف عند منح التعويض، وهل يمكن أن نرفض التعويض عن الضرر الذي يصيب صديق المتوفى أو خطيبته أو محبته من غير أقاربه.

وثانيهما: أن الحزن والأسى لا يمكن أن يقيم بالنقود، و لا يعد من المروءة أن يطالب الإنسان بثمن حزنه وألمه أو يبيع عاطفة المحبة التي يحملها لأقاربه وأحبابه، وعلى ذلك فإن هذا الرأي يرى في منح التعويض عن الضرر الأدبي إثراء دون سبب ووسيلة لتضخيم مبلغ

---

[1] - حسن علي الذنون، محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر، عمان، 2002م، الجزء الأول، ص268– 269.

[2] - نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص408

[3] - Jean Charbonnier, Droit civil,-4- Les obligations Unibersitaires de France, Paris, 4th édition, 1982,P355.

[4] - عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004م، ص188.

[5]- سليمان مرقس، مرجع سابق، ص155.

التعويض الذي يتحمله محدث الضرر أو شركة التأمين الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع أقساط التأمين.

إلا انه رغم هذه الانتقادات التي توجه إلى تعويض الضرر المعنوي، فإن مبدأ التعويض عن الضرر المعنوي قد استقر في القوانين الحديثة ليس على اعتبار أنه ضرر غير قابل للإصلاح إنما على اعتبار أنه مجرد ترضية للمضرور توفر له نوعاً من العزاء الذي يخفف عنه الألم والحزن الذي أصابه. ولا يؤثر في ذلك صعوبة تقدير التعويض عن الضرر المعنوي، فهذه الصفة ترد في تعويض الكثير من الأضرار المادية، وعلى ذلك فإن صعوبة تقدير التعويض لا تبرر أن يفلت المسئول عنه من كل أثر لمسئوليته، ويبقى الدور للقاضي في التغلب على هذه الصعوبة[1]

أما القانون المدني الجزائري فقد اختار الوقوف إلى جانب مؤيدي تعويض عن الضرر الأدبي بصريح نص المادة 182 مكرر منه التي تنص على أن (يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة).

هذا عن الضرر و أنواعه في ظل المسؤولية التقصيرية التقليدية فماذا عن صور هذا الركن في ضل المسؤولية التقصيرية الالكترونية ؟

الفرع الثاني : صور الضرر في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الانترنت[2] .

لعل أهم ما يميز المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الحاسوب و الانترنت عن غيرها من المسؤوليات، هو ذلك التداخل الكبير بين الأفعال الضارة الالكترونية التي تساهم في نشوء هذه المسؤولية و بين الضرر كركن أساسي لقيامها، فالفارق بسيط بينهما، بل يكاد يتلاشى في أحيان كثيرة، و مرد ذلك إلى طبيعة الوسائل التي تستخدم في ارتكاب الأفعال الضارة الالكترونية، و قد يكون مرده إلى طبيعة الأفعال ذاتها .

كما ثمة أمر أخر يميز المسؤولية محل الدراسة، وهو أن الضرر الذي تقوم عليه قد يكون ضررا تقليديا كالضرر الذي تقوم عليه المسؤولية التقصيرية التقليدية، و بالتالي لا تثور أي مشكلة فيما يتعلق بنوعية الضرر و مدى توافر الشروط التي يتطلبها القانون للتعويض عن هذا الضرر، و قد يكون هذا الضرر ضررا الكترونيا خاصة بهذه المسؤولية، و

[1]- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإرادية، مطبعة دار الكتب دمشق، 1978، ص21

[2]- عايد رجا الخلايلة ، مرجع سابق، ص 129

عندها تطرح هذه التساؤلات عن نوعية هذه الضرر و مدى توافر شروط الضرر التي تطلبها القانون لقيام المسؤولية في هذا النوع من الضرر .

لذلك و تماشيا مع ذات النهج الذي سلكناه في هذه الدراسة، فلن نكرر في هذا الفرع قدر الإمكان صور الضرر في المسؤولية محل الدراسة التي سبق بحثها .

كما سنبتعد قدر الإمكان عن صور الضرر التقليدية التي تقوم بها المسؤولية محل الدراسة التي لا تختلف عن الضرر في المسؤولية التقصيرية التقليدية كون ذالك سيؤدي إلى الإطالة و تكرار و ما هو موجود في معظم المؤلفات التي عالجت الضرر .

كما أننا لا نغفل البتة عن أن صور الضرر في هذه المسؤولية محل الدراسة في تطور مستمر و بالتالي فمن الصعب جدا الإحاطة بها جميعا .

لكل ما تقدم، سنتناول هذا الفرع من خلال النقاط التالية:

أولا : تعديل المعطيات الالكترونية أو تحريفها بالإضافة أو بالحذف[1].

يقصد بالمعطيات الالكترونية للحاسوب: البيانات المدخلة، و البيانات المعالجة و المخزنة، و المعلومات المخرجة، و البرامج بأنواعها التطبيقية و برامج التشغيل تتمثل هذه الصورة في إدخال بيانات مختلفة أو محرفة في نظام معلومات الحاسوب أو تغير مسار البيانات الصحيحة المدخلة، أو الجمع بين الأمرين معا، و هي أمور سهل القيام بها في أولى مراحل تشغيل نظام معلومات الحاسوب .

وهذه المرحلة هي مرحلة إدخال البيانات لمعالجتها، حيث أن أكثر من نصف الجرائم المعلوماتية تقع باستخدام هذه الطريقة .

بل أن هناك أيضا فيروسات و برامج حصان طـــروادة و بعضـــها بـــارع فـــي طريقـــة تغيير و حذف أشياء من النظام و البعض الأخـــر واضـــح فـــي التغييـــر و فـــي كـــلا الحالتين فنشاطها مزعج بشكل كبير و مأساوي .

فهذه الصور قد تحدث أيضا من خلال عمليات اختراع الحاسوب بهدف تدمير البرامج و البيانات الموجودة في الملفات المخزنة في الحاسوب، و تعد هذه الصورة من اخطر الصور، إذ تحدث لدى قيام شخص ما بوضع أمر معين (command) لبرامج الحاسوب و عند تنفيذ هذا الأمر يتم مسح كلي أو جزئي للملفات المرتبطة بهذا البرامج .

[1]- يونس عرب، مقال بعنوان جرائم الكمبيوتر و الانترنت، http//www.arablaw. org/Computer/ Crime.htm. p 6-7.

و من القضايا العملية لهذه الصورة و التي وصلت إلى القضاء، قيام موظف سابق في شركة IRAUSPA[1] و يدعى رونالدجين بييرلسون في 1985/09/21 بالدخول للنظام المعلوماتي للشركة عن طريق الباب الخلفي للنظام الذي يعلمه بحكم وظيفته السابقة كضابط امن، وزراعة فيروس، ومحو 168000 سجل عمولات بيع، تم قيامه بعد يومين بتنشيط ذات الفيروس، فأدى ذلك إلى إغلاق النظام، الأمر الذي ترتب عليه قيام الخبراء ببناء نظام معلوماتي جديد بدأ من الصفر لأنه لم يكن مؤكدا لهم ما إذا كان النسخ الاحتياطي و كذلك قواعد البيانات ملوثة هي الأخرى، وحكم للشركة بالتعويض الذي طالبت به و البالغ 11800 دولار و كان ذلك في عام 1986م[2] .

ثانيا: التحكم في أجهزة الحاسوب العائدة للآخرين:

لا يتطلب إلحاق هذا النوع من الضرر المساس بالوظائف العادية للحاسوب، ولا تعديل المعطيات المخزنة في ذاكرته بل يقتصر الأمر على الدخول من جانب البعض إلى مركز نظم المعلومات و أداة الكترونية تسمح بالتقاط المعلومات أو التنصت عليها من بعد أو تسلل حركتها[3].

إلا أن الأمر يتطلب من جهة أخرى اختراق أجهزة حاسوب تعود للآخرين، و الاختراق إما أن يكون ماديا أو يكون الكترونيا، فالاختراق المادي يسمح بالدخول إلى أجهزة الحاسوب من خلال استعمال وسائل مادية كالأشرطة الممغنطة أو الانتظار حتى يتقدم شخص مسموح له بالدخول و يفتح له الباب فيدخل معه في الوقت نفسه.أما الاختراق الالكتروني فيتم من خلال الدخول إلى الجهاز الأخر الكترونيا من خلال استغلال الشبكة المربوط بها كلا الجهازين .

و كي تتم عملية الاختراق فلابد من برنامج يتم تصميمه ليتيح للمخترع الذي يريد اختراق الحاسب الآلي لشخص أخر أن يتم ذلك الاختراق، و قد صمم العديد من تلك البرامج التي

---

[1]- هذه الشركة من اكبر الشركات المتخصصة في السمسرة و التامين غلى الحياة ، مقرها في ولاية تكساس الأمريكية و اسمها الكامل

United Servicer planning Association Inc and The Independent Research Agency for life Incurance INC.

[2]مشار اليه من قبل عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع،هامش ، ص131 -

-Edwwrd Jogce,J ;Computer Decision. Time Bomb Inside the Texas Virus Trial :VOL,20,IssueNO,12.P38.

[3]- عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 132

تتيح عملية الاختراق و يجعلها سهلة، إلا أن معظمها كان بها نقطة ضعف أساسية تعطل كثيرا من إمكانياتها، و هي إمكانية الشعور بتك البرامج و القضاء عليها، فيما عدا برنامج واحد تمكن مصممو من التغلب على هذا العيب الموجود في كافة برامج الاختراق الأخرى و أطلق على هذا البرنامج اسم(حصان طروادة).[1]

و يعد حصان طروادة من البرامج الخطرة[2] DANGEROUS PROGRAMS على الإطلاق التي تستخدم في عمليات اختراق أجهزة الحاسبات الآلية COMPUTERS نظرا لتمتعه بعدة مميزات تجعل منه الأقدر على عملية الاختراق دون القدرة على كشفه و تتبعه و القضاء عليه، لذالك فقد اكتسب هذا البرنامج شهرة كبيرة في مجال اختراق الحاسبات الآلية .

و تكمن خطورة هذا البرنامج (حصان طروادة) في كونه يتيح للمخترق أن يحصل على كلمة السر PASSWORD و بالتالي يكون الدخول بطريقة لا تثير آية ريبة أو شك ، فلا يتمكن صاحب الجهاز من ملاحظة وجود دخيل يتمكن من الدخول على الجهاز في غيبة صاحبه .

ويدق الأمر أكثر إذا تم الدخول إلى جهاز حاسوب يعود لشخص أخر و كان الدخول محض صدفة ، إلا أن الدخيل بعد أن تحقق من دخوله لجهاز شخص أخر، استمر في البقاء في هذا الجهاز و عدم الخروج منه [3].

و رغم خطورة فعل اختراق أجهزة الحاسوب العائدة للآخرين إلا أننا نجد و للأسف الشديد أن هذا الفعل لا يزال غير مجرم في القانون المصري ، أما في القانون الجزائري فقد جاء التعديل الذي أجراه المشرع الجزائري على قانون العقوبات[4] ، ليعالج على استحياء جزءا من هذه المشكلة، في حين نجد المشرع الفرنسي و مند 1988/01/05م وضع نصوصا بتجريمه و بدقة، بعد أن أجرى تعديلا بتاريخ 1993/03/29م ، و من ذلك

---

[1]- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، جرائم الانترنت و الحاسب الآلي ووسائل حمايتهما، دار الفكر العربي الإسكندرية،مصر، 2004، ص 48

[2]- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، نفس المرجع، ص48-49

[3]- عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 133

[4]- قانون 04-15المؤرخ في 10-11-2004المعدل و المتمم لقانون العقوبات و الذي استحدث القسم السابع مكرر،المتعلق بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات،و القانون 06-22 المؤرخ في 20-12-2006 المعدل و المتمم لقانون الإجراءات الجزائية و الذي صنف جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ضمن الجرائم الخطيرة . و القانون 09-04 المؤرخ في 05-08-2009المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الاتصال و مكافحتها

نص المادة 1/323 من قانون العقوبات الفرنسي الجديد التي عاقبت على الدخول بطريق الغش في اتصال مع نظام لمعالجة المعلومات أليا كله أو بعضه[1] .

هذه الحالة عالجها المشرع الفرنسي أيضا بالمادة 1/323 من قانون العقوبات سالف الذكر، حيث جرم الإبقاء بطريق الغش على الاتصال غير المقصود أصلا بالنظام المعلوماتي كله أو بعضه، و فرضت عقوبة الحبس من شهرين إلى سنة و الغرامة من ألفين إلى خمسين ألف فرنك فرنسي ، في حين اغفل كلا المشرعين المصري و الجزائري إيراد نص مماثل .

و من بين التشريعات التي تضمنت نصا صريحا عالج هذه الجزئية و نرى انه يمكن الاقتضاء به و تبنيه، الفقرة الرابعة من المادة 1/430من قانون العقوبات الكندي التي جاء نصها " يعاقب كل شخص يقترف أذى عن قصد ...يعترض سبيل، يقاطع أو يدخل مع شخص في الاستخدام القانوني او يحجب الوصول للبيانات عن شخص مخول له بالوصول إليها ".

ثالث :الحصول على البيانات الشخصية باستخدام برنامج (الكوكيز COOKIES).

قد لا يعد الكثيرون هذه الصورة ضررا يلحق بصاحب البيانات الشخصية التي تم الحصول عليها بهذه الطريقة، لذا عمدت إلى تناولها في فرع مستقل و بشيء من التفصيل نظرا لحداثة هذا الأسلوب من جهة، ومن جهة أخرى نظرا لدقتها ووجهات النظر التي ستثار حولها، ولنرى بعد ذالك فيما إذا كانت تشكل ضررا تقوم به المسؤولية التقصيرية أم لا ؟

ففي بيئة الانترنت تستخدم العديد من الوسائل التقنية لتتبع المعلومات الشخصية للمشتركين، ومن أشهر هذه الوسائل ما يعرف برسائل (الكوكيزCOOKIES)[2] .

وسائل الكوكيز cookies[3] ببساطة هي عبارة عن برنامج ينتقل إلى نظام المستخدم بمجرد دخوله للموقع و تتمكن من تسجيل بيانات تخص المستخدم، ومع أنها كوسيلة اتبعت ابتداء

---

[1]-الحسيني عمر الفاروق، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي و أبعادها الدولية، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية،ة القاهرة، مصر، 1994، ص 127.

[2]- يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية و خصوصية المعلومات في العصر الرقمي،موقع :
http//www.arablaw. org/ELECTRONIC20/ World

[3]- ورد في معجم مصطلحات الانترنت ما يقابل كلمة cookies باللغة الانجليزية، كلمة الكعكات و هي تسمية أمريكية مجازية، وتعني ترجمتها الحرفية عن الانجليزية كعكات الحلوى ، أنها برامج رصد خاصة من فئة برامج الحاسوب ترسلها مواقع الويب التي يزورونها المستخدمون وقت اتصالهم بالشبكة في شكل ملفات نصية فتستقر في الحاسبات الآلية الشخصية لهؤلاء بعد قطع الاتصال وتقبع فيها إلى حين قيامهم بزيارة المواقع ذاتها مجددا، حيث تعود هذه الملفات النصية أدراجها نحو المواقع التي أتت منها محملة

لغرض غير جرمي و هو إرسال بريد الكتروني من الشركات التجارية في إطار أنشطتها الدعائية، إلا أن ذالك لا يمنع أنها تمثل كشفا عن بيانات قد لا يرغب الشخص في الكشف عنها، و هي في تطوراتها اللاحقة مثلت خير وسيلة لتتبع الأشخاص و كشف حياتهم ، بل و إهدار توقعهم في التخفي، واستخدمت لتمثل خير وسيلة لبناء دراسات التسويق وملاحقة الزبائن إلى درجة أحدثت من حالات المضايقة ما أثار التساؤل حول مدى مشروعيتها ومدى مساسها بحرية الأفراد، فشركة دبل كليك **Doubleclick**استخدمت ما حصلت عليه من رسائل الكوكيز لتحديد أهداف وجهة خطط إعلاناتها و مضمون هذه الإعلانات، و شركة ادفينتي **Adfinity** قارنت ما جمعته من معلومات حصلت عليها من مصادر أخرى، فكونت بيانات متكاملة عن تصرفات المستخدمين على الخط .

و الملاحظ على هذا الأسلوب، انه يتم استدراج الزائر إلى مواقع مختلفة ، ولدى دخوله إلى هذه المواقع يتم من خلال رسائل الكوكيز تتبعه و معرفة ميوله و بالتالي إرسال الرسائل الالكترونية إليه، و بالطبع فان الزائر لا يعلم بهذه الرسائل أو على الأقل لم تتح له خيارات قبول مثل هذا الإجراء أو رفضه .

رابعا: الإغراق بالرسائل و إهدار وقت الحاسوب.

سنتطرق في هذه النقطة إلى انه إذا تم الحصول على البريد الالكتروني لشخص ما سواء أكان طبيعيا أو معنويا بأية وسلة من الوسائل التي تم تناولها في النقاط السابقة، وقام شخص أو أكثر ــ بقصد الأضرار أولا ــ بإرسال رسائل كثيرة إلى هذا البريد الالكتروني، الأمر الذي أرهق متلقي هذه الرسائل إرهاقا شديدا، فحتى لو لم يضطر إلى فتحها و قراءته ، فهو على الأقل مضطر إلى إلغائها أو وضعها على قوائم تمنع من تلقيها مستقبلا، فهل يشكل ذلك ضررا تقوم به المسؤولية التقصيرية للمرسل أو للمرسلين، وبالتالي يمكن له المطالبة بالتعويض عن هذا الضرر، و السؤال الأخر ما هو تصنيف هذا الضرر فهل هو ضرر مادي أم ضرر معنوي .

و الحقيقة إن الإغراق بالرسائل هي إحدى الطرق الجديدة التي توصل إليها المخربون ليتمكنوا من خلالها إلى الإضرار بأجهزة الحاسوب العائدة للآخرين، أو مجرد الدعاية

بالبيانات المختلفة عنهم ، وتستخدم البيانات التي تسجلها الكعكات في الغالب كي تتعرف مواقع الويب على زائرها الدائم بسهولة، وتقوده إلى المعلومات مباشرة و التي يكثر الطلب عليها .أنظر هامش عايد وجا الخلايلة،ص 135-136.

لمنتجاتهم أو خدماتهم ، ورغم انه في الغالب يكون لهم غرض معين، إلا أن هدفهم يكون أحيانا مجرد إثبات قدراتهم و تفوقهم في هذا المجال .

و تتمثل هذه الطريقة بإرسال كم كبير من الرسائل SINDING A LOT OF MESSAGES عبر البريد الالكتروني E-MAIL لأجهزة الحاسوب المراد العمل على تعطيلها و توقفها عن العمل، فتلك الرسائل MESSAGES قد تكون محملة بملفات FILES كبيرة الحجم لمجرد التأثير على الجهاز ، نظرا لصغر المساحة المحددة للبريد الالكتروني E-mail في معظم الأحيان، و التي تصل إلى جهاز الحاسوب مرة واحدة، و في وقت واحد تقريبا تعمل على توقفه عن العمل على الفور نظرا لما تسببه من ملء منافذ الاتصال Ports-communicationو كذلك ملء قوائم الانتظار Queues و بمجرد توقف تلك الأجهزة عن العمل تنقطع بالتالي الخدمة التي تؤديها تلك الأجهزة [1].

بل أن الأمر قد يتعدى ذلك فقد تكون إحدى هذه الرسائل أو أكثر من رسالة محملة بفيروس ينتقل مباشرة إلى برامج جهاز الحاسوب العائد للمتلقي هذه الرسائل أو لغيره، فيؤدي إلى إبطال تشغيل الحاسب و استهلاك وقتا طويلا لأداء أي عملية تطلب منه أكثر مما هو معتاد، خصوصا إذا كانت العمليات المطلوبة من الحاسب متواصلة و غير منفصلة و متقطعة ــ كما هو الشأن مثلا بالبحث خلال سجلات قاعدة بيانات عن بيانات معينة أو طباعة تقرير – مما يؤدي إلى البطء في عمل الحاسب، ويترتب عليه خسائر مادية جسيمة ــ خصوص ــ إذا كان هذا الفيروس موجها لإبطاء تشغيل الحاسب دون تحقيق أي وظيفة أخرى .

فما مدى اعتبار الضرر الذي يلحقه بمالك و مستخدم جهاز الحاسوب الذي تعرض لهذا الهجوم ضررا تقوم به المسؤولية التقصيرية و بالتالي المطالبة بالتعويض عنه ؟ و ما نوع هذا الضرر ؟ .

هذه التساؤلات سيتم الإجابة عليها في الفرع الثالث من هذا المطلب.

[1]- عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 136

الفرع الثالث :الحد الذي يتلاءم فيه مفهوم الضرر في المسؤولية التقصيرية التقليدية عنه في المسؤولية الالكترونية.[1]

قد وضع الفقه مجموعة من الشروط يجب توافرها حتى تقوم به المسؤولية التقصيرية و بالتالي يصلح أساسا للتعويض، فما مدى انطباق هذه المفاهيم على صور الضرر في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الانترنت التي قد تم الإشارة إليها في الفرعين السابقين.

أولا: بالنسبة إلى تعديل المعطيات الالكترونية أو تحريفها بالإضافة أو الحذف، فلا شك في أنها أذى يصيب الشخص، و لا شك أن التلاعب فيها يعد مساسا بحق من حقوق أو بمصلحة مشروعة له، و لكن السؤال الذي يطرح لو أن هذه المعطيات منشورة على المواقع الالكترونية ، فمن هو الشخص المتضرر، هل هو مالك الموقع الموجود فيه هذه المعطيات، أم هو الشخص المتعلقة به هذه المعطيات، أم لا هذا و لا ذاك بل هو كل متلقي لهذه المعطيات على جهازه الشخصي.

إن شرط كون الضرر متحققا، و كذلك كونه يصيب حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمتضرر و كونه شخصيا لمن يطالب به، يمكن سحبها على هذه الصورة من صور الضرر الالكتروني بسهولة و يسر، أما فيما يتعلق بالشرط الرابع، فهنا الصعوبة تكمن، فلو قلنا بضرورة توافر شرط أن يكون الضرر مباشرا، لوقفنا حائلا دون تمكن الكثيرين من المتضررين من المطالبة بالتعويض عما لحقهم من ضرر، رغم جسامته فهل من العدل اشتراط هذا الشرط و حرمان الكثيرين من التعويض، العدل و المنطق يأبى هذه النتيجة، و بالتالي و أمام غياب نص صريح يعالج هذه الجزئية فمن الواجب دعوة القضاء إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للضرر كنتيجة مباشرة للفعل الضار.

ثانيا: بالنسبة إلى التحكم في أجهزة الحاسوب العائدة للآخرين، فان التساؤل يثور منذ البداية حول مدى اعتبار هذه الصورة ضررا وفق مفهوم الضرر الذي سبق و أن أشرنا إليه؟ فإذا جاز لنا اعتبار مجرد التحكم في أجهزة الآخرين أذى، فهل يصيب هذا الأذى الإنسان في عاطفته و في حريته أو ماله على اقل تقدير، فمجرد أن الشخص غير

[1] - عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 114.

قادر على استعمال جهازه، فهذا بحد ذاته أذى إصابة في عاطفته و حريته نتيجة شعوره بالعجز و عدم قدرته على استخدام ما يخصه[1].

و السؤال الآخر، في هذه الصورة هو هل يعد هذا الضرر ضررا ماديا أم معنويا؟ الرأي عند الدكتور عايد رجا الخلايلة أن هذه الصورة من صور الضرر الالكتروني تصنف على أنها ضرر معنوي كونها تصيب شعور الإنسان و إحساسه بالعجز.

أما التساؤل الأخير في هذه الصورة، و هو مدى ملائمة الشروط التي درج الفقه على اشتراطها في الضرر ليصلح أساسا للمطالبة بالتعويض عنه؟

فيما يتعلق بكون الضرر متحققا، فحيث توصلنا إلى انه أذى يصيب الشخص في عاطفته و حريته، فانه يمكن تحققه،و كذلك لا خلاف حول ضرورة أن يصيب حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة للمتضرر و كونه شخصيا لمن يطالب به، إلا أن الصعوبة تكمن في اشتراط ضرورة أن يكون الضرر مباشرا، فكما اشرنا لدى تناولنا لهذه الصورة من أنها غالبا ما تحدث من خلال برامج يتم إرسالها عن بعد، بعد أن تمر بقنوات و مراحل وتحولات عديدة، وبالتالي فان إصرارنا على ضرورة توافر هذا الشرط بمعناه الضيق سيقودنا حتما إلى ذات النتيجة التي توصلنا إليها في الصورة السابقة وهي حرمان العديد من المتضررين من الحصول على التعويض العادل رغم فداحة و جسامة الضرر الذي لحقهم، الأمر الذي لا يقبل منطقا ولا عدلا، و بالتالي فإننا ندعو إلى ضرورة عدم التمسك بهذا الشرط في هذه الصورة أيضا أو على الأقل ندعو القضاء إلى الأخذ بالمفهوم الواسع له[2].

نخلص من كل ما سبق إلى أن التمسك بمفهوم الضرر وفق القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية من انه الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعه له سواء أكان ذلك الحق أم تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو ماله أو حريته أو شرفه و اعتباره،قد لا يسعفنا في جميع صور الضرر الالكتروني، كما أن التقيد التام بالشروط التي تم وضعها من ضرورة أن يكون الضرر متحققا و أن يكون مباشرا، و أن يصيب الضرر حقا مكتسبا أو مصلحة مشروعة

[1]- عايد رجا الخلايلة ، نفس المرجع، ص 115.

[2]- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت،دار النهضة العربية، القاهرة،جمهورية مصر العربية،2002، ص 125.

للمتضرر، و أن يكون شخصيا لمن يطالب به، قد يقف حائلا دون حصول المضرور على حقه في التعويض عن الضرر الذي أصابه رغم فداحة و جسامة هذا الضرر، كما انه كثيرا ما يدق الأمر حول تصنيف الضرر الالكتروني الذي حدث، ورده إلى كونه ضررا ماديا أو معنويا[1].

و الحقيقة التي يجب أن لا نغفل عنها في مجال الضرر في المسؤولية محل الدراسة هو تعدد صور هذا الضرر و جسامته، و ضآلة معرفة مصدره و تميز هذا المصدر.

فقد ينتج عن نشر معلومة خاطئة أو ناقصة أو غير مشروعة أو كاذبة، بل قد ينتج عن نشر معلومة صحيحة و لكن لا يكون هناك حق في نشرها و ليس هناك تصريح مسبق بذلك ممن تتعلق به، و رغم أن الضرر في مجال هذه المسؤولية قد يكون ضررا معنويا إلا انه في اغلب الأحوال لا يخلو من ضرر مادي، فمثلا قد يؤدي نشر معلومة على شبكة الانترنت إلى ضياع صفقة كان يخطط لعقدها لولا إذاعة أسرارها عبر الشبكة، أو تكون المعلومة حول مركز الشخص المالي و التجاري و تظهره على انه أوشك الإفلاس أو الإعسار، مما يسفر عن هروب الناس من التعامل معه في علاقات حتى و لو اجتماعية، نظرا لمركز الشيء أو المنهار الذي صورته المعلومات المنشورة و سمعته في أذهان الجمهور المطلع عليها عبر الشبكة.

و لذلك يمكن القول أن الجانب المالي للإنسان يعد من أسرار حياته الخاصة التي يجب عدم الاعتداء عليها، و ذلك بنشر معلومات تتعلق بهذا الجانب، عبر أية وسيلة من وسائل الاتصال، ويزداد الاعتداء حدة إذا كانت المعلومات غير صحيحة أو ناقصة، فالمعلومات المالية هي معلومات شخصية يحميها الحق في احترام الحياة الخاصة[2].

هذا و لا يكفي مجرد وقوع الضرر و ثبوت الخطأ، بل يلزم أن يكون هذا الضرر نتيجة لذلك الخطأ، أي وجود علاقة مباشرة بينهما، وهذا ما يعرف عنه بركن السببية كركن ثالث من أركان المسؤولية(المطلب الثالث) .

[1]- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق،126.
[2]- عايد رجا الخلايلة،مرجع سابق، ص 146

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الفعل الضار المرتكب و الضرر

تنتفي علاقة السببية إذا كان الضرر راجعا إلى سبب أجنبي، كما تنتفي أيضا، إذا لم يكن الخطأ هو السبب الأجنبي إذا كان الضرر راجعا إلى قوة قاهرة أو حادث مفاجئ والى خطا المضرور أو خطا الغير .

و تحديد رابطة السببية في المجال الالكتروني يعد من الأمور الشاقة و العسيرة نظرا لتعقد المسائل الالكترونية و تغير حالاته و خصائصه و عدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد أسباب الضرر إلى عوامل بعيدة أو خفية مردها إلى تركيب الأجهزة و تداخل المعلومات و الأدوار مما يتعذر معه تحديد المعامل الفعال .

الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية

تعرف علاقة السببية بأنها العلاقة المباشرة التي تقوم بين الفعل الضار الذي ارتكبه المسئول و الضرر الذي أصاب المضرور: و يبدو أن توافر علاقة السببية هي الشرط الأول للالتزام بالتعويض[1].

نصت المادة 127 قا.م على إمكانية هدم قرينة علاقة السببية بين الخطأ والضرر المثبت من المضرور متى توافرت إحدى حالات قطع علاقة السببية وهذا حين نصت على 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."

وعلى هذا فيمكن للمدين نفي علاقة السببية بين خطئه والضرر الحاصل للمضرور بأن يثبت قيام السبب الأجنبي الذي قد يكون حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

و يعرف السبب الأجنبي بأنه كل فعل أو حادث لا يد للمدين فيه وأدى إلى جعل منع وقوع العمل الذي أفضى إلى الضرر مستحيلا .و للسبب الأجنبي ركنين:

الركن الأول : السببية.

أي أن المدين قد استحال عليه استحالة مطلقة أن يتصرف بخلاف ما فعل.

[1] - محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، دون دار نشر،بيروت،لبنان،سنة1969نص 38-39

الركن الثاني: انتفاء ركن الإسناد.

ي ألا يكون المدين قد شارك بخطئه في حدوث الفعل أو تفاقم نتائجه.

ويشترط في السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع، ومن غير الممكن تلافيه والمعيار في هذا هو الرجل العادي[1] .

و السبب الأجنبي كما أشرنا قد يكون حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

أ- القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ[2] : يؤدي إلى قطع رابطة السببية، إذا كان غير متوقع و يستحيل دفعه أو التحرز منه و يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، و لا يكون هنالك محلا للتعويض [3]. و تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة هو تقدير موضوعي تملكه محكمة الموضوع، ما دامت قد أقامت حكمها على أسباب سائغة .و من أمثلة ذلك توقف الأجهزة و البرامج أو خللها أو تدميرها نتيجة صاعقة أو زلزال أو نشوب حرب عسكرية شاملة و تدميرية أو ذات طابع اقتصادي تطلق فيها الدولة فيروسات جديدة مدمرة ليس بوسع المنتج توقعها أو مقاومتها أو يترتب على ذالك استحالة تنفيذ المتعاقد عبر الانترنت أو مقدم الخدمة لالتزامه .

ب- خطأ المضرور: ينفي رابطة السببية إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر[4]، أما إذا كان قد ساهم مع خطا المسئول في وقوع الضرر، فان ذلك يؤدي إلى انتقاص التعويض المحكوم به بقدر نسبة الخطأ، و الأصل أن خطا المضرور لا يرفع المسؤولية و إنما يخفضها، ولا يعفى المسئول، استثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من

---

[1] - محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري،دار الهدى، الطبعة الثانية،2004،الجزء الثاني،ص109-110.

[2] -السنهوري عبد الرزاق، المرجع السابق،ص 876و أنظر أيظا عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام،دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري،دار النهضة العربية للطباعة و النشر،بيروت، لبنان، 1979،ص 599

[3]- من الشروط الأساسية المتفق عليها في القوة القاهرة بالإضافة إلى عدم إمكان توقعها و استحالة تنفيذها ما يلي:

1- أن لا تكون الواقعة أو الحادث من فعل المدعى عليه بالمسؤولية التقصيرية.
2- أن يكون الحادث عاما ولا يمكن توقعه.
3- أن لا تكون الواقعة أو الحادث مما يمكن دفعه.
4- و يضيف القضاء الفرنسي شرط الخارجية/ كشرط جديد لهذه الصورة من صور السبب الأجنبي.

[4]- سليمان مرقس،الوافي في شرح شرح القانون المدني،في الالتزامات،في الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المسؤوليات المفترضة،المجلد الأول،الطبعة الخامسة،القاهرة، مصر،1992،ص 499.

ظروف الحادث أن هذا الخطأ هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه و انه بلغ من الجسامة درجة بحيث يستغرق خطا المسئول [1].

و من أمثلة خطأ المضرور عدم تعاون المتعاقد أو المستخدم الالكتروني مع المنتج أو مقدم الخدمة في تنفيذ الالتزام، أو عدم تقديم المعلومات الكافية لذالك أو عدم الإعراب بوضوح عن احتياجاته، و كذالك مخالفة تعليمات استخدام الجهاز أو البرنامج إذا كانت واضحة و محددة و غير تعسفية، و استعارة البرامج فتقع الإصابة بالفيروس، و القيام بالنسخ غير المشروع و استخدام خدمات الانترنت بطريقة مخالفة للقانون، و السماح للغير باستخدام بطاقة الدفع الالكتروني الخاصة به في الحصول على الأموال[2] .

ت- خطأ الغير[3] : إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الأضرار و لا يعتبر من الغير الأشخاص الذين يسال عنهم المدعى عليه مدنيا مثل التابع و من يتولى المسئول رقابتهم. و قد يكون الخطأ مشتركا في حالة وقوع الضرر نتيجة أكثر من خطا[4] . فإذا تعددت الأخطاء التي تقوم بينها و بين الضرر رابطة السببية، ولم يكن من بينها خطا مستغرقا للأخطاء الأخرى، تم توزيع المسئولية بين المخطئين بنسبة خطا كل منهم، فإذا ساهم المضرور في الخطأ، فان حقه في التعويض، قبل المدعى عليهم يتم إنقاصه بقدر مساهمته في إحداث الضرر .

ومن أمثلة على ذلك إهمال حامل البطاقة الالكترونية في المحافظة عليها أو سرية رقمها مما يمكن الغير من استعمالها بطريقة غير مشروعة، و السماح للغير بالعبث عبر المواقع أو الدومين، و استعمال برامج منسوخة .

و القاعدة أنه إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الأخر، و لم يكن للخطأ المستغرق من أثر. فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ المضرور قامت مسؤولية المدعى عليه كاملة، ولا يؤثر فيها خطا المضرور.

---

[1]- إن القضاء الفرنسي لا يشترط أن يشكل فعل المضرور خطأ، بل يكفي أن يكون شاذا و غير اعتيادي، فقد نفت محكمة النقض الفرنسية المسؤولية عن سائق سيارة فوجئ أثناء سيره بشخص ممدد على طارقة الطريق فدهسه،و تبين أن الأخير قد وقع ضحية نوبة صرع .أنظر رجا الخلايلة ، مرجع سابق، ص 159-160.

[2] - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 335.

[3]- يقصد بالغير كل شخص ما عدا المضرور و المدعى عليه مع الأخذ في الاعتبار أن الأشخاص الذين يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا لا يعدون من الغير ، كما لو تسبب في الضرر ولد أو تابع للمدعى عليه ، فلا يكون للخطأ الصادر منه أثر في مسؤولية المدعى عليه نحو المضرور.

[4]- عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 610

أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه، انتفت السببية، و لا تتحقق بالتالي، مسؤولية المدعى عليه. كل ذلك بشرط أن يكون الخطأ المستغرق كافيا بذاته لإحداث النتيجة أي الضرر[1] .

مثال ذلك توجيه الغير فيروس جديد لتدمير المعلوماتية الخاصة بشخص لم يتحصن من الفيروسات، لأنه حتى فرض وجود هذه الحصانة لم تكن لتجدي مع القوى التدميرية لذلك الفيروس، أو قيام الغير لاختراق قاعدة البيانات و الحصول على أسرار تتعلق بحرمة حياة الآخرين و إفشائها رغم اتخاذ صاحب القاعدة وسائل الأمان المتاحة .

يمكن أن يؤدي الخطأ الواحد إلى سلسلة من الأضرار المتتابعة، واحد بعد الأخر. هنا يثور البحث حول مدى مسؤولية المدعى عليه مرتكب الخطأ عن هذه الأضرار المتوالية، هل يسأل عنها جميعا أم تقتصر مسؤوليته على البعض منها دون البعض الأخر ؟ يستقر الفقه و القضاء المقارن على أن المسئول يلزم بتعويض الضرر المباشر فقط، و ينطبق ذلك المبدأ على كل من المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية، الضرر غير المباشر لا يجب التعويض عنه، ينبغي تعويض الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه (ضرر مباشر)، أما إذا لم يكن الضرر نتيجة طبيعية للخطأ فان علاقة السببية تنقطع (ضرر غير مبشر) ولا يجب التزام المخطئ بتعويضه .

و يحدث ذلك كثيرا في المجال الالكتروني حيث تتعاقب و تتوالى الأضرار عن نفس الواقعة بسبب التداخل و الترابط الشديد بينها، مثال ذلك تدمير نظام المعلومات الخاص بالشركة فتتوقف الأجهزة و الإنتاج و لا تستطيع الوفاء بالتزاماتها تجاه الآخرين و تتوالى عليها الدعاوي و تسوء سمعتها و يشهر إفلاسها و تقديم بيانات خاطئة للعميل فيعتمد عليها في ممارسة نشاطه التجاري أو الاجتماعي مع الآخرين فينجم عن ذلك أضرار مادية و أدبية متوالية .

و القاعدة أن المستخدم أو العميل الحريص اليقظ يتعين عليه، عقب وقوع الحادث و الضرر، سرعة التصرف و إتخاذ التدابير و البدائل المتاحة و المناسبة لوقف تتابع الأضرار و تفاقمها، فان تقاعس المضرور تحمل وحده الأضرار الناجمة عن ذلك، ولا يتحمل المسئول سوى الأضرار التي لا يتمكن المضرور من توقيفها ببذل الجهد المعقول .

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 337.

و قد يقع الضرر الالكتروني بفعل شخص غير محدد من بين مجموعة معينة من الأشخاص، و يحدث ذلك كثيرا في مجال الانترنت و نظم المعلومات و البرامج، حيث يمكن بيان المكان أو الجهة التي وقع منها الخطأ دون تحديد الشخص المسئول بالذات .

لا تثور صعوبة في حالة توافر المسؤولية عن فعل الغير، حيث تقوم مسؤولية المتبوع عن وقوع الضرر من احد التابعين و لو لم يتم تحديده، مثال ذلك قيام احد العاملين بشركة المعلوماتية بإفشاء الأسرار أو زرع الفيروس، وكذلك الحال بالنسبة لمتولي الرقابة مثل عبث احد الأبناء بالانترنت .

و إذا حدث الضرر بفعل الشيء الواقع تحت الحراسة المشتركة لعدة أشخاص في نفس الوقت، إذا كانت لهم عليهم، بسند له طبيعة واحدة، سلطات مماثلة في استعماله وإدارته و توجيهه. وكذلك الحال بمناسبة النشاط المشترك الذي يقوم به عدة أشخاص بصورة متوازنة، و ينطبق ذالك على كل صور النشاط الجماعي، بما في ذالك النشاط الالكتروني عبر شبكة الانترنت، و يمكن أن يشترك أكثر من شخص في استعمال البرنامج و إطلاق الفيروس. هنا يعتبر الجميع أو كل من شارك في النشاط، بحسب الأحوال، حراسا و يسأ لون مسؤولية تضامنية. و نفس الحكم في حالة الخطأ الشخصي الصادر من احد أفراد مجموعة الباحثين القائمين على نشاط معين، كما هو الحال في مجال البرامج و المعلومات [1].

الفرع الثاني: إثبات العلاقة السببية.

تقضي القواعد العامة بان المدعى (المضرور) هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية من الخطأ و الضرر و علاقة السببية .

و إن كان إثبات الضرر لا تثير كثيرا من الصعوبات، إلا أن الأمر يختلف فيما يتعلق بإثبات الخطأ و رابطة السببية في المجال الالكتروني.

و الأصل أن يتم إثبات الخطأ بكافة الطرق لتعلق الأمر بالواقعة المادية، و من تم يقع على عاتق المضرور عبء إثبات خطا المسئول، أي انحرافه عن السلوك المألوف للشخص العادي.

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 338.

و قد يرد الإثبات على تصرف قانوني يلزم إثباته كتابة. و قد يتمثل الخطأ في الإخلال بالتزام بتحقيق نتيجة هنا يكفي إثبات عدم تحقيق النتيجة[1] .

و من الثابت أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية يعد من المسائل الموضوعية التي تدخل في حدود السلطة التقديرية لقاضي الموضوع بغير معقب عليه ما دام تقديره سائغا و مستمدا من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى. و لكن لمحكمة النقض أن تراقب قاضي الموضوع في تكييف الأفعال الصادرة من المدعى عليه بأنها خطأ أو غير خطأ. ذلك أن تكييف الفعل أو الترك المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطا أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل القانونية التي يخضع فيها قضاء محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض .

إن القضاء الفرنسي، يتساهل في هذا الصدد و يقيم قرينة لصالح المضرور إذا كان من شان الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر، و على المسئول نفي هذه القرينة [2]. فمتى أثبت المضرور الخطأ و الضرر و كان من شأن ذلك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر فان القرينة على توافر علاقة السببية بينما تقوم لصالح المضرور، و للمسئول نقض هذه القرينة بإثبات أن الضرر قد ينشا عن سبب أجنبي لا يد له فيه[3] .

و قيام رابطة السببية بين الخطأ و الضرر هو من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها بشرط أن تورد الأسباب السائغة المؤدية إلى ما انتهت إليه .

و لا شك أن وسائل الإثبات الحديثة ستلعب دورا هاما و حاسما في هذا الصدد، و لعل أبرزها : المصغرات الفلمية Microfilm حيث يتم تصوير المستندات و تصغيرها و تخزينها و استرجاعها في الوقت المناسب و تقديم صور منها، و هناك ذاكرات الحاسبات الآلية التي يتم التعبير عنها بمخرجات و دعامات معينة، و اسطوانات الفيديو و الشرائط الممغنطة .

و تظهر أهمية المحررات الالكترونية و التوقيع الالكتروني كأداة إثبات المعاملات في المجال الالكتروني، و بصفة خاصة بصدد عمليات البنوك و الوفاء النقدي. و هي تأخذ

---

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق338

[2] - المادة 323من القانون المدني الجزائري

[3]- Patrice JOURDAIN ,Les Principes de la responsabilité civile, connaissance du droit, Dalloz Périodique,2nd édition, France ,Paris,1994,P64.

طابع الشفرات السرية حيث تتكون من حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات، ذالك طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحبها و تميزه عن غيره. و ظهرت وسائل أخرى حديثة لتمييز الأشخاص بدلا من التوقيع مثل بصمة قرنية العين و الشفاة و تحليل الحامض النووي للخلية[1] .

و يقتضي قبول تلك المعطيات التقنية الحديثة في الإثبات تعديلا تشريعيا، ولا شك أن التقدم العلمي حافزا هاما لتطوير قانون الإثبات و التوسع في إعمال الخبرة، وتعاظم الاهتمام بالبحث عن الحقيقة الموضوعية من خلال استخدام الوسائل العلمية الجديدة. و لا شك أن للقضاء دورا هاما في قبول تلك الوسائل و إضفاء الحجية عليها بقدر ما تحمله من يقين و الدلالة على الحقيقة و انتفاء شبهة التزوير أو التلاعب بصددها .

و لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكون عقيدته، فلا رقابة عليه فيما يحصله من شهادة الشهود، ولا فيما يتناوله من قرائن، و له أن يأخذ بما يطمئن اليه تاركا ما عداه و لو كان محتملا متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

و إن كان من السهل على القاضي أن يتبين الخطأ بنفسه فيما يتعلق بالأعمال العادية، إلا أن ذلك يبدوا عسيرا بالنسبة للأعمال و التصرفات في المجال الالكتروني، لذلك فان للقاضي أن يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة، فله أن ينتدب خبير أو أكثر لتحقيق الواقع في الدعوى و إبداء الرأي في المسألة الفنية التي يصعب عليه استقصاء كنهاها بنفسه .

و ينبغي ملاحظة أن الخبير و إن كان يساعد القاضي في استنباط الأدلة إلا أنه يستقل بالتكييف القانوني للسلوك الفني، لذلك فهو ليس ملزما بالأخذ برأي الخبراء إذا قدر أنه ظاهر الفساد أو أنه يتعارض مع وقائع أخرى أكثر إقناعا من الناحية القانونية، و لكن للقاضي أن يأخذ بتقارير الخبراء إذا اقتنع بأنها واضحة الدلالة على الخطأ، و لا يلزم في القرينة المستمدة من تقارير الخبراء أن تكون قاطعة الدلالة على هذا الخطأ، بل يكفي أن تكون واضحة في التدليل عليه[2] .

[1]- محمد حسين منصور،مرجع سابق، ص 340.

[2] - محمد حسين منصور، نفس المرجع ،ص341.

ومما لا شك فيه أن زيادة عدد المتدخلين في خدمات الانترنت، يؤدي دون أدنى شك إلى صعوبة حصر المسؤولية عن الأضرار الناتجة عن تداول المعلومة في واحد منهم أو أكثر، فالمسئول المحتمل غير معروف بشكل دقيق و بالتأكيد ليس واحدا في كل حالات الاستخدام السابق بيانها.

ولن نتطرق إلى دراسة جميع الأشخاص الذين لهم علاقة بالانترنت، بل سنركز على أولائك المتدخلين الذين يلعبون دورا في بث المعلومات و انتشارها عبر الانترنت، و هؤلاء ينحصرون في الذين يعملون على إذاعتها على الجمهور من خلال منافذ و شبابيك الانترنت. كل هذا سنتناول دراسته في المبحث الثاني تحت عنوان مسؤولية مقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت .

المبحث الثاني: مسؤولية مقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت.

إن تحديد مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت يُعدُّ من أصعب المواضيع الممكن مواجهتها. ومرد ذلك عدَّة أسباب: أولها: الطابع الفني المعقَّد للشبكة، وثانيها: عالمية النشاط الإلكتروني غير الخاضع لسيطرة دولة معينة أو لإدارة مركزية[1]، وثالثها: تعدُّد الهيئات التي تعرض خدماتها في هذا المجال، و رابعها: وجود كم هائل من المتدخِّلين في تسيير هذه الشبكة... والتساؤل الذي يثور هنا هو مدى مسؤولية كل متدخِّل عن السلسلة المعلوماتية المتواصلة عبر الإنترنت. فإذا كان هناك إجماع على تحقُّق مسؤولية صاحب المعلومة، أو منتجها، أو مؤلِّف الرسالة التي تُبث عبر الإنترنت عن كل ما تتضمنه من مخالفة للقوانين، أو أُمور غير مشروعة، أو ما قد تُسببه من أضرار للآخرين، إلاَّ إن الأمر يُثير الجدل حول مسؤولية القائمين على إدارتها من مقدمي خدمات الإنترنت[2].

ومن هنا ندرك أنه يستلزم لتحديد نطاق مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت أن نُحدِّد بدايةً بُعدها القانوني و أساس المسؤولية القائمة(المطلب الأول). ،كما أن تنوُّع الخدمات التي يقدمها القائمون على إدارة شبكة الإنترنت، وبالنتيجة اختلاف طبيعتها القانونية وتعدُّد صفة مقدميها. فمن هذه الخدمات ما هو مخصص لتقديم المضمون المعلوماتي لجمهور مستخدمي الشبكة (المطلب الثاني)، ومنها ما يهدف إلى توفير الوسائل الفنية اللازمة لربط شبكات الاتصال، وتمكين العملاء من الوصول إلى المادة المعلوماتية المبثوثة عبر الإنترنت (المطلب الثالث).

المطلب الأول: طبيعة مسؤولية مقدمي الخدمة الوسيطة على الانترنت.

إن الحقيقة الواضحة أمامنا تقودنا إلى القول بأن هذا الجدل لا يُمكن أن يُؤدِّي بأيِّ شكلٍ من الأشكال إلى استبعاد مسؤولية مقدمي الخدمات، بحيث يُصبح الممنوع مشروعاً. والواقع أن مسؤوليتهم يُمكن أن تجد أُسساً مختلفة، كالإخلال بالتزام تعاقدي، أو انتهاك

---

[1]- تقوم شبكة الانترنت بشكل أساسي على فكرة المشاركة و التعاون في التكنولوجيا، إلا أن هذا لا يمنع من أن هناك جهات أمريكية لها الدور البارز في إدارتها و صيانتها مثال : **مؤسسة العلوم القومية (National Science Fondation)** التي يرتكز عملها فنيا و تكنولوجيا على لجنة خبراء وعلماء أخذت على عاتقها حل المشاكل الهندسية و الفنية للشبكة، كما توجد هيئة أخرى تضع القرارات و المعايير الثابتة و القياسات العامة للشبكة لتتفق معها أي شبكة حاسبات تتصل على الشبكة الدولية و تسمى هذه الجهة **لوحة هيكل الانترنت(Internet Architecture Boord)**، كما توجد بعض المؤسسات الأخرى تعنى بشان الشبكة الدولية منها **إدارة مركز معلومات شبكة الانترنت (Internet Net Work Information Center)** ،رضا مطاوع علي يوسف،شبكة الانترنت-صراع بين الفضيلة و الرذيلة-،مكتبة الإيمان ، بدون سنة ، بدون طبعة، ص 22-23

[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 185 و 196.

حقوق الملكية الفكرية، أو إفشاء أسرار مهنية، أو المساس بحرمة الحياة الخاصة، أو عبارات السب والقذف[1]. فإزاء هذه المخالفات المتعددة يثور السؤال حول الطريقة الأنسب لمعالجتها. فهل من الأمثل الأخذ بعين الاعتبار خصوصية بعض المخالفات، كتلك المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية مثلاً، وبالتالي تخصيص النصوص القانونية لمعالجة كل مخالفة وحدها؟ أم من الأفضل وضع قواعد عامة للمسؤولية عن المخالفات المرتكبة على الإنترنت بصرف النظر عن مضمونها؟

جاءت التوجهات الأوروبية لتعطي الخيار للدول في هذا المجال. و قد تبني الاتجاه العام في كل من ألمانيا و فرنسا. و لجأ بعض الدول إلى وضع قواعد عامة مع تخصيص بعض النصوص للملكية الفكرية مثل الولايات المتحدة و استراليا و ايطاليا .

و يمكن القول بوجود مجموعتين من النصوص سجلتا تقدما ملحوظا في مجال مسؤولية الوسطاء :

- **الأولى:** القانون الأمريكي الصادر في: 28 أكتوبر 1998 و المسمى Digital Millenium Copyright Act الذي يقي موردي الخدمات من بعض دعاوي التقليد أو التزييف Contrefacon.
- **الثانية:** التوجيهات الأوروبية المتعلقة ببعض الأوجه القانونية لخدمات شركات المعلومات، و بصفة خاصة التجارة الالكترونية، في السوق الداخلي. و قد خصص القسم الرابع منها لمسؤولية الوسطاء .

الفرع الأول :البعد الجنائي و البعد المدني لمسؤولية الوسطاء[2].

ظهرت مسؤولية الوسطاء في البداية من خلال البعد الجنائي الذي سيطر على الأذهان بسبب القضايا المثارة في هذا الصدد، حيث تعلقت بحرمة الحياة الخاصة، مما أثار الكثير من الجدل حول الموضوع بمناسبة تناوله في الصحف .

فكان لتناول الصحافة المتكرِّر لمسألة انتهاك حرمة الحياة الخاصة، وقداسة الأديان على شبكة الإنترنت الأثر الأكبر في انتشار الحديث عن المسؤولية الجزائية لمقدمي

[1] - A. LUCAS, J DEVÈZE et J. FRAYSSINET, Droit de l´informatique et de l´internet, 1 éd., 2001, PUF, Paris, n° 699, p. 451.

[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 159-160

خدمات الإنترنت[1]، غير أن اختلاف المضمون الإلكتروني غير المشروع، وانتفاء القصد الجرمي، في بعض الأحيان، للمتدخِّلين في خضم الشبكة، كان وراء ظهور الحديث عن نوعٍ آخر من المسؤولية، وهي المسؤولية المدنية عن الأضرار المسبَّبة للآخرين عبر الإنترنت. وثار السؤال حول إمكانية المطالبة بالتعويض عنها. ومن هنا، كان لزاماً قانوناً، وقضاءً، وفقهاً، الفصل الدقيق بين كل من المسؤولية الجزائية والمسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الإنترنت، على الرغم من الصلة الوثيقة بينهما في هذا المجال.

وفيما يتعلَّق بالمسؤولية الجزائية، جاء القضاء الفرنسي ليُقرر بأن مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت الجزائية يُمكن أن تقوم على أساس التدخُّل في الجريمة أو الاشتراك الجرمي. ففي قرارها الصادر في 10 جويلية 1997م، أعلنت محكمة باريس أن مساهمة مقدم خدمات الإنترنت في بث مضمون معلوماتي غير مشروع، من الممكن أن يُشكِّل تدخُّلاً منه في ارتكاب الجريمة، الأمر الذي يستوجب معه إدانته إلى جانب الفاعل الأصلي على هذا الفعل. وفي قرارٍ لها صدر سنة 1998م، أدانت محكمة صلح ميونخ الألمانية أحد مقدمي خدمات الإنترنت كشريك في جريمة نشر صور جنسية للأطفال على صفحات الويب[2].

جاء المشرِّع الفرنسي متفقاً بهذا الخصوص مع الاتجاه العام للتوجيه الأُوروبي حول "التجارة الإلكترونية"، حيث نصَّت المادة 6-3/1 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي: "أن أفعال مقدمي خدمات الإنترنت الخاطئة لا يُمكن أن تدخُل في نطاق التجريم إلاَّ إذا ثبت علمهم الفعلي بالمضمون الإلكتروني غير المشروع، وعلى الرغم من علمهم هذا لم يتخذوا الإجراءات اللازمة لشطبه، أو على الأقل لمنع وصول الجمهور إليه. فكل دولة في هذا الشأن تنتظر، بالتأكيد، من مقدمي خدمات الإنترنت الذين يُمارسون أنشطتهم من على أراضيها، وفيما لا يُجاوز في حدِّه الأعلى الشروط السابقة، مساعدة السلطات العامة فيها على مُحاربة الجريمة الإلكترونية. وبخلاف ذلك، سيجدون أنفسهم تحت طائلة المسؤولية الجزائية كمتدخِّلين في الجريمة، أو كمشتركين فيها. غير أنه

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003م، ص339.

وبالرجوع إلى نصوص قانون العقوبات الجزائري والفرنسي، نجد بأنه لا يُمكن أن يُدان شخص بجريمة التدخُّل أو بالاشتراك الجرمي ما لم يثبت علمه بالأفعال المرتكبة"[1] وتطبيقاً لذلك، فإن القصد الجرمي لمقدمي خدمات الإنترنت ينتفي في حال ثبت عدم علمهم الفعلي بالمضمون الإلكتروني غير المشروع، أو إذا ما قاموا بمجرد علمهم بعدم مشروعية هذا المضمون، بشطبه، أو بمنع وصوله للجمهور.

هل يوجد اتفاق أو إجماع على مبدأ مسؤولية الوسطاء ؟

لا يمكن لأحد أن ينكر مبدأ قيام المسؤولية بالنسبة لمقدمي الخدمات الوسيطة على الانترنت، إلا أن الخلاف يثور حول طبيعة هذه المسؤولية و نطاق تطبيقها. و لم يراود هؤلاء أي أمل في الإعفاء من المسؤولية إلا أنهم جاهدوا في سبيل تحديد مجالها و أسس إعمالها و تفادي مخاطرها.

ولا يكفي مجرد القول بان مورد المضمون غير المشرع هو المسئول، فهناك أكثر من شخص يتدخل في هذه العملية، و يمكن بالتالي دخوله في إطار المساءلة و يشمل ذلك متعهدي الوصول و الإيواء، و كل من يسهل الإطلاع على المضمون غير المشروع بأي وسيلة: كتقديم الموتور الباحث عن المادة أو بخلق اتصال مباشر بالموقع أو تعقيم البرامج المقوية للربط و المسهلة لتبادل المضمون بين مستخدمي الشبكة .

و لا شك في صعوبة تحديد المسؤولية و تقنينها بدقة في هذا المجال، حيث لا يمكن الركود إلى مبدأ البحث عن مسئول تقريبي أو احتمالي، بل يتعين إقامة مسؤولية كل شخص على ضوء الدور القائم به و درجة تدخله في تقديم الخدمة .

ويقوم منطق النصوص على محاولة التفرقة بين مجموعات المتدخلين في تقديم الخدمة، فالقانون الأماني مثلا، يفرق طبقا لمصدر المضمون بين طائفتين: مسؤولية مورد المضمون، و مسؤولية الأشخاص الآخرين عن المضمون الصادر عن غيرهم. لا تثور أدنى صعوبة بالنسبة للطائفة الأولى، حيث تقوم مسؤولية المورد عن المعلومات أو مؤلف الرسالة عن محتواها و مدى مشروعيتها.

[1]- المادة 44 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات الجزائري في ضوء الممارسة القضائية المؤرخ في 20 فبراير 2006.

و يختلف الأمر بالنسبة للطائفة الثانية، حيث تتوقف مسؤولية كل وسيط على طبيعة دوره و نشاطه، فالبعض يرى أن العبرة بمدى تأثير الوسيط في المضمون ، بينما يرى الآخرون أن العبرة بمدى رقابته للمضمون[1] .

الفرع الثاني : المسؤولية القائمة على الخطأ الثابت

يميل أنصار المسؤولية التقصيرية القائمة على الخطأ واجب الإثبات[2] نحو فرض مسؤولية مزودي الانترنت طبقا إلى قواعد المسؤولية التقصيرية حسب المواد 1382–1383من القانون المدني الفرنسي، و تقوم هذه المسؤولية على إلزام مرتكب الفعل بالتعويض عن الأضرار التي أحدثها خطأه الثابت،و لو كان بالإهمال، أو بالتقصير، لذلك يعد المزود لخدمة الانترنت مسئولا عن المعلومات غير المشروعة المنتشرة على الانترنت،على أساس خطئه،أو فعله الضار،حيث أن مورد الدخول يعد مسئولا و يرتكب خطأ اتجاه الغير عندما ينشر معلومات خاطئة و مزيفة، كذلك فقد أقيمت مسؤولية مورد الإيواء على أساس أنه يتصرف كمحترف عند قيامه باستضافة موقع يبث صورا تتضمن إساءة للحق في الصورة للحياة الخاصة للضحية[3].

وهذا يقضى منا بحث مدى تطبيق هذه المسؤولية و شروطها على أشخاص الانترنت،ذلك أنه حتى تقوم المسؤولية التقصيرية وفقا لمواد القانون المدني الجزائري 124– 140 فانه يجب توافر كل من الخطأ و الضرر و علاقة السببية،حيث يتم إثبات خطأ المورد من خلال خرقه لالتزاماته بالمراقبة، و الإشراف،أو بعدم اتخاذ الإجراءات اللازمة لسحب المعلومة،أو حذف الموقع إذا علم بالمحتوى غبر المشروع،أو سبق أن أخطر به من طرف السلطة القضائية المختصة أو الغير،و يعد من صور الخطأ المرتكب لمسؤولية مزود خدمات الانترنت امتناع المورد عن التصرف بالرغم من إبلاغه،و إعلامه بالمحتوى غير المشروع من طرف السلطة القضائية المختصة،أو من الغير في بعض

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 160

[2] -Le Tourneau ,Contrats informatiques et électroniques, Dalloz ,2006,P 249

[3]- محمد عرسان أبو الهيجاء و علاء الدين فواز الخصاونة، المسؤولية التقصيرية لمزودي خدمات الإنترنت عن المحتوى غير المشروع ،دراسة في التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية لسنة 2000و القانون الفرنسي، مجلة الشريعة و القانون، العدد 42،أبريل 2010.

الحالات.و في هذا المجال فان خطأ المزود يقدر في كل الأحوال حسب معيار الرجل المعتاد أو المحترف الجيد[1].

و قد أصدرت التوجيهات الأوروبية بصدد التجارة الالكترونية في 17 يونيو 2000 قررت مبدأ عدم جواز مساءلة مقدمي الخدمات الوسيطة إلا على أساس الخطأ. و لم تكتفي التوجيهات بتقرير ذلك المبدأ بل عددت على سبيل الحصر الفروض الذي يكون فيها سلوك هؤلاء خاطئا، و حظرت على الدول الأعضاء أن تفرض عليهم التزاما عاما بمراقبة المعلومات التي يتولون نقلها أو تخزينها، أو التحري النشط عن الوقائع التي تشير الظروف إلى أنها تمثل أنشطة غير مشروعة و يعد ذلك تكريسا للمبدأ التقليدي للمسؤولية عن الفعل الشخصي القائمين على أساس الخطأ الواجب الإثبات .

أصدر القانون الفرنسي في أول أوت 2000 مغايرا بعض الشيء للتوجيهات السابقة حيث قررت إمكانية مساءلة مقدمي خدمة الإيواء عن عدم اتخاذ الاحتياطات المناسبة في حالة تحضيرهم بعدم مشروعية المضمون .

يتفق هذا الحل المتوازن مع النظام القانوني الفرنسي الذي يميل إلى وضع معيارا عاما للخطأ، دون حصر حالاته، يتمثل في السلوك غير الطبيعي، لذا حظي بقبول الفقه الغالب، و يساير إلى حد كبير الحلول القضائية الصادرة في هذا الشأن[2] .

رفعت سيدة دعوى، بمناسبة نشر صورها عبر الانترنت، تطالب بالتعويض باعتبار ذلك يشكل مساسا بحقها في الصورة . قررت المحكمة بان نشاط مقدم خدمة الإيواء لا يقتصر على مجرد الأداء التقني لنقل المعلومات، و يمكن أن يرتب مسئوليته طبقا للمادة 1383مدني، فهو و إن لم يكن مكلفا بإجراء رقابة دقيقة و عميقة لمضمون المواقع التي يؤويها، إلا انه يتعين عليه، على الأقل، اتخاذ الإجراءات المعقولة، التي يمكن لمهني حذر القيام بها، ليستبعد من خدماته المواقع التي تتسبب بعدم المشروعية الظاهرة، كأن يستخدم مثلا وسيلة الموتور الباحث moteur de recherche للكشف عن المعلومات أو المحتويات غير المشروعة les contenus illicites.

[1] -A. Lucas, J. Deveze, J. Freyssinet, Droit de l informatique et de l' Internet, op.cite, p.459

[2]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 161.

تم إلغاء الحكم في الاستئناف استنادا إلى انه لم يثبت إخطار الشركة المدعى عليها بعدم مشروعية المضمون أو كان لها دواعي الشك فيه، و أشارت المحكمة صراحة إلى الالتزام باتخاذ الإجراءات المعقولة للكشف عن المحتويات غير المشروعة أو المخالفة للقانون. ويؤكد الحكم أن خدمة مورد الإيواء يلتزم ببذل عناية، في اتخاذ الجهود المناسبة نحو الكشف عن كل موقع ذي مضمون مخالف للقانون أو غير مشروع أو ضار بالغير[1].

المطلب الثاني: مسؤولية موردي المحتوى ألمعلوماتي و متعهد الإيواء.

ثمة أشخاص يساهمون في وصول و تجميع المعطيات عبر الانترنت و تحويل هذه المعطيات ونقلها ، و هم أشخاص يمثلون دور الوسيط،سواء تمثل ذلك فيمن اقتصر عملهم على الجانب الفني و التقني فقط، أم تعداهم إلى متعهد الإيواء و هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتولى تخزين التطبيقات و السجلات المعلوماتية لعملائه،و يمدهم بالوسائل التقنية و المعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الانترنت، وقد يكون ناقل المعلومات operateur- transporteur و هو الذي يتولى النقل المادي لها بواسطة وسائله الفنية، و فد يكون مقدم الخدمة النوعية، و هم الذين يقومون بأنشطة دقيقة تكميلية يتم تقديمها لتسهيل و زيادة جودة الخدمة، و يطلق عليها البعض مصطلح activités de pointage فبالرغم من أن دور هؤلاء لا يتعدى المساهمة المادية في عملية بث المعلومة من خلال دور فني محض إلا أن لولاه لما تمكن المستخدم من الاتصال بالموقع محل الاشتراك و الحصول على المعلومات التي تبث عبر الموقع .على أن السؤال الذي يطرح نفسه هو مدى مسؤولية مزودي المحتوى ألمعلوماتي المورد إلى المستخدم ؟

الفرع الأول : مسؤولية موردي المحتوى ألمعلوماتي.

مورِّد المعلومات هو صاحب السلطة الحقيقية في مراقبة المادة المعلوماتية التي تُبث عبر الإنترنت؛ لأنه هو من يقوم بجمعها أو تأليفها، وبالتالي يقع على عاتقه توريد مادة معلوماتية مشروعة وحقيقية ،وعليه، يتعين على مورِّد المعلومات، الحريص على أداء دوره في إدارة شبكة الإنترنت بمسؤولية وشفافية، إبلاغ السلطات المختصة في الدولة عن أيِّ نشاطٍ معلوماتي غير مشروع، كما يتوجَّب عليه الكشف عن هويَّة جميع القائمين على المضمون المعلوماتي المورَّد عبر الإنترنت[2]،فهو يعتبر المسؤول الأول عن تلك

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 163

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص353.

المعلومات التي يتم بثها بواسطة الشبكة[1]، وهو ما يدخل تحت باب التزامه بممارسة عمله بشفافية (أولاً). وكذلك يتوجب على مورِّد المعلومات السماح للجمهور بممارسة حق الرد (ثانياً).

أولاً: الالتزام بالشفافية.

لكونه ناشراً للمعلومات على الموقع الإلكتروني، وبالتالي صاحب القدرة الفعلية في السيطرة عليها والتحكُّم في نشرها، يتحمَّل مورِّد المعلومات المسؤولية بالدرجة الأُولى عن مضمون الرسائل، والمعلومات، والصور التي يبثها[2] فهو ملتزم مثل مورِّد المضمون المعلوماتي التقليدي بمراقبة المضمون المعلوماتي الذي يصل إليه، وسلطة المراقبة هذه تتفق مع طبيعة عمله كناشر إلكتروني للمادة المعلوماتية. وبالنظر إلى طبيعة عمله، فإنه مُلزم بإخطار السلطات المختصة في الدولة عن أيِّ نشاط إلكتروني غير مشروع، وذلك من خلال مدير النشر المسئول، فيتعيَّن عليه إذن تعيين شخص طبيعي مديرٍ للنشر. فضلاً عن ذلك وتطبيقاً لمبدأ الشفافية، يتوجَّب على مورِّد المعلومات إطلاع مستخدمي الإنترنت ومتعهدي الوصول والإيواء على البيانات والمعلومات التي تُعرِّف به وبالنشاط الإلكتروني الذي يُديره. ومن عناصر التعريف التي يلتزم مورِّد المعلومات تقديمها:

1- إذا كان مورِّد المعلومات شخصاً طبيعياً، يجب عليه التعريف باسمه، وكنيته، وعنوانه، أمَّا إذا كان شخصاً معنوياً فيلتزم بالتعريف باسم الشخص المعنوي، وطبيعة نشاطه، ومركز إدارته الرئيسي[3].

2- على مورد المعلومات، أيضاً، تعيين مدير للنشر، وعند الضرورة رئيساً للتحرير، وعليه كذلك، طبقاً لنص المادة 6-1/3 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي"، الكشف عن اسم متعهد الإيواء ولقبه، أو عنوانه ومركز إدارته الرئيسي.

---

[1] -AUYRS ,L'application du droit de la presse au Reseau,Internet, J.C.P.1998,Doct,p 259.

[2] -Guide Permanent Droit et Internet, E 3.13, Responsabilité de l´éditeur, mars 2002, Éditions Législatives, nº 1, p4

[3]- مصطفى عبد القادر،الجرائم الالكترونية،سبق ذكره في هامش المقدمة ص 05"أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/ أو نظام الاتصالات".

إن هذه العناصر يجب أن تكون ظاهرة للعيان ومنشورة على الصفحة الرئيسية للموقع الإلكتروني، أو على الأقل من الممكن الوصول إليها، من خلال الضغط على أيقونة، أو إشارة، أو علاقة معينة أُعدَّت خصيصاً لهذا الغرض، كذلك يتوجب على مورد المعلومات تأمين الوسائل التقنية اللازمة للتعريف بصاحب المضمون غير المشروع. ومن المؤكد أن ذلك لا يُثير لمورِّد المعلومات أيَّة إشكاليات نظراً لوجود رمز تعريفي (IP[1]) واسم موقع إلكتروني لكل حاسب آلي مرتبط بشبكة الإنترنت.[2]ونُنوِّه هنا إلى أن التعامل مع هذه البيانات والمعلومات، بحسب نص الفقرة الثانية من المادة 6-2/3 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي"، لا بد أن يتم بسريَّة بالغة، ويجب عدم الكشف عن هذه المعلومات إلا للضرورة.

إن تقيُّدَ مورد المعلومات بجميع التزاماته السابقة، من رقابة على المضمون المعلوماتي، وتعيين مدير للنشر، والكشف عن جميع عناصر التعريف المطلوبة منه، يجعل من الشفافية طابعاً لعمله، الأمر الذي يصعب معه ملاحقته أو إدانته. على أن هذا لا يعني إعفاءَه، بأيِّ حالٍ من الأحوال، من إتاحة حق الرد لأيِّ مستخدم إنترنت يُثبت بطريقة أو بأُخرى أن المادة المعلوماتية المنشورة على الشبكة تُشكِّل مساساً بحقوقه.

ثانياً: الالتزام بإتاحة حق الرد.

وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 6-2/3 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي"، 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، وبالتالي من نشر رده مباشرةً على شبكة الإنترنت.كما يجب عليه، وفقاً لنص المادة 6-2/4 و 3 من القانون الفرنسي حول

[1]- وهو بروتوكول عنونة البيانات و المواقع في شبكة الانترنت،بمقتضى هذا البروتوكول يتم تعرف الحاسوب الموصول بشبكة الانترنت من خلال عناوين عددية،حيث لكل حاسوب موصول بها عنوانه الوحيد الخاص به تلقائيا ، وقد عرفة البعض الأخر بأنه مجموعة القواعد التي تشكل الأساس لكل اتصال عبر الانترنت .

[2] -M. GUILLARD, "Responsabilité des acteurs techniques de l´internet", mémoire Université de panthéon Assas Paris 2,2002-2003, p. 26

"الثقة في الاقتصاد الرقمي"، وتحت طائلة المسؤولية التقصيرية، تمكين الشخص المضرور من المطالبة بتصحيح أو حتى بشطب المادة المعلوماتية غير المشروعة من على صفحات الويب[1].

وفقا لأحكام التوجيه الأوروبي رقم 31/ 2000المتعلق بالتجارة الالكترونية، يعتبر مورد المعلومات مسئولا عن مضمون المعلومات التي يتم بثها عبر تقنيات الاتصال الحديثة،و لكنه وفقا لنص المادة14 من التوجيه المذكور، تنتفي مسؤوليته، إذا أثبت أنهلا يعرف مضمون هذه المعلومات غير المشروعة،ولا الظروف و الوقائع التي نشرت فيها هذه المعلومة، وعليه أن يوقف بثها أو نشرها فور علمه بعدم مشروعيته[2]ا.

يرى بعض الفقه أن التزام مورد المعلومات يعتبر التزام وسيلة أو التزاما ببذل العناية، و ليس التزام نتيجة، وبالتالي لا يعتبر مقصرا في تنفيذ التزام هذا بذل كل ما في وسعه من عناية و حرص في الرقابة،غير أن البعض الأخر يرى أن إلزامه هو إلتزام نتيجة، إذا كان شخصا مهنيا متمرسا أو في هذه الحالة، يقاس سلوكه بمعيار الشخص المهني الحريص، و ليس بمعيار الشخص العادي.

و يرى جانب ثالث من الفقه، أن التزام المورد،هو في جميع الأحوال التزام نتيجة،بحيث يكتفي من مستخدم المعلومة، أو المتعاقد معه، إثبات عدم تحقق النتيجة لكي تقوم مسؤوليته، و لا يمكنه دفع هذه المسؤولية إلا إثبات القوة القاهرة، أو خطأ المستخدم أو فعل الغير.

و يرى فريق رابع من الفقه أنه يمكن تطبيق المسؤولية المطبقة في مجال الصحافة و النشر، و المسئول عن النشر، و المؤلف و الطابع و الموزع و المعلن، و هذا ما يؤدي الى ضمان المتضرر عن طريق تحديد الشخص المسئول عن الضرر الذي لحق به.

و تقضي الإشارة إلى أنه يمكن الاستناد إلى القواعد العامة للمسؤولية، و تطبيقها على مورد المعلومات، على أن هذه المسؤولية مرهونة بمدى علم مورد المعلومات بالمضمون غير المشروع لها،أو مخالفتها للقواعد القانونية،و الاعتداء على حقوق الغير[3].

---

[1] - Th. VERBIEST et P. REYNAUD, "Comment exercer un droit de réponse sur l´internet?", disponible à l´adresse: www.droit-technologie.org, 22 mai 2006, p. 2.

[2]-اليأس نصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة2009،ص 270

[3]- اليأس نصيف، مرجع سابق، ص 271.

غير أنه ليس من العدل إلقاء كامل المسؤولية على مورد المادة المعلوماتية غير المشروعة وحده، فهناك أكثر من شخص يتدخَّل في العملية، ومن الممكن بالتالي قيام مسؤوليتهم في حال ثبوت خرقهم لأيٍّ من الالتزامات الملقاة على عاتقهم، ومن هؤلاء الأشخاص الذين يقدِّمون الخدمة الفنية.

الفرع الثاني: *مسؤولية متعهد الإيواء:*

إن من يُقدِّم خدمة الإيواء على الإنترنت[1]، ويأوي على الموقع الذي أنشأه، ويتولَّى إدارته المعلومات والرسائل الخاصة، ويُتيح لها فرصة الدخول إلى الشبكة لتكون متاحة لكل الراغبين في الإطِّلاع عليها يتجاوز حتماً دوره الفني كناقل للمعلومات فهو يتولَّى، من جانب، إدارة النشاط المعلوماتي على شبكة الإنترنت، ومن جانب أخر فإنه يمد العملاء بالوسائل التقنية التي تُمكِّنهم من الوصول إلى الموقع الذي خُزِّنت فيه المعلومات. فآلية عمل متعهد الإيواء والإمكانيات التقنية والمعلوماتية التي يتمتَّع بها تُساهم، وبشكلٍ فعّال، في تداول المضمون المعلوماتي عبر الشبكة، وبالتالي في تيسير عملية إيصال الخدمة المعلوماتية لطالبيها من عملاء ومستخدمين أولا. كذلك الحال بالنسبة لمورِّد المعلومات والذي يتمتع بالسيطرة الكاملة على المضمون المعلوماتي الذي يقوم بجمعه أو تأليفه، ومن ثم توريده إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت ثانيا.

ففي 8 كانون الأول 1999م، وأمام محكمة (نانتير)، توجهت عارضة الأزياء الفرنسية Lynda Lacoste، للمحكمة للمطالبة بإدانة أربعة متعهدي إيواء لإيوائهم المباشر والدائم لعدد من الصور التي تُظهرها بشكلٍ فاضحٍ، وعرضها على شبكة الإنترنت دون الحصول على موافقتها. جاء قرار المحكمة في هذه القضية ليُحدِّد، بشكلٍ واضح وصريح، نوعية الالتزامات الملقاة على عاتق متعهدي الإيواء وليطالبهم بوجوب إثبات تقيدهم بالالتزامات الواقعة على عاتقهم، خاصةً تلك المتعلقة بإعلام أصحاب المواقع الإلكترونية المأوية بضرورة احترام حقوق الآخرين، وبذلهم العناية والجهد اللازمين للكشف عن أي مضمون معلوماتي غير مشروع، والتوقف عن بثه حال التقاطه.وبقرارها هذا، حدَّدت

[1]- هو ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتولى تخزين التطبيقات و السجلات المعلوماتية لعملائه،و يمدهم بالوسائل التقنية و المعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الانترنت ،فمتعهد الإيواء بمنزلة مؤجر المكان على الشبكة حيث يعرض إيواء صفحات webعلى حاسباته الخادمة مقابل أجر، و يكون للمستأجر حرية نشر ما يشاء من نصوص أو تنظيم مؤتمرات و حلقات مناقشة أو إنشاء مواقع معلوماتية مع المواقع الأخرى، جرائم الانترنت، بحث منشور على الموقع التالي:.www.eohr.org

المحكمة مضمون الالتزامات التي تقع على عاتق متعهدي الإيواء، وحصرتها بثلاثة: أولها الالتزام بالإعلام، وثانيها الالتزام باليقظة، وثالثها الالتزام بوقف بث المضمون المعلوماتي غير المشروع، أو على حد تعبير المحكمة، وجوب اتخاذ موقف إيجابي.

إن التزام متعهد الإيواء بالإعلام يفرض عليه أن يُعلم أصحاب المواقع الإلكترونية المأوية بضرورة احترام القوانين والأنظمة، وعدم الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية، ووجوب عدم إلحاق الضرر بالآخرين. بالمقابل، فقد أكَّدت المحكمة عدم التزام متعهدي الإيواء بالكشف عن هويَّة أصحاب المواقع الإلكترونية[1] وذلك أولاً، لعدم إمكانيتهم من التأكد من المعلومات التي يُدلي بها الأشخاص عندما يطلبون إيواء مواقعهم، حيث يتم الإدلاء بهذه المعلومات إلكترونياً عن طريق تعبئة نموذج معروض على شبكة الإنترنت، وثانياً، لصعوبة معرفة الرمز التعريفي IP - Internet Protocol للكمبيوتر المُستخدم في إنشاء الموقع الإلكتروني ذي المضمون غير المشروع. إلاَّ أن ذات المحكمة عادت عن موقفها هذا، وقضت في 24 ماي 2000م، بمناسبة دعوى رفعها الاتحاد العام للطلبة اليهود في فرنسا UEJF ضد متعهد الإيواء MultiMania نتيجة لإيوائه موقعاً إلكترونياً تضمَّن عرض وبيع أغراض ورموز نازية، بأنه يتوجب على متعهد الإيواء، وبالتعاون مع متعهد الوصول، الكشف عن هويَّة صاحب الموقع الإلكتروني ذي المضمون المعلوماتي غير المشروع أو الضار[2].

أما فيما يتعلق بالالتزام باليقظة، فإن عدم إلزام متعهدي الإيواء بممارسة الرقابة الدقيقة والعميقة على مضمون المواقع الإلكترونية التي يؤوونها لم يعفهم من ضرورة اتخاذ الإجراءات اللازمة لالتقاط أيِّ موقع إلكتروني يتضمن، وبشكلٍ ظاهرٍ، نشاطاً غير مشروع، وذلك بقصد تصحيح وضعه أو قطع الخدمة عنه. و قد أشارت المحكمة إلى التزام متعهدي الإيواء بالبحث عن المواقع الإلكترونية المخالفة للقانون أو تلك التي تُلحق ضرراً بالآخرين. ومن أجل القيام بذلك باشر بعض متعهدي الإيواء بإعداد نظام بحث آلي

[1] -TGI de Nanterre, 8 décembre 1999, Comm. Com. Électr., mars 2000, p. 29, note A. LEPAGE, disponible également à l´adresse: www.droit-technologie.org, rubrique jurisprudence, « Aucune obligation légale n'existe en ce domaine (identification de l'éditeur du site lors de l'ouverture de son compte) à la charge du prestataire d'hébergement ». Vº Guide Permanent Droit et Internet, E 3.3 Hébergement du site, précité, nº 28, p, 13

[2] -M. ANTOINE, A. CRUQUENAIRE et d´autres, Commerce électronique européen sur les rails?, 1re édition, 2001, Bruylant, Bruxelles, n° 526 et s., p. 280.

قادر على التقاط المواقع الإلكترونية المتضمِّنة لكلماتٍ أو لصورٍ ذات علاقةٍ بمواضيع الجنس، أو العرِي، أو الجمال، أو الشهرة، أو الأنوثة، أو العنصرية. وعند التقاط مثل هذا المضمون يتوجب على متعهد الإيواء اتخاذ الإجراءات الضرورية التي تُمكِّنه من إرغام صاحب هذا الموقع على إزالة المخالفة، وعلى احترام القانون وعدم الإساءة للآخرين، وذلك قبل مباشرته بإغلاقه ومن أجل التأكد من عدم إمكانية تكرار المخالفة، أرغمت المحكمة، في قرارها الصادر في قضية Lynda Lacoste، متعهدي الإيواء على البحث عن جميع الصور الفاضحة موضوع الدعوى وعلى إزالتها من على جميع صفحات الويب[1].

وقد وجدت محكمة بداية (نانتير) في القواعد العامة في المسؤولية، وبخاصة نصِّ المادتين: 1382 و1383 من القانون المدني الفرنسي، أساساً لمجمل قرارها هذا. وبالنسبة للمحكمة فإن تأسيسها على القواعد العامة يأتي كنتيجة طبيعية لغياب التنظيم القانوني الدولي للمسألة في الوقت الحالي. وأكدت محكمة بداية (نانتير) على موقفها السابق، من حيث نوعية الالتزامات التي ألقتها على عاتق متعهدي الإيواء وأساسها القانوني، وفي قرار آخر أصدرته في 24 أيار 2000م في الدعوى التي رفعها الاتحاد العام للطلبة اليهود في فرنسا UEJF ضد متعهد الإيواء Multimania، وشددت، في نفس الوقت، على وجوب عدم إلزام متعهد الإيواء بممارسة الرقابة الدقيقة على مضمون المواقع الإلكترونية التي يؤويها.

إن تصدي القضاء لتحديد نطاق التزامات متعهدي الإيواء ومضمونه كان محلاً للنقد من قبلهم، إلاَّ إنه كان خطوةً في الاتجاه الصحيح، فقد تبني المشرِّع الأوروبي، ومن بعده الفرنسي، للمبادئ التي استقرَّ عليها القضاء في هذا المجال.

استجابة المشرِّع:

يبدو، من الاتجاه العام لأحكام القضاء السابقة، أنها تميل إلى إلزام متعهدي الإيواء ببذل العناية اللازمة لمنع تداول المضمون أو المعلومات غير المشروعة، وذلك من خلال الجهود اليقظة التي تتناسب وإمكانياتهم. إلاَّ إن مضمون هذه الجهود ومداها يبقى

[1] -Th. VERBIEST et É. WÉRY, "La responsabilité des fournisseurs de services internet: Derniers développement jurisprudentiels", Journal des Tribunaux, 2001, p. 166

غامضاً[1]. فنص المادة 6-7/1 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي" والذي جاء متفقاً مع نص المادة 15-1 من التوجيه الأوروبي حول "التجارة الإلكترونية" يمنع فرض التزام عامٍ على متعهد الإيواء "بمراقبة المعلومات التي يتولى نقلها أو تخزينها، أو البحث النشط عن الوقائع والظروف التي تكشف عن الأنشطة غير المشروعة". فبموجب هذا النص يجد متعهدوا الإيواء أنفسهم أنهم يُعفون، على السواء، من ممارسة الرقابة السابقة على المضمون المعلوماتي غير المشروع، ومن الصعوبات التقنية والاقتصادية التي تصاحب هذه الرقابة، والتي شكك البعض بفاعليتها.

غير أنه، وبحسب نص الفقرة الثانية من المادة 6-7/1 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي" والتي جاءت متفقةً مع أحكام التوضيح رقم 47 من التوجيه الأوروبي حول "التجارة الإلكترونية": إن عدم فرض التزام عامٍ على متعهد الإيواء بمراقبة المضمون المتداول عبر شبكة الإنترنت، لا يُعفيه من الالتزام بممارسة هذه الرقابة في حالاتٍ خاصة، بمعنى أنه لا يُعفيه من القيام "بنشاط رقابي موجَّه ومؤقت بناءً على طلب السلطة القضائية"[2]. وقد أثار هذا الأمر حفيظة القائمين على هذه الخدمة، ووصل ببعضهم حد القول: بأن هذا الموقف يتَّسم بالتشدد في مواجهتهم، لا سيَّما وأن الفقرة الرابعة من نص المادة 6-7/1، من نفس القانون، تزيد من قسوة هذا الالتزام بوضعها على عاتقهم التزاما من نوع أخر يتمثَّل، من ناحية، في وجوب تأمين الوسائل التقنية اللازمة لمنع نشر مضمون معلوماتي غير مشروع وتداوله عبر شبكة الإنترنت، ومن ناحيةٍ أُخرى، في ضرورة إعداد وسيلة اتصال مفتوحة من شأنها أن تربطهم مباشرةً بمستخدمي الإنترنت، وتُمكِّنهم، في نفس الوقت، من تبليغ السلطات العامة في الدولة عن أيِّ مضمون إلكتروني مخالف للقانون.

و مع التطوُّر الهائل الذي شهدته تقنية الإنترنت، اتسع الجدل الدائر بين الفقه والقضاء حول مسؤولية مقدمي الخدمات، مما تطلَّب تدخُّل المشرِّع في كثير من الدول لتقنينها. ويبدو من الاتجاه التشريعي العام في هذا المجال أنه يميل إلى مساءلة مقدمي

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 203.

[2] - Charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques, 14/10/2004, disponible en ligne à l´adresse: www.foruminternet.org/texte/documents/chartes-codes-labels /lire. et www.ispa.bi/fr/c040202.html., sur le protocole belge, voir É. MONTERO, "La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux", n° 527 et s., p. 281

الخدمات عن خطئهم الشخصي فقط، وإعفائهم من المسؤولية عن فعل الغير.ويتَّضح من التوجيه الأُوروبي حول "التجارة الإلكترونية"، والذي أبدى اهتماماً بالغاً في تحديد مسؤولية متعهدي الوصول والإيواء دون غيرهم من مقدمي خدمات الإنترنت، أنه قد وضع قواعد عامة لتحديد مسؤولية هؤلاء المتعهدين دون التفرقة بين متعهد وآخر. أما بخصوص باقي متعهدي الخدمات، الذين لم يأتِ التوجيه الأوروبي حتى على ذكرهم، كمورد المعلومات ومورد نظام البحث الآلي، فقد تمَّ إخضاع مسؤوليتهم للقواعد العامة في المسؤولية. وبالنتيجة، لم يُحمِّل التوجيه الأوروبي المسؤولية لمتعهد الوصول إلا في حال أن رفض التعاون مع السلطة العامة أو القضائية في الدولة التي يُمارس أعماله فيها، فيما تطلبه منه بصورة قانونية[1].

و لتنظيم مسؤولية مقدمي الخدمة الرقمية قد نص المشرِّع الفرنسي في المادة السادسة من قانون "الثقة في الاقتصاد الرقمي"، و كذلك أحكام المادة 43/فقرة 8 و9 من القانون رقم 2000/719 [2]على عدم مسؤولية متعهد الإيواء المدنية، أو الجزائية عن المضمون الإلكتروني غير المشروع الذي يأويه إذا لم يثبت علمه بعدم مشروعيته، وقد أعفاه – أيضًا– نص هذه المادة من المسؤولية، إذا قام بمجرَّد علمه بأسباب عدم مشروعية هذا المضمون، أو بالوقائع والظروف التي تُضفي عليه صفة عدم المشروعية، باتخاذ ما يلزم من أجل شطبه، أو منع وصول مستخدمي الشبكة إليه[3].

ولكن، يثور التساؤل حول وسيلة إثبات علم متعهد الإيواء بعدم مشروعية المضمون الإلكتروني الذي يأويه. لقد بيَّن نص المادة السادسة المذكورة أعلاه بأن هذا العلم يثبت بمجرَّد أن يكشف له الشخص المتضرِّر طالب وقف البث عن هويَّته، ويُحدِّد له المضمون المشتكي منه وأسباب عدم مشروعيته، ويُزوِّده بما يُثبت قيامه بإرسال نسخة من طلب وقف المضمون غير المشروع إلى صاحبه أو مُؤلِّفه، ولا بد أن يكون هذا التبليغ مُحدَّد التاريخ. وهكذا، فإنه يلزم لقيام مسؤولية متعهد الإيواء المرور بمرحلتين أساسيتين: بدايةً يجب إثبات علمه بعدم مشروعية المضمون الإلكتروني الذي يأويه، ويتمَّ ذلك عادةً من

[1] - A. LUCAS, J DEVÈZE et J. FRAYSSINET, Droit de l´informatique et de l´internet, 1 éd., 2001, PUF, Paris, n° 699, p. 03

[2]- القانون رقم2000/719متعلق بتعديل بعض أحكام القانون المتعلق بحرية الصحافة و الاتصالات رقم 86/1067الصادر بتاريخ 30 أيلول 1986.

[3]-الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 269.

خلال الإخطار الذي يتم توجيهه إليه، ومن ثُمَّ إعطاؤه فرصةً من اجل وقف البث، وفي حال عدم قيامه بذلك، فإنه يتحمَّل المسؤولية الناشئة عن خطئه الثابت[1].

المطلب الثالث: مسؤولية متعهد الوصول و ناقل المعلومة

بعد دراسة المطلبين السابقين يلاحظ أنه يشترك العديد من الأشخاص في إدارة شبكة الانترنت، وتختلف الطبيعة القانونية للخدمات التي يقدمونها، وكذلك تتعدد صفاتهم، الأمر الذي يُؤدي حتماً إلى تنوع التزاماتهم و بالتالي مسؤولياتهم .

الفرع الأول : مسؤولية متعهد الوصول

يقصد بمتعهد الوصول le fournisseur d'accès[2] كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم للعملاء الراغبين من الجمهور خدمة الوصول إلى الانترنت، حيث يقوم بتزويد العميل بمقتضى عقد الاشتراك بالوسائل الفنية التي تمكنه من الالتحاق بالشبكة و الوصول إلى المواقع التي يرغب فيها، و ذلك من خلال توصيله بمقدمي الخدمات .

و هذا الشخص أيضا لا يقوم إلا بعمل فني، بحيث يعرض على الجمهور إمكانية الاتصال بمواقع شبكة الانترنت عن طريق ما يضعه تحت تصرفهم من أجهزة حاسوب متصلة بالشبكة ، فهو يعد وسيطا بين مستخدم الانترنت و مورد الخدمات و عن طريقه يتم اتصال مستخدمي الانترنت بالمواقع التي يرغبون في الدخول إليها، فمهمته إذا محددة بالعمل الفني الذي يربط بين المشترك و قائمة المواقع على الشبكة أو مع أي مستخدم آخر.

و مادام متعهد خدمة الوصول لا علاقة له بالمادة المعلوماتية أو بمضمونها أو بموضوع الرسائل المتبادلة علة الشبكة، و دوره يتسم بالحياد، و من ثمة ليس له الإطلاع أو التعرف مضمون الرسائل التي تمر من خلاله، فلا يمكن مساءلته عن مضمون هذه الرسائل أو طبيعة المادة المعلوماتية المقدمة ، و الحكم نفسه بالنسبة لدوره في إدارة البريد الالكتروني E-mail فهو مثل رجل البريد العادي أو هيئة الاتصالات[3] .

إن القانون والقضاء قد ألزما متعهدي الوصول بممارسة عملهم بكل شفافية ووضوح، وبما يتلاءم مع مقتضيات حسن النية، ومن أجل تحقيق ذلك، ألزمت هذه الأحكام متعهدي

---

[1] - Luc GRYNBAUM, "LCEN. Une immunité relative des prestataires de services Internet", Communication- Commerce électronique, Études, Septembre 2004, nº 28, p. 38.

[2]- الياس ناصيف، نفس المرجع، ص 261.

[3]- عايد رجا الخلايلة، مرجع سابق،ص 321-322

الوصول بلعب دور إعلامي إيجابي في إدارة شبكة الإنترنت، وأقامت مسؤوليتهم على عدم أدائه، وعليه فقد أصبح لزاماً على متعهدي الوصول، من ناحية، إعلام مستخدمي الشبكة بالبيانات والمعلومات الخاصة بهم وبالمشتركين معهم، ومن ناحيةٍ أخرى، تبصره المشتركين بمخاطر الإبحار عبر الإنترنت، وإعلامهم بوجوب احترام القوانين والأنظمة السارية، وبعدم الاعتداء على حقوق الغير أثناء هذا الإبحار[1].

وفيما يخص التزام متعهدي الوصول بالإعلام، أو الكشف عن البيانات والمعلومات الخاصة بهم وبالمشتركين معهم، فمن المعلوم أن القواعد العامة في التعاقد تُوجب تحديد هويَّة المتعاقدين، ولم يخرج عقد تقديم خدمات الدخول عن هذه القاعدة. إلا إن عملية إبرام هذا النوع من العقود وطرق تنفيذه عادةً ما تتم عن طريق الإنترنت، الأمر الذي ينتج عنه بعض الصعوبات في تحديد هوية أطرافه. لذا، يتعيَّن على متعهد الوصول، الذي يعرض خدماته على طائفة المستهلكين أو المهنيين، احترام القواعد العامة في حماية المستهلك وقواعد القانون التجاري التي تفرض على كل شخص، يتَّخذ من تقديم خدمات الإنترنت مهنةً له التعريف بنفسه لجمهور المتعاملين. [2]فوفقاً لنص المادتين: 5 من التوجيه الأُوروبي حول "التجارة الإلكترونية"، و6-1/3 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي": على متعهد الوصول الكشف لعملائه، على الأقل، عن اسمه وعنوانه البريدي والإلكتروني، ومكان ورقم قيده التجاري. فالإطلاع على هذه المعلومات يُضفي حمايةً فعَّالة على جمهور المتعاملين عند إخلال متعهد الوصول بأيٍّ من التزاماته.

وفي المقابل، يقع على عاتق متعهد الوصول، وفقاً لنص المادتين: 15-2 من التوجيه الأُوروبي حول "التجارة الإلكترونية"، و6-2 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي": الطلب من عملائه، وذلك في المرحلة ما قبل التعاقدية، تقديم جميع البيانات والمعلومات الشخصية التي تُمكِّنه من تحديد هويَّة العميل، وأهليته، وعنوانه البريدي والإلكتروني. كما يتوجب عليه، وفقاً لنص الفقرة الثانية من المادة 6-2 من القانون الفرنسي أعلاه، تحديد آلية جمع هذه المعلومات، أي؛ الوسيلة التي يُمكن للعميل من خلالها تزويد متعهد الوصول بالبيانات والمعلومات المطلوبة. ويثور السؤال هنا حول

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص 209.

[2] -Guide Permanent ,Droit et Internet, E 1.2., Fourniture d'accès, précité, nº 17, p. 8.

كيفية تأكد متعهد الوصول من صدق البيانات والمعلومات المقدمة من قِبل العميل، في حال أن أخلَّ هذا الأخير بالتزامه بعدم خرق القوانين والأنظمة السارية، وباحترام حقوق الآخرين على شبكة الإنترنت، خاصةً أن تقديمها يتم عن طريق الإنترنت.

نوعٌ آخرٌ من الالتزامات يقع على عاتق متعهدي الوصول، يتمثَّل في وجوب اقتراحهم على عملائهم الوسائل الفنية اللازمة لمنع الوصول إلى بعض المواقع الإلكترونية المشبوهة. فالمادة 6-1 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي" تُلزم هؤلاء المتعهدين بتزويد المشتركين بالوسيلة الفنية التي تسمح لهم، إن أرادوا ذلك، بفرض نوع من الرقابة الذاتية على أنفسهم أو على أفراد أُسرهم في هذا المجال. ومن الوسائل التي يقترحها متعهدو الوصول على عملائهم، في سبيل تحقيق هذا الغرض، تلك المتعلِّقة بتقنية تصفية أو تنقية (Filtrage) المعلومات الإلكترونية. فمن خلال هذه التقنية يُمكن للعملاء إجراء عملية فلترة للمعلومات الواردة عبر متعهد الوصول الخاص بهم، بحيث لا يتم استقبال إلاَّ تلك التي تتفق مع قيمهم ومعاييرهم الدينية والأخلاقية، والثقافية...[1]

وبالرغم من عدم وجود أيِّ نص قانوني يفرض على متعهدي الوصول مراقبة المعلومات التي تمر من خلالهم، وبالتالي تنقيتها، من أجل استبعاد ما هو غير مشروع منها، إلاَّ إن القضاء حاول تدريجياً رسم الملامح العامة لمضمون الالتزام بتنقية المضمون الإلكتروني. فبالنسبة للقضاء، نظراً للحجم الهائل للبيانات والمعلومات التي تمر يومياً عبر متعهدي الوصول، فإن فرض التزام عامٍ بممارسة الرقابة الأُوتوماتيكية والدقيقة لمضمون المعلومات المارَّة، من خلالهم، ضربٌ من المستحيل. لذلك، فقد اكتفت بعض قرارات المحاكم بإلزامهم فقط بممارسة رقابة عشوائية وانتقائية، من وقتٍ لأخر، للمضمون الإلكتروني المتداول عبر الإنترنت.

و هذا ما طبقه القضاء في أكثر من مناسبة، فقد قضى بعدم مسؤولية متعهد خدمة الوصول عن نشر المعلومات على الرغم من إقرار الحكم بوجود واجب الرقابة و الفحص على عاتق هذا الوسيط و ذلك في الحالات التي يتعهد فيها بالقيام بهذا الدور،و معنى ذلك أن عدم المسؤولية هنا لا يرجع إلى عدم وجود الالتزام على عاتق مورد خدمة

[1]- محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص 209.

الوصول برقابة محتوى المعلومات التي يبثها، و إنما يعود إلى تنفيذه لهذا الالتزام، وهذا ما يؤكد أنه في الحالات التي يلعب فيها المورد دورا في إعدادا المعلومات أو تجهيزها قبل بثها أو نشرها، فانه يسأل عن محتواها، إذ بإمكانه الإطلاع عليها مسبقا وراقبتها .

كما قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في 1998/6/22م في قضية(kenneth zeran) الذي وقع ضحية مزاج مأساوي صدر من مجهول،الذي أذاع على الانترنت عنوانه وبياناته داعيا الجمهور للحصول منه على قمصان T-shirt تحمل شعارات متصلة بالحادث المأساوي لمدينة Oklahoma عندما انفجرت قنبلة أودت بحياة المئات من الأشخاص، و نظرا لعدم إمكان التعرف إلى شخص ناشر الخبر،رفع kenneth zeran دعوى لمقاضاة شركة AOLاستنادا إلى أنها كانت قد أخبرت بمضمون الرسالة ولكنها لم تتخذ الإجراءات اللازمة لوقف إذاعها تفاديا للأضرار الناجمة عن ذلك، إلا أن المحكمة قررت أن متعهد الوصول لا يمكن أن يسأل عن المعلومات المذاعة من خلاله حيث أنها صادرة عن الغير. ورفض القضاة وجود أي تشابه مع محرري الصحافة المكتوبة أو المرئية، و رؤوا أن سرعة نقل الخبر على الانترنت تجعل من المستحيل إخضاعه للرقابة الفعلية.

و التشريعات التي صيغت في هذا المجال، لا تخرج بدورها عن هذا النهج،فرغم أن المادة 7/43من القانون الفرنسي[1] رقم719/2000الصادر بتاريخ 2000/8/1قد ألزمت جميع الأشخاص الطبيعيين و المعنويين الذين يمارسون نشاطا بتقديم المنافذ إلى خدمات الاتصال، بضرورة إخبار المشتركين بوجود وسائل فنية تسمح لهم بقصر المنافذ على خدمات معينة أو بحسب اختبارهم، كما يلزمون بأن يضعوا تحت تصرفهم وسيلة واحدة على الأقل من هذه الوسائل، إلا أن هذا النص لا يخرج عن تطبيقات القضاء بعدم مسؤولية متعهد خدمة الوصول.

[1]- هذا القانون قد عدل بعض أحكام قانون حرية الاتصالات الصادر في 1986/9/30

كما أن المادة 12 من المنشور الأوروبي[1] الصادر في 2000/6/8المتعلق ببعض الجوانب القانونية لخدمات شركة المعلومات، نصت على أنه إذا قامت الشركة بتوريد المنافذ على شبكة الانترنت، فإنها لا تسال عن المعلومات المنقولة بشرط:

1- ألا تكون الشركة هي مصدر التحويل أو النقل

2- ألا تقوم باختيار المرسل إليه المعلومات

3- ألا تقوم باختيار هذه المعلومات أو التعديل فيها.

الفرع الثاني: *مسؤولية ناقل المعلومات:* operateur- transporteur

إن عملية نقل المعلومات عبر الإنترنت تقتضي ربط حاسبات مستخدمي الشبكة بالمواقع الإلكترونية، وذلك من خلال الربط المادي لشبكات الاتصال عن بُعد[2]. ويلتزم ناقل المعلومات، بموجب عقد النقل الذي يربطه بعملائه، بتقديم الوسائل التقنية والفنية اللازمة لعملية النقل المادي للمضمون ألمعلوماتي. فناقل المعلومات هو كل شخص طبيعي، أو معنوي، يستغل شبكة الاتصالات عن بُعد لإيصال المادة المعلوماتية إلى الجمهور وهذا ما مكننا من تشبيهه بساعي البريد، فدورهما ينحصر في النقل المادي للمعلومات بين الوحدات المختلفة، ولا يُفترض به مراقبة المعلومات التي تمر عبر شبكته، ولا يكون بالتالي مسئولا عن عدم مشروعية المادة المعلوماتية المتداولة.لا بل أكثر من ذلك، إن ناقل المعلومات مُطالب بالحفاظ على سرية المعلومات التي تمر من خلال شبكته، ومُطالب، أيضاً، بالحياد التام تجاه المضمون ألمعلوماتي المنقول[3].

ولكن، هل يبقى الحال كذلك فيما لو علم ناقل المعلومات بعدم مشروعية الرسائل والمعلومات المقدمة؟ إن علم الناقل بأوجه عدم المشروعية للمضمون المعلوماتي وبالرغم من ذلك نقله له عبر شبكته، يُشكِّل إخلالاً بالتزامه بضمان احترام نصوص النظام العام، وبواجب الحرص على عدم المساس بحقوق الآخرين[4].

---

[1] -Art,12Directive CE N *2000-31 ? du 8/6/2000, D, 2000, LEG.P 333-les prestataires de services ne soit pas responsable des informations transmises a condition que le prestataire ,1-ne soit pas a l'Origène de la transmission.
2- Ne modifie pas les informations faisant l objet de la transmission.*

[2]- أكثر تفصيل أنظر محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 165.

[3] - Pierre TRUDEL, La responsabilité civile sur Internet selon la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, 2001, p. 18, disponible : www.crdp.umontreal.ca/cours/drt6929f/Resp.

[4] - محمد حسين منصور، مرجع سابق،198

ويثور التساؤل هنا حول مدى شرعية النسخ المؤقت للمضمون المعلوماتي المنقول والذي يقوم به ناقل المعلومات كجزءٍ من عمله، وكخطوة تمهيدية وضرورية لنقل الرسائل والمعلومات عبر شبكة الإنترنت، وفقاً لنص المواد 1-3/1 و 2-2/1 من القانون الفرنسي الصادر في 1 آب 2006م، و5-1/أ وتوضيحها رقم 33 من التوجيه الأُوروبي الصادر بتاريخ 22 أيار 2001م[1] والمتعلِّقين ب "حق المُؤلِّف والحقوق المجاورة له في مجال المعلوماتية"، إن 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 المُخزَّن[2]. ويُمكننا أن نلاحظ، بهذا الصدد، أن آلية عمل ناقل المعلومات قريبة جداً من آلية عمل والتزامات متعهد الوصول والتزاماته.

وفيما يتعلَّق بمسؤولية ناقل المعلومات، والذي يقوم في سبيل تسريع عملية اتصال العملاء بشبكة الإنترنت بتخزين نسخة مؤقتة على أجهزته عن صفحات الويب المطلوبة (caching)، فإن المادة 13 من التوجيه الأوروبي نصت على عدم إمكانية مساءلته إلا إذا ثبت أنه هو مصدر المضمون المعلوماتي غير المشروع، أو أنه قام بالتغيير فيه أثناء عملية نقله أو تخزينه بشكلٍ أضفى عليه صفة عدم المشروعية، أو أنه تقاعس عن وقف بث المضمون المعلوماتي غير المشروع، رغم تحقق علمه بعدم المشروعية. ووفقاً لنص المادة 14 من نفس التوجيه، والتي اهتمت بتحديد مسؤولية متعهد الإيواء، فإن هذا الأخير غير مسئول عن الموقع الإلكتروني ذي المضمون غير المشروع الذي يأويه، إلاَّ إذا لم يتَّخذ الإجراءات اللازمة لوقف بثِّه بمجرَّد ثبوت علمه الفعلي بوجود هذه الأنشطة، أو المعلومات غير المشروعة.

[1] -Directive du 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 des Communautés européennes, 22/6/2001, L. 167/10.

[2] -Pierre TRUDEL, "La responsabilité civile sur Internet selon la loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information", précité, p. 20.

و أمام عالمية شبكة الانترنت و الطابع الطليق لنشاطها و عولمة وسائل الاتصال،و تبادل المعلومات و المعاملات الالكترونية ،وشمولها على عناصر أجنبية سواء تعلق الأمر بالأطراف أو مكان الابرام أو التنفيذ، هذا و قد يقع الفعل الموجب للمسؤولية في بلد بينما يكون المتضرر في بلد مغاير فتثور مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظرها و القانون الواجب التطبيق عليها من بين القوانين التي تتنازع على حكمها، نظرا لأن النزاع يتسم غالبا بالطابع الدولي، هذا ما سيتم تناوله في ثالث مبحث من ثاني فصل لهذه المذكرة .

المبحث الثالث: تسوية المنازعات الالكترونية.

إن الثورة الإلكترونية بخلاف الثورة الصناعية،لا تعتمد على الثروات الطبيعية إلا بقدر يسير، بينما تمثل الثروات البشرية رأس المال الحقيقي اللازم لهذه الثروة، فالفكر البشرى والقدرة على الابتكار والتطوير هما لب هذه الثورة بينما يمثل الجهد الإنساني يدها التي تقوم بتحويل الأفكار إلى منجزات ذات ابتكار وكفاءة وذات ربحية عالية في الوقت ذاته[1].

ونظرا لازدياد استخدام شبكة الإنترنت في شتى مجالات الحياة، فان عدد النزاعات التي تنشأ عن هذه الاستخدامات خاصة في التجارة الالكترونية وأسماء النطاقات آخذ بالارتفاع [2]خاصة في ظل إنشاء وتسجيل المواقع الخاصة بالشركات والتجار عبر الانترنت و ازدياد المتعاملين في التجارة الإلكترونية، وما يصاحب ذلك من إبرام العقود على الإنترنت، وتأخر عمليات التسليم والسداد، الأمر الذي ينشأ عنه الكثير من المنازعات التي تقتضي سرعة الحسم بعيدا عن الأجهزة القضائية الإقليمية والمحلية؛ نظرا لما يمثله اللجوء للقضاء من عبء كبير على المتعاقدين في هذا المجال، بحيث لم يعد وسيلة مقبولة لفض المنازعات الناشئة عن التعاملات الالكترونية، وخاصة منازعات التجارة الالكترونية والتي تتم في الغالب بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن إقامتهم.

وفي ظل عدم فعالية وعدم مواكبة التقاضي العادي بدرجة كافية للسرعة المطلوبة في انجاز المعاملات الالكترونية، ظهر التحكيم الالكتروني كأسلوب عصري لحسم المنازعات التي تنشأ نتيجة استخدام الانترنت في التعاملات وبشكل خاص الالكترونية، حيث يستجيب التقاضي والتحكيم الالكتروني للخصائص التي تتميز بها بيئة التجارة الالكترونية ويشكل حلا للعقبات العديدة التي أثارتها كالقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة وغير ذلك.

---

[1]- المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، تحت شعار: نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، ورقة مقدمة بعنوان"دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية"، المحور الثالث "المعلوماتية ووسائل تسوية المنازعات"، مقدمة من الباحثة أ.هند عبد القادر سليمان، قسم الحاسوب – جامعة المرقب ، بالجماهيرية الليبية أنظر الموقع الالكتروني الخاص بالباحثةhanade_abdoo@yahoo.com

[2] -Rafal Morek: Online Arbitration: Admissibility within the current legal framework, P. 5, www.odr.info/Re%20greetings.doc , 22/8/2008.

بناء على ذلك أنشئت العديد من المواقع للمساعدة على حل النزاعات بواسطة التحكيم الالكتروني وأبرزها مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية [1] (WIPO) واتجهت مواقع البيع الالكتروني إلى التعاقد معها لحل المنازعات التي قد تنشأ بينها وبين المتعاملين معها؛ لما يتميز به التحكيم الالكتروني من مزايا عديدة.

وعلى الرغم من كون التحكيم الالكتروني ذو فاعلية وأهمية كبيرة في فض المنازعات الناشة عن التعاملات الالكترونية[2]، إلا انه وكأي نظام حديث تعترضه مشاكل قانونية يقع على عاتق رجال القانون تجاوزها بشكل يتلاءم ويواكب هذا التطور المذهل في ثورة الاتصالات. ولا شك أن ظهور ما يعرف بالحكومة الالكترونية سيسهم بشكل ملموس في تكريس أحكام التحكيم الالكتروني، أو التحكيم الرقمي كما يحب أن يطلق عليه بعض فقهاء القانون وسيزيد من فاعليته في ظل عدم مسايرة القوانين التقليدية لهذا النوع من التحكيم.

وهنا نتساءل معا، لماذا كان أحدث وآخر إفرازات عصر المعلومات – من بين موضوعاتها وتحدياتها وقطاعاتها – أكثرها إثارة للجدل وأكثرها محلا للاهتمام ؟؟ وهذا يظهر أن الخصوصية وحماية الحياة الخاصة من مخاطر التقنية كانت أول موضوعات الاهتمام في أواخر الستينات، ثم تبعها الاهتمام بجرائم الكمبيوتر ومن ثم الملكية الفكرية لمصنفات المعلوماتية وتحديدا البرامج اعتبارا من النصف الثاني للسبعينات ومطلع الثمانينيات، ومن ثم مسائل محتوى الموقع المعلوماتي مترافقة مع مسائل المعايير والمواصفات ومقاييس امن المعلومات ومسائل الأتمتة المصرفية والمالية اعتبارا من مطلع التسعينات، أما ولادة التجارة الالكترونية فقد جاء لاحقا لمعظم هذه الموضوعات ومترافقا مع الجزء الأخير منها (منتصف التسعينات وأواخر التسعينات

بشكل واضح) وهذا ما أوجد وسائل التقاضي الإلكتروني، فلماذا إذن هي التي تطفو على السطح ؟؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تكمن في تحليل عناصر ومسائل وتحديات التجارة الالكترونية ودور القاضي أو المحكم الإلكتروني في حل المنازعات التي قد

---

[1]-WIPO اختصار ل World Intellectuel Property Organisation تضطلع المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأداء دور متعاظم الأهمية في عملية تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية و تنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت المتعلقة منها أساسا بالملكية الفكرية و أسماء الدومين و العلامات التجارية

[2] - ثناء أبا زيد ، واقع التجارة الإلكترونية والتحديات التي تواجهها عربيًا ومحليًا ، مجلة جامعة تشرين للدراسات و البحوث العلمية ،سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27 العد د 4، 2005 ، ص70 ، (2008/8/20).

تحدث بسببها، فالتجارة الالكترونية تنطوي على عناصر وتثير تحديات في سائر الحقول والموضوعات المشار إليها، امن المعلومات ووسائل الدفع الالكتروني والملكية الفكرية والتعاقد الالكتروني والحجية والمعايير و... الخ... ،

وحق لنا القول إنها وان كانت التجارة الالكترونية الدرجة الأخيرة من درجات سلم التطور التاريخي لموضوعات تقنية المعلومات – في وقتنا الحاضر طبعا – وإنها وان كانت جزءا من الأعمال الالكترونية، فإنها بحق الإطار الذي عاد مجددا ليؤطر سائر موضوعات تقنية المعلومات ، بل لعلها المعبر عن تحديات فرع قانون الكمبيوتر بوجه عام ؟؟ وفي هذه الدراسة سنتناول وبشكل عام إجراءات رفع الدعوى الالكترونية (المطلب الأول) ، فنتعرض لمفاهيم وأنماط التقاضي و التحكيم الإلكتروني (المطلب الثاني)، وما هي الإجراءات الواجب اتخاذها، ونقف أخيرا على القانون الواجب التطبيق في التجارة الالكترونية (المطلب الثالث) .

المطلب الأول: التحكيم الالكتروني.

لا شك أن التحكيم الالكتروني يعتبرأحد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات وما ترتب عنها من تغيير في سلوك المتعاملين عبر الفضاء الالكتروني، ونظرا لحداثة عهده فلم يحدد الفقهاء بعد طبيعته القانونية فيما إذا كان نظاما قانونيا قائما بذاته، أم انه كالتحكيم التقليدي ولا يختلف عنه إلا من حيث الوسيلة.

ويوفر التحكيم الالكتروني لأطرافه العديد من المزايا والتي تنبع بشكل أساسي من طبيعة الوسط الذي تجري فيه عملية التحكيم، غير أنه وكأي نظام حديث يؤخذ عليه بعض المآخذ. وعلى الرغم من المزايا العديدة التي يوفرها التحكيم الالكتروني فانه لا يمكن التعويل عليه في تسوية المنازعات في كل الحالات، فقد تحمل بعض الاعتبارات القانونية أو التجارية الأطراف على اللجوء إلى المحاكم بدلا من التحكيم أو الوساطة، فيتعين فحص كل حالة على حدة لتبيين مزايا الخيارات المتاحة ومآخذها.

فما المقصود بالتحكيم الالكتروني؟ وما هي أهم المزايا التي يوفرها لإطرافه؟ وما هي ابرز المنازعات التي يمكن فضها من خلاله؟ هذا ما سنتناوله في هذا المطلب .

الفرع الأول : أهمية التحكيم في المجال الالكتروني .

تتعدد تسميات التحكيم الالكتروني[1] رغم وحدة الدلالة، ولغايات هذه الدراسة سيتم اعتماد مصطلح التحكيم الالكتروني -arbitration Online نظرا لشيوعه[2].

هو اتفاق أطراف علاقة قانونيه لإخضاع المنازعة التي نشأت أو ستنشأ مستقبلا من علاقات تجاريه الكترونية كانت أو عاديه إلي آخر للفصل في النزاع بإجراءات الكترونية وإصدار حكم ملزم لها .

ويعرف أيضاً بأنه وسيلة يتم بموجبها تسوية المسألة محل النزاع ويعهد بهذه المسألة إلى شخص أو أكثر يسمى المحكم أو المحكمين شريطة اتصافهم بالحياد، ويقوم المحكمين بتسوية المسألة محل النزاع وفق الاتفاق المبرم بينهم وبين المحتكمين، ويكون حكمهم نهائياً وملزماً للأطراف .حيث تقوم التجارة الإلكترونية على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، ولا يتماشى ذلك مع بطء إجراءات القضاء العادي، تظهر أهمية التحكيم الإلكتروني، لما يتميز به من سرعة ومرونة لا تتوافر في القضاء العادي، حيث لا يلزم في التحكيم الإلكتروني انتقال أطراف النزاع أو الحضور المادي أمام المحكمين بل يمكن سماعهم عبر وسائط الاتصال الإلكترونية عبر الأقمار الاصطناعية .يضاف إلى ذلك سرعة إصدار الأحكام نظراً لسهولة الإجراءات حيث يتم تقديم المستندات والأوراق عبر البريد الإلكتروني، كما يمكن الاتصال المباشر بالخبراء أو تبادل الحديث معهم عبر الإنترنت؛ لذا انتشرت محاكم وهيئات التحكيم الإلكتروني؛ وبالتالي يمكن تعريف التحكيم الإلكتروني بأنه التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الإنترنت، وهو يكتسب صفة الإلكترونية من الطريقة التي يتم بها، حيث تتم بطريقة سمعية بصرية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع والمحكمين في مكان معين .ويشمل نطاق التحكيم الإلكتروني النظم والتقنية المعلوماتية، والحوسبة التطبيقية، والمعاملات الإلكترونية وما يتصل بها، في القطاع الخاص، وفي القطاع العام، مع مراعاة إجراءات التحكيم في القطاع العام الواردة في نظام التحكيم بالمملكة ولائحته التنفيذية .

---

[1] -Cyber-Arbitration، Arbitration-Cyberspace ،Virtual Arbitration ،ّElectronic-Arbitration،-Arbitration Using Online

[2] - المحمد عماد الدين، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، موقع المؤتمر التجاري الدولي، ص1038 ، متاح : http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp

ومن منطق ذلك التعريف يتبين إن التحكيم الالكتروني هو تحكيم طبيعي يختلف في الوسائل الالكترونية لممارسه إجراءاته بداية من إبرام اتفاق التحكيم حتي صدور الحكم التحكيمي مرورا بإجراءات خصومه التحكيم.[1]

البند الأول : أبعاد التحكيم الإلكتروني[2]

يهدف التحكيم الإلكتروني إلى تنقية وتأمين بيئة العمل الإلكتروني، وما يتصل بها من خلال تسوية و – أو حل المنازعات الإلكترونية القائمة، وتقديم الخدمات الاستشارية، التي من شأنها منع حدوث المنازعات، من أجل مجتمع رقمي معافى، وذلك من خلال ما يلي - :تقديم خدمات التحكيم عن طريق محكمين خارجيين عبر وسائط الاتصالات الإلكترونية لتسوية و – أو حل المنازعات الناشئة عن علاقة قانونية ذات طابع اقتصادي، سواء كانت علاقة عقدية أو غير عقدية، سواء كانت في القطاع العام أو الخاص، أو بينهما .

-تقديم الخبرة الاستشارية في المعاملات الإلكترونية، مثل الاستجابة لطلب جهات لتكملة عقد معين به بعض أوجه النقص، أو لمراجعة أحكام عقد معين في ظل ظروف معينة قد نشأت بعد إبرامه، فضلاً عن تقديم الخبرة الاستشارية في النظم والتقنية المعلوماتية والحوسبة التطبيقية للجهات القانونية، مثل المحاكم المختلفة (على غرار ما تقدمه مكاتب المحاسبة والمراجعة للمحاكم من خبرة محاسبية في النزاعات المنظورة أمامها ذات الصبغة المحاسبية البحتة.

البند الثاني : مبادئ التحكيم الالكتروني

يرتكز التحكيم على أسس تميزه عن غيره من وسائل فض المنازعات، وإذا كان التحكيم التقليدي يرتكز على أسس ومرتكزات من شأنها احترام إرادة الأطراف، وبالتالي دفع عجلة الاقتصاد إلى الأمام وتشجيع الاستثمار الأجنبي، فان التحكيم الالكتروني في المقابل يراعي ما تتطلبه المنازعات الالكترونية من سرعة ومرونة وفاعلية في حسمها، فما هي الأسس التي يرتكز عليها التحكيم الالكتروني؟

نظرا للطبيعة القانونية المختلطة للتحكيم الالكتروني، فانه لا بد من التعرض لأسس التحكيم التقليدي بداية:

[1]- يثم عبد الرحمن البقلي. التحكيم الاليكتروني كأحد وسائل تسويه المنازعات."ورقة مقدمة للجمعيه المصرية لمكافحه جرائم المعلوماتيه والانترنت"نقلا عن موقع www.kenanaonline.com

[2] - هند عبد القادر سليمان، المرجع السابق، hanade_abdoo@yahoo.com

البند الثالث : أسس التحكيم الالكتروني[1]

يرتكز التحكيم الالكتروني على أسس يمكن ردها إلى الوسط الذي تجري فيه عملية التحكيم الالكتروني من جهة، والى طبيعة المنازعات التي يتم اللجوء لفضها عبر التحكيم الالكتروني من جهة أخرى، ولعل أبرزها:

الفقرة الأولى : مواكبة الاتجاهات الدولية الحديثة بشأن التحكيم التجاري

ويتجلى ذلك في تطبيق الأحكام الموضوعية الواردة في القوانين المستحدثة التي تراعي التطور التكنولوجي وتوظيفه في المعاملات بين الأطراف لا سيما القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي الصادر عن لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في عام . 1985.

الفقرة الثانية :غياب الاتصال المادي بين الأطراف وهيئة التحكيم

ويبدو ذلك جليا في منح أطراف وهيئة التحكيم الحرية الكاملة في ممارسة التحكيم دون قيود وعوائق مادية، بحيث يتم تعيين المحكمين وتقديم البيانات وأداء الشهادة والمرافعة والمداولة وإصدار القرار بشكل الكتروني دون حاجة للتواصل المادي بين أطراف التحكيم والهيئة التي تنظر النزاع.

الفقرة الثالثة :الأخذ بمبدأ السرعة في إجراءات وصدور قرار التحكيم

على الرغم من صدور قرار التحكيم في وقت قصير مقارنة مع أحكام القضاء، إلا أن لتحكيم الالكتروني يمتاز بتحديد مواعيد اقصر للإجراءات، ووضع حد زمني لصدور قرار التحكيم بشكل يتناسب مع ما تتطلبه الأعمال الالكترونية من السرعة والمرونة.[2]

البند الرابع : هيئات التحكيم الإلكتروني (مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني)

إن واقع تسوية المنازعات خارج الإطار القضائي وجد له مجالا واسعا من التطبيقات الفعلية والمتنوعة و الشاملة لمنازعات التجارة الإلكترونية, من حيث كونه نتيجة منطقية للتوجه الجاد إلى الاستفادة القصوى مما توفره الإمكانات التي تتيحها وتوفرها البيئة الرقمية والوسائل الإلكترونية المتلاحقة التطور والتوسع، وذلك من أجل التوصل إلى النجاح في إنجاز إجراءات الطرق التقليدية لتسوية المنازعات مثل التفاوض والوساطة والتوفيق والتحكيم ولكن من خلال شبكة الإنترنت .

[1]-- رجاء نظام حافظ بني شمسه، مذكرة الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة،جامعة النجاح الوطنية،2009 ،ص 66

[2] - رجاء نظام حافظ بني شمسه، مرجع سابق ، ص 67

ولقد قامت العديد من المبادرات الخاصة بتبني بعض من التنظيمات الإقتصادية والإقليمية والاتحادات المهنية في هذا المجال المهتمة أساسا بمواكبة التطور السريع, و التي تعتبر من خلال ذلك مصدرا هاما يستقي منه التحكيم الإلكتروني أحكامه, و يمكن تعداد هذه التنظيمات والهيئات فيما يلي :

أولا : الإتحاد الأوربي

بالنظر لأهمية التحكيم الإلكتروني و فعاليته اتجهت معظم الدول والمنظمات الدولية إلى إصدار قوانين تعنى بالموضوع و تتيح في قواعدها للأطراف اللجوء إليه عبر الإنترنت، و يلاحظ من خلال ذلك زيادة الإتحاد الأوربي في هذا السعي من حيث اتخاذه لبعض من الخطوات الجدية والفعالة في هذا المجال من ضمنها :

1.المادة 17 من *التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم2000/31* التي نصت على السماح للدول الأعضاء في حالة النزاع بين مقدمي خدمة المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية هذه الخلافات خارج المحاكم وباستخدام الوسائل الإلكترونية.

2.قيام الإتحاد الأوربي بتوجيه الدول الأعضاء وحثهم على عدم وضع عقبات قانونية في تشريعاتهم الداخلية تحول دون استخدام آليات تسوية المنازعات بعيدا عن القضاء، فنصت المادة الأولى من التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الإلكترونية رقم2000/31 " يجب أن تسمح الدول الأعضاء لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن أروقة المحاكم و باستخدام الوسائل التكنولوجية في العالم الإلكتروني[1]."

3.إصدار اللجنة الأوربية المختصة بتسوية المنازعات المتعلقة بالمستهلكين أساسا توصية[2] باعتماد سلسلة من التوجيهات بخصوص حل المنازعات على الخط (Conflits On Line) منها :

أ- تأسيس شبكة أوربية لتسوية المنازعات مباشرة على الخط، و كذا حل كافة المنازعات المتعلقة بالمستهلك الأوربي خاصة القطاع الخدماتي.

[1]- صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2008،ص155

[2]- ولقد كان هدف هذه التوصية سد النقص في التوصية رقم 298/257 التي وضعت خطوطا إرشادية لتوفير أفضل حماية ممكنة للمستهلك الأوربي في معاملته الإلكترونية.

ب- وضع مبادئ عامة يتوجب مراعاتها من جانب الدول الأعضاء عند تسوية منازعاتهم عبر الإنترنت.

ثانيا : المنظمة العالمية للملكية الفكرية[1] (World Intellectuel Property Organisation)

تضطلع المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأداء دور متعاظم الأهمية في عملية تطوير وتفعيل نظام التحكيم الخاص بالتجارة الإلكترونية و تنظيم المنازعات الخاصة بالإنترنت المتعلقة منها أساسا بالملكية الفكرية و أسماء الدومين و العلامات التجارية.

ولقد تمكن هذا النظام من التغلب بفعاليته على العديد من الصعوبات من حيث أنه سمح بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق كما تضمن وحدة الجزاء رغم اختلاف الجنسيات خاصة أمام واقع كون حل النزاعات التجارية ذات الصلة بحقوق الملكية الفكرية مسألة حيوية للغاية إذا ما روعي فيها سرعة الفصل والكلفة القليلة و تقديم الحلول البديلة للأساليب القضائية المتميزة بطول الأمد والكلفة العالية.

و لقد قدم مركز WIPO للتحكيم والوساطة عونا كبيرا في مجال حل النزاعات بين الأفراد والشركات في العالم بعد تزايد أهمية عقود التجارة الإلكترونية، و يضم المركز قائمة طويلة تضم أسماء المختصين من المحكمين و الوسطاء في هذا المجال من 70 بلدا، و تخضع هذه البلدان لقوانين WIPO في أساليب حل النزاعات.

تحظى الويبو واقعا بأفضلية خاصة لدى الشركات التي تتحاشى الدخول في دعاوى قضائية مكلفة وطويلة الأجل , فقد اشتهرت الويبو بأنها المنظمة التي تقدم خدماتها السريعة في فض النزاعات المتعلقة بالتسجيل أو سوء استخدام الأسماء على شبكة الإنترنت, و عرضها لهذه الخدمات على نطاقات أعلى من النطاق العام مثل com و net و org وكذا على النطاقات المحلية والتي من خلالها يستطيع أصحاب العلامات التجارية إرسال شكواهم مستخدمين نماذج القسائم المتاحة على عنوان الموقع الإلكتروني للمنظمة، حيث يتم إنجاز جميع المراحل بصورة متصلة على شبكة الإنترنت، و يتم الحصول على القرارات النافذة خلال شهرين من رفع النزاع إليها .

[1]- رجاء نظام حافظ بني شمسه،مرجع سابق ، ص 51.

ثالثا : القاضي الإفتراضي Virtual Magistrate PROJECT[1]

لعل التجربة العملية الأولى لتسوية المنازعات الناشئة عن استخدام شبكة الإنترنت تتمثل في برنامج القاضي الافتراضي[2] .فكيف نشأ هذا المشروع ؟

نشأ هذا المشروع في الولايات المتحدة سنة 1996 باشتراك كلا من مركز فيلا نوفا للمعلومات في القانون والسياسة، ومعهد القانون الخاص بحل النزاعات (Cyber space Law Institute) وبتعاون من الجمعية الأمريكية للمحكمين الالكترونية American Arbitration Association (AAA)[3]

ويهدف هذا المشروع حسب رأي البعض إلى إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالإنترنت، وذلك عن طريق وسيط معتمد من المركز تكون له خبرة قانونية في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها وقانون الإنترنت ومنازعات العلامات التجارية والملكية الفكرية وغيرها،من المواضيع المتصلة بهذه التجارة[4] .

في حين يرى البعض أن هذا المشروع إنما يهدف إلى زيادة الثقة بشبكة الانترنت وأهمية التعامل بواسطتها، حيث أن لهذه الشبكة قواعد سلوك تحكم التعامل خلالها، لكنها لم تشكل بعد قواعد مكتوبة وواضحة للجميع، لذلك يساعد لجوء المتخاصمين إلى هذا المشروع المجاني على تحديد وتطوير قواعد التعامل عبر الانترنت قضية بعد أخرى، إلا أن هذا المشروع فشل في استقطاب المحتكمين على الرغم من مجانيته بسبب اشتراطه موافقة الطرفين على اللجوء إلى التحكيم بعد نشوء النزاع وهو ما يعتبر صعب المنال إذا أخذنا بعين الاعتبار تفاوت المراكز بين الأطراف المتنازعة[5].

ويقوم القاضي الافتراضي المتخصص بالتحاور مع أطراف النزاع الذين طلبوا الخضوع لأحكام هذا النظام عن طريق البريد الإلكتروني، على أن يفصل في النزاع خلال (72)

---

[1] - صالح المنزلاوى، مرجع سابق 162

[2]- الموقع الخاص العائد لمشروع القاضي الافتراضي هو التالي:

Virtual Magistrate Project V.M.P : Site web http://Vmag.law.vill.edu:8080.-
http://WWW.clip-org/ncair.

[3]- برهان سمير، اتفاق التحكيم في التجارة الالكترونية، مقال بعنوان صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية،ص 15 ، أنظر الموقع التالي: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029771.pdf

[4]- إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني، مرجع سابق، ص264

[5]- الطروانة مصلح أحمد والحجايا نور حمد :التحكيم الالكتروني، مجلة الحقوق، عد د 1 ، سنة 2003 مجلد2 ، ص 229-230

ساعة وتجدر الإشارة إلى أن القرار الذي يصدره القاضي يكون مجردًا من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف،[1] وتصدر جميع القرارات علنا ما لم يقرر القاضي غير ذلك.

وعلى الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلها هذا المشروع في نشر ثقافة التحكيم الالكتروني فان الفضل في بلورة أحكام التحكيم الالكتروني يعود للمنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO وقبل دراسة دور المنظمة العالمية للمكية الفكرية كأبرز مصادر التحكيم الكتروني، نتعرف في الفقرة الثانية على دور المحكمة الفضائية.

رابعا : المحكمة الإلكترونية Cyber Tribunal[2]

أنشئت المحكمة الإلكترونية في كلية الحقوق بجامعة مونتريال بكندا في سبتمبر 1996 تحت رعاية مركز أبحاث القانون العام، و يقدم هذا المشروع خدمات التحكيم الإلكتروني باستخدام تطبيقات البرمجيات وتقنيات التشفير التي حققت الأمان و السرية في تنفيذ الإجراءات، مستوحية القواعد الإجرائية من نظام التحكيم التجاري الدولي مثل لجنة الأونسترال وغرفة التجارة الدولية، و تعديلها بما يتناسب مع ما تقتضيه طبيعة القنوات الإلكترونية، و مراعاة الشفافية وسهولة الاستخدام.

تهدف المحكمة الإلكترونية إلى وضع نظام أو آلية لتجنب و حل المنازعات التي تنشأ عن استخدام الفضاء الإلكتروني للمعلوماتية من خلال تقديم خدمات التحكيم عبر القنوات والوسائط الإلكترونية و وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية و تكفل سلامة بياناتها و تسوية منازعاتها وتفعيل نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية ينظم إليه أطراف النزاع و يتحقق الارتباط به بموجب إطار تعاقدي.

هذا و تختص المحكمة الإلكترونية بنظر المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والمنافسة وحقوق المؤلف و العلامات التجارية والمنازعات المتعلقة بحرية التعبير أو بالحياة الخاصة في الفضاء الإلكتروني، فهي تختص فقط بنظر المنازعات المتعلقة بإستخدام تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات في مجال التبادل الإلكتروني للمعلومات.

و وفقا لنظام المحكمة الإلكترونية تتم كافة الإجراءات الإلكترونية على موقعها الإلكتروني، بداية من طلب التسوية مرورا بالإجراءات و إنتهاءا بإصدار الحكم وتسجيله على الموقع

[1]- مقابلة زيد نبيل، التحكيم الالكتروني، متاح في www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=81 :

[2]- صالح المنزلاوى، مرجع سابق،ص 164

الإلكتروني للمحكمة، و هو يختلف عن نظام القاضي الإلكتروني من حيث أن جزءا واحدا فقط من هذه الإجراءات يتم في إطار إلكتروني.

و رغبة من المحكمة في بث الثقة في نظامها قامت بإصدار شهادات مصادقة على المواقع الإلكترونية، التي تتعامل بالتجارة الإلكترونية والتي تستوفي شروط المطلوبة من المحكمة الإلكترونية، وذلك تعبيرا عن إلتزام هذا المواقع و المسئولين عنها بتسوية منازعاتهم مع المستخدمين وفقا لنظامها و إجراءاتها [1].

الفرع الثاني : إجراءات التحكيم الالكتروني

يثير التحكيم الإلكتروني عددا من الإشكاليات المتعلقة أساسا بكون النظم القانونية القائمة و المنظمة لإجراءات التحكيم تفترض إستخدام الدعائم الورقية و الحضور الشخصي لأطراف النزاع، لذلك تلعب القواعد الإجرائية التي تسنها مراكز التحكيم لتنظيم سير عملية التحكيم دورا جوهريا لضمان نجاح العملية، فهي سلسلة من الإجراءات ما قبل عرض النزاع على التحكيم وصولا إلى حين فضه وصدور الحكم فيه.

البند الأول: إجراءات عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

تتحدد إجراءات عرض النزاع الإلكتروني على التحكيم الإلكتروني في المراحل الخمسة التالية:

أولا : الإجراءات الواجب إتباعها قبل عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني

يتم في التحكيم الالكتروني إتباع إجراءات التحكيم العادية مضافا إليها بإتفاق الأطراف القواعد الإضافية الخاصة بالتحكيم الالكتروني، و يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم الالكتروني التي يريدون تطبيقها ضمن بنود إتفاق التحكيم، و من أبرز هذه الإجراءات نجد:

1- كيفية التواصل بين المتخاصمين والمحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت.
2- كيفية تقديم المستندات إلكترونيا.
3- أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية والصناعية موضوع النزاع التي تهم الأطراف.

[1] - يتوجي سامية،مذكرة التحكيم الالكتروني، جامعة محمد خيضر - بسكرة - سنة 2008-، 2009 ص 17-19

إذا كنا بصدد خلاف بين أطراف إتفاق التحكيم الالكتروني، فإنه قبل اللجوء إلى مركز التحكيم يتعين إتخاذ مجموعة من الإجراءات لعرض النزاع على مركز التحكيم، و التي يمكن إيجازها كالتالي:[1]

1- التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق كتابة النموذج الموضوع على موقع الانترنت و المعد سلفا من قبل المركز أو الجهة المعنية بالتحكيم, مع تبيين طبيعة الخلاف الناجم عنه النزاع و ما قد يُقترح من حلول مناسبة، إذ يجب تعيين موضوع النزاع في وثيقة التحكيم حتى تتحدد ولاية المحكمين.

2- تحديد كل طرف أسماء ممثليه في نظر النزاع و وسيلة الاتصال بهم و تحديد عدد المحكمين و إختيار طريقة الإجراءات التي يرغب في إتباعها خلال نظر النزاع و كذلك تحديد مدة التحكيم.

3- تقديم الوثائق و المستندات و الأدلة المدعمة لحق كل طرف مع إرفاق نسخة من إتفاق التحكيم، و يقوم المركز بالإتصال بالأطراف بواسطة البريد الالكتروني لمتابعة الإجراءات وفق فترات زمنية معينة، مع أداء الرسوم الإدارية المحددة (التي تختلف من مركز تحكيم لأخر).

4- بدء تاريخ نظر النزاع بإستلام المركز لطلب التحكيم، و يقوم بإخطار المحتكم ضده بالإدعاء في حالة عدم إخطاره بطلب التحكيم لكي يتمكن من إبداء دفاعاته بشأن موضوع النزاع و تقديم الأدلة و البيانات المؤيدة له و وفقا للمبدأ العام للتحكيم فإن إجراءات التحكيم تبدأ منذ يوم إستلام المحتكم ضده طلب التحكيم من المدعي ما لم يتفق طرفا التحكيم على خلاف ذلك.

5- يتم تحديد موعد الجلسة من طرف مركز التحكيم كي يتقدم كل طرف بتقديم أدلته وبياناته، ومن ثم تبدأ عملية التحكيم التي تنتهي بإصدار الحكم و قيده على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية .

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت، ط 01، 2002،الدار العلمية للنشر و التوزيع ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان- الأردن، ص 39 و ما بعدها.

و تتم إجراءات التحكيم بطريقة إلكترونية على الموقع الالكتروني لمركز التحكيم، و فيها تخزن البيانات والمستندات والوثائق المتعلقة بالقضية.[1]

ثانيا : بدء إجراءات التحكيم الالكتروني

تعد إرادة الأطراف في إتفاق التحكيم هي المرجع في شأن إختيار و تشكيل هيئة التحكيم، بحيث إذا ما إتفق الأطراف على طريقة معينة لإختيار المحكمين فإنه يتعين الإلتزام بهذا الاتفاق، و يعبر عن ذلك بـــ "مبدأ سمو إتفاق التحكيم"، غير أنه في إطار التحكيم الإلكتروني تتم تسمية المحكمين بمعرفة محكمة التحكيم حسب ما قررته المادة 08 من لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية في أن "محكمة التحكيم يتم تشكيلها بتسمية محكم واحد أو ثلاث محكمين، وذلك بمعرفة سكرتارية المحكمة، و في حالة تعدد المحكمين يتولى هؤلاء مهمة تعيين محكم يتولى رئاسة المحكمة ، فإذا تعذر تولت السكرتارية هذا الأمر", و يتم منح كل محكم شيفرة الدخول Access Code و كلمة المرور Password للدخول إلى موقع القضية.

يتم رد المُحَكم عن طريق طلب رد يرسل إلكترونيا عبر الإنترنت حسب ما قررته المواد 03 و 23 من نظام تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO بالنسبة لمنازعات اللجان الإدارية بشأن أسماء حقول الإنترنت, و نظمت المادة 10 من لائحة المحكمة الالكترونية إجراءات رد المحكمين.

و تمر الخصومة التحكيمية بعدة مراحل و إجراءات هي:

1- **تقديم طلب التحكيم**, حيث يتم إفتتاح إجراءات التحكيم بتقديم طلب التحكيم الذي يوجه بموجب المادة الرابعة الفقرة الأولى من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس المعدلة سنة 1988 من المحتكم إلى الأمانة العامة للمركز، التي تتولى بدورها إخطار المحتكم ضده في النزاع بإستلام الطلب في تاريخه.

2- **الإخطار بطلب التحكيم**, يجوز أن يتم الإخطار بطلب التحكيم عبر الانترنت on line، حسب نص المادة 3 الفقرة 2 من لائحة غرفة التجارة الدولية بباريس" الإخطار أو الإعلان يمكن أن يتم من خلال التسليم بإيصال, أو بخطاب موصى عليه, أو فاكس أو تلكس أو برقية, أو بأية وسيلة أخرى للإتصال تسمح بتقديم دليل على إرساله..."

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق،ص 304 و ما بعدها.

و نصت المادة 6 الفقرة 1 من لائحة المحكمة الالكترونية على وجوب قيام الأمانة العامة للمحكمة بإعلان المحتكم ضده بطلب التحكيم بعد إستيفاء الشروط القانونية و يتم الإعلان على عنوانه الوارد بطلب التحكيم.

هنا يكون على المحتكم ضده الرد على طلب التحكيم المقدم من قبل المحتكم خلال 10 أيام من تاريخ إخطاره، و يجوز له إرفاق رده بأي طلبات يريد تقديمها للمحكمة.

طبقا لقواعد التحكيم المعتمدة لدى الجمعية الأمريكية للتحكيم (AAA)[1]، فإنه يكون على المحتكم ضده إرسال رده متضمنا موقفه من طلبات المحتكم و الحجج التي تدعم هذا الموقف و الاعتراضات المحتملة على التحكيم , و يكون للمحتكم إرسال رده خلال 30 يوم من تاريخ إخطاره بطلبات المحتكم ضده .

3- **إنشاء موقع إلكتروني:** خاص بكل قضية، و لتسهيل إجراءات التحكيم تُجمع أغلب الأنظمة القائمة في مجال حل المنازعات بطرق إلكترونية على ضرورة إنشاء موقع الكتروني خاص بكل نزاع، و يتميز هذا الموقع بعدم استطاعة أحد الدخول إليه إلا أطراف إتفاق التحكيم أو وكلائهم و محكمة التحكيم بموجب أرقام سرية، و يجتمع في داخل هذا الموقع طلب التحكيم و المستندات والإعلانات الخاصة بالنزاع محل إتفاق التحكيم.

الهدف من إنشاء هذا الموقع الالكتروني تسهيل إجراءات التحكيم و تمكين أطراف خصومة التحكيم من إيداع و تقديم ما يريدون إيداعه من طلبات و مستندات تحت نظر هيئة التحكيم التي تتولى تحكيم النزاع و توفير إمكانية إستلام المستندات في أي وقت يوميا و من أي مكان عبر شبكة الانترنت.

4- **تبادل الحجج والأدلة بين أطراف التحكيم الإلكتروني**[2], حيث يتم تبادل الأدلة والحجج القانونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم بحسم النزاع، و نصت المادة 4 فقرة 2 من لائحة المحكمة الإلكترونية على أنه "يتعين على أطراف العملية التحكيمية والأمانة العامة و محكمة التحكيم إرسال كل الإبلاغات المكتوبة و الإخطارات بالبريد الالكتروني على الموقع الخاص بالقضية"، و قررت لائحة التحكيم المستعجل

[1] -American Arbitration Association :
http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029771.pdf

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 306 و ما بعدها

Expedited Arbitration الصادرة عن طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO بنص المادة 4 فقرة ألف على أن " كل إخطار أو أي إبلاغ يجب أن يكون طبقا للائحة، بحيث يجب أن يتم في الشكل الكتابي، و أن يتم إرساله بـــ: البريد العاجل، الفاكس، البريد الالكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بالإقامة الدليل عليه"

5- إدارة جلسات التحكيم الإلكتروني, إن الوسائل المتاحة في المجال الإلكتروني تسمح بإدارة جلسات التحكيم في الشكل الإلكتروني، من حيث إمكانية تبادل النصوص و الصور و الأصوات بشكل فوري، كما أن تقنية البريد الالكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الانترنت، بالإضافة إلى المؤتمرات المرئية Téléconférence التي تعتبر إجراءا يتعلق بالجلسة حيث يتواجد الأطراف مع بعضهم البعض بطريقة افتراضية.

و نصت لائحة المحكمة الالكترونية في المادة 21 فقرة02 على أنه " للمحكمة أن تستخدم كل وسيلة معقولة تسمح بتبادل الإبلاغات بشكل مناسبا بين الأطراف"، أما لائحة المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO الخاصة بالمنازعات الإدارية في أسماء الحقول CCA فقد نصت المادة 48 منها على أن مصطلح الجلسة Audience يشمل المداولات التليفونية والمداولات المرئية و التبادل الفوري والمُوثق للإبلاغات الإلكترونية بأسلوب يسمح لكل الأطراف بإستقبال وإرسال هذه الإبلاغات.

يجب الإشارة إلى أن إجراءات التحكيم الإلكتروني لا تخل بالمبادئ الأساسية للتحكيم و منها مبدأ احترام حقوق الدفاع ومبدأ المواجهة, باعتبار أن المداولة المرئية باستخدام تقنية Video-Conference تلبي مقتضيات احترامهما بين أطراف الخصومة.[1]

ثالثا : القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني

طبقا لمبدأ سلطان الإرادة فإن لأطراف إتفاق التحكيم الحرية الكاملة في تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم، كما يمكنهم تحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم.[2]

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 308 .
[2] خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع،ص 314.

1- القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الالكتروني

تتبدى أهمية إختيار القانون أو لائحة التحكيم الواجبة التطبيق على الإجراءات في الأثر المترتب على ذلك الاختيار، من حيث تحديد نظام أدلة الإثبات و الوسائل الفنية التي تسمح بتأكيد احترام مبادئ السرية والمواجهة بين الخصوم و كذا حقوق الدفاع .

مبدئيا لا تثور أية مشكلة في ظل وجود لوائح تحكيم تنص على إتباع إجراءات الكترونية منها لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية و لائحة تحكيم المنظمة العالمية للملكية الفكرية لحل المنازعات الخاصة بأسماء الدومين وكذا قرارات هيئة التحكيم الأمريكية المتضمنة لإجراءات تحكيمية لحل المنازعات التي تقع بين مشغلي الأنظمة و مستخدمي الخدمات الالكترونية.

المادة 14 من لائحة المحكمة الالكترونية قررت إخضاع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تنص عليها لائحة المحكمة مع مراعاة القواعد المتعلقة بالنظام العام، و هو ما يعني أن تطبيق هذه الإجراءات لا يعني بالضرورة إستبعاد القواعد المتعلقة بالنظام العام الواجبة التطبيق.

قد تثور بعض الصعوبات في الحالة التي يخضع فيها أطراف التحكيم للائحة، كلائحة غرفة التجارة الدولية أو لقانون كالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة الخاص بالتحكيم التجاري الدولي الصادرة سنة 1885، حيث لم تحدد هذه اللائحة ولا ذلك القانون كيفية تنظيم إستخدام التقنيات الإلكترونية في العملية التحكيمية.

و إزاء هذا الوضع تعددت الحلول لتحديد مكان التحكيم ما بين :

أ – حل المسألة بالرجوع إلى المكان الذي يوجد فيه المٌحكم, و هو ما يعني تطبيق قانون مكان المُحكم.

ب – حل المسألة بتطبيق قانون مكان تقديم خدمة الإنترنت.

ت- تفضيل نظرية التحكيم غير التوطيني التي تستوجب الاعتراف للتحكيم الالكتروني بالطابع غير الوطني[1].و الراجح هو ترك الحرية الكاملة للأطراف في تحديد مكان إفتراضي للتحكيم و هو ما يتفق مع فكرة عدم وجود مقر مادي للمحاكم الالكتروني.

[1]- عِمَاد الدِّين المُحمَّد, عِمَاد الدِّين المُحمَّد, طبيعـة وأنـماط التَّحكيم معَ التركيز على التحكيم عبر الإنترنت , http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf

2- القانون الواجب التطبيق على موضوع التحكيم الالكتروني

يتمتع أطراف اتفاق التحكيم بنفس الحرية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، و لكن عند عدم إختيار الأطراف له، يرجع الأمر إلى المُحكم أو هيئة التحكيم لتحديد تلك القواعد.

و ينبغي على المُحكم أن يختار قواعد القانون الذي يحكم بملاءمتها مع مراعاة أحكام النظام العام و المبادئ العامة للتحكيم ومراعاة أعراف التجارة الدولية.

و في إطار التحكيم الإلكتروني نجد أن لائحة المحكمة الإلكترونية تقرر على أنه "إذا لم يتفق أطراف النزاع على تحديد القانون المطبق على موضوع النزاع تقوم المحكمة بإختيار القانون الذي يرتبط به النزاع بإستثناء الحالة التي يكون أحد أطرافها مستهلكا، أين يجري تطبيق قانونه الوطني"

على أن نص المادة 1/17 من لائحة المحكمة الإلكترونية تؤكد على وجوب مراعاة شروط العقد الأصلي(إتفاق التحكيم) و كذا الأعراف السائدة في مجال الإنترنت إن وجدت.[1]

رابعا : مكان التحكيم الإلكتروني

من مزايا تحديد مكان التحكيم أنه يساعد في تحديد المحاكم المحلية المختصة بإلغاء حكم التحكيم، و كذا تحديد جنسية حكم التحكيم تماشيا مع مقتضيات إتفاقية نيويورك، و لما كانت شبكة الإنترنت لا توجد في جزء معين من العالم المادي بمعنى أنها لا ترتبط بدولة معينة، فإن القول بأنه لا وجود لـــ "مكان التحكيم" في مجال التحكيم الالكتروني قول صحيح, لذا لا يمكن ربط هذا النوع من التحكيم بنظام قانوني لدولة بعينها بما يؤهله للحصول على دعم قوانينها وقبولها به، و التأكد بالتالي من قانونية إجراءات التحكيم و قابلية حكم التحكيم للتنفيذ القانوني .

إن تحديد مكان التحكيم ليس بأمر يشغل أطراف التحكيم عبر الإنترنت، على إعتبار التسهيلات التي تقدمها الشبكة والتي تُمكن من تحقيق إتصال و تواصل الأشخاص في أطراف الأرض, ففي مجال التحكيم الإلكتروني لا حاجة للقاءات والمقابلات الشخصية بين

[1] خالد ممدوح إبراهيم،مرجع سابق، ص 316.

أطراف النزاع و المحكمين، إن حل إشكالية مكان التحكيم في التحكيم الالكتروني يكمن في إتباع أحد الطريقتين:

أ – البحث في الإطار التقليدي للتحكيم ومحاولة ربط إجراءات وحكم التحكيم بدولة معينة.

ب – الأخذ بنظرية التدويل أو عولمة التحكيم عبر الإنترنت من حيث رفع السلطة الإشرافية للقانون الوطني والمحاكم في الدولة التي يجري فيها التحكيم الالكتروني، بالاستناد إلى ضرورة عدم خضوع التحكيم التجاري الدولي للقوانين الوطنية التي تختلف من بلد لآخر[1].

و لكن بالنظر إلى الصعوبات التي قد تصادف تطبيق هاتين الطريقتين فإن **الراجح** هو إتباع فكرة الإفتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الإنترنت بمعنى اللجوء لمركز أو مؤسسة تحكيم تقدم خدمة التحكيم الإلكتروني، لذلك في حال عدم إتفاق الأطراف على إعتبار إقليم دولة أو مدينة بعينها كمكان للتحكيم، يمكن إتخاذ مقر المؤسسة أو المركز كمكان للتحكيم، و لفكرة الإفتراض القانوني لمكان التحكيم عبر الإنترنت العديد من المزايا:

أ – إمكانية ربط التحكيم عبر الانترنت بقانون تحكيم دولة بعينها، و بالتالي فإن قانون التحكيم هذا يمكن أن يُستخدم على أنه القانون الواجب التطبيق للإعتراف بقانونية إتفاق و إجراءات و حكم التحكيم.

ب – حل إشكالية إيجاد محكمة مختصة من شأنها تقديم العون و الدعم لإجراءات التحكيم و تمكينها من ممارسة الإشراف القضائي، بالإضافة إلى فتح المجال أمام الإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم دوليا في ضوء القوانين الوطنية و الإتفاقات الدولية.

على أنه في حالة عدم إتفاق أطراف النزاع على هذا المكان الافتراضي فإن بإمكان محكمة التحكيم تحديده بناءا على ظروف النزاع و حاجات أطرافه.[2]

[1]- عِمَاد الدِّين المُحمَّد, مرجع سابق, ص 1045.
[2] عِمَاد الدِّين المُحمَّد، نفس المرجع ،ص 1046.

خامسا : تسوية النزاع الإلكتروني و إنهاؤه

قررت مراكز التحكيم عن بعد حق طرفي النزاع في طلب إنهاء نظر النزاع إذا ما توصلا لتسوية ودية لحل الخلاف و لكن بشرط أن يسبق طلبهم هذا صدور قرار حكم التحكيم، و يتم تقديم طلب التسوية للمركز على النموذج المعد لذلك.

و لمركز التحكيم كذلك الحق في إنهاء النزاع, وذلك بدعوة طرفي النزاع و حثهما على التوصل إلى تسوية النزاع ، فإذا فشل في مساعيه في التوصل إلى تسوية ودية بين طرفي النزاع فله إلغاء إجراءات التحكيم بأكملها إذا تبين له عدم جدوى الإستمرار في التحكيم.

و يَعتبر بعض الفقهاء منح مراكز التحكيم لأنفسها حق إنهاء نظر النزاع قبل تسويته تعسفا من جانبها لما يتضمنه ذلك من إهدار لوقت المتنازعين ممن إختاروا هذه الوسيلة مبدئيا لفض نزاعاتهم مبتعدين عن سواها من وسائل فض النزاع، و حتى إن بررت هيئة التحكيم موقفها بعدم إمكانية الوصول لحل النزاع، فكيف لها أن تتعذر بذلك مع اشتراطها مسبقا بأن نظر أي نزاع يخضع لموافقة المركز أولا في كونه يدخل في اختصاصها أم لا؟ و عليه كان من الأجدى عدم منح هذا الحق لهيئات التحكيم.

و إلى جانب سلطة إلغاء التحكيم مُنحت هذه هيئات صلاحيات أخرى كرفض أي طلب يقدمه الخصوم أو إصدار قرارات تمهيدية مؤقتة تحفظية لصيانة حقوق الطرفين.[1]

البند الثاني : صدور حكم التحكيم الإلكتروني و توثيقه

لا بد للمحكمين قبل إصدار الحكم من قفل باب المرافعة و إحالة القضية إلى الدراسة و التوصل بعد ذلك للحكم الفاصل للنزاع، مبدئيا تتم إحالة النزاع للمداولة فيه إذا كانت هيئة التحكيم مؤلفة من أكثر من مُحكم واحد ولا حاجة إلى ذلك إذا كانت مكونة من محكم واحد.

و يتحدد إختصاص محكمة التحكيم الالكتروني في نظر النزاع محل التحكيم بما يلي:

أ – الفصل في الدفوع المتعلقة بعدم الاختصاص أو بصحة العقد الذي يعد شرط التحكيم أحد بنوده طبقا للمادة الأولى من لائحة تحكيم المحكمة الالكترونية لسنة 2004.

ب – تنبيه الخصوم إلى عدم إغفال القواعد القانونية الواجبة التطبيق التي قد ترتب لهم حقوقا أو تفرض عليهم التزامات مع مراعاة مواعيد سقوط الدفع.

[1] محمد إبراهيم أبو الهيجاء،التحكيم بواسطة الإنترنت، الطبعة الأولى،الدار العلمية للنشر و التوزيع و دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان , ص 49 و ما بعدها.

ت – حق طلب معلومات و إيضاحات إضافية أو أدلة لم يسبق تقديمها و يثبت تأثيرها في الفصل في النزاع .

ث – تحديد مكان صدور حكم التحكيم بموافقة أطرافه.[1]

و يتعين على المحكمين بعد الإنتهاء من نظر النزاع و ختام أقوال الخصوم في النزاع المنظور أمامهم إصدار حكم في موضوع النزاع, و يُعرف حكم التحكيم بأنه "**جميع القرارات الصادرة عن المُحكم و التي تفصل بشكل قطعي في المنازعة المعروضة عليه سواء كانت أحكاما كلية تفصل في الموضوع ككل أم أحكاما جزئية تَفصل في شق منه، وسواء تعلقت بموضوع المنازعة ذاتها، أو بالإختصاص أو بمسألة تتعلق بالإجراءات أدت بالمُحكم إلى الحكم بإنهاء الخصومة.**"

و يتوجب على المحكمين إصدار حكمهم ضمن الآجال الزمنية المحددة لهم اتفاقا أو قانونا, و يجوز أن تقرر هيئة التحكيم الميعاد ضمن المدة التي تسمح بها القوانين.

إن حكم التحكيم يعتبر حكما حقيقيا في النزاع تتوافر فيه عناصر العمل القضائي، ولا يُصدر المُحكم قراره بإسم أية دولة بإعتبار عدم خضوعه لأي منها، و على الرغم من ذلك فإن قرار التحكيم يعتبر ورقة رسمية متى تم صدورها عن هيئة التحكيم.[2]

هذا و يجب أن يتوفر في حكم التحكيم الإلكتروني مجموع الشروط التالية:

أ – أن يكون الحكم مكتوبا حتى يعتبر صدوره.

ب – أن يتضمن أسماء المُحكمين الذي أصدروه و تاريخ ومكان صدوره و أسماء وألقاب أطرافه ومحال إقاماتهم أو مراكز إداراتهم و عند الاقتضاء أسماء المحامين أو أسماء أي أشخاص آخرين يكونوا قد مثلوا الطرفين.

ت – توقيع المُحكم أو المُحكمين الذين أصدروه .[3]

بالإضافة إلى:

ث – وجوب أن يصدر حكم التحكيم حاسما و فاصلا للنزاع وفقا للقانون المطبق على موضوع وإجراءات التحكيم.

---

[1] هيثم عبد الرحمن البقلي, التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسويه المنازعات , عن موقع : http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3 , .

[2] عِمَاد الدِّين المُحمَّد، مرجع سابق، ص 1060-1061 ، و أنظر أيضا خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، 316-317 .

[3] عِمَاد الدِّين المُحمَّد، نفس المرجع ، ص 1061 .

ج – ضرورة توافر التسبيب القانوني .

ح – نشر حكم التحكيم على الموقع الإلكتروني الخاص بالقضية و إعلام الأطراف بمحتواه

تشترط القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم لدى قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المختص بتنفيذه لكي يحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ[1] و في حال تحديد مكان التحكيم فإن الحكم الإلكتروني يكون له جنسيته الخاصة مثل أحكام التحكيم العادية .

و بالتالي يمكن تقسيم أحكام التحكيم من حيث التنفيذ إلى:

1- **تنفيذ في بلد صدور حكم التحكيم:** أين يخضع لإجراءات تنفيذ أحكام التحكيم التقليدية ويعتبر كأي حكم محلي.

2- **تنفيذ و اعتراف في البلاد الأجنبية:** أين يخضع تنفيذه لإتفاقية نيويورك لعام 1958 التي تسري مقتضياتها على أحكام التحكيم الإلكتروني أيضا.

ما يلاحظ هو أن اتفاقية نيويورك لا تشترط صراحة أن يكون حكم التحكيم مكتوبا وموقعا من طرف المُحكمين، بل تكتفي بإشتراط أن يقدم الطرف الراغب قي الاعتراف و تنفيذ الحكم في بلد أجنبي النسخة الأصلية للحكم، أو صورة مصدقة عنه و مثل هذه الشروط تفرض أعباء على الطرف الراغب في تنفيذ حكم التحكيم عبر الإنترنت، رغم أن الهدف منها هو حماية أطراف النزاع من الغش والتدليس .[2]

و تتلخص إجراءات تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني في :

أ – يتقدم الصادر لصالحه حكم التحكيم إلى المحكمة المختصة بدولة التنفيذ حتى يحصل على أمر تنفيذ حكم التحكيم.

ب – يراقب القاضي صحة الشكلية لحكم التحكيم المتعلقة بقابليته للتنفيذ بالدولة و يصدره بعد ذلك مذيلا بالصيغة التنفيذية.

ت – تتحدد شروط و وثائق التنفيذ في:

- ✓ أصل إتفاق التحكيم أو صورة رسمية منه.

[1] هيثم عبد الرحمن البقلي، المرجع السابق، عن موقع : http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3 ,

[2] عِمَاد الدِّين المُحمَّد، مرجع سابق، ص 1062.

- ✓ حكم التحكيم مع ترجمته إلى اللغة الرسمية لدولة التنفيذ إذا كان بلغة مختلفة.
- ✓ إعلان الخصم بالحكم إعلانا قانونيا.
- ✓ التأكد من عدم تعارض حكم التحكيم مع النظام العام لدولة التنفيذ.[1]

ث – إخطار أطراف النزاع بحكم التحكيم، إن للإخطار بالحكم أهمية كبيرة لما له من دور في تحديد سريان المدد القانونية و تصحيح الأخطاء المادية والحسابية و في تفسير الغموض الذي قد يقع فيه أحد الأطراف و كذا في استئناف الحكم.

و باعتبار أنه يمكن تنفيذ هذا الإجراء عن طريق استخدام الوسائل التقنية، فإنه بإمكان إخطار أطراف النزاع من خلال البريد الإلكتروني المضمون الذي يكفل تحديد توقيت وتاريخ الحكم و شموليته و إمكانية نسبته للمُحكمين بما يحقق معه نفس الأهداف التي تتم من وراء الإخطار في التحكيم التقليدي.[2]

و فيما يتعلق بمسألة الطعن بالبطلان في حكم التحكيم الإلكتروني، فقد عددت المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك لسنة 1985 بشأن الإعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، الأسباب التي تجيز رفض الإعتراف و تنفيذ حكم التحكيم بناءا على طلب الخصم الصادر ضده و أضاف القضاء الأمريكي أسبابا أخرى.

المطلب الثاني : إجراءات رفع الدعوى الكترونيا[3].

لقد مكن انتشار الانترنت إشكال غير محدود للأعمال الالكترونية في ضوء التطورات التكنولوجية في تأمين الصفقات على شبكة الانترنت، و في التثبت من أطراف الصفقة، و توحيد مقاييس تبادل البيانات، و يعد رفع الدعاوي الكترونيا التي في طريقها للانتشار من أهم هذه الأعمال الالكترونية، و قد تم تطوير رفع الدعاوى عن بعد في أماكن مختلفة و منها المحاكم الفيدرالية الأمريكية، أيضا كانت هناك تطورات مشابهة في كل من استراليا، سنغافورا ، نيوزلندا ، فنلندا ، انجلترا و كندا .

---

[1] هيثم عبد الرحمن البقلي، مرجع سابق. : http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3

[2] عِمَاد الدِّين المُحمَّد، مرجع سابق، ص 1065.

[3]- خالد محمود إبراهيم ،التقاضي الالكتروني، الدعوى الالكترونية و إجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، مصر، الطبعة01، سنة 2008ص 30

و في أي دولة تفكر في هذا الاتجاه لابد من مجابهة العديد من التحديات الاجتماعية و السلوكية و التكنولوجية التي تواجهه التطبيق الكامل لرفع القضايا عن بعد، و لعل هذا ما دفعنا إلى التعرض لبيان الخطوات القانونية و الفنية لرفع الدعوى الكترونيا و ذلك على نحو ما يلي .

الفرع الأول : الشروط القانونية لرفع الدعوى الكتروني[1].

تعتبر صحيفة افتتاح الدعوى هي الأساس التي تقوم عليها كل إجراءاتها، و يترتب على عدم إعلانها عدم انعقاد الخصومة بين طرفيها و لذلك يستلزم اتخاذ إجراءات معينة لاستفاء البيانات المطلوبة فيها تحقيقا لهذه الضمانة، و نعرض لهذه الإجراءات فيما يلي :

البند الأول : بيانات صحيفة الدعوى الالكترونية :

يتعين على المدعي عند إعلان صحيفة الدعوى الالكترونية أن تكون مشتملة على البيانات التالية :

1- اسم المدعي و لقبه و مهنته أو وظيفته و موطنه فان لم يكن موطنه معلوما فاخر موطن كان له .

2- اسم المدعي عليه و لقبه و مهنتها وظيفته و موطنه فان لم يكن موطنه معلوما فاخر موطن كان له .

3- تاريخ تقديم الصحيفة .

4- المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى .

5- بيان موطن مختار للمدعى في البلدة التي بها مقر المحكمة ان لم يكن له موطن فيها.

6- وقائع الدعوى و طلبات المدعى و أسانيدها .

و إذا ما قدمت الصحيفة مشتملة على هذه البيانات يقوم قلم الكتاب بقيدها في السجل الالكتروني المخصص لقيد صحف الدعاوي، و ذلك بعد إرفاق ما يفيد بدل الرسوم المقررة قانونا أو إعفاء منها ، وصور من الصحيفة بقدر عدد المدعى عليهم فضلا عن صورتين لقلم الكتاب، و أصول المستندات، ومذكرة شارحة للدعوى و صور منها، و لا

[1]- خالد محمود إبراهيم، مرجع سابق، ص24-25.

شك أن الصور المطلوبة سوف تكون بالطبع محررات الكترونية، و لعل هذا يثير مشكلة التمييز بين اصل المحرر الالكتروني و صورته .

ويعتبر إعلان صحيفة الدعوى الالكترونية إعلانا صحيحا إلى المدعى عليه إجراء لازم لانعقاد الخصومة بين طرفيها تحقيقا لمبدأ لمواجهة بين الخصوم، وذلك في حالة عدم حضور المدعى عليه بالجلسة المحددة لنظر الدعوى .

البند الثاني : رفع الدعوى الالكترونية و قيدها [1]:

هناك أمور يجب مراعاتها، و أخدها في الاعتبار، عند تنفيذ مشروع التقاضي الالكتروني[2] و رفع الدعوى عن بعد و منها :

1- تصنيف القضايا التي يمكن تسجيلها الكترونيا و تحديد أنواعها، و كذالك بيان الوثائق و المستندات التي يمكن قبولها الكترونيا .

2- تحديد الأشخاص المصرح لهم بالدخول إلى نظام المعلومات و تسجيل الدعاوي و الإطلاع عليها، كالقضاة و موظفو المحكمة، و المحامون، و الخبراء، وغيرهم من الأشخاص الذين لهم علاقة بالدعوى، و ذالك بغرض منع الأشخاص الغير مرخص لهم من اختراق نظام المعلومات و الإطلاع على مستندات الدعوى التي قد تكون سرية .

3- تحديد و بيان الإجراء الذي يستخدم في تسجيل المحامين و المتقاضين والتحقق من شخصيتهم و الذي يتضمن إدخال اسم المستخدم و كلمة المرور الخاصة به و ترفع الخصومة الالكترونية أمام القضاء، كما هو الحال في الوضع التقليدي، بموجب ورقة من أوراق المرافعات تسمى صحيفة الدعوي، إلا أن في الخصومة الالكترونية تكون صحيفة الدعوى محررة على مستند الكتروني و يتم إرسالها إلى قلم الكتاب المخصص من خلال شبكة لانترنت [3].

---

[1]- خالد محمود إبراهيم، مرجع سابق،ص 26

[2]- التقاضي من خلال المحكمة الالكترونية: هو تنظيم تقني معلوماتي يتيح للمتداعيين تسجيل دعواهم وتقديم أدلتهم وحضور جلسات المحاكمة، تمهيداً للوصول إلى الحكم وتنفيذه من خلال وسائل الاتصال الالكترونية، والتي هي جزء من نظام معلوماتي يمكن القضاة الاتصال بالمتداعين دون حضورهم الشخصي ومباشرة إجراءات التقاضي من خلال هذا النظام ، كما يتيح هذا النظام من خلال المحكمة الالكترونية شفافية وسرعه في الحصول على المعلومات، وبناءاً عليه فتجهيز المحكمة وقاعات المحاكمة والأقسام الإدارية والتنفيذية فيها سيأخذ طابعاً تقنياً يمكن القضاة والخصوم من متابعة دعواهم والحضور وتسجيل الطلبات والاتصال بموظفي وقضاة المحاكم اتصالا إلكترونياً دون حاجة للحضور الشخصي ، ويتميز هذا الاتصال بالشفافية والسرعة العالية في الحصول على المعلومة وتنفيذ الإجراءات.

[3]- http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=155127#

و ترفع الدعوى الالكترونية بموجب صحيفة تودع قلم كتاب المحكمة ، ويتم إرسال الصحيفة عبر البريد الالكتروني من خلال شبكة الانترنت حيث يتم قيدها .

ما هي بيانات صحيفة الدعوى الالكترونية؟[1] :

يسمى طلب التكليف بالحضور أمام القضاء بصحيفة افتتاح الدعوى **Acte introductive d'instance**، و تعتبر هي الأساس الذي تقوم عليه كل إجراءاتها، و يترتب على عدم إعلانها عدم انعقاد الخصومة بين طرفيها، ولذلك يستلزم القانون ضمانا لهذه الصحيفة اتخاذ إجراءات معينة لاستفاء البيانات المطلوبة فيها تحقيقا لهذه الضمانة .و تشتمل صحيفة الدعوى الالكترونية على البيانات الآتية :

1- اسم المدعى و لقبه و مهنته أو وظيفته و موطنه و اسم من يمثله و لقبه ومهنته أو وظيفته و صفته و موطنه .

2- اسم المدعى عليه و لقبه و مهنته أو وظيفته و موطنه ، فان لم يكن موطنه معلوما فاخر موطن كان له .

3- تاريخ تقديم الصحيفة .

4- المحكمة المرفوع أمامها الدعوى .

5- بيان موطن مختار للمدعى في البلدة التي بها مقر المحكمة أن لم يكن له موطن فيها .

6- وقائع الدعوى و طلبات المدعى و أسانيده .

كذالك تطلب القانون إيراد وقائع الخصومة في صحيفة الدعوى، إذا إن ذلك يحقق نتائج هامة منها، تحديد اختصاص المحكمة القيمي و الولائي، و بيان مدى قابلية الحكم الصادر في النزاع للطعن بالاستئناف أو عدم قابليته للطعن فيه باعتباره داخليا في النصاب الإنتهائي للمحكمة .

ويقيد قلم كتاب المحكمة صحيفة الدعوى إذا كنت مصحوبة بما يدل على سداد الرسوم المقررة قانونا أو إعفاء المدعى منها، و صورة من الدعوى بقدر عدد المدعى عليهم، وأصول المستندات المؤيدة للدعوى، و مذكرة شارحة للدعوى .

[1] - خالد محمود ابراهيم ،مرجع سابق، ص25.

ويلاحظ هنا انه بالنسبة لقيد الدعوى الالكترونية سوف يتم قيدها في سجل الكتروني خاص بذلك، كما سيتم سداد مصاريف الدعوى بطرق السداد الالكتروني على نحو ما سنرى فيما بعد .

و يتعين التفرقة بين إيداع صحيفة الدعوى و إعلانها، ذلك أن و على حسب ما جرى عليه قضاء النقض، إيداع الصحيفة قلم الكتاب ضد الخصم المعني بالخصومة يعتبر إجراء لازم لإجراء المطالبة القضائية، أما إعلان صحيفة الدعوى فهو إجراء لازم انعقاد الخصومة بين طرفيها، و بالتالي لا يعني إيداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة المختصة عن وجوب إعلان الخصوم بها .

***الفرع الثاني:** استخدام التكنولوجيا في إجراءات التقاضي*[1]

إن التجربة القضائية العالمية تتجه إلى تطوير وتعجيل إجراءات التقاضي من خلال:

1- زيادة العمليات الالكترونية في إنهاء الإجراءات، فهنالك العديد من الدول قامت بتعديل تشريعاتها لتعتمد التوقيع الالكتروني الملزم قانونا، بحيث تكون إجراءات رفع الدعوى وإعلانها بواسطة نظام معتمد بين الجهاز القضائي، ووكلاء الخصوم وهم المحامون

2- إلى جانب تقديم المستندات الالكترونية وتبادلها بين مكاتب المحاماة وكذلك نسخة للمحكمة، بحيث تعتمد الكترونيا إجراءات تبادل الاطلاع وإدخال البيانات والتوقيع عليها الكترونيا، وهذا بحسب اللزوم سوف يقلل من إجراءات التبادل المادي للمعلومات عبر آلاف الأوراق التي تتطلب التصوير، والترجمة، وتبادل الاطلاع من أطراف الدعوى، وهذا الأمر أيضا سوف يقلل من إجراءات الإعلان المادي عبر إدارة قلم الكتاب، ومندوبي الإعلان، والبحث عن العناوين في المدن والمحافظات، وما يطرأ على ذلك من تبديل وتغيير مستمرين، وصعوبات تؤثر بشكل مباشر على سير الإجراءات

3- إذ لا يخفى أن عملية التقاضي لا تعني فقط وجود القاضي على منصة المحكمة، وإنما تعني كذلك وجود كل ما يساند دوره، من جهاز إداري، ونظام حفظ للدعاوى المعلنة، وما يرد بها من أدلة مقدمة من أطراف الدعوى، ونظام سجل محكمة متطور، يسهم في النهاية بتحقيق رسالة العدالة المقدسة.

[1]- محمد محمد الألفي، ورقه عن المحكمة الإلكترونية بين الواقع والمأمول، المرجع السابق،ص 25.

4- أنه من الضرورة تطوير المشاريع، خاصة قانون المرافعات، بحيث يتواكب مع التطور العالمي بخصوص القضاء الالكتـــروني، الذي يقوم بشكل أساسي على الخبرة القضائية للقاضي بالفصل في النزاعات، إلى جانب تيسير كل ما يسهل مهمته الكترونيا، فنضمن سرعة الفصل بالدعاوى، وعدم الإطالة بسبب الإجراءات البيروقراطية[1].

5- أن التطوير يجب أن يشمل جهاز الخبراء أيضا، في مجال الأقسام الحسابية، والهندسية، بأنواعها.

الفرع الثالث : الإجراءات الفنية لرفع الدعوى الكترونيا[2].

إن التعرض لخطوات رفع الدعوى بطريقة الكترونية يتطلب بيان ماهية معيار و نظام إرسال و قبول مستندات التقاضي الالكترونية و ما هي الأجهزة التي يحتاجها المتقاضي للقيام برفع الدعوى الكترونيا و ما هي الخطوات اللازمة لرفع الدعوى الكترونيا ؟

البند الأول : المعيار المستخدم في إرسال مستندات التقاضي الالكترونية[3] **:**

إذا كانت التجارة الالكترونية قد أنشئت طرق جديدة تؤدي إلى إتمام عمليات البيع والشراء عبر موقع ويب الكتروني web site ومن خلال نافذة الكترونية حيث يمكن طلب أوامر الشراء، فان التقاضي الالكتروني قد طبق نفس هذه الفكرة، حيث يمكن رفع الدعوى الكترونيا من خلال الانترنت عبر نظام إرسال و قبول المستندات الالكترونية electronicdocuments acceptance and routing system (EDAR).

ونظام إرسال و قبول المستندات الالكترونية هو نظام الكتروني خاص يسمح بفتح قنوات اتصال بين المتقاضين و المحكمة من خلال النافذة الالكترونية، حيث يتم قبول مستندات القضية بطريقة الكترونية و سداد الرسوم القضائية و قبولها بواسطة موظف المحكمة المختص عبر نافذة الالكترونية .

و يلاحظ أن النافذة الالكترونية الموجودة بالموقع الالكتروني للمحكمة تؤدي بصفة أساسية ذات الوظائف التي كانت تؤدى في نظام التقاضي التقليدي، مع اختلاف أن المعلومات

---

[1]- مصطلح يقصد به الإدارة عن طريق المكاتب، أي أن تدار الشؤون الإدارية اليومية وفقا لخطط و إجراءات و بواسطة أشخاص و هيئات محددة سلفا،و في العالم العربي،فد يستخدم الاصطلاح –سياسيا و إعلاميا –للدلالة على سوء الإدارة و تعطيل مصالح المواطنين.معجم القانون، جمهورية مصر العربية - مجمع اللغة العربية -القاهرة ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، 1999، ص7

[2]- خالد محمود إبراهيم ،مرجع سابق، ص30.

[3]- خالد محمود إبراهيم ، نفس المرجع ، ص31.

المخزنة على دعامة ورقية يتم تخزينها على دعامة الكترونية، وكذالك إحلال نظام التصديق الالكتروني محل الطرق التقليدية في توثيق المستندات .

وفي التقاضي الالكتروني يتم تبادل البيانات الكترونيا باستخدام لغة الكمبيوتر XML بمواصفات قانونية من اجل إنشاء نظام رفع الدعوى الكترونيا e-filing system، بحيث يؤدي إلى توحيد نظم إدارة الدعوى بين المحاكم المختلفة Case Management system .

البند الثاني: الأجهزة التي يحتاجها المتقاضي للقيام برفع الدعوى الكترونيا :

من اجل قيام المتقاضي برفع الدعوى الكترونيا فان ذلك يستلزم أن يكون لديه جهاز كمبيوتر متصل بشبكة الانترنت، و أن يوجد على الجهاز برنامج مستعرض للمواقع الالكترونية مثل برنامج نيت سكيب Netscape navigator،و برنامج إكسبلورر Exploror، و برنامج قراءة الملفات Adope Acrobat Reader ، و برنامج تاف Tiff لقراءة الصور التي يتم إدخالها عبر الماسح الضوئي، بالإضافة إلى جهاز الماسح الضوئي scanner .

البند الثالث :الخطوات اللازمة لرفع الدعوى الكترونيا :

وباستخدام صفحات الويب يستطيع المتقاضيين والمحامين[1] الدخول على كافة صيغ الدعاوى التي تلزمهم عن طريق ملئ البيانات الموجودة في صفحة الويب تم يرفق بها attch اي ملفات إضافية يحتج أن ترفق مع صحيفة الدعوى، ويتم وضع هذه المستندات والملحقات في سجل بيانات الكتروني Electronic data envelope، وهذا السجل صمم خصيصا لنظام التقاضي الالكتروني و يمكن تعديله لمواجهة متطلبات المحكمة.

ويلاحظ أن السجل الالكتروني[2] للبيانات سوف يسجل المستندات بجميع صيغ و إشكال الكمبيوتر، ويشمل ذلك برنامج مايكرو سوفت وورد Microsoft Word بجميع إصداراتها.

---

[1]- المحامين فيتوجب عليهم الحصول على دورات مكثفة في علوم الحاسوب ونظم الاتصال وتصميم البرامج والمواقع الالكترونية ،ويفترض بالضرورة على هؤلاء المحامين تجهيز مكاتبهم بأحدث الأجهزة والمعدات الحاسوبية التي ستمكنهم من الحضور والترافع ودعوة الشهود وتحضيرهم لأداء الشهادة لدى هذا النظام بحيث يعتبر مصطلح محامي معلوماتي يطلق على كل من يحق له تسجيل دعواه والترافع في هذه المحكمة، ويمثل نوعاً حديثاً من أنواع الممارسة المهنية للمحاماه ، فيضاف للممارسة المرخصة (نظامي – شرعي) محامي معلوماتي.متاح على الموقع التالي: - http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=155127#

[2]- يتم إنشاء سجل إلكتروني يحوي قاعدة البيانات لكل دعوى يستخرج من هذا السجل برنامج ملف الدعوى وهو عبارة عن برنامج حاسوبي يحوي نوعين من أنواع الحفظ التقني ،النوع الأول المبرزات ولوائح الادعاء والوكالة والتي أرسلت من المتداعين على

و بمجرد ضغطة واحدة على الفارة فان صحيفة الدعوى ترسل مباشرة إلى قلم كتاب المحكمة عبر قناة مؤمنة و محمية بنظام تشفير معين و خاص 128 bite encryption ، و عندما يتم قبول الدعوى توثق الكترونيا تم يتم إرسالها إلى الموظف المخصص بخدمة المعالجة الآلية .

أما مصاريف الدعوى فهي محددة سلفا عن طريق برنامج مبرمج مسبقا pre-programmed داخل النظام و تدفع الرسوم مباشرة إلى المحكمة عند إرسال المستندات، و يتم دفع رسوم التقاضي باستخدام احد وسائل الدفع الالكتروني أو بواسطة بطاقة الائتمان المصرفية .

و إذا كانت هناك دعوى فرعية مرتبطة يتم ربطها بالدعوى الأصلية و يقوم نظام المعالجة بتقسيمها إلى مجموعات حيث ترسل كل مجموعة إلى المحكمة المختصة، سواء كانت المحكمة الجزئية أم الابتدائية أو الاستئناف أو النقض، ويتم ذالك من خلال النظام الالكتروني لإدارة الدعوى .

وعند وصول صحيفة الدعوى و المستندات إلى المحكمة المختصة يقوم الموظف المختص بفحص الصحيفة و المستندات و يقرر قبولها أو عدم قبولها، و في الحالتين يرسل رسالة بالبريد الالكتروني إلى المتقاضي أو المحامي يفيده بالقبول، أما في حالة عدم القبول فان الموظف يحدد له سبب ذلك و بيان الإجراء الصحيح الواجب الإتباع لقبول المستندات مرة أخرى، ومن أمثلة عدم قبول الصحيفة، عدم سداد الرسوم القضائية أو سداد جزء منها فقط، أو عدم توقيع محام على الصحيفة و يقصد بالطبع هنا التوقيع الالكتروني و ليس التوقيع اليدوي، وان تكون الصحيفة محتوية على بيانات مخالفة للنظام العامة و الآداب .

ويلاحظ أن بمجرد إرسال مستندات التقاضي الكترونيا يتم تحويلها إلى كل من موقع الخادم الخاص بالمحكمة المختصة و الموقع الخادم Server بالشركة القائمة على تنفيذ عملية نقل المستندات، حيث يقوم قلم كتاب المحكمة باعتماد تلك الأوراق في ذات اليوم

ملفاتpdf كنوع من أنواع الملفات التي تحفظ التخزين وتمنع تغييرمحتواه بسهولة .والنوع الثاني محاضر إلكترونية يتم تدوين إجراءات المحاكمة بداخلها متاح على الموقع التالي: - http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=155127#

والوقت التي دخلت فيه النظام المعلوماتي للمحكمة ومن هنا يتم احتساب المواعيد القانونية[1].

مما سبق يتبين أن التقاضي الالكتروني يحل الكثير من المشاكل الإدارية بضغطة واحدة one-click solution، فبواسطة الانترنت يمكن للمحامي أو المتقاضي رفع مئات الدعاوي أمام المحاكم المختلفة دون أن يغادر مكتبه، وبضغطة واحدة يستطيع إرفاق جميع المستندات المتعلقة بالدعوى و بضغطة واحدة سيجد أمامه العديد من صيغ الدعاوي المختلفة التي يختار منها ما يتصل بقضيته[2] .

وهو ما يعني أن المحامي أو المتقاضي إذا أراد يوما أن يرفع دعوى أمام محكمة النقض أو محاكم الاستئناف أو المحاكم الابتدائية فكل ما عليه هو الدخول على صحيفة الويب الموجودة على الموقع الخاص بالمحكمة و الضغط عدة مرات بالفارة Mouse على عدة ايكونات Icônes فيرفع الدعوى دون أن يغادر مكتبه، ونظام قبول و إرسال المستندات الالكترونية EDAR يسمح بتفعيل الاتصال بين المتقاضي و المحاكم من خلال نافذة الكترونية، حيث يتم تحويل المستندات القانونية و تحصيل الرسوم القضائية و اعتماد و توثيق المستندات بواسطة موظف المحكمة المختص الذي يقوم بتوثيقها الكترونيا و إرسال رسالة بريد الكتروني إلى المحامي أو المتقاضي بتأكيد قبول مستنداته .[3]

المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق[4] .

استقرت القواعد القانونية و التشريعات على إخضاع العقود الدولية لقانون إرادة المتعاقدين[5] ، أي القانون الذي يحدده طرفا العقد سواء أكان ذالك بشكل صريح أم ضمني ليكون هو واجب التطبيق على العقد .

---

[1] -www.E-Filing.com

هو موقع التقاضي الإلكتروني تملكه شركة أمريكية خاصة يقع مركزها الرئيسي في مدينة سانتا بربارة ولاية كاليفورنيا، بدأ في تشغيل هذا الموقع عام 1999.

[2]- خالد محمود إبراهيم ،مرجع سابق، ص32

[3] - خالد محمود إبراهيم ، نفس المرجع ، ص 33

[4]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى لسنة2008، ص 125.

[5]- ادمون نعيم، الموجز في القانون الدولي الخاص، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة،بيروت لبنان،1967، ص 120.

و قانون الإرادة ينطبق على العقود الالكترونية و على كافة المعاملات الالكترونية التي تتسم بالطابع الدولي، حيث يتم الاختيار من خلال شبكة الانترنت أو الرسائل الالكترونية التي يتم تبادلها من قبل طرفي العقد لتحديد قانون العقد ، و ذلك ما تم استخلاصه من خلال دراسة القواعد العامة و رأي الفقه الخاص بالقانون الواجب التطبيق .

و يستخلص التحديد الضمني لقانون العقد من ظروف الحال و ملابسات العقد و القرائن المحيطة به، مثل تحديد عملة الوفاء أو مكان التنفيذ، فللقاضي السلطة التامة في إمكانية استخلاص النية لدى طرفي العقد، دون الخضوع للرقابة من المحكمة العليا من المحكمة التي تنتظر الموضوع، ما دام أن القاضي قد استند في حكمه إلى أسباب مستساغة .

إلا أن اغلب أطراف التعاقد في مجال التجارة الالكترونية يفضلون وضع شروط خاصة لتسوية المنازعات المتوقع حدوثها، منعا لإهدار الحقوق و الحفاظ على ديمومة العقد، لان هنالك تشريعات تبيح بعض التصرفات الممنوعة أو غير المشروعة في قوانين أخرى. فيسعى أطراف التعاقد لتضمين العقد الحلول الواجبة لبعض المشكلات التي من الممكن أن تثور بين طرفي العقد .

أما في حال عدم تحديد القانون واجب التطبيق على العقد و عدم التمكن من تحديد إرادة المتعاقدين الضمنية. فتظهر هنا سلطة القاضي في توطين العقد و البحث عن القانون الأنسب بين القوانين الوطنية التي تم توطين العقد بها، إلا أن الأغلب يوطن العقد في الدولة التي ينتج العقد فيها اغلب أثاره و يطبق قانونها، أو في الدولة التي يقع فيها المقر الرئيسي للشركة مقدمة الخدمة واجب التطبيق لابد من بيان هذه الأمور على النحو التالي:

الفرع الأول: قانون المسؤولية العقدية الالكترونية :

إذا كان العقد الإلكتروني مشوبا بعنصر أجنبي فإن ذلك يفرض على القاضي الجزائري الذي ينظـــر الدعوى مباشرة أن يستشير قواعـــد الإسناد الخاصة بالعقـــود، وذلك لمعرفة القانون الواجب التطبيق على موضوع الدعوى.

وما يهمنا من قواعد الإسناد الجزائرية هي القاعدة التي تتعلق بالالتزامات التعاقدية من القانون المدني، وهي التي تختص بتحديد القانون الذي يحكم شكل العقد فتجعل من

الممكن سريان قانون البلد الذي تم فيه العقد، أو القانون الذي ينطبق على الأحكام الموضوعية للعقد، أو قانون موطن المتعاقدين أو قانون جنسيتهما[1].

وهدفنا من الرجوع إلى قواعد الإسناد الجزائرية الخاصة بالعقود هي معرفة مدى إمكان أعمالها في مجال العقود الإلكترونية لاسيما وأن أحد ضوابط الإسناد في تلك القاعدة هو مكان انعقاد العقد، وفي مجال العقود الإلكترونية هو مكان وهمي افتراضي، فهو البيئة الإلكترونية التي تتكون من شبكة الاتصالات العالمية (الإنترنت) والتي لا مكان لها محسوس أو مادي، وتنص المادة 18 من القانون الجزائري على ما يلي: يسري على الالتزامات التعاقدية:

1- يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد.

2- و في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.وفي حالة

عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد. يلاحظ من هذه المادة أن المشرع قد وضع ثلاثة ضوابط للإسناد[2].

وقد أدرجها في نص المادة المذكورة على سبيل التدرج لا على سبيل التخيير، بمعنى أنه يلزم أعمال ضابط الإسناد الأولى، فإذا لم يوجد فيعمل بالتالي، وهكذا وسوف نقسم هذا الفرع إلى ثلاثة نقاط: ندرس خلالها ضوابط الإسناد المذكورة على سبيل التدرج وفقا لذات المنهج الذي اتبعه المشرِّع الجزائري.

أولا : ضابط إرادة المتعاقدين.

إذا اتفق المتعاقدان، سواء بمقتضى شرط من شروط العقد أو إتفاق مستقل عن العقد الأصلي على تطبيق قانون معين على العقد الإلكتروني، فإن مؤدى هذا الاتفاق هو جعل القانون المتفق عليه هو الواجب التطبيق على ذلك العقد، ويرى جانب من الفقه [3]أنه لا بد لأعمال هذا الضابط من أن يكون حد أدنى من الإرتباط بين القانون المتفق عليه بإرادة الأطراف والعقد الذي يربطهما ويراد تطبيق ذلك القانون عليه.

---

[1]- المادة 18 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005.

[2]- ضابط الإسناد هو نقطة الارتكاز التي تربط بين الفكرة المسندة والقانون المسند إليه.

[3]- حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص وتنازع القوانين– دراسة مقارنة– دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة 2005، ص150.

ولكننا لا نصل إلى هذه النتيجة بمجرد أن نعمل القاعدة القائلة بأن المطلق يجرى على إطلاقه، وبالتالي فإن لطرفي العقد الاتفاق بإرادتيهما على قانون معين لحكمه، ويصبح على القاضي وجوب الأخذ به وتطبيقه، ولا يعفيه من ذلك سوى ثبوت حالة مخالفة ذلك القانون للنظام العام [1]في دولته.[2].

وتطبيقا لذلك، لو وجد القاضي الجزائري أن القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني يسمح بانعقاد هذا العقد رضائيا ولو كان محله عقارا أو غيره من الأموال التي لا تسمح قوانين المعاملات الإلكترونية الدولية بانعقادها على هذا النحو، فإن ذلك القانون يعد مخالفا للنظام العام الجزائري لما فيه من اختلاف كبير في الأحكام تؤثر على النظام الاقتصادي الجزائري.

ويكون له في هذه الحالة استبعاد ذلك القانون من التطبيق سندا لنص المادة24 [3] من القانون المدني، ويترتب على هذا الاستبعاد نتيجة قانونية منطقية مؤداها تطبيق القانون الجزائري على النزاع بدل القانون الأجنبي المستبعد لمخالفته النظام العام[4].

ثانيا : ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين:

إذا كان كلا المتعاقدين في العقد الإلكتروني ينتميان إلى موطن واحد فإن قانون هذا الموطن هو الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني المشتمل على عنصر أجنبي كأن تكون جنسية أحدهما مختلفة عن جنسية الآخر .

ويلاحظ أن المشرِّع قد أقام وزنا للموطن في هذه الحالة دون الاعتداد بالجنسية، ولعل في ذلك جانباً كبيراً من المنطق، ذلك أن الأشخاص الذين ينتمون إلى موطن واحد إنما يخضعون إلى كل ما يشتمل عليه بما في ذلك البيئة التشريعية التي تسود فيه، وهم على دراية واطلاع بمكونات هذه البيئة وعناصرها، فيصبح من المستساغ أن يخضع العقد

---

[1]- النظام العام مجموعة المبادئ الاقتصادية والاجتماعية والسياسية في دولة القاضي، والتي تجب حمايتها ويعد القاضي هو الحارس على النظام العام في دولته.

[2]- محمد وليد المصري، الوجيز في شرح القانون الدولي الخاص– دراسة مقارنة – ط1، دار ومكتبة الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص275

[3]- هذه المادة تنص على أنه لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون.
تضيف الفقرة الثانية أنه يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام و الآداب العامة .

[4]- حسن الهداوي، مرجع سابق، ص 191.

الذي أبرماه لقانون موطنهما المشترك شريطة ألا تكون إرادتهما قد اتجهت إلى تطبيق قانون آخر، وعلة ذلك أن ضابط الموطن المشترك لا يمكن إعماله إلا عند غياب ضابط الإرادة.

وما قيل في شأن استبعاد قانون الإرادة يقال في شأن استبعاد قانون الموطن المشترك للمتعاقدين، فلا يصح للقاضي استبعاده من التطبيق ما لم يكن مخالفا للنظام العام، وهناك حالة أخرى يمكن أن تنهض في هذا الفرض ويستبعد بالتالي قانون ذلك الموطن وتتمثل في حالة الغش نحو القانون.

وإن كانت هذه الحالة من الناحية العملية غير ذات جدوى، فهي من الناحية النظرية ممكنة، فلو أن أحد العاقدين في العقد الإلكتروني قد عمد إلى تغيير موطنه ليصبح هو ذاته موطن المتعاقد الآخر تمهيدا إلى تطبيق قانون الموطن المشترك على العقد لتحقق بذلك شرطا الغش نحو القانون، وهما: الشرط المادي المتمثل بالتغيير الإرادي لضابط الإسناد، والشرط المعنوي[1] المتمثل بنية التهرب من أحكام قانون معرفة معين الاستفادة من أحكام قانون آخر.

ونتيجة هذا الغش تتمثل في استبعاد تطبيق القانون الذي تم الغش أو الاحتيال لأجل تطبيقه ومن ثم تطبيق، القانون الذي تم الغش لأجل استعباده.

وقد قلنا بأن هذه الحالة من الناحية العملية غير ذات جدوى ذلك أن المتعاقدين يستطيعان أعمال ضابط الإرادة، واختيار قانون موطن أحدهما إذا كان يحقق المصالح التي يريدان تحقيقها.

ثالثا : ضابط المكان

وفقا لنص المادة 18 من القانون المدني فإن على القاضي في حال غياب الضابطين سابقي الذكر أن يعمل الضابط الأخير، وهو ضابط مكان إبرام العقد.

وتبدو لنا المشكلة بوضوح بمجرد أن ندرك أن هذا المكان وهمي وافتراضي، فهو الفضاء الإلكتروني الذي لا يحتل حيزا مكانيا معينا، وهو ما دفع المشرِّع الجزائري،

[1]- أكثر تفصيلا في الموضوع أنظر محمد ابراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر التوزيع،،الطبعة 1، سنة2005 ص 101.

على نحو ما سبق أن أشرنا، إلى وضع معيار يحدد على أساسه مكان انعقاد ذلك العقد بصورة افتراضية.

ولما كان العقد الإلكتروني ينعقد مثل غيره بتطابق القبول مع الإيجاب، فإن ذلك يعني أن صدور القبول بمقتضى رسالة إلكترونية ممن وجه إليه الإيجاب يجعل العقد منعقدا، أما مكان انعقاده فهو ليس مكان صدور القبول وإنما المكان الذي يوجد فيه مقر عمل القابل، وفي حالة عدم وجود مقر عمل له فمكان إقامته ، وإذا كان له أكثر من مقر عمل فيعتد بمقر العمل الذي يكون أكثر ارتباطا بالعقد الإلكتروني الذي يشتمل على عنصر أجنبي[1].

وزيادة في التوضيح نضرب مثالا، فلو أن* محمد* مقيم في الجزائر ومقر عمله في فرنسا، بينما* احمد* مقيم في تونس ومقر عمله في أسبانيا، وقام هذا الأخير وهو في الصين بإعداد رسالة الكترونية تتضمن إيجابا، وأعطى أمرا الكترونيا للحاسب الآلي بإرسالها إلى *محمد* فانه يكون قد أرسلها حكما من مقر عمله وهو اسبانيا، ويكون*محمد* قد تسلمها حكما في فرنسا، وإن تصفحها ورد عليها وهو في الهند بواسطة بريده الالكتروني.

وعليه، يكون مكان انعقاد العقد هو المكان الحكمي للقبول وهو فرنسا وليس المكان الذي يوجد فيه*محمد* حقيقة وهو الهند، وعلة ذلك انه لا يعتد بالحيز المكاني الفعلي في تحديد مكان الانعقاد، لأن العقد الالكتروني ينعقد في البيئة الالكترونية (الانترنت) ولا يتجاوزها إلى الارتباط بالمكان الذي يوجد فيه أي من أطرافه، وقد ترتب على ذلك عدم اعتداد المشـــرع بالحيز المكاني بجعله ضابطا لتحديـــد مكان انعقاد العقـــد واعتداده بالمكان الحكمي للانعقاد وهو مقر عمل القابل فإن لم يوجد فمكان إقامته.

الفرع الثاني: *قانون المسؤولية التقصيرية الالكترونية* [2]

تجمع النظم القانونية على خضوع دعوى المسؤولية لقانون الدولة التي وقع فيها الفعل الضار المنشئ للالتزام بالتعويض. ويعبر المشرع الجزائري عن ذلك المبدأ بنصه على أن يسري على الالتزامات غير التعاقدية قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

---

[1]- نائـــل مساعـــدة، الاختصاص القضائي والتشريعي للعقود الالكترونية،جامعة أل البيت،كلية الدراسات الفقهية و القانونية المنارة ، مجلد 13، العدد 8، سنة 2007، ص 177–178

[2] - محمد حسين منصور، المرجع السابق،ص 354.

و لكن يشترط لإعمال ذالك المبدأ أن تكون الواقعة موضوع المسؤولية غير مشروعة في كل من القانون المحلي و قانون القاضي الذي يفصل في دعوى المسؤولية. و يقرر المشرع ذالك بنصه على أن قانون الدولة التي وقع فيها الفعل المنشئ للالتزام لا يسري على الوقائع التي تحدث في الخارج و تكون مشروعة في الجزائر، و إن كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه[1] .

و يحدث كثيرا في النشاط الالكتروني أن يقع الفعل في دولة و الضرر في دولة أخرى. يرى البعض تطبيق قانون مكان وقوع الفعل الضار، بينما ذهب الرأي الراجح إلى تطبيق قانون الدولة التي حدث فيها الضرر.

و الأمثلة على ذلك الاعتداء على البيانات و أسرار الحياة الخاصة و حقوق الشخصية، حيث يقع الفعل في الدولة التي يوجد بها مركز المنشاة التي تقوم بالمعالجة الالكترونية، بينما يوجد المضرور في دولة أخرى.

و كذلك الحال بالنسبة لحقوق الملكية الفكرية حيث يمكن أن يتم إدخال المصنف أو نسخة بطريقة مشروعة على الشبكة و تحميله عليها، و يجري البث أو الاستدعاء أو تفريغ المادة المعتدي عليها في دولة أخرى ، بينما يوجد المؤلف أو صاحب الحق في دولة ثالثة، أضف إلى ذلك أن اغلب التشريعات تعتبر قانون حماية الملكية الأدبية و الفنية من قوانين البوليس التي يتم تطبيقها مباشرة على اعتبار أنها من القواعد ذات الطبيعة الآمرة التي تعمل بعيدا عن منهج التنازع. و لعل ما يخفف من ذلك الاختلاف الاتجاه العالمي نحو توحيد قوانين حماية الملكية الفكرية إعمالا لاتفاقية الجات.

و نفس الحكم بالنسبة للمصنفات الأدبية التي يتم بثها من خلال التلفزيون العابر للحدود، حيث يتم التنازع بين قانون كل من: دولة الإرسال، و دولة البث، ودولة القمر الصناعي، و دولة المضرور، و الدولة المطلوب الحماية منها التي يمكن أن تكون إحدى هذه الدول.

[1]- المادة 20 من القانون المدني الجزائري 05-10

الفرع الثالث : القانون الموضوعي الالكتروني[1] .

يعرف القانون الدولي الخاص إلى جانب منهج الإسناد المنهج الموضوعي أو منهج القواعد الموضوعية، وهو يشكل منهجا مستقلا لتنظيم العلاقات ذات الطابع الدولي يختلف عن منهج قواعد التنازع. إن منهج قواعد التنازع قوامه التركيز الكافي للمعاملة محل النزاع، اعتبار 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، ومن ثم يقال أن منهج تنازع القوانين هو منهج غير مباشر .

أما المنهج الموضوعي فهو يعتمد على استخدام قواعد موضوعية تنطبق مباشرة لتنظم العلاقات ذات الطابع الدولي.

على ذلك يمكن تعريف القانون الموضوعي أو المادي عموما بأنه ذلك " القانون الذي يضع مباشرة تنظيما موضوعيا خاصا ومستقلا، عن حلول القوانين الوطنية للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية. فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة حلول وقواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي، ومتميزة عن تلك التي تحكم العلاقات الوطنية، وهي تشكل بالتالي قانونا ذاتيا مستقلا بالمقارنة بالقانون الداخلي.

ويتميز القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي بتخصص قواعده في قطاع معين من قطاعات التجارة ألا وهو قطاع التجارة في السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت ولذا يمكن أن نقول" أن القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي للإنترنت وعملياته هو كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الإنترنت، وهو نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية ويتشكل من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي للإنترنت، وطورتها المحاكم ومستخدمو الشبكة،وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الإتصال والمعلومات. فهو قانون تلقائي النشأة[2]،وجد ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل، والبيانات الرقمية التي

[1]- http://e-print.mutah.edu.jo/index.php/law/private-law/211-2010-09-23-10-46-52.html

[2]- واصطلاح "القانون التلقائي " يعني في الواقع أمرين:

الأول: أنه لا يصدر عن سلطة رسمية كما هو الحال في القوانين الوضعية بحسبان أن شبكة الإنترنت لا تتبع سلطة دولة معينة تهيمن على نشاطها أو توجهه ولا تقوم على تنظيمها جهة رسمية مركزية. وعلى ذلك لا يوجد جهاز خاص، يتمتع باختصاص وضع القواعد السلوكية للمتعاملين على الشبكة، فهو قانون عابر للحدود. لذلك يمكن أن يسمى هذا القانون بأنه " قانون الفضاء الإفتراضي

تتم بها المعاملات والصفقات عبر شاشات أجهزة الحواسيب الآلية ويتوافق مع توقعات أطراف تلك المعاملات."

المشترك " أو بأنه قانون الإلكترون lex electronica أو قانون غير وطني أو قانون عابر للحدود transnational أو قانون عبر الدول.

ومهما يكن من أمر تلك المسميات, فأنها تعكس فكرة جوهرية ألا وهي أن هذا القانون لم يكون من وضع سلطة وطنية, بحسبان أن العالم الذي يسري فيه، وهو عالم الإنترنت،لا يخضع لهيمنة منظمة أو هيئة مؤسسية، أو سلطة إقليمية. كما أنه ليس من وضع منظمة عالمية أو هيئة دولية،حيث لم توجد،حتى الآن،مثل تلك الهيئة التي يمكن أن تسهر على وضع قواعد دولية لتحكم مشكلات التعامل مع شبكة المعلومات الدولية اللهم بعض القواعد القانونية التي أوجدتها بعض الإتفاقيات الدولية في مجال تنظيم الاتصالات عبر الأقمار الصناعية،أو المتعلقة بمعالجة البيانات آليا.ويكتسب هذا القانون الطابع الدولي من طبيعة المعاملات التي يحكمها، إذ هي تتم عبر الحدود، وتتصل بأكثر من دولة في ذات الوقت،وتتضمن انتقالا للقيم الاقتصادية بينها،وتتصل بمصالح التجارة الدولية،على نحو ما أشرنا.

الثاني: أن تطبيق ذلك القانون لا يحتاج إلى تدخل لسلطة العامة. أي أنه كذلك تلقائي التطبيق،وتحقق تلك التلقائية من ناحية رضاء الأطراف مقدما به وبالتالي التزامهم طوعا به، ومن ناحية أخرى ملامته لطبيعة ومقتضيات التعاملات عبر الشبكة. وتفصيل ذلك أن هذا الطابع التلقائي للقانون الالكتروني تجعله يتماشى مع الطبيعة الذاتية للتعامل على شبكة الإنترنت،وهي طبيعة تقوم على معطيات فنية وتكنولوجية، من وسائط متعددة لنقل المعلومات والبيانات،ونصوص محورية مرجعية، وترقيم للبيانات، أي تثبيتها على دعامات رقمية غير ورقية من ناحية أخرى فإن الطبيعة التلقائية لهذا القانون تجعله يحترم توقعات المتعاملين على الشبكة،فهم الذين أرسوا دعائمه ووضعوا قواعده الأولى، بممارساتهم وعاداتهم،وهو يجنبهم الخضوع للقوانين الوطنية التي يشوبها القصور وتعجز عن تقديم حلول تتفق مع أنماط معاملاتهم.

وأخيرا فإن الطبيعة التلقائية لهذا القانون تجعله قانونا مرنا تنبع قواعده من معطيات واقعية لتعكس حاجات المتعاملين عبر شبكة الدولية، وهي قواعد شديدة الحساسية والتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الافتراضي الذي تعمل فيه تلك الشبكة، من مؤثرات تكنولوجية أو اقتصادية أو حتي سياسية. متاح على الموقع التالي: http//www.dorraa net/vb/newreply.p.h.p ?do= newreply.116105

خاتمة

خاتمة :

تناولت هذه الدراسة واحدة من أهم المسائل القانونية و أكثرها تعقيدا في إطار المعاملات الالكترونية، وهي المسؤولية المدنية في سياق التعامل الالكتروني، و ما تثيره من تساؤلات و تحديات قانونية و يعود السبب إلى الأسلوب الجديد للتعبير عن الإرادة وإتمام الصفقات بمختلف أنواعها و تنفيذها عن بعد حتى في غياب الوجود المادي للعقد فهناك صعوبات و مشكلات ينطوي عليها التعامل عبر هذه الشبكة المفتوحة عالميا،مما يحتاج إلى جهد ووقت لمحاولة الوقوف على المردود الايجابي للتعامل عبر هذه الشبكة.

على أن البحث قد انتهى تحقيقا لما بدأ إلى أن الأحكام التقليدية لا يمكن أن تطبق كما هي على المسؤولية الالكترونية ،فالعقد و الفعل الضار المنشئ للمسؤولية الإلكترونية هو اتفاق يبرم و تعويض يتم عبر الإنترنت .وهذه الوسيلة لها خصوصيتها مما يستوجب مراعاة ذلك في الأحكام التي تسري عليه .

على أنه يمكن القول أن الإجابة على إشكالية موضوع هذه المذكرة بأن أحكام المسؤولية، بكافة جوانبها هي السلاح البارز الذي يتصدى به رجال القانون لمواجهة كل خطر يداهم أمن الفرد و حقوقه و يهدد استقرار الجماعة، لكن قواعد المسؤولية، رغم تطورها الدائم، قد كشفت عن قصورها النسبي في مواجهة المعاملات و الأخطار الالكترونية،فقد بدت الحاجة ماسة إلى توفير الحماية الوقائية للمواطن من تلك المخاطر، دون انتظار حدوث الخطأ ووقوع الضرر، ومصاعب الإثبات و كشف هوية المسؤول،ومما لا يتجادل فيه اثنان هوأن التشريع الوطني بمفرده عاجز عن التصدي لهذه المخاطر بحلول منعزلة، حيث يطفو تنازع الاختصاص التشريعي و القضائي، ذلك أن دولية العلاقة القانونية تقتضي دولية القواعد القانونية و لا يتأتى ذلك الا بوجود اتفاقية دولية تعبر عن نظام قانوني تلتزم بع الدول المتعاقدة عند وضع تشريعاتها الوطنية، حتى لا تختلف في أسسها و حلولها .

و أمام عدم كفاية و عجز معظم قواعد المسؤولية المدنية بالمفاهيم التي توصل إليها الفقه و القضاء للتطبيق على المسؤولية في المجال الكتروني ،نوجه دعوة للفقه–فقهاء القانون عامة و فقهاء الحاسوب و الانترنت خاصة – بمختلف مراتبه أولا ثم القضاء ثانيا

والمشرع ثالثا إلى تناول مختلف جزئيات المسؤولية الالكترونية،و عدم الوقوف عند الجوانب الفنية و التقنية البحتة،و إنما التوسع في الجانب القانوني من حيث المفاهيم و التسميات و الأخذ بالتجارب التشريعية الحديثة في هذا الخصوص .

- أما عن **مزايا** و **محدودية التعامل الالكتروني**

I. مزايا المعاملات الالكترونية بالنسبة للمجتمع:

1. **العمل عن بعد:** بفضل تطبيقات التجارة الالكترونية أصبح بالإمكان أن يقوم العديد من أفراد المجتمع بأداء أعمالهم من منازلهم من دون الحاجة إلى الذهاب إلى مكاتبهم، و هذا يوفر للمجتمع مزايا كثيرة منها تقليل حركة المرور في الشوارع و تقليل تلوث البيئة.

2. **تحسن معايير مستوى المعيشة:** انبثق عن تطبيقات التجارة الالكترونية بيع بعض المنتجات بأسعار أقل مما يساعد الأفراد و الفئات الفقيرة على شراء سلع أكثر، و بالتالي تلبية احتياجاتهم بشكل أفضل، مما يؤدي بدوره إلى رفع مستوى معيشتها .

3.توفير فرص العمل : مكنت تطبيقات التجارة الالكترونية الأفراد الذين يعيشون في الأماكن الريفية من الوصول إلى المنتجات و الخدمات التي تباع عبر المواقع الالكترونية و التي لم يكونوا على علم بها، و هذا يحفزهم على للسعي لتعلم مهن جديدة أو الحصول على شهادات جامعية.

II. محدودية التعامل الالكتروني :

يمكن تقسيم التعامل الالكترونيالذي يحد من انتشار التعامل الالكتروني الى فئتين هما :

❖ **المعيقات التقنية .**

1. مشاكل الحماية و الأمن و الجودة و الوثوقية ما تزال بحاجة الى وجود معايير معترف بها عالميا .

2. سرعة الاتصالات ما تزال غبر كافية لمتطلبات تطبيقات التجارة الالكترونية.

3. أدوات تطوير برمجيات التجارة الالكترونية مازالت في مراحلها الأولى

4. الصعوبات التقنية المتصلة بتكامل تقنيات الانترنت و برمجيات التجارة الالكترونية مع الأنظمة المستخدمة حاليا على نطاق واسع كقواعد البيانات و غيرها.

5. التكلفة العالية لمشاريع التجارة الالكترونية التي لا يمكن للشركات الصغيرة تحملها.

6. الوصول إلى الانترنت مازال مكلفا أو غير مناسب لتطبيقات التجارة الالكترونية.

7. المشاكل المتعلقة بعملية تنفيذ الطلبات التي تتطلب كفاءة عالية لا يمكن أن تتم بدون مخازن محوسبة

❖ **المعيقات التنظيمية و البيئية.**

1. الاهتمام بالأمن و الحماية و الخصوصية من أهم القيود التي تعيق استخدام التجارة الالكترونية، حيث توجد حالات كثيرة يتم من خلالها الاحتيال و الخداع و الغش.

2. عدم توفر الثقة في عمليات التجارة الالكترونية لكون البائع و المشتري لا يتعاملان مع بعضهما البعض بشكل مباشر، و إنما من خلال الشبكة.

3. عدم حل العديد من القضايا المتعلقة بالسياسات القانونية و العامة كالضرائب و غيرها.

4. القوانين الحكومية و الدولية تشكل أحيانا عائقا أمام استخدام تطبيقات التجارة الالكترونية، لكون البيئة القانونية في معظم دول العالم الثالث ما تزال قاصرة عن مواكبة التطورات التقنية في هذا المجال.

5. عدم وجود منهجيات واضحة لتقييم و قياس فوائد التجارة الالكترونية.

6 أنماط الشراء لدى العديد من المستهلكين الذين يفضلون لمس المنتج و تحسسه قبل شرائه بالإضافة إلى مقاومة المستهلكين لعملية التحول من المتجر المادي إلى المتجر الافتراضي، والتحول من العمليات الورقية إلى العمليات الالكترونية.

- **بعض التوصيات :**

1- الاهتمام بصياغة قانون متكامل بخصوص التجارة الالكترونية يعالج كافة جوانبها بصورة وافية بما يحقق رأب الفراغ التشريعي القائم في هذا المجال

2- العمل على زيادة عدد المستخدمين لشبكة الانترنت عن طريق محو الأمية الكمبيوترية، و نشر الثقافة المعلوماتية بين مختلف المستويات تشجيعا لاستخدام الانترنت في التسوق و عقد الصفقات التجارية .

3- قيام المصارف بالاشتراك في التجارة الالكترونية و فتح فروع لها على شبكة الانترنت تقوم بعمليات الدفع و التحويل النقدي بصورة متميزة لتحقيق الأهداف المرجوة منها .

4- تنظيم مسائل ووسائل التوقيع الالكتروني، و الاتصالات و التشفير،و الترميز، وكذا تحديد مسؤوليات الأفراد و الأشخاص القائمين على إدارة البيانات و المعلومات و الاتصالات.

5- إجراء تعديلات ضرورية في القوانين الحالية كالقانون المدني،و القوانين المتصلة بالشهر و التوثيق، و كذا القوانين ذات الصلة لتتواءم مع طبيعة التجارة الالكترونية و انتشار استخدامها.

- **بعض التوصيات :**

- الاهتمام بصياغة قانون متكامل بخصوص المعاملات الالكترونية يعالج كافة جوانبها بصورة وافية بما يحقق رأب الفراغ التشريعي القائم في هذا المجال

- العمل على زيادة عدد المستخدمين لشبكة الانترنت عن طريق محو الأمية الكمبيوترية، و نشر الثقافة المعلوماتية بين مختلف المستويات تشجيعا لاستخدام الانترنت في التسوق و عقد الصفقات التجارية .

- قيام المصارف بالاشتراك في التجارة الالكترونية و فتح فروع لها على شبكة الانترنت تقوم بعمليات الدفع و التحويل النقدي بصورة متميزة لتحقيق الأهداف المرجوة منها.

- تنظيم مسائل ووسائل التوقيع الالكتروني، و الاتصالات و التشفير، والترميز، وكذا تحديد مسؤوليات الأفراد و الأشخاص القائمين على إدارة البيانات و المعلومات والاتصالات.

- إجراء تعديلات ضرورية في القوانين الحالية كالقانون المدني،و القوانين المتصلة بالشهر و التوثيق، و كذا القوانين ذات الصلة لتتواءم مع طبيعة التجارة الالكترونية و انتشار استخدامها.

و نتمنى أخيرا أن نكون قد وفقنا في إبراز الإشكاليات التي يطرحها التعامل الالكتروني في المجال القانوني عامة،على لصعيد القانون المدني و كذا الدولي الخاص خاصة، ونأمل في إيجاد الحلول الشاملة و المناسبة لها في القريب العاجل فيكون التقدم التكنولوجي حافزا هاما يساهم في تطوير القوانين و ليس عائقا يحول دون تطبيقها.

ملحق

ملحق :

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا : المراجع باللغة العربية

I. المراجع العامة

1- إبراهيم،عبد الرحمن إبراهيم، علم أصول الفقه الإسلامي، الطبعة الأول، مكتبة دار الثقافة ،عمان ،1999 .

2- أحمد الزقرد، الحماية المدنية من الدعاية التجارية الكاذبة أو المضللة،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية،2007 .

3- أنور سلطان ، الموجز في مصادر الالتزام ، منشأة المعارف، الإسكندرية 1996 .

4- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1999

5- جابر محجوب على ،خدمة ما بعد البيع المنقولات الجديدة ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية 1998 .

6- جلال علي العدوي، الموجز في مصادر الالتزام،منشاة المعارف ،بدون طبعة ، سنة 1995

7- الجمّال مصطفى، النظرية العامة للالتزام، الدار الجامعية- الإسكندرية -دون طبعة، سنة1987 ..

8- جمعة عبد المعين لطفي، موسوعة القضاء في المسؤولية التقصيرية والعقدية، الكتاب الثاني، عالم النشر، القاهرة،

9- حسام الدين كامل الأهوانى، "النظرية العامة للالتزام ـ الجزء الأول ـ مصادر الالتزام"، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، 1995 .

10- حسن علي الذنون، د. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، مصادر الالتزام، دار وائل للنشر، عمان، 2002م، ج1.

11- خليل أحمد حسن قدادة ،الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول،مصادر الالتزام،الطبعة الثانية 2005،ديوان المطبوعات الجامعية –الساحة المركزية–بن عكنون– الجزائر.

12- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الإلتزام، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 1994.

13- دسوقي، محمد إبراهيم، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر،دون طبعة،الإسكندرية، مؤسسة الثقافة الجامعية للنشر والتوزيع .دون سنة نشر

14- رجب كريم عبد أللاه، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ،دار النهضة العربية للطبع و النشر و التوزيع،القاهرة، سنة 2000.

15- سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، دون طبعة، سنة2004.

16- سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ، في العقود المسماة ، عقد البيع ،1990.

17- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،في الالتزامات،في الفعل الضار، المسؤولية المدنية، المسؤولية المفترضة، المجلد الأول، الطبعة الخامسة،القاهرة، مصر،1992.

18- عبد الرازق السنهوري، الوسيط في القانون المدني .الجزء الأول .تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف الإسكندرية، دون طبعة، سنة 2004 .

19- عبد الرزاق السنهوري ،الوسيط ،العقد،الجزء الأول ، المجلد الأول ، دار النهضة العربية،1981 .

20- عبد الرزاق السنهوري،نظرية العقد، كتبة الحلبي الحقوقية،الطبعة الأولى، سنة النشر1998.

21- عبد الرسول عبد الرضا، د.جمال فاخر النكاس، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، مصادر الالتزام والإثبات، بدون طبعة ، بدون سنة.

22- عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض،القاهرة ،2004 .

23- عبد الفتاح عبد الباقي،مصادر الالتزام في القانون الكويتي،بدون طبعة، سنة 1983.
24- عبد القادر الفار، مصادر الالتزام، مصادر الحق الشخصي في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004م،

25- عبد المنعم إبراهيم، حماية المستهلك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
26- عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام،دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري،دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1979.

27- عدنان السرحان، د. نوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية – الالتزامات- دار الثقافة و النشر، الطبعة الأولى،عمان، الأردن،2000
28- العدوي جلال علي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف الإسكندرية ، دون طبعة، سنة 1997.
29- عدوي مصطفى عبد الحميد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام . مطبعة حمادة الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، سنة1996
30- علي الفيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة،سنة ، بدون طبعة ، 1997
31- علي علي سليمان ــ دراسات في المسؤولية المدنية ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 1984.
32- القليوبي سميحة، الأوراق التجارية ، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة،سنة 2006.

33- القيسي عامر قاسم أحمد، الحماية القانونية للمستهلك، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى ،2002.
34- محسن شفيق ، مسؤولية المنتج ، دراسة في قانون التجارة الدولية ،1977 .
35- محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقى للمفاوضات العقدية، الناشر دار النهضة العربية.طبعة 1998
36- محمد حسين منصور ، ضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، دار الجامعة الجديدة ، 2004.

37- محمد شكري سرور ، شرح احكام البيع ، دار النهضة العربية ،1997.
38- محمد صبري السعدي،شرح القانون المدني الجزائري،دار الهدى، الطبعة الثانية،2004،الجزء الثاني.

39- محمد علي الجواد، العقود الدولية ،مفاوضاتها إبرامها تنفيذها ،دار الثقافة للنشر و التوزيع،بدون طبعة وبدون سنة النشر.
40- محمد لبيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام ،دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1999.
41- محمد لبيب شنب، موجز في مصادر الالتزام، دون دار نشر،بيروت،لبنان،سنة1969.

42- محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، المصادر غير الإراديـــة، مطبعة دار الكتب دمشق، 1978.

II. المراجع المتخصصة

43- اليأس نصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، سنة2009.

44- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت 2003.
45- أحمد خالد ألعجولي، التعاقد عن طريق الانترنيت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002
46- أحمد شرف الدين،عقود التجارة الالكترونية، دروس الدكتوراه لدبلومي القانون، الخاص وقانون التجارة الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة،2000 .
47- أسامة أبو الحسن مجاهد .التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية –مصر– 2005 .
48- أسامة أبو الحسين مجاهد،خصوصية التعاقد عبر الانترنت،دار النهضة العربية للنشر و التوزيع و الطباعة ،القاهرة، 2000

49- أسامه عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات ، الطبعة الثالثة ،دار النهضة العربية ، 1994.

50- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005.

51- برهم نضام إسماعيل، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان ،الأردن ، الطبعة الأولي ،سنة 2005 .

52- بشار محمد دودين و محمد يحيى المحاسنة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2006.

53- البغدادي كميت طالب، الاستخدام غير المشروع لبطاقة الإئتمان المسؤولية الجزائية والمدنية ، ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ،عمان ، الطبعة الأولى، سنة 2008.

54- جلال عايد الشورة ، وسائل الدفع الالكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الطبعة الأولى. 2008

55- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية، سنة 2000 .

56- الحسيني عمر الفاروق، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي و أبعادها الدولية، دراسة مقارنة ، القاهرة، مصر،، الطبعة الثانية،سنة 1994.

57- الحمود فداء يحيى أحمد، النظام القانوني لبطاقة الائتمان، ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى ،سنة 1999.

58- خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

59- خالد ممدوح ابراهيم ، التقاضي الالكتروني،دار الفكر الجامعي- الإسكندرية، الطبعة الأولى،سنة 2008 .

60- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2005،

61- الخليل عماد علي، الحماية الجزائية لبطاقة الوفاء، ،دار وائل للطباعة والنشر، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2000 .

62- داود، حسن طاهر، جرائم نظم المعلومات، الرياض،أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية.

63- رضوان فايز نعيم ، بطاقات الوفاء ، مكتبة الجلاء بالمنصورة، 1999.

64- زريقات عمر خالد، عقد البيع عبر الإنترنت – عقود التجارة الإلكترونية – دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى ،الأردن، دار الحامد للنشر والتوزيع ودار الراية للنشر والتوزيع ، سنة2007

65- سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، ماهيته وصوره وحجيته في الإثبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،2004 .

66- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.

67- الشورة جلال عايدة، وسائل الدفع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، سنة 2008 .

68- صالح المنزلاوى، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية،دار الجامعة الجديدة للنشر، سنة 2008.

69- ضياء أمين مشيمش، التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة، منشورات صادر الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة النشر غير مذكورة .

70- طوني ميشال عيسى،التنظيم القانوني لشبكة الانترنت،صادق للنشر،بيروت، الطبعة الأولى، سنة 2001.

71- عايد رجا الخلايلة ،المسؤولية التقصيرية الالكترونية ،المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب و الانترنت – دراسة مقارنة– الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان، 2009.

72- عبد الرحمن السند، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية، دار الوراق، الرياض، 2004.

73- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي بالإسكندرية، سنة2004.

74- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2003م.

75- العلبي أنس، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ،سنة 2005 .

76- غنام شريف محمد ، محفظة النقود الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ، مصر ، 2007 .

77- قدري عبد الفتاح الشهاوي، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة.

78- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحور الإلكتروني ، دار الثقافة ، عمان،2005.

79- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنت،الدار العلمية للنشر و التوزيع، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان- الأردن، الطبعة الأولى، سنة2002.

80- محمد إبراهيم أبو الهيجاء،عقود التجارة الالكترونية،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الأولى،سنة2005،

81- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2004.

82- محمد حسن رفاعي العطار،البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة،الطبعة الأولى،سنة2007.

83- محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة –الاسكندرية –سنة 2007.

84- محمد صالح سالم،العصر الرقمي و الثورة المعلوماتية،دراسة في نظم المعلومات و تحديث المجتمع،عين للدراسات و البحوث الإنسانية والاجتماعية،الطبعة الأولى، 2002 .

85- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الانترنت،دار النهضة العربية، القاهرة،جمهورية مصر العربية،2002.

86- محمد فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنيت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة2002 .

87- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية،دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،الطبعة الثانية.،سنة 2008،

88- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، جرائم الانترنت و الحاسب الالي ووسائل حمايتهما، دار الفكر العربي الاسكندرية،مصر، 2004،

89- منير محمد الجنبيهي وممدوح محمد الجنبيهي، التوقيع الالكتروني وحجيته في الإثبات،،دار الفكر الجامعي.الطبعة الأولى سنة 2004

90- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

91- نعيم مغبغب، مخاطر المعلوماتية و الانترنت، المخاطر على الحياة الخاصة و حمايتها، دراسة في القانون المقارن، لم يرد ذكر لدار النشر، بيروت، لبنان،1998.

92-نهلا عبد القادر المومني، الجرائم المعلوماتية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.

93- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية،دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية-دار شتات للنشر والبرمجيات،مصر،طبعة 2009.

94- وسيم شفيق الحجار، الإثبات الإلكتروني، مكتبة صادر ناشرون، بيروت لبنان،2002 .

95- يوسف أبو الحجاج،التسويق الالكتروني،دار الوليد للنشر،بدون طبعة، سنة 2010

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية

I. Ouvrages généraux:

1- (B). Lassale , Les pourparlers, R.R.J, 1994, et Cf. Lucas (A). La protection des créations[1] abstraites, paris, 1975

2- Le tourneau;Lobligation de renseignement ou de conseil, DALLOZ 1987.

3- Nour Eddine TERKI ,Les obligations, Responsabilité civil et Régime général ,OPU , 1982.

4- Cf. (D) Mazeaud. Mystères et paradoxes de la période pré-contractuelle, in Mél. (J) -Ghestin,2001.

5- Cf.(J.F)Lusseau. La promesse unilatérale de vente immobilière, R.TD.civ, 1977et s , Azencot. La promesse unilatérale de vente, jcp 1992.

6- Cf..JOURDAIN(P).La bonne foi dans la formation des contrats, Trav.Ass.(H) Capitant, 1992.

7- DELEBECQUE Philippe et PANSIER Frédéric-Jerome, Droit des obligation .**LITEC** .1997.

8- Ewan Mckendrick, *Contract Law,* London: Macmillan Press Ltd., 1997

9- Jean Carboonier ,Droit civil,-4- Les obligations Unibersitaires de 4th edition,France,Paris, 1982,

10- Patrice JOURDAIN ,Les Principes de la responsabilité civil, connaissance de droit, Dalloz Périodique,2nd édition, France ,Paris,1994

11- V.Ghestin (J) conformites et garantie dans la vente –L.G.D.j 1983.

III. Ouvrages spécialisés:

1- (F) Moreau. La protection du consommateur dans les contrats à distance, /2002.

2- Beaure D.Augeres.Paiement numérique sur internet.1997.

3- Cf (ph)Le Tourneau. Contrats Informatiques et Electroniques,

4- É. MONTERO, "La responsabilité des prestataires intermédiaires sur les réseaux", n° 527

5- F.Mishkin Economics of money, Banking, Financial Markets, Addison-Wesley,1998.

6- Guide Permanent Droit et Internet, E 3.13, Responsabilité de l´éditeur, mars 2002, Éditions Législatives, nº 1.

7- HELLEINER, Eric, (1998); Electronic money: a challenge to the sovereign state? Journal of international affairs.

Le Tourneau ,Contrats informatiques et électroniques, Dalloz ,2006.

8- Luc GRYNBAUM, "LCEN. Une immunitée relative des prestataires de services Internet",
9- LUCAS, J DEVÈZE et J. FRAYSSINET, Droit de l´informatique et de l´internet, 1 édition, 2001, PUF, Paris, n° 699,
10- M. ANTOINE, A. CRUQUENAIRE et d´autres, Commerce électronique européen sur les rails, 1re édition, 2001, Bruylant, Bruxelles, n° 526
11- MOSTAFA HASHEM SHERIF & Ahmed SERHROUCHNI, "la monnaie "électronique" édition Eyrolles, Paris, 1999.
12- TORTELLO Nicole et LOINTIER Pascal :Internet Pour les juristes, **DALLOZ** 1996.

الأبحاث و المؤتمرات القانونية

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل،" توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر"، بحث مقدم في مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد بتاريخ 12مايو 2003، المجلد الخامس.

2- أحمد جمال الدين موسى، النقود الالكترونية وتأثيرها على المصارف المركزية في إدارة السياسة النقدية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، الذي عقد خلال الفترة الممتدة من (26–28) أبريل 2001.

3- محافظ الشرطة مصطفاوي عبد القادر في الندوة الدولية حول الجرائم الالكترونية، من تنظيم مركز الأبحاث القانونية و القضائية لوزارة العدل يومي 05–06 ماي 2010.

4- البداينة ذياب ،جرائم الحاسب والإنترنت، أبحاث الندوة العلمية لدراسة الظواهر الإجرامية المستحدثة وسبل مواجهتها، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، تونس، (93–124).

5- تعليق على مداخلة الدكتور يايسي فريد في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الالكتروني المباشر– الجزائر في 2005/12/14 ، جريدة الخبر الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005.

6- دنوني هجيرة، قانون المنافسة وحماية المستهلك، ملتقى الحماية القانونية في مجال الاستهلاك، كلية الحقوق، جامعة وهران، 14و15 ماي 2000.

7- المؤتمر العلمي ألمغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009 عنوان المداخلة التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، إعداد الأستاذة ناجي الزهراء أستاذة القانون التجاري / جامعة بـــــومرداس الجزائر 2009-2010

8- المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، تحت شعار: نحو قانون مغاربي نموذجي للمعلومات، ورقة مقدمة بعنوان"دور التحكيم الإلكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية"، المحور الثالث "المعلوماتية ووسائل تسوية المنازعات"، مقدمة من الباحثة أ.هند عبد القادر سليمان، قسم الحاسوب – جامعة المرقب ، بالجماهيرية الليبية أنظر الموقع الالكتروني الخاص بالباحثة hanade_abdoo@yahoo.com

9- المحمد عماد الدين :طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، موقع المؤتمر التجاري الدولي، متاح :http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp،2008/8/12.

10- هيثم عبد الرحمن البقلي.__التحكيم الاليكتروني كأحد وسائل تسويه المنازعات."ورقة مقدمة للجمعيه المصرية لمكافحه جرائم المعلوماتيه والانترنت"نقلا عن موقع www.kenanaonline.com

11- لقاسم النعيمية. التجارة الإلكترونية بين الواقع والحقيقة .كلية الاقتصاد– جامعة دمشق–

http://www .arablaw.org

12- بعنوان التسويق الإلكتروني هل يحقق الحلم، الموقع العربي المصري باب. WWW.BAB.COM

Textes tirés de sites Internet :

1- Th. VERBIEST et P. REYNAUD, "Comment exercer un droit de réponse sur l´internet?", disponible à l´adresse: www.droit-technologie.org, 22 mai Pierre TRUDEL, La responsabilité civile sur Internet selon la loi concernant 1- le cadre juridique des technologies de l'information, 2001, p. 18, disponible à l'adresse www.crdp.umontreal.ca/cours/drt6929f/Resp.2006.
2- Rafal Morek: Online Arbitration: Admissibility within the current legal framework, www.odr.info/Re%20greetings.doc, 22/8/2008.
3- E. CAPRIOLI, "Responsabilité des prestataires du commerce électronique et conservation de données aux fins de traçabilité", 2003, et s, disponible à l´adresse: www.caprioli-avocats.com

المجلات القانونية

1- ثناء أبا زيد، واقع التجارة الإلكترونية والتحديات التي تواجهها عربيًا ومحليًا، مجلة جامعة تشرين للدراسات و البحوث العلمية ،سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد27 العد د 4، 2005 ، 2008/8/20.

2- طارق كميل، مقدموا خدمات المصادقة الالكترونية،التنظيم القانوني واجباتهم ومسؤولياتهم، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية،المجلد 5،العدد3،أكتوبر2008،

3- محمد أخياط، بعض التحديات القانونية التي تثيرها التجارة الالكترونية، مجلة الإشعاع، عدد 25، السنة 2000

4- محمد عرسان أبو الهيجاء و علاء الدين فواز الخصاونة، المسؤولية التقصيرية لمزودي خدمات النترنت عن المحتوى غير المشروع،دراسة في التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية لسنة 2000و القانون الفرنسي،مجلة الشريعة و القانون،العدد 42،أبريل 2010

5- الطروانة مصلح أحمد والحجايا نور حمد، التحكيم الالكتروني، مجلة الحقوق، عد د1 ، سنة 2003 مجلد2

6- طارق كميل، مقدمو خدمات المصادقة الالكترونية،التنظيم القانوني واجباتهم ومسؤولياتهم، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية و القانونية،المجلد 5،العدد3،أكتوبر2008،

Articles tirés de périodiques :

1- Cf.(R) Baillod. Les lettres d'intention, R.T.D.com, 1992.

2- (j.p) Vertel. Les Lettres d'intention, Rev. Banq, 1986.
3- (G) Penichin. La Lettre d'intention, D.P.C.I, 1979.

الرسائل العلمية الجامعية

1-رجاء نظام حافظ بني شمسه، مذكرة الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة،جامعة النجاح الوطنية.

2-يتوجي سامية،مذكرة التحكيم الالكتروني، جـــامعة محـــمد خيضر ــ بسكـــرة ــ سنة 2008-، 2009 .

3-عزة محمود احمد خليل، في فيروس الحاسب و مضمون الالتزام بضمان التعرض، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب ، رسالة الدكتوراه ، حقوق القاهرة ، 1994.

4-السيد بدوي،النظرية العامة لحسن النية في المعاملات المدنية،رسالة دكتراه،جامعة القاهرة،سنة 1989.

5-عبد الله ليندة، النظام القانوني لبطاقة الدفع رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة جيجل، 2005، 2006.

6-السيد بـــدوي، النظرية العامة لحسن النية في المعاملات المدنية (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة)، 1989.

7-عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني،رسالة دكتوراه ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان.

8- عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني،رسالة دكتوراه ،دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع،عمان.

Thèses / mémoires

1- AUYRS ,L'application du droit de la presse au Reseau,Internet, J.C.P.1998,Doct,

2- M. GUILLARD, "Responsabilité des acteurs techniques de l´internet", mémoire Université de panthéon Assas Paris 2,2002-2003

مواقع الكترونية تم الرجوع اليها

- مقابلة زيد نبيل :التحكيم الالكتروني، متاح في
: www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=81
- برهان سمير :اتفاق التحكيم في التجارة الالكترونية، مقال بعنوان صياغة و إبرام عقود التجارة الدولية،، أنظر الموقع التالي:
- http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029771.pdf
- هند عبد القادر سليمان، hanade_abdoo@yahoo.com
- عِمَاد الدِّين المُحمَّد, عِمَاد الدِّين المُحمَّد, طبيـــعـــةُ وأنـــماطُ التـــَّحكيمِ معَ التركيز على التحكيم عبر الإنترنت , http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/emad%20aldin%20mohamed.pdf
- . توجان فيصل الشريدة, ماهية وإجراءات التحكيم الإلكتروني كوسيلة لفض منازعات التجارة الالكترونية أنظر الموقع التالي :
- http://slconf.uaeu.ac.ae/papers/n3/tojan%20alshrida.pdf
- هيثم عبد الرحمن البقلي, التحكيم الالكتروني كأحد وسائل تسويه المنازعات عن موقع : http://www.kenanaonline.com/blog/76756/page/3
- عرب للقانون www.arablawinfo.com
- ستار تايمز / شؤون قانونية www.startimes2.com
- الموسوعة الحرة ويكيبديا www.wikipedia.org
- موقع مجلة الأمن الإلكترونية http://safola.com/security.chtml
- و موقع صحيفة الجزيرة – القرية الإلكترونية

http://www.al-jazirah.com/2000/may/6/ev.htm#evt3

- يونس عرب، مقال بعنوان جرائم الكمبيوتر و الانترنت،

http//www.arablaw. org/Computer/ Crime.htm

يونس عرب، المخاطر التي تهدد الخصوصية و خصوصية المعلومات في العصر الرقمي،موقع :http//www.arablaw. org/ELECTRONIC20/ World

- يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات.www.arablaw.org
- بحث علمي قانوني مقدم لنيل لقب أستاذة في المحاماة،إعـــــداد المحاميـــــــة دينا محمود حبّال،إشراف الأستاذ المدرب نـــــــزار سعيـــــــد رشيـــــــد البـــــــارودي،لعام 2007

http://forum.palmoon.net/topic-243-124.html

Site Web :

- www.foruminternet.org/texte/documents/chartes-codes-labels /lire. et www.ispa.bi/fr/c040202.html.

- technologie de l'information et relative à la signature électronique,JO, 14/03/2000,P.2968 . www.journal-officiel.gouv.fr
- Murielle cahin, le consentement sur internet, www.droit- intic.com , 18/03/2004 - voir aussi- Hassler ,Preuve de l existence d un contrat et internet, les Petites affiches, 1999
- Anna Kazimierska, "The remedy of avoidance under the Vienna Convention on the international sale of goods", Warsaw 1999, Internet Web sites - Last updated May 26, 1999 "http:// cisgw3. Law. pace. edu/cisg /biblio/Kazimierska. html" Reproduced with Permission of the author.
- Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobil (m-commerce): un cadre juridique mal défini,
- www.droit-technologie.org,.
- http://www.najah.edu/modules/graduates/graduates.php?hint=2&id=5171604&l=ar

http://saberammar.net/b/cx.doc
WWW.alex bank.com/nashra.html

WWW.newsofcd.com/page.ap

القوانين و القرارات و الأحكام القضائية

- الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27جمادى الثانية عام 1421هـ الموافق26غشت سنة 2003، يتعلق بالنقد والقرض، جريدة رسمية عدد 52، المؤرخة في 27غشت سنة 2003.
- الأمر 75-58 لـ 26 سبتمر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.
- قانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض ج ر ع 64.
- الأمر 05-06 المؤرخ بـ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، ج ر ع، 59.
- القانون رقم2000/719متعلق بتعديل بعض أحكام القانون المتعلق بحرية الصحافة و الاتصالات رقم 86/1067الصادر بتاريخ 30 أيلول 1986.
- 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.
- المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 98-257المؤرخ في 25غشت 1998و الذي يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها
- الأمر 05-02 المعدل والمتمم للأمر 75-59 لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ج رع 11

- المحكمة العليا، غ.م، 1999/10/24، ملف رقم 191705، م.ق، 1999، العدد2، ص 95.
- نقض تجاري فرنسي، 1978/10/03، Bull.civ، 4.
- أستئناف باريس (Paris)، 1976/11/19، Dalloz، I .R.
- المحكمة العليا، الغرفة المدنية 1983/03/30 ملف رقم 27429،المجلة القضائية 1989عدد1.
- نقض جلسة 1983/6/8، الطعن رقم 365 لسنة 50 قضائية، مجموعة المكتب الفني، س34
- نقض جلسة 1982/5/23، الطعن رقم 1432 لسنة 48 قضائية، مجموعة المكتب الفني، س33
- نقض جلسة 1989/5/18، الطعن رقم 1702 لسنة 56 قضائية، مجموعة المكتب الفني، س40 جـــ2
- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil et La loi n° 2000-230 du 13 mars
-
- Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil et La loi n° 2000-230 du 13 mars
- Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l’information et relative à la signature électronique,JO, 14/03/2000,P.2968 . www.journal-officiel.gouv.fr
- Directive du 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 des Communautés européennes, 22/6/2001, L. 167/10.
- Droit No 98-389 du mai 1998 relative de la responsabilité du fait des produit défectueux
- Th. VERBIEST et É. WÉRY, "La responsabilité des fournisseurs de services internet , Derniers développement jurisprudentiels", Journal des Tribunaux, 2001.

الفهرس

الفهرس

مقدمة 1
الفصـــل الأول : المســـؤوليـــة العـــقديـــة الالكترونيـــة..... 9
المبحث الأول : التفاوض الالكتروني 10
المطلب الأول: الجوانب القانونية لمرحلـــة المفاوضات العقدية في العقد المبرم عن بعد 11
الفرع الأول: تحديد ماهية التفاوض 11
البند الأول: تعريف التفاوض 11
البند الثاني:خصائص التفاوض 12
البند الثالث: أشكال التفاوض 14
الفرع الثاني: تحديد وقت التفاوض و أهميته بالنسبة للعقد. 17
البند الأول : تحديد الوقت الذي يستغرقه التفاوض. 17
البند الثاني : أهمية التفاوض بالنسبة للعقد المزمع إبرامه 17
البند الثالث: صور الخطأ في التفاوض 18
الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية عن التفاوض 20
المطلب الثاني: حسن النية في التفاوض. 20
الفرع الأول: الالتزام بالإعلام obligation de renseignements:..... 22
الفرع الثاني : الالتزام بالنصح و التعاون. 25
المطلب الثالث: الوعد بالتعاقد و التعاقد بالعربون عبر الانترنت. 27
الفرع الأول : الوعد بالتعاقد عبر الانترنت 27
الفرع الثاني:التعاقد بالعربون عبر الانترنت. 30
المبحث الثاني : إبرام المعاملات الالكترونية. 33
المطلب الأول : التراضي في المعاملات الالكترونية 35
الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني. 36
الفرع الثاني: القبول الالكتروني. 40
المطلب الثاني: صحة التراضي في المعاملات الالكترونية. 43

الفرع الأول: الغلط في إبرام المعاملة الالكترونية. 43
الفرع الثاني: التدليس و الإكراه في إبرام المعاملة الالكترونية..... 45
الفرع الثالث: أهلية وصفة التعاقد : 47
المطلب الثالث: توثيق المعاملات الالكترونية و مسؤولية سلطات الموثوقية..... 47
الفرع الأول: التوقيع الالكتروني:..... 48
الفرع الثاني: مسؤولية سلطات الموثوقية (التصديق الإلكتروني)..... 56
البند الأول: العناصر المشكلة لوظائف الموقع. 57
البند الثاني : واجبات مقدمي خدمات المصادقة والمسؤولية التي تقع على عاتقهم:58
المبحث الثالث : هل في تنفيذ المعاملات الالكترونية خصوصية معينة؟ 72
المطلب الأول: تنفيذ الالتزام الالكتروني ''القواعد العامة ''. 72
الفرع الأول: طبيعة الالتزام الالكتروني ومسؤولية الإخلال به..... 73
البند الأول : الالتزام بتحقيق غاية أو نتيجة: 73
البند الثاني: الالتزام ببذل عناية أو بوسيلة:..... 74
الفرع الثاني : وقف العقد و الدفع بعدم التنفيذ. 75
المطلب الثاني: المسؤولية عن التسليم و الضمان الالكتروني 77
الفرع الأول : المسؤولية عن التسليم الالكتروني..... 77
الفرع الثاني: الضمان الالكتروني. 83
المطلب الثالث: المسؤولية عن الوفاء الالكتروني. 86
الفرع الأول: مفهوم الوفاء أو الدفع الالكتروني. 87
الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني 90
البند الأول: الدفع عن طريق التحويل الالكتروني 90
البند الثاني: الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte 90
البند الثالث : بطاقة الائتمان : 91
البند الرابع : النقود الالكترونية: 92
البند الخامس : الشيكات الالكترونية:..... 94

الفرع الثالث: المسؤولية المدنية الناشئة عن استخدام بطاقة الوفاء كأداة دفع حديثة 95
البند الأول : مسؤولية حامل البطاقة:..... 100
البند الثاني : المسؤولية المدنية للبنك المصدر لبطاقة الوفاء 102
البند الثالث : المسؤولية المدنية للتاجر عن استخدام بطاقة الوفاء..... 105
الفصـــل الثـــاني : المســـؤولية التقصيـريـــة المتأتيـــة عن ســوء اســـتخدام الأنتـــرنت و طرق تسوية المنازعات الإلكترونية 108
المبحث الأول: أركان المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الانترنت و قواعد المسؤولية التقصيرية..... 109
المطلب الأول: الخطأ المنشئ للمسؤولية التقصيرية التقليدية و صور هذا الخطأ في المسؤولية محل الدراسة 110
الفرع الأول : مفهوم الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية التقليدية..... 111
الفرع الثاني : صور الفعل الضار في المسؤولية محل الدراسة. 114
البند الأول : الخطأ في تصميم البرنامج : 115
البند الثاني: الخطأ في تشغيل البرنامج : 115
البند الثالث : التجسس الالكتروني:..... 116
البند الرابع : القرصنة الالكترونية 119
البند الخامس : الإتلاف الالكتروني :..... 120
الفرع الثالث: الحد الذي يتلاءم فيه مفهوم الفعل الضار في المسؤولية التقصيرية التقليدية عنه في المسؤولية الالكترونية 121
المطلب الثاني: الضرر في المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام الانترنت..... 123
الفرع الأول : مفهوم الضرر 124
الفرع الثاني : صور الضرر في المسؤوليـــة الناشئـــة عن إساءة استخـــدام الانترنت 130
الفرع الثالث :الحد الذي يتلاءم فيه مفهوم الضرر في المسؤولية التقصيرية التقليدية عنه في المسؤولية الالكترونية. 137

المطلب الثالث: علاقة السببية بين الفعل الضار المرتكب و الضرر..... 140
الفرع الأول: مفهوم علاقة السببية 140
الفرع الثاني: إثبات العلاقة السببية..... 144
المبحث الثاني: مسؤولية مقدمي الخدمة الوسيطة في الانترنت..... 148
المطلب الأول: طبيعة مسؤولية مقدمي الخدمة الوسيطة على الانترنت..... 148
الفرع الأول :البعد الجنائي و البعد المدني لمسؤولية الوسطاء. 149
الفرع الثاني : المسؤولية القائمة على الخطأ الثابت..... 152
المطلب الثاني: مسؤولية موردي المحتوى ألمعلوماتي و متعهد الإيواء. 154
الفرع الأول : مسؤولية موردي المحتوى ألمعلوماتي..... 154
الفرع الثاني: مسؤولية متعهد الإيواء:..... 158
المطلب الثالث: مسؤولية متعهد الوصول و ناقل المعلومة..... 163
الفرع الأول : مسؤولية متعهد الوصول..... 163
الفرع الثاني: مسؤولية ناقل المعلومات:operateur- transporteur 167
المبحث الثالث: تسوية المنازعات الالكترونية. 170
المطلب الأول: التحكيم الالكتروني..... 172
الفرع الأول : أهمية التحكيم في المجال الالكتروني 173
البند الأول : أبعاد التحكيم الإلكتروني 174
البند الثاني : مبادئ التحكيم الالكتروني 174
البند الثالث : أسس التحكيم الالكتروني 175
البند الرابع : هيئات التحكيم الإلكتروني (مصادر أحكام التحكيم الإلكتروني) 175
الفرع الثاني : إجراءات التحكيم الالكتروني..... 180
البند الأول: إجراءات عرض النزاع على التحكيم الإلكتروني..... 180
البند الثاني : صدور حكم التحكيم الإلكتروني و توثيقه 188
المطلب الثاني : إجراءات رفع الدعوى الكترونيا. 191
الفرع الأول : الشروط القانونية لرفع الدعوى الكترونيا. 192
البند الأول : بيانات صحيفة الدعوى الالكترونية : 192

البند الثاني : رفع الدعوى الالكترونية و قيدها : 193
الفرع الثاني:استخدام التكنولوجيا في إجراءات التقاضي..... 195
الفرع الثالث : الإجراءات الفنية لرفع الدعوى الكترونيا. 196
البند الأول : المعيار المستخدم في إرسال مستندات التقاضي الالكترونية : .. 196
البند الثاني: الأجهزة التي يحتاجها المتقاضي للقيام برفع الدعوى الكترونيا : 197
البند الثالث :الخطوات اللازمة لرفع الدعوى الكترونيا : 197
المطلب الثالث : القانون الواجب التطبيق 199
الفرع الأول: قانون المسؤولية العقدية الالكترونية :..... 200
الفرع الثاني:قانون المسؤولية التقصيرية الالكترونية 204
الفرع الثالث : القانون الموضوعي الالكتروني 206
خاتمة..... 208
ملحق 213
قائمة المراجع..... 217
الفهرس 234

ملخص

إن الجوانب الايجابية التي حملها في ثناياه التطور العلمي الذي اجتاح مجال الاتصالات و تبادل المعلومات و ما أضافته التكنولوجيا الحديثة من الوسائل الالكترونية للتعامل عن بعد بين الأفراد دون الحاجة لتكبد عناء الانتقال، لا تخلو من السلبيات المتمثلة في المشاكل الفنية و القانونية التي لجأ لها أصحاب النوايا السيئة لمحاولة الكسب غير المشروع و التحايل على أنظمة البيانات والمعلومات، كما أن المخاطر العلمية الموازية لهذا التطور أدت لاتساع الاعتداءات على حقوق الأفراد من خلال استعمال وسائل تقنية و فنية يصعب حتى تخيلها فكان لبد من توفير الحماية القانونية للأفراد الذين يستخدمون هاته الوسائل الالكترونية دون انتظار وقوع الخطأ و تحقق الضرر لذلك لبد من وضع نظام تشريعي لهذه المسؤولية المدنية الالكترونية بشقيها لإدخاله في مجال التطبيق القضائي من خلال تكوين القضاة وتعويذهم على مثل هذه المسائل التي أصبحت ضرورة يفرضها الواقع المعاش.

الكلمات المفتاحية :

المسؤولية المدنية الالكترونية-الاتصالات-المعلومات- المخاطر– مورد الخدمات-الضرر الالكتروني– الخطأ الالكتروني- علاقة السببية الالكترونية– التحكيم الالكتروني.

RESUME:

Les aspects positifs engendres par le développement technologique lie a la communication a distance , ont généré nombres de difficultés techniques et juridiques, ces difficultés étant le fait d'agents mal intentionnés a l'offut de gains faciles.

Les risques lies a ces avancées technologiques ont donne lieu a la prolifération d'atteintes aux droits des personnes par des moyens techniques difficilement décelables. c'est ainsi que dans la perspective d'assurer une protection en annant des droits des individus, le législateur a mis en œuvres un système juridique visait a fixée les règles relatives a la responsabilité civile électronique afin de d'éliminer son champs d'action en égard aux règles classiques de la responsabilité civile

Mots clés :

La responsabilité civile ,Communications, information ,risques ,services fabricant, dommage électronique, erreur électronique, E- causalite ,arbitrage électronique

SUMMARY:

The positive aspects generated by the technological development related to the Communication distance, generated number s of technical and legal difficulties,these difficulties is the factof malicious agents has offut of easy gains.

The Risks associated with these technological advances have given rise to the proliferation of human rights violations against person by technical means difficult to detect .thus in view of ensuring protection of individual rights annant, the legislatur has implemented a vlagal system was established the rules for a civil liability to electronic to eliminate its fields of action in regard to conventional rules of civil liability .

Key word :

Civil responsibility ,Communications ,The outputs ,Risks ,Possessor of information, The Electronic damage ,The Electronic error ,The Electronic judgment.