جامعة سعد دحلب بالبليدة

كلية الحقوق

قسم القانـون الخاص

مذكرة ماجستير

النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية

من طرف

مـــراد طنجـــاوي

أمام اللجنة المشكلة من:

سعيد يوسف محمد يوسف	أستاذ التعليم العالي، جـــامعة البليدة	رئيسا.
مســـــعود محمـــــودي	أستاذ محاضر، جـــامعة الجـــزائر	مشرفا ومقررا.
خليـــــل عمـــــــرو	أستاذ محاضر، جـــامعة البليـــدة	عضوا مناقشا.
جلاب نعنـــــــــاعة	أستاذة مكلفة بالدروس، جامعة البليدة	عضوا مناقشا.

البليدة، نوفمبر 2007

ملخص

إنه عالم جديد يبهرنا، يختصر فيه الزمان، وتزول فيه الحدود الجغرافية، يؤثر في نمط حياتنا وسلوكياتنا، يؤثر في طريقة تفكيرنا، يعتمد في وجوده على ازدواجية الانتقال السريع للمعلومات عبر وسائل تقنية متطورة، هذه الازدواجية، تولد عالما جديدا افتراضيا لا ماديا، تتم فيه المعاملات الاقتصادية، حيث أصبحنا نشهد الاقتصاد الرقمي والتسوق الالكتروني.

وهذا وإن كان تأثير التكنولوجيا في الحياة اليومية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، أصبح بيِّنا، فإن الناحية القانونية ليست بمنأى عن ذلك؛ لأن القانون في الحقيقة ينظم تصرفات وسلوكات اجتماعية، فيسند الحقوق إلى أصحابها، ويضبطها، ويفض نزاعاتها في حالة نشوئها.

والحال كذلك ظهر إلى الوجود عالم جديد، وتداول الفقه مصطلحات جديدة كقانون الكمبيوتر والقانون الالكتروني، والجريمة المعلوماتية، ... وعقد التجارة الالكترونية، هذا الأخير الذي يمثل نظامه القانوني حدود هذه الدراسة، سوف نحاول أن نبحث عن مدى تأثير الوسائل التقنية الحديثة في إبرام العقود وتنفيذها، وفض المنازعات الناشئة عنها.

ويثير إبرام العقود الكترونيا، عدة إشكالات قانونية في مراحل مختلفة، تتعلق في مرحلة أولى بتحديد مفهوم عقد التجارة الالكترونية ورسم حدوده، ثم كيفية تبادل الإيجاب والقبول في فضاء مفتوح مع عدم التواجد المادي لطرفي العقد، إذ ينعكس هذا على طرق الإثبات ووسائله، فتتغير بذلك بعض المفاهيم كالكتابة التي لم تبق متعلقة بالورق والقلم، بل أخذت صورا جديدة مختلفة، وأصبح يطرح مشكل الكتابة الالكترونية ككتابة إبرام ليس فقط إثبات.

وفي مرحلة ثانية تتعلق بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد، نجد أنفسنا أمام أنماط جديدة للدفع والوفاء تختفي معها النقود التقليدية لتصبح الكترونية، وتأخذ بعض الالتزامات صورا جديدة، كالالتزام بالضمان. كما نجد أن المستهلك الالكتروني مفهوم جديد يتعلق بمدى كفاية الوسائل التقليدية لحمايته.

إن هذا التأثير لن يكون بعيدا عن المنازعات المتعلقة بالتجارة الالكترونية، إذ لا يتصور إبرام عقد الكتروني بطريقة سريعة، بينما تستغرق تسوية منازعاته مدة طويلة أمام المحاكم التقليدية لذا سوف تظهر للوجود المحاكم الالكترونية، ويظهر للوجود مفهوم جديد يتعلق بالمسؤولية الالكترونية تبحث لها عن أساس مقنع، تسند من خلاله عن حق المسؤولية بعدالة إلى صاحبها.

بالإضافة إلى هذا فإنه أمم دولية شبكات الاتصال سوف نواجه فرض دولية العقد الالكتروني، ويثير بدلك مشكل القانون الواجب التطبيق، ورغم أن هذا المشكل قديم في فقه القانون الدولي الخاص، إلا أنه يأخذ مفاهيم متجددة تحت تأثير الوسائل التقنية والعالم المادي، فلا وجود فيه للتركيز المكافئ، مما ولد قانونا اصطلح عليه L'exéléctronica يحاول إيجاد حل لمشاكل التنازع.

إن هذا التأثير للوسائل الالكترونية الحديثة على العقد في مراحله المختلفة سوف يبعث في الوجود نظرية حديثة للعقد الالكتروني، نظرا لعدم تناسب النظرية التقليدية مع المفاهيم الحديثة، مما يجعلنا ننادي بتقنين هذا الموضوع من جهة، ومن جهة أخرى ومن خلال هذه الدراسة حاولنا إثارة أكبر قدر من المشاكل لمحاولة بعث روح البحث في هذا الموضوع في الأوساط القانونية.

شـــكر

الحمد الله الواحد وحده، على توفيقي لإنجاز هذا العمل،

أما بعـــــــد، أتوجه بشكري لأستاذي الدكتور محمودي مسعود الذي فتح لي قلبه وبيته ومكتبه، وقبل الإشراف علي في هذا العمل المتواضع،وجعلني اشعر بدفء الوطن.

كما أتوجه بشكري إلى الدكتور خليفاتي عبد الرحمن الذي هدى بصيرتي إلى هذا الموضوع وشجعني عليه.

كما أتوجه بالتحية إلى كل أساتذتي، ممن علمني أبجديات اللغة إلى كتابة آخر حرف من هذا العمل.

كما اتجه بالتحية إلى الأساتذة أعضاء اللجنة المناقشة على صنيعهم معي ، فشـــــــــكرا لهم.

إهـداء

إلى جدتي أطال الله عمرها

إلى الوالدين الكريمين على صبرهـــــــــــــما علي

إلى الإخوة : أمين، مريم ، كمال، فضيلة، و جميلة
إلى كل الأهل و الأقارب و الأصدقاء و الزملاء، دون ان استثني احد
إلى إمام بلدية السد راية ، الشيخ بوجمعة سعد ودي

اهدي هذا العمل المتواضع سراجا منيرا على طريق الحق والعدل.

الفهرس

ملخص
شـكر
الفهرس
مقدمة 10
1. تكوين عقود التجارة الإلكترونية 13
1.1. إبرام عقود التجارة الإلكترونية 13
1.1.1.ماهية عقود التجارة الإلكترونية 14
1.1.1.1. التعريف بعقود التجارة الإلكترونية 14
1.1.1.1.1.بيئة التجارة الإلكترونية 14
2.1.1.1.1. تعريف عقود التجارة الإلكترونية 16
2.1.1.1. خصائص عقود التجارة الإلكترونية وتمييزها عما يشابهها 18
1.2.1.1.1. خصائص عقود التجارة الإلكترونية 18
2.2.1.1.1. تمييز عقود التجارة الإلكترونية عما يشابهها 21
3.1.1.1. الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية 24
1.3.1.1.1. عقد التجارة الإلكترونية عقد تجاري 24
2.3.1.1.1. عقد التجارة الإلكترونية عقد دولي 25
2.1.1. انعقاد عقود التجارة الإلكترونية 26
1.2.1.1. التعبير عن الإرادة 27
1.1.2.1.1. وجود الإرادة 27
2.1.2.1.1. صحة الإرادة 29
3.1.2.1.1. التفاوض 32
2.2.1.1. توافق الإرادتين 33
1.2.2.1.1. الإيجاب 33
2.2.2.1.1. القبول 35
3.2.1.1. زمان ومكان انعقاد العقد 37
1.3.2.1.1. تحديد زمان ومكان انعقاد العقد 37
2.3.2.1.1. أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد 39
2.1. إثبات العقد الإلكتروني 40
1.2.1. توفير أمن عقود التجارة الإلكترونية 41
1.1.2.1. التشفير 42

1.1.1.2.1. ماهية التشفير 42
2.1.1.2.1. طرق التشفير 43
3.1.1.2.1. أنواع التشفير 45
2.1.2.1. التوقيع الإلكتروني 45
1.2.1.2.1. ماهية التوقيع الإلكتروني 46
2.2.1.2.1. صور التوقيع الإلكتروني 48
3.2.1.2.1. حجية التوقيع الإلكتروني 50
3.1.2.1. التصديق 51
1.3.1.2.1. إنشاء هيئة مكلفة بالتصديق 52
2.3.1.2.1. إجراءات التصديق 53
2.2.1. الحجية القانونية للوثائق الإلكترونية 54
1.2.2.1. المحررات الإلكترونية 55
1.1.2.2.1. مفهوم المحررات الإلكترونية 55
2.1.2.2.1. حجية المحررات الإلكترونية 58
3.1.2.2.1. مشكلات الإثبات بالمحررات المحررات الإلكترونية 60
2.2.2.1. الدفاتر التجارية 62
1.2.2.2.1. الدفاتر التجارية التقليدية 62
2.2.2.2.1. الدفاتر التجارية الإلكترونية 63
3.2.2.1. الشكلية في عقود التجارية الإلكترونية 65
1.3.2.2.1. مفهوم الشكلية (وضع الشكل) 65
2.3.2.2.1. الحلول المقترحة في القانون المقارن 66
2. آثار عقود التجارة الإلكترونية 68
1.2. تنفيذ عقود التجارية الإلكترونية 68
1.1.2. لالتزامات الناشئة عن العقد 69
1.1.1.2. دفع الثمن 69
1.1.1.1.2. وسائل الدفع الحديثة 69
2.1.1.1.2. آلية الدفع الإلكتروني 73
3.1.1.1.2. امن عملية الدفع الالكتروني 75
2.1.1.2. تسليم البضاعة وأداء الخدمة 76
1.2.1.1.2. كيفية تسليم البضاعة وأداء الخدمة 76
2.2.1.1.2. زمان ومكان التسليم 78
2.2.1.1.2. جزاء عدم التسليم 79
3.1.1.2. الالتزام بالضمان 80
1.3.1.1.2. ضمان العيوب الخفية 80
2.3.1.1.2. ضمان الصلاحية 81
3.3.1.1.2. ضمان عدم التعرض والاستحقاق 82
2.1.2. حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية 83
1.2.1.2. المفهوم العام لحماية المستهلك الإلكتروني 84

1.1.2.1.2. مفهوم المستهلك في التجارة الإلكترونية 84
2.1.2.1.2. حماية المستهلك في القانون المقارن وعلى المستوى الدولي 86
2.2.1.2. الحق في الإعلام 88
1.2.2.1.2. الحق في الإعلام قبل إبرام العقد 88
2.2.2.1.2. الحق في الإعلام بعد إبرام العقد 91
3.2.1.2. الحق في الرجوع عن العقد 92
1.3.2.1.2. نطاق الحق في الرجوع 93
2.3.2.1.2. مهلة الحق في الرجوع 93
3.3.2.1.2. كيفية ممارسة الحق في الرجوع 94
2.2. منازعات عقود التجارة الإلكترونية 95
1.2.2. المسؤولية الإلكترونية 95
1.1.2.2. الخطأ في مجال التجارة الإلكترونية 96
1.1.1.2.2. الخطأ العقدي 96
2.1.1.2.2. إثبات الخطأ العقدي 98
2.1.2.2. الضرر الإلكتروني والعلاقة السببية 100
1.2.1.2.2. الضرر الإلكتروني 100
2.2.1.2.2. العلاقة السببية 101
3.1.2.2. التعويض عن الضرر الالكتروني 102
1.3.1.2.2. مفهوم وصور التعويض 102
2.3.1.2.2. تقدير التعويض 103
2.2.2. تسوية منازعات التجارة الإلكترونية 104
1.2.2.2. القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية 104
1.1.2.2.2. إعمال منهج تنازع القوانين 105
2.1.2.2.2. نحو قانون دولي موحد لقواعد التجارة الإلكترونية 106
2.2.2.2. اختصاص المحاكم بتسوية منازعات التجارة الإلكترونية 107
1.2.2.2.2. المحاكم التقليدية 108
2.2.2.2.2. المحاكم الإلكترونية 109
3.2.2.2. التحكيم الإلكتروني 110
1.3.2.2.2. ماهية التحكيم الإلكتروني 111
2.3.2.2.2. إجراءات التحكيم الالكتروني 112
الخاتمة 114
الملاحق 116
المراجع 139

مقدمة:

شهدت الحضارة البشرية في تطورها مراحل مختلفة ، فبعد المرحلة الزراعية التي استمرت لمدة طويلة،وكان النهر رافدها الأول، تلتها الثورة الصناعية التي اعتمدت على البخار المحرك الأساسي للآلة، هاهي اليوم تشهد مرحلة جديدة هي مرحلة الثورة التكنولوجية المتسارعة والتي تقوم على التزاوج بين المعلوماتية ووسائل الاتصال الحديثة.

ترتكز المعلوماتية على المعرفة والتراكم العلمي باعتبارها قاطرة التقدم الاجتماعي والاقتصادي، أما وسائل الاتصال الحديثة والتي تتميز بسرعتها في نقل المعلومة، فقد تركزت آثارها في النشاط الإنساني وعلاقات الأفراد ، فاختصرت الزمان وقلصت المكان بما يضفي على العالم عن حق صفة القرية الصغيرة، فيستطيع الفرد أن يتصل بآخر في أي مكان وبتكاليف قليلة وفي زمن أقل.

ولعل التجارة أهم أوجه النشاط الإنساني، لا ينكر عاقل أنها قديمة قدم البشرية والمجتمعات المنظمة،ظهرت في البداية في شكل مقايضة سلعة بسلعة أخرى إلى أن صارت بيعا مقابل ثمن نقدي، وفي أماكن مخصصة لذلك هي الأسواق التي يبدو أن الحضارة سوف تتجاوزها نسبيا إلى شيء آخر، تحت تأثير الثورة التكنولوجية، وتبعا لذلك أصبحنا نشهد ما يعرف بالتسوق الإلكتروني، ومن ثمة فكرة التجارة الإلكترونية.

وإن كانت فكرة التجارة الإلكترونية وما تنطوي عليه من مؤشرات لقياس النمو الاقتصادي، إذ تعد بحق رافدا من روافد التنمية الاقتصادية في العصر الحالي، فهي بهذا من اهتمامات رجل الاقتصاد، إلا أن رجل القانون يهتم بالتصرف القانوني وآثاره. التصرف الذي يتم بواسطته إبرام العقود وتنفيذها، وهذا ما لخصه العنوان: "النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية"

والحقيقة أن النظام القانوني لأي شيء يعني بيان جوهره ومفهومه وتحديد أساسه لتوضيح صورته ورسم مادته في دائرة القانون فإذا تعلق ذلك بالعقد والذي هو تصرف قانوني بإرادتين، فهو يشمل كل التصرفات التقليدية والمعروفة في القانون ما لم يستثن نظرا لطبيعته، حتى وإن كان يبدوا جليا من خلال هذا البحث أن عقد البيع يسيطر على عالم التجارة الإلكترونية إلا أن هذا لا يعني -كما يرى البعض- أن التجارة الإلكترونية هي البيع في أحدث صوره، حيث تمتد التجارة الإلكترونية لتشمل

تجارة الخدمات كما تشمل تجارة السلع، فإن كان تكييف هذه الأخيرة أنها بيع فإنه من الصعوبة بما كان تكييف تجارة الخدمات وإعطاءها وصفا قانونيا واحدا وموحدا.

ويكتسي الموضوع حينئذ أهمية بالغة، من حيث بحث القواعد القانونية التي تحكم هذه التجارة، ومن ثم طرق إبرام هذه العقود وآليات تنفيذها، وهو ما يشكل نظامها القانوني، فيثير بذلك عدة تحديات قانونية عبر مراحل العقد المختلفة بالإضافة إلى تحديات عامة تتعلق بطبيعة التصرف ذاته،وذلك كله تحت تأثير الوسيلة المستخدمة في ذلك والبيئة الحديثة.

كما أن تراجع أدوات التجارة التقليدية ،وظهور التسوق الإلكتروني ، وما يمثله كرافد من روافد التطور والازدهار والرفاهية، وما قد يجنيه الاقتصاد الوطني من أرباح بأن يكون قطبا استراتيجيا يبادر في هذا المجال كانت هي الأسباب الموضوعية التي دفعتنا لبحث هذا الموضوع، بالإضافة إلى أسباب ذاتية تتعلق بالرغبة في إضفاء سمة الحداثة على الدراسات القانونية لما يطرحه هذا الموضوع من إشكالات حديثة تمس النظرية العامة للعقد، الأمر الذي يضفي على الموضوع صعوبة خاصة كونه يتعلق بموضوع الالتزامات، وما تتسم به من تجريد حتى أنها تكاد ترقى إلى مصاف العلوم الدقيقة (الرياضيات) كما قال الأستاذ السنهوري.

وقد حاولنا من خلال هذا البحث اقتفاء أثر تأثير وسائل الاتصال الحديثة على العقود عبر مراحلها وتبيين ذلك التأثير كما لاحظنا من خلال هذا البحث أن معظم الدول اتجهت إلى تقنين الموضوع، إلا أن المشرع الجزائري ما زال لم يتخذ موقفا واضحا من الموضوع إلا بتعديله بعض القوانين ذات الصلة، فهل له أن يكتفي بتعديل بعض القوانين، أم لا بد من إصدار قانون خاص منظم للتجارة الإلكترونية.

إن هذا المشكل والذي له انعكاسات على النظرية العامة للعقد، ومن ثم القواعد القانونية التي تنظم الموضوع، جعلنا نطرح **الإشكالية** التالية: ما هي الخصوصية التي يطرحها استعمال وسائل اتصال حديثة في إبرام وتنفيذ التصرفات القانونية عموما، وعقود التجارة الإلكترونية خصوصا؟ وما أثر ذلك على النظرية العامة للعقد؟ وهو بالتأكيد الأمر الذي يشكل النظام القانوني لهذه العقود.

إن الإجابة على هذه الإشكالية يقتضي منا تحديد غرض للدراسة وإتباع منهجية سليمة وتبني خطة واضحة ومؤسسة قانونا.

فالغرض من الدراسة هو أننا في زمن العولمة، وعلى أبواب الاندماج في الاقتصاد العالمي، خاصة وأن بعض المنظمات الدولية أصبحت تنادي وتقر بأن الذي لا يستعمل الوسائل الإلكترونية في تجارته سوف يكون خارج الاقتصاد العالمي والاقتصاد الرقمي في المستقبل، وهذا ما يقتضي منا إيجاد منظومة قانونية تتعلق بالموضوع، إلا أنه يثور الإشكال إن كان يكفي تعديل القوانين ذات الصلة أم لابد من إصدار قانون مستقل له ذاتيته وينظم الموضوع.

وعن المنهجية، فقد ارتأينا أن نتبع بهذا الصدد منهجية مقارنة، وذلك هو الغالب، فكنا من ناحية نخضع العقود الإلكترونية في مراحلها المختلفة من الإبرام وما قبله إلى التنفيذ وما بعده للنظرية العامة للعقد مقارنين في ذلك بين النظرية العامة والتي سوف يصطلح على قواعدها بالتقليدية، وبين مدى انسجامها مع البيئة الحديثة، بيئة العقود الإلكترونية، وكأنها قواعد حديثة.

ومن ناحية أخرى، ونظرا لحداثة الموضوع وعدم تقنينه من طرف المشرع الجزائري، كما أن عالمية التجارة الإلكترونية وما تفرضه من تحديات، تفرض علينا الاطلاع على التشريعات العربية المختلفة على سبيل المقارنة، وبالأخص التشريع التونسي لأنه التشريع الأول في هذا المجال على مستوى الوطن العربي،كما سوف تكون لنا وقفات من حين لآخر مع قانون اليونسترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر سنة 1996.

هذا كله لا يمنع من استعمالنا للمنهج الوصفي أو التحليلي من حين لآخر في هذا البحث فسوف نقوم بوصف بعض الأوضاع القانونية وربطها بقواعد قانونية ونقوم بتحليل هذه القواعد من حين لآخر كلما سمحت الفرصة بذلك.

وإن الإجابة عن الإشكالية تقتضي منا معالجة الموضوع في بابين، نناقش في الفصل الأول تكوين عقود التجارة الإلكترونية، من حيث إشكالية الإبرام وزمانه ومكانه، ثم نتعرض لموضوع الإثبات وما يثيره في المجال الإلكتروني، وفي الفصل الثاني نناقش آثار عقود التجارة الإلكترونية الأصلية والاحتياطية، الأصلية وتعني تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد،كما نتطرق لحماية المستهلك في هذه المرحلة، أما الاحتياطية فتعني المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات وآلية تسوية المنازعات،

الفصل01:
تكوين عقود التجارة الإلكترونية

ينعكس استخدام الوسائل الإلكترونية في عقود التجارة على أسس وآلية إبرامها حيث تؤثر هذه الوسائل في النظريات التقليدية لإبرام العقود، كما تثير من ناحية أخرى مشكلة إثبات العقد وما استجد في هذا المجال من مفاهيم حديثة فما هو أثر التقنية الحديثة في الأسس التقليدية لإبرام العقود وإثباتها ؟ وهل يحتاج هذا إلى قوانين جديدة، أم إدخال تعديلات على التشريعات ذات الصلة فقط، هذا ما نحاول بحثه من خلال الفصلين المواليين.

1.1.إبرام عقود التجارة الإلكترونية:

إذا كان القانون أصلا يتصور مشاكل سوف تقع، فيضع حلولا مفترضة، فإن في مجال التجارة الإلكترونية، قد حدث العكس، ويعود سبب ذلك إلى سرعة تطور التجارة الإلكترونية وآلياتها بشكل مذهل.

ويشهد العالم وبشكل عز نظيره تطورا هائلا ومتسارعا في عالم الاتصالات،حتى أصبحت وسائل الاتصال السريعة(الهاتف، الفاكس، التلكس، الكمبيوتر، الإنترنت)وسائل لا يمكن الاستغناء عنها[01](ص07)، والى جانب هذا نشهد ثورة معلوماتية متسارعة[02](ص 13)، لها انعكاساتها على كل مناحي الحياة،خاصة الاقتصادية منها.

إن هذا التزاوج بين ثروة المعلومات ووسائل الاتصال الحديثة أنجبت للعالم بيئة جديدة تنامى فيها نوع من أنواع التجارة بشكل مذهل هي التجارة الإلكترونية.

والتجارة الإلكترونية يهتم بها رجل الاقتصاد، وما يهمنا نحن القانونيون هو التصرف القانوني الذي تتم به هذه المعاملات والأعمال، واصطلح على هذه التصرف بعقود التجارة الإلكترونية.

والحقيقة أن التجارة الإلكترونية لا تستحدث عقودا جديدة ولا نظريات حديثة، بل كل ما في الأمر أنها تتم في جزء من مراحلها أو كلها بوسائل إلكترونية[03](ص139)استمدت منها اسمها.

ونكون بهذا قد وصلنا إلى أن العقد الإلكتروني هو عقد تقليدي في ثوب جديد فكان لنا أن نتساءل عن مدى كفاية النظريات والأسس التقليدية لإبرام العقد أم أننا نحتاج إلى ثورة موازية،وقبل هذا حري بنا أن نقترب من العقد الإلكتروني فنحدد ماهيته

1.1.1.ماهية عقود التجارة الإلكترونية

إن ماهية الشيء يقتضي منا القيام بالتعريف به، ثم إبراز خصائصه وتمييزه عن غيره مما يشتبه به ثم تحديد طبيعته القانونية وبهذا نكون قد حددنا ولو تصورا أوليا عن العقد موضوع الدراسة.

1.1.1.1. التعريف بعقود التجارة الإلكترونية

تنشأ عقود التجارة الإلكترونية في بيئة غير البيئة التقليدية، فكان لزاما علينا أن نعرج على بيئة التجارة الإلكترونية، ثم نقوم بوضع أول خطوة في الموضوع وهي تعريف عقد التجارة الإلكترونية، لأن التعريف بالشيء أوسع من تعريفه، فالتعريف أمر دقيق أما التعريف بالشيء فهو تصور عام عن الشيء.

1.1.1.1. بيئة التجارة الإلكترونية

لقد وضعت عدة تعاريف للتجارة الإلكترونية،ومع ذلك أيا كان التعريف فالمهم هو التركيز على خصوصية الوسيلة المستخدمة في التعاقد[04](ص 15)، ولقد عرفتها منظمة التجارة الدولية بأنها : "إنتاج وتسويق وبيع وتوزيع منتجات من خلال شبكات الاتصال"[04](ص15)، ويعرف قانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية لسنة 1986 المواصلات بأنها نقل أو بث أو التقاط العلامات والإشارات والكتابات والصور والأصوات أو التخابر بأي شكل من الأشكال سواء كان سلكيا أو مرئيا أو بواسطة أي من الأنظمة المغناطيسية أو الكهربائية الأخرى[05](ص:18)

ونجد أن للتجارة الإلكترونية مفهومان، مفهوم ضيق ينحصر في المبادلات التي تتم عبر الإنترنت، ومفهوم واسع يتعلق بوسائل مختلفة كالفاكس وكل الوسائل الأخرى[06](ص08)، وهذا الأخير تم اعتناقه من قبل القانون النموذجي الصادر عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة سنة 1996، وعلى هذا سوف نقوم بإعطاء صورة عن هذه الوسائل التي تشكل بيئة التجارة الإلكترونية عموما.

فبالنسبة للإنترنت، اصطلاحا هي اختصار لكلمتين إنجليزيتين، الأول international والثانية network وتعني الشبكة العالمية[07](ص11)، ويعرف المشرع الجزائري خدمات الإنترنت بمقتضى نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط كيفيات إقامة خدمات أنترنات واستغلالها بأنها: "خدمة واب واسعة النطاق www : world

wide web خدمة تفاعلية للاطلاع واحتواء صفات متعددة الوسائط(نصوص، رسوم بيانية، صوت، وصورة)موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة"[08](ص 03).

ولقد ظهرت النواة الأولى لفكرة شبكة الإنترنت في أواخر الستينات من القرن الماضي وبالتحديد سنة 1969،عندما طلبت وزارة الدفاع الأمريكية من خبراء الكمبيوتر إيجاد أفضل طريقة تضمن استمرار الاتصالات في حالة حدوث هجوم نووي[07](ص12)، أنشأت فيما بعد شبكة أطلق عليها اسم أربانيت انقسمت سنة 1973 إلى قسمين شبكة الاستخدامات العسكرية والمدنية[09](ص25).

وظهرت تبعا لذلك التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت في بداية التسعينات،عندما لاحظ موظف في شركة أمازون قام بعرض كتب على صفحات الواب إمكانية تحقيق فوائد من هذه التجارة، فيكون بذلك إيذانا لعالم جديد والتي تمارس عبر صفحات الواب أو عن طريق البريد الإلكتروني بتبادل الرسائل.

ولقد جاء البريد الإلكتروني ليحل مشكل الاتصال عن بعد دون الحاجة لأن يكون الطرفان على اتصال مباشر في نفس الوقت، مثل ما هو الحال في الهاتف، ويكون في وقت سريع جدا ليس كما هو الحال في البريد العادي[10](ص117).

ولقد ظهر البريد الإلكتروني في أواخر عام 1971،عندما كان راي توميلسون يبحث عن طريقة للتفرقة بين اسم مرسل الرسالة واسم الجهاز المستخدم في ذلك، فوقع نظره على رمز @ ولاحظ عدم استخدامه في أي اسم في اللغة الإنجليزية، فاستخدمه معلنا بذلك عن ميلاد معيار هام من معايير عصر الإنترنت[11](ص224)، من جهة وهو من جهة أخرى أحد خدمات الاتصال[10](ص24)، ويكون البريد الإلكتروني على الشكل التالي:

Mourada07@yahoo.fr

اسم الشركة المضيفة ← ↙ اسم المستخدم

واسم النطاق

أما وسائل الاتصال الأخرى: الهاتف، الفاكس، والتلكس... فإن استعمالها في مجال التجارة يضفي عليها سمة الإلكترونية، فالهاتف هو وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين(المرسل والمرسل إليه)يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم[05](ص20)، وهو سيد الاتصالات الشفوية.

أما التلكس فهو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة[09](ص15)وهي نتاج تطور مئات السنين ابتداء باستخدام أجهزة(مورس)البرق عام 1844،

أما الفاكس فهو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقل مطابقا لأصلها .

ونشير في الأخير أن معظم المؤلفين عند تعرضهم للتجارة الإلكترونية يضيفون عبارة "أو أي وسائل أخرى" فاتحين المجال لما قد تنتجه التكنولوجيا في المستقبل.

وبهذا نكون قد قدمنا بعض معطيات بيئة التجارة الإلكترونية.

2.1.1.1.1. تعريف عقود التجارة الإلكترونية

لقد تباينت تعريفات عقود التجارة الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإلكترونية بصفة خاصة والذي مرده تشعب هذه التجارة وتنوع العقود التي تبرم من خلالها بحسب المدرج وفي كل نوع من العقود[12](ص11).

ويعتبر العقد أهم صورة للتصرف القانوني في الحياة الاجتماعية[13](ص41)، ويعرف القانون الجزائري المدني في المادة 54 منع بعد التعديل العقد أنه : "اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

أما قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية فلم يعرف عقود التجارة الإلكترونية، وإنما عرف رسالة البيانات في المادة 2/ت بأنها نقل معلومات إلكترونيا من حاسب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات[14](ص 01)، واليونسترال هي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، نشأت عام 1966[15](ص16)، وهي هيئة فرعية تابعة للأمم المتحدة.

وقد عرفها القانون التونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية في الفصل الثاني أنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية و عرف التجارة الالكترونية بأنها العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية[16](ص15).

أما المشرع الأردني فقد عرف العقد الإلكتروني أنه: الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا، وقد عرفه مشرع قانون التجارة المصري : "كل عقد تصدر منه إرادة أحد الطرفين أو كلاهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني".[03](ص25)

أما بالنسبة للفقه فقد اختلف الشراح، فاستند البعض في تعريفه إلى صفة أطراف العلاقة القانونية بينما استند البعض الآخر إلى معايير الصفة الدولية التي تعتمد على التركيز المكاني في تنظيم تلك الآلية الجديدة، فعرفها البعض تنفيذ بعض أوكل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات " بينما وفي تعريف آخر عرف العقد الإلكتروني ذا الطابع الدولي بأنه العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائل التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة الإنترنت من جانب

أشخاص متواجدين في دولة أوفي دول متعددة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد[12](ص ص11-12).

كما يورد الدكتور عباس العبودي تعريفا للتعاقد عبر وسائل الاتصال الفوري إجمالا بأنه إيجاب يصدر من أحد المتعاقدين وقبول من المتعاقد الآخر بقصد إبرام عقد بإحدى وسائل الاتصال الفوري[05](ص 36).

ومن خلال هذه التعريفات نجد أن معظمها أصبغت سمة الإلكترونية على العقود التي تتم بوسائل إلكترونية أو كهربائية،كما أننا لاحظنا أن البعض يعتقد أن العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم عبر الإنترنت[07](ص67)، فقط، ونحن نرى أن العقد الإلكتروني عموما أوسع ليشمل كل وسائل الاتصال وشبكات الاتصال المسموعة والمرئية فالهاتف لم يبق وسيلة اتصال فقط، بل له آفاق مستقبلية تفوق الخيال[17](ص12)، فلماذا لا يكون وسيلة من وسائل التجارة، والبيع عبر التلفزيون هو عقد إلكتروني إذا توافرت فيه خصائص هذا العقد وشروطه، خاصة وأصبحنا نسمع بالتلفزيون التفاعلي.

ويورد الأستاذ صالح المنزلاوي تعريفا لعقود التجارة: "اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنها من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهما لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد"[12](ص15)والذي نلاحظ عليه أنه يركز على فكرة التفاعلية والتي تسمح بحضور افتراضي معاصر وعلى هذا الأساس يحصر هؤلاء التجارة الإلكترونية في الإنترنت. إلا أنه يمكن ملاحظة أن البريد الإلكتروني لا يوفر أحيانا هذه التفاعلية. فهل يمكن إقصاؤه من مضمار التجارة الإلكترونية، هذا بالضبط ما يستدعينا لإدخال باقي الوسائل الإلكترونية ضمن التجارة الإلكترونية لأنها تشترك في أن العقد مبرم عن بعد والتي تتضمن في محورها دائما تصورا زمنيا، لكن بفوارق متضائلة جدا جدا.

ونحن نميل في تعريف العقد الإلكتروني إلى التعريف القائل بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا"[18](ص 01)، ويكون حينها عقد التجارة الإلكترونية هو العقد الإلكتروني في مجال التجارة. أي أنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كليا أو جزئيا في مجال التجارة، آخذين مفهوم التجارة بالمعنى الواسع، وفاتحين المجال لكل التعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية سواء ما هو موجود الآن أو ما قد يستجد في المستقبل.

ولنا أن نقف هنا عند مفهوم مصطلح التجارة والذي يعني عند العرب شراء السلع وبيعها من أجل المرابحة، أي أن العمل المقصود منه الربح والتجارة الإلكترونية ترد على السلع كما ترد على الخدمات كالاستشارات الطبية والقانونية، وهي بهذا تختلف عن العمل التجاري الوارد في القانون التجاري.

2.1.1.1. خصائص عقود التجارة الإلكترونية وتمييزها عما يشابهها

بعد أن كنا قد انتهينا في المطلب السابق من التعريف، ننتقل الآن إلى مرحلة هامة في تحديد ورسم صورة هذا العقد في ذهن القانوني، وذلك من خلال تحديد خصائصه وتبيانها حتى نحدد له كيانه المستقل، ثم نقوم بتمييزه عن ما قد يلتبس به من عقود مشابهة، تشترك معه في بعض السمات والخصائص

1.2.1.1.1. خصائص عقود التجارة الإلكترونية

نحاول أن نحصر في هذا الفرع خصائص عقود التجارة الإلكترونية، حيث وجدنا اختلافا كبيرا في تحديد هذه الخصائص بين المؤلفين، وقد ارتأينا أن نجمعها في خصائص أربعة هي كالآتي:

- كونها عقود تبرم عن طريق وسائط إلكترونية(أولا).
- ثم نناقش مسألة عقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان(ثانيا).
- ثم خاصية اعتبارها من العقود المبرمة عن بعد(ثالثا).
- ثم اعتبارها من العقود المقترنة بخيار الشرط بنص القانون(رابعا).

وسوف نقوم بمناقشتها على التوالي:

أولا: عقود التجارة الإلكترونية هي عقود مبرمة بوسائط إلكترونية:

إن خصوصية هذه العقود تتمثل في الطريقة أو الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامها إلا أنه من حيث الموضوع والأطراف لا يختلف عن سائر العقود[19](ص19)فأطراف العلاقة القانونية هم أنفسهم في العقد المادي بائع ومورد ومنتج يقابلهم مشتري ومستهلك ومستخدم، أما من حيث الموضوع فإنه يمكن أن يرد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها.

ويعد استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل أنها أساس هذا العقد، ويستمد من هذه الوسائل تسميته ووجوده القانوني، حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية[07](ص53).

ويؤخذ اصطلاح شبكة اتصالات إلكترونية مفهوما واسعا في مجال التعاقد الإلكتروني[07](ص53)فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها، وينطبق على الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية،كما يشمل أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات الهرتزية، كما ينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تنتقل عبر الأقمار الصناعية.

ونلاحظ هنا كذلك المفهوم الواسع للتجارة الإلكترونية حيث لم تقتصر على شبكة الإنترنت فقط بل توسعت لتشمل كل الوسائل المستحدثة في الاتصالات دون تعيين أو تحديد،مع ترك المجال مفتوح في المستقبل، لأن الهدف الأول من هذه الوسائل هو طي المسافات واختصار الزمن، فيصبح العالم قرية صغيرة لا وجود للحدود الجغرافية فيها،وما كنا نحتاج لإنجازه وقتا طويلا أصبح بلمح البصر.

ولهذه الخاصية انعكاس على وسائل الوفاء وطرق الإثبات[07](ص53)، بالنسبة لطرق الوفاء قد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد محل النقود العادية وظهرت الشيكات الإلكترونية بدلا من العادية والتي أصبحت تدعى تقليدية، وظهرت تبعا لذلك مجموعة من الخدمات البنكية الإلكترونية أو ما يعرف بالمصارف الإلكترونية.

أما بالنسبة للإثبات فإن الدعامة الورقية والتوقيع اليدوي قد اختفيا في مجال التجارة الإلكترونية إطلاقا ليحل محلها صفحات الواب، وأخذت الكتابة مفهوما وشكلا جديدا وظهر التوقيع الإلكتروني وما يثيره من مشاكل قانونية.

هذين الموضوعين سيكونان محل دراسة في هذا البحث في فصول مستقلة بإذن الله فنرجأ تفصيلها إلى حينه.

ثانيا: عقود التجارة الإلكترونية وعقود الإذعان

يثور التساؤل، هل عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان ؟ في البداية علينا أن نشير أن العقد لا يتم إلا إذا سبقته مفاوضات بين كلا الطرفين الهدف منها الوصول إلى وضع مناسب لكلا الطرفين[09](ص53). وعقد الإذعان هو الذي ينفرد فيه أحد المتعاقدين بوضع شروطه بحيث لا يكون للمتعاقد الآخر إلا أن يقبل هذه الشروط كلها أو يرفضها كلها[13](ص92)، وتحدد خصائص الإذعان أنها تتعلق بسلع أو خدمات ضرورية واحتكار الموجب لهذه السلع كالغاز والكهرباء وأن يوجه الإيجاب للكافة[20](ص 58).

لقد اختلف الفقه في اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان أو ليس كذلك، فذهب اتجاه، يرى أنصاره أن عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان،حيث يرجعون ذلك إلى أن عقد الإذعان في هذا المجال لم يعد قابلا للتعريف بدقة[04](ص 143)ويكفي توافر أحد خصائصه. كذلك لا يملك المستهلك فرصة كافية لمعاينة المنتوج أو مواصفات الخدمة المطلوبة[09](ص55). لهذا أعطت معظم التشريعات الإلكترونية وقانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية حماية خاصة للمستهلك في هذا العقد، فأعطت له الحق في فسخ العقد والرجوع عنه إلا أنها ربطت ذلك بميعاد واجل معين.

بينما ذهب اتجاه ثاني إلى أن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان[12](ص25)حيث أنه حتى تكون أمام عقد من عقود الإذعان، يجب توافر خصائصه مجتمعة، فلا يكفي أن يكون العقد مثلا مقترنا بشروط لا يمكن مناقشتها ليطلق عليه صفة الإذعان.

وبين هذين الاتجاهين ظهر اتجاه توفيقي يرى أن عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تكون عقود إذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقد الإذعان مجتمعة[09](ص56)، أي بمفهوم المخالفة إذا نقص احد الشروط لا نكون أمام عقد إذعان.

بينما يرى الأستاذ صالح المنزلاوي، الذي يرى ان العقد الإلكتروني لا يكون إلا دوليا، أنه في غياب قاعدة مادية موحدة على المستوى الدولي تنظم مسألة الإذعان فإنه يكفي الأخذ بإمكانية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية كمعيار يحدد ما إذا كانت هذه العقود عقد إذعان أم ليس كذلك[12](ص28)، إلا أننا لاحظنا أن إمكانية التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية متضائلة،حيث أن الحيز المخصص لشروط العقد في صفحة الواب عادة ما يكون صغيرا تصعب قراءته ويوضع في آخرها علامة قابل أو أرفض.

ونحن نرى أن عقود التجارة الإلكترونية قد تكون عقود إذعان وقد لا تكون كذلك، وذلك حسب ظروف كل عقد لأنه في الأصل عقود التجارة الإلكترونية تتميز عن العقود التقليدية في وسيلة التعاقد.

ثالثا: عقد التجارة الإلكترونية عقد مبرم عن بعد

يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي،حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية،ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد[07](ص53)، وقد جرى التمييز بين العقود المبرمة بين حاضرين والمبرمة عن بعد على اعتبارها بين غائبين في كل التشريعات الوطنية والقوانين الدولية ذات الصلة ويترتب على ذلك آثار لها علاقة بإبرام العقد وزمانه ومكانه.

ويلاحظ أن كون العقد الإلكتروني مبرم عن بعد يتطلب حماية خاصة للمستهلك كونه الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية،كما جرت القوانين المتعلقة بالتعاقد عن بعد على حماية ومنحه حقوقا خاصة،إضافة إلى ما يثار بهذه المناسبة من مشاكل بمكان إبرام العقد وزمانه والتحقق من شخصية الطرف الآخر وأهليته واللغة التي يحرر بها العقد[09](ص 60).

إلا أنه رغم أن عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عبر الإنترنت تشترك مع باقي العقود الإلكترونية في أنها تنعقد في غياب الوجود المادي للأطراف، إلا أنها تسمح بوجود افتراضي للأطراف وإجراء حوار شامل حول بنود العقد وتنفيذه في ذات الوقت[12](ص 23)، هذا ما يجعلنا نشكك في انتماء هذا العقد إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، إلا أنه يمكن القول أن البعد المكاني يظل واقعا لا

يمكن إنكاره، أما فكرة الفارق الزمني فهي كذلك موجودة ولكن بصورة متضائلة فلا يمكن القول يتطابق الإيجاب والقبول في نفس اللحظة حيث أنه يوجد فارق زمني صغير جدا غير محسوس، وكأن مفهوم الزمن لا بد أن يتغير وتتغير كذلك وحداته، ومن الناحية التقنية لا يتصور هذا التطابق الزمني.

رابعا: عقد التجارة الإلكترونية مقترن بخيار الشرط بقوة القانون

حماية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، قد منحته التشريعات حق الرجوع عن العقد لأسباب موضوعية محددة في قوانين التجارة الإلكترونية[07](ص63)، وهو حق إرادي للشخص صاحبه أن يستعمله دون أن يسأل عن سبب ذلك مع مراعاة أحكام القوانين في ذلك وعدم التعسف في استعماله.

وقد أورد المشروع المصري الخاص بالمعاملات الإلكترونية جواز فسخ العقد المبرم إلكترونيا من جانب المستهلك خلال خمسة عشر يوما التالية لتاريخ التعاقد وتسلم البضاعة وكذلك فعل المشرع التونسي والأردني في القوانين الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية مع اختلاف في المهلة الممنوحة لممارسة هذا الحق.

أما المقصود بخيار الشرط أن يشترط المتعاقد في العقد أن يمضي العقد أو يفسخه ويصح هذا الشرط أن يكون للطرفين أو لأحدهما أو لأجنبي عن العقد، وقد ثبت خيار الشرط في الفقه الإسلامي لما روي في الصحيحين عن ابن عمر قال: ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيوع فقال له: من فعل لا خلابه ثم أنت بالخيار في كل سلعة ابتعتها ثلاث ليال".[09](ص65).

ومعنى لا خلابه بكسر الخاء، لا غبن ولا خديعة

2.2.1.1.1. تمييز عقود التجارة الإلكترونية عما يشابهها

نشير في البداية أننا بصدد دراسة نوع من أنواع العقود الإلكترونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لهذا سوف نلقي نظرة وجيزة على مفهوم التجارة الإلكترونية وصورها.

فالتجارة الإلكترونية نظام يتيح عبر الوسائل الإلكترونية حركات بيع وشراء الخدمات والسلع وحتى المعلومات،كما يتيح أيضا الحركات الإلكترونية التي تدعم توليد العوائد، ويمكن تشبيهها بسوق إلكتروني كبير[03](ص 12)يتواصل فيه الأطراف الممارسة والفاعلة في هذه التجارة وذلك من أجل ضمان السرعة والفعالية في الأداء.

ويدخل ضمنها الإعلانات عن السلع والخدمات،توفير المعلومات عنها،خلق مجال التفاوض، عقد الصفقات وإبرام العقود، تقديم الدفع الفني،السداد الإلكتروني... وكلها وظائف تسمح التجارة الإلكترونية بوجودها[21](ص69).

وتتخذ التجارة الإلكترونية عادة صورتين رئيسيتين هما:

- تجارة إلكترونية من الشركات إلى الأفراد، وهو ما يرمز له B2C
- تجارة إلكترونية بين الشركات: وهو ما يرمز له B2B

والتصرفات القانونية تبرم لتنفيذ هذه المعاملات التي يصطلح عليها عبارة عقود التجارة الإلكترونية، فالبيع أو الإيجار أو المقاولة أو غيرها.... عندما تبرم لتنفيذ أعمال التجارة الإلكترونية هي عقود إلكترونية، وعلى هذا سوف نقوم بتمييز التجارة الإلكترونية عن التعاقد التقليدي، وعن بعض العقود المتعلقة والموجودة في بيئة التعاقد الإلكتروني.

أولا: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن التعاقد التقليدي

إذا كان التعاقد الإلكتروني يتفق مع التعاقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق الإرادتين إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان وهذا مالا يتحقق في التعاقد الإلكتروني[07](ص67)الذي ينبني على الوسيلة الفنية المبرم من خلالها.

إلا أن العقد الإلكتروني قد يتم بالحضور المعنوي لطرفيه[03](ص33)كما في العقود التي تبرم عبر صفحات الواب أو عن طريق غرف المحادثة المباشرة في الإنترنت، وتجدر الإشارة هنا أن المشرع الجزائري أعطى حكم التعاقد بين الحاضرين بالنسبة للزمان وغائبين من حيث المكان بالنسبة للتعاقد عبر الهاتف[22](ص01)، ونحن نعتبر الهاتف من وسائل الاتصال الحديثة وينطبق عليه مفهوم العقد الإلكتروني في مفهومه الواسع.

أما التعاقد الإلكتروني عن طريق الإنترنت فهو يتم عادة عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق تبادل الإيجاب والقبول عبر صفحات الواب مباشرة إما مشافهة عبر غرف المحادثة أو كتابة بالنقر على أيقونة القبول، وبهذا يتوفر فيه من الخصائص ما يتوفر في التعاقد عن طريق الهاتف وزيادة.

والخلاصة بالنسبة للتمييز بين عقد التجارة الإلكترونية عن العقد التقليدي يرجع إلى الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني والوسيلة التقنية المستخدمة في ذلك والتي تترك آثارها وبصماتها على الناحية القانونية من حيث فكرة التعاقد بين حاضرين أو غائبين وما يرتبط بذلك من فكرتي الإيجاب والقبول وفكرة مجلس العقد.

ثانيا: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن عقد إنشاء متجر إلكتروني:

إن عقد إنشاء متجر إلكتروني هو أحد العقود الإلكترونية التي تساعد وتسهل عملية إبرام العقود الإلكترونية[09](ص69)، وهو هنا من عقود الخدمات الإلكترونية ويتم إنشاء المتجر بالاتفاق مع مقدم الخدمة أو صاحب المركز حيث يلتزم هذا الأخير بفتح المتجر الخاص الذي يسمى صاحبه مشاركا، ويمكن بمقتضاه استخدام شبكة الإنترنت لمباشرة التجارة[19](ص31).

ويلاحظ أن عقد إنشاء متجر إلكتروني لا يعد من قبيل عقود التجارة الإلكترونية رغم أنه إلكتروني، حيث يمكن أن يتم عبر شبكات إلكترونية كما يمكن أن يتم عبر الطرق التقليدية، إلا أن الغالب أن يبرم إلكترونيا، ويهدف هذا العقد إلى استخدام شبكة الإنترنت لمباشرة التجارة الإلكترونية.

ثالثا: تميز عقد التجارة الإلكترونية عن عقد استخدام الشبكة.

يعرف عقد استخدام الشبكة بأنه تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية الموجب والقابل، يكون محله السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الإنترنت من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتجول بها وإجراء التصفح للمواقع والتعامل معها[03](ص37).

ومن هذا التعريف نجد أن عقد استخدام الشبكة هو من العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية وهو الأساس الفني لوجود عقود التجارة الإلكترونية، وجدير بالذكر هنا كذلك أن المقصود بالشبكة هو كل شبكات الاتصال ولا يقتصر الأمر على شبكة الإنترنت[23](ص 01).

وعقد استخدام الشبكة عقد ملزم لجانبين، فيقع على عاتق مقدم الخدمة التزام أساسي يتمثل في تقديم خدمة الدخول إلى الشبكة، وهو التزام بتحقيق نتيجة[07](ص73)وهو بهذا من العقود المحيطة بعقد التجارة الإلكترونية في البيئة الإلكترونية. ويلتزم في المقابل المستخدم بسداد قيمة الاشتراك.

ونشير في الأخير أن هذا العقد نفسه قد يبرم إلكترونيا كما قد يبرم بالطرق التقليدية.

رابعا: تمييز عقد التجارة الإلكترونية عن الإيجار المعلوماتي(عقد الإيوائي).

وفيه يلتزم مقدم خدمة الإنترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها لتحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه[09](ص78)ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع الشخص بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية، كتخصيص مساحة قرص صلب أو شريط مرور أو مكنة التعامل مع الجهاز[19](ص27)وهو بهذا يخرج عن دائرة التجارة على الأقل في الوقت الحالي.

يثور الجدل حول التكييف القانوني لهذا العقد، فيرى البعض أنه عقد إيجار معلوماتي لأنه يرد على خدمة معلوماتية، بينما يرى البعض الآخر عقد إيجار أشياء، وفي هذه الحالة يخضع مورد الخدمة للقواعد العامة بشأن مسؤولية حارس الأشياء[03](ص68). وفي هذا يؤكد الأستاذ محمد أمين الرومي أن عقد الإيواء أو عقد الإيجار المعلوماتي، يعد بمثابة عقد إيجار أشياء وليس من ضمن عقود المقاولة كما ذهب البعض في ذلك[09](ص78).

وبهذا نكون قد وصلنا إلى تحديد حدود عقود التجارة الإلكترونية بتحديد خصائصها، وتمييزها عن بعض العقود المرتبطة بها، رغم صعوبة إيجاد معايير هذا التمييز ونقاطه ورغم هذا نلاحظ أن الصورة لم تكتمل حول العقود التجارية الإلكترونية نظرا لتنوعها وتنوع معاملات التجارة الإلكترونية

وتشعبها وحداثتها ونظرا لما تحمله التقنية عموما، والإنترنت خصوصا من جديد يفوق الفكر الإنساني رغم أنها من صنعه،هذا ما أجبرنا على خوض موضوع الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية لعل الصورة تكتمل.

3.1.1.1. الطبيعة القانونية لعقود التجارة الإلكترونية

في هذا المطلب سوف نناقش فكرة اعتبار عقد التجارة الإلكترونية من الأعمال التجارية التي تخضع للقانون التجاري، وبحكم أن وسائل الاتصال الحديثة قد اختصرت الزمان والمكان واختفت الحدود الجغرافية نناقش فكرة دولية هذه العقود مبينين ما قد ينجر عن ذلك من نتائج وانعكاسات على النظام القانوني الذي يحكم العقد.

1.3.1.1.1. عقد التجارة الإلكترونية عقد تجاري

لم يعرف فقهاء القانون التجاري الأعمال التجارية نظرا لصعوبة ذلك وارتباط العمل التجاري بالتاجر[24](ص39)، ولا ندري من يستمد من الآخر صفة التجارية،وكذلك فعلت جل التشريعات،حيث عمدت إلى تعداد ما اعتبرته من الأعمال التجارية[25](ص07)، وقسمتها إلى أعمال تجارية منفردة[24](ص41)وأعمال تجارية بحسب المقاولة[24](ص58)، وأعمال تجارية بالتبعية[24](ص76)وأعمال تجارية مختلطة[24](ص82).

ولقد عرف المشرع الجزائري التاجر بنص المادة 01 من القانون التجاري: "يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك"، فالتاجر حسب هذا النص هو الذي يمارس الأعمال التجارية على وجه الاعتياد. فهل العقود التي تبرم في مجال التجارة الإلكترونية تعد أعمالا تجارية بالمفهوم القانوني؟.

يرى البعض أنه وبالعودة إلى العقود التي تبرم في حقل التجارة الإلكترونية نجد أنها تتسم غالبا بالطابع التجاري، لذا يطلق عليها عقود التجارة الإلكترونية[19](ص19)، ويقصد بها تنفيذ بعض أوكل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

إذا عقود التجارة الإلكترونية تتمثل في ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية وعلى سبيل الاعتياد، ومرد ذلك إلى خاصية أن هذه العقود تبرم أصلا بوسائل إلكترونية وجاءت هذه الصفة من السمة الغالبة لهذا العقد، حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من العقود الإلكترونية[19](ص20).

إلى جانب هذا الرأي نجد رأي آخر يرى أنه يجب ألا تؤخذ عقود التجارة الإلكترونية على أنها تجارية على إطلاقها[12](ص31)، بل هناك من هذه العقود ما هو من طبيعة مدنية كعقود الاستشارات القانونية والطبية وغيرها من المهن التي تنتفي عنها صفة التجارية وكذلك عقود البيع بين المدنيين التي أصبحت تغزوا صفحات الإنترنت مثلا.

ونشير بهذه المناسبة كذلك إلى أن التجارة هي غير العمل التجاري، فالتجارة عند العرب هي الشراء ثم البيع من أجل المرابحة، أما العمل التجاري فهو ما سلف شرحه، وبهذا نلاحظ الفرق بين العمل التجاري ومصطلح التجارة.

يترتب عن الطبيعة التجارية لعقد التجارة الإلكترونية أن يتسم هذا الأخير بطابع الاستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني أو مستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر في الغالب من عقود الاستهلاك[07](ص54)، ولا يمكن حصر صفة المستهلك على طائفة معينة من الأفراد، بل الكل مستهلك ولو بدرجات متفاوتة ومختلفة.

لذلك درجت التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على حماية المستهلك[26](ص11)، وعلى ذلك النحو ما جاء بالتوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 7/97، وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي[07](ص54)، وهو ما قنن له المشرع الجزائري بإصداره قانون يتعلق بحماية المستهلك. ولكن دون الإشارة للتجارة الإلكترونية.

ومن هذا كله، نصل إلى أن عقود التجارة الإلكترونية في أغلبها تجارية فإذا كانت بعض التشريعات العربية تبنت قواعد اليونسترال ووضعت تشريعات متعلقة بالتجارة الإلكترونية يخضع لها هذا النوع من العقود، فما هو وضع هذا النوع من العقود بالنسبة للتشريع الجزائري ؟.

بغض النظر عن أن تحكمه النظرية العامة للعقد، فهل يخضع للقانون التجاري؟ وما هو وضع المستهلك الجزائري بالنسبة له ؟ لهذا ندعو مشرعنا الجزائري إلى اتخاذ موقف حاسم في هذا الشأن خاصة ونحن نرى انفتاح الجزائر على وسائل الاتصال وثورة المعلومات.

2.3.1.1.1. عقد التجارة الإلكترونية عقد دولي

يتفق معظم فقهاء القانون الدولي الخاص أن سمة الدولية تمتد إلى التصرف القانوني إذا اتصل هذا التصرف من حيث جنسية الأشخاص أو القانون الواجب التطبيق أو إقليم دولة أجنبية[27](ص06) فيضفي توفر أحد هذه العناصر في عقد ما صفة الدولة على هذا العقد.

إن العقود الإلكترونية المبرمة بين أفراد ينتمون إلى نفس الدولة دون أن يتصل بعنصر أجنبي من العناصر السابقة تكون عقودا داخلية[19](ص22)، إلا أن هناك من يرى أن العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي، ويرجع ذلك إلى الوسيلة التي يبرم عن طريقها العقد كالانترنت مثلا ذات الطابع

العالمي، وما يرتبه ذلك جعل معظم الدول في حالة اتصال دائم en line على الخط مما يسهل العقد بين طرف في دولة وطرف في دولة أخرى[07](ص54).

فعلا الإنترنت شبكة عالمية تربط عدة آلاف من الشبكات وملايين أجهزة الحاسب المختلفة الأنواع والأحجام في العالم[03](ص ص9-10)، إلا أنه لا يمكن اعتبار العقد دوليا تبعا لوسيلة التعاقد، وإلا فإننا نلغي فكرة العقد الإلكتروني الداخلي والذي هو أمر واقع.

كذلك الحال بالنسبة لوسائل الاتصال الأخرى كالهاتف والفاكس والتلكس أو ما قد تنتجه التقنية مستقبلا، فما كان داخل الدولة فهو داخلي، وما امتد إلى عنصر من العناصر التي تضفي عليه صفة الدولية فهو بالتأكيد دولي.

ويثير الطابع الدولي للعقد الإلكتروني العديد من المشاكل القانونية كمسألة مدى أهلية المتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر، ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد الجهات المختصة بتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، وكذلك القانون الواجب التطبيق على العقد[07](ص55)، وخاصة في حالة المنازعات.

ولعل أهم نقطة قانونية يثيرها العقد باعتباره دوليا هي مشكلة تنازع القوانين، فإذا كانت مشاكل التحقق من شخصية المتعاقد أصبحت مسألة فنية تتعلق بالتوقيع الإلكتروني والتشفير. وترتبط أكثر بخاصية البعد المكاني إلا أن مشكلة تنازع القوانين تثير الكثير من الغموض وبالضبط اختيار المنهج المطبق للوصول إلى القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة.

ويعود هنا إلى عالمية شبكات الاتصال خاصة الإنترنت ذات الطبيعة غير المادية والغير محسوسة التي تتعدى الحدود الجغرافية والسياسية، ما دفع البعض إلى الحديث عن عدم ملائمة منهج التنازع في هذا المجال واستبعاد من ثمة ما يقود إليه هذا المنهج من تطبيق قوانين وطنية[06](ص107) والبحث عن قانون ذا طبيعة عالمية بعيدا عن القانون الدولي الخاص حتى لا تبقى الإنترنت منطقة بلا قانون ولا تبقى عقودها طليقة، وربما هذا ما حاولت فعله لجنة اليونسترال بإصدارها لقانون نموذجي يتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي رغم صفته غير الآمرة إلا أنها تتوجه بالخطاب إلى الدول كي تستوحي منه القواعد التي تنظم التجارة الإلكترونية. وهذا ما فعلته بعض التشريعات العربية.[28](ص14)

2.1.1. انعقاد عقود التجارة الإلكترونية

ينعقد العقد بتوافر أركانه عموما،من تراض،ومحل وسبب فإذا كان القانون قد أقر أنه لكل عقد سبب مشروع افتراضا[22](ص98)، فلا يثير هذا مشكل في مجال التجارة الإلكترونية كما أن المحل

يرتبط بالحاجات الإنسانية التي يريد الأفراد إشباعها فهي لا تتغير لأنه كما أشرنا فإن العقود الإلكترونية عادية تتميز بوسيلة إبرامها فقط.

إلا أنه بالنسبة للإرادة وطرق التعبير عنها، واقتران الإيجاب بالقبول حيث يبرم العقد في فضاء مفتوح يثير بعض الإشكاليات،كما يصعب تبعا لذلك تحديد زمان ومكان إبرام العقد وما ينتج عن ذلك من آثار قانونية، فهل تكفي القواعد العامة لاستيعاب ما استجد في هذا المجال ؟.

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال المطالب التالية.

1.2.1.1. التعبير عن الإرادة

الإرادة قوام العقد فهي ركنه الأساسي[01](ص31)، وهي ظاهرة نفسية تخرج إلى العالم الخارجي بطرق ووسائل، وحتى ينشأ العقد يجب أن تكون هذه الإرادة سليمة غير مشوبة بعيب، ويساهم في إخراجها كما هي عليه مرحلة التفاوض،حيث تكون مرحلة حاسمة في تحديد عناصر العقد وبنوده، فهي إذا كانت مرحلة تسبق التعاقد إلا أنها شديدة الصلة بالإرادة والتعبير عنها،وتحديد العناصر التي سوف يتراضى عليها أطراف العقد.

1.1.2.1.1. وجود الإرادة

الإرادة كما أشرنا ظاهرة نفسية داخلية لا يعلم بها إلا صاحبها(الإرادة الباطنة)وتظهر إلى العالم الخارجي عن طريق اتخاذ الشخص مظهر خارجي للكشف عن نيته في التعاقد(الإرادة الظاهرة)[01](ص 62)، ولقد اختلف الفقه حول الإرادة التي ينعقد بها العقد، إلا أن جل التشريعات أخذت بالإرادة الباطنة مع التخفيف من نتائجها[13](ص64)، حيث لا يثور مشاكل عند تطابق الإرادة الظاهرة مع الباطنة إلا أن اختلافها يطرح الإشكال.

ويرى الأستاذ ديريه أن التعبير عن الإرادة لا يخلو من الأهمية، إنه دليل على الواقعة الداخلية ولكنه ليس إلا دليلا، شأنه في ذلك شأن الدموع فهي علامة الحزن وليست الحزن ذاته[05](ص11)، ويضيف أن القاضي لا يستطيع أبدا أن يعرف إلا المظاهر الخارجية للإرادة لأن نفس الإنسان تكون غير قابلة للنفاذ إليها،وعندما تكسر رأسا لتنتزع أسرارها لن تجد إلا العظام والأعصاب والدم، وهو بهذا يحاول إبرام مقارنة بين الإرادة الظاهرة والباطنة.

وما يهمنا ونحن بصدد دراسة هذا الموضوع هو طرق التعبير عن الإرادة، فإذا كان التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا،كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه،ويجوز أن يكون التعبير صريحا أو ضمنا[22](ص60). فإذا كان هذا الحال في العقود التقليدية فهل هو كذلك في عقود التجارة الإلكترونية؟.

التعبير الإلكتروني عن الإرادة قد يكون لفظا،كما في التعاقد عبر الهاتف أو عن طريق شبكات المحادثة عن طريق الإنترنت،إلا أنه وإذا كان التعاقد عن طريق الهاتف يأخذ حكم التعبير عن الإرادة باللفظ[05](ص66)لأن الهاتف سيد الاتصالات الشفوية، فإن المحادثة عن طريق الإنترنت قد يكون التعبير فيها باللفظ كما في غرفة المحادثة المتطورة،كما يكون كتابة عندما نقصد بغرق المحادثة التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة[07](ص133)، وذلك باستخدام برنامج المحادثة المتطور IRC .

كما قد يكون التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة كما في التعاقد عن طريق الفاكس والبريد الإلكتروني،وهذا الأخير أصبح النظام الذي يعتمد عليه اقتصاد اليوم[01](ص45)حيث وصل حجم الرسائل الإلكترونية بين 2 إلى 3 مليارات رسالة شهريا[10](ص03)، ويكون التعبير فيه عن الإرادة يتبادل رسائل البيانات بين الأطراف ولكن بطريقة إلكترونية فهو المكافئ الحديث للبريد العادي التقليدي.

كما يكون التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية بالإشارة كالنقر على الفأرة في التعاقد عبر الموقع،كما أنه قد توضع إشارات تدل على القبول كإشارة(>) وجه مبتسم، أو تدل على الرفض كإشارة(<)وجه غاضب[01](ص 47)، وهذه الإشارات تشبه تماما هز الرأس عموديا في التعاقد التقليدي والذي يعني القبول أو أفقيا والذي يعني الرفض.

كما أن التعبير عن الإرادة قد يكون باتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه،كأن يعرض البائع عبر الإنترنت فلما أو قطعة موسيقية، فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة ويقوم بتنزيل ما اشتراه وتسمى هذه الطريقة التعبير عن الإرادة عن طريق التنزيل عن بعد.

ويثار بمناسبة التعبير عن الإرادة مشكل السكوت، فإذا كان يصلح للتعبير عن الإرادة في العقود التقليدية فهل هو كذلك في عقود التجارة الإلكترونية، حيث أنه طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول[22](ص68)ينطبق كذلك في عقود التجارة الإلكترونية.

في هذا يرى الأستاذ أحمد خالد العجلوني أن السكوت المجرد لا يعد وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة إلا إذا كان ملابسا لظروف تكشف عن اعتباره تعبيرا عن الإرادة إلا أنه يصعب الأخذ بالسكوت الملابس في مجال التعاقد عن بعد عموما والإلكتروني خصوصا، بل يجب مراعاة ظروف كل عقد على حدا آخذين بعين الاعتبار طبيعته ونوعه وأطرافه.

وقد يكون التعبير عن الإرادة صادر عن الشخص كما قد يكون صادرا عن نائبه كما قد يصدر عن آلة مخصصة للرد عن طلبات الزبائن كالتسجيلات الصوتية عبر الهاتف أو برامج الحاسوب المعدة لذلك في التعاقد عن طريق الإنترنت،فما هو حكمها؟

لقد أصبح اليوم من المتعارف عليه أن يتعاقد الشخص مع الآلة، وأن تتعاقد الآلة مع الآلة[29](ص14)، والآلة إذ تبرم عقودا بهذه الصورة أطلق عليها اسم وكيل إلكتروني،أو وسيط إلكتروني، أو وسيط مؤتمت، ويعد هذا الأخير مصطلح جديد على اللغة العربية وقد ظهر استعماله أول مرة في وثائق اليونسترال الصادرة بالعربية[07](ص25)

والوسيط الإلكتروني المؤتمت هو برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا،دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف[29](ص 02)، وقد أضاف المشرع البحريني عبارة "أو أية وسيلة أخرى" في تعريفه للوكيل الإلكتروني ليكون بذلك تعريفه أشمل لوسائل التعاقد الإلكترونية.

والحقيقة أن الشخص إذا تعاقد مع وكيل إلكتروني مؤتمت فإنما يتعاقد مع برنامج معد سلفا من شخص طبيعي، فنية التعاقد تتوفر عند برمجة الحاسوب وتسمى نية مبرمجة، وهذا ما أقره القانون الأمريكي لمعاملات التجارة الإلكترونية[07](ص163)

أما عن التكييف القانوني للوسيط الإلكتروني المؤتمت أو الوكيل فإننا نجد أن كل التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية قد أقرته في نصوصها بما فيها اليونسترال في القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، لكن اختلفت فقط في التسميات.

فإذا كانت بعض التشريعات تستعمل مصطلح وكيل فإنه بالعودة للقانون المدني الجزائري نجد أن الوكالة أو الإنابة عقد بمقتضاها يفوض شخصا شخص آخر للقيام بعمل شيء لحساب الوكيل وباسمه [22](ص571)، أي أن الوكالة تكون بين شخص قانوني وشخص قانوني آخر،وهذا ما لا يتوفر في الحاسوب أو الوسائل الأخرى.

ولمعالجة الوضع ذهب البعض إلى منح الشخصية القانونية والأهلية للوكيل الإلكتروني، إلا أن هذا لا يتصور لأن من يتمتع بالأهلية يتمتع بالذمة المالية،وهذا لا يتصور في الوكيل الإلكتروني،كما أن للوكالة آثارا قانونية فكيف يمكن إعمالها بالنسبة للآلة، لهذا ذهب رأي وهو الراجح إلى كون الوكيل مجرد أداة مثلها مثل القلم[07](ص163)هذه الوكالة بعيدة عن الوكالة بالمفهوم القانوني.

2.1.2.1.1. صحة الإرادة

حتى تكون الإرادة سليمة يجب أن تكون صادرة عن ذي أهلية، وليس مشبوهة بعيب من عيوب الإرادة وإلا نكون أمام عقد يهتز ركنه الأساسي فيكون باطلا أو قابلا للإبطال، والأهلية مناطها التمييز،

وهي نوعان: أهلية أداء وأهلية وجوب[30](ص 266)، وما يهمنا في هذا الموضوع هو أهلية الأداء،حيث لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتمييز لصغر في السن أو عته أو جنون،وحدد سن التمييز في القانون الجزائري 13 سنة[31](ص42).

فإذا كانت تصرفات عديم التمييز باطلة فإن الإشكال يثور بالنسبة للقاصر المميز غير مكتمل الأهلية وخاصة ونحن نلاحظ إقبال هذه الفئة من الأفراد على قاعات الإنترنت ودخولهم مواقع التسوق مما يتصور معه إبرامهم لعديد العقود، أي الحكم الوارد في القواعد العامة بأن تصرفات القاصر الضارة باطلة بطلانا مطلقا، والدائرة بين النفع والضرر قابلة للإبطال والنافعة نفعا محضا صحيحة ينطبق هذا الحكم على عقود التجارة الإلكترونية كذلك.

لقد فرق القضاء الإنجليزي في هذه النقطة بين حالتين،حالة ما سماه بالعقود البسيطة كشراء الكتب مثلا، فإنه يجوز الحكم بإبطالها، أما العقود الأخرى كشراء سيارة فإنه لا يجوز إبطالها[32](ص67)، والقضاء الإنجليزي في ذلك اتخذ معيار قيمة العقد أو بالأحرى قيمة محله للتفرقة بين الحالتين ولا يتصور إبطال العقود البسيطة لسبب أن المتعاقد قاصر، وإلا فإننا نكون أمام الخطر الحقيقي الذي يهدد وجود التجارة الإلكترونية وبقائها.

ويفترض في التاجر أن يكون حسن النية لا يعلم سن من تعاقد معه،ولا يعرفه أصلا كأن يستخدم قاصر بطاقة والده فإن الوضع الظاهر يشير إلى أن الوالد هو من تعاقد، ويتمسك التاجر لحسن نيته استنادا لنظرية الوضع الظاهر، وذهب القضاء الفرنسي في تفسيره لهذه الحالة إلى اللجوء إلى مفهوم الوكالة الضمنية حيث اعتبر القاصر وكيل ضمني عن الوالد[04](ص48).

وفي الأخير يمكننا أن نجد حلا تقنيا لمشكل الأهلية كما يمكن اللجوء إلى ما يسمى بسلطات الإشهار وهي طرف ثالث محايد ينظم العلاقة بين الأطراف[04](ص49)، وذلك بجعله يملأ وثيقة معدة لذلك وتكرار ذلك مرتين على الأقل.

أما عن عيوب الإرادة وهي الغلط والإكراه والتدليس والاستغلال فإنه يمكن تطبيق القواعد العامة بشأنها، إلا أن استعمال التكنولوجيا يضفي عليها بعض الخصوصية وسنقوم بتفصيل ذلك على النحو التالي:

- الغلط وهم يقوم في ذهن المتعاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع[13](ص100)، والغلط المعتد به قانونا هو الغلط الجوهري الذي يقع فيه الشخص وقت إبرام العقد[22](ص81)، ونظرا لاستخدام التكنولوجيا الحديثة في هذه العقود فإن طرفي العلاقة لم يبقيا متساويين بل ظهر تفاوت فني واقتصادي بينها، لهذا ذهب القضاء والفقه حماية للطرف الأقل خبرة وهو المستهلك وتغير من ثم مفهوم الغلط، حيث أصبح على البائع أو التاجر أن يعلم المستهلك ويوفر له المعلومات الكافية عنه، ويتصور حينها

الغلط الإلكتروني بأن يتعاقد مع شخص غلطا نظرا لتشابه مواقع الواب مثلا[07](ص145)، وتفاديا لمثل هذا الغلط تعمل المواقع على تأكيد الإرادة بالنقر مرتين على أيقونة القبول.

- أما الإكراه فهو ضغط تتأثر به إرادة الشخص فيندفع إلى التعاقد[30](ص334)ويولد الإكراه ويبعث في نفس المكره رهبة بينة[22](ص 88)، وهي التي تعيب الإرادة إذا اتصل المتعاقد الآخر بالإكراه، ويستبعد الأستاذ خالد ممدوح إبراهيم الإكراه في مجال العقود الإلكترونية أو لا يتصوره على حد تعبيره لأن العقد مبرم عن بعد، إلا أنه يقع أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية[19](ص75)ويمكن تصوره في حالة توريد منتج واحتكار إنتاجه، ثم بيع قطع غياره بشروط مجحفة، يضطر العميل إلى قبولها حيث لا بديل له عنها، فيكون أمام الإكراه، وإن كان يبدوا أقرب منه إلى مفهوم الإذعان لأن الإكراه يراعى فيه ظروف من وقع عليه كجنسه وسنه وحالته الاجتماعية،ونحن نعتقد أن الإكراه ممكن في عقود التجارة الإلكترونية لأن المسافة في هذا العصر لن تحول دون وصول الرهبة إلى نفس المتعاقد.
- أما التدليس فهو إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد فالعلاقة وثيقة بين الغلط والتدليس[30](ص319)، وحتى أن من الفقه من ذهب إلى القول أن الغلط يغني عن التدليس إلا أن لكل كيانه المستقل وضرورة وجوده، والتدليس عنصران: استعمال طرق احتيالية وأن تحمل هذه الطرق على التعاقد[22](ص89)، كما يعتبر تدليسا السكوت عن الواقعة أو ملابسة إذا أدى هذا السكوت إلى التعاقد.

وربما عيب التدليس من أكثر العيوب الإلكترونية انتشارا ومثاله اصطناع مستندات وأوراق مزورة لنشر معلومات غير صحيحة والكذب في الإعلانات والدعاية للمنتج[19](ص74)، لأن المستهلك يعاين المنتج من خلال شاشة الكمبيوتر في العقود الإلكترونية، كما يزداد اتجاه القضاء نحو اعتبار الكذب من قبيل التدليس المبطل للعقد كلما كان العميل ضعيف الخبرة غير محترف[22](ص90).

- أما عيب الاستغلال فهو استغلال أحد المتعاقدين في المتعاقد الآخر طيش بين أو هوى جامح يؤدي إلى تفاوت كبير في الالتزامات، ويكون هذا العيب أكثر انتشارا في المواقع الإباحية التي تثير الغرائز وتدفع إلى تعاقدات وهمية،حتى أننا نلحظ الاستعمال المفرط لصورة المرأة في الإعلانات الإشهارية، وكان يحق لنا أن نتساءل عن علاقة المرأة بشفرة الحلاقة، إن لم يكن استغلالا لأنوثتها.
- ونشير في الأخير أن وقوع أحد المتعاقدين في هذه العيوب يؤدي إلى طلب إبطال العقد والذي يختلف عن الحق في الرجوع في العقود المبرمة عن بعد عموما والعقود الإلكترونية خصوصا حيث تعطي المستهلك مهلة للرجوع عن العقد عادة ما تكون قصيرة تتراوح بين أسبوع إلى أسبوعين، كما أن هناك حالات لا يمكن الرجوع فيها عن العقد[26](ص ص88-102).

3.1.2.1.1. التفاوض

يدرج التفاوض تحت مطلب التعبير عن الإرادة لأنه يساهم في إظهار هذه الإرادة وتكوينها،حيث أن لأطراف العقد الحرية في إبرام ما يشاءون من عقود،هذا المبدأ العتيق في القانون المدني يقوم على عنصرين : الأول اختيار كل طرف من يتعاقد معه واختيار مضمون العقد، والثاني هو حرية الأطراف في التفاوض لتحقيق مصالحهم[07](ص207).

ويعرف التفاوض أنه تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة عن أفضل الأشكال القانونية التي تتحقق مصلحة الأطراف وللتعرف عما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات.

وجاءت مرحلة المفاوضات لتذليل الصعوبات في التعقيدات القانونية والفنية أمام طرفي العقد[03](ص47)، حيث أصبحت مرحلة مهمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية خاصة B2B حيث توفر الزمن والنفقات وانتقال الأفراد من بلد إلى أخر.

ويتبادل أطراف التفاوض إرادتهم من خلال رسائل بيانات تحت تسميات مختلفة كخطاب النوايا، المرسلات التمهيدية،خطاب الراحة، ومهما كانت التسمية فإنه يجب أن تتوافر فيها خصائص رئيسية هي:

- بيان الاحتياجات الأساسية
- التفاوض من خلال صفحة البيانات التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسب والمتضمنة للشروط التي يرغب كل طرف توفرها في محل التزامه.
- إرسال رسائل البيانات المتضمنة عروض التفاوض[03](ص49).

يلتزم أطراف المفاوضات بعدة التزامات تضمن استمرارها ووصولها إلى الهدف المنشود وهو إبرام العقد، وتتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بحسن النية والإعلام والتعاون والالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية والالتزام بالاعتدال والجدية ويثور إشكال حول طبيعة المسؤولية في حالة إخلال أحد الأطراف بالتزاماته.

يرى إهرنج في دراسته الخطأ العقدي أنها مسؤولية عقدية[01](ص101)خاصة وقد أصبحنا نشهد أن التفاوض نفسه أصبح يبرم على شكل عقد مستقل له خصائصه الذاتية بينما يرى جانب من الفقه والقضاء أن المسؤولية تقصيرية لأن التفاوض عمل مادي في نظرهم،أما الفقه والقضاء في فرنسا فذهب إلى التفريق بين حالتين،فإذا كان التفاوض مرفوقا باتفاق فالمسؤولية عقدية،أما إذا لم يكن كذلك فالمسؤولية تقصيرية[07](ص233)

هذا ونشير في الأخير أنه إذا كانت التشريعات المدنية لم تنص على التفاوض في نصوصها فإنه قد ظهر اتجاه حديث في التقنين المدني أخذ يدخل التفاوض ضمن نصوصه مثل التقنين المدني

الإيطالي واليوناني واليوغسلافي وقانون الموجبات والعقود اللبناني[07](ص208)، ولعل هذا ما دفع البعض بأن ينادي بجعل للمفاوضات اعتبارات قانونية خاصة، ومنه اعتبارها جزء لا يتجزأ من العقد، يرجع إليها في عملية التفسير.

2.2.1.1. توافق الإرادتين

إن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني أو نقله أو تعديله والإراديتين يصدران تباعا عن أطراف العقد،فتسمى إرادة الشخص المبادر إيجاب والذي يجب أن يقترن بقبول مطابق والذي هو الإرادة الثانية في العقد،ولكل أحكامه وشروطه التي جاءت بها التشريعات المدنية، فهل هي كذلك في عقود التجارة الإلكترونية وما هي الأحكام الخاصة بها في هذا المجال.

1.2.2.1.1. الإيجاب

الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين،بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد[13](ص67)، ويشترط فيه أن يكون جازما ومحددا وباتا لا رجعة فيه، أما الإيجاب الإلكتروني فهو نفسه الإيجاب التقليدي، فلفظ الإلكتروني إذا ما أضيف لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أنه تم بوسيلة إلكترونية، وقد عرفه التوجيه الأوروبي 07/97 المتعلق بحماية المستهلك بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا مجرد الإعلان"[07](ص 69).

والجدير بالملاحظة في هذا التعريف أن التوجيه الأوروبي لم يحصر وسائل الاتصال، بل ذكر بصفة عامة كل اتصال عن بعد،كما أنه استبعد من مجال الإيجاب مجرد الإعلان حيث يثور إشكال كبير حول مدى اعتبار ما يصل الأفراد عبر صفحات الواب أو الرسائل التي تصل إلى الهاتف النقال أو عبر البريد الإلكتروني إيجابا أم أنه مجرد دعوى للتعاقد أو التفاوض.

ولقد اختلف الفقه حول هذه النقطة إلى اتجاهين:الاتجاه الأول يرى أن البيع مثلا عبر وسائل الاتصال الحديثة ما هو إلا دعوة للتعاقد، ويصبح المشتري بطلبه البضاعة موجبا،والبائع أو المعلن موجب إليه،له حرية القبول من عدمه،ومثال ذلك التعاقد عن طريق شاشة التلفزيون[09](ص94)، خاصة بظهور ما يسمى التلفزيون التفاعلي.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن الإعلانات بالتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة هي إجابات إذا توافرت خصائصه وشروطه،حيث يصبح لصاحبه، ويلزمه بما يلزم الإيجاب التقليدي صاحبه ويشير الأستاذ الفرنسي ريبرت إلى أنه يجوز وفقا للقانون الفرنسي توجيه الإيجاب إلى أشخاص غير

محددين، لأن الغالبية العظمي من التجار يصدرون إيجابا عاما إلى الجمهور بعرض بضائعهم مع أسعارها، ويتم العقد بتعبير المشتري عن إرادته[05](ص94).

وبين هذين الاتجاهين ظهر فريق ثالث في الحقيقة جمع بين الرأيين، حيث أنه اعتبر أنه يمكن أن يكون إيجابا باتا كما يمكن أن يكون مجرد دعوة للتعاقد،وهذا حسب مدى تحديد رسالة البيانات لكافة عناصر العقد الأساسية، والبيانات الأساسية اللازمة لتحديد المبيع تحديدا وافيا[03](ص62)، وهو نفس الاتجاه الذي تبنته اتفاقية فينا لسنة 1980 حول البيع الدولي للبضائع[33](ص14).

والأصل في الإيجاب أنه غير ملزم لصاحبه، فله أن يرجع عليه في أي لحظة إلا إذا عين أجل القبول والذي قد يستخلص من ظروف الحال[22](ص63)، كما أن المادة 64 من القانون المدني تضيف قاعدة مهمة،حيث أن الإيجاب الصادر في مجلس العقد لشخص حاضر أو عن طريق الهاتف أو بأي طريق مماثل،دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا.

ونلاحظ أن المادة 64 قد اعتبرت التعاقد عبر الهاتف تعاقدا بين حاضرين زمانا أي أن الإيجاب غير المرتبط بأجل يسقط إذا لم يقترن به قبول فورا، كما أضافت المادة عبارة "أو بأي طريق مماثل" والتي لا ندري ماذا قصد المشرع من ورائها.

إن القانون المدني الجزائري وضع في وقت لم تكن فيه وسائل الاتصال بالتطور الذي هي عليه الآن، والمعروف آنذاك أن الهاتف كان من أحدث وسائل الاتصال لذلك من غير المستساغ أن يفسر النص ليشمل وسائل الاتصال الحديثة، وإلا نكون قد حملناه ما لا يطيق، ولكن مع هذا فقد أشرنا في البداية هذا المبحث أن العقد الإلكتروني يكون في الأصل يخضع للنظرية العامة للعقد،وجه الاستثناء فيه أنه يبرم بوسيلة إلكترونية وحتى الهاتف النقال فهو كذلك وسيلة إلكترونية حديثة يمكن أن ينقل الصورة والصوت والكتابة ويرتبط بالإنترنت،فلم يبق دوره نقل المكالمات فقط.

إلا أنه لا يمكن التسليم بهذه النتيجة لأن الوسيلة الإلكترونية امتد أثرها في حياتنا لكل النواحي الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، والأكيد أن عدم الإقرار بأثرها على القانون هو أحد أمرين، إما أن يوصف القانون بالجمود أو أن يوصف فكرنا بالجمود. ولتبيين هذا الأثر فإننا نحاول إعطاء صورة حول الإيجاب عبر الوسائل الحديثة.

فالإيجاب عبر الإنترنت يكون إما عبر البريد الإلكتروني أو على صفحات الواب:

- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني والذي يفترض فيه وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول[01](ص 70)، ويكون هذا الإيجاب إما موجه لشخص واحد فيكون عند البعض إيجاب غير ملزم إلا إذا تضمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه، ويعتبر حينها غلق جهاز الكمبيوتر رفضا له، وإما يكون موجه لعدة أشخاص فإنه يكون عند الشك مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاب بالمعنى القانوني[09](ص91)، أما الإيجاب في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة. فيقترب هنا القبول من الإيجاب

عبر التلكس،حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد، ولا نخرج عن القواعد العامة[01](ص72)، إلا أن الفاصل الزمني يبقى موجودا ولو بصورة صغيرة جدا لأن الرسالة الإلكترونية لا تمر من المرسل إلى المرسل إليه مباشرة، بل عبر جهاز مقدم هذه الخدمة على حد علمنا.

- الإيجاب عبر شبكة المواقع الواب: وهو لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التلفزيونية المخصصة لعرض السلع وتوصيلها إلى المنازل[09](ص92)، ويتميز هذا الإيجاب بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة وموجه للجمهور، فهو إما أن يكون إيجابيا أو أن يكون مجرد إعلان أو دعوة للتعاقد أو التفاوض،وهنا يشترط أن يتضمن الموقع وصفا كاملا لمحل التعاقد من حيث مقداره ونوعه وكميته وثمنه والطريقة التي يتم أداء الثمن بها،وغيرها من المسائل الضرورية[34](ص50)، وهو ما نصت عليه التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية حماية المستهلك تحت عنوان الحق في الإعلام[26](ص25).

ونجد بصدد هذا الإيجاب محاولة الباعة الإلكترونيين الالتفاف حول الطابع الجازم للتهرب من المسؤولية بإضافة بعض العبارات:كإرسال "رسالة تأكيد" القبول تؤكد القبول،أو دون التزام إذا لم يتم القبول،وذلك حتى يعطون الإيجاب صبغة الدعوة للتعاقد[03](ص62).

كما يمكن أن يكون الإيجاب عبر المشاهدة والمحادثة عبر الإنترنت فتكون أمام مجلس عقد افتراضي يقترب إلى حد كبير من المجلس الحقيقي[01](ص74)، ويعتبر رفضا للإيجاب تغيير موقع الموجب بموقع آخر كما يسقط الإيجاب هنا كذلك بسحب الإعلان من صفحة الواب، كما أن غلق جهاز الكمبيوتر يعد رفضا للإيجاب.

2.2.2.1.1. القبول

القبول هو التعبير الثاني في العقد الصادر ممن وجه إليه الإيجاب ويشترط فيه ما يشترط في التعبير عن الإرادة من إرادة جازمة وأن يكون مطابقا للإيجاب وأن يصدر والإيجاب مازال قائما[13](ص75)وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة فإن للأشخاص الحرية في قبول ما يشاءون من العقود، لكن ذلك في حدود عدم التعسف خاصة إذا سبق العقد مرحلة مفاوضات شاقة،كانت حتما سوف تنتهي من ملابساتها إلى إبرام العقد.

ولا يختلف القبول الإلكتروني عن القبول العادي إلا من حيث وسيلة التعبير عنه إلا أن هذا ليس دون أثر، بل يثير بعض الإشكالات القانونية، لأن القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب وله طرق رسمها القانون.

فإما عن مطابقة القبول للإيجاب والذي هو شرط فيه فلو تخلف بأن كان القبول يغير في الإيجاب زيادة أو نقصا اعتبر إيجابا جديدا[22](ص 66)، وقد اتفقت التشريعات المدنية على قبول الاتفاق على المسائل الجوهرية التي ينعقد بها العقد،وترك الأمور التفصيلية فإذا قام خلاف بشأنها تقضي المحكمة فيها[22](ص65)، إلا أنه يثور إشكال حول المعيار المعتمد لاعتبار مسألة جوهرية أو تفصيلية ثانوية.

في سبيل ذلك ظهر معياران[07](ص279): معيار شخصي يأخذ بالإرادة المشتركة لطرفي العقد والتي يتم الكشف عنها بجميع الطرف، ومعيار موضوعي والذي يضم أركان العقد الثلاثة التي حددها المشرع المدني إلا أنه في مجال التجارة الإلكترونية، يصعب اعتماد أحد المعيارين بسبب تعقد العلاقات القانونية الناشئة في مجالها.

كذلك يصعب معاينة محل العقد في العقود الإلكترونية،وحتى في الإنترنت فإن ما يتم عرضه إنما هو صور ونماذج لمحل العقد وليس المحل ذاته، والذي هو غير ملموس[03](ص65)، كما أنه قد يبرم عقد يتعلق ببيع برنامج عبر الإنترنت ويحدد فيه شروط محددة وعندما يقوم العميل بتنزيل البرنامج على حاسوبه الشخصي يفاجأ بمجموعة من الشروط المتعلقة بالعقد[35](ص88)، فهل هي أمور جوهرية أو ثانوية ؟

ومن خلال هذا يمكننا القول أن المعيار الموضوعي يوفر للعقد أكثر استقرارا وانسجاما نظرا لعدم التوازن الفني بين أطراف العلاقة العقدية، ويكون بذلك القبول مطابقا للإيجاب إذا تم التوافق على أركان العقد من محل ورضى وسبب، وهذا الرأي ما ذهب إليه بعض المؤلفين[03](ص66)، أما عدم معاينة محل العقد من طرف الموجب له فإن التشريعات تمنح له بالمقابل الحق في الرجوع عن العقد في مهلة معينة.

أما عن طرق القبول فإن في البداية نشير إلى أن التعبير عن القبول يكون بكل الوسائل لكن هل يصلح السكوت الملابس كطريق من طرق القبول في عقود التجارة الإلكترونية ؟ أي أن يقترن السكوت بعرف أو طبيعة معاملة أو تعامل سابق، أو أن يكون الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.[22](ص68).

فبالنسبة للعرف التجاري يصعب تصوره في هذا المجال نظرا لحداثة هذه العقود، حيث يقوم العرف في ركنه المادي على التكرار، إلا أننا بهذا الرأي نغالط في مفهوم العرف، فالعرف يقع على العقد والمعاملة التجارية ولا تؤثر الوسيلة على العرف، أضف إلى ذلك أن المعاملة التجارية تتسم بالسرعة واستقر العرف عليها أيضا أن يتم بسرعة،وفي هذا يذهب البعض إلى اعتبار ما يستشف من العرف أو طبيعة المعاملة في التجارة الإلكترونية B2B قبولا أما إذا تعلق الأمر بالتجارة الإلكترونية B2C فإنه لا يمكن اعتبار إيجاب أرسل إلى مستهلك تعود السوق إلى متجر معين، ويقترن هذا الإيجاب بأنه في حالة عدم الرد في مدة معينة يعتبر قبولا، وإلا كنا أمام حالة يفرض فيها على

المستهلكين التعاقد[35](ص83)، وهذا يناقض مبدأ حرية القبول،في حين تذهب اتفاقية فينا 1980 إلى رفض الأخذ بالسكوت كتعبير عن القبول[33](ص68)كما ذهب البعض إلى ربط اعتبار السكوت الملابس قبولا لوجود اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك[07](ص271).

ومن ناحية أخرى فإن قبول قد يعبر عنه كتابيا أو شفهيا،كما قد يكون ضمنا بأن يقوم الموجب له بسلوك إيجابي[29](ص06)، لا يدع شكا في قبوله إبرام العقد، كأن يقوم بتنزيل البرنامج في عقد بيع برنامج أو يقوم بكتابة رقم بطاقته في الإطار المخصص لذلك فيقوم التاجر بالمعاملات الموالية لاستيفاء الثمن،كما يكون بالضغط على أيقونة القبول.

وبالنسبة لأيقونة القبول فيكفي من الناحية القانونية الضغط عليها للتعبير عن القبول، لكن هذا قد يحدث خطأ لذلك ينصح لتجنب أخطاء اليد بأن يكرر الضغط مرتين أو تأكيد القبول عن طريق رسالة وهذا ما أخذ به العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية[35](ص85).

3.2.1.1. زمان ومكان انعقاد العقد

ينعقد العقد بتوافق الإرادتين،ومعنى توافق الإرادتين أن يقترن الإيجاب بالقبول مطابق له في لحظة معينة فينعقد العقد، وتحديد هذه اللحظة أي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في العقود الإلكترونية له صعوبات خاصة تظهر كأثر من آثار استعمال الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود، كما أن لتحديد لحظة إبرام العقد أهمية كبيرة سواء من حيث الزمان أو المكان محددين من خلال ذلك هل العقد الإلكتروني عقد بين حاضرين أم غائبين ؟

1.3.2.1.1. تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

إن بيان هل التعاقد بين حاضرين أو غائبين يكون من خلال بيان مفهوم مجلس العقد والذي هو فكرة من صنع الفقه الإسلامي، ويعرف مجلس العقد أنه"مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد" ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين:مجلس عقد حقيقي وآخر حكمي[07](ص 284)، ويكون التعاقد في مجلس عقد حقيقي تعاقد بين حاضرين، بينما التعاقد في مجلس حكمي هو تعاقد بين غائبين بسبب عدم حضور أحد المتعاقدين كما هو الحال في العقد الإلكتروني، وهذا ما يظهر من خلال بعد المسافة رغم أن الوسيلة الإلكترونية تختصر الزمن، إلا أن هذا التعاقد يبقى بين غائبين لأنه لا يمكن تحقيق التواجد المادي لأطراف العقد، رغم التعاصر الزمني، ونحن نعلم أن مجلس العقد يقوم على عنصرين ركن مادي: المكان وركن معنوي: الزمان.

ولا يمكننا الجزم بصحة هذه النتيجة قبل التحقق منها ومناقشتها، وقبل هذا نورد أن الفقه في تحديده لزمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين انقسم إلى أربع نظريات : إعلان القبول،تصدير القبول،

تسليم القبول والعلم بالقبول[30](ص241)، وتقدم هذه النظريات حلا واحدا لزمان انعقاد العقد ومكانه لذلك أطلقت عليها اسم النظريات الأحادية وظهرت نظريات حديثة ثنائية مؤداها عدم التلازم الحتمي بين زمان ومكان انعقاد العقد[05](ص164).

القانون المدني الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول[13](ص82)، ولم يفرق في ذلك بين الزمان والمكان أما القانون النموذجي الصادر عن اليونسترال فقد أخذ بنظرية استلام القبول لتحديد زمان انعقاد العقد[14](ص15)، وعلى نهجه سارت بعض التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية[29](ص17).

وفي هذا ذهب بعض الفقه إلى أن نظرية تسليم القبول هي الأكثر قبولا وانسجاما مع بيئة التجارة الإلكترونية[36](ص135)، لأنها تحقق التوازن بين مصلحتي الطرفين وبين استقرار المعاملات عكس النظريات الأخرى التي لا تنسجم مع السرعة والثقة المطلوبتين في التجارة الإلكترونية.

أما المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية فقد فرق بين حالة أن يكون للقابل نظام معالجة بيانات خاص به فأخذ بنظرية العلم بالقبول،وحالة عدم توفر نظام معالجة خاص به فإنه أخذ بنظرية تسليم القبول[03](ص74)لأن عليه في هذه الحالة الأخيرة عليه مطالعة المركز الذي يقوم من خلاله بالمراسلات ومعرفة ما وصله من رسائل وردود.

وهذا وأمام اختلاف نظرة القوانين فإن للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف هذا كله بأن يشترطوا ما يشاءون في عقودهم،وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية ومن ناحية أخرى فإن تحديد زمان ومكان إبرام العقود ليس من النظام العام،وهذا ما يحدث عمليا.

وتثير الطبيعة الفنية للوسائل الإلكترونية مشكل كبير حول معرفة الوقت الحقيقي للقبول ومن ثمة زمن اقترانه بالإيجاب حيث يمكن برمجة الحاسوب والتحايل على وقته، أو ما يعرف بسرقة وقت الحاسوب،كما أنه قد يحدث أن يكون العقد المبرم في لحظة معينة يوافق يومين مختلفين على وجه الأرض،ونعتقد أن هذه المشاكل التي أنجبتها التكنولوجيا والسرعة الفائقة المميزة لها، إنما هي مشاكل تقنية على التقنية نفسها أن تجد لها حلا بتطويرها.

كذلك ومن الناحية العملية نجد أن التعاقد عندما يكون عن طريق وسائل الاتصال الحديثة فإن المجلس قد يكون حكميا يقترب من الحقيقي، كما في العقود عن طريق المشاهدة والمحادثة الفورية عبر شبكات الإنترنت فهو تعاقد لحظي أي تعاقد بين حاضرين زمانا، لأنه يتوفر فيه ما يتوفر في التعاقد عن طريق الهاتف وأكثر، ومن ثمة يمكن القياس عليه، أما إذا كان التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإنه سوف يكون هناك فارق زمني ولا يتطابق الإيجاب والقبول فورا، مما يوحي أن التعاقد هنا يكون بين غائبين زمانا لأن مجلس العقد هنا يعتبر حكمي وتطبق عليه أحكامه[07](ص287).

أما مسألة مكان إبرام العقد، وأمام الطابع اللامادي الذي تفرضه التكنولوجيا الحديثة على العقود فإن قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1996 سارع إلى اعتماد ما يسمى مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها،الموجب، مكانا لإرسال الرسالة الإلكترونية، أما مكان استلام الرسالة فهو مكان المرسل إليه،ذلك كله يحدث إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي العقد على تحديد مكان إبرام العقد لأن المشرع أبقى الحرية لمبدأ سلطان الإرادة في كافة عناصر العقد[14](ص15).

ويذهب البعض إلى أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الموجب[03](ص ص74-75)، وفي حال توفر أكثر من مقر عمل فيؤخذ بمقر العمل الرئيسي وإذا لم يكن له مقر عمل معتاد فيشار إلى مقر إقامته المعتادة على احتمال كبير أن الموجب هنا هو التاجر.

بينما يذهب البعض الآخر أنه يمكن تطبيق محل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد الإلكتروني[07](ص207)ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك، والذي له ما يبرره.

وفي الأخير نخلص إلى أنه إذا كان البعض قد ذهب في تفريقه بين التعاقد بين حاضرين وبين غائبين إلى اعتماد معيار مكون من عناصر ثلاث:الزمان والمكان والانشغال بشؤون العقد[01](ص86)، فإن هذا المعيار لا يمكن اعتماد عناصره مجتمعة بالنسبة للعقد الإلكتروني، لأن المسألة تختلف حسب حالة، فزمان إبرام العقد يؤخذ حكم التعاقد بين حاضرين إذا كان التطابق فوريا، والتعاقد بين غائبين إذا وجد فاصل زمني أما من حيث المكان فهو تعاقد بين غائبين لأن عنصر البعد يبقى مؤثرا،والذي يبقى دائما ينطوي على عنصر زمني.

2.3.2.1.1. أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد

تترتب على تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه نتائج قانونية مهمة، تبدوا مظاهرها موزعة في فروع القانون كله[05](ص173)، فمن حيث الزمان فإن تحديده يرتب[05](ص174):

- معرفة الوقت الذي يمكن فيه العدول عن إرادة التعاقد سواء للموجب أو للقابل، ويختلف هذا حسب النظرية المتبناة في القانون.
- تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد وانتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك
- وتترتب عليه حساب مواعيد التقادم في الالتزامات المنجزة التي تنشأ عن العقد
- وفي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، فإن الدائن لا يستطيع الطعن في عقد صدر من مدينه إضرارا بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخرا في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين.

- كما أنه في حالة إفلاس التاجر فإن وقت إبرام العقد له أهمية كبيرة من حيث أن العقود التي يبرمها التاجر في فترة الريبة أو بعد إشهار الإفلاس هي عقود غير نافذة في مواجهة جماعة الدائنين[57](ص 01).
- كما لوقت إبرام العقد علاقة بالقانون النافذ من حيث الزمان فلا يخضع العقد للقانون الذي يصدر بعد إبرامه إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين.

أما من حيث المكان فإن تحديد مكان إبرام العقد يرتب أثرا يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، والجهة القضائية بنظر النزاعات التي تنشأ عن العقد سواء كانت تتعلق بإبرامه أو آثاره وفقا للقواعد العامة في تحديد الاختصاص القضائي[03](ص74)، ذلك أنه في قانون الإجراءات المدنية الجزائري يتوقف تحديد الاختصاص المحلي في بعض الأحوال على معرفة مكان انعقاد العقد بموجب المادة 11/08 بالإضافة إلى الحالات التي تقضي فيها قواعد القانون الدولي الخاص بسريان قانون الدولة التي انعقد فيها العقد[13](ص85).

وسوف نأتي على شرح القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي بنوع من التفصيل وذلك في الفصل الثاني من الباب الثاني من هذا البحث،نظرا لما يثيره من إشكالات أمام دولية عقود التجارة الإلكترونية وعالمية وسائل الاتصال عموما والإنترنت خصوصا التي لا تعترف بالحدود الجغرافية ولا تعطي اعتبارا لعامل المسافة.

2.1. إثبات العقد الإلكتروني

في ظل المجتمع المثالي يأبى ضمير كل فرد أن ينكر حقوق الآخرين، غير أن هذا المجتمع لا وجود له في حقيقة الأمر، لاسيما عندما تتعارض المصالح لذلك يجد صاحب الحق نفسه مضطرا إلى إثبات حقيقة ما يدعيه بالطرق التي رسمها القانون أمام السلطة القضائية التي أناط بها المجتمع حماية الحقوق إذا ما تعرضت للإنكار من جانب الغير[05](ص 200).

والإثبات لغة يختلف باختلاف موضع الهمزة فالإثبات بهمزة القطع مصدر من الفعل أثبت حجته بمعنى أقامها وأوضحها أما الإثبات بهمزة الوصل فهو اسم مشتق من الفعل ثبت بمعنى دام واستقر مكانه[37](ص07)، أما الإثبات بمعناه العام هو محاولة الوصول إلى الحقيقة المجردة وذلك كالإثبات العلمي أو التاريخي[38](ص07)، أما الإثبات بمعناه القانوني فيقصد به إقامة الدليل أمام القضاء،بطريق من الطرق التي يحددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع فيها[39](ص 07).

والإثبات بهذا المعنى ينصب على الدليل أو الحجة التي تثبت الحق،كما ينصب معناه على الطريقة التي يثبت بها الحق أمام القضاء،حيث يرتبط مفهوم الإثبات بمبدأ عتيق في القانون عموما هو عدم جواز أن يقتضي الشخص حقه بنفسه.

التشريعات في تنظيمها للإثبات قد تأخذ بأحد مذاهب ثلاث،مذهب حر أو مطلق يكون فيه للخصوم الحرية الكاملة في اختيار الأدلة المؤدية إلى إقناع القاضي ومساعدته في الوصول إلى الحقيقة،ومذهب مقيد أو قانوني، ويحدد القانون فيه الطريقة التي يجوز بها إثبات الحق تحديدا دقيقا، وبين هذين المذهبين ظهر مذهب مختلط جمع بين المذهبين السابقين[38](ص 05)، وبهذا الأخير أخذت معظم تشريعات العالم وبهذا أخذ المشرع الجزائري فأورد في القانون المدني نصوصا تحدد طرق الإثبات ووسائله[40](ص10)، كما أورد في القانون التجاري نصا يقر مبدأ حرية الإثبات[25](ص30).

وتشمل النصوص المنظمة للإثبات نوعين من القواعد القانونية، قواعد موضوعية وأخرى شكلية ويرى الفقه أنه يجوز الاتفاق على مخالفة بعض القواعد الموضوعية أما القواعد الإجرائية فلا يجوز ذلك لأنها من النظام العام ولا يجوز مخالفتها[38](ص10)، أما القضاء فقد تعامل مع الاتفاقات التي تهدف إلى قلب عبء الإثبات مثلا في مادة النقل، كما أنه يقضي بصحة الاتفاقات التي تهدف إلى تعديل شروط قبول وسائل الإثبات[40](ص10).

وفي مجال التجارة الإلكترونية، حيث يقف الإثبات كأحد عقبات التجارة الإلكترونية[41](ص41)، يعوق تطورها وازدهارها، فالأفراد إذا لم يثقوا في التجارة الإلكترونية فلا مكان لها في حياتهم، فالأفراد مثلا كيف لهم أن يثبتوا تصرفا قانونيا عبر الإنترنت أو مخاطبة هاتفية، بوسائل الإثبات المنصوص عليها قانونا، وإنها فعلا من الصعوبات التي تطرحها التجارة الإلكترونية في المجال التقني والمجال القانونية.

إن الإثبات في المجال الإلكتروني مثار جدل فإذا كان الرومان قديما قالوا بأن الأقوال تطير والكتابة تبقى فما بحوزتنا فعله في عالم غير ملموس ؟ للإجابة نقوم بدراسة حجية المحررات الإلكترونية وقبله نتطرق لتوفير أمن العقود الإلكترونية

1.2.1. توفير أمن عقود التجارة الإلكترونية

إن اللاتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية يجعل من تبادل رسائل بياناتهم عرضة للاختراق من الغير فلجأت التقنية الحديثة إلى التشفير كوسيلة لأمن عقود التجارة الإلكترونية ولا يثق المتعاملون في هوية الطرف الآخر وتواجده من عدمه،لذلك كان التوقيع الإلكتروني وإن هذا كله لا

يمكن أن يكون محل ثقة إلا برعاية طرف ثالث،محايد مهمته التصديق على التواقيع والمعاملات في مجال التجارة الإلكترونية .

1.1.2.1. التشفير

1.1.1.2.1. ماهية التشفير

لقد استخدم الإنسان التشفير منذ ألفي سنة قبل الميلاد لحماية الرسائل السرية، والخاصة في فترات الحروب،وقام يوليس قيصر باستخدام نص مشفر لتأمين اتصالاته ومراسلاته مع قادة جيوشه[42](ص02).

والتشفير كعلم يدين بولادته لعلماء الرياضيات واللغة العرب، إبان العصر الذهبي للحضارة العربية ومن أشهرهم الفراهيدي والكندي، وقد ألف هؤلاء مفاهيم متطورة عن التوافق والتبادل ووظف الكندي الإحصاء والاحتمالات في كسر الشفرة.

وكلمة تشفير وافدة من اللغات الأوروبية "cipher" هذه الأخيرة وافدة من اللغة العربية بمعنى آخر لكلمة "صفر"، فكما كان معلوم أن العرب تبنوا مفهوم الصفر والخانات العشرية واستخدموه في الحساب، وهو ما لم يكن الأوروبيون يعرفونه في القرون الوسطى وكان المفهوم غريبا عنهم،فاستخدموه للدلالة على الأشياء المبهمة وغير الواضحة بنفس الكلمة وقمنا نحن العرب بإعادة بضاعتنا إلينا بعد ستة قرون فنحتنا كلمة غريبة عن لغتنا العربية الأصيلة هي كلمة التشفير.[42](ص02).

ويعرف التشفير أنه عبارة عن عملية رياضية خوارزمية، يتم من خلالها تحويل النص المراد إرساله إلى رموز لا يمكن فهمها إلا بعد القيام بفك الشفرة وتحويل الرموز والإشارات إلى نص مقروء من خلال استخدام مفاتيح التشفير[03](ص159)، ويهدف التشفير إلى تحويل المعلومات إلى شفرات غير مفهومة تبدوا غير ذات معنى لمنع الأشخاص غير المرخص لهم من الإطلاع على المعلومات أو فهمها.

ونلاحظ أن معظم التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية قد عالجت موضوع التشفير بطريقة مباشرة كالقانون التونسي أو بطريقة غير مباشرة من خلال التوقيع الإلكتروني، وكذلك فعل قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني[03](ص159)، حيث أن التوقيع الإلكتروني يرتكز في وجوده وضمان بقائه على عملية التشفير،وهذا يتناسب مع الوظيفة الأساسية التي وجد من أجلها التوقيع.

ولقد انفرد المشرع التونسي عن باقي التشريعات العربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية بتعريف التشفير، وعرفه بأنه استعمال رموز وإشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز وإشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها[26](ص01).

وهنا نجد أن التشفير لم يأت عفوا بل هناك ضوابط لا بد من توافرها فيه،حيث يخضع التشفير في المبادلات والتجارة الإلكترونية عبر الشبكات العمومية للاتصالات إلى التراتيب الجاري بها العمل في ميدان الخدمات ذات القيمة المضاءلة للاتصالات[26](ص03)، وهو ما يعني الأخذ بقواعد التشفير التي تتبعها مؤسسة الاتصالات في الدولة، والسبب في ذلك أن عملية التشفير ترتبط بمعلومات سرية سواء تعلق بالتجارة الإلكترونية أو الأسرار الشخصية أو التي تتعلق بالدولة،وهو ما يعني بشكل أو بآخر تعلقها بالأمن القومي للبلاد، لذلك فقد حصر مشروع قانون التجارة المصري هيمنة القرار في شأن التشفير في مركز المعلومات ودعم اتخاذ القرار بمجلس الوزراء المصري[16](ص 59).

أما الضابط الثاني بالنسبة لعملية التشفير فهو احترام البيانات المشفرة والاعتراف بحق أصحابها في الخصوصية لذلك نص الفصل 48 من القانون التونسي: "يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية والمتعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين وبخطية تتراوح بين 1000 و10.000 دينار".

وإذا كان التشفير يوفر أعلى درجة ممكنة من الأمن لرواد التجارة الإلكترونية فإنه إلى جانب ذلك نتيجة إقرار التشريعات للنص المشفر وحجيته في الإثبات فإنه يعتبر من المحررات الإلكترونية التي تنتج عن الأجهزة الإلكترونية بالرغم من أنها غير مفهومة للعامة[03](ص161).

2.1.1.2.1. طرق التشفير

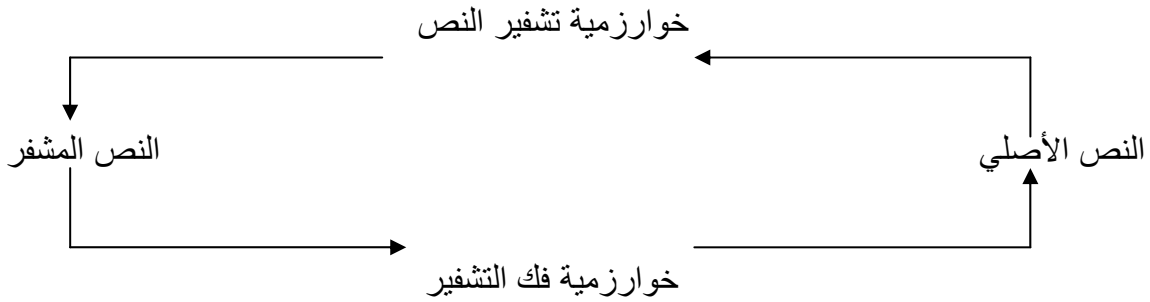
من المعلوم أن التجارة الإلكترونية تعتمد اعتمادا كبيرا على الإنترنت في التواصل والتبادل البيانات اللازمة لهذه التجارة، فالإنترنت يشكل الوسط الأضخم والأسهل لنقل المعلومات والتبادل ونقل البيانات والمعلومات الحساسة مثل الحركات المالية، فلا بد من نقلها من خلال صيغة مشفرة[03](ص 162)، لكي لا يطلع عليها الغير ويحدث أي خلل في العلاقة التعاقدية.

والتشفير مسألة فنية لم تورد القوانين وسائل فنية أو طرق معينة للتشفير وإنما ترك ذلك لمقدمي الخدمات الوسيطة في هذا المجال، سيما وأن تقنيات التشفير في تقدم وتطور مستمر، وتتألف عملية التشفير من عناصر ثلاثة[16](ص63):

- المعلومات التي سيتم تشفيرها، وقد تكون رسالة نصية أو ملفات مهمة أو إشارات كهربائية مشفرة كإشارة البث التلفزيوني الرقمي.

- خوارزمية التشفير التي تنطبق على المعلومات وذلك لتحويلها إلى بيانات مبهمة وخوارزمية فك التشفير التي تعيدها إلى الحالة المفهومة الأصلية
- المفتاح وهو سلسلة أو أكثر من الرموز والإشارات والخوارزميات المتبعة.

ويكون التشفير وفق المخطط أدناه:



ويتم التشفير وفق آليتين: التشفير المتماثل، والتشفير غير المتماثل[44](ص01).

فالتشفير المتماثل حيث يستخدم المرسل والمستقبل المفتاح السري ذاته في تشفير الرسالة وفك شفراتها، ويتفق الطرفان في البداية على عبارة المرور التي سيتم استخدامها ويمكن أن تحتوي عبارة المرور حروفا ورموزا ويعتمد هذا التشفير على معيار DES، وتكمن مشكلة هذا النظام في الصعوبة التي يتم مواجهتها في توزيع المفاتيح على أشخاص بعينهم، فنظرا لأن التشفير المتماثل يعتمد على استخدام نفس المفتاح في التشفير وفك التشفير فإن المرء يضطر إلى استخدام أساليب مبتكرة وصعبة معا لمنع الآخرين من اعتراض المفتاح، ولكن إذا تمكن أحدهم فتكون لديه القدرة على استخدامه في فك شفرة أي شيء قام المفتاح بتشفيره[44](ص 01)، ولهذا تم البحث عن بديل لهذا النظام ويؤدي الغاية المرجوة منه،وهو التشفير اللامتماثل.

التشفير اللامتماثل هو آلية تشفير بدلا من استخدام مفتاح واحد للتشفير ويستخدم مفتاحين : مفتاح خاص يكون معروف لدى شخص واحد وهو المرسل ويستخدمه لتشفير الرسالة وفك شفرتها ومفتاح عام يكون معروف لدى أكثر من جهة ويستطيع المفتاح العام فك تشفيرة المفتاح الخاص، ولكن ليس بإمكان المفتاح العام فك تشفيرة رسالة تم تشفيرها بواسطة المفتاح العام، إذ أن مالك المفتاح الخاص هو الذي يستطيع فك تشفيرة المفتاح العام،ويعتمد هذا النظام على معيار RSA: ويمكن توضيح طريقة التشفير اللامتماثل عن طريق المثال التالي:إذا أراد زيد أن يرسل إلى عمر باستخدام نظام المفتاح العام، فعليه أن يطلب المفتاح العائد إلى عمر من أي جهة توفر المفاتيح العام،وهذا المفتاح يشبه عنوان البريد الإلكتروني يعرفه الجميع،وهو خاص بشخص واحد فقط،وعندما يستقبل عمر الرسالة فإنه يستخدم فقط المفتاح الخاص لفتحها،وهذا ما يمنع التطفل عليها.

3.1.1.2.1. أنواع التشفير

إن أساس تقسيم التشفير إلى أنواع هو أساس فني بحث، لهذا سوف تظهر هذه الدراسة في قالب فني نوعا ما، والتشفير نوعان: الخصوصية المتميزة، وتشفير القرص الصلب. فبرنامج الخصوصية المتفوقة أو المتميزة هو من اختراع فيليب زيمرمان، وهو أول من استخدم مفاتيح التشفير في تشفير البيانات بعد قيصر روسيا[44](ص01)، إلا أن هذا النظام هو نتاج لتطور مراحل متعددة، حيث أنه في البداية احتكرت الحكومات حق التشفير وفك التشفير، وفي أواخر الستينات أسست شركة IBM مجموعة تختص بأبحاث التشفير، وفي عام 1973 ظهر نظام التشفير DES ثم تلاه نظام RSA وفي مرحلة لاحقة نظام PGP، وهو الأكثر انتشارا حاليا[44](ص01)، وميزته أنه يعتمد على مفتاح بطول 128 بيت، والبيت هو وحدة قياس سعة الحاسوب أو الجهاز الإلكتروني.

ويعتمد هذا النظام على طريقة التشفير اللامتماثل، حيث يوجد مفتاحين،فحين يمتلك الشخص المفتاح العام، يستطيع تشفير أي رسالة وترسلها إلى مالكي المفاتيح الخاصة، فيستطيعون هم فقط فك تشفيرتها والاطلاع عليها دون غيرهم.

أما تشفير القرص الصلب، حيث أن التشفير لم يقتصر على البيانات فقط بل وصل الأمر إلى القيام بتشفير القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي[03](ص169)، ويتم التشفير من خلال القيام بحجز مساحة معينة من القرص الصلب المتوافر على جهاز الحاسب، ومن ثم عمل قرص افتراضي منفصل عن القرص الأصلي. ويتم إدراج كافة البيانات الضرورية الخاصة بالمستخدم بحيث لا يتمكن الغير من الدخول إلى هذا القرص الافتراضي والاطلاع على البيانات التي يحتويها هذا القرص، ويتم تحديد مساحة القرص الافتراضي بحسب احتياجات الشخص.

ونشير في الأخير أن التشفير ليس الطريقة الوحيدة لحماية التجارة الإلكترونية بل يوجد طرق أخرى[30](ص69)، مثل التعرف الشخصي، عزل الشبكة، الاتصال من طرف واحد واستخدام الوكيل وغيرها. وإلى جانب التشفير يقف نظام آخر يلعب دورا مهما في أمن العمليات الإلكترونية وهو التوقيع الإلكتروني وهذا ما سنعكف على دراسته في المطلب الموالي.

2.1.2.1. التوقيع الإلكتروني

المشرع الجزائري بمناسبة تعديله للقانون المدني، أضاف فيما يتعلق بالإثبات عدة مواد وعدل أخرى، فأضاف المادة 323 مكرر والمادة 323 مكرر-1 وعدل في أحكام المادة 327 بما يتناسب مع التطور الحاصل في مجال استخدام الوسائل الحديثة في إبرام التصرفات القانونية وإشكالية إثبات هذه التصرفات[45](ص01)، فقد تبنى في نص المادة 323 مكرر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني

بشرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها وأضاف لنص المادة 327 فقرة ثانية تبنى من خلالها التوقيع الإلكتروني.

ويبدوا أن تنظيم المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني،جاء ناقصا ومتأخرا فنجد أن أول اعتراف بالتوقيع الإلكتروني على المستوى الدولي كان عام 1989[46](ص58)، في مجال البطاقات الائتمانية حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية صحة التوقيع الإلكتروني، واعتبرت أنه يتألف من عنصرين هما:إبراز البطاقة الائتمانية وإدخال رقم حامل البطاقة السري،وأكدت هذه المحكمة أن هذه الوسيلة توفر الضمانات الموجودة في التوقيع اليدوي، بل تفوقها وقد اعترف المشرع الفرنسي فيما بعد في قانون13 مارس 2000 بحجة التوقيع الإلكتروني إعمالا وتفعيلا للتوجيه الأوروبي 13 ديسمبر 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني
[47](ص787)، واتجهت التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية إلى تبني التوقيع الإلكتروني وهذا ما فعلته من قبل لجنة اليونسترال.

والتوقيع الإلكتروني هو المقابل الحديث للتوقيع التقليدي الذي ما عاد يسعف التجارة الإلكترونية[03](ص172)لكن الأكيد أنه يختلف عنه، هذا ما سوف نتعرف عليه من خلال هذا المطلب، فنبحث مفهوم التوقيع الإلكتروني ثم صوره ثم حجيته.

1.2.1.2.1. ماهية التوقيع الإلكتروني

إذا كان نظام الوكالة وجد منذ سنوات لحل مشكل عدم حضور أي من المتعاقدين بنفسه وشخصه حيث يحل شخص محل أي من المتعاقدين في شأن إبرام تصرف قانوني معينة[46](ص 46)، فانه بوجود التوقيع الإلكتروني الذي يهدف إلى تأمين الثقة بين المتعاقدين أصبح من الممكن أن يتعاقد شخص مع آخر دون حضور ودون وكالة أيضا، ونبحث في هذه النقطة موضوع ماهية التوقيع الإلكتروني، والذي يقتضي من هذا الأخير المرور على تعريفه وبيان الشروط الواجب توافرها فيه، ووظائفه.

ويعد التوقيع عموما هو شكل من أشكال الكتابة يميز الشخص عن غيره ويكون عادة بالإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع، ويوضع التوقيع عادة في آخر الورقة حتى ينسجم مع جميع البيانات المكتوبة الواردة فيها[34](ص148)، وتعد بذلك الورقة صادرة ممن وقعها وتكون لها حجية الإثبات.

أما التوقيع الإلكتروني فقد عرفه قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية سنة 2001 في مادته 2/أ بأنه:"بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ويجوز أن يستعمل لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".[04](ص1470).

ونلاحظ على هذا التعريف أنه جاء عاما لم يحدد طريقة محددة، كما أنه ركز على وظائف التوقيع بأن يحدد هوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون الرسالة الإلكترونية، وهي الوظائف المناط بالتوقيع الإلكتروني تحقيقها.

كما عرفه التوجيه الأوروبي 13 ديسمبر 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، والذي فرق بين نوعين من التوقيع الإلكتروني:

التوقيع الإلكتروني والذي عرفه على أنه: "معلومات على شكل إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى مرتبطة ارتباطا وثيقا ويستخدم أداة للتوثيق".

- التوقيع الإلكتروني المعزز هو توقيع له عدة شروط هي:

أ- أن يرتبط ارتبطا فريدا مع صاحب التوقيع

ب-أن يكون قادرا على تحديد صاحب التوقيع والتعرف عليه

ج- أن يتم إيجاده باستخدام وسائل تضمن السرية التامة

د- أن يكون مرتبطا مع صاحب المعلومات المحتواة في الرسالة حيث يكشف أي تغيير في المعلومات[47] ص.(791)

كما عرف المشرع الفرنسي التوقيع الإلكتروني: " توقيع يتكون من مجموعة من الأرقام يرتبط بالمعلومات التي يرغب المرسل إليها إلى الطرف الآخر، واحتواء التوقيع على هذه المعطيات يدل على ارتباط صاحبه واعترافه وارد في الوثيقة الإلكترونية المرسلة.

نلاحظ أن هذا التعريف يركز على وظائف التوقيع الإلكتروني وارتباطه برسالة البيانات واتجهت التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في نفس هذا المنحى حيث عرفه قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي : التوقيع الإلكتروني توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق واعتماد تلك الرسالة[49](ص02).

أما القانون التونسي فلم يعرف التوقيع الإلكتروني إنما تناول تعريف العناصر المؤدية إلى هذا التعريف[30](ص71)، حيث عرف الفصل الثاني منه منظومة أحداث الإمضاء بأنها مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء إلكتروني.

ونلاحظ من خلال التعاريف السابقة أنها لم تخرج عن النطاق العام للتوقيع بالرغم من تعدد واختلاف النصوص التشريعية، بل يبقى التعريف يدور في مضمون اعتبار التوقيع الإلكتروني مجموعة من البيانات أو الرموز التي يتم إدراجها بشكل إلكتروني أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة،من خلال رسالة البيانات أو تكون مضافة أو مرتبطة برسالة بيانات ليتم استخدام التوقيع في التعبير عن إرادة صاحبه كونه يسمح بتحديد شخصيته من خلال التوقيع الذي تم.

ولتوضيح ماهية التوقيع الإلكتروني يجب الاطلاع على شروطه ووظائفه حتى يتم تحديد القيمة القانونية له، والتوصل إلى أنه مشابه للتوقيع التقليدي من حيث القيمة القانونية وباعتباره شكلا جديدا من أشكال التوقيع، فيشترط فيه عدة شروط[48](ص 1277):

- أن يكون التوقيع علامة مميزة لصاحبة فمثلا التوقيع بالرقم السري الذي يقوم على مفتاحين عام وخاص لا يعلمه إلا صاحبه[04](ص168).
- أن يرتبط التوقيع بالمحرر ارتباطا وثيقا، بما لا يسمح تعديل التوقيع إذا تم، ويكون بذلك يدل على رضاء صاحب التوقيع بفحوى الوثيقة الموقع عليها،كما يشترط فيه كذلك أن يكون مستمرا بحيث يمكن الرجوع إليه عند الحاجة واسترجاعه عن طريق الحاسب الآلي الذي يستخدم برمجيات خاصة لبرمجة لغة الآلة إلى لغة البشر[04](ص169)، ويشرط كذلك في التوقيع الإلكتروني التوثيق، وهذا شرط أوجبته كافة التشريعات، ويكون لدى جهة معتمدة.

أما عن وظائف التوقيع فإن المؤلفين والتشريعات تتفق على تحديد وظيفتين للتوقيع عموما والإلكتروني خصوصا هما: تمييز هوية صاحبه، أي نسب المحرر إلى شخص معين بالذات، كما يقوم التوقيع الإلكتروني بالتعبير عن إرادة صاحبه فيستفاد رضاء الموقع بمجرد توقيعه بالشكل الإلكتروني على البيانات التي تحتويها المحررات.

وبهذا نكون قد حددنا ماهية التوقيع الإلكتروني من خلال ما سبق، إلا أن التوقيع الإلكتروني صورا يختلف بها عن التوقيع التقليدي وهو موضوع الفرع الثاني.

2.2.1.2.1. صور التوقيع الإلكتروني

يؤخذ التوقيع الإلكتروني صورا مستحدثة ومتعددة، لعل أهمها : التوقيع الرقمي والتوقيع البيومتري، والتوقيع بالقلم الإلكتروني، فالتوقيع الرقمي أو الكودي هو نظام يستخدم في التعاملات البنكية وغيرها وأوضح مثال على ذلك بطاقة الائتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه سوى العميل، الذي يدخل البطاقة في ماكينة السحب عندما يطلب الاستعلام عن رصيده أو يبدي رغبته في صرف أو يبدأ في صرف جزء من رصيده.

والجدير بالملاحظة أن الرقم السري بمفرده لا يعد توقيعا إلكترونيا إلا إذا تضمن تقديم البطاقة والاستعمال الصحيح لبرنامج الآلة وفق التعليمات الواردة على الشاشة تم تركيب الرقم السري.

ويمكن تلخيص مزايا هذا التوقيع في أنه يدل على الحقيقة أكثر من التوقيع التقليدي، ويسمح بإبرام صفقات عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين، كما أنه وسيلة قانونية لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع[04](ص.(174

وقد يقال أن التوقيع الرقمي لا يعبر عن شخصية صاحبه، على حين أن التوقيع التقليدي وسيلة لتحديد هوية الشخص فيرد على ذلك بأن التوقيع الإلكتروني يصدر عن الشخص الموقع وليس عن الحاسب الآلي،وهذا الأخير يبقى مجرد وسيلة ولهذا فإن صاحب التوقيع الرقمي يسأل عن خطئه وإهماله في المحافظة على ذلك الرقم ويتحمل المسؤولية المدنية عن العمليات التي تحصل قبل إخطار البنك في حالة ضياع بطاقة الائتمان مثلا[30](ص95)

أما التوقيع البيومتري فهو يقوم على اعتماد الصفات والخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للإنسان والتي من المفترض أن تختلف من شخص لأخر[50](ص230)، ومن هذه الخواص بصمة الإبهام وبصمة العين أو بصمة قرنية العين،ونبرة الصوت،وبصمة الشفاه،ودرجة ضغط الدم وغيرها من الخواص التي تميز كل إنسان.

ووفقا لهذه الطريقة يتم تخزين بصمة الشخص داخل الدائرة الإلكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه أومن خلاله : بحيث لا يتم الدخول إلا بعد مطابقة الخواص المخزنة في الجهاز مع تلك المستعملة للدخول[46](ص70)، ويجب أن تكون المطابقة كاملة.

ورغم أن هذا التوقيع يبدوا أكثر أمنا،حيث أن الخواص الذاتية لا يمكن أن يتشابه فيها اثنان لحكمة يعلمها الله، إلا أن البعض يورد تحفظا حوله حيث أنه ومن الناحية العملية يمكن تزويده عن طريق مثلا تسجيل بصمة الصوت وإعادة بثها.

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فيتم إجراؤه من خلال الاستعانة ببرامج خاصة يتم إعدادها لتتناسب والقلم الإلكتروني من خلال الربط بجهاز الحاسب الآلي ليتم قراءة البيانات التي تعرض على القلم، ومن خلال الحركات التي يتم القيام بها أثناء تحريكه على الشاشة ليتم رسم أو إنشاء الشكل الذي يظهر التوقيع من خلاله[03](ص179).

وتقوم هذه البرامج بأداء وظيفتين مميزتين هما: خدمة التقاط التوقيع وخدمة التحقق من صحة التوقيع[50](ص 231)فيقوم في الخدمة الأولى بتلقي بيانات العميل عن طريق بطاقة خاصة يضعها في الآلة المستخدمة، وتحتوي بيانات كاملة عن هذا الشخص، وتظهر التعليمات على الشاشة، ثم يطلب من العميل كتابة توقيعه باستخدام القلم على مربع داخل الشاشة، يقوم البرنامج بتسجيل ذلك بعد موافقة العميل ثم يقوم بتشفير كل هذه البيانات والاحتفاظ بها إلى وقت الحاجة إليها، وفي الخدمة الثانية، خدمة التحقق من صحة التوقيع حيث أنه يقوم البرنامج بمقارنة التوقيع أثناء الصفقة مع التوقيع المحتفظ به، ثم يرسل تقريرا إلى برنامج الكمبيوتر بصحة التوقيع من عدمه ونسبته لصاحبه.

وعلى الرغم من أن هذا التوقيع قد يتفادى بعض السلبيات الموجهة للتواقيع السابقة[03](ص180)إلا أنه لا يمكن الجزم بعدم إمكانية تزويره رغم صعوباتها، فالآلة تبدو صارمة في هذه الأمور من حيث الدقة والقياسات، ومن ناحية أخرى فإنه بإمكان المرسل إليه الاحتفاظ بنسخة

من صورة التوقيع ووضعها على أية وثيقة محررة عبر وسيط إلكتروني ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع[07](ص200)، إلا أن حل هذه المشكلة يمكن أن يكون عن طريق التشفير.

ونشير في الأخير أنه في نطاق التجارة الإلكترونية يتم التركيز على التواقيع الرقمية، ومع ذلك فإن المادة 03 من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيع الإلكتروني جسدت المبدأ الذي لا ينبغي فيه تفضيل طريقة على غيرها للتوقيع الإلكتروني[04](ص 176)، وذلك تحت عنوان المعاملة المتكافئة لتكنولوجيات التوقيع، أي كل الأنواع السابقة لها نفس الآثار ونفس الحجية وهو موضوع البحث في الفرع الموالي.

3.2.1.2.1. حجية التوقيع الإلكتروني

إن وجود التوقيع هو الشرط الأساسي والجوهري لوجود المحرر العرفي، فبدونه لا يتحقق وجود المحرر العرفي، فالتوقيع هو الذي تقوم عليه صحة صدور المحرر ممن يراد أن يكون حجة عليه فوجود التوقيع يفيد موافقة الموقع على ما جاء بالمحرر من بيانات وإقرارات[37](ص190).

وإذا أقررنا بوجود التوقيع الإلكتروني كواقع عملي يفرض نفسه، هل يمكن أن نضفي عليه نفس الحجية التي للتوقيع التقليدي، وهل تسمح نصوص القانون المتعلقة بالإثبات الحالية باستيعاب وقبول التوقيع الإلكتروني كبديل للتوقيع التقليدي.

وإذا كان يسيرا الإجابة على السؤال الأول ولو على مستوى القانون المقارن حيث أنه كما يقال لا اجتهاد مع نص[30](ص99)، إذ أن التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية قد أضفت على التوقيع الإلكتروني نفس حجية التوقيع التقليدي على أساس أنه بديل له، إذ أن التوقيع التقليدي لا مكان له في عالم افتراضي، لا يلتقي أطراف العلاقة التعاقدية فيه أبدا. ونجد أن قانون اليونسترال النموذجي بشأن التواقيع الإلكترونية في المادة 06 منه، قد نص أن شرط التوقيع يستوفى إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به القدر المناسب للطرف الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ظل كل الظروف.

كما أن المشرع الفرنسي بمناسبة تعديل قانون الإثبات في 13 مارس 2000 أضفى بعدا جديدا للإثبات الخطي، حيث استوعب المستند الإلكتروني، كما أعطى تعريفا واسعا للتوقيع مركزا على وظيفة التوقيع وغايته وليس على شكله[04](ص177)، وهذا إعمالا للتوجيه الأوربي 93/99 الصادر في 13 ديسمبر 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

هذا وقد اعترفت التشريعات العربية على هذا النهج بالتوقيع الإلكتروني وحجيته، فنجد القانون التونسي في الفصل الرابع منه ينص على أنه: "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الإلكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية"، وهذا يعني مساواة الوثيقة الموقعة بالتوقيع التقليدي أو الخطي بتلك الموقعة بالتوقيع الإلكتروني، ولكن اقترن ذلك بشرط مراعاة المواصفات والمقتضيات التي تضمن تحديد هوية الموقع

والتزامه بمضمون المحرر وتمكينه من الاحتفاظ بتوقيعه والسيطرة عليه بشكل حصري، وأن تكون له الوسائل لكشف أي تعديل أو تلاعب به[59](ص281).

ومن هذا كله يتضح أن التوقيع الإلكتروني،وإن كان لا يناظر التوقيع الخطي التقليدي من حيث الشكل إلا أنه يناظره من حيث الوظيفة والهدف والحجية، ويبقى الاختلاف الجوهري بينهما في الوسيلة المستخدمة، حيث يتم التوقيع الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية إلا أن البعض يتخوف من التوقيع الإلكتروني[38](ص 280)، بحجة أنه يمكن للقراصنة اختراق نظام المعلومات ومعرفة التوقيع وفك شفرته والحقيقة أن هذا التخوف يشمل التوقيع التقليدي كذلك فهو يمكن تزويره، والخوف بأي حال لا يمكن أن يمنع التقدم العلمي فالتوقيع الإلكتروني أصبح مسألة واقع حين عجز التوقيع التقليدي.

ومع هذا يبقى السؤال مطروحا : هل قواعد القانون الحالية المتعلقة بالإثبات تسمح بأن يحل التوقيع الإلكتروني محل التوقيع التقليدي خاصة ونحن نجد أن المشرع الجزائري قد خص التوقيع الإلكتروني بفقرة في تعديل 05-10 المتعلق بالقانون المدني، فهل هذه الفقرة سوف تكفي لسد كل الثغرات القانونية التي يفتحها هذا التوقيع؟.

ونجد مثلا أن الورقة العرفية لا تكون حجة على الغير في تأريخها إلا منذ أن يكون لها تاريخ ثابت وفق المادة 328 قانون مدني، وهو ما يصعب إعماله بالنسبة للتوقيع الإلكتروني، كذلك فإن الورقة العرفية ليست حجة بذاتها،من حيث صدورها من موقعها وسلامتها المادية، بل حجيتها تتعلق على عدم إنكار الشخص لتوقيعه[40](ص48)، وهذا ما يجعل الأفراد يثقون في التوقيع الإلكتروني، فنحن أمام مشكل هو كيف نضمن للشخص المتعاقد أنه يتعاقد مع الشخص مصدر التوقيع، وأنه لم يقع ضحية الحيل الإلكترونية أو القرصنة.

إن هذه المسألة الفنية تتعلق بتنظيم قانوني متكامل يتعلق بالتوقيع الإلكتروني، فإنه لا يمكن الحديث عن التوقيع الإلكتروني بدون الحديث عن عنصر الأمان والثقة والمصداقية التي يجب أن تتوافر في التوقيع ليحوز ثقة المتعاملين به.

3.1.2.1. التصديق

إن التوقيع الإلكتروني وسيلة لتوثيق المعاملات الإلكترونية، وهو نفسه في حاجة إلى التوثيق، ولهذه الغاية لا بد من وجود جهة موثوق بها لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، ويتم ذلك باستخدام طرف ثالث محايد يطلق عليه اسم مقدم خدمات التصديق أو موردها أو جهة التوثيق[07](ص195).

والتصديق أو التوثيق هو وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث يتم نسبه إلى شخص أو كيان معين[37](ص289)، ويكون ذلك عن طريق إصدار وثيقة التصديق من طرف

المرخص لهم بالتصديق، وذلك وفق إجراءات، إلا أن هذا كله يتم تحت رقابة السلطة عن طريق إنشاء هيئة مكلفة بالتصديق.

1.3.1.2.1. إنشاء هيئة مكلفة بالتصديق

أجازت المادة 07 من قانون اليونسترال بشأن التواقيع الإلكترونية للدولة تحديد الجهة التي تتوثق من التواقيع، وعلى ذلك نجد أن معظم التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أسندت مهمة منح الترخيص بالتوثق من التواقيع إلى جهة وصية في الدولة أو إلى هيئة منشأة لهذا الغرض.

فنجد أن المشرع المصري قد عمد إلى إنشاء هيئة عامة تسمى هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، تكون لها الشخصية الاعتبارية وتتبع الوزير المختص[49](ص01)، وحددت لها اختصاصات وأهداف وكيفية تشكيل مجلس إدارتها[34](ص216).

كما نظم المشرع التونسي عمل الهيئة المكلفة بالتصديق، وهي الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية بموجب الباب الثالث من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية وذلك في ثلاث فصول[26](ص10)، فنص الفصل الثامن على إحداث مؤسسة عمومية لا تكتسب الصفة الإدارية وتتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي وتخضع للقانون التجاري، أما اختصاصاتها التي وردت على سبيل الحصر بموجب الفصل التاسع فهي[30](ص 130):

- الترخيص لمزودي نشاط الخدمات.
- مراقبة احترام مزودي خدمة المصادقة هذا القانون.
- تحديد مواصفات منظومة الأحداث والتدقيق الإلكتروني.
- إبرام اتفاقات الاعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية[26](ص01).
- إصدار وتسليم وحفظ الشهادات الرقمية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الإلكترونية.

وبالإضافة إلى ذلك تسند إليها اختصاصات غير مذكورة أعلاه، وذلك من قبل وزير الاتصال كالقيام بالأبحاث والدراسات ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية.

وللإشارة فإن من التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية من لم تعتمد على إنشاء مثل هذه الهيئة ونصت فقط على اعتماد مزودي خدمة الشهادات وإلغاء اعتمادهم[18](ص16)، وذلك بتقديم طلب إلى الوزارة على الاعتماد وإدراجه في سجل مزودي خدمة الشهادات المعتمدين وذلك بعد التحقق من استيفاء الاشتراطات والمعايير المقررة في هذا الشأن، بما في ذلك معايير التقييس الواجب استعمالها.

2.3.1.2.1. إجراءات التصديق

تقوم الهيئة المكلفة بالتصديق بالترخيص لأشخاص يسمون مزودي خدمات التصديق، ويقوم هؤلاء بمنح وثيقة أو شهادة التوقيع الإلكتروني لصاحب التوقيع.

والترخيص يمنح للشخص سواء الطبيعي أو المعنوي مع مراعاة أن يتم اختياره في إطار المنافسة والعلانية وتحديد مدة الترخيص[38](ص 291)، ويجب أن تتوفر في طالب الترخيص بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني ما يلي:

- نظام تأمين المعلومات وحماية البيانات وخصوصيتها.
- دليل إرشادي يتضمن: إصدار شهادات التصديق وإدارة المفاتيح الشفرية والأعمال الداخلية.
- منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني مؤمنة وفقا للضوابط الفنية والتقنية.
- نظام لتحديد وقت إصدار الشهادة وإيقافها وتعليقها وإلغائها.
- نظام للتحقق من الأشخاص المصدرة لهم شهادات التوثيق والتوثق من صفاتهم المميزة.
- المختصون من ذوي الخبرة الحاصلون على المؤهلات الضرورية لأداء الخدمة.
- نظام حفظ بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني وشهادات التصديق طول مدة الترخيص.
- نظام الحفاظ على السرية الكاملة للأعمال المتعلقة بالخدمات التي يرخص بها.
- نظام لإيقاف الشهادة في حالة التعدي عليها سواء من الغير أو من الشخص المصدرة له[51](ص09)

وتتبع الإجراءات التالية للحصول على الترخيص بإصدار شهادة التصديق الإلكتروني[38](ص294):

- التقدم بالطلب على النماذج التي تعدها الهيئة في هذا الشأن مصحوبا بالبيانات والمستندات الدالة على توافر الشروط والأحكام المنصوص عليها قانونا.
- تقوم الهيئة بعد تسلمها المستندات المطلوبة بفحصها، وتبت فيها خلال 60 يوم حسب القانون المصري، ويمكن أن يمدد الميعاد، وانقضاء الميعاد دون إصدار الترخيص يعتبر رفضا للطلب.
- تحديد مقابل إصدار وتجديد الترخيص وقواعد وإجراءات اقتضاءه.
- تمنح الهيئة الترخيص لطالبه.
- ينشأ جدول خاص بالهيئة يسجل فيه الجهات المرخص لها وتحديد بعض المعلومات عنها.

والشخص مزود خدمة التصديق، بعد حصوله على الترخيص يمكنه منح شهادة التوثيق والتي تعني رسالة بيانات أو سجلا آخر يؤكد الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع[18](ص03)، أو أنها الشهادة التي تصدر عن جهة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة[18](ص03).

ولقد اعترف المشرع الأردني بإجراءات توثيق تكون قادرة على التحقق من سلامة العقد الإلكتروني وفق نص المادة 20/أ: "إذا تم التوثيق وفق إجراءات توثيق معتمدة أو إجراءات توثيق مقبولة تجاريا أو متفق عليها من الأطراف ذوي العلاقة"[04](ص182).

أما عن البيانات الواجب توافرها في شهادة المصادقة الإلكترونية[30](ص167)فهي:

- هوية صاحب الشهادة: ويمكن هنا استعمال اسم مستعار من طرف صاحب التوقيع.
- هوية الشخص الذي أصدرها وإمضائه الإلكتروني.
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة.
- مدة صلاحية الشهادة.
- مجالات استعمال الشهادة، أي الغرض الذي صدرت من أجله الشهادة.

ونشير في الأخير أن التزويد بشهادات التوثيق، مهمة صعبة إن صح التعبير، تلعب دورا كبيرا في استقرار المعاملات والتجارة الإلكترونية من حيث توفر الثقة في نفوس المتعاملين في هذا المجال، لهذا تذهب التشريعات إلى إحاطة مزود خدمات التصديق بمجموعة من الالتزامات القانونية حتى يضمن استمرار العمل بالتواقيع الإلكترونية سليمة، ورتب عليهم مسؤولية عند الإخلال بهذه الالتزامات مدنية وجنائية[46](ص88)لأن صاحب التوقيع هو في الحقيقة مستهلك يجب حمايته في مواجهة مزود خدمة التوثيق.

2.2.1. الحجية القانونية للوثائق الإلكترونية

نقصد بالحجية القانونية الوثائق الإلكترونية، القوة القانونية للبيانات والمعلومات المستخرجة عن طريق الوسائل الحديثة للاتصالات[05](ص 199). وهذه المستخرجة يطلق عليها اسم المحررات أو المستندات أو السجلات أو الوثائق الإلكترونية.

ولعل وجود دليل لإثبات الحق من الضرورة بما كان، حيث أن حق لا دليل له حق لا وجود له، ويبدو جليا تفضيل الدليل الكتابي، فقد جاء في القرآن الكريم: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه ..."(الآية 282 من سورة البقرة)، وعلى هذا النحو سارت التشريعات الوضعية حيث كانت توضع الكتابة في درجة مميزة لإثبات الحق، ومرد ذلك أن الكتابة تتميز عن باقي الأدلة أنها تعد مسبقا قبل النزاع، أي أثناء نشوء الحق، فهذا يعطيها دفعا قويا لكي تكون أكثر إظهارا للحقيقة، ولا تتأثر بنزاعات البشر كما في الإثبات بالشهود أو القرائن أو الخبرة.

وفي عالم التجارة الإلكترونية ظهر نوع آخر للكتابة غير تلك الموجودة في أذهاننا وقننت لها التشريعات، واصطلح عليها اسم المحررات الإلكترونية فهل تعتبر هذه المحررات الإلكترونية حجة كما هي المحررات التقليدية؟ ولأن التجار أثناء ممارستهم للأعمال التجارية ملزمون بمسك دفاتر تجارية،

فهل هم كذلك ملزمون بمسك دفاتر تجارية إلكترونية إذا تعلق الأمر بالتجارة الإلكترونية، وما هي حجيتها؟.

كما أنه في آخر هذا المبحث كان لنا أن نتساءل عن موقف عقود التجارة الإلكترونية من الشكلية، خاصة عندما نعلم أن للشكلية عدة صور، أهمها الكتابة وهذه الأخيرة قد تكون معدة للإثبات أو للإنعقاد.

1.2.2.1. المحررات الإلكترونية

لقد ظهرت الكتابة والتوقيع الإلكتروني، في شكل بيانات يمكن تخزينها والاحتفاظ بها على أقراص مدمجة أو شريط مرن، والتي يمكن استرجاعها، ومعنى هذا أن فكرة المحرر والتي ارتبطت في أذهاننا بالورقة المكتوبة ينبغي تغييرها الآن، إذ لم تعد تقتصر على مفهومها التقليدي السائد، ولا يوجد في الأصل اللغوي لهذه الكلمة ما يقصر معناها على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء "كانت ورقا أو غير ذلك[37](ص156)"، ومن ثم نستطيع القول أن كلمة محرر بهذا المعنى تشمل المحرر الكتابي والإلكتروني.

وقد أوردت اتفاقية فيينا سنة 1980 نصا يوسع مصطلح كتابة إلى الرسائل البرقية والتلكس[33](ص13)، وقد اتفق المناقشون في لجنة القانون التجاري الدولي أنذاك على عدم إيراد تعريف للكتابة وفضلوا ترك الكلمة دون تحديد ليتسنى تفسيرها وفقا للتطورات التي قد تحدث[05](ص253).

والحال كذلك فإننا سوف نعكف على دراسة مفهوم المحررات الإلكترونية ثم حجيتها في الإثبات وفي الأخير مشكلاتها.

1.1.2.2.1. مفهوم المحررات الإلكترونية

يعتقد البعض خطأ أن العقد هو المحرر، وهو نفس الخطأ الذي وقع فيه المشرع الجزائري في كثير من الأحيان كما في نص المادة 98 من القانون المدني حيث ينص: "ويعتبر السبب المذكور في العقد ..." والحقيقة أن السبب لا يذكر في العقد وإنما سوف يكون موجودا في المحرر المثبت للتصرف.

فإذا كان العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، فإن المحرر هو الوثيقة التي تحمل هذا التصرف، فتكون وسيلة إثباته في المفهوم التقليدي والمحرر الإلكتروني هو كل انتقال أو إرسال أو استقبال أو تخزين لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها من خلال وسيط إلكتروني[41](ص25)، كما يعرف المحرر الإلكتروني كذلك بأنه الذي ينتج عن تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم،مهما كانت الوسيلة التي

تتضمنها،وكذا طرق إرسالها[31](ص02)، وهذا ما أورده المشرع الجزائري بعد تعديل القانون المدني والذي يلاحظ عليه فتحه المجال لكل الوسائل الإلكترونية الموجودة أو التي ستظهر.

وتقسم المحررات إلى محررات رسمية وعرفية، فالمحررات الرسمية وهي التي يتولى تحريرها موظف عام مختص بذلك وفقا للأوضاع القانونية المقررة[39](ص111)، وتعرف الورقة الرسمية وفق نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري بأنها هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية في حدود سلطته واختصاصه، ويشترط في الورقة الرسمية ما يلي:

- أن يقوم بتحريرها موظف عمومي
- أن يتمتع هذا الموظف بسلطة اختصاص
- أن تقوم المحررات على الأشكال المقررة بمقتضى القانون[40](ص35).

أما المحررات العرفية فهي التي تصدر من ذوي الشأن بوصفهم أشخاصا عاديين، فليس هناك أي شروط لتكون الورقة دليلا كاملا،إلا أن تتضمن كتابة موقعا عليها ممن هي حجة عليه[49](ص93)، ولا يلزم فيها أي شكل خاص،فكل ما يكتب يؤدي المعنى ويعتبر كافيا ولا تهم اللغة التي يكتب بها ولا يهم إن كانت الكتابة بالحبر أو بالرصاص أو كانت باليد أو مطبوعة وكل ما يهم في المحرر هو التوقيع،فهو يعطي للمحررات حجيتها في الإثبات.

ولقد تعرضت القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية للمحررات الإلكترونية لكن بتسميات مختلفة، فنجد قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية يعرف رسالة البيانات بأنها: المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي[51](ص02).

ونلاحظ أن هذا النص انه لم يحصر الطرق التي يتم من خلالها التعامل في مجال التجارة الإلكترونية وكذلك فتح المجال أمام ما قد تنتجه الحضارة في السنوات المقبلة وضرب لنا أمثلة لا حصرا، حيث أن المحرر الإلكتروني فيها يكون غير ملموس مكتوب على صفحة من صفحات الإنترنت،ومخزن في بريد إلكتروني لا يمكن الوصول إليه إلا من صاحبه، أو على الأقل ممن يملك مفتاح الدخول إليه فقط،ومع هذا فإنه حجة في إثبات التصرفات حيث أورد القانون نفسه أنه لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات[51](ص03).

أما تبادل البيانات الإلكترونية في مفهوم قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فهي نقل المعلومات إلكترونيا من شخص لآخر باستخدام نظم معالجة المعلومات، ونظام معالجة المعلومات هو

النظام الإلكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو تسليمها أو معالجتها أو تخزينها على أي وجه، أما رسالة المعلومات فإن تعريفها فهو نفس تعريف قانون اليونسترال لرسالة البيانات، والمعلومات في القانون الأردني هي: البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك[18](ص01).

ونلاحظ من هذا التعريف أن المعلومات قد تكون لغوية أو غير لغوية، مقروءة أو مسموعة أو منظورة ويتم تبادلها بشكل رقمي[04](ص153).

أما القانون التونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، فلم يورد تعريفها للمحرر الإلكتروني أو ما سماه بالوثيقة الإلكترونية،كما هو الحال في التوقيع الإلكتروني الذي لم يورد له تعريفا[30](ص107)، ومع ذلك فقد نص القانون على ضرورة حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل أو المرسل إليه بحفظ الوثيقة بالشكل الذي أرسلت به أو تسلمت به،ويتم الحفظ على حامل إلكتروني يمكن من الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وفي شكل نهائي يضمن سلامة محتواها[26](ص04).

ومن خلال هذا النص نجد أن المشرع التونسي قد ساوى بين الوثيقة الإلكترونية والوثيقة التقليدية ورتب على كل من المرسل والمرسل إليه التزام بحفظ الورقة الإلكترونية،ويكون ذلك على حامل إلكتروني أي وسيلة قابلة لتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه على موقع في شبكة الإنترنت أو قرص مدمج أو شريط مرن ويشترط أن يتوافر في الحامل الإلكتروني خصائص :كإمكانية الاطلاع على الوثيقة والرجوع إليها باعتبارها وسيلة إثبات[30](ص124)، والمهم أن تكون الوثيقة المحفوظة بشكل مقروء ومفهوم بالنسبة للإنسان، فالنص المشفر يجب فك شفرته حتى يكون لهذا النص حجيته القانونية[40](ص14).

أما قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي فقد عرف السجل أو المستند الإلكتروني بأنه سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو استخراجه أو نسخة أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه[29](ص01)، من طرف الإنسان طبعا.

والملاحظ على هذا النص أنه أكثر إلماما بتعريف المحرر الإلكتروني،حيث ربط بين المحرر والوسيلة الإلكترونية التي يستمد منها وجوده واسمه،وكان أكثر دقة عندما نص على طبيعة الوسيط الإلكتروني سواء كان ملموسا أو غير ملموس،وحدد في الأخير شروط المحرر بما يتناسب والوظيفة التي وجد من أجلها وهي أن يكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.

ومن التعريفات السابقة يمكن أن نخلص إلى أن المحرر الإلكتروني،هو محرر عادي يختلف عنه في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعامل به،ويظهر جليا تأثير ذلك في هدم المفهوم التقليدي

للكتابة فما عادت حبر وورق، بل هي كل صور التعبير الحديث، وعرف المشرع المصري الكتابة بأنها:كل حروف أو أرقام أو رموز أو أية علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك[03](ص207)، أي أنه لا يشترط في الكتابة طريقة الكتابة أو الدعامة التي تحمل ما يسمى كتابة بل يكفي أن تكون قابلة للإدراك أي قابلة للاسترجاع بشكل مفهوم بالإضافة إلى شرطي التوثيق والتوقيع.

والمحرر الإلكتروني قد يكون رسميا كما قد يكون عرفيا[52](ص 727)، وهذا ما قصده المشرع التونسي بلفظ الوثيقة الإلكترونية،كما أن بعض القوانين سمحت للدوائر الحكومية قبول التعامل بالمحررات والسندات الإلكترونية[29](ص01)، مما يدل دلالة لا تدع الشك على وجود المحررات الإلكترونية الرسمية إلى جانب المحررات العرفية، فالعقد الإداري لا يتصور إلا مفرغا في محرر رسمي.

وبعد أن فرغنا من مفهوم المحرر الإلكتروني لنا أن نتساءل عن مدى حجيته في الإثبات، وهو موضوع بحثنا في الفرع الموالي.

2.1.2.2.1. حجية المحررات الإلكترونية

إن للمحررات الإلكترونية أهمية من الناحية العملية، حيث أن تزايد المعلومات والبيانات المدونة في الورقة جعل حملها مرهقا،حيث أنه في بعض العقود فإن الوثائق المتعلقة بها توزن وزنا ولا تعد عدا ولعل الإثبات بالدليل الكتابي أمر لا نقاش فيه على اعتبار أنه أقوى الأدلة إلا أن محل النقاش هو مدى اعتبار المحرر الإلكتروني دليلا كتابي خاصة أمام تردد القضاء.

لقد تردد القضاء في البداية في قبول المحررات الإلكترونية على أساس أنها غير واضحة،كما أن أحدا لم يهتم بقراءة مايرد فيها من شروط، إلا أنه في فترة لاحقة وتحديدا في عام 1998 وفي قضية شهيرة pro cov zai berg قضت محكمة الاستئناف الأمريكية الدائرة السابعة بقبول حجية هذا العقد قياسا على العقود التي لا يجري معرفة شروطها إلا بعد الدفع فعلا كتذاكر الطائرة وبوالص التأمين[53](ص02).

كما أن الفقه الفرنسي في البداية بحث هذا الموضوع المتعلق بمسألة قبول الأدلة الناشئة عن الآلة أو كما أطلق عليها الأدلة العلمية ومقارنتها بالقيمة الإثباتية للمحررات التقليدية[35](ص114)، إلى أن حسم المشرع الفرنسي الموقف بإصداره لقانون13 مارس 2000 والذي أسبغ حجية كاملة على وسائل الإثبات الإلكترونية واعترف بالتوقيع الإلكتروني والوثيقة الإلكترونية[73](ص1277)، بل أكثر من ذلك فإنه في حالة تنازع الحجج بين الورقية التقليدية والإلكترونية فإن المشرع الفرنسي

نص في المادة 2/1316 من القانون المدني الفرنسي: "أن القاضي يبث في تنازع الحجج الكتابية بأن يحدد بكل الوسائل الوثيقة الأكثر مصداقية مهما كان شكلها".[93](ص01)

كما أن قانون اليونسترال بعد أن نص على الاعتراف برسائل البيانات أورد نص تحت عنوان الكتابة حيث أنه حينما يشترط القانون الكتابة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا[51](ص02)، ومن الضروري التنبه إلى أن المقصود بالرسائل الشكل الإلكتروني أو الرقمي وليس الشكل الورقي اللاحق حينما يتم استخراج الرسائل الإلكترونية وطباعتها على الورق[95](ص01).

من الواضح ضرورة تعديل القواعد المتعلقة بالإثبات لتنسجم مع النص السالف الذكر، حيث أن إعطاء حجية للمحررات الإلكترونية لا يجب أن يخرج عن القواعد العامة للإثبات وإلا فإنه في أية إجراءات قانونية لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من أجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات[51](ص03).

وفي هذا نجد أن المشرع الأردني كان له السبق حين أورد تعديلا على قانون البيانات اعتبر فيه أن المحررات الإلكترونية حجية في إثبات التصرفات ومنح مخرجات الحاسب المصادق عليها والموقعة قوة المحررات العادية في الإثبات[03](ص240)، وكذلك نص في المادة 07 من قانون المعاملات الإلكترونية على المساواة بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية من حيث الآثار، ويكون للمحرر صفة النسخة الأصلة إذا توافرت فيه مجتمعة شروط نص عليها القانون نفسه[18](ص01).

وإذا كان قد تبين قبول السندات الإلكترونية في الإثبات إلا أن القوة الثبوتية للمستند تعتمد على الوسيلة المستخدمة للتعامل مع هذا المستند مما يؤدي بالقاضي إلى تقدير حجية المستند وفق معايير تضمن درجة عالية من الموثوقية[04](ص161).

وإذا كانت بعض الأشكال من الكتابة على أنواع معينة من الدعامات لا تثير أي صعوبة فيما يتعلق بالإثبات كالبرقيات والتلكس ونجد أن العديد من الاتفاقات الدولية تعتمد هذه الوسائل في الإثبات[58](ص156)، أما بالنسبة للفاكس فكان الاعتقاد أن السندات الإلكترونية المرسلة عن طريق الفاكس والتي يتسلمها المرسل إليه ليست سندا أصليا وإنما هي صورة حرفية مستنسخة طبق لأصل السندات المرسلة والتي تبقى لدى المرسل إلا أنه في وقت لاحق أخذت بعض التشريعات والاتفاقات الدولية بالمفهوم الحديث السندات الكتابية وتعطي للسند حجية الأصل[05](ص282).

وفي هذه النقطة يشير البعض بالنسبة للفاكس فإن المرسل إليه لا يتلقى نسخة أو صورة من أصل الرسالة الموجودة لدى المرسل لكن الذي يحدث أن بيانات الرسالة تدون على دعامة غير ورقية على جهاز الفاكس ويجري استرجاعها وطباعتها على دعامة ورقية[30](ص110)، وأيد هذا الرأي

القضاء الفرنسي والعربي[37](ص167)، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية إلى الأخذ بالحجية القانونية للمراسلات التي تتم بواسطة الفاكس وتشير في هذا الصدد إلى أن محكمة النقض الفرنسية الصادر في 11 ديسمبر 1990 حيث اعتمدت المحكمة مذكرة محامي أرسلها عبر الفاكس لطلب الإفراج عشية الجلسة.

أما بالنسبة للمحررات المحمولة على دعامات إلكترونية حديثة غير الورق، كما هو الحال في البريد الإلكتروني أو المحمولة على الأقراص بأنواعها، فإنها تستمد حجيتها من القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية كما أشرنا إلى ذلك سابقا.

ويجب أن نفرق بهذا الصدد بين المحرر المتمثل في المعلومات والبيانات وبين الدعامات التي تحملها فالقرص المرن ليس محررا وإنما هو مخرج من مخرجات الآلة مثله مثل الورق المخرج عن طريق الفاكس، فهو دعامة تحمل لمحرر مكتوب،مع الإشارة إلى التغيير الذي طرأ على المفهوم التقليدي للكتابة وهذا من تأثيرات التقنية في الحياة عموما،وكنتيجة لذلك في القانون.

ومن الفقه من يحاول أن يبرر الإثبات بالمحررات الإلكترونية وفق مبدأ حرية الإثبات فإذا كان هذا المبدأ منصوص عليه صراحة في القانون التجاري[25](ص01)، فإنه يعد استثناء في القانون المدني في حالة عدم إمكانية الحصول على دليل كتابي أو فقده ويجوز الإثبات بالشهود ما كان يجوز إثباته بالكتابة في حالة المانع المـادي أو الأدبي[31](ص01)، تحت هذه الذريعة اتجه جانب من الفقه إلى اعتبار قبول الإثبات بالمحرر الإلكتروني من باب المانع المادي[26](ص26)،إلا أنه لا اجتهاد مع صريح النص فما جدوى بحث المانع المادي ونحن نقر بالمحرر الإلكتروني كوسيلة للإثبات بحجة الكتابة التقليدية أضف إلى ذلك معطى أساسي وهام، أننا في السنوات القادمة سوف نشهد تغيرا كبيرا في وجه الحياة عموما والتجارة لن تكون إلا إلكترونية،وإن الكتابة التقليدية تعيق ازدهار التجارة.

ومن كل هذا يمكننا أن نخلص إلى أن المحرر الإلكتروني هو حجة في الإثبات مثل المحرر التقليدي بشرط توافر بعض الشروط بأن يكون مقروءا ومفهوما لدى الإنسان،ويمكن استرجاعه والاحتفاظ به لمدة يحددها القانون، موقعا مصدقا عليه، وأما المحررات الإلكترونية الخالية من التوقيع فإنها تصلح كمبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت صادرة ماديا أو معنويا عن الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال[51](ص03)، حيث أن هذه الرسائل يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر دون اشتراط التوقيع عليها من أي طرف.

3.1.2.2.1. مشكلات الإثبات بالمحررات المحررات الإلكترونية

إن فكرة عدم جواز إثبات عكس ما يخالف أو يزيد ما اشتمل عليه دليل كتابي إلا بدليل كتابي والتي تجد أساسها في نظرة المشرع للدليل الكتابي على أنه أقوى الأدلة فضلا أنه يفيد اتجاه إرادة

المتعاقدين إلى أنهما قصدا بذلك الحصول على دليل أقوى،ولذلك لا يجوز مناقضة ما قصدا إليه بإباحة الإثبات بدليل أضعف[19](ص274)، ويضع هذا المبدأ حجية المحرر الإلكتروني في مأزق وهذا ما جعل البعض يرتاب في هذه الحجية في البداية أو اعتبره في مرتبة أقل من الورقة التقليدية وأكبر من مبدأ الثبوت بالكتابة[05](ص288).

ولتوضيح ذلك نقول أنه في حالة وفاء المدين بدين له فإن الدائن يبقى محتفظا بالمحرر الإلكتروني،ويمكن أن يرجع من جديد على المدين مطالبا إياه بالوفاء من جديد، ويجد المدين نفسه أمام وفاء مرتين وفي نفس الوقت يملك الدائن حجة عليه ويرجع ذلك إلى ما يسمى بأمان الأنظمة المعلوماتية والذي يبقى دائما نقطة ضعف التعاملات عبر الشبكات المفتوحة[26](ص102)، وتشكل أهم عوائق الإثبات الإلكتروني.

كما تؤخذ هذه المشاكل صورا مختلفة ففي الفاكس يمكن وجود احتمال كبير للخطأ في عملية الإرسال والاستقبال وسهولة تعديل عنوان المرسل،كما يمكن استصدار إشعار مزور بإرسال الفاكس، وبالنسبة للبريد الإلكتروني فإنه بالإضافة إلى إمكانية التقليد والتزوير والتحويل للمعلومات وتعديلها واختلاق رسالة وهمية فإن المستند المرسل عبر البريد الإلكتروني لا يحمل توقيع صاحبه[04](ص162).

وللمدين الخصم أن يطعن حينها في صحة المحررات الإلكترونية إذا كانت رسمية بالطعن فيها بالتزوير، ويقضى بإيقاف تنفيذ أو عدم الأخذ بالورقة الرسمية محل الاحتجاج أما إذا كان السند عرفي فإن الإنكار يكون أيسر إذ يعفيه من عبء الإثبات ويلقيه على عاتق خصمه.

وفي سبيل تجاوز مثل هذا المشكل وحتى لا يكون المحرر الإلكتروني عرضة للإنكار فإن قانون اليونسترال قد أجاز للمنشئ وهو الشخص الذي يعتبر أن إرسال الرسالة قبل تخزينها قد تم على يديه أو نيابة عنه أن يطلب من المرسل إليه وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات أو بواسطتها توجيه إقرار باستلام البيانات،وقد حدد القانون نفسه شروط ذلك وكيفياته[51](ص02)، ويترك هذا الأمر إلى اتفاق الأطراف لأنه أمر غير ملزم يخضع لحرية إرادة الأطراف.

وبإعمال هذه التقنية نكون قد حققنا جزء هام من مصداقية وموثوقية المعاملة الإلكترونية ويبقى تحقيق ما تبقى عن طريق اعتماد نظام معلوماتي موثوق به بالاستعانة بآليات تقنية تعزز القوة الثبوتية للمحررات الإلكترونية إلا أن درجة الصفر في مستوى الأمان في الأنظمة المعلوماتية غير متوفر،وهذا ما جعل البعض يعلق حجية المحررات الإلكترونية على قدرة النظام المعلوماتي[04](ص 163).

3.1.2.2.1. مشكلات الإثبات بالمحررات المحررات الإلكترونية

تلزم التشريعات التاجر بمسك دفاتر تجارية معينة لتدوين العمليات التجارية التي يقوم بها أثناء مباشرته لحرفته[25](ص01)، وهذه الدفاتر تعد بمثابة مرآة صادقة تعكس الحركة التجارية للتاجر،ويقف بواسطتها على حقيقة مركزه المالي،كما تلعب دور في حالة إعسار التاجر ولإثبات تصرفاته وحسن نيته ليدفع عن نفسه خطر التعرض للإفلاس بالتقصير أو التدليس كما تلعب دورا في تقدير الضرائب.

كما تؤدي هذه الدفاتر دور كبير في مجال عملية الإثبات فتسهلها إذ تجنبهم قيود الإثبات المدنية الثقيلة دون أن تلقي بهم في فوضى حرية الإثبات المطلقة في المواد التجارية[56](ص73)، ورغم أن المشرع الجزائري اعتبر أن دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار إلا أنه في حالات استثنائية أعطاها حجة[104](ص02)، وبالنسبة للتجارة الإلكترونية،وكما يظهر التوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية، الأكيد أنه يوجد دفاتر تجارية إلكترونية والتي نظمتها بعض التشريعات وأعطتها حجية وقبل هذا لزاما أن نطلع على الدفاتر التجارية التقليدية.

1.2.2.2.1. الدفاتر التجارية التقليدية

نظم المشرع الجزائري أحكام الدفاتر التجارية في المواد من 9 إلى 18،فنص على أنواع الدفاتر التي يجب على التاجر مسكها وأشار إلى الإجراءات الخاصة بضمان انتظام الدفاتر التجارية في الإثبات وكيفية تقديمها إلى القضاء.

والالتزام بمسك الدفاتر التجارية هو التزام يقع على كل تاجر سواء طبيعيا أو معنويا إلا أن بعض التشريعات قد أعفت من سمتهم صغار التجار وذلك حسب رأسمالهم والدفاتر التجارية إلزامية واختيارية فالدفاتر الإلزامية هي المفروضة على التاجر بنص القانون وهي دفتر الجرد ودفتر اليومية،كما أن هناك دفاتر إلزامية خاصة ببعض التجار،أما الدفاتر الاختيارية فهي التي يمسكها التاجر من تلقاء نفسه[57](ص86)، ولهذه التفرقة أهمية في مجال الإثبات، حيث أن الدفاتر الإلزامية تمسك بانتظام بطريقة رسمها القانون وحدد مدتها.

إن انتظام الدفاتر التجارية الإلزامية يعد بمثابة الضوابط القانونية لحجيتها[56](ص129)، حيث أن المادة11 من القانون التجاري الجزائري ألزمت أن يمسك الدفاتر سليمة ترقم صفحاتها ويوقع عليها من طرف قاضي المحكمة،ونصت المادة 12 أن مدة حفظ الدفاتر التجارية هي عشر سنوات وتبدأ مدة العشر سنوات من تاريخ إقفال الدفاتر التجارية لا من تاريخ إمساكها[57](ص88).

والدفاتر التي لا تراعى فيها الانتظام لا يمكن أن تقدم للقضاء ولا يكون لها قوة الإثبات أمامه لصالح من يمسكونها،كما أن مخالفة هذا النظام يعرض صاحبه لعقوبات جزائية في حالة إفلاسه

فيتعرض لعقوبة الإفلاس بالتقصير أو ما يسمى بجريمة التفليس أما الدفاتر المنتظمة فهي حجة يجوز للقاضي قبولها كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية رغم أن القواعد العامة تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يصطنع دليـلا لنفسه[57](ص91)، يكون حجة لمصلحته وذلك بشروط :

- أن تكون الدفاتر التي يمسك بها التاجر لمصلحته منظمة حسب القواعد والأصول.
- أن يكون خصم التاجر الذي تمسك بدفاتره تاجرا.
- أن يكون بصدد عمل تجاري بالنسبة لكلا الطرفين

ونلاحظ أن المشرع ابتدأ المادة 13 قانون تجاري بمصطلح يجوز فإذا كان للدفاتر التجارية حجية كاملة حيث يمكن نفي القوة الثبوتية للمستند الخطي ببيانات الدفاتر التجارية لمصلحة صاحبها[58](ص05)، إلا أن هذا لا يعني أن هذه الحجية مطلقة أو كاملة بل للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك.

أما إذا كنا بصدد معاملة بين تاجر وغير تاجر فإن الدفاتر التجارية لا تكون حجة على غير التجار كأصل عام، إلا أن المشرع وضع عليه استثناء يتعلق بتوريدات قام بها التاجر، فعندها يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين فيها يكون إثباته بشهادة الشهود[22](ص330).

وإذا كان لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا لنفسه، فمن باب أولى ألا يقدم دليلا ضد نفسه إلا أن دفاتر التجار هي حجة على هؤلاء التجار[22](ص33)، منتظمة كانت أو غير منتظمة لكن إذا كانت منتظمة فإنه لا يجوز تجزئتها مع ما يناسب دعواه.

وإذا كان القانون التجاري الجزائري قد ألزم التجار بمسك دفاتر تجارة مكتوبة على دعامة ورقية وأعطى لها حجية حسب التفضيل السابق شرحه، فإننا أمام عقود التجارة الإلكترونية وأمام اختفاء الدعامة الورقية ذهبت بعض التشريعات إلى تبني فكرة الدفاتر التجارية الإلكترونية ووضعت لها تنظيم قانوني خاص بها، وهو موضوع الفرع الموالي.

2.2.2.2.1. الدفاتر التجارية الإلكترونية

كان النظام السعودي من أوائل التشريعات العربية التي نظمت تدوين بيانات الدفاتر التجارية عن طريق الحاسب، فقد أفرد المنظم السعودي نظاما خاصا للدفاتر التجارية وذلك بإصدار المرسوم الملكي رقم م/61 بتاريخ 1409/12/17 هجري، وصدرت لائحة تنفيذية لهذا المرسوم بالقرار الوزاري 699 بتاريخ 1410/10/29 هجري، حيث تولت المادة 03 من هذه اللائحة تحديد نطاق اللذين يحق لهم إمساك دفاتر التجارة الإلكترونية وحددت القواعد والإجراءات التي تكفل صحة البيانات المدونة في الدفاتر التجارية الإلكترونية وحددت القواعد والإجراءات التي تكفل صحة البيانات المدونة في الدفاتر التجارية وأحكام المسؤولية عن صحتها ودور المحاسب القانوني حيالها[59](ص130).

ولقد حدد المنظم السعودي من خلال نظام الدفاتر التجارية واللائحة التنفيذية الخاصة بهذا النظام التجار الذين يلزمون بمسك دفاتر تجارية سواء تقليدية أو إلكترونية على أساس رأس المال،والذي يتجاوز مائة ألف ريال سعودي وعند المنازعة في رأس المال فيجوز الرجوع إلى مصلحة الزكاة والدخل لتحديده وهو ما يشبه عندنا نظام الضرائب وهو عكس بعض التشريعات التي تذهب في تحديد رأس المال إلى السجل التجاري.

أما إجراءات إمساك الدفاتر التجارة الإلكترونية حسب المادة 03 من اللائحة التنفيذية فهي:

- يجب أن يسمح النظام المتبع في معالجة المعلومات والبرنامج المطبق في تكوين البيانات على الحاسب للجهات المعنية بالتفتيش على هذه المعلومات في أي وقت.
- يجب على التاجر استخراج بيانات مطبوعة من الحاسب بشكل دوري،تكون مرقمة لتكون مستندا يمكن الرجوع إليه لتحديد أية إضافات أو حذف من المعلومات في الدفاتر التجارية الإلكترونية[65](ص 132). إلا أن هذا الإجراء يجعلنا نعتقد أن المنظم السعودي لم يأخذ نهائيا بنظام الدفاتر التجارية الإلكترونية أو بمفهوم المخالفة لم يستغن بعد عن الدفاتر التقليدية.
- يجب أن يكون كل بند من البنود الظاهرة في المخرجات مؤيدا بمستند مكتوب وفي حالة غياب ذلك بسبب إدخال المعلومات مباشرة في الحاسب يجب أن يعزز البند بإيضاح مكتوب.
- يجب أن يسمح البرنامج المطبق في تدوين البيانات والقيود باستخراج وإعادة استخراج المخرجات المتضمنة لتلك البيانات والقيود.
- يجب أن توثق المنشأة نظام إدخال وتوجيه المعلومات "القيود المحاسبية" في الحاسب وبرامج الحاسب إذا كانت تعدها المنشأة بنفسها والتعليمات المتعلقة بالحاسب ووظائف واختصاصات الأفراد اللذين يقومون بتشغيله وذلك للرجوع إليه عند الحاجة.

وهذا التوثيق يتم داخل المنشأة ذاتها وليس لدى أي جهة رسمية لأن المنظم السعودي لم يشترط أن يصدر قرار من أي جهة رسمية يسمح للتاجر بإمساك الدفاتر الإلكترونية[59](ص134).

أما عن المسؤولية عن عدم صحة البيانات فإن المنشأة التجارية التي تستخدم الحاسب لدفاترها التجارية مسؤولة مسؤولية مباشرة عن صحة البيانات المحاسبية المدونة في الدفاتر التجارية وبما يطابق فعلا ما تم الاحتفاظ به لتلك البيانات والمستندات المحفوظة بالملفات[60](ص01)، إلا أنه قد يحدث أن يدخل التاجر البيانات الصحيحة لكن نتيجة لخلل أو عطب في الحاسب فإن البيانات تصبح غير صحيحة،فهنا كذلك يكون التاجر مسؤولا وأساس مسؤوليته هنا غير مباشرة عن فعل الشيء[22](ص 138)، وذلك على أساس أن الحاسب يعد من الآلات التي تحتاج إلى عناية خاصة من حارسها والذي هو التاجر.

أما المشرع المصري من خلال قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 قد أجاز الاحتفاظ بصورة صغيرة ميكروفيلم للمستندات والمراسلات التجارية بدلا من الأصل وأعطى لها حجية الأصل في الإثبات[61](ص139)، والذي نلاحظ أن معالجته لموضوع الدفاتر الإلكترونية كانت ناقصة.

يمكن في الأخير أن نستدل على شرعية وحجية الدفاتر التجارية الإلكترونية من خلال المادة 05 من قانون اليونسترال التي تعترف برسائل البيانات ورسائل البيانات كذلك هي المعلومات التي يتم تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو أي وسائل أخرى.

3.2.2.1. الشكلية في عقود التجارية الإلكترونية

عقد التجارة الإلكترونية عقد يتميز بكونه عقد يبرم عن بعد بين غائبين وذلك باستخدام وسائط إلكترونية من أجهزة برنامج معلوماتية وغيرها من الوسائل التقنية الحديثة التي تعمل آليا أو تلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها[62](ص02)، وهي بهذا عقود تعتمد أساسا على السرعة في إنجاز التصرفات في حين يشترط القانون في بعض التصرفات شكلية معينة لإبرامها فهل يعد العقد الإلكتروني بمعزل عن هذه الشكلية مثل الكتابة أو بمعنى آخر هل ترقى الكتابة الإلكترونية باعتبارها شكلية لأن تكون شكلية انعقاد وإبرام لا شكلية إثبات ؟.

ولقد اختلف الفقه والتشريعات في الأخذ بالشكلية من عدمه في عقود التجارة الإلكترونية، قبل هذا نطرح المشكل من خلال مفهوم الشكلية .

1.3.2.2.1. مفهوم الشكلية(وضع الشكل)

إن الأصل في العقود الرضائية فيكفي أن تصدر عن الشخص إرادة غير مشوبة بعيب فينشأ التصرف القانوني إلا أن الإرادة كظاهرة نفسية كامنة في نفس الشخص لا تكفي بل يجب أن تكون هناك طرق ووسائل للتعبير عنها[22](ص60)، وحرية الفرد في التعبير عن إرادته هذه،لم تتركها التشريعات دون قيد أو شرط، بل فرضت بعض التشريعات شكلا معينا في بعض التصرفات القانونية لا يتم التصرف دونه،وهذا المبدأ أخذ به المشرع الجزائري.

ونشير هنا أنه لا يجب أن يختلط مبدأ الرضائية مع مبدأ سلطان الإرادة فمبدأ الرضائية لا يتصل إلا بطريقة تكوين العقد ولا علاقة له بتحديد مضمونه والمقصود منه التراضي وحده كاف لإبرام العقد[13](ص45)، وعلى هذا الأساس تقسم العقود إلى عقود رضائية وعقود شكلية.

فالعقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لانعقاده مجرد تطابق الإرادتين أما العقد الشكلي فهو ما لا يكفي التراضي لانعقاده بل يجب اتباع شكل معين يوجبه القانون وتعد الكتابة في الوقت المعاصر أهم أنواع الشكلية.

وفي هذا الصدد ينبغي أن نشير إلى نوع من العقود وهو العقد العيني الذي يعتبر التسليم فيه ركنا فلا ينعقد إلا بتسليم محله كعقد العارية، الوديعة، والرهن الحيازي[13](ص48). والشكلية في التصرفات نشأت منذ زمن بعيد في المجتمعات البدائية، إذ أن الشعوب قد ارتبطت في مراحلها الأولى بالعناصر المادية، ولذلك ظهرت الشكلية كتجسيد مادي للأفكار[63](ص12)، وهذا ما ظهر جليا في القانون الروماني الذي كان يتسم بالشكلية الجامدة حيث كانت الإرادة لا تلعب سوى دور ثانوي فالتصرف القانوني يتم من خلال القيام بحركات أو طقوس أو التلفظ بكلمات معينة أو باستعمال الكتابة[64](ص106).

والكتابة باعتبارها ركنا لا ينعقد العقد إلا بها تستدعي تمييزها عن الكتابة اللازمة للإثبات، ففي الحالة الأخيرة ينعقد العقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه،غير أنه إذا ثار نزاع بشأنه تكون الكتابة لازمة للإثبات[62](ص03)، ونضرب مثال لذلك عقد الكفالة في التشريع الجزائري حيث أنه رغم أنه عقد رضائي إلا أن إثباته لا يكون إلا كتابة رغم جواز إثبات الالتزام الأصلي كتابة[22](ص645).

يبدوا جليا أن للكتابة أهمية بالغة في مجال العقود عموما والمقصود هنا شكلية الانعقاد لا شكلية الإثبات، فتقرر الشكلية لحماية المصلحة العامة،وهي تساهم في استقرار المعاملات والعلاقات الاجتماعية، كما لها دور لحماية مصلحة أطراف العقد حيث تمنح لهم مهلة للتدبر والتفكير فيما سوف يقدمون عليه ومرد ذلك خطورة التصرف ذاته.

وفي التجارة الإلكترونية، فإننا كنا وصلنا إلى أن الكتابة الإلكترونية حجة في إثبات التصرفات الإلكترونية مثلها مثل الكتابة التقليدية بل على القاضي أن يقارن بينها ويأخذ بأكثرها حجة فهل ترقى هذه الكتابة لتكون ركنا في الانعقاد؟.

2.3.2.2.1. الحلول المقترحة في القانون المقارن

بعد تعديل المادة 1/1316 مدني فرنسي،ثار خلاف في الفقه الفرنسي،فيرى قسم منهم أن الكتابة المطلوبة كركن في العقد لا تقتصر على الكتابة على الورق،وإنما تعد محققة تماما في الكتابة الإلكترونية، ويضيف هؤلاء أن القانون حين يشترط الكتابة للانعقاد فهو يرمي إلى حماية أطراف العقد وأن هذه الحماية تعد متحققة تماما في الكتابة الإلكترونية[65](ص267)، وهذا ما يستفاد من عموم نص المادة 1316 قانون مدني فرنسي.

في حين ذهب قسم آخر إلى اعتبار أن الكتابة المعنية بالتعديل هي الكتابة كوسيلة إثبات ومن ثم لا يمكن الاستغناء عن الكتابة الورقية كركن في العقد[62](ص03)، ذلك لأن المشرع حين اشترط الكتابة كركن قصد إعطاء مهلة للمتعاقدين للتفكير والتدبر وهو ما يتناقض مع الكتابة الإلكترونية التي

تتم بسرعة كما أن الكتابة الرسمية تشترط وجود ضابط عمومي هو الموثق في أغلب الأحيان ورغم ظهور مهنة الموثق الإلكتروني والذي هو طرف ثالث محايد يوثق المعاملات الإلكترونية إلا أن هذا حسب اعتقادنا لا يجزأ عن الموثق العادي والغاية المرجوة من الكتابة أصلا.

وفي هذا نجد أن التشريعات أخذت موقف المترقب لما قد تنتجه التكنولوجيا مستقبلا وأعطت للكتابة حجية ولا تضع أي عراقيل أو عقبات أمام الاعتراف بالعقود الإلكترونية إعمالا للتشريعات الدولية والتوصيات الإقليمية[66](ص02)، في حين ذهبت معظم التشريعات[04](ص164)إلى وضع قيد على بعض التصرفات، حيث فضلت أن تبرم بعض العقود في الشكل التقليدي دون الإلكتروني وذلك مراعاة لعدة اعتبارات منها:

- أهمية وخطورة بعض التصرفات:كالتصرف في العقارات
- عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات الإلكترونية، وإنما هي تصرفات شخصية بحتة كإبرام عقد الزواج.

الفصل02:
آثار عقود التجارة الإلكترونية.

يترتب على العقد التزامات مباشرة وأخرى غير مباشرة، فأما الالتزامات المباشرة فهي ما يتعين على الأطراف تنفيذه من التزامات وما يكون للمستهلك من حماية بمناسبة هذا النوع من العقود، أما الالتزامات غير المباشرة فهي تظهر بمناسبة الإخلال بتنفيذ الالتزامات والعقود، وكأنها التزامات احتياطية، وهذا ما نبحثه من خلال منازعات عقود التجارة الإلكترونية، والتي تشمل المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات وآلية تسوية هذه المنازعات.

وكون المسائل السالفة الذكر لا تخرج عن نطاق القواعد العامة إلا أنه يظهر بشكل أوضح تأثير التقنية الحديثة فيها، فما مدى هذا التأثير ؟

1.2. تنفيذ عقود التجارة الإلكترونية.

يترتب على عقود التجارة الإلكترونية التزامات متبادلة على طرفي العلاقة العقدية، وتختلف هذه الالتزامات باختلاف العقد، لأننا كما لاحظنا في العقود التي تبرم في مجال التجارة الإلكترونية مختلفة ومتنوعة، بل هي كل العقود المبرمة في مجال التجارة التقليدية إلا ما استثني بنص، كما لاحظنا أن عقد البيع في مجال التجارة الإلكترونية هو الأكثر انتشارا بل يكاد يكون عمود التجارة الإلكترونية، وعلى هذا سوف نركز على الالتزامات الناشئة عنه.

وكون عقود التجارة الإلكترونية من عقود الاستهلاك، فإن التشريعات الإلكترونية قد درجت على حماية المستهلك وإحاطته بجملة من الحقوق تسمح له بموازنة العلاقة العقدية بينه وبين المهني صاحب الخبرة والقدرة الفنية والاقتصادية.

وتعود كذلك هذه الحماية إلى كون عقود التجارة الإلكترونية عقود مبرمة عن بعد، حيث أن التشريعات المتعلقة بهذا المجال قد منحت المستهلك حقوق مختلفة، لكن الأكيد أن هذه الحقوق وتلك الالتزامات لها خصوصياتها عما هو الحال في المجال التقليدي نظرا لخصائص عقد التجارة الإلكترونية وتأثير التقنية.

1.1.2. الالتزامات الناشئة عن العقد

لقد سبق أن أشرنا أننا سوف نركز على الالتزامات الناشئة عن عقد البيع كونه من أهم العقود المبرمة في مجال التجارة الإلكترونية. وقد عرفت المادة 351 من القانون المدني الجزائري عقد البيع أنه: "عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي" فيترتب على عاتق طرفي العلاقة العقدية التزامات متبادلة، فيلتزم المشتري بأداء الثمن والذي له خصوصياته في المجال الإلكتروني، ويلتزم البائع بنقل الملكية أو أي حق آخر، والذي يتضمن الالتزام بالتسليم . والمحافظة على محل العقد حتى التسليم[22](ص165)، كما يقع على عاتق البائع التزام بالضمان.

1.1.1.2. دفع الثمن

يأتي الالتزام بدفع الثمن كمقابل للوفاء بالالتزام بالتسليم، وهما وجهان لعملة واحدة[70](ص153)، والثمن هو مبلغ من النقود يتفق عليه المتعاقدان في العقد وفقا لأسس معينة، والثمن يجب أن يكون مبلغا من النقود وأن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير، وأن يكون جديا لا صوريا ولا تافها[64](ص186).

ويعتمد عالم اليوم على السرعة في تنفيذ معاملاته، والبديهي أن تظهر إلى جانب إبرام العقود الإلكترونية وسائل دفع متعلقة بها، وتكون حافزا في نمو وازدهار التجارة الإلكترونية حتى أصبحت هذه الوسائل تنبئ باختفاء العملة الورقية والمعدنية في السنين القادمة[67](ص295)، وللدفع الإلكتروني آلياته، كما يحتاج لأمن خاص به حتى يوفر الطمأنينة في نفوس المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

1.1.1.1.2. وسائل الدفع الحديثة

إن تعاملات عالم اليوم فرضت تطور وسائل الدفع وابتكار وسائل حديثة، حيث أن عامل عدم الحضور المادي لطرفي العلاقة تجعل من غير المتصور الاستمرار في الدفع بالوسائل التقليدية، وإلا فإنها سوف تكون حاجزا أمام التجارة الإلكترونية والمبنية على أساس السرعة، ونقتصر هنا بالدفع المباشر عبر الإنترنت الذي يعتمد إما على بطاقات الدفع الإلكتروني أو أنظمة دفع مبتكرة مثل النقود الإلكترونية أو المحفظة الإلكترونية[04](ص86).

1- بطاقة الدفع الإلكتروني: ويطلق عليها بطاقة الاعتماد، وهي أحد وسائل الدفع، وتعد هذه الأخيرة من العمليات المصرفية[68](ص66).

وكانت الخطوة الأولى باتجاه ما عرف ببطاقة الائتمان في العشرينيات من القرن المنصرم، حيث ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية نظام دعي "اشتري حالا وادفع لاحقا"، وهي عبارة عن قطعة معدنية صغيرة منقوش عليها اسم التاجر أو محله التجاري وسلسلة من الأرقام تشير إلى الزبون وحسابه، ثم تطورت في أواخر العشرينات حينما أصدرت شركات النفط الأمريكية قسائم معدنية لزبائنها للتزود بالوقود من

المحطات التابعة لها، وعلى هذا النحو سارت الشركات السياحية، إلا أن هذا الاتجاه عرف تعثرا بسبب الحرب العالمية الثانية[69](ص33).

وفي عام 1950 قامت شركة Dîners club كأول شركة متخصصة في إصدار بطاقات الائتمان، ثم تبعتها بعد ذلك شركات أخرى منها شركة American express وغيرها.

ثم دخل القطاع المصرفي في هذا المجال بإصدار مصرف أمريكا بطاقة Bank Ameri Card ثم بطاقة Master Card، ثم سمح مصرف أمريكا ورخص للمصارف الأخرى بإصدار بطاقته الائتمانية لتصبح عالمية، وجمعت سنة 1977 هذه التراخيص تحت اسم واحد هو VISA[69](ص36).

أما بريطانيا فقد دخلت الساحة متأخرة نسبيا بإصدار بطاقة Access Card وإصدار بطاقة Barclay Card، كما أصدر الفرنسيون البطاقة الزرقاء arte Bleu[69](ص37).

أما بالنسبة للجزائر فقد لاحظنا من خلال بحثنا هذه النقطة أن البنوك في مرحلة أولية من التعامل ببطاقات الائتمان، كما أوضح لنا موظف لدى القرض الشعبي الجزائري وهو البنك الأكثر تطورا في هذا المجال وأنه يتعامل مع visa card.[04](ص86)

وبطاقة الاعتماد في شكلها الحالي، بطاقات مستطيلة من البلاستيك تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة ورقمها واسم حاملها ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها[69](ص52)وبموجبها يمكن سحب مبالغ نقدية من ماكينات خاصة بذلك أو أن يقدمها كأداة وفاء للسلع والخدمات أو تكون أداة للائتمان.[69](ص16).

وتختلف أنواع بطاقات الاعتماد استنادا إلى المؤسسة المصدرة لها، فتكون بطاقة الاعتماد الخاصة بالمؤسسات وأخرى صادرة عن المصارف، أو استناد لوظيفتها فتكون لسحب النقود أو الوفاء أو بطاقة ائتمان أو بطاقة ضمان الشيكات[04](ص93).

وينبثق عن بطاقة الائتمان علاقات قانونية بين مصدر البطاقة وحاملها والتاجر، وكلها علاقات تعاقدية. فتسمى علاقة الحامل مع مصدر البطاقة، "عقد انضمام" والذي هو عقد إذعان تجاري يكون أحد الطرفين تاجرا حتما، غير مسمى محدود الأجل ملزم لجانبين يقوم بموجبه المصدر بوضع وسيلة دفع بين يدي الحامل، ويتعهد بشكل قطعي بدفع كل ما يحيله عليه من ديون ناجمة عن استخدام هذه البطاقة مقابل التزام الحامل بإيفائه جميع ما يدفعه مضافا إليه البدل المتفق عليه وفائدة محددة النسبة في نهاية مدة متفق عليها.[69](ص97).

وتسمى العلاقة بين مصدر البطاقة والتاجر عقد التوريد والذي هو عقد إذعان تجاري غير مسمى محدود الأجل، ملزم لجانبين ويشترط بموجبه المصدر قبول المورد لإدانة حامل بطاقة قابل التزامه بخصم كافة تلك الديون وتحصيل نسبة عليها.[69](ص109).

أما العلاقة بين التاجر والحامل فتسمى عق التزويد، وهو عقد ملزم لجانب واحد وهو التاجر لأنه يلتزم بتزويد الحامل بما يحتاجه من الخدمات والسلع بمجرد إظهاره لبطاقة سبق للمورد أن قبلها عند تعاقده

مع المصدر دون أن يلتزم الحامل بشيء تجاه المورد[69](ص110)، في حين يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار أن عقد التزويد عقد ملزم لجانبين على أساس أن العلاقة القانونية الناشئة عن بطاقة الاعتماد هي علاقات مستقلة عن بعضها البعض وأن الوفاء ببطاقة الاعتماد وفاء نهائي تنتهي به مسؤولية حامل البطاقة تجاه التاجر بمجرد التوقيع على السند والفواتير المثبتة للتصرف[04](ص112).

ونشير بهذا الصدد أن البطاقة الائتمانية قد تكون ثنائية الأطراف ومن ثم ثنائية العلاقات وذلك عندما تكون صادرة عن مؤسسة ويستعملها زبائنها كأن تصدر مؤسسة سياحية بطاقة ائتمان يستعملها زبائنها فقط في التنقل عبر وسائل النقل التابعة لهذه المؤسسة عبر العالم وفي أنحائه.

وظهرت في مجال التجارة الإلكترونية بطاقات بلاستيكية تحتوي على رقائق إلكترونية قادرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم والعنوان والمصرف المصدر لها، وأسلوب الصرف والمبلغ المنصرف وتاريخه وتاريخ حياة العميل المصرفية فهي عبارة عن كمبيوتر متنقل، وتمتاز هذه البطاقة بحماية كبيرة ضد التزوير أو سوء الاستخدام من قبل الغير[09](ص141)، سميت هذه البطاقة بالبطاقة الذكية، كما لها خاصية التخزين البيومتري، ولها خصائص تميزها عن بطاقات الاعتماد[67](ص418).

2- أنظمة الدفع الحديثة: ظهرت في مجال التجارة الإلكترونية أنظمة دفع حديثة هي النقود الإلكترونية، ومحفظة النقود الإلكترونية، الدفع بالاستعانة بوسيط، والشيكات الإلكترونية.

وتعرف النقود الإلكترونية بأنها مجموعة من البروتوكولات والتواقيع الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعليا محل العملات التقليدية[71](ص157)، كما تعرف أنها سلسلة أرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل هؤلاء عليها في صور نبضات كهرومغناطيسية على بطاقات ذكية وعلى القرص الصلب ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونيا[04](ص121)، وقد صرح نائب رئيس mark twain bank أنه لا وجود لنقود جديدة ولكن النقود الإلكترونية آلية جديدة في تحريك أموال نقدية عن بعد عبر تحويلها من جهاز كمبيوتر إلى جهاز آخر.

أما نظام الدفع بواسطة محفظة النقود الإلكترونية، فهي وسيلة تتسع لعملية الدفع على شبكة الإنترنت، ويتمثل هذا المفهوم ببطاقة تصلح للدفع لغاية مبلغ محدد تكون البطاقة مشحونة به مسبقا من قبل الجهة المصدرة لها، وهي بذلك تشه بطاقات الهاتف النقال، ومحفظة النقود الإلكترونية تشحن مسبقا برصيد مالي ويتم تسجيل هذا الرصيد في بطاقة خاصة وإذا تم تسجيل الرصيد على القرص الصلب بجهاز الكمبيوتر الخاص بالمستعمل يكون الحديث عن محفظة النقود الافتراضية، ولهذا فإن النقود الافتراضية تماثل من الناحية الفنية المعلومات المخزنة في ذاكرة جهاز الكمبيوتر، ويستطيع العميل الذي يرغب في التعامل بهذه النقود أن يتعاقد مع أحد البنوك والتي تسمح له بموجب ذلك استعمال النقود الإلكترونية[04](ص121).

ويوجد كذلك الدفع بالاستعانة بوسيط، فهناك العديد من الوسائط المصرفية والتي تستخدم في عملية الوفاء الإلكتروني، ومن أهم هذه الوسائط الهاتف المصرفي، وخدمة المقاصة الإلكترونية المصرفية، والإنترنت المصرفي[09](ص142)، فالهاتف المصرفي هو نوع من الخدمات المصرفية التي تقدم للعملاء

على مدار 24 ساعة طوال اليوم بدون إجازة، ويستطيع العميل فيها أن يطلب من البنك تحويل المال مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الإنترنت إلى البائع، ويتم ذلك بعد التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والمعطى له من قبل البنك والتعرف على رقم تلفون العميل، حيث يتم الاتصال بالبنك عن طريق التلفون العادي أو النقال، ويرى البعض أن الدفع عن طريق الهاتف النقال سوف ينتشر بسرعة كبيرة وسوف تحل شركات الهاتف النقال محل البنوك في عمليات الدفع الإلكتروني[09](ص142).

وبهذا سوف يختفي المفهوم التقليدي للبنك الثابت ويصبح عبارة عن رقم مخزن في ذاكرة التلفون أو عبارة عن عنوان إلكتروني على شاشة الإنترنت العالمية، ومن ثمة يطلق عليه البنك المحمول أو الهاتف المصرفي[19](ص127).

أما خدمات المقاصة الإلكترونية فقد حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية وظهرت التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي الذي يتم في خدمات مقاصة الدفع الإلكترونية للتسوية الإلكترونية في المدفوعات بين المصارف، وذلك ضمن نظام المدفوعات الإلكترونية للمقاصة chaps[19](ص128)، وأما الإنترنت المصرفي حيث يتعامل البنك مع زبائنه من خلال خدمات المصرف المنزلي، حيث يتم إنشاء مقار للبنوك على الإنترنت بدلا من المقر العقاري.

ويوجد من بين نظم الدفع الحديث ما يعرف بالشيكات الإلكترونية، ولا يختلف نظام معالجتها كثيرا عن نظام معاجلة الشيكات العادية، إلا أنه يتم إنشاؤها وتبادلها عبر الإنترنت ويقوم الوسيط بالخصم من حساب العميل ويضيفه إلى حساب التاجر.

وهناك من يطلق على هذا النظام اسم الشيك الصورة الذي هو عملية تحويل المستند الورقي إلى صورة إلكترونية عبر الشبكة المصرفية او عبر الانترنيت تنتقل إلى المصرف المركزي لتتم عملية المقاصة الكترونيا، ويثير الشيك الإلكتروني بهذه الصورة عدة إشكالات قانونية[72](ص12).

ونشير في الأخير أن نظم الدفع الإلكترونية تلتقي حول نقطة أساسية وهي وجود نظام مصرفي متميز ومصارف إلكترونية[73](ص51)، حيث لاحظنا انتشار هذا النظام على شبكة الإنترنت، وهو لا يحتاج إلى موظفين كثر، أو مقار عقارية، فكل ما يحتاجه موقع عبر الإنترنت وأجهزة كمبيوتر لإدارة العملية بعدد قليل من الموظفين.

ويستطيع العميل الدخول إلى البنك الإلكتروني عن طريق خط خاص أو من خلال شبكة الإنترنت، حيث يزود البنك جهاز العميل ببرمجيات مناسبة تمكنه من تنفيذ العمليات مع البنك الإلكتروني عن بعد ودون الحاجة للتواجد المادي.

2.1.1.1.2. آلية الدفع الإلكتروني

إن عملية تسديد الثمن تتفرع إلى قسمين : قسم خاص بتعيين العملة التي يتم حساب مبلغ التسديد بها، وقسم خاص بالطرق التي يتم الدفع بموجبها.[70](ص157)، وكل هذا في عقود التجارة الدولية. كما تحرص العقود المتداولة في نطاق التجارة الإلكترونية على تنظيم الوفاء بالثمن، فقد نص عقد المركز التجاري infonie على أن يحدد الثمن بدقة بالفرنك الفرنسي مع الإشارة إلى جواز الدفع بعملة أجنبية، وجاء في البند السادس من العقد النموذجي الفرنسي تحديد عناصر الثمن يكون بالفرنك الفرنسي، ونفقات التسليم والخصومات إن وجدت ومدى إمكانية الوفاء بعملة أجنبية[04](ص85).

أما عن طريق الدفع فيقوم المستخدم بدفع مقدار من النقود التي يتم تمثيلها بصيغة إلكترونية رقمية على البطاقة الذكية، وعندما يقوم المستخدم بعملية الشراء سواء أكان ذلك عبر الإنترنت أم في متجر تقليدي يتم خصم قيمة المشتريات وهناك أنظمة برمجية تتيح مكافئا إلكترونيا لا يحتاج إلى بطاقة بلاستيكية فهي أنظمة تعتمد بالكامل على برمجيات مخصصة لدفع النقود عبر الإنترنت، ولكي يكون هذا النظام الأخير فعالا، لا بد من وجود ثلاثة أطراف: الزبون، المتجر، والبنك الذي يعمل إلكترونيا عبر الإنترنت[71](ص158).

وتتمثل آلية الدفع بالنقود الإلكترونية في شبكة الإنترنت وفق أحد النظم على النحو التالي:

- يفتح التاجر والعميل حسابات مصرفية لدى بنك مقدم النظام الذي يوفر النقود الإلكترونية.
- بعد عملية شراء السلعة أو الخدمة من موقع التاجر يدفع التاجر مستخدما رقما سريا يمنحه له البنك والذي يمثل رقم حسابه لدى البنك.
- يرسل التاجر إلى البنك إخطار بحصول عملية الدفع طالبا تثبيت العملية.
- يتحقق البنك من وجود رصيد كاف في الحساب الإلكتروني للمشتري يغطي قيمة الفاتورة المدفوعة من حساب الزبون إلى حساب التاجر، ثم يرسل إخطار إلى التاجر بأن عملية الدفع قد تمت وأن قيمة الفاتورة قد قيدت في حسابه[04](ص85).

كما أفادنا موظف في الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط -بنك- أن الدفع ببطاقة الدفع الذكية يكون بإدخال البطاقة في الجهاز المخصص لذلك، الذي يطلب منك إدخال الرقم السري وهذا الجهاز في الأصل حاسوب ثم يعطيك الحق في سحب مبلغ من النقود على أن لا يتجاوز السقف المحدد خلال أسبوع، واستبعد استعمال بطاقته في الشراء عبر الإنترنت لعدم توفر أمن مثل هذه المعاملات.

ويثور إشكال قانوني حول زمان ومكان الدفع، فإذا كانت اتفاقية فينا قد جعلت من الاتفاق المرجع الأول لتحديده، فإنه بالنسبة للمكان يمكن أن يكون مقر عمل البائع أو مكان التسليم أما بالنسبة للزمان فيكون وقت وضع البائع البضائع والمستندات التي تمثلها تحت تصرف المشتري، أو بعد أن تتاح له فرصة فحص البضاعة أما بالنسبة لزمان دفع الثمن في التجارة الإلكترونية فيشكل إشكالا قانونيا له آثاره وأهميته بالنسبة لطرفي العلاقة.

وعن أهمية تحديد زمان دفع الثمن، فإنه يمكن القول أنه يتعلق بمدى التراجع عن الدفع عبر الإنترنت، ويفرق في ذلك بين الدفع بواسطة بطاقات الائتمان، وبين الدفع بالوسائل المبتكرة، فأما الدفع بواسطة بطاقة الائتمان فإذا تم عن طريق الوسائل التقليدية، فهو كالدفع بالعملة التقليدية النقدية، لا يجوز الرجوع عنه إلا أنه يجوز الاعتراض على الدفع في حالات بنص القانون كالإفلاس[04](ص125)، أما إذا تم الدفع عبر شبكة الإنترنت فإنه لا يجوز نقض الدفع بحجة وجود أمر فعلي، وذلك بتزامن ظهور الرقم الظاهر على البطاقة مع الرقم السري، إلا أنه إذا تم الدفع بالرقم الظاهر فإنه يجوز نقض الدفع، أما إذا وقّع حامل البطاقة إلكترونيا، فإنه لا يجوز نقض الدفع.

ومرد هذا الاختلاف هو اختلاف الفقه في الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، حيث ذهب الفقه الجنائي أن هذه البطاقات لا تصلح أن تكون شيكات أو نقودا ورقية[16](ص10).

وبشأن الدفع الإلكتروني عن طريق أنظمة الدفع الحديثة فإن المبدأ العام يجيز نقض الدفع في عمليات التحويل وإمكانية التراجع عنها إذا لم تقيد قيمة التحويل في حساب التاجر بمعنى أن العملية لم تصبح نهائية إلا أن البنوك في اتفاقها مع العملاء تؤكد عدم جواز مبدأ نقض الدفع في التحويلات الإلكترونية بحجة أن عملية الدفع الإلكتروني عملية لحظية لا يمكن التراجع عنها[04](ص125).

وبهذا الصدد ذهب البعض إلى أن الوفاء لا يبرئ إلا بالتسليم الفعلي للنقود، أي أن دفع الثمن بالطرق الإلكترونية من طرف العميل ليس نهائيا إلا بعد أن يقوم البنك بسداد قيمة العملية للتاجر، إلا أنه كما سبق الإشارة فإن العلاقات التعاقدية الناشئة عن الدفع الإلكتروني هي علاقات مستقلة عن بعضها البعض، يبرئ كل طرف بأداء ما عليه من التزامات وهذا ما ذهب إليه القضاء الإنجليزي في قضية 1988/7/4 حيث اعتبر أن الوفاء ببطاقة الائتمان نهائي، وأن حامل البطاقة قد اتفق مع البنك على أن يقوم البنك بخصم من حساب الحامل في البنك قيمة الفواتير، وهذا يعني أن الحامل يؤدي الثمن إلى البنك ويقوم البنك بتأديته إلى التاجر، ولا يجوز للتاجر الرجوع على الحامل لأنه يكون بذلك قد أوفى مرتين.

لكن قد يحدث أن يكون وفاء الحامل للبنك لاحقا على قيامه بعمليات الشراء، وذلك في حالات فتح اعتماد، فإن في هذه الحالة يجوز للتاجر في رأينا الرجوع على الحامل إذا أفلس البنك وأثبت عدم دفعه للثمن.

وبعد كل هذا فإن البحث في العلاقات القانونية الناشئة عن الدفع الإلكتروني مشكل قانوني قائم بذاته يحتاج إلى الكثير من البحوث، الذي نأمل أن نكون قد وفينا ولو بما يتعلق بموضوع بحثنا، فهذه النقطة تثير إشكالية مزدوجة، فهي من ناحية إشكالية تقنية متعمقة مرتبطة بانعكاسات التكنولوجيا الحديثة تنبأ باختفاء العملة الورقية فهو عصر جديد ينبثق عنها إشكالية قانونية تتعلق بنقص النصوص القانونية المتعلقة به.

3.1.1.1.2. امن عملية الدفع الالكتروني

في القرن التاسع عشر كانت الثورة الصناعية هدفها إحلال الآلة محل الجهد البشري العضلي، وفي القرن العشرين جاءت الثورة المعلوماتية التي تهدف إلى إحلال النشاط الذهني للإنسان محل الآلة وتطور تبعا لذلك أسلوب إجرام الناس من جرائم مادية إلى جرائم معلوماتية[74](ص61).

ورغم ما تقدم ذكره عن النقود الإلكترونية فإنها ليست خالية من المخاطر ولا بعيدة عن أيدي المجرمين فظهرت السرقة الإلكترونية، وجرائم السطو على أرقام البطاقات الائتمانية[71](ص65)، وغيرها كثير من الجرائم وضعت المبادئ التقليدية لقانون العقوبات في مأزق منها على الخصوص الركن المعنوي، ومبدأ قرينة البراءة الأصلية[75](ص52).

وبما أن عملية الدفع الإلكترونية عملية، مصرفية دولية متعددة الأطراف تتم عبر فضاء مفتوح معلوماتي، مما يغري ضعاف النفوس بالدخول إلى سوق بطاقات الائتمان لتزويرها أو إساءة استخدامها في النصب على التجار والبنوك وتتعدد صور الاعتداء بإساءة استعمال البطاقة من العميل أي حامل البطاقة أو من قبل الغير أو من قبل البنك مصدر البطاقة[19](ص122).

ومن أهم الجرائم المرتكبة في المجال المعلوماتي المتعلق بالدفع الإلكتروني محاكاة المواقع فينخدع الأفراد ويدفعون إلى مواقع وهمية لا وجود لها قانونا، كذلك يوجد التلصص على المعلومات غير المحمية أثناء انتقالها، وجريمة تبديل المحتوى حيث يتم إيقاف رقم الحساب المصرفي وتغييره إلى آخر يعمل المتلصصون على استخدام هذا الرقم كما يمكن أن ينكر العميل العملية أصلا[04](ص128).

ولهذا توفر الدول حماية جنائية لمواقع الإنترنت عموما والتجارة الإلكترونية بأن تجرم الدخول غير المشروع على مواقع الإنترنت، وقد تناول المشرع الفرنسي في قانون العقوبات الجديد هذه الجرائم وخصص لجرائم الاعتداء على أنظمة معالجة البيانات[76](ص46)، الفصل الثالث من الباب الثاني من الكتاب الثالث، كما جرم المشرع الجزائري المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بموجب قانون04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 .

والملاحظ أن هذا القانون انه لم يجرم الفعل مباشرة، وإنما جرم الناتج عن الجريمة، بحيث يربط الفعل بنتيجته، فالفعل غير مجرم إلا إذا كان ما نتج عنه جريمة وفقا لهذا القانون، كما أفرد المشرع التونسي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الباب السابع، الذي نص فيه على المخالفات والعقوبات المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية في إحدى عشر فصلا.

وحتى وإن كان الفعل لا يشكل جريمة في القوانين فإنه إلى جانب الحماية الجنائية السالفة الذكر توجد حماية فنية وقائية لتوفير الثقة بين المتعاملين وضمان فعالية تلك الوسيلة في الدفع لتسيير وازدهار التجارة الإلكترونية، ويكون ذلك عن طريق البطاقات الذكية والتشفير ووسائل أخرى[77](ص238)، وعن طريق التحويلات المالية الآمنة وفقا لبروتوكول الحركات المالية الآمنة[71](ص46).

كما يلجأ المتعاملون في مجال التجارة الإلكترونية إلى شهادات التوثيق وهي هنا ملفات مخزنة داخل جهاز خدمة الواب الذي يستخدمه العميل، وتسجل عادة بواسطة طرف ثالث، حيث تتشاور هذه الملفات مع برنامج التصفح الذي يستخدمه العميل للتأكد من أن الموقع الذي دخله هو الموقع الصحيح، كما يمكن استخدام هذه التقنية للتأكد من هوية مستخدمي الشبكة سواء أكان من الداخل أم من الخارج، وتوجد عدة هيئات عاملة في هذا المجال منها جمعية الاتصالات المالية بين المصارف على مستوى العالم swift.

في آخر هذا المطلب نكون قد اقتربنا من تأثير وسائل الاتصال الحديثة في الحياة عموما وفي القانون خصوصا، ويظهر ذلك جليا في اختفاء، في عصر قريب العملة الورقية واستبدالها بالعملة الإلكترونية، إعلانا عن ميلاد الاقتصاد الرقمي[78](ص208)، الذي يعتمد في أحد ركائزه على الصيرفة الإلكترونية، والتي مازال النظام المصرفي الجزائري في مجالها في بدايته رغم العدد الهائل من البرامج والمشاريع المعدة التي لم تر النور بعد.

2.1.1.2. تسليم البضاعة وأداء الخدمة

إن التسليم هو أحد الالتزامات التي تقع على عاتق البائع، حيث يكون تسليم المبيع تنفيذا لعقد البيع فهو محوره الذي تدور حوله كافة الالتزامات، ويعرف الالتزام بتسليم المبيع بأنه وضعه تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق، ولو لم يتسلمه ماديا مادام البائع قد أعلمه بذلك، ويحصل هذا التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، وقد يتخذ التسليم أشكالا مختلفة بحسب طبيعة المال المباع، والقاعدة العامة هي أنه يجب أن يكون في مقدور المشتري حيازة المال حيث أن التسليم هو تنفيذ لعقد البيع[22](ص367)، وللتسليم أحكامه وصورة فإما أن يكون قانوني أو حكمي[22](ص549)، ويجب أن يسلم المبيع بحالته ومقداره وملحقاته[64](ص128).

لكن يثور التساؤل في عقود التجارة الإلكترونية عن كيفية تسليم البضاعة وأداء الخدمة ثم زمان ومكان التسليم وما يثيره من إشكالات وما يرتبه من آثار، ثم نناقش مسألة جزاء عدم التسليم.

1.2.1.1.2. كيفية تسليم البضاعة وأداء الخدمة

يلاحظ أن تشريعات التجارة الإلكترونية أو المعاملات أو المبادلات الإلكترونية لم تنظم إلا العقود التي محلها تقديم سلعة أو أداء خدمة فقط، فهي تنظم أحكام بعض عقود المبادلات أو المعارضات كعقد البيع وعقد المقاولة، ففي عقد البيع يلتزم البائع بتقديم سلعة إلى المشتري، وفي عقد المقاولة يلتزم المهني بتقديم معلومة أو مشورة على شبكة الإنترنت[09](ص115)، إلا أن هذا لا يحول دون انعقاد باقي العقود إلكترونيا بل كما سلف ذكره العبرة بالوسيلة المستخدمة في إبرام العقد.

ويلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري وفق اتفاق بينهما على اعتبار أن صفقات التجارة الإلكترونية من قبيل التجارة الدولية حيث تتم عبر الحدود من خلال شبكة أجهزة الاتصال الحديثة[04](ص72)، وفي

هذا ذهبت المادة 30 من اتفاقية فينا حول بيع البضائع الدولية لسنة 1980 إلى أنه يجب على البائع أن يسلم البضائع والمستندات المتعلقة بها وأن ينقل البضائع على النحو الذي يقتضيه العقد وهذه الاتفاقية.

وفي حالة كون العقد مبرم إلكترونيا فإن التسليم إما يكون وفق الطرق التقليدية أو يكون عبر الخط في حالة شراء الكتب إلكترونيا مثلا[35](ص103)، بأن يتم التسليم عن طريق إنزاله مباشرة عن طريق الشبكة.

ويكون التسليم وفق الطرق التقليدية بأن يرسل عبر البريد أو يسلم إلى الناقل، حيث حرصت العقود المتداولة على تنظيم مسألة التسليم فينص البند 12 من عقد infonie تحت عنوان تسليم السلع على أن : يتم تسليم السلع في موطنك أوفي عنوان أخر تختاره في الإقليم الفرنسي. وتذكره في طلبك، ولن تتحمل بأية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا[35](ص101).

وقد واجهت الشروط الخاصة بأحد المراكز الأمريكية Cdnow بعض الصعوبات البريدية والتي قد تسبب بعض التأخير بالنص على أنه: " يتوقف تسليم أغلب الطلبات التي يكون محلها ثلاث قطع أو أقل على ظروف خدمة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الطلبات التي تتضمن أربع قطع أو أكثر أو التي تكون قيمتها مائة دولار أو أكثر فسوف نرسلها لكم بالبريد السريع، وقد نقدم لكم خدمة البريد السريع اختياريا إذا كانت متاحة لنا بمقابل زهيد، وذلك بالنسبة للطلبات التي تتضمن ثلاث قطع أو أقل".[35](ص102).

كما أنه يكون التسليم إلكترونيا كما أشرنا سالفا، إذ سمحت التقنية بذلك، لكن هذا النوع من التسليم يثير مسألة الجمارك على الحدود، وهي مسألة حساسة تتعارض فيها مسألتان: مسألة عالمية شبكة الاتصالات والعولمة التجارية، ومسألة الحدود الجغرافية لكل دولة التي تعتبر الجمارك موردا من موارد الميزانية.

وفي الحقيقة لم تواجه التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية هذه المسألة ونعتقد أنها مسألة فنية تقنية سوف تجد لها التقنية الحديثة حلولا، وهذا لا يكفي بل يجب علينا تطوير تشريعاتنا الجمركية بما يستوعب مثل هذه المسائل المستحدثة.

ويتم التسليم إلكترونيا، وذلك عند التعاقد على شراء أشياء ذات كيان معنوي كبرنامج الكمبيوتر وسماع قطعة موسيقية ومشاهدة فيلم سنمائي، فيتم التسليم من قبل البائع، إذ قام البائع بتمكين المشتري من تحميل برنامج الكمبيوتر على القرص الصلب الخاص به، وكذلك إذا قام البائع بعرض الفيلم السنمائي على الشبكة، ومكن المشتري من مشاهدته[09](ص122).

وقد ثار في إنجلترا جدل حول الطبيعة القانونية للعقد المبرم بشأن بيع برنامج الكمبيوتر المسجل على قرص، حيث ذهبت محكمة الاستئناف إلى اعتبار بيع القرص يندرج ضمن بيع البضائع بينما برنامج الكمبيوتر ذاته لا يعد كذلك لأنه إنتاج ذهني وحق من حقوق الملكية الفكرية[32](ص61)، لصاحبه، لكن الفقه انتقد هذه التفرقة باعتبارها غير منطبقة باعتبار أن البرامج التي تباع على شكل أقراص تعد بضائع والبرامج التي تباع على الخط مباشرة تعد خدمة أي إخضاع نفس الشيء لتكييفين قانونيين مختلفين، في حين ذهب القضاء الاسكتلندي إلى اعتبار العقد بيع من طبيعة خاصة، فالعقد يعد عقدا مركبا لشراء منتج مركب يتكون من الوسيط والخدمات.

وتكمن أهمية التفرقة في أنه إذا كنا أمام عقد بيع فإن التسليم يتم كما أسلفنا ذكره، أما إذا كان عقد تقديم خدمة فإننا نكون أمام عقد مقاولة[16](ص8-ص10)، حيث يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يضع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر[79](ص4)، فيثور التساؤل إذا كان موضع العقد تقديم خدمة معينة كاستشارة طبية أو هندسية أو قانونية، فهل يمكن تسليمها ؟ والحقيقة ولأنها سلع غير مادية فيمكن تسليمها حكميا، كما لو صيغت الاستشارة الطبية أو القانونية في صورة مكتوبة وتم إرسالها إلى البريد الإلكتروني للمشتري.[30](ص220).

كما نشير أنه في بعض العقود الالتزام بتقديم خدمة يعد التزام مستمر، كالالتزام بالإعلان[22](ص281)، فغالبا ما يستمر هذا الإعلان فترة من الزمن، لذا تضل للالتزام بالتعاون أهميته لحسن تنفيذ العقد والوصول إلى الغرض المنشود، وعموما فإن الالتزام بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من بنود العقد أو طبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية[09](ص125)، ولا تبرأ حينها ذمة مقدم الخدمة إلا بتحقيق النتيجة، وليس بأداء العمل المطلوب.

2.2.1.1.2. زمان ومكان التسليم

بالنسبة لتحديد زمان التسليم فإن المشرع الجزائري أوجبه فور ترتيب الالتزام في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، وللقضاء منح أجل للوفاء في ظروف معينة[33](ص31).

لكن في نطاق التجارة الدولية يكون لقاعدة التنفيذ الفوري معنى مختلفا عن البيوع الداخلية من جهة، كما يختلف الأمر تبعا لطبيعة البضاعة نفسها، حيث تعطي التطبيقات التجارية الدولية للبائع فرصة للتسليم في البيوع الدولية تجاوزا لقاعدة التنفيذ الفوري، حتى ولو نص عليها العقد فيها بين أطرافه، فنماذج بيع الحبوب تحدد هذه المدة عندما يكون التنفيذ فوريا بستة أيام عمل من تاريخ إبرام العقد[04](ص75).

وفي هذا ذهبت اتفاقية فينا حول البيوع الدولية للبضاعة، أنه يمكن تحديد تاريخ التسليم من خلال العقد أو خلال مدة معقولة من انعقاد العقد[84](ص167)، وينطبق هذا أيضا بشأن الصفقات التي تبرم إلكترونيا، حيث أن طبيعة السلعة تحدد المدة التي يتم التسليم فيها، رغم أن اتفاقية فينا يصعب تطبيقها في المجال الإلكتروني عموما، وهذا ما يدفع البعض بالمناداة بتعديل أحكامها مع ما جد من تطورات.

ويذهب العقد النموذجي الفرنسي إلى ضرورة تحديد تاريخ التسليم، حيث اقترح هذا العقد أن يتم التسليم خلال ثلاثين يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة[22](ص167)، وإذا كان العقد من العقود المحددة المدة فقد نصت الفقرة التاسعة من البند الرابع على ضرورة تحديد مدة العقد، سواء كان موضوع التزويد سلعة أو خدمة.

وبالنسبة لمكان التسليم فإن المادة 282 من القانون المدني تنص على أنه إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك، أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أوفي

المكان الذي يوجد فيه مركز مؤسسته إذا كان الالتزام متعلق بهذه المؤسسة، فإذا كان الشيء المبيع واجب التصدير إلى المشتري، فإن التسليم لا يتم إلا في حالة وصوله إلى المشتري[64](ص139)، إلا إذا وجد اتفاق يخالف ذلك فيكون هو الواجب التطبيق.

وبشأن عقود البيع الدولية فإن اتفاقية فينا لسنة 1980 تمنح حلولا احتياطية لتحديد المكان إذا لم يحدد في العقد[22](ص367)، والمقصود مكان التسليم، حيث أن الأصل فيه أن يحدد وفق اتفاق الطرفين فإذا لم يحدد وفق الاتفاق فإن الالتزام يكون على النحو المحدد في المادة 31 من الاتفاقية.

وبالنسبة للعقود الإلكترونية فإن العقود المتداولة حرصت أن تورد من بين بنودها ما يحدد مكان التسليم، فجاء في البند 12 من عقد infonie :"يتم التسليم في موطنك أوفي أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي، وتذكره في طلبك، ولن نتحمل أي نفقات من أجل التسليم إلا نفقات التصدير المذكورة سالفا"[35](ص102)، لكن أين يتم تسليم السلع غير المادية ؟.

لا يمكن أن يتصور في مكان غير موطن المشتري، وعلى حاسوبه الشخصي مثلا أو هاتفه النقال، حيث لا تعدوا أن تكون هذه البضائع إلا في شكل رسائل بيانات تنتقل بين أجهزة
إلكترونية في فضاء مفتوح، وعلى هذا لا يمكن تصور أن التسليم تم إلا إذا وصلت إلى نظام المعلومات الخاص بالمشتري وهذا تجنبا المخاطر التقنية في نقل المعلومات وأساس هذا أن البائع ملزم بنقل الملكية والمحافظة عليها حتى التسليم[22](ص281).

2.2.1.1.2. جزاء عدم التسليم

يعتبر البائع مخلا بالتزامه بالتسليم، في حالة امتناعه عن التسليم أو إذا سلم المبيع في غير الحالة التي كان عليها وقت انعقاد العقد، أو في حالة تأخره في التسليم عن الميعاد المتفق عليه أو الذي يحدده القانون، وكذلك في حالة ما يصر البائع على تسليم المبيع في غير المكان المتفق عليه، فيكون للمشتري وفقا للقواعد العامة أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني أو أن يطلب فسخ العقد، مـــع احتفاظه بحقه في التعويـض[64](ص141).

فإذا كان من السهولة فسخ العقد المبرم إلكترونيا فإنه يلاحظ أن التنفيذ العيني عند التعاقد عبر الإنترنت يكون فيه صعوبة كبيرة حيث أن كل من البائع أو المشتري غالبا ما تفصل بينهما مسافات كبيرة، لذلك فإن التنفيذ العيني على البائع غير متصور في هذه الصورة من صور التعاقد[09](ص124)، خاصة عندما يتعلق الأمر بسلعة غير مادية.

وتعالج العقود الإلكترونية مسألة عدم التسليم أو التأخر فيه أو تسليم مبيع غير مطابق، فورد في أحد العقود بند ينص على أنه إذا حدث وكانت السلعة تالفة عند تسليمها لك فعليك أن تسلم تحفظا مكتوبا لمن سلمها إليك، وعندئذ سنلتزم بحل مشكلتك على أكمل وجه، كما جاء في نفس العقد أنه في حالة عدم مماثلة

المال المسلم أو الخدمة المؤداة لما ورد في العرض يلتزم البائع باستدراك ذلك أو يرد ما دفعه العميل[04](ص82).

ونجد أن التزام البائع بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة ومن ثم يعتبر البائع مخلا بالتزامه إذا لم يسلم للمستهلك المبيع، حتى ولو كان ذلك راجعا لسبب أجنبي، فتثور هنا مسؤولية البائع عن هلاك المبيع في فترة التسليم وبعد العقد.

ويبدو أن هذه الفكرة في مجال التجارة الإلكترونية غير مستساغة فالبائع الذي يرسل كتابا إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت تنفيذا لالتزامه بالتسليم يكون قد أدى ما عليه، لكن الكتاب لا يصل إلى المشتري بسب عملية قرصنة أو عطب في شبكة الاتصالات، فلا يمكن لأحد أن ينكر مبدأ قيام المسؤولية بالنسبة لمقدمي الخدمات الوسيطية[19](ص191)، ولن يراود هؤلاء أي أمل في الإعفاء من المسؤولية.

ويثور التساؤل حول مدى ملاءمة إصدار تشريع لتقنين المسألة أم ترك الأمر للقواعد العامة على الأقل إلى حين استقرار الأوضاع ووضوح الرؤية وأبعاد المشكلة التي تتسم بسرعة وتعذر تحديد الأدوار فيها[19](ص188)، وفي هذا الوضع الأكيد أن الملكية تظل للبائع إلى حين انتقالها إلى المشتري لأن الملكية يحكمها مبدأ الديمومة، ولا مناص من تطبيق القواعد العامة، فتكون تبعة الهلاك على البائع قبل التسليم ولو كان ذلك راجع لسبب لا يد له فيه[22](ص369)، أما إذا أعذر البائع المشتري بتسليم المبيع وتعنت المشتري دون مبرر فإن تبعة الهلاك تكون على المشتري.

3.1.1.2. الالتزام بالضمان

يولد عقد البيع إلى جانب التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري، التزاما آخر بضمانه له، أي ضمان ملكية والإفادة منه بطريقة هادئة وكاملة وينشأ الالتزام بالضمان عن كل العقود الناقلة للحق بعوض كالمقايضة والشركة ويوجد أيضا في عقد الإيجار والعارية وعقد المقاولة[19](ص105)، ويشمل الالتزام بالضمان، العيوب الخفية والصلاحية التعرض والاستحقاق[85](ص34)

1.3.1.1.2. ضمان العيوب الخفية

لم تعرف قوانين الدول العربية عدا القانون العراقي هذا العيب بذاته، وإنما اكتفت ببيان آثاره وما يترتب على اكتشافه[87](ص45)، وعرفه القانون العراقي بأن العيب الخفي هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح إذا كان الغالب في أمثال المبيع عدمه.....".

أما المشرع الجزائري فعلى غرار باقي التشريعات العربية والأجنبية لم يعط تعريفا للعيب الخفي، لكن يمكن استنتاج شروطه من نص المادة 379 قانون المدني، حيث يشترط أن يكون العيب قديما أي وقع قبل التسليم لا قبل انعقاد العقد، وأن يكون خفيا يحتاج لخبرة لاكتشافه وأن يكون مؤثرا بأن لو علم المشتري به لما أمضى العقد، وهذا ما يتضمن شرطا آخر وهو عدم علم المشتري به، وقد عرفت محكمة النقض

المصرية العيب الخفي: "الآفة الطارئة التي تخلوا منها الفطرة السليمة للجميع"، وقد أخذ بعض الفقه بهذا التعريف.[03](ص111).

وفي مجال عقود التجارة الإلكترونية تحرص العقود المتداولة على حق العميل في الضمان وعلى أنه يتمتع بضمان اتفاقي إلى جانب الضمان القانوني، وهو ما نصت عليه شروط المركز التجاري infonie حيث ورد في بندها العاشر بعنوان الضمانات الاتفاقية أن المستهلك يتمتع بالضمانات التي ارتضاها صانع المنتجات، وذلك وفقا للشروط الأساسية لهذا الضمان والتي تذكر على الشبكة مصاحبة لوصف المنتجات»، كما حرص البند الحادي عشر بعنوان الضمان القانوني على النص على أنه : "لا يجوز للشروط الخاصة بالضمانات الاتفاقية أن تخفض أو أن تلغي الضمان المقرر قانونا بشأن العيوب الخفية"[35](ص107).

ومن هذا يمكننا القول أن القواعد العامة في العيب الخفي يمكن أن تطبق في مجال التجارة الإلكترونية إلا أن المسألة هنا ذات صعوبة خاصة، حيث أنه كيف يمكن اعتبار عدم اشتغال الحاسب يعود إلى عيب خفي في البرنامج وليس إلى خلل طارئ نتيجة سوء استعمال وأن العيب قديم فعلا، إلا انه يمكن التغلب على هذه المسألة الفنية الدقيقة جدا، بافتراض أن البائع الإلكتروني هو بائع محترف يفترض علمه بعيوب المبيع[30](ص64)فيترتب عليه إعلام المشتري بها[22](ص386).

2.3.1.1.2. ضمان الصلاحية

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فيها فعلى المشتري أن يعلم البائع في أجل شهر من يوم ظهوره وأن يرفع دعواه في مدة ستة أشهر من يوم الإعلام. كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[89](ص45)، وعدم الصلاحية هي جعل الشيء لا يقوم بوظيفته المرجوة منه على نحو أكمل.

ونلاحظ أن القانون عندما نظم هذا الضمان جعله ذو طابع اتفاقي محض[117](ص ص06-07)، سواء في نشأته أو في مضمونه حيث يجوز الاتفاق على مخالفته، عندما نص في آخر المادة 386 قانون مدني جزائري أنه كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه.

ونظرا لانتشار بيع الآلات والأجهزة الحديثة التي غالبا ما يجد المشتري معها نفسه عاجزا عن فهم مكوناتها قلقا إزاء تعطلها وصلاحيتها للعمل وتستغل شركات الإنتاج والتوزيع هذا القلق فتقدم له هذا الضمان، والذي يتميز بطابعه الاتفاقي كما أشرنا الأمر الذي يسمح له بالتواجد في جميع العقود سواء بيع أو إيجار أو مقاولة، وبصدد أي منتج أو سلعة أو خدمة.

ونشير أن ضمان الصلاحية هو صورة من صور زيادة الضمان بالاتفاق[64](ص184)، يقوم إلى جانب ضمان العيوب الخفية ويمكن اللجوء إلى أي منها إذا توافرت شروطه ويتميز هذا الضمان عن القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية التي لم تعد تسعف في تقرير حماية لمستهلك الأجهزة والآلات والخدمات الحديثة المعقدة، حيث يصعب إعمال هذه القواعد من خلال إثبات شروط العيب الخفي فغالبا ما يتعذر على

العميل أمام الطبيعة المعقدة للمنتجات والخدمات، إثبات طبيعة الخلل ومعرفة أسبابه فضمان الصلاحية يقيم قرينة لصالح المشتري على أن الخلل راجع إلى وجود عيب في السلعة أو الخدمة ومن ثم يقع على البائع عبء إصلاحه[19](ص111).

3.3.1.1.2. ضمان عدم التعرض والاستحقاق

يضمن البائع للمشتري التعرض في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه، سواء أكان التعرض من فعله أومن فعل شخص آخر، حيث نصت المادة 371 قانون مدني: "يضمن البائع للمشتري عدم التعرض في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه".[19](ص110).

ووفقا لهذا النص يضمن البائع التعرض الشخصي القانوني والمادي الكلي والجزئي، المباشر وغير المباشر كما يضمن التعرض القانوني الصادر من الغير ولا يقتصر هذا الضمان على عقد البيع بل ينطبق كذلك على الإيجار والمقاولة، ومن ثمة يمكن أن يجد مجالا لتطبيقه في المعاملات الإلكترونية.[34](ص94).

ولعل مثال التعرض الشخصي هو ما حدث في والولايات المتحدة الأمريكية في 16-10- 1990، حيث أن أحد الشركات المتخصصة تعاقدت مع شركة أخرى تعمل في صناعة برامج الحاسب الآلي وتوزعها على أن تقوم الثانية بإنتاج برنامج حاسب يتحكم في توزيع الإنتاج والمبيعات لحساب الأولى، وفي التاريخ المذكور آنفا فوجئت الشركة المستخدمة بشلل كامل في نظام الحاسب واستمر ثلاثة أيام وأدى ذلك إلى أضرار جسيمة تمثلت في تعطل مئات من العمال عن العمل وتأخرها عن الوفاء بالتزامات تجاه العملاء وأثبتت التحقيقات وتقارير الخبراء أن صانعة هذا البرنامج كانت زرعت فيروسا في البرنامج المنتج لحساب الشركة المستخدمة أثناء مرحلة صناعة هذا البرنامج، فلما تأخرت الشركة المستخدمة بالوفاء قامت الشركة الصانعة بتنشيط الفيروس مما أدى إلى شلل وحدوث الضرر.

ويثور في هذه الحالة إشكال حول نوع هذا التعرض هل هو مادي أو قانوني؟ فإن كان من الواضح نفي صيغة التعرض القانوني عن التعرض بالفيروس، فإنه لا يمكن اعتباره ماديا لأن هذا العمل غير مادي والفيروس كيان غير ملموس، وحتى التجارة الإلكترونية مجالها فضاء غير مادي، وهو أحد التحديات القانونية التي تفرضها هذه التجارة، وهي أحد مشاكل هذا البحث.[02](ص83)

ومن أمثلة التعرض الصادر من الغير، كمن يقوم بتأجير برنامج معلومات فيتعرف مؤلف البرنامج على أن المؤجر ليس له سوى حق الاستعمال الشخصي[19](ص112)، وهذا تعرض من الغير بتوفر شروطه بأن يقع التعرض فعلا، وهو تعرض قانوني، وحق الغير الذي يدعيه سابقا على حق المشتري.

وفي هذا يمكننا الإشارة إلى أن هذا النوع من التعرض يعد من ناحية أخرى صورة من صور التحديات القانونية التي تفرضها التجارة الإلكترونية والتقنية الحديثة، وتأثيرها في مجال حساس هو مجال حقوق الملكية الفكرية، مع الإشارة إلى صعوبة حماية الملكية الفكرية في المجال الإلكتروني مثل حماية العلامات التجارية والنماذج وغيرها.

هذا ونجد أن هذا التعرض في المجال الإلكتروني هو نوع من أنواع التعرض لم يخطر من قبل على بال الفقه، ولم ينظر القضاء مثله من قبل وهو التعرض عن بعد باستخدام الفيروس لتعطيل الحاسب الآلي، فهل يمكن تطبيق الأحكام التقليدية لضمان التعرض للمشتري[34](ص95)، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار الانتشار السريع للفيروس وقدرته الكبيرة على تخريب البرامج ولا يمكن معه استرجاع بعض الملفات المخربة إلى الأبد، مما ينجم عنه أضرار معنوية ومادية جسيمة قد تؤدي إلى انهيار المركز التجاري لشركة بسبب فيروس، حيث قدرت الخسائر الناجمة عن استعمال الفيروسات في الو.م.أ من 3-5 ملايين دولار.

ومن استعراضنا المعطيات السابقة نجد أن موضوع ضمان التعرض في مجال التجارة الإلكترونية له خصوصية مما يجعل معها تطبيق القواعد العامة، أمر من الصعوبة بما كان حيث للتعرض صور مختلفة وغريبة ولا تستوعبها النصوص الحالية، كما يتصل هذا التعرض بموضوعات قانونية متناثرة لها انعكاساتها عليه، هذا وفي اعتقادنا يجعل ضرورة تجريم مثل هذه الأفعال نظرا لما تسببه من أخطار وقد تؤدي إلى القتل أحيانا فكيف يمكن اعتبار شاب مراهق تسلل إلى برنامج مطار وقام بإطفاء الأصوات، الأمر الذي يؤدي إلى تحطم الطائرات عند هبوطها، فبقدر ما قدمت لنا التكنولوجيا حلولا سريعة لمشاكل كثيرة، بقدر ما صنعت لنا مشاكل جديدة ومعقدة.

2.1.2. حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية

الاستهلاك والمستهلك مسميات جاءتنا من علم الاقتصاد وأصبحت تشكل اليوم جزءا لا يتجزأ من لغة القانون[89](ص03)، وأصبح موضوع حماية المستهلك يشكل محورا هاما في تفكير رجال القانون، فدرجت التشريعات على تقنين هذا الموضوع ومنها المشرع الجزائري[90](ص89).

ومن العوامل التي ساعدت على ظهور حركة حماية المستهلك، الثورة الصناعية وتحول طرق الإنتاج التي تسببت في اندفاع أساليب الحياة إلى النمط المادي، مبتعدة عن النمط الإنساني في التعامل[91](ص 24)، مما زاد في الإنتاج فدفع ذلك المنتجين إلى استعمال طرق الدعاية والإعلان بشكل مكثف دون مراعاة لمصالح المستهلك المادية والمعنوية وحتى الصحية.

ونظرا لكون العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد، فإن هذه السمة لا تسمح للمستهلك الإلكتروني بفحص المنتوج ولا لتدبر أمره في روية لهذا فان المستهلك الالكتروني يجب أن يحظى بحماية خاصة تجعله يتمتع بحقوق إضافة إلى ما يتمتع به المستهلك العادي[92](ص01)، وتمتد الحماية عبر كل مراحل العقد من قبل إبرامه إلى ما بعد تنفيذه، فيحمى من الإعلانات الكاذبة والمضللة واللا أخلاقية ويحمى رضائه من

العيوب كما يحمى في مرحلة ما بعد العقد عن طريق خدمات ما بعد البيع مثلا، وعلى ذلك نتعرض للمفهوم العام لحماية المستهلك، ثم نخص أهم حقوقه بمطالب مختلفة مستقلة، الحق في الإعلام والحق في الرجوع.

1.2.1.2. المفهوم العام لحماية المستهلك الإلكتروني

لا شك أن ازدهار التجارة الإلكترونية ونموها يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني للمعاملات الإلكتروني وقدرته على توفير الثقة للمتعاملين به، بصفة عامة والمستهلك الإلكتروني بصفة خاصة[07](ص329)، حيث أدى استخدام وسائل الاتصال الحديثة لإبرام العقود والإعلان عن السلع إلى تزايد الضغوط على المستهلك لمحاولة جذبه وإغرائه بالدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية، لهذا كان لزاما على التشريعات توفير حماية كافية للمستهلك، وقبل هذا حري بنا أن نلقي نظرة بسيطة على مفهوم المستهلك.

1.1.2.1.2. مفهوم المستهلك في التجارة الإلكترونية

من الموضوعات التي احتدم الخلاف حولها موضوع تعريف المستهلك فيتنازع تعريف المستهلك اتجاهان : اتجاه موسع واتجاه مضيق[93](ص36)، فالاتجاه الموسع يرى أن المستهلك كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك ويكون بذلك تعاقد المهني للحصول على سلعة وحاجات لا تتعلق بمهنته كطبيب يشتري كمبيوتر لعيادته، ذهب البعض إلى أنه يعد في هذه الحالة مستهلكا ويستفيد من الحماية[04](ص132)، أما الاتجاه المضيق فيرى أن المستهلك كل شخص يتعاقد بقصد إشباع حاجاته الشخصية والعائلية وعلى ذلك لا يكتسب صفة المستهلك من يتعاقد لأغراض مهنته أو مشروعه.[93](ص08).

ونجد عدة معايير للتمييز بين المستهلك والمهني، فقد ساد معيار الاختصاص في البداية ثم حل محله معيار الصلة المباشرة وكشف قضاء محكمة النقض على أن المحترف هو من يبرم تصرفا للوفاء باحتياجات مهنته أما إن خرج التصرف عن مجال تخصصه البحت فإنه يكون بمثابة مستهلك غير خبير، ثم تبنت هذه المحكمة تعريفا أضيق بإعمال معيار الصلة المباشرة، فصاحب مصنع الأدوية الذي يتعاقد على شراء برنامج معلومات لإدارة مصنعه لا يعتبر مستهلكا أما إن اشترى البرنامج لأولاده بالمنزل فإنه يعتبر مستهلكا[19](ص139).

ولقد اهتم الاتحاد الأوروبي بالمستهلك ضمن مجمل اهتمامه بالتجارة الإلكترونية وذلك في محاولة وضع إطار عام للدول الأوروبية من أجل توفير حماية قانونية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية[67](ص25)، ولهذا فقد صدر التوجيه الأوروبي رقم 7/97 في ماي1997[94](ص97) ويتعلق هذا التوجيه بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، وقد عرف هذا التوجيه المستهلك: "كل شخص طبيعي يبرم عقدا من تلك التي تخضع لهذا التوجيه لأغراض لا تدخل في مجال نشاطه المهني".

أما المشرع الفرنسي والذي أصدر عدة قوانين تتعلق بحماية المستهلك، وقد قام بتجميعها والتنسيق بينها في مجموعة واحدة تحت مسمى تقنين الاستهلاك الذي صدر بها القانون رقم949-92 في 26 مايو1999[87](ص97)كما تم صياغة العقد النموذجي الفرنسي بين التجار والمستهلكين[95](ص02)،

وهو كما يدل عليه اسمه عقد يحكم العلاقة بين المهنيين والمستهلكين، وحرص البند الأول من العقد تحت عنوان المحل على تأكيد ذلك ومن ثم لا يسري هذا العقد على التعاقد بين المهنيين أو بين غير المهنيين فقط.

ومن الأهمية بما كان أن نشير أن المشرع الفرنسي على وجه الخصوص والأوروبي على وجه العموم اعتنقا المفهوم الضيق، حيث يظهر ذلك بصفة واضحة من خلال استقراء نصوص مواد القوانين ذات الصلة بالموضوع[91](ص40)، إلا أننا نجد اجتهادا قضائيا فرنسيا يتعلق بضمان العيوب الخفية خرج عن هذا المفهوم معتبرا المستخدمين المهنيين كالمشترين الجهلة أي أنهم يدخلون دائرة المستهلكين[04](ص132)، ويتمتعون بالحماية الممنوحة لهؤلاء.

أما التشريعات العربية فلم تهتم بدرجة كافية بالمستهلك، فإنها لم تأت بتعريف للمستهلك وعلى غرار ذلك سار المشرع الجزائري في قانون 89-02، إلا أن المادة 09/02 من المرسوم التنفيذي 39/90 المؤرخ في 30 جانفي 1990 المتعلق بمراقبة الجودة وقمع الغش أوردت تعريفا: "المستهلك، كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لحاجاته الشخصية أو حماية شخص آخر أو حيوان يتكفل به". وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الواسع وهو ما نستشفه من كلمة الوسيطي.

ويمكن في الأخير تعريف المستهلك كما عرفه أستاذنا العيد حداد بأنه الشخص الذي يستعمل السلع المختلفة سواء للاستهلاك النهائي أو الوسيط، سواء تعلق الأمر بسلعة استهلاكية أو استثمارية، سواء أكان هذا الاستعمال عن طريق الشراء أو التأجير أو بالمجان ودون أن تكون له القدرة الفنية في ذلك، وهو الذي يطلب وتقدم له الخدمات المختلفة، سواء بمقابل أو بدون مقابل، سواء أكانت هذه الخدمات مقدمة من الدولة بمختلف فروعها أومن المهنيين بفئاتهم المختلفة أومن أي جهة أخرى[91](ص194).

وبالعودة لنصوص القوانين العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نجدها خالية من تعريف المستهلك ونعتقد أن الحجة في ذلك أن التعريف ليس من اختصاص المشرع حتى يستطيع أن يواكب متغيرات العصر ولا يقيد نفسه بتعريف ملزم، ومع ذلك في بعض التشريعات الإلكترونية[26](ص25)، مواد تمنح حقوقا وتكفل نظام حماية للمستهلك الإلكتروني على غرار ما هو جاري العمل به في التشريعات الأوروبية.

بقي أن نقول في الأخير أن المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية هو المتعامل في نطاقها، وهو ذاته المستهلك في عملية التعاقد التقليدية، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية، مؤدى ذلك أن له كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن عقده يتم بوسيلة إلكترونية[17](ص25).

2.1.2.1.2. حماية المستهلك في القانون المقارن وعلى المستوى الدولي

إن فكرة حماية المستهلك ليست بالفكرة الحديثة على التشريعات الوضعية، بل هناك كثير من التشريعات المختلفة التي اهتمت بتوعية المستهلك وتنوير إرادته قبل إبرام العقد وحماية حقوقه أثناء وبعد إبرامه للعقد، كما أنشأت جمعيات تهدف إلى تحقيق هذه الحماية.

ولعل ظهور أول حركة تنادي بحماية المستهلك كان في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1899 كمرحلة اجتماعية لمحاربة الغلاء والتضخم ورداءة النوعية[91](ص56)، وقد مرت حماية المستهلك بعدة مراحل كانت البداية فيها عشوائية خلقتها الظروف الاقتصادية والاجتماعية السيئة التي مر بها المستهلك إلا أنه مع بداية الستينات أجبرت الحكومات المتتابعة على الالتزام بزيادة العناية القانونية لحماية المستهلك، الأمر الذي أدى إلى تضافر جهود كل الأطراف إلى إصدار تشريعات أكثر فعالية لأحكام الرقابة على الإنتاج وطرق التوزيع والضمان، والإعلان والصيانة وهو ما أدى إلى تعميق الوعي بقضايا المستهلك[91](ص ص32-ص59).

أما في فرنسا، حيث اهتم المشرع بالمستهلك وأصدر العديد من القوانين ذات الصلة بالموضوع وقام بجمعها وتنسيقها كما سبق الإشارة إلى ذلك في قانون واحد سمي تقنين الاستهلاك والذي يعد نموذج يحتذى به في مجال كفالة الحماية للمستهلك ولا يتردد البعض عن تسميته بالنظرية القانونية لحماية المستهلك[07](ص337)، وتضمن هذا القانون نصوصا تتعلق بحماية المستهلك وإعلامه وتنظيم جمعيات المستهلكين[89](ص10)، وتطابق وأمان المنتجات والخدمات.

وعلى المستوى الوطني فقد أصدر المشرع الجزائري القانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، ضمنه قواعد ونصوص مواد أسند فيها كيفية ممارسات الحقوق إلى التنظيم الذي صدر لاحقا، في شكل ترسانة من المراسيم التنفيذية[96](ص13).

كما أن المشرع الجزائري كفل للمستهلك حماية خاصة من الإشهار المضر، فوضع جملة من الالتزامات على عاتق المهني تتمحور في ثلاثة عناصر:

- ضرورة إعلام المستهلك من خلال الرسالة الإشهارية.
- ضرورة احترامه للآداب العامة، وتجنب ورود رسائل إشهارية مخلة بالحياء
- ضرورة حصول المهني على ترخيص مسبق ليتمكن من بث بعض الإشهارات[97](ص24).

لكن لنا أن نتساءل هل تكفي هذه الحماية الواردة في قوانين متناثرة لتوفير حماية أكيدة للمستهلك في عالم التقنية وسرعة الإنتاج وتنوعه وتشابهه؟، وهل هي كافية كذلك في مجال التجارة الإلكترونية؟.

قبل الإجابة على هذا التساؤل لنا أن نورد أنه في مجال القوانين الصادرة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نجد أنها انطوت على نصوص خاصة بحماية المستهلك، ونضرب لذلك مثال يتعلق بقانون التجارة الإلكترونية للوكسمبورغ[07](ص237)، ومن أهم ما جاء في هذا القانون إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالمورد وبمواصفات السلع والخدمات والعملة التي يتم بمقتضاها السداد ومدة العرض والسعر، وشروط القرض وحق المستهلك في العدول عن العقد، كما فرض قانون التجارة الإلكترونية بإيطاليا على الموردين إحاطة المستهلكين بالمواصفات التفصيلية للبضاعة أو الخدمة بما في ذلك الضرائب الإلكترونية في الوقت المناسب قبل إبرام العقد[07](ص237).

وعلى نفس المنوال سار المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، إذ ألزم البائع بتوفير معلومات منصوص عليها قانونا بطريقة بحيث يتاح للمستهلك الإطلاع عليها من خلال وسيلة التعاقد ذاتها دون حاجة إلى وسيلة أخرى[16](ص219)، وأعطى للمستهلك حق الرجوع عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل[33](ص30)، كما أن المشرع المصري خصص الفصل السابع من مشروع قانون التجارة الإلكترونية لحماية المستهلك وبين القواعد الخاصة بذلك.

وإجابة على السؤال المطروح آنفا ومن خلال استعراض القوانين المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وجدنا أن الحماية المقررة في هذه القوانين لها نوع من الخصوصية تتماشى ووسائل إبرام العقد الحديثة وخصوصيته ويعود هذا إلى تعريف المستهلك الإلكتروني السالف شرحه حيث أننا وصلنا إلى أنه مستهلك عادي له بعض الخصوصية مستمدة من طبيعة وسيلة التعاقد.

أما على المستوى الدولي فظهرت عدة منظمات اهتمت بحماية المستهلك منها الرسمية[91](ص98)، كمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، ولجنة النقابات الدولية والمنظمة الدولية للملكية الفكرية والمنظمة الدولية للمستهلك 1960، ومنها غير الرسمية كالحلف التعاوني الدولي 1895 أو ما يسمى التعاون الدولي الخاص في مجال الاستهلاك 04-09-1969، وإعلان الأمم المتحدة الخاص بحماية المستهلك ويعتبران وثيقة ذات قيمة لا تقل شأنا عن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان[91](ص93).

جدير بالملاحظة أن المنظمة الدولية للمستهلك تسهر على حماية المستهلك في العالم كله، وتطبق حقوقه الأساسية الثمانية، وهي الحق في توفير الحاجيات الحياتية للمستهلك، الحق في السلامة، الحق في الإعلام، الحق في الاختيار، الحق في التمثيل، الحق في التعويض، والحق في التربية الاستهلاكية، والحق في بيئة سليمة[91](ص98)، كما أطلقت منظمات دولية أخرى توصيات تتعلق بالمستهلك عموما أو بالمستهلك الإلكتروني وحمايته، ومنها المنظمة العالمية للتجارة والمنظمة الدولية للملكية الفكرية وغيرها

وفي الأخير نشير إلى أنه ورغم كل المجهودات المبذولة دوليا ومحليا لحماية المستهلك إلا أنها من الناحية العملية تبقى ناقصة لغياب عنصر الفعالية في الحماية، ونضرب مثالا لذلك أنه في المجتمع الجزائري يخدش الحياء وتنتهك الآداب العامة والأخلاق من خلال إعلانات إشهارية لا أخلاقية عبر الإنترنت أو وسائل أخرى، فما جدوى بقاء نص قانون العقوبات يجرم من يحمل صورة خليعة بينما أصبحت هذه الصورة موجودة في كل مكان ولا تحتاج إلى من يحملها، وبهذا يمكننا القول أن حماية المستهلك في آدابه العامة يبين أن موضوع حماية المستهلك الإلكتروني ذات أهمية خاصة وضرورية لا يمكن التغاضي عنها في عالم اليوم. كذلك يمكن أن نشير إلى مثال آخر يتعلق بحماية المعطيات الشخصية للمستهلك وبياناته غير المتوفرة على شبكات الاتصال دائما[98](ص01)، والذي يعد تحد قائم بذاته في مجال التجارة الإلكترونية يضعها في موقع الريبة والخوف.

وأخيرا ومن خلال التشريعات التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية أو بحماية المستهلك نجدها تعطي نفس الحقوق للمستهلك والتي من أهمها الحق في الإعلام وحق المستهلك في الرجوع في عقود التجارة الإلكترونية، وهذا موضوع المطلبين التاليين.

2.2.1.2. الحق في الإعلام

إن مبدأ سلامة العقد لا يمكن أن يتم من خلال قوته الملزمة في إطار مبدأ حسن النية لأن هذا المبدأ قد يكون مبهما وغير مؤكد لذا فقد نشأ ما يسمى بالالتزام بالإعلام[34](ص119)، بحيث يتم إمداد الطرف المستهلك بالمعلومات اللازمة لمساعدته لاتخاذ قراره ولقد ورد النص على حق المستهلك في الإعلام ضمن نص المادة الرابعة من القانون02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

وإن الاهتمام بضمان إعلام صادق متعلق بمعطيات العقد المحتمل إزاء المستهلك ليس وليد اليوم بل وجد في النظرية العامة للعقود[93](ص80)، تحت اسم العلم الكافي بالمبيع وتتضمن هذه الفكرة ما جاء في نص المادة 1/352 من القانون المدني فتنص: "يجب أن يكون المشتري عالم بالمبيع علما كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه"[97](ص27).

والجدير بالذكر أن الإعلام إلتزام إيجابي بغرض تزويد المستهلك بالمعلومات المتعلقة بمحل العقد، كما يستلزم في بعض الأحيان النصح والمشورة في العلاقات السابقة على التعاقد[04](ص137)، وهذا الالتزام في رأي الفقه الفرنسي لا يوجبه القانون فقط، وإنما تفرضه أيضا قواعد الأخلاق، وهو التزام ممتد[39](ص32)، من قبل إبرام العقد إلى بعد إبرامه.

1.2.2.1.2. الحق في الإعلام قبل إبرام العقد

وضعت التجارة الإلكترونية المستهلك أمام عدة تحديات، حيث لا يحترم المهنيون دائما التزاماتهم المفروضة في قانون الاستهلاك، لهذا لجأت التشريعات إلى تدعيم هذه الحماية بقواعد خاصة[89](ص01).

ومن هذه القواعد الحق في الإعلام الذي يختلف عن الإعلام في القواعد العامة، ويشترط في الالتزام بالإعلام شرطان أساسيان[04](ص138):

الأول: وجود مهني ومستهلك، فهذا الشرط يوضح نطاق الالتزام بالإعلام حيث لا يمكن إعمال هذا الشرط إلا في حالة لما تكون علاقة بين المهني والمستهلك، للإشارة هنا فإن العقد النموذجي الفرنسي كما سبق ذكر ذلك، قد حدد نطاق تطبيقه في العلاقة بين المهني والمستهلك فقط، ويخرج بذلك باقي العلاقات التي قد تنشأ بمناسبة إبرام العقود بين المهنيين فيما بينهم أو المستهلكين فيما بينهم.

أما الشرط الثاني: فهو أن تكون المعلومات مؤثرة في رضا المستهلك، حيث أن علم المستهلك من عدمه بالمعلومة المحددة يجعله يبني قراره في التعاقد من عدمه على أساس توافر المعلومات وانسجامها مع متطلباته وحاجياته.

هذا وينصب الالتزام بالإعلام حول محوريين أساسيين :تحديد شخص البائع، وبيان سمات المال أو الخدمة وشروط البيع[19](ص139)، وهذا ما جرت عليه التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، فنجد أن المشرع التونسي في الفصل 25 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية قد أوجب على البائع في معاملات التجارة الإلكترونية أن يوفر المستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية[100](ص33):

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسوي الخدمات
- الوصف الكامل لمختلف مراحل إنجاز المعاملة
- طبيعة وخصائص سعر المنتوج
- كيفية تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والأداءات المستوجبة
- الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالسعر المحدد
- شروط الضمانات التجارية والخدمات بعد البيع
- طرق وإجراءات الدفع، وشروط القرض المفتوح
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله
- كيفية إقرار الطلبية
- طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ
- تكلفة استعمال تقنيات الاتصال
- مدة العقد
- شروط فسخ العقد
- توفير المعلومات إلكتروني[16](ص203)
- ولقد أضاف المشرع التونسي إلى التزامات البائع تمكين المشتري من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته، وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه[26](ص27).

وفي الحقيقة يواجه المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية كونها تبرم في مجال دولي مشكل عويص يتعلق باللغة، حيث يتعين لحماية المستهلك أن تكون البيانات السابقة موضوع الالتزام بالإعلام، مصاغة بلغته الوطنية[19](ص144)، أو على الأقل بلغة يفهمها المستهلك ويتعامل بها، والحقيقة أن اللغة تشكل أحد العوامل التي تؤثر في إبرام العقود الدولية عموما، ولدرجة التحكم فيها أثر وتأثير على سير المباحثات، وهذه الحقيقة واقع في دنيا الأعمال، فالاتفاق على استخدام لغة يفترض التمكن من كل آلياتها والطلاقة والحدس في فهم معانيها ومدلولاتها لاكتشاف كل التضمينات التي تنجم عن استخدامها.[70](ص95)

فإذا كانت بعض التشريعات توجب استعمال لغتها الوطنية في التعاقد في كل أنواع التجارة ومنها التجارة الإلكترونية، مثل التشريع الفرنسي الصادر في 04 أوت 1994، فإنه يصعب إيجاد حل أمام عالمية الاتصالات، إلا أن توجيها أوروبيا صادرا في 21 ماي 1992 جاء فيه: إذا استجاب مستهلك فرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الإنجليزية أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية، فلا يجوز أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية، فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية، وقرر المستهلك أن يتعاقد فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقا أمام هذا العقد العابر للحدود[35](ص74).

كما أنه تجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالإعلام لا يتضمن فقط بيان خصائص المال أو خدمة وشروط البيع بيانا نافيا للجهالة، وإنما يتضمن الالتزام بعدم كتمان الحقيقة أيضا[04](ص204)، فعلى البائع أن يعلم المستهلك عدم ملاءمة السلعة أو الخدمة للغرض الذي يريدها من أجله المستهلك.

ويرى جانبا من الفقه أن الالتزام بالإعلام في جانب المهني يقابله التزام في جانب المستهلك بالاستعلام بمعنى ألا يتخذ موقفا سلبيا :بل عليه أن يؤخذ بالمبادرة في القيام بمعرفة الشيء الذي يقدم في التعاقد عليه[22](ص571)، إلا أن اجتهادا قضائيا فرنسيا يشرط أن يكون المستهلك جاهلا جاء فيه: "ليس هناك أي موجب خاص بإعلام المشتري ويلقى على عاتقه إما بسبب كفاءة المشتري المهنية وإما بسبب بساطة خطر المواد المبيعة أو عدم وجود هذا الخطر".

أما عن كيفية الإدلاء بهذه المعلومات أي الإعلام بها من حيث وقت ذلك وطريقته، فإنه بالنسبة لوقت الإعلام فقد نص التوجيه الأوروبي 97-07 في المادة الرابعة منه على ضرورة إعلام المستهلك في الوقت المناسب قبل إبرام العقد عن بعد، إلا أن المرسوم الفرنسي رقم 2001-741 والذي صدر إعمالا لهذا التوجيه جاء خاليا من أي تحديد لهذا الوقت المناسب[100](ص39)، ونحن نعلم أن عدم تحديد هذا الوقت بدقة يفتح المجال أمام نزاعات وخلافات بسبب غموض النص، كان بالإمكان تفاديها بتحديد هذا الوقت وفق معيار محدد.

ونعتقد أن الوقت المناسب هو الوقت الذي يسمح للمتعاقد بالاطلاع بروية وتبصر على المعلومات فيكون رضاه سليما مبنيا على إرادة سليمة لأن هذا هو المغزى الأساسي من الإعلام، حتى أن من المؤلفين من يربط بين حق الإعلام وعيوب الإدارة[89](ص34)والمعيار في ذلك هو الرجل العادي والذي هو نفسه معيار غامض إلا أنه معيار يستند إليه القضاء.

ونجد أن المشرع التونسي حين أوجب على البائع تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته قبل إبرام العقد[26](106)، قد وضع قرينة يستشف منها أن المراجعة النهائية لجميع الاختيارات تكون قبل لحظة إبرام العقد، أي قبل أن يقترن الإيجاب بقبول مطابق، ويفهم من هذا أن الحق في الإعلام يكون قد نفذ قبل هذه اللحظة، لأن الإعلام التزام على عاتق البائع جاء في شكل قاعدة قانونية آمرة وهو ما يفهم من مصطلح "يجب".

أما بالنسبة لطريقة الإدلاء بالمعلومات فإن تقنين الاستهلاك الفرنسي وبعد تعداد المعلومات الواجب الإدلاء بها جاء فيه: "هذه المعلومات التي يجب أن يظهر طابعها التجاري دون غموض يجب الإدلاء بها للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، بكل الوسائل الملائمة لأداة الاتصال عن بعد المستخدمة"[100](ص40).

ويلاحظ على هذا النص أن المشرع لم يحل الغموض ولم يقدم حلا بشأن طريقة الإدلاء بالمعلومات، فكل ما نص عليه أن يكون الإدلاء بطريقة واضحة ومفهومة، ويمنع المهني من الإدلاء بمعلومات غير محددة أو استعمال مصطلحات فنية والتي لا يكون معها بوسع المستهلك أن يتبين حقيقة المقصود منها.

أما المشرع التونسي فقد أورد طريقة للإعلام، وذلك بتوفير المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة[99](ص25)، ويكون المشرع التونسي بذلك قد أوضح على الأقل طريقة واحدة للإعلام.

2.2.2.1.2. الحق في الإعلام بعد إبرام العقد

يمتد الالتزام بالإعلام إلى ما بعد إبرام العقد لضمان حماية أكيدة للمستهلك والأكيد أن مضمون هذا الالتزام يختلف عن مضمونه قبل إبرام العقد، ويتحدد مضمونه من ناحية بالتزام المهني بأن يؤكد للمستهلك بعض المعلومات السابق الإدلاء بها، ومن ناحية أخرى الإدلاء بمعلومات جديدة تتناسب مع هذه المرحلة[100](ص44)، فيلتزم المهني بتأكيد المعلومات المشار إليها سابقا ويلتزم بالإدلاء بمعلومات تتعلق بخدمات ما بعد البيع.

ولعل الجديد في هذه المرحلة يتعلق بتأكيد المعلومات السابقة كتابيا أو إلكترونيا بأن يوفر المهني للمستهلك عند الطلب خلال عشرة أيام الموالية لإبرام العقد، وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع[19](ص143)، ويمكن الرجوع إليها في أي حين، وأن تكون هذه الوثيقة قابلة للقراءة.

وقد حدد قانون الاستهلاك الفرنسي أن يتلقى المستهلك للمعلومات كتابة أو على أي دعامة أخرى لها صفة الاستمرارية موجودة تحت تصرفه[100](ص46)، والحقيقة أن هذه الكتابة مخصصة للإثبات حتى يتمكن المعني من إثبات قيامه بالالتزام بالإعلام، ويستخدم للإثبات أية كتابة وفق مفهومها الحديث والذي ينطوي تحته الكتابة الإلكترونية، والتي تكون على أي دعامة لها صفة الاستمرارية.

ولقد ذهب التوجيه الأوروبي الخاص بالتعاقد عن بعد في مجال الترويج للخدمات المالية لدى المستهلكين، في الحيثية رقم 20 في عرض الأسباب إلى أن الدعامة التي لها صفة القابلية للاستمرار تشمل بصفة خاصة الأسطوانات المعلوماتية والأقراص المدمجة وأقراص الفيديو الرقمية والأسطوانة الصلبة الخاصة بكمبيوتر المستهلك والتي تخزن عليها الرسالة الإلكترونية[100](ص49).

كما نجد أن توفير الوثيقة للمستهلك أمر يتعلق على طلبه، فلا تقدم الوثيقة إلا إذا طلبها المستهلك في مدة حددها القانون التونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية قدرها 10 أيام وهي الموالية لإبرام العقد، كما أن

الإخلال بالالتزام بالإعلام بعد التعاقد يرتب الجزاءات المدنية والتي يمكن من خلالها إعمال القواعد العامة المتعلقة بفسخ العقد أو دعوى المسؤولية العقدية كما يمكن في هذه الحالة امتداد أجل ممارسة الحق في الرجوع، وهو موضوع بحثنا في المطلب الموالي.

3.2.1.2. الحق في الرجوع عن العقد

إن العقد الذي ينشأ صحيحا يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفي العلاقة التعاقدية ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين[22](ص27). إلا أن التشريعات الحديثة المتعلقة بالتعاقد عن بعد عموما والتعاقد الإلكتروني خصوصا قد منحت للمشتري مهلة زمنية يتروى فيها قبول المبيع أو الرجوع أو استبدال المبيع بآخر خلال هذه المدة[26](ص108)، وهذا ما يسمى حق الرجوع أو حق العدول أو رخصة السحب.

وحق الرجوع بهذا المعنى يصطدم بمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه يجد له أساسا في خيار الرجوع الاتفاقي لأن الإرادة التي أنشأت العقد لها أن تعطي خيار الرجوع لأحد أطراف العقد أوكلاهما، وعندئذ يصبح العقد غير لازم[26](ص114)، وهي نظرية أصيلة في الفقه الإسلامي[26](ص118)، وهذا ما ورد في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم.

" البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو قال حتى يتفرقا، فإذا صدق بورك لهما في بيعهما وان كتما وكذبا محقت بركة بيعهما" ونلاحظ هنا أن مهلة الرجوع هي مجلس العقد وانقضائه.

والى جانب خيار الرجوع الاتفاقي يوجد خيار رجوع قانوني أي ظهور نصوص قانونية تنص على خيار الرجوع ومنها في نصوص التجارة الإلكترونية ويبرر ذلك بحاجة المستهلك لحماية تشريعية[100](ص 55)، في عصر السرعة، حيث قد ينبهر المستهلك تحت تأثير وسائل إغراء وجوائز أو وسائل تقنية حديثة تبين الشيء على غير حقيقته لهذا منح حق الرجوع.

ويختلط حق الرجوع مع بعض الأنظمة المشابهة له، كالبيع بشرط التجربة والبيع بالعربون والوعد بالبيع والبيع الابتدائي، لكنه يختلف عن هذه الأنظمة كلها[26](ص 154)، من حيث كونه يمارس في نطاق العقود عن بعد، ويخول لصاحبه حق أوسع منه في الأنظمة الأخرى، كما يتميز بهدفه حيث يهدف إلى حماية إرادة المشتري من التسرع.

وسوف نقوم بدراسة حق الرجوع من حيث نطاقه ومهلته وكيفية ممارسة هذا الحق.

1.3.2.1.2. نطاق الحق في الرجوع

إن التعاقد عن بعد لم يعد مقصودا به وكما كان الأمر فيما قبل البيع عن بعد فقط، بل امتد ذلك أيضا ليشمل أداء الخدمات عن بعد[100](ص59)، أي أنه يشمل التجارة في البضائع والخدمات، وهذا ما تتضمنه التجارة الإلكترونية، فيمكن للمستهلك أن يرجع عن العقد المبرم في مجال البضائع عن بعد وفي مجال الخدمات كذلك.

وفي هذا المعنى جاء نص الفصل 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي حين نص على أنه: "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك
- بالنسبة للخدمات بداية تاريخ إبرام العقد". ويستنتج من هذا النص أن حق الرجوع موجود في تجارة البضائع كما هو موجود في تجارة الخدمات.

والملاحظ أن حق الرجوع ليس مطلقا على كل العقود بل إن التقنين الفرنسي للاستهلاك استبعد بعض العقود من نطاق الحق في الرجوع، وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، رغم أنها كذلك عقود مبرمة عن بعد، وهي:

- عقود توريد الخدمات التي يبدأ بتنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقرر ممارسة الحق في الرجوع خلالها.
- عقود توريد السلع والخدمات التي تتحد أثمانها وفق ظروف السوق.
- عقود توريد السجلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية عندما يكون قد تم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك.
- عقود توريد الصحف والدوريات والمجلات
- عقود خدمات الرهان وأوراق اليناصيب المصرح بها.

كما أن المشرع التونسي كذلك قد وضع بعض العقود لا يمكن للمستهلك الرجوع عن الشراء فيها، إلا استثناء حالات العيوب الظاهرة والخفية[26](ص30)، حيث حاول المشرع من خلال هذا القيد إيجاد صيغة للتوازن ما بين الحقوق والالتزامات المتقابلة لطرفي العقد، ومبرر ذلك أن المشرع التونسي رأى أن الخطأ الذي يخول المستهلك حق الرجوع هنا راجع إليه هو وليس إلى البائع أو مقدم الخدمة، ولذلك فإن من الإنصاف منعه من هذا الحق، وذلك منعا من الإضرار بالطرف الآخر في العقد[16](ص232)، ويمكننا لتوضيح الصورة أن نشبه حق المستهلك في الرجوع بممارسة الزوج الطلاق فكلاهما حق إرادي لصاحبه ليس مسؤول أن يقدم مبررا لممارسته لكنه في المقابل لا يمكنه التعسف في استعماله.

2.3.2.1.2. مهلة الحق في الرجوع

إن حق المستهلك في الرجوع تجاه البائع أو مؤدي الخدمة يقترن عادة بمدة يتفاوت قدرها من تشريع لآخر وذلك إعمالا لمبدأ استقرار المعاملات، ويذهب البعض في تبرير هذه المدة إلى وجوب التخلص من المفهوم الإرادي المغالى فيه والناتج عن مذهب استقلالية الإرادة، فالإرادة عاجزة عن توليد تعهد إلزامي قبل انقضاء مهلة معينة، وعلى الأقل يبدوا هذا مقبولا في التعاقد عن بعد.

ومما يجب التنبه إليه أن أي تنفيذ للعقد ممنوع قبل انقضاء مهلة الرجوع[04](ص 147)، ويهدف هذا إلى تجنب إلزام المستهلك تنفيذ العقد، والأكيد أن العقد ليس إلزاميا إلا من اللحظة التي يكون فيها قابلا للتنفيذ، فلا يمكن إلزام شخص بتنفيذ ما لا يمكن تنفيذه أو ما هو مستحيل وتلعب مهلة الرجوع دورا أساسيا في جعل العقد غير قابل للتنفيذ لكن ليس مطلقا وإنما خلال هذه المهلة أي أن هدفها تأخير اللحظة التي يكون فيها العقد قابلا للتنفيذ.

والأكيد أن حساب مهلة استعمال الحق في الرجوع يعني في البداية تحديد لحظة سريان هذه المهلة فنجد أن المشرع الفرنسي الذي جعل المدة 07 أيام عمل أي قام بإخراج أيام نهاية الأسبوع، قد فرق بين السلع والخدمات.

فبالنسبة للسلع يبدأ سريان مهلة الرجوع من لحظة تسلم المستهلك للسلعة أو المنتج وذلك بنص المادة 121–20 فقرة 2 من تقنين الاستهلاك[100](ص62)، أما في مجال أداء الخدمات فتبدأ المهلة المقررة للممارسة حق الرجوع عن العقد منذ لحظة قبول العرض المقدم من المعني وتبدوا هذه التفرقة منطقية لاختلاف محل العقد وطبيعة الخدمة.

وعلى هذا النحو سار المشرع التونسي[26](ص30)، حين فرق بين لحظة بدء سريان مهلة الرجوع في البضائع وبينها في الخدمات، إلا أنه بالنسبة للخدمات فقد قرنها بتاريخ إبرام العقد، ويكون بذلك أكثر وضوحا باعتداده بلحظة إبرام العقد وتستمر هذه المدة في التشريع التونسي مدة عشرة أيام كاملة .

والمهلة المقررة قانونا قد تمتد، كما هو الحال بالنسبة لمدة سبعة أيام في التشريع الفرنسي، والتي قد تمتد إلى ثلاثة أشهر في حالة إخلال المهني بتنفيذ التزامه بالإعلام اللاحق لإبرام العقد[100](ص63)، كما لاحظنا ذلك سابقا، لكن إذا تدارك المعني الأمر ونفذ التزامه بالإعلام تعود المدة الأصلية سبعة أيام للظهور من جديد وتختفي مدة ثلاثة أشهر ويؤكد العقد النموذجي الفرنسي ذلك من خلال البند التاسع منه[35](ص106).

3.3.2.1.2. كيفية ممارسة الحق في الرجوع

إن حق الرجوع مقرر للمستهلك دون الطرف الآخر في العقد، ومع ذلك فهو ملزم للجانبين لأن البائع أو مقدم الخدمة ملزم برد ما حصل عليه واسترداد سلعته أو عدم تقديم خدمته[16](ص66)، فيقوم المستهلك إذا ما استعمل حقه هذا بإعلام الأطراف الأخرى بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد، كما أن المستهلك يلتزم بتحمل المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة[26](ص30). ومن الناحية الأخرى يلتزم البائع برد ما حصل عليه من العملية، وعليه أن يقوم باسترداد سلعته وأن يساعد في ذلك وفق مبدأ حسن النية، ويمتنع مقدم الخدمة عن تقديم خدمته إذا أعلمه المستهلك بالرجوع.

ونلاحظ هنا أن حق الرجوع يكون في الفترة بين إبرام العقد وتنفيذه، وهذا ما يستشف من الالتزامات الناشئة عن ممارسة هذا الحق.

وإذا كان حق الرجوع إراديا يخضع لتقدير المستفيد منه، فهو بذلك ليس ملزما بتبريره أو بيان بواعثه التي دفعته لذلك إلا أنه من مصلحته أن يعبر عن رجوعه عن العقد بوسيلة تمكنه من إثبات هذا الرجوع فيما بعد إذا نازعه في ذلك البائع أو مقدم الخدمة.

و في النهاية نشير أن هذه كانت لمحة وجيزة حول أهم الحقوق لحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، باعتبارها تبرم عن بعد، كما أن التشريعات الإلكترونية تخص المستهلك بسياج حماية منيع، سواء حماية جزائية أو حماية مدنية يدخل ضمنها الحقين المدروسين آنفا إضافة إلى الحماية عن طريق مقتضيات التوازن العقدي أو مكافحة الشروط التعسفية في العقود، واحترام حق المستهلك في الخصوصية وحماية المستهلك من إغراء الدعاية والإعلان[16](ص37)، ويشكل هذين الأخيرين هاجس المستهلك في التجارة الإلكترونية.

وفي الأخير نشير إلى أنه ورغم هذه الحماية الممنوحة للمستهلك إلا أنها تبقى بدون تفعيل، فمن ناحية تصطدم القواعد القانونية مع المبادئ والنظريات التقليدية، كما هو الحال في بعض الجرائم الحديثة، ومن ناحية أخرى يبدوا أن آلية تفعيل بعض الحقوق تقوم على مسائل فنية تقنية تتعلق بها.

2.2. منازعات عقود التجارة الإلكترونية

يقضى التعامل في مجال التجارة الإلكترونية حصر كل الجوانب المتعلقة بالعقد والآثار المترتبة عنه، فإذا كانت الغاية من إبرام العقد هي تنفيذ الأطراف للالتزامات الناشئة عنه، فإنه لا يمكن استبعاد نشوء خلافات بمناسبة تنفيذ الالتزامات، ويبقى تطور وازدهار التجارة الإلكترونية رهينة الاستفادة من تطوير أساليب لتسوية منازعاتها بين أطراف متباعدة مكانيا، قد تنتمي إلى دول مختلفة وتخضع لقوانين مختلفة[102](ص12).

ونشير بادئ ذي بدء أن المساءل التي يطرحها حل الخلافات والمنازعات الناجمة عن العقود الدولية،على اعتبار أننا بصدد عقد دولي،شديدة الصلة والارتباط بالقانون واجب التطبيق[70](ص231)، والذي يمكن من خلاله الوصول إلى الجهات المختصة بحل منازعات التجارة الإلكترونية، مع ملاحظة ظهور نمط جديد لحل مثل هذه المنازعات هو التحكيم الإلكتروني، وهذا كله سوف نبحثه في إطار تسوية منازعات التجارة الإلكترونية، والأكيد والمنطقي أنه قبل التطرق لهذا فإنه لزاما علينا أن نبحث موضوع المسؤولية وما تثيره من إشكالات ومدى توفر أركانها وكيف يمكن تصور كل ركن من أركانها في مجال التجارة الإلكترونية؟.

1.2.2. المسؤولية الإلكترونية

إن فكرة المسؤولية بصفة عامة أي الالتزام بتعويض الأضرار تعد من المفاهيم الأولية للقانون[103](ص05)، والمسؤولية لغة هي كل ما يتحمله مسؤول تناط بعهدته أعمال تكون تبعة نجاحها أو إخفاقها عليه، أما قانونا فيراد بها الجزاء الذي يترتب على المرء عند إخلاله بقاعدة من قواعد السلوك ويختلف هذا الجزاء باختلاف نوع القاعدة المخلة بها[104](ص02)، والمسؤولية العقدية هي جزاء الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد أو عدم تنفيذها، وعلى ذلك فقيام المسؤولية العقدية يفترض أن هناك عقدا صحيحا واجب التنفيذ لم يقم المدين بتنفيذه، وأن يكون عدم التنفيذ راجعا إلى فعله أي خطئه، فلا تقوم المسؤولية العقدية إلا إذا توافر الخطأ في جانب المدين[13](ص265)، وأن يرتب هذا الخطأ ضرر يصيب المدين تربط بينهما علاقة سببية، وحين ذلك يكون للمدين الحق في التعويض

1.1.2.2. الخطأ في مجال التجارة الإلكترونية

الخطأ ركن أساسي في المسؤولية، فهو عمادها ولا يكفي أن يتحقق الضرر إلا إذا نسب إحداثه إلى خطأ محدد وقد تعددت تعاريف الخطأ، ولم يختلف الفقه في تحديد تعريف كما اختلف في تحديد تعريف للخطأ، حيث يبقى مفهوم مبهم وغامض إلا أنه يمكن اختيار أسهل التعاريف وأبسطها بالقول بأنه إخلال بالتزام سابق واجب الاحترام، فإذا أخل به الشخص كان مخطأ[105](ص09)، وتترتب عليه المسؤولية بتوفر باقي أركانها.

وفي عقود التجارة الإلكترونية ونظرا لتشعب العلاقات القانونية الناجمة عن هذا العقد فالعقد يبرم بين طرفين ويوثق بمعرفة طرف ثالث محايد، وذلك عن طريق خدمة يوفرها مزود الخدمة ولكل نصيبه في المسؤولية[106](ص141)فيصعب حينئذ إثبات الخطأ العقدي والذي تتغير صوره تأثرا بالوسائل الإلكترونية الحديثة .

1.1.1.2.2. الخطأ العقدي

تنص المادة 176 قانون مدني جزائري:"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذه التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذه التزامه"، وعليه فإن الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي أو تأخره في تنفيذه.

فالمدين مسؤول عقديا عن خطأه الشخصي، وعن الخطأ الذي يرتكبه الغير التابع له، أو الناجم عن الأشياء[13](ص273)، ولأن العقد منشأه الإرادة، فإنه يجوز الاتفاق على تعديل أحكام المسؤولية الناجمة عن الخطأ بالزيادة أو النقصان[22](ص178)، إلا ما نشأ عن خطأ جسيم أو غش يرتكبه أشخاص يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

والجدير بالملاحظة هنا أن الأشخاص الذين يستخدمهم المدين في تنفيذ التزاماته لا يقصد بهم المستخدمين والأجراء، إنما هو استخدام يتعلق بتنفيذ العقد فحسب كالمقاول من الباطن والمستأجر من الباطن، أو كأن يكون النائب عن المدين كالوصي أو الوكيل أو القيم.

وبالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية فإن المسؤولية العقدية التي أساسها الخطأ العقدي تقوم في مرحلة المفاوضات، ومرحلة إبرام العقد، كما تقوم في مرحلة تنفيذه، ففي مرحلة المفاوضات يكون الخطأ بقطع المفاوضات بصورة مفاجئة بدون مبرر مشروع، أو مخالفة الالتزامات التفاوضية أو إفشاء الأسرار التي يتم الاطلاع عليها، وغيرها من أخلاقيات التفاوض.

ويبدو للوهلة الأولى أن هذه الصور تندرج تحت الخطأ التقصيري لأن العلاقة التعاقدية لم تنشأ بعد،كما أن المفاوضات بذاتها عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني إلا أنه قد يلجأ الأطراف أحيانا قبل الدخول في المفاوضات إلى إبرام اتفاق على التفاوض لتنظيم العلاقة بين الطرفين، فينقلب التصرف من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم[19](ص64)، وتنقلب بشأنه المسؤولية من تقصيرية إلى مسؤولية عقدية.

وفي مرحلة إبرام العقد فإن المثال الشائع للخطأ العقدي هو الحالة التي يكون فيها الإيجاب ملزما للموجب، ويكون الإيجاب ملزما إذا عين أجل للقبول، فيكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه إلى حين انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة[22](ص63)، كما في المعاملات التجارية الإلكترونية مثلا، ومتى كان الإيجاب ملزما فإن الموجب لا يملك الرجوع عنه، فإن حدث يعتبر كأن لم يكن، وينعقد العقد بالرغم من الرجوع، متى اقترن بقبول موافق له، ويذهب البعض إلى أن مصدر التزام الموجب في هذا الغرض هو إرادته المنفردة[13](ص72)، في حين يرى جانب آخر أن الإيجاب في تلك الصورة يكون ملزما لصاحبه، ويمكن أن يثير مسؤوليته العقدية[19](ص68)، لهذا يتحايل من الناحية العملية أصحاب العروض بوضع عبارة تحفظ تنقل التعبير من الإيجاب إلى دعوة إلى التعاقد أو إعلان، ويتحول الطرف الآخر هو صاحب الإيجاب.

ويثور بهذه المناسبة إشكال يتعلق بالتعاقد مع الوكيل الإلكتروني، حيث يعمل بدون توجيه من عنصر بشري، ففي حالة حدوث خطأ من جانب الوكيل الإلكتروني المؤتمت، فإن المسؤول عنه هو الشخص الذي يملكه طالما ليس للأداة إرادة مستقلة عن إرادته[07](ص164)، فإذا كان خطأ الوكيل الإلكتروني نتيجة عيب في برمجة الكمبيوتر مما دفع الغير إلى التعاقد معه، فإنه يجوز لمالك الوكيل الإلكتروني المؤتمت أن يرجع على مصمم برنامج الكمبيوتر باعتباره المسؤول عن الخطأ في برمجة الكمبيوتر.

كما أنه قد سبق وأن رأينا أنه يشترط لسريان مثل هذا العقد أي بين شخص طبيعي ووكيل إلكتروني مؤتمت أن يعلم الشخص أنه يتعامل مع وكيل إلكتروني مؤتمت أو أنه من المفترض أن يعلم بذلك، وهذا ما ذهبت إليه المادة 14 من قانون إمارة دبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

ونعتقد أن هذا الحكم صالح لهذه الفترة، فمن المتصور أن الأجيال المتطورة من الوكيل المؤتمت قد تزود عند إنشائها بالقدرة على أن تعمل بشكل مستقل وليس فقط بشكل آلي، فيكون جهاز الكمبيوتر قادرا على أن يفاوض ويحاور وأن يعدل التعليمات التي يتضمنها برنامجه الخاص، وأيضا أن يستنبط تعليمات جديدة، وذلك من خلال تطوير ما يعرف بالذكاء الصناعي، ولا ندري أي نوع من العلاقات الاجتماعية والقانونية نحن مقبلون عليها في عصر التقنية، وأي طعم وذوق للحياة في المستقبل؟.

أما مرحلة تنفيذ العقد حيث تنشأ التزامات على عاتق طرفي العقد يكون الإخلال بها بعدم التنفيذ أو التأخر في ذلك يشكل خطأ عقدي وفقا للقواعد العامة، فإن عدم تسليم البضاعة أو التأخر في ذلك أو الإخلال بأداء الخدمة أو الإخلال بالضمان المقرر قانونا أو اتفاقا أو الإخلال بالوفاء الإلكتروني والتأخر فيه يشكل خطأ عقديا لا نقاش فيه.

إلا أنه في مجال عقود التجارة الإلكترونية فإن الخطأ العقدي يأخذ صورا جديدة لم يعرفها القضاء ولم تخطر ببال الفقه،مثل الإخلال بالضمان عن طريق بث فيروس، حيث أنه في حالة بيع برنامج يبث معه فيروس ينشط بعد مدة معينة ونكون أمام نوع جديد من التعرض الشخصي.

كما أنه في حالة عقود المعلومات كثيرا ما يتضح عدم عمق أو شمول أو دقة أو مناسبة ما يتم تزويد المشتري به منها[19](ص85)، والملاحظ في هذا المجال أن طبيعة الالتزام في مثل هذه العقود هو التزام بتحقيق نتيجة لأن المتعاقد قصد من وراء إبرام العقد الحصول على أحدث وأدق وأشمل المعلومات، فيكون إخلال مقدم المعلومات بالصورة السابق شرحها يتعلق بمحل العقد أي أنه لم يقدم محل العقد المتفق عليه أصلا، خاصة ونحن نعلم أن التراضي في العقد يكون على طبيعة العقد المراد إبرامه ومحله والثمن المقابل [58](ص24).

وإذا كان الإخلال بالالتزامات السابق ذكرها يثير المسؤولية العقدية، فإن في مجال عقود التجارة الإلكترونية، ونظرا لتشعب العلاقات القانونية الناشئة عنها نجد أنه جانب منها تثير المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري، ولا نقصد هنا إقامة مسؤولية تقصيرية إلى جانب المسؤولية العقدية على عاتق أطراف العقد، وإنما ما نقصده هو مسؤولية أطراف آخرين، كمزود خدمات التصديق مثلا[26](ص30)، وجودهم ضروري لإبرام العقد وتقصيرهم يخل بالالتزامات الناشئة عنه[107](ص208)، وهذا ما يضفي صعوبة خاصة في هذا المجال تتعلق بإثبات الخطأ العقدي في عقود التجارة الإلكترونية.

2.1.1.2.2. إثبات الخطأ العقدي

إن إثبات الخطأ العقدي يكتسي أهمية بالغة في العقد التقليدي، فعلى أساسه تقوم المسؤولية العقدية باكتمال باقي أركانها ويتعين على الدائن إثبات الالتزام العقدي وتحديد مضمونه فإذا أثبت عدم التنفيذ أو التأخير فيه، يكون قد أثبت الخطأ العقدي[13](ص 280)، ويتحمل المدين حينئذ عبء نفي الخطأ العقدي وذلك بإثبات السبب الأجنبي.

ويختلف إثبات الخطأ العقدي بين الالتزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية ففي الالتزام بتحقيق نتيجة كالتزام البائع بنقل ملكية المبيع، يثبت الدائن وهو هنا المشتري في عقد البيع عدم انتقال ملكية المبيع إليه، فيثبت بذلك في جانب البائع خطأ عقدي لا يستطيع هذا الأخير أن ينفيه بإثبات أنه بذل كل ما في وسعه لنقل ملكية المبيع إلى المشتري لأنه ملتزم بتحقيق غاية وليس أمامه إلا أن يثبت السبب الأجنبي لنفي علاقة السببية وإلا فإن الخطأ ثابت في جانبه[108](ص15)، ومسؤوليته محققة.

وفي هذه الحالة يمكننا القول أن الدائن لا يبقى ملزما بإثبات الخطأ العقدي، فيكفي أن يثبت أن العقد كان يشمل على التزام بتحقيق غاية لمصلحته وبأن هذا الالتزام بقي بدون تنفيذ، أي عبء الإثبات هنا قد انقلب، فالدائن يلتزم فقط بأن يثبت بأن الالتزام الذي يربطه هو التزام بتحقيق نتيجة وأن هذا الالتزام يختل إذا لم تتحقق النتيجة المرجوة، وهذه القرينة التي يستفاد منها على وجود الخطأ العقدي،هي قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها.

أما في الالتزام ببذل عناية كالتزام البائع بالمحافظة على المبيع إلى وقت التسليم، فيكون إثبات الإخلال بالالتزام التعاقدي عسير،حيث أنه يكون التأكد مما إذا كان المدين بهذا الالتزام قد قام به بكل ما تستلزمه العناية اللازمة من حيطة و تدبر وإجراء الموازنة فيما قد قام به المدين وما كان يجب أن يقوم به [108](ص17)، لأن مضمون الالتزام ببذل عناية هو بذل جهد معين سواء تحقق الهدف أو لم يتحقق[13](ص24)أي أن الخطأ العقدي وفق هذا التحليل لا يقوم لأن الالتزام التعاقدي لم ينجز، لأن المدين به مطالب ببذل عناية الرجل العادي فقط.

ومن هنا يكون إثبات الخطأ العقدي في هذه الحالة يأخذ وجها آخر، حيث لا يلتزم الدائن بإثبات عدم التنفيذ أو التأخر فيه، وإنما يصبح عليه أن يثبت أن المدين لم يبذل عناية كافية لإنجاز التزامه، وهذا أمر يصعب من الناحية العملية، ولمواجهة هذا الفرض فإن التشريعات تذهب إلى افتراض الخطأ العقدي وينتقل بذلك عبء الإثبات من الدائن إلى المدين الذي يلتزم بنفي خطئه.

وتأصيل هذا الحكم في رأينا أن الأصل هو براءة ذمة المدين، فهو من ناحية ليس مطالبا بالإثبات في الظروف العادية، ومن ناحية أخرى أورد القانون المدني حكما عاما يتعلق بعبء الإثبات في نص المادة 323 مفاده:"على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه". وتعمد التشريعات إلى إعفاء الدائن من الإثبات فتفترض الخطأ، فيكون المدين ملزما لا محال بإثبات التخلص منه، فيكون المدين بالالتزام ببذل عناية ملزم بإثبات أنه قام بالعناية اللازمة أو إثبات السبب الأجنبي.

وفي مجال التجارة الإلكترونية يزداد الأمر صعوبة أمام الكم الهائل من المتعاملين مثلا في شبكة الإنترنت، دون مكنة التعرف بدقة على من يفعل وماذا وكيف؟ ورغم أن الأمر يتعلق بمسائل فنية بحتة إلا أنه لا يمكن التسليم بعدم وجود إطار قانوني يحكم المسألة.

ولتوضيح المسألة نضرب مثلا، حيث أن البائع يلتزم بإعلام المستهلك، وهو التزام يعود إلى خاصية اعتبار عقود التجارة الإلكترونية من قبيل عقود الاستهلاك ولنفترض أن الإعلام هذا سيتم بوسائل إلكترونية،

ولسبب ما لا يتحقق الإعلام فعلا، رغم أن المدين وهو البائع قام بإنجاز التزامه، فكيف يتصور الحل هنا وكيف يمكن الإثبات؟.

ذهب المشرع التونسي في هذه النقطة إلى إلزام المدين بإثبات حصول الإعلام المسبق وإقرار المعلومات واحترام الآجال وكل اتفاق مخالف لذلك يعد باطلا[26](ص36). أي أن المشرع قام بنقل عبء الإثبات إلى المدين فيكون ملزما بإثبات إنجازه لالتزامه وإلا يعتبر هذا إخلالا بالتزامه.

كما يمكننا أن نذهب أكثر من ذلك واعتبار أن الإثبات هذا كذلك هو التزام على عاتق المدين يلتزم هو بإثباته بأن يوفر المشتري وثيقة كتابية أو إلكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بالعملية.

وفي الأخير علينا أن نقر أننا أمام ظاهرة حديثة لم تتضح وتستقر بعد معالمها أو تستبين أعرافها لذلك يتعذر أن نكون صورة واضحة للموقف، حيث لا يشمل مجرد التحليل القانوني بل يرتكز على عناصر فنية بحتة، هذا بالإضافة للأبعاد الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التي تلقي بظلالها عليه من قريب أو بعيد[19](ص17).

2.1.2.2. الضرر الإلكتروني والعلاقة السببية

إذا كانت المسؤولية من أكبر إشكالات القانون وإذا كان الخطأ يعد عمادها وأساسها فإنه لا يتصور مسؤولية بدون ضرر، وهو الركن الثاني فيها،والذي يجب أن تربطه بالخطأ علاقة سببية.

1.2.1.2.2. الضرر الإلكتروني

هناك من يرى أنه في المسؤولية العقدية مجرد إخلال المدين بالتزامه يرتب التعويض دون البحث عما إذا كان هذا الإخلال قد سبب للدائن ضررا،غير أن الإخلال بالالتزام لا بد أن يترتب عليه ولو ضرر معنوي[26](ص162)، والضرر الذي هو الركن الثاني في المسؤولية هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، أوفي مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم يكن[13](ص 17).

والضرر بهذا المعنى يكون محل الالتزام بالتعويض الذي يحكم به القضاء الناجم من جراء عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه[22](ص176). حيث أنه لا يتصور تعويض شخص عن خطأ الغير الذي لا يسبب له الضرر، وإلا كنا سوف نسأل الأشخاص مدنيا عن شروعهم وهو حكم يتعلق بالخطأ الجنائي، أو نسألهم عن النوايا وهو حكم يتعلق بالخطأ الأخلاقي الذي يتكفل به المجتمع، والضرر لا يمكن افتراضه حتى ولو ثبت بشكل قاطع الإخلال بتنفيذ الالتزام أي الخطأ العقدي، فالضرر واجب الإثبات بكل الوسائل باعتباره واقعة مادية ويثبت من طرف الدائن لأنه هو الذي يدعيه في حالة التنفيذ بالتعويض.

ويقسم الضرر إلى نوعين، مادي وأدبي، وكلاهما يجب التعويض عليه، فالضرر المادي هو الذي يصيب الشخص في ماله أو جسمه، ويمكن تقويمه بالنقود، فهو خسارة مالية للشخص يؤدي إلى الإنقاص من

الذمة المالية لشخص،كالتأخر في تسليم المعلومة أو الخدمة مما قد يفوت على المستهلك فرصة المشاركة في مسابقة مثلا،والتعويض سوف يكون على أساس أن الشخص فاته حق المشاركة فقط.

أما الضرر الأدبي والذي أثار جدلا كبيرا في البداية[105](ص166)، وقد فصل المشرع الجزائري الأمر في تعديله 10/05 للقانون حيث نصت المادة 182 مكرر" "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة،ومثاله نشر البيانات الشخصية للمستهلك بطريقة قد تسيء إليه أو تخدش شرفه وسمعته،مما يؤثر عليه سواء في وسطه الاجتماعي أو المهني".

ويشترط في الضرر سواء كان ماديا أو معنويا أن يكون محققا أي وقع فعلا، كما يجوز أن يكون مستقبلا، أما الضرر المحتمل وهو الذي لا يعرف هل سوف يقع في المستقبل أم لا؟ فهذا الضرر لا يعوض عليه[109](ص184)، كما يشترط فيه أن يكون مباشرا أي أنه نتيجة طبيعية لعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه، وهو يعتبر كذلك إذا لم يستطع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول، كما يشترط في الضرر أن يكون متوقعا، وهو الضرر الذي يتوقعه وقت التعاقد الرجل العادي[13](ص268).

كما يسأل المدين عن الضرر غير المتوقع في حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر عنه، وهذا ما يستنتجه بمفهوم المخالفة من نص المادة 2/182 قانون مدني.

بقي أن نشير في الأخير أن الضرر الإلكتروني يخضع لنفس القواعد الواردة في القواعد العامة على حد علمنا، إلا أن صوره وتطبيقاته تتنوع نظرا لارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة وما يتسم به من دقة في تقديره وتحديده،ولعل أبرز صوره الأضرار الناجمة عن فيروس الحاسب والتي قد تؤدي إلى نتائج وخيمة تصل إلى الوفيات أحيانا[19](ص400).

2.2.1.2.2. العلاقة السببية

لا يكفي لوقوع المسؤولية المدنية عموما، وقوع خطأ من جانب المدين، وحدوث ضرر يصيب الدائن، بل يجب ان يكون هذا الخطأ هو السبب في الضرر، أي لولا الخطأ لما كان الضرر، وهذا ما يقصد بعلاقة السببية أي أن يكون الضرر هو النتيجة الطبيعية للإخلال بالالتزام، ويقع على الدائن عبء إثبات العلاقة السببية.

وبالإضافة إلى الصعوبات التي واجهتها العلاقة السببية في المسؤولية التقليدية، فإنها ذات صعوبة خاصة في المجال الإلكتروني، حيث أن تحديدها يعد من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعقد المسائل الإلكترونية وتغير حالات الضرر وخصائصه، وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة،فقد ترجع الضرر إلى عوامل بعيدة أو خفية مردها إلى تركيب الأجهزة وتداخل المعلومات والأدوار مما يتعذر معه تحديد العامل الفاعل[19](ص401)

ولقد اقترح الفقه بصدد علاقة السببية عدة نظريات، منها نظرية تكافؤ الأسباب حيث أن كل فعل ساهم في إحداث الضرر بشرط لو لا وجوده ما تم حـدوث الضرر[109](ص192). ونظرية السبب المنتج

أو الفعال، ويقصد بها أن يكون التعويل في ترتيب المسؤولية على السبب الفعال والمنتج في إحداث الضرر دون السبب العارض[105](ص146)، وتوجد كذلك نظرية السبب القريب والمباشر.

تظهر صعوبة إعمال إحدى هذه النظريات في مجال عقود التجارة الإلكترونية نظرا لتعقد العلاقات الناجمة عن الطبيعة الفنية والتقنية المتطورة للوسائل المستخدمة في هذه العقود، فيصعب ربط الضرر بخطأ المتعاقد أو بخطأ شخص آخر له دور حيادي في العقد أو غيره ممن هم خارج العلاقة التعاقدية وبعيدا عنها.

وفي هذا الظرف فإن عبء إثبات العلاقة السببية يقع على الدائن إعمالا للقواعد العامة حيث يلتزم المدعي بإثبات ما يدعيه، حينها ينتقل عبء الإثبات إلى المدين الذي يقع على عاتقه الالتزام بنفي العلاقة السببية، وذلك بإثبات السبب الأجنبي والذي يقصد به كل أمر غير منسوب إلى المدين أدى إلى حدوث الضرر الذي لحق الدائن والذي قد يكون قوة قاهرة أو حادث مفاجئ، أو فعل الدائن نفسه أو فعل الغير.

ومن أمثلة السبب الأجنبي الذي يعود إلى القوة القاهرة توقف الأجهزة والبرامج نتيجة صاعقة مما يترتب على ذلك استحالة تنفيذ المتعاقد لالتزاماته[19](ص402)، والملاحظ أن السبب الأجنبي والذي هو الصاعقة، بقي نفسه مقارنة مع التعاقد التقليدي، إلا أن تأثيره وطريقة ذلك هي التي تغيرت مع صعوبة استجلاء هذا التأثير، كما أن عدم تعاون المتعاقد مع المتعاقد الآخر في تنفيذ التزامه، أو عدم تقديم المعلومات الكافية لذلك يعد من قبيل خطأ الدائن، كما يقطع خطأ الغير العلاقة السببية إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر.

ونشير في الأخير أن إثبات الخطأ والضرر وإثبات العلاقة السببية أمر عسير أمام التطور المذهل لوسائل التعاقد الحديثة، حيث لا يمكن استبيان الخطأ بصورة واضحة جلية ولا العوامل المتداخلة في إحداث الضرر سواء المادي أو المعنوي، مما يلقي بظلاله على التعويض وآليات تقديره.

3.1.2.2. التعويض عن الضرر الالكتروني

إن الإخلال بالالتزام الذي ينشأ المسؤولية يؤدي إما إلى إلزام المدين بالتنفيذ العيني إن كان ممكنا، أو إلزامه بالتعويض إن استحال التنفيذ العيني، وسوف ندرس مفهوم وصور التعويض ثم نبحث تقدير التعويض.

1.3.1.2.2. مفهوم وصور التعويض

التعويض هو التزام عن استحالة تنفيذ المدين لالتزامه عينا[22](ص176)، ويقصد به ذلك الجزاء المدني الذي يفرضه القانون على كل مخطئ يسبب ضررا لغيره، وذلك بجبر الضرر سواء كان ماديا أو معنويا[105](ص159)، وهو بهذا يختلف عن الجزاء الجنائي الذي هو عقوبة لا يهدف إلى جبر الضرر بقدر ما لها هدف اجتماعي إصلاحي أو بهدف الردع العام أو الخاص.

والجدير بالملاحظة أن الحق في التعويض ينشأ منذ تحقق المسؤولية بتوفر أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية وبالضبط من حدوث الضرر[105](ص181)، الذي هو محل الالتزام بالتعويض، ويرى

البعض أن الحكم الفاصل في دعوى التعويض هو الذي ينشأ الحق في التعويض وقد جانبوا الصواب في ذلك لأن الحكم في هذه الحالة حكم كاشف.

وللتعويض عدة صور يكون نقديا أو عينيا ويتمثل التعويض العيني هنا في إرجاع الحال إلى ما كان عليه بإزالة الضرر الناشئ عن الخطأ كإزالة الفيروس من البرنامج الذي وجد نتيجة الإخلال بالالتزام بالضمان، كما قد يكون بأداء عمل معين كنشر الحكم في الصحف أو عبر الإنترنت على نفقة المحكوم عليه [19](ص410)، وذلك من باب تعويض ضحية الضرر الأدبي ممن أصيب في كرامته أو سمعته أو شرفه جراء نشر معلومات مشينة عنه، أو من جراء قيام المتعاقد الآخر باستعمال بياناته الشخصية في عمليات مشبوهة.

وقد يتصور البعض أن مثل هذه الأفعال من قبيل الخطأ التقصيري ومن ثم تحكمها المسؤولية التقصيرية، إلا أننا يمكن أن نوضح بالمثال التالي والذي فحواه أن الشخص عندما يتعاقد مع البائع الإلكتروني فإنه إما يتفق معه صراحة على ألا يدلي بمعلوماته الشخصية للغير أو أن هذا الاتفاق يعتبر ضمنيا يفرضه القانون حماية للمستهلك على اعتبار العقد هنا من عقود الاستهلاك، فإذا أخل البائع الإلكتروني بالتزامه هذا يكون قد أخل بالتزام تعاقدي مما يشكل خطأ عقدي ومن ثم يرتب المسؤولية العقدية يتوافر أركانها.

كما أن التعويض قد يكون نقدا وذلك بتعويض الدائن عن الضرر الذي أصابه جبرا له عما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، وهنا يثور التساؤل حول كيفية تقدير التعويض.

2.3.1.2.2. تقدير التعويض

إن تقدير التعويض له إشكالية مزدوجة حول أساس ومن يقدر التعويض، فأما عن أساس تقدير التعويض فإنه يكون على أساس الضرر[22](ص184)، وذلك بصرف النظر عن درجة الخطأ فرب خطأ تافه يسبب ضررا، ورب خطأ لا يترتب عليه أي ضرر ولو تافه، غير أن القضاء مازال متأثرا بتأثير المسؤولية الجنائية على المسؤولية المدنية واعتبار التعويض يشدد لشدة الخطأ و يخفف لتفاهته[109](ص180).

وعلى هذا الأساس فإن التعويض يقدر بقدر جسامة الضرر على ضوء الظروف الملابسة للخطأ حيث يشمل التعويض ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب محقق، وقد يكون التعويض متفق عليه في العقد ولأن العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب بأكثر مما حدد في العقد إذا جاوز الضرر قيمة ما اتفق عليه إلا إذا كان المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما، لكن يجوز للقاضي أن يخفض مبلغ التعويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مفرطا، أو أن الاتفاق الأصلي نفذ في جزء منه[22](ص184).

ونلاحظ أن الحكم الوارد أعلاه هو تطبيق للمبدأ العتيق في القانون: العقد شريعة المتعاقدين والذي من استثناءاته أن يجيز للقاضي أن يعدل في الاتفاق إذا كان مرهقا لأحد طرفيه فينقص من قيمة التعويض، إلا أنه لا يمكن أن يزيد فيه، وليس للدائن أن يطالب بهذه الزيادة لأن الأصل أن الاتفاق يعدل بالاتفاق وبسبب يقره القانون.

وإذا لم يحدد التعويض في العقد ولا القانون فإن للقاضي تقدير التعويض عن الضرر وهو هنا من مساءل الواقع التي يترك تقديرها للقاضي،إلا أنه يجب عليه تحديد عناصر التعويض بدقة متناهية لأنها مسألة قانون يخضع لرقابة المحكمة العليا[105](ص169)، فعليه أن يسبب في حكمه أساس الحكم بالتعويض عن الضرر المادي أو المعنوي، وما هي الأشياء التي تؤدي إلى ضرر معنوي.

2.2.2. تسوية منازعات التجارة الإلكترونية

إذا كان من المتوقع في البيئة الإلكترونية ظهور منازعات بخصوص الإخلال بشروط التعاقد أو إلحاق الضرر بالغير أو منازعات بخصوص تنفيذ العقد والتسليم المادي لمحل العقد،وهو ما يشكل المسؤولية الإلكترونية، وهو ما يستتبع إيجاد جهات مختصة بتسوية هذه المنازعات.

ونظرا لطابع السرعة الذي تتميز به البيئة الإلكترونية ظهرت الحاجة لوسائل حديثة لفض المنازعات الإلكترونية، بما يتلاءم وطبيعتها[110](ص01)، فنبحث اختصاص المحاكم لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية وظهور فكرة التحكيم الإلكتروني كبديل للتحكيم التقليدي، وإمكانية إجراءه مباشرة على الخط.

وقبل هذا كله فإن الطابع الدولي للعقد الإلكتروني، يثير إشكال يتعلق بالقانون الواجب التطبيق لأن عالمية الاتصالات تجعل العالم قرية صغيرة، تفترض التعاقد بين أشخاص من جنسيات مختلفة ويخضعون لنظم قانونية مختلفة.

1.2.2.2. القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية

في البداية نشير إلى أن الفقه إذا كان قد اتفق على معايير دولية العقد عموما، وهي اتصاله بأكثر من جنسية أو أكثر من إقليم أو أكثر من نظام قانوني، إلا أننا بمناسبة عقود التجارة الإلكترونية نجد أن بعض الفقه قد أصبغ صفة الدولية على العقد اعتمادا على الوسيلة التقنية في إبرامه، فالإنترنت والتي تتسم بالطابع العالمي من الفقه من اعتبرها فضاءا جديدا كأعالي البحار أو الفضاء الخارجي[111](ص23)، وبالتالي يمكن أن يستمد العقد الإلكتروني سمة الدولية من هذه الوسيلة.

إلا أن اعتبار الإنترنت كذلك أمر غير مستساغ ولعل القلم في زمن ما كان اختراعا عظيما، فهل يستمد العقد دوليته من مكان صنع القلم،والوسائل الإلكترونية عموما والإنترنت خصوصا والتي هي ربط مجموعة كبيرة من الحواسيب، هذه الأخيرة لا تزيد عن اعتبارها آلة طابعة بشكل حديث، حيث يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم.

وهذا الجدل الفقهي لا يهمنا كثيرا في هذا المقام، لأننا بصدد دراسة النظام القانوني للعقد الإلكتروني، على اعتبار أنه من العقود ذات الطابع الدولي، وتحديد القانون الواجب التطبيق هو الإشكال موضوع البحث، أي أن ما يهمنا هو كيفية تحديد هذا القانون؟ وفي هذا الصدد ظهرت أنظمة لتحديد القانون الواجب التطبيق وهي إعمال منهج تنازع القوانين(الفرع الأول)وإما إعمال النظام القانوني الدولي المستنبط من القواعد القانونية التي تحكم التجارة الدولية، وهذا ما استتبع ظهور مفهوم جديد في عالم القانون lex électronica .

1.1.2.2.2. إعمال منهج تنازع القوانين

يرى البعض أن الطبيعة الفنية للوسائل الإلكترونية الحديثة ومنها الإنترنت ذات الصبغة العالمية تبدوا للمرة الأولى غير منسجمة مع منهج التنازع، وتنأى عن الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص[07](ص 311)

حيث يقوم منهج التنازع في أصله على تقسيم المجتمع الدولي إلى وحدات إقليمية مستقلة على أساس السيادة، بينما تعمل وسائل الاتصال الحديثة على طي الحدود الجغرافية، إلا أن اتجاها آخر يرى أن العلاقة بين الإنترنت ومنهج التنازع لن تكون أبدا علاقة تنافر بل هي علاقة تكامل وتعاون[06](ص110)، ومن بين ما برروا به هذا الرأي أن هناك موضوعات لا يمكن الفصل فيها إلا بالرجوع إلى القوانين الوطنية عن طريق قواعد الإسناد، مثل الأهلية والتقادم والتراضي.

وعلى فرض أننا سلمنا بإعمال منهج التنازع فإن هذا المنهج يهتم بمختلف مدارسه بوضع قاعدة الإسناد الخاصة بالتصرفات الإرادية وضوابط استخلاص القواعد القانونية المطبقة على التعاقدات الدولية، وتتفق الاتجاهات المكونة له، والأنظمة القانونية القائمة عليه على تبني قانون الإرادة كضابط إسناد عام للعقود الدولية، ويبقى الخلاف بينهما قائما عندما يتعلق الأمر بتحديد هذا القانون الآثار التي تترتب عنه.

والمشرع الجزائري، وعلى غرار باقي التشريعات وضع قاعدة عامة تحكم تحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بموجب المادة 18 من القانون المدني والتي أدخل عليها تعديل بموجب القانون 10/05[31](ص10)، حيث وضع كضابط إسناد أساسي القانون الذي يختاره المتعاقدين بشرط أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وهنا يحاول المشرع استبعاد فرض أن يختار المتعاقدين قانون لا صلة له بالعلاقة التعاقدية محاولة منهم التهرب من أحكام القانون الذي من المفترض أن يطبق أو هو ما يعرف في فقه القانون الدولي الخاص بالغش نحو القانون[112](ص14).

وفي حالة إمكان تطبيق قانون الإرادة، فإنه يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة والحقيقة أن هذا يكاد يكون مهملا بمناسبة عقود التجارة الإلكترونية، إذ أمام عالمية شبكات الاتصال يصعب إعمال ضابط الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، حيث أننا افترضنا منذ البداية عقد يتم بين أطراف متباعدة مكانيا[113](ص117)، كما نشير هنا أن عقود التجارة الإلكترونية تعتمد على العناوين الإلكترونية لا العناوين الحقيقية، وهذا ما يصعب معه تحديد موطن حقيقي للمتعامل خاصة إذا كان التعاقد عبر الإنترنت.

وأخيرا وفي حالة عدم إمكان تحديد القانون الواجب التطبيق وفق ضابطي الإسناد السابقين، فإنه يحدد وفق قانون إبرام العقد، أي إرجاع مسألة القانون الواجب التطبيق إلى محل إبرام العقد، وهنا سوف نواجه إشكالات متنوعة بمناسبة تحديد مكان إبرام العقد في عقود التجارة الإلكترونية وهذا ما تم التطرق إليه من قبل في بداية هذا البحث.

نواجه بمناسبة إعمال منهج تنازع القوانين فرض مرجعه مضمون فكرة الإرادة في تحديد القانون الواجب التطبيق، حيث انقسم الفقه إلى مذهبين بين أنصار الوحدة في التحديد وأنصار الازدواجية[03](ص130)، فمثلا لو أن جزائري تعاقد مع أجنبي إلكترونيا، واتفقا أن القانون المطبق هو القانون الجزائري، فالقاضي بمناسبة نظر النزاع يعود للقانون المدني لأنه لا يوجد تشريع جزائري خاص بالتجارة الإلكترونية، ومن الممكن ألا يتلاءم القانون المدني مع كافة بنود العقد الإلكتروني وهذا رأي أنصار الوحدة، أما أنصار الازدواجية فيرون أن القاضي يقوم بالبحث عن القانون المناسب المتعلق بالتجارة الإلكترونية في أي دولة يحيل عليها ضابط الإسناد[03](ص132)، كدولة مكان إبرام العقد مثلا، وهنا سوف يستبعد القانون الجزائري.

إن هذه الفكرة تبين بوضوح ضرورة إقرار قانون وطني متعلق بالتجارة الإلكترونية لحماية الجزائريين في هذه العقود، حتى لا يفاجئوا بتطبيق قانون غير الذي اتفقوا عليه في العقد.

كما أن جانبا من الفقه ذهب إلى دحض فكرة قدرة مبدأ التنازع لحل معضلة القانون الواجب التطبيق، وبالتالي ينادى بضرورة وجود قانون دولي موحد لقواعد التجارة الإلكترونية أو ما يطلق عليه lex éléctronica.

2.1.2.2.2. نحو قانون دولي موحد لقواعد التجارة الإلكترونية

في عقود التجارة الدولية ظلت فكرة قواعد التنازع مسيطرة حينا من الدهر إلى أن جاء الفقيه جولدمان ليعيد النظر فيها استقر[06](ص120)، حيث وصل إلى وجوب البحث عن قواعد ملائمة تنتظم في إطارها حركة التجارة الدولية والتي لها أساس ومضمون ولعبت المنظمات الدولية دورا هاما في مجال إنشائها[70](58)، حتى أصبحت بحق نظام قانوني دولي للتجارة الدولية.

أما في مجال التجارة الإلكترونية فإن الدعوة إلى البحث عن قانون ذا طبيعة عالمية بعيدا عن القانون الدولي الخاص تم التعبير عنها على استحياء من الأستاذ proal في رسالته، في حين كان الفقه الأمريكي أكثر صراحة في التعبير عن هذه النتيجة، وهذا ما يذكر بالصخب الذي أقاموه في بداية الخمسينات من القرن الماضي عما أسموه بأزمة منهج التنازع وضرورة البحث عن منهج آخر ليحكم الروابط الدولية[06](ص109).

وبظهور فكرة القانون الدولي الموحد لقواعد التجارة الإلكترونية التي تتميز عن القانون الدولي العام والقوانين الوطنية وقواعد القانون الدولي الخاص التي تنظم تنازع القوانين زادت التساؤلات عن المصادر

التي يمكن أن تستقي منها هذه القواعد أحكامها والوسائل التي يمكن عن طريقها تحقيق التوحيد والانسجام في قواعدها[12](ص114).

وفي سبيل الإجابة عن هذه التساؤلات اختلف الفقه حول تحديد إطار ومكونات تلك القواعد ومرد ذلك هو الطبيعة غير المتجانسة وغير المنتظمة لمصادر هذه القواعد[114](ص114)، وانقسم إلى اتجاهين كبيرين، يذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار القواعد الإلكترونية تقع ضمن القواعد المادية التقليدية أو ما يسمى lex mercatoria أما الاتجاه الثاني فهو على النقيض من الاتجاه الأول يقر بالوجود الخاص للقواعد المادية الإلكترونية، فهي قواعد وليدة نمت وتطورت في أحضان التجارة الإلكترونية وشبكة الإنترنت، وعلى غرار ذلك حاول هذا الاتجاه وضع إطار نظري لهذه النظريات وتقسيمها وفقا لمحتواها أو مضمونها إلى نوعين: رسمية وتلقائية.[12](ص115).

وذهب رأي تفاديا لبعض الانتقادات تناول المصادر من خلال تقسيمها إلى القواعد المادية للتجارة الإلكترونية ذات النشأة التنظيمية وذات النشأة التلقائية، ويدخل في القسم الأول الاتفاقات الدولية على قلتها والتوصيات الدولية الأساسية سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي(الأوروبي)في المجالات ذات الصلة بالتجارة الإلكترونية كحماية المعطيات الخاصة أو حماية المستهلك أو حماية حقوق الملكية الفكرية، ويدخل كذلك في القسم الأول تقنينات السلوك والعقود النموذجية وقضاء التحكم الإلكتروني.

أما القسم الثاني والمتعلق بالمصادر ذات النشأة التلقائية والذي تلعب فيه الجماعات المهنية دورا كبيرا في إرساء أسسه[12](ص183)، مع الأخذ بعين الاعتبار ما قيل بالنسبة لنشأة القانون التجاري. عموما، حيث أنه قانون تلقائي، ليس وليد فكر مقصود من أحد نشأ عن المعاملات التجارية وأوجدته الضرورات الاقتصادية وفرضه العرف التجاري، ويدخل ضمن هذا القسم العادات والأعراف النابعة عن بيئة التجارة الإلكترونية، وتعرف العادات والأعراف الدولية أنها كل ممارسة أو طريق متبعة بانتظام في ساحة أو مهنة أو تجارة لمعالجة الأعمال ويثبت التعامل بها، بحيث ينتظر مراعاتها في المعاملة المعني

وعلى الرغم مما يراه البعض حول فعالية القانون الدولي الموحد لقواعد التجارة الإلكترونية، فإنه من المؤكد أنه لا يمكن هجر منهج التنازع، فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية لا يمكنها حل المساءل كما أننا سنصادف قوانين وطنية ذات طبيعة آمرة يجب أن يتم تطبيقها بغض النظر عن القانون الواجب التطبيق عن العقد[06](ص110)

2.2.2.2. اختصاص المحاكم بتسوية منازعات التجارة الإلكترونية

من المؤكد أن التوسع في إنجاز معاملات التجارة الإلكترونية سوف يؤدي إلى النزاعات بين الناس ويفترض من جهة أخرى اختراق التجارة الإلكترونية للحواجز الإقليمية بين الدول، وهذا راجع للطبيعة الدولية للعقود المبرمة إلكترونيا، مما يجعلها مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي، وهذا يجعلنا نبحث عن معايير إعمال اختصاص المحاكم التقليدية.

وإزاء الصعوبات التي تطرح والتي تحتمل أن يفرزها اختصاص الدول بمنازعات التجارة الإلكترونية اتجه الفكر والعمل سويا نحو إيجاد آليات بديلة لتسوية تلك المنازعات[87](ص167). وذلك لتفادي المعايير الإقليمية وما قد يثور عن إعمالها من النزاع كذلك، تماشيا مع طابع السرعة الذي تفرضه المعاملات التجارية عموما والإلكترونية خصوصا، فليس محبذا أن يستغرق النزاع مدة كبيرة تطبيقا لإجراءات شكلية تقليدية، ومن هذا كله ظهرت فكرة المحاكم الإلكترونية وما قد تقدمه للتجارة الإلكترونية كبديل فعال عن المحاكم التقليدية.

1.2.2.2.2. المحاكم التقليدية

إن منازعات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي تخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم[19](ص414)، حيث يمكن رفع الدعوى أمام أي محكمة من محاكم الدول التي تتنازع الاختصاص إلا أن الدول من خلال أنظمتها القانونية تتطلب لاختصاص محاكمها وجود ارتباط أو ونقاط اتصال بين العقد المبرم إلكترونيا وهذه الدولة[115](ص168).

ويتحقق وجود الارتباط أو الاتصال بين النزاع والدولة التي تمارس فيها الاختصاص إما على معيار موضوعي كمحل نشوء الالتزام أو محل التنفيذ، أو موقع المال محل النزاع أو معيار شخصي مثل موطن المدعى عليه،أو أن يكون الشخص يحمل جنسية الدولة مدعية الاختصاص.

هذا كله ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع لأننا هنا بصدد دراسة الاختصاص المحلي والذي يجمع القانون المقارن على أنه ليس من النظام العام، ويمكن أن يكون الاتفاق أثناء إبرام العقد أي على شكل بند فيه، كما يمكن أن يكون في اتفاق لاحق، والذي يمكن أن يكون صراحة أو ضمنا[113](ص64)، كرفع الدعوى أمام محكمة معينة وعدم اعتراض المدعى عليه، وعلى من يدعي وجود هذا الاتفاق إثباته بالكتابة العادية أو المحررات الإلكترونية، وهذا كله إعمالا لمبدأ الخضوع الإرادي[19](ص415)، أو الاتفاق على الاختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي إلا أنه يشترط لصحة هذا الاتفاق وجود رابطة جدية بين النزاع والقضاء المختار.

إذا كان هذا حال الاختصاص في القوانين المقارنة[116](ص29)، فإن المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية سلك مسلكا آخر حيث وضع معيارا عاما لاختصاص المحاكم الجزائرية هو ضابط الجنسية، فيجوز أن يقدم كل جزائري للجهات القضائية بشأن التزاماته التعاقدية مع أي شخص كان وأي كانت جنسيته، كما يجوز أن يقدم الأجنبي إلى المحاكم الجزائرية لتنفيذ التزاماته بشأن عقد مع جزائري في الجزائر أو خارجها[117](ص ص10-11)، كما أن المشرع الجزائري بمناسبة تعديله لقواعد الإسناد في القانون المدني بموجب القانون 10/05 أورد نص المادة 21 مكرر: "يسري على قواعد الاختصاص والإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوى أو تباشر فيها الإجراءات" فاعتبر أن مجرد رفع الدعوى يعطي الاختصاص للمحاكم الجزائرية ويخولها حق النظر والفصل في النزاع.

ومن خلال النصوص السابقة نلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتبر اختصاص المحاكم الجزائرية جوازيا وهو ما يظهر جليا من خلال استعماله لمصطلح **يجوز**، كما أنه اعتبر مجرد رفع الدعوى أمام المحاكم الجزائرية منح لاختصاصها وكأنه إقرار ضمني، كما سبق شرحه.

وبعد هذا فإنه يظهر جليا في عالم التجارة الإلكترونية صعوبة إعمال هذا الأساس للاختصاص القضائي القائم على روابط مكانية حيث أن إنشاء موقع في الفضاء الإلكتروني يمكن النفاذ إليه من أي دولة في العالم مما يبرر اختصاص العديد من الدول[113](ص89)، ونضرب لذلك مثال نزاع نظرته أحد محاكم نيويورك والتي تتلخص وقائعه في قيام إحدى الشركات الواقعة في ولاية ميسوري بإنشاء موقع لها استخدمت في التعامل من خلاله علامة تجارية لشركة يقع موطن أعمالها في ولاية نيويورك والتي طرحت المنازعة على أحد محاكم هذه الولاية، فقضت بعدم اختصاصها على أساس أن طرح السلعة عبر الإنترنت يجعله متاحا في كل مكان على وجه البسيطة، وهو ما يجعل الادعاء بتركيزه مكانيا على ولاية نيويورك غير مقبول، وأحالت القضية على محكمة ميسوري[115](ص171).

الاتحاد الأوروبي محاولة منه لإيجاد حل لتنازع الاختصاص القضائي بين محاكم دول الاتحاد الأوروبي أورد حكمين في التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، حيث من ناحية لا يستهدف التوجيه وضع قواعد إضافية بشأن تنازع الاختصاص، فتبقى محكومة بقواعد القانون الدولي الخاص، ومن ناحية أخرى يلزم التوجيه الدول الأعضاء بإزالة العوائق التشريعية التي تحول دون استخدام بدائل لتسوية المنازعات[115](ص173)، وبالنسبة لتنازع الاختصاص القضائي والذي يخضع لاتفاقيتي بروكسل ولوجانوا، فإن الاختصاص ينعقد بالاتفاق بين الطرفين أو موطن إقامة المدعى عليه.

أما إذا تعلق الأمر بالعقود الاستهلاكية[110](ص01)، والتي لها ما يبررها لحماية المستهلك حيث أنه يكون له أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيها موطن المتعاقد معه أو محاكم الدولة التي يقع فيها موطنه أو محل إقامته.

2.2.2.2.2. المحاكم الإلكترونية

جاء في أحد الدراسات التي أعدتها منظمة الأونكتاد أن على الدول أن تلتزم بتوفير بيئة قانونية مناسبة للتجارة الإلكترونية، وإلا فإننا سوف تكون على الهامش في الاقتصاد الرقمي،والأكيد أن البيئة المناسبة للتجارة الإلكترونية لا تقتصر على توفير آليات ووسائل قانونية لإبرام العقود أو تنفيذها، بل يمتد ليشمل توفير آليات قانونية فعالة لحل ما يثور بشأنها من منازعات، حتى لا تبقى فكرة المحاكم التقليدية حجرة عثرة في وجه التجارة الإلكترونية وتطورها نظرا لما تتسم به إجراءاتها من شكلية وتعقيد طويل.

وتؤكد المؤتمرات الدولية بهذا الشأن على أهمية الوسائل البديلة لفض المنازعات وتمتعها بسمات فاعلة لمواجهة منازعات التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية بشأنها، باعتبارها تساهم في حل مشكلات الاختصاص والقانون واجب التطبيق، وتبرز تجارب كتجربة تحكيم الويبوا، تجربة الاتحاد الأوروبي في

وضع استراتيجيات وأدلة توجيهية لتسوية المنازعات خارج المحاكم التقليدية وإدخال الوسائل الإلكترونية لتسوية المنازعات[110](ص01).

والحال كذلك اتجه التفكير إلى تسوية المنازعات الناشئة في بيئة تقنيات المعلومات والاتصالات باستخدام نفس التقنيات لتكون هكذا التسوية إلكترونية[115](ص179)، بمعنى أن إجراءات التقاضي تتم عبر وسائل إلكترونية دون الحاجة إلى تواجد أطراف عملية التسوية في مكان واحد ودون الحاجة إلى وجود محاكم حقيقية تشغل عقارا معينا، بل هي محاكم افتراضية، وظهر تبعا لذلك مصطلحات جديدة أصبحت تغزوا كتب الفقه القانوني المهتم بالموضوع كالقاضي الافتراضي والتحكم الإلكتروني.

ويقصد بالمحاكم الإلكترونية استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات، حيث يرتبط مكتب المحامي بالمحكمة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة من خلال شبكات خاصة[118](ص01)، ويهدف نظام المحكمة الفضائية(الإلكترونية)إلى وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة التجارة الإلكترونية، وتكفل سلامة البيانات وتسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية، وينظم إليه أطراف النزاع ويحقق الارتباط بموجب إطار تعاقدي من جهة أخرى[119](ص01). أي أن معيار اختصاص المحاكم القضائية أو الإلكترونية هو اتفاق الأطراف.

وتثير المحاكم الفضائية والقاضي الافتراضي عدة إشكالات قانونية تتعلق بالتوثق من أهلية أطراف النزاع أو الحفاظ على السر المهني، ووسائل الإثبات ومشاكل القرصنة والتبليغات، وغيرها من المشاكل التي ينطبق عليها ما قلناه بمناسبة المشاكل التي تعترض التجارة الإلكترونية، كما أن جل هذه المشاكل ذات طبيعة فنية أوجدتها التقنية الحديثة، وجدت أو ستجد لها التقنية الحديثة حلا، والمشكل الحقيقي الذي يواجه المحاكم الإلكترونية ويعتبر معيار وجودها وضابط استمرارها هو تنفيذ الأحكام الصادرة عنها والاعتراف بها، وهذا ما يدعوا الدول إلى الاعتراف بالأحكام الصادرة عن هذه المحاكم وقبول تنفيذها.

وعلى هذا، ونظرا لصلته الكبيرة بالموضوع ارتأينا أن نعالج التحكيم الإلكتروني في مطلب مستقل نظرا لخصوصيته وطبيعة إجراءاته وانتشاره في عالم التجارة الإلكترونية باعتباره آلية من آليات تسوية منازعاتها.

3.2.2.2. التحكيم الإلكتروني

إن لجوء الأفراد إلى التحكيم عموما أمر مشروع قانونا، حيث يجوز لكل شخص أن يطلب التحكيم في حقوق له مطلق التصرف فيها[117](ص03)، وذلك تفاديا لإجراءات التقاضي الطويلة المعقدة أمام القضاء العادي، كما أن التحكيم التجاري والدولي خاصة أصبح يلعب دورا كبيرا في تسوية المنازعات وإنشاء القواعد القانونية التي تحكم العقود الدولية ويوفر عدة مزايا[70](ص239).

وبظهور فكرة التعاقدات الإلكترونية بات من الضروري تطوير نظام تقاضي موازي يوفر السرعة وسهولة الإجراءات المتوخاة في هذه البيئة من هنا قامت بعض المؤسسات بإنشاء محاكم تحكيم إلكترونية مثل

جامعة مونتريال بكندا، ومحكمة التحكيم الإلكترونية التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية وكذلك فعلت الولايات المتحدة الأمريكية[06](ص38)، ويقدم التحكيم الإلكتروني ميزة هامة غير موجودة في التحكيم التقليدي وهي عدم انتقال الأطراف المتخاصمة إلى مكان التحكيم، فالتحكيم الإلكتروني كذلك يكون عن بعد، كما التعاقد عن بعد.

وسوف نتعرض في دراستنا لهذا الموضوع إلى ماهية التحكيم الإلكتروني(الفرع الأول)مبينين تعريفه وشروطه، ثم نتطرق إلى إجراءاته(الفرع الثاني)فنقتفي أثر التحكيم من بداية رفع الدعوى إلى إصدار حكم التحكيم وتنفيذه.

1.3.2.2.2. ماهية التحكيم الإلكتروني

عرف التحكيم في بدايته كنوع من العدالة أنفع وأجدى للصالح العام، وهو نظام القضاء الخاص تقضى فيه خصومة معينة عن اختصاص القضاء العادي، ويعهد بها إلى أشخاص يختارون للفصل فيها[113](ص91)، ويكمن جوهر التحكيم في السلطة التي تمنح للمحكم للفصل في النزاع بقرار ملزم للطرفين، والذي يمكن الطعن فيه وإلغاؤه لعيب في الشكل، وهو بهذا يتميز عن كل من الصلح والوساطة[70](ص236).

كما يعرف التحكيم بأنه ذلك الذي بمقتضاه يتعهد الأطراف بأن يتم الفصل في المنازعات الناشئة بينهم أو المحتمل نشوؤها من خلال التحكيم[07](ص319)، أي أن التحكيم اتفاق لأنه أمر استثنائي لا يمكن أن يكون ضمنا، ويجب هنا فصل مفهوم الاتفاق عن المحرر الحامل له والذي قد يكون ركنا فيه أو للإثبات فقط، وهذا جعل بعض التشريعات تشترط كتابة اتفاق التحكيم، وهو الاتجاه الغالب، كبند في العقد أوفي اتفاق لاحق، بينما رأت تشريعات أخرى عدم اشتراطه، وتشكل هذه النقطة تحد أمام التجارة الإلكترونية عموما والتحكيم الإلكتروني واتفاقه على وجه الخصوص.

ولا يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي[07](ص320)، حيث أنه تحكيم يتم عبر وسائط إلكترونية وشبكات الاتصال مثل الإنترنت، وذلك دون الحاجة للتواجد المادي لأطراف عملية التحكيم في مكان واحد، ولا يوجد ما يمنع أن يتم بأكمله أو في بعض مراحله إلكترونيا[120](ص02)، حيث يمكن أن يتم رفع الدعوى بوسائل إلكترونية، لكن باقي الإجراءات تتم بطرق تقليدية مثل التبليغات وتنفيذ الأحكام وذلك حسب اتفاق أطراف النزاع لأننا في عصر طغى فيه مبدأ سلطان الإرادة واستحكم المذهب الحر في القواعد التي تحكم علاقات الناس القانونية والاقتصادية والاجتماعية.

ويشترط نظام التحكيم توافر ثلاث عناصر مجتمعة وهي الاتفاق بين الخصوم على التحكيم، ومحكم له سلطات واسعة للفصل في النزاع بقرار ملزم للأطراف ووجود خصومة، ويشترط في اتفاق التحكيم بدوره شروط شكلية كالكتابة وشروط موضوعية كالأهلية والرضا، وتثير هذه الشروط عدة إشكاليات قانونية ملخصها مدى مشروعية اتفاق التحكيم المبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية.

فبالنسبة لشرط الكتابة كما رأينا يذهب اتجاه إلى عدم اشتراطه في اتفاق التحكيم، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية جوناف بخصوص التحكيم التجاري الدولي المبرمة سنة 1961، وكذلك في نفس الاتجاه سار المشرع الفرنسي حيث لا يشترط الكتابة في التحكيم الدولي، كما لم يشترط القانون الألماني الكتابة في التحكيم بين التجار[06](ص96). أما الاتجاه الثاني فيرى أنه لا بد أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا، وفي هذا الاتجاه سار المشرع الجزائري[117](ص04)، وهو الاتجاه الغالب فقها وتشريعا، ويثور الإشكال من جديد هل يستوفي شرط اتفاق التحكيم إذا كانت الكتابة إلكترونية أي غير ورقية؟.

إن الإجابة عن هذا السؤال تقودنا إلى معالجة فكرة الكتابة، وهذا ما قد سبق لنا وأن رأيناه، حيث أنه قد سبق لنا أن وصلنا إلى أن مفهوم الكتابة قد تغير ولم يبق مرتبط فقط بالقلم والورق، فالشرط الذي يجب أن يتوفر هو أن تكون مقروءة ومستمرة قابلة للاسترجاع في الوقت الذي نحتاج إليها ولو كان ذلك على الماء أو في الهواء، وذهبت بهذه المناسبة بعض التشريعات إلى الأخذ بالمفهوم الواسع للكتابة كالتشريع السويسري للقانون الدولي الخاص في نص المادة 1/178 أورد في آخر المادة :".... أو بأية وسيلة اتصال عن بعد يمكن أن تسمح بوجود اتفاق"، وهذا ما تبنته كذلك لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية. وتثير هذه النقطة عقبة حقيقة أمام تطور استخدام الوسائل الحديثة في مجالات العلاقات القانونية حيث قد تصطدم قرارات التحكيم بعد مصاريف طائلة ووقت وجهد مبذول بقواعد قانونية داخلية اقل ما توصف به أنها جامدة، فيستحيل تنفيذها بسبب عدم اعتراف هذه الأخيرة بالكتابة الإلكترونية أو عدم تبنيها للتحكيم الإلكتروني أصلا[115](ص185)، وهذا ما يجعلنا نقف هنا على ضرورة إعادة النظر في هذه المسألة في قوانيننا الداخلية، وتبرز من جديد ضرورة إصدار قانون يتعلق بالتجارة الإلكترونية لأن الذي لا يتقدم ليس ثابتا، بل الأكيد أنه يتأخر عن الركب الحضاري.

أما فيما يخص شرطي الأهلية والرضا، فإنه بالنسبة لشرط الأهلية فإن المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أن التحكيم يكون في حقوق يجوز التصرف فيها، وهو ما يفهم منه أن الشخص الذي له حق التصرف هو شخص أهل في نظر القانون، أما الرضا فهو ما يمكن التعبير عنه بكل الوسائل حتى الإلكترونية كما سبق وناقشنا ذلك، أضف إلى ذلك أن هذين المسألتين فنيتين يمكن إيجاد لهما حلا عن طريق التقنية كالبطاقة الذكية[113](ص105)، وسلطات التوثيق.

2.3.2.2.2. إجراءات التحكيم الالكتروني

يتضمن اتفاق التحكيم الإجراءات المتعلقة بعملية التحكيم من حيث تحديد إجراءات الوصول إلى محكمة التحكيم أو من حيث كيفية تحديد المحكمين[06](ص47)، ويترك هذا الأمر لمحض حرية الأفراد فلهم أن يتفقوا على إجراءات التحكيم وفقا لقانون داخلي معين أو يسند ذلك لجهة معينة مختصة بالتحكيم وهي هنا مثلا المحكمة الإلكترونية والتي تحدد إجراءات التحكيم على أساس أنها تشكل القانون الإجرائي[06](ص50)للمعاملات الإلكترونية.

ويثور بهذه المناسبة إشكال تحديد مكان التحكيم في مجال التجارة الإلكترونية، والذي له أهميته القصوى في تعيبين القانون واجب التطبيق وتعيين جنسية القرار الصادر عن هيئة التحكيم وهي مسألة ذات أهمية تظهر بمناسبة طلب تنفيذ القرار، فإن كان وطنيا له إجراءاته وإن كان أجنبيا فله إجراءاته المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية ولم تتعرض له المحكمة الإلكترونية.

ويمكن للأطراف رد المحكمين، وتركت قواعد القانون النموذجي للتحكيم الصادرة عن لجنة التجارة الدولية في عام 1985 الحرية للأفراد في اختيار الطريقة التي يتم بها إعلان الرد، بينما كانت لائحة تحكيم غرفة التجارة الدولية أكثر صرامة حين وضعت طريقة بإرسال إعلان كتابي إلى السكرتارية بينما ذهبت لائحة المحكمة الإلكترونية[121](ص04)إلى أن إعلان الرد يكون من خلال إعلام سكرتارية المحكمة بذلك عن طريق وثيقة إلكترونية وهذا ما يتفق مع مقتضيات التجارة الإلكترونية.

ويمكن تلخيص إجراءات التحكيم فيما يلي:

- يتم التقدم إلى مركز التحكيم بملأ النموذج المبين على الموقع، ويتولى كل طرف تحديد ممثليه في نظر النزاع وتحديد عددهم وتحديد الإجراءات المرغوب إتباعها[07](ص323).
- تفتح المحكمة ملفا للدعوى تضعه على موقع خاص بها[121](ص04)، لا يسمح بالدخول إليه إلا لمن يملك مفتاح الدخول عن طريق رقم سري.
- ينبغي على المدعي عليه خلال 15 يوما من تلقي إخطار التحكيم من الأمانة أن يبلغها برده على طلب التحكيم ويمكن تبادل المستندات إلكترونيا ويمكن كذلك سماع الشهود[113](ص125).

ونشير أن رسوم التحكيم تقدر حسب طبيعة النزاع وقيمته، وهي رسوم تسجيل أو رسوم إدارية.

- بعد التأكد من تمكن الأطراف من تقديم دفاعهم تقوم المحكمة بقفل باب المرافعة، وتصدر بعد ذلك المحكمة قرارها بالأغلبية في حالة تعدد المحكمين ويوضع القرار على موقع المحكمة والذي يجب أن يكون مسببا وموقعا[121](ص04).

وهنا تظهر من جديد فكرة تنفيذ الحكم الصادر عن المحكمة الإلكترونية لأنه حكم غير قابل للاستئناف، فهل يمكن أن يقبل القضاء الجزائري تنفيذ الحكم في غياب النص القانوني لأن القاضي يطبق القانون من ناحية وهو مبرر من ناحية أخرى للدعوة لقانون يتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وفي الأخير وإذا كان التحكيم الإلكتروني يبدوا وسيلة سريعة لفض المنازعات فإنه ظهرت وسيلة أسرع منه عام 1998 وهو التحكيم المعجل[07](ص322)، ولا ندري بماذا سوف يطل علينا الغد القريب.

خاتمة:

من خلال هذا البحث نكون قد وصلنا إلى أن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقودا جديدة، بل هي نفس العقود التقليدية، لكنها تتم في جزء من مراحلها أوكلها بوسيلة إلكترونية،آخذين بالمفهوم الواسع للوسيلة الإلكترونية، والتي تشمل كل وسائل الاتصال الحديث كالإنترنت رغم أنها تحظى بنصيب الأسد فيها، والهاتف والفاكس والتلكس وغيرها من الوسائل التي قد تستجد في عالم التكنولوجيا.

تستمد عقود التجارة الإلكترونية تسميتها من هذه الوسائل وينعكس استخدامها على آليات تكوينها وتنفيذها، فبالنسبة لآليات تكوينها فإن إبرام هذه العقود يبقى يخضع للقواعد العامة، إلا أن الخصائص المميزة لها والوسائل المستخدمة فيها تضفي بعض الخصوصية على الإيجاب والقبول الإلكترونيين، ولحظة انعقاد العقد ومكانه، وهذا ما يستتبع ضرورة إعادة النظر في هذه المسائل بتقنينها حسب ما يفرضه عالم التجارة الإلكترونية من سرعة وثقة بين أفرادها، وما يحفظ لأطراف العلاقة التعاقدية حقوقهم، وذلك بإعادة صياغة نظريات جديدة تتعلق بإبرام العقد ولحظة اقتران الإيجاب والقبول، خاصة مع ظهور النظرية المزدوجة في إبرام العقد والتي تفرق بين زمان ومكان انعقاد العقد، وذلك لأن العقد الإلكتروني ليس بين حاضرين مكانا وزمانا وليس بين غائبين كذلك دائما، وإنما يختلف باختلاف الوسيلة ومن ثم طريقة التعبير عن الإرادة.

وفي هذه المرحلة كذلك، فإن عقود التجارة الإلكترونية وما ترتبه تواجه تحد قانوني عميق بل يكاد يكون أهم المنعطفات التي تقف في وجه التجارة الإلكترونية فتعيق تطورها وازدهارها، وهو مشكل الإثبات كما رأينا ذلك، والحق الذي لا إثبات له حق لا وجود له، لهذا دأبت التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية في البداية على توفير مستوى معين من الأمن والمصداقية لهذه العقود عن طريق آلية التشفير، والتوقيع الإلكتروني والذي أعطت له حجية تضاهي حجية التوقيع التقليدي،كما خولت لجهة محايدة التصديق على التواقيع الإلكترونية والاعتراف بها.

وعلى غرار هذا فإنه بات من المؤكد الاعتراف بالمحررات الإلكترونية وإضفاء عليها حجية قانونية مكافئة للمحررات التقليدية، بل ذهب المشرع الفرنسي إلى أنه في حالة تعارض المحررات التقليدية مع المحررات الإلكترونية فإن للقاضي أن يأخذ بأكثرها مقاربة للحقيقة وله سلطة تقديرية في

ذلك ،وبهذا يكون الزمن الذي ارتبطت فيه الكتابة بالورق والقلم قد أفل وظهر مفهوم جديد للكتابة على دعامات جديدة، بشرط أن تكون مستمرة في الوجود موثقة في نسبتها إلى من صدرت عنه، قابلة للاسترجاع والقراءة من طرف الإنسان، كما برزت بهذه المناسبة إمكانية الإقتناع بالكتابة الإلكترونية كركن في انعقاد العقد.

أما بالنسبة لآلية تنفيذها، فإن الطبيعة اللامادية لبعض البضائع والخدمات والتباعد المكاني لطرفي العقد يلقي بضلاله على الالتزامات التي تقع على عاتق طرفي العقد فتأخذ صورا جديدة، فالدفع أصبح إلكترونيا، مما ينبأ بإخفاء العملية الورقية وظهور النقد الإلكتروني، كما أن التزامات البائع بالضمان أصبحت تأخذ صورا جديدة تهدف إلى الحماية من الفيروسات، هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن المستهلك في العقود الإلكترونية يحظى بحماية خاصة ويرتجي نظاما قانونيا متكاملا لضمان حقوقه كالحق في الإعلام والحق في الرجوع، وهذا بالتأكيد ما يدعونا إلى إعادة النظر في المنظومة القانونية التقليدية لحماية المستهلك التقليدي.

إذا كان هذا هو الحال بالنسبة للالتزامات المباشرة، فإنه بالنسبة للالتزامات الغير مباشرة والتي تثور بمناسبة المنازعات وآليات تسويتها فإن نظام المسؤولية الإلكترونية يبقى يخضع للنظرية العامة من كونها مسؤولية عقدية تقوم على الخطأ العقدي مع ملاحظة صعوبة إثباته ونسبته للفاعل نظرا لتشابك العلاقات القانونية وتداخلها وتعدد الأطراف الفاعلة في بيئة التجارة الالكترونية.

وأمام الطابع الدولي للعقد الإلكتروني فإن مسألة القانون الواجب التطبيق أنجبت قانون دولي موحد لقواعد التجارة الإلكترونية اصطلح عليها lex électronica مع ظهور آليات جديدة مثل المحاكم الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية.

إن النتيجة المستخلصة من خلال النقاط السابقة هي ضرورة تعديل قواعد القانون التقليدية لتتناسب مع معطيات وتحديات التجارة الإلكترونية والتكنولوجيا الحديثة عموما، وهذا التعديل يكون وفق أحد الطريقين، إما أن يكون بتعديل كل القوانين ذات الصلة على تعددها وكثرتها، وهذا ما يلاحظ من خلال المواضيع المعالجة في هذا البحث، وإما أن يكون بإصدار قانون واحد يتعلق بالموضوع ويشمل كل عناصره ويحيل إلى القواعد العامة فيما يشترك معها.

ونعتقد أن الطريقة الثانية محبذة لأنها النهج الذي تبنته جل الدول في تقنينها لعقود التجارة الإلكترونية، كما أن تعديل كل القوانين ذات الصلة ليس بالأمر اليسير، ويكون ذلك عن طريق اعتماد قانون اليونسترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية كقانون استرشادي، يستهدى به لإصدار قانون جزائري يتعلق بالتجارة الإلكترونية إلا أن هذا لا يتأتى بسهولة، وإنما يكون بعد دراسات ونقاشات معمقة، هذا ما يجعل هذا الموضوع مفتوح للبحث نظرا لما يثيره من ظواهر وعلاقات اجتماعية يجب التأسيس لها قانونيا من خلال بحث ما تتركه قراءة هذا الموضوع من إشكالات.

الملاحق

1. القانون التونسي الخاص بالمبادلات و التجارية الإلكترونية

قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية (1)

باسم الشعب بعد موافقة، مجلس النواب يصدر رئيس الجمهورية القانون الآتي نصه:

الباب الأول

أحكام عامة

الفصل 1

يضبط هذا القانون القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الالكترونية.وتخضع المبادلات والتجارة الالكترونية في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون إلى التشريع والتراتيب الجاري بها العمل.

يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني و صحتها و قابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

الفصل 2

يقصد في مفهوم هذا القانون بـ:

- المبادلات الالكترونية: المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية
- التجارة الالكترونية: العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية.
- شهادة المصادقة الالكترونية: الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها اثر المعاينة، على صحة البيانات التي تتضمنها.
- مزود خدمات المصادقة الالكترونية: كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الالكتروني

- التشفير: أما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها.
- منظومة إحداث الإمضاء: مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني.
- منظومة التدقيق في الإمضاء: مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الالكتروني.
- وسيلة الدفع الالكتروني: الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات.
- منتوج: كل خدمة أو منتوج طبيعي أو فلاحي أو حرفي أو صناعي، مادي أولا مادي.

الفصل 3

يخضع استعمال التشفير في المبادلات والتجارة الالكترونية عبر الشبكات العمومية للاتصالات إلى التراتيب الجاري بها العمل في ميدان الخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات.

الباب الثاني
في الوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني

الفصل 4

يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية. ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسلة به ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

ويتم حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني يمكن من:

- الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها.
- حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها.
- حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها

الفصل 5

يمكن لكل من يرغب في إمضاء وثيقة الكترونية إحداث إمضائه الالكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات.

الفصل 6

يتعين على كل من يستعمل منظومة إمضاء الكتروني:

- اتخاذ الاحتياطات الدنيا التي يتم ضبطها في القرار المنصوص عليه بالفصل 5 من هذا القانون لتفادي كل استعمال غير مشروع لعناصر التشفير أو المعدات الشخصية المتعلقة بإمضائه
- إعلام مزود خدمات المصادقة الالكترونية بكل استعمال غير مشروع لإمضائه.
- الحرص على مصداقية كافة المعطيات التي صرح بها لمزود خدمات المصادقة الالكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق في إمضائه

الفصل 7

في صورة إخلاله بالالتزامات المنصوص عليها بالفصل 6 هن هذا القانون، يتحمل صاحب الإمضاء مسؤولية الأضرار اللاحقة بالغير الناتجة عن ذلك.

الباب الثالث

في الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية

الفصل 8

أحدثت مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي أطلق عليها اسم (الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية) و تخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري ومقراها بتونس العاصمة.

الفصل 9

تتولى هذه المؤسسة القيام خاصة بالمهام التالية:

- منح ترخيص تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية على كامل تراب الجمهورية التونسية.
- السهر على مراقبة احترام مزود خدمات المصادقة الالكترونية لأحكام هذا القانون ونصوصه التطبيقية.
- تحديد مواصفات منظومة إحداث الإمضاء و التدقيق.
- إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية.
- إصدار وتسليم وحفظ شهادات المصادقة الالكترونية الخاصة بالأعوان العموميين المؤهلين للقيام بالمبادلات الالكترونية ويمكن أن يتم ذلك مباشرة أو عبر مزودي خدمات مصادقة الكترونية عموميين.
- المساهمة في أنشطة البحث والتكوين والدراسة ذات العلاقة بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

وبصفة عامة كل نشاط آخر يقع تكليفها به من قبل سلطة الإشراف وله علاقة بميدان تدخلها.

و هي تخضع لإشراف الوزارة المكلفة بالقطاع.

الفصل 10

يمكن أن تسند إلى الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية عن طريق التخصيص ممتلكات الدولة المنقولة وغير المنقولة الضرورية للقيام بمهامها. وفي صورة حل المؤسسة ترجع ممتلكاتها إلى الدولة التي تتولى تنفيذ التزاماتها وتعهداتها طبقا للتشريع الجاري به العمل.

الباب الرابع
في خدمات المصادقة الالكترونية

الفصل 11

يتعين على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية الحصول على ترخيص مسبق من الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية.

ويجب أن تتوافر في الشخص الطبيعي أو الممثل القانوني للشخص المعنوي الراغب في الحصول على ترخيص التعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية الشروط التالية:

- أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ خمسة أعوام على الأقل.
- أن يكون مقيما بالبلاد التونسية.
- أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية.
- أن يكون متحصلا على الأقل على شهادة الإعدادية أو ما يعادلها
- أن لا يتعاطى نشاطا مهنيا آخر

الفصل 12

يتولى كل مزود خدمات المصادقة الالكترونية إصدار وتصميم وحفظ الشهادات وفقا لكراس شروط تتم المصادقة عليه بأمر، وعند الاقتضاء تعليقها أو إلغاءها وفقا لأحكام هذا القانون.

ويتضمن كراس الشروط خاصة:

- كلفة دراسة ومتابعة ملفات مطالب الشهادات.
- آجال دراسة الملفات.
- الإمكانيات المادية والمالية والبشرية التي يجب توفرها لتعاطي النشاط.
- شروط تأمين التفاعل المتبادل لأنظمة المصادقة وربط سجلات شهادات المصادقة.
- القواعد المتعلقة بالإعلام والخاصة بخدماته والشهادات التي سلمها والتي يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية حفظها.

الفصل 13

يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية استعمال وسائل موثوق بها لإصدار وتسليم وحفظ الشهادات و اتخاذ الوسائل اللازمة لحمايتها من التقليد والتدليس وفقا لكراس الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون.

الفصل 14

على كل مزود خدمات مصادقة الالكترونية مسك سجل الكتروني لشهادات المصادقة على ذمة المستعملين مفتوح للاطلاع الكترونيا بصفة مستمرة على المعلومات المدونة به.

ويتضمن سجل شهادات المصادقة من كل، عند الاقتضاء، تاريخ تعليق الشهادات أو إلغاؤها.

ويتعين حماية هذا السجل وشهادة المصادقة من كل تغيير غير مرخص فيه.

الفصل 15

يتعين على مزودي خدمات المصادقة الكترونية وأعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي أنشطتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا في نشرها أو إعلام بها أوفي الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل.

الفصل 16

يتولى مزود خدمات المصادقة الالكترونية،عند طلب شهادة جمع المعلومات ذات الصبغة الشخصية مباشرة من الشخص المعني وله أن يتحصل عليها من الغير بعد الموافقة الكتابية أو الالكترونية لهذا الشخص.

يحجر على مزود خدمات المصادقة الالكترونية جمع المعلومات التي لا تكون ضرورية لتسليم الشهادة.

ويحجر عليه استعمال المعلومات التي جمعها بغرض تسليم الشهادة خارج إطار أنشطة المصادقة، ما لم يحصل كتابيا أو الكترونيا على موافقة الشخص المعني.

الفصل 17

يصدر مزود خدمات المصادقة الالكترونية شهادات مصادقة تستجيب لمقتضات السلامة والوثوق بها. وتضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة و الوثوق بها بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات.

وتتضمن هذه الشهادة بالخصوص:

- هوية صاحب الشهادة.
- هوية الشخص الذي أصدرها وإمضاء الكتروني
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة.
- مدة صلاحية الشهادة

- مجالات استعمال الشهادة

الفصل 18

يضمن مزود خدمات المصادقة الالكترونية:

- صحة المعلومة المصادق عليها التي تضمنتها الشهادة في تاريخ تسليمها،

- الصلة بين صاحب الشهادة ومنظومة التدقيق في الإمضاء الخاصة به،

- انفراد صاحب الشهادة بمسك منظومة إحداث إمضاء مطابقة لأحكام القرار المنصوص عليه بالفصل 5 من هذا القانون ومتكاملة مع منظومة التدقيق في الإمضاء المعروفة في الشهادة في تاريخ تسلمها.

وعند تسليم شهادة المطادقة إلى شخص معنوي يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية التدقيق مسبقا في هوية الشخص الطبيعي الذي يتقدم اليه وصفة تمثيله للشخص المعنوي

الفصل 19

يتولى مزود خدمات المصادقة الالكترونية تعليق العمل بشهادة المصادقة حالا بطلب من صاحبها أوعندما يتبين: - ان الشهادة سلمت بالاعتماد على معلومات مغلوطة أومزيفة،

- انه تم انتهاك منظومة احداث الإمضاء،

- ان الشهادة استعملت بغرض التدليس،

- ان المعلومات المضمنة بالشهادة قد تغيرت،

ويتولى مزود خدمات المصادقة الالكترونية اعلام صاحب الشهادة حالا بالتعليق وسببه

ويتم رفع هذا التعليق حالا اذا تبينت صحة المعلومات المدونة بالشهادة واستعمالها بصفة شرعية.

ويعارض صاحب الشهادة أوالغير بقرار مزود الخدمات الخاص بتعليق الشهادة من تاريخ نشره بالسجل الالكتروني المنصوص عليه بالفصل 14 من هذا القانون.

الفصل 20

يلغي مزود خدمات المصادقة الالكترونية حالا الشهادة في الحالات التالية

- عند طلب صاحب الشهادة،

- عند اعلامه بوفاة الشخص الطبيعي أوانحلال الشخص المعنوي صاحب الشهادة،

- عند القيام باختبارات دقيقة، بعد تعليقها، تبين ان المعلومات مغلوطة أومزيفة أوانها غير مطابقة للواقع أوانه قد تم انتهاك منظومة احداث الإمضاء أوالاستعمال المدلس للشهادة.

ويعارض صاحب الشهادة أوالغير بقرار مزود الخدمات الخاص بالغاء الشهادة من تاريخ نشره بالسجل الالكتروني المنصوص عليه بالفصل 14 من هذا القانون

الفصل 21

يكون صاحب الشهادة المسؤول الوحيد عن سرية وسلامة منظومة احداث الإمضاء التي يستعملها، وكل استعمال لهذه المنظومة يعتبر صادرا منه.

ويتعين على صاحب الشهادة اعلام مزود خدمات المصادقة الالكترونية بكل تغيير للمعلومات المضمنة بالشهادة. لا يمكن لصاحب الشهادة التي تم تعليقها أوالغاؤها استعمال عناصر التشفير الشخصية للإمضاء موضوع الشهادة المعينة والمصادقة على هذه العناصر من جديد لدى مزود اخر لخدمات المصادقة الالكترونية

الفصل 22

يكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسوؤل عن كل ضرر حصل لكل شخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها بالفصل 18 من هذا القانون.

ويكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق أوالغاء شهادة طبقا للفصلين 19 و 20 من هذا القانون.

ويكون مزود خدمات المصادقة الالكترونية مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب الشهادة لشروط استعمالها أوشروط احداث إمضائه الالكتروني.

الفصل 23

تعتبر الشهادات المسلمة من مزود خدمات المصادقة الالكترونية الموجود ببلد اجنبي كشهادات مسلمة من مزود خدمات المصادقة الالكترونية موجود بالبلاد التونسية اذا تم الاعتراف بهذا الهيكل في اطار اتفاقية اعتراف متبادل تبرمها الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية.

الفصل 24

يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية الراغب في ايقاف نشاطه اعلام الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية قبل تاريخ الايقاف بثلاثة اشهر على الاقل

و يمكن لمزود خدمات المصادقة الالكترونية تحويل جزء أوكل نشاطه إلى مزود اخر، ويتم هذا التحويل حسب الشروط التالية:

- اعلام اصحاب الشهادات الجاري بها العمل برغبته في تحويل الشهادات إلى مزود اخر قبل شهر من التحويل المنتظر على الاقل،
- تحديد هوية مزود خدمات المصادقة الالكترونية الذي ستحول اليه الشهادات،

- اعلام اصحاب الشهادة بامكانية رفض التحويل المنتظر وكذلك اجال وطرق الرفض. وتلغى الشهادات اذا عبر اصحابها كتابيا أوالكترونيا عن رفضهم في هذا الاجل

وفي حالة وفاة أوافلاس أوحل أوتصفية مزود خدمات المصادقة الالكترونية يخضع ورثته أووكلاؤه أوالمصفون إلى مقتضيات الفقرة الثانية من هذا الفصل في اجل لا يتجاوز ثلاثة اشهر.

وفي كل حالات ايقاف النشاط يتعين اتلاف المعطيات الشخصية التي بقيت تحت تصرف المزود وذلك بحضور ممثل عن الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية

الباب الخامس
في المعاملات التجارية الالكترونية

الفصل 25

يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات،
- وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة،
- طبيعة وخاشيات وسعر المنتوج،
- كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة،
- الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة،
- شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع،
- وإجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة،
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات،
- إمكانية العدول عن الشراء واجله،
- كيفية إقرار الطلبية،
- طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ،
- كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها عل أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل،
- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة،
- المدة الدنيا للعقد، في ما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية،

يتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة

الفصل 26

يحجر على البائع تسليم منتوج مشروط بطلب دفع، لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك.

وفي حالة تسليم منتوج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية، لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو كلفة تسليمه.

الفصل 27

يتعين على البائع، قبل إبرام العقد تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته وكذلك الاطلاع على شهادة المصادقة الالكترونية المتعلقة بإمضائه.

الفصل 28

ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

الفصل 29

يتعين على البائع أن يوفر للمستهلك عند الطلب خلال العشرة أيام الموالية لإبرام العقد وثيقة كتابية أو الكترونية تتضمن كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع.

الفصل 30

مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في اجل عشرة ايام عمل، تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك،
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد،

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد.

في هذه الحالة، يعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في اجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.

ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

الفصل 31

بقطع النظر عن جبر الضرر لفائدة المستهلك، يمكن لهذا الأخير إرجاع المنتوج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وذلك في أجل عشرة أيام عمل تحتسب بداية من تاريخ التسليم.

في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع المنتوج.

الفصل 32

مع مراعاة أحكام الفصل 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية، لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء اجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك،

- إذا تم تزويد المستهلك بمنتجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها،

- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا،

-شراء الصحف والمجلات

الفصل 33

إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فان عدول المستهلك عن الشراء يفسخ عقد القرض بدون تعويض.

الفصل 34

باستثناء حالات سوء الاستعمال يتحمل البائع، في حالة البيع مع التجربة، الأخطار التي قد يتعرض إليها المنتوج وذلك إلى غاية انتهاء مدة تجربته ويعد لاغيا كل شرط للإعفاء من المسؤولية يكون مخالفا لأحكام هذا الفصل.

الفصل 35

يتعين على البائع، في صورة عدم توفر المنتوج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في اجل أقصاه 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد وإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه.

وباستثناء حالات القوة القاهرة يفسخ العقد إذا اخل البائع بالتزاماته ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به

الفصل 36

على البائع إثبات حصول الإعلام المسبق وإقرار المعلومات واحترام الآجال وقبول المستهلك وكل اتفاق مخالف يعد باطلا.

الفصل 37

تخضع عمليات الدفع المتعلقة بالمبادلات والتجارة الالكترونية إلى التشريع والترتيب الجاري بها العمل.

يجب على صاحب وسيلة الدفع الالكتروني إعلام مصدرها بضياعها أو سرقتها أو ضياع أو سرقة الوسائل التي تمكن من استعمالها وكذلك كل استعمال مزيف لها.
يجب على مصدر وسيلة الدفع الالكتروني تحديد الوسائل الملائمة لهذا الاعلام في العقد المبرم مع صاحبها.
بقطع النظر عن حالات التدليس، فان صاحب وسيلة الدفع الالكتروني:
- يتحمل، إلى تاريخ اعلامه المصدر، نتائج ضياع أوسرقة وسيلة الدفع أواستعمالها المزيف من قبل الغير.
- لا يتحمل أي مسؤولية من استعمال وسيلة الدفع الالكتروني بعد اعلام المصدر.
واستعمال وسيلة الدفع الالكتروني دون تقديم الوسيلة وتحديد الهوية الكترونيا لا يلزم صاحبها.

الباب السادس
في حماية المعطيات الشخصية

الفصل 38
لا يمكن لمزود خدمات المصادقة الالكترونية معالجة المعطيات الشخصية الا بعد موافقة صاحب المعني.
ويمكن اعتماد الاعلام الالكتروني بالموافقة اذا ضمن المزود:
- اعلام صاحب الشهادة بحقه في سحب الموافقة في كل وقت،
- امكانية تحديد هوية الأطراف المستعملة للمعطيات الشخصية،
- الاحتفاظ بحجة الموافقة التي لا يمكن تغييرها،

الفصل 39
باستثناء حالة موافقة صاحب الشهادة، لا يمكن لمزود خدمات المصادقة الالكترونية أواحد اعوانه جمع المعلومات الخاصة بصاحب الشهادة الا ما كان منها ضروريا لابرام العقد وتحديد محتواه و تنفيذ واعداد واصدار الفاتورة.
لا يمكن استعمال المعطيات المجمعة طبقا للفقرة الاولى من هذا الفصل لغير الغاية المذكورة اعلاه من قبل المزود أوغيره الا اذا تم اعلام صاحب الشهادة بذلك ولم يعارضه.

الفصل 40
يمنع على مستعملي المعطيات الشخصية المجمعة طبقا للفصل 39 من هذا القانون ارسال الوثائق الالكترونية إلى صاحب الشهادة الذي يرفض صراحة قبولها.

و يتعين على صاحب الشهادة اعلام الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية باعتراضه بواسطة رسالة مضمونة الوصول مع اعلام بالبلوغ.
ويعتبر هذا الاعلام قرينة قاطعة على معرفة كل المزودين والغير لهذا الاعتراض.

الفصل 41
يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكترونية، قبل كل معالجة للمعلومات الشخصية، اعلام صاحب الشهادة بواسطة اشعار خاص بالاجراءات المتبعة من قبله في مجال حماية المعطيات الشخصية.
ويتعين ان تمكن هذه الاجراءات صاحب الشهادة من الاطلاع آليا وبطريقة مبسطة على محتوى المعطيات.
ويجب ان تحدد هذه الاجراءات هوية المسؤول عن المعالجة وطبيعة المعطيات والغاية من المعالجة واصناف واماكن المعالجة، وعند الاقتضاء كل معلومة ضرورية لضمان المعالجة الامنية للمعطيات.

الفصل 42
يمكن لصاحب الشهادة، في كل وقت، بطلب ممضى بخط اليد أوالكترونيا النفاذ إلى المعلومات الشخصية المتعلقة به وتعديلها. ويشمل حق النفاذ والتعديل الدخول على جميع المعطيات الشخصية المتعلقة بصاحب الشهادة.
ويتعين على المزود وضع الامكانيات التقنية اللازمة لتمكين صاحب الشهادة من ارسال مطلبه الممضى لتعديل المعلومات أوفسخها بطريقة الكترونية.

الباب السابع
في المخالفات والعقوبات

الفصل 43
تتم معاينة المخالفات لاحكام هذا القانون من قبل اعوان الضابطة العدلية والأعوان المحلفين للوزارة المكلفة بالاتصالات والوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية واعوان المراقبة الاقتصادية وفق الشروط المنصوص عليها بالقانون عدد 64 لسنة 1991 المؤرخ في 29 جويلية 1991 المتعلق بالمنافسة والاسعار والنصوص المنقحة والمتممة له.

الفصل 44

يسحب الترخيص من مزود خدمات المصادقة الالكترونية ويتم ايقاف نشاطه، اذا اخل بواجباته المنصوص عليها بهذا القانون أوبنصوصه التطبيقية. وتتولى الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية سحب الترخيص بعد سماع المزود المعني بالامر.

الفصل 45

علاوة على العقوبات المبنية بالفصل 44 من هذا القانون يعاقب كل مزود خدمات المصادقة الالكترونية لم يراع مقتضيات كراس الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون بخطية تتراوح بين 1.000 و 10.000 دينار.

الفصل 46

يعاقب كل من يمارس نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية بدون الحصول على ترخيص مبق طبقا للفصل 11 من هذا القانون بالسجن لمدة تتراوح بين شهرين و 3 سنوات وبخطية تتراوح بين 1.000 و 10.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الفصل 47

يعاقب كل من صرح عمدا بمعطيات خاطئة لمزود خدمات المصادقة الالكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق بإمضائه بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين وبخطية تتراوح بين 1.000 و 10.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الفصل 48

يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين و بخطية تتراوح بين 1.000 و 10.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.

الفصل 49

يعاقب كل مخالف لأحكام الفصول 25و27 و 29 والفقرة الثانية من الفصل 31 والفصل 34 و الفقرة الأولى من الفصل 35 من هذا القانون بخطية تتراوح بين 5.00 و 5.000 دينار.

الفصل 50

يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين 1.000 و 20.000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا

الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت انه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.

الفصل 51

يعاقب كل من مخالف لأحكام الفصلين 38 و39 بخطية تتراوح بين 1000 و 10000 دينار.

الفصل 52

يعاقب طبقا لأحكام الفصل 254 من المجلة الجنائية مزود خدمات المصادقة الالكترونية وأعوانه الذين يفشون أو يحثون أو يشاركون في إفشاء المعلومات التي عهدت إليهم في إطار تعاطي نشاطاتهم باستثناء تلك التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا في نشرها أو الإعلام بها أوفي الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري به العمل.

الفصل 53

مع حفظ الحقوق المدنية للمتضررين، يمكن للوزير المكلف بالتجارة إجراء الصلح في المخالفات المنصوص عليها بالفصل 49 من هذا القانون و التي تتم معاينتها وفقا لأحكام هذا القانون.

مع حفظ الحقوق المدنية للمتضررين، يمكن للوزير المشرف على الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية إجراء الصلح في المخالفات المنصوص عليها بالفصل 45 من هذا القانون والتي تتم معاينتها وفقا لأحكام هذا القانون. وتكون طرق وإجراءات الصلح وفق النصوص القانونية الجاري بها العمل والمنظمة للمراقبة الاقتصادية وخاصة القانون عدد 64 لسنة 1991 المتعلق بالمنافسة والأسعار والنصوص المنقحة و المتممة له، بدون المساس بحقوق الغير.

تنقرض الدعوى العمومية بدفع المبلغ المعين في عقد الصلح.

ينشر هذا القانون بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية وينفذ كقانون من قوانين الدولة.

تونس في 9 أوت 2000

2. القرار الذي اتخذته الجمعية العامة

{ بناء على تقرير اللجنة السادسة (A/51/628) }

162/51 - القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي

اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

إن الجمعية العامة :

إذ تشير إلى قرارها 225 (د - 21) المؤرخ 17 كانون الأول / ديسمبر 1966، الذي أنشأت بموجبه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مستندة إليها ولاية تشجيع التنسيق والتوحيد التدريجيين للقانون التجاري الدولي أخذة في اعتبارها، في هذا الصدد مصالح جميع الشعوب وخاصة شعوب البلدان النامية، في تنمية التجارة الدولية تنمية شاملة.

وإذ تلاحظ أن عددا متزايدا من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الالكتروني للبيانات وغير ذلك من وسائل الاتصال، يشار إليها عادة باسم " التجارة الالكترونية "، التي تنطوي على استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات.

وإذ تشير إلى التوصية التي اعتمدتها اللجنة في دورتها الثامنة عشرة عامة 1985 بشأن القيمة القانونية للسجلات الحاسوبية، والفقرة 5 (ب) من قرار الجمعية العامة 71/40 المؤرخ 11 كانون الأول / ديسمبر 1985 التي طلبت فيها الجمعية العامة إلى الحكومات المنظمات الدولية أن تتخذ، حيث يكون ذلك مناسبا إجراءات تتمشى مع توصية اللجنة، وذلك بغية تأمين الضمان القانوني في سياق استخدام التجهيز الآلي للبيانات في التجارة الدولية على أوسع نطاق ممكن.

واقتناعا منها بأن وضع قانون نموذجي ييسر استخدام التجارة الالكترونية ويكون مقبولا لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة يمكن أن يساهم على نحو هام في تنمية علاقات اقتصادية دولية منسجمة.

وإذ تلاحظ أن اللجنة اعتمدت القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في دورتها التاسعة والعشرين، بعد مراعاة ملاحظات الحكومات والمنظمات المعنية.

وإذ تؤمن بأن اعتماد اللجنة للقانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية سيساعد على نحو هام جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم استخدام بدائل للأشكال الورقية للاتصال وتخزين المعلومات، وعلى صياغة هذه التشريعات في حال عدم وجودها.

1 - **تعرب** عن تقديرها للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لانتهائها من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الوارد في مرفق هذا القرار واعتمادها له، ولإعداد الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي.

2 - **توصي** بأن تولي جميع الدول اعتبارا محبذا للقانون النموذجي عندما تقوم بسن قوانينها أو تنقيحها، وذلك بالنظر إلى ضرورة توحيد القوانين الواجبة التطبيق على البدائل للأشكال لورقية للاتصال وتخزين المعلومات.

3 - **توصي** أيضا ببذل كل الجهود الممكنة لضمان أن يكون القانون النموذجي والدليل معروفين عموما ومتوفرين.

الجلسة العامة 85

16 كانون أول / ديسمبر 1996

قانون الأونسيترال النموذجي
بشأن التجارة الالكترونية

[الأصل : بالاسبانية والانجليزية والروسية والصينية والعربية والفرنسية]

الجزء الأول - التجارة الالكترونية عموما

الفصل الأول - أحكام عامة

المادة 1 - نطاق التطبيق

ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية

المادة 2 - تعريف المصطلحات

لأغراض هذا القانون :

(أ) يراد بمصطلح " رسالة بيانات " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي.

(ب) يراد بمصطلح " تبادل البيانات الالكترونية " نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

(ج) يراد بمصطلح " منشئ " رسالة البيانات الشخصي الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

(د) يراد بمصطلح " المرسل إليه " رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

(هـ) يراد بمصطلح " الوسيط " فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخرين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه.

(و) يراد بمصطلح " نظام معلومات " النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر.

المادة 3 - التفسير

(1) يولى ا لاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع توحيد تطبيقه وتوفر حسن النية.

(2) المسائل المتعلقة بالأمور التي ينظمها هذا القانون ولا يكون قاطعا صراحة في شأنها تسوى وفقا للمبادئ العامة التي يقوم عليها هذا القانون.

المادة 4 - التغيير بالاتفاق

(1) في العلاقة بين الأطراف المشتركة في إنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر، وما لم ينص على غير ذلك، يجوز تغيير أحكام الفصل الثالث بالاتفاق.

(2) لا تخل الفقرة (1) بأي حق قد يكون قائما في أن تعدل بالاتفاق أية قاعدة قانونية مشار إليها في الفصل الثاني.

الفصل الثاني : تطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات

المادة 5 - الاعتراف القانوني برسائل البيانات

لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات.

المادة 5 (مكررا) – الإضافة بالإحالة (مضافة بقرار اللجنة في دور الانعقاد الحادي والثلاثين في حزيران/ يونيه عام 1998)

لا تنكر القيمة القانونية للبيانات أو صحتها أو قابليتها للنفاذ لمجرد أنها لم ترد في رسالة بيانات التي من شانها ان تمنحها هذا الأثر القانوني حال كونها قد أحيل لها في رسالة البيانات هذه.

المادة 6 - الكتابة

(1) عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا.

(2) تسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانوني بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة.

(3) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

المادة 7 - التوقيع

(1) عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا :

(أ) استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الورادة في رسالة البيانات.

(ب) كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من اجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.

(2) تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع.

(3) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

المادة 8 - الأصل

(1) عندما يشترط القانون تقديم المعلومات أو الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي، تستوفي رسالة البيانات هذا الشرط إذا :

(أ) وجد ما يعول عليه لتأكيد سلامة المعلومات منذ الوقت الذي أنشئت فيه للمرة الأولى في شكلها النهائي، بوصفها رسالة بيانات أو غير ذلك.

(ب) كانت تلك المعلومات مما يمكن عرضه على الشخص المقرر أن تقدم إليه وذلك عندما يشترط تقديم تلك المعلومات.

(2) تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على عدم تقديم البيانات أو عدم الاحتفاظ بها في شكلها الأصلي.

(3) لأغراض الفقرة الفرعية (أ) من الفقرة (1) :

(أ) يكون معيار تقدير سلامة المعلومات هو تحديد ما إذا كانت قد بقيت مكتملة ودون تغيير، باستثناء إضافة أي تظهير يطرأ أثناء المجرى العادي للإبلاغ والتخزين والعرض.

(ب) تقدير درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي أنشئت من اجله المعلومات على ضوء جميع الظروف ذات الصلة.

(4) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

المادة 9 - قبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات

(1) في أية إجراءات قانونية، لا يطبق أي حكم من أحكام قواعد الإثبات من اجل الحيلولة دون قبول رسالة البيانات كدليل إثبات :

(أ) لمجرد أنها رسالة بيانات أو.

(ب) بدعوى أنها ليست في شكلها الأصلي، إذا كانت في أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة من الشخص الذي يستشهد بها أن يحصل عليه.

(2) يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات. وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات، يولى الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ

رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها ولأي عامل آخر يتصل بالأمر.

المادة 10 - الاحتفاظ برسائل البيانات

(1) عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات، شريطة مراعاة الشروط التالية:

(أ) تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.

(ب) الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات ..... دقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت.

(ج) الاحتفاظ بالمعلومات، إن وجدت، التي تمكن من استبانه منشأ رسالة البيانات وجهة وصولها تاريخ وقت إرسالها واستلامها.

(2) لا ينسحب الالتزام بالاحتفاظ بالمستندات أو السجلات ..... للفقرة (1) على أية معلومات يكون الغرض الوحيد منها هو التمكين من إرسال الرسالة أو استلامها.

(3) يجوز للشخص أن يستوفي المقتضى المشار إليه في الفقرة (1) بالاستعانة بخدمات أي شخص آخر، شريطة مراعاة الشروط المنصوص عليها في الفقرات الفرعية (أ) و (ب) و (ج) من الفقرة (1).

الفصل الثالث - إبلاغ رسائل البيانات

المادة 11 - تكوين العقود وصحتها

(1) في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض.

(2) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

المادة 12 - اعتراف الأطراف برسائل البيانات

(1) في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد انه على شكل رسالة بيانات.

(2) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

المادة 13 - إسناد رسائل البيانات

(1) تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

(2) في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت :

(أ) من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات، أو

(ب) من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا

(3) في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ وان يتصرف على أساس هذا الافتراض، إذا :

(أ) طبق المرسل إليه تطبيقا سليما، من اجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ إجراء سبق إن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض. أو

(ب) كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا.

المادة 14 - الإقرار بالاستلام

(1) تنطبق الفقرات من (2) إلى (4) من هذه المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه، وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات، أو بواسطة تلك الرسالة، توجيه إقرار باستلام رسالة البيانات، أو اتفق معه على ذلك.

(2) إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو على ان يتم بطريقة معينة، يجوز الإقرار بالاستلام عن طريق:

(أ) أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواء اكان بوسيلة الية أو باية وسيلة اخرى، أو

(ب) أي سلوك من جانب المرسل اليه.

وذلك بما يكون كافيا لاعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات.

(3) إذا كان المنشئ قد ذكر ان رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام، تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل اصلا إلى حين ورود الاقرار.

(4) إذا لم يكن المنشئ قد ذكر ان رسالة البيانات مشروطة بتلقي الإقرار بالاستلام، ولم يتلق المنشئ ذلك الإقرار في غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه، أو في غضون وقت معقول إذا لم يكن قد تم تحديد وقت معين أو الاتفاق عليه، فان المنشئ :

(أ) يجوز له ان يوجه إلى المرسل إليه اشعارا يذكر فيه انه لم يتلق أي اقرار بالاستلام ويحدد فيه وقتا معقولا يتعين في غضونه تلقي ذلك الإقرار.

(ب) يجوز له إذا لم يرد الإقرار بالاستلام في غضون الوقت المحدد في الفقرة الفرعية (أ) بعد توجيه إشعار إلى المرسل إليه، أن يعامل رسالة البيانات كأنها لم ترسل أصلا، أو يلجأ إلى التمسك بما قد يكون له من حقوق أخرى.

(5) عندما يتلقى المنشئ إقرار باستلام من المرسل إليه، يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الصلة، ولا ينطوي هذا الافتراض ضمنا على أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت.

(6) عندما يذكر الإقرار بالاستلام الذي يرد أن رسالة البيانات ذات الصلة قد استوفت الشروط الغنية سواء المتفق عليها أو المحددة في المعايير المعمول بها، يفترض أن تلك الشروط قد استوفيت.

(7) لا تتعلق هذه المادة إلا بإرسال رسالة البيانات أو استلامها، ولا يقصد منها أن تعالج العواقب القانونية التي قد تترتب سواء على رسالة البيانات أو على الإقرار باستلامها.

المادة 15 - زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات

(1) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

(2) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي :

(أ) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

" 1 " وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين. أو

" 2 " وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي م تعينه.

(ب) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه.

(3) تنطبق الفقرة (2) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر ان رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (4).

(4) ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. ولأغراض هذه الفقرة :

(أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقرا لعمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

(ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد.

(5) لا تنطبق أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

الجزء الثاني - التجارة الالكترونية في مجالات محددة

الفصل الأول - نقل البضائع

المادة 16 - الأفعال المتصلة بنقل البضائع

مع عدم الإخلال بأحكام الجزء الأول من هذا القانون، ينطبق هذا الفصل على أي فعل يكون مرتبطا بعقد لنقل البضائع أو يضطلع به تنفيذا لهذا العقد، بما في ذلك على سبيل البيان لا الحصر:

(أ) " 1 " التزويد بعلامات البضائع أو عددها أو كميتها أو وزنها.

" 2 " بيان طبيعة البضائع أو قيمتها، أو الإقرار بها.

" 3 " إصدار إيصال بالبضائع.

" 4 " تأكيد أن البضائع قد جرى تحميلها.

(ب) « 1 " إبلاغ أي شخص بشروط العقد وأحكامه

" 2 " إعطاء التعليمات إلى الناقل

(ج) " 1 " المطالبة بتسليم البضائع

" 2 " الإذن بالإفراج عن البضائع

" 3 " الإخطار بوقوع هلاك أو تلف للبضائع.

(د) توجيه أي إخطار أو إقرار آخر يتعلق بتنفيذ العقد

(هـ) التعهد بتسليم البضائع إلى شخص معين بالاسم أو إلى شخص مرخص له بالمطالبة بالتسليم.

(و) منح حقوق في البضائع أو اكتسابها أو التخلي عنها أو التنازل عنها أو نقلها أو تداولها.

(ز) اكتساب أو نقل الحقوق والواجبات التي ينص عليها العقد.

المادة 17 - مستندات النقل

(1) رهنا بأحكام الفقرة (3)، عندما يشترط القانون تنفيذ أي فعل من الأفعال المشار إليها في المادة 16 باستخدام الكتابة أو باستخدام مستند الورق يستوفى ذلك الشرط إذا نفذ بالفعل باستخدام رسالة بيانات واحدة أو أكثر.

(2) تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفي في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب على التخلف أما عن تنفيذ الفعل كتابة أو عن استخدام مستند ورقي.

(3) إذا وجب منح حق أو إسناد التزام إلى شخص معين دون سواه وإذا اشترط القانون من اجل تنفيذ ذلك أن ينقل ذلك الحق أو الالتزام إلى ذلك الشخص بتحويل أو استخدام مستند ورقي يستوفى ذلك الشرط إذا نقل ذلك الحق أو الالتزام باستخدام رسالة بيانات واحدة أو أكثر شريطة استخدام وسيلة يمكن التعويل عليها لجعل رسالة البيانات أو رسائل البيانات المذكورة فريدة من نوعها.

(4) لأغراض الفقرة (3)، تقدر درجة التعويل المطلوب على ضوء الغرض الذي من أجلة نقل الحق أو الالتزام وعلى ضوء جميع الظروف، بما في ذلك أي اتفاق يكون متصلا بالأمر.

(5) متى استخدمت رسالة بيانات واحدة أو أكثر لتنفيذ أي فعل من الأفعال الواردة في الفقرتين الفرعيتين (و) و (ز) من المادة 16 لا يكون أي مستند ورقي يستخدم لتنفيذ أي فعل من تلك الأفعال صحيحا ما لم يتم العدول عن استخدام رسائل البيانات والاستعاضة عن ذلك باستخدام مستندات ورقية. ويجب في كل مستند ورقي يصدر في هذه الأحوال أن يتضمن إشعارا بذلك العدول. ولا يؤثر الاستعاضة عن رسائل البيانات بمستندات ورقية على حقوق أو التزامات الطرفين المعنيين.

(6) إذا انطبقت قاعدة قانونية إلزاميا على عقد لنقل البضائع يتضمنه مستند ورقي أو يثبته مستند ورقي، فلا يجوز اعتبار تلك القاعدة متعذرة التطبيق على هذا العقد لنقل البضائع الذي تثبته رسالة بيانات واحدة أو أكثر لمجرد أن العقد تثبته رسالة أو رسائل البيانات هذه بدلا من أن يثبته مستند ورقي.

(7) لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي : [.....]

..... انتهت الوثيقة

قائمة المراجع

1. أحمد خالد العلجوني، التعاقد عن طريق الإنترنت، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.

2. محمد على العريان، الجرائم المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية 2004.

3. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006.

4. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، سنة 2005.

5. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، دون طبعة، الأردن، 1997.

6. فاروق محمد أحمد الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية 2002.

7. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2006.

8. المرسوم التنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات أنترنت واستغلالها، ج ر ع 63.

9. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية 2004.

10. lucin rapp le courrier électronique–E.mail, imprimerie des presses universitaire de France, sans édition 1998.

11. مصطفى محمد موسى، المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر سنة 2005.

12. صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.

13. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول: التعرف القانوني، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر 1999.

14.قانون اليونسترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996.

15. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دون طبعة القاهرة سنة 1988.

16. عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول: شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

17. أشرف إحسان فقيه: هاتف المستقبل: اتصال وأكثر، مجلة التدريب والتقنية، جدة. العدد 75 – ربيع الأول 1426هـ مايو 2005.

18.قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001، وكذلك المادة 01 من التجارة الإلكترونية البحريني.

19. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2003.

20. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارنة، المؤسسة الوطنية للكتاب، دون طبعة، الجزائر 1990.

21. أحمد باشي واقع وآفاق التجارة الإلكترونية، مجلة الإدارة، الجزائر، العدد 26 سنة 2003.

22.القانون المدني الجزائري.

23.مرسوم تنفيذي رقم 01 – 123 مؤرخ في 09 ماي 2001 ويتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف الخدمات السلكية واللاسلكية. ج ر ع 27.

24. علي البارودي، القانون التجاري، الأعمال التجارية والتاجر والمنشأة التجارية وشركات الأشخاص، دار الهدى للمطبوعات، دون طبعة، مصر 1999.

25.القانون التجاري الجزائري.

26.القانون التونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

27. قانون 89-02 مؤرخ في 07 فيفري 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ج ر ع 06.

28. موحند سعاد، القانون الدولي الخاص، الجزء الأول، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر، دون سنة،

29.قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي.

30. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، المجلد 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، دون طبعة دون سنة.

31.القانون10/05المؤرخ في 10 يونيو 2005 المعدل والمتمم القانون المدني الجزائري.

32. سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2007.

33. اتفاقية فينا حول البيوع الدولية للبضائع لسنة 1980

34. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف بالإسكندرية 2005.

35. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، دون طبعة، مصر2005.

36. V. Vincent Gautrais, le contrat électronique international Bruylont-acadimia 2eme édition,

37. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال المدنية والتجارية، الدار الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، دون سنة.

38. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية 2006.

39. محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية 2006.

40. الغوتي بن ملحة، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، الطبعة الأولى، الجزائر 2001.

41. أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، دون طبعة، مصر 2004.

42. التشفير، نبذة تاريخية، 13 فيفري 2007، الموقع

www.itp.al/arabic/educational center/article/ encryption-orasp.

43. التشفير، 13 فيفري 2007، الموقع

www-c4arab.com/chow lesson. pnples id=1785.

44. التشفير هو السبيل لحماية المعلومات الخاصة بك، 13 فيفري 2007، الموقع:

www.aljatirah.com.digimag/25012004/nn31htm

45. قانون 05-10 مؤرخ في 20 يونيو 2005، يعدل ويتمم القانون المدني الجزائري، ج ر ع 44.

46. سعيد سيد قنديل، التوقيع الإلكتروني ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والاقتباس، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة الإسكندرية 2004.

47. V.Eric a caprioli la lois française sur la preuve et la signature électronique dans le perspective eu européenne, jcp la semaine juridique édition générale n°18, 3/5/2000.

48. piere-yvesgauties, de l'écrit électronique et des signatures qui attachent, jcp la semaine juridique entreprise et affaires n°31-34, Août 2000.

49. قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 سنة 2004.

50. فيصل سعيد الغريب، التوقيع الإلكتروني، وحجيته في الإثبات، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 2005.

51. قانون الأونسيترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية 2001.

52. محمد السادات، قانون التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات 20 فيفري 2007، الموقع:

Http//www.f-law.net/law/shawthed. php? T= 727

53. التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية، 19 فيفري 2007، الموقع

http://www.opendirectorysite.info/e-commerce/04htm:

54. خالد عرفة، حجية الوثيقة الإلكترونية، مجلة أفكار:25 فيفري 2007 الموقع:

http//www:afvar on line.org/arabic/archives/mai-juin2005/arafa-html

55. يونس عرب، الاتجاه التشريعي في بيان أدلة الإثبات الحديثة وحجيتها وتحدياتها 19 فيفري 2007 الموقع: http//www.arablow.org/down lood/e-avidence-article-doc

56. سلمان بوذياب، مبادئ القانون التجاري، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت 2003.

57. جلال وفا محمدين، المبادئ العامة في القانون التجاري، الدار الجامعية للطباعة والنشر، دون طبعة، بيروت دون سنة.

58. محكمة التمييز اللبنانية الغرفة المدنية 10-03-1964 نقلا عن سلمان بوذيان.

59. رضا السيد عبد الحميد، الدفاتر التجارية الإلكترونية في القانون المصري والسعودي والإماراتي أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 2007.

60.اللائحة التنفيذية لنظام الدفاتر التجارية السعودي

61. المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 نقلا عن رضا السيد عبد الحميد.

62. الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية: 25 فيفري 2007 الموقع: http//www.tasheaat.com/viez-studies2.asp-id=66.

63. محمد جمال عطية عيسى، الشكلية القانونية، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة 1994.

64. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء 4 (عقد البيع)، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2001، الجزائر.

65. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني مجلة الحقوق الكويتية، العدد 04 السنة 26 ديسمبر 2002.

66. التوجيه الأوروبي 31/2000 متعلق بالتجارة الإلكترونية.

67. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، الكتاب 1– النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي الطبعة الأولى، الإسكندرية 2003.

68. المادة 66 من الأمر رقم 03 – 11 المؤرخ في 26 غشت سنة 2003 يتعلق بالنقد والقرض ج ر ع 52.

69. أنيس العلبي، النظام القانوني لبطاقات الاعتماد، منشورات الحلبي القانونية، ط 01، بيروت 2005.

70.محمودي مسعود، اساليب و تقنيات ابرام العقود الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية ،دون طبعة، سنة2006.

71.محمد منير الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية، دون سنة.

72. عزة محمد الحاج سليمان، النظام القانوني للمصارف الإلكترونية، الشيك الصورة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى بيروت 2005.

73. V.guy hervier, le commerce électronique, édition d'organisation France2001.

74.جريدة الشروق اليومي، الأحد 11 مارس 2007، العدد 1938.

75. إبراهيم سيد أحمد، الحماية التشريعية المدنية والجنائية لبطاقة الدفع الإلكتروني، بطاقات الائتمان،الدار الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية2005.

76. philippe le tour neau, contat informatique et électrique, 2eme édition, édition dalloz, paris 2001.

77. بوعافية رشيد، الصيرفة الإلكترونية والنظام المصرفي الجزائري، الآفاق والتحديات، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة البليدة، ديسمبر 2005.

78. هجيرة التومي، عقد المبيعات الدولية، مذكرة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة البليدة.

79.محمد جابر الدويري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة بعد إنجاز العمل وتسليمه، مطبعة أوغست عشتار، دون طبعة، بغداد 1985.

80. محمد البنان، العقود الإلكترونية أوراق ندوة عقود التجارة الإلكترونية ومنازعاتها، منشورات المنظمة العربية للتهيئة الإدارية القاهرة، 2007.

81.منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر الجامعي، دون طبعة، الإسكندرية2004.

82. مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، دون طبعة، القاهرة2001.

83. فدوى عبد الفتاح الشهاوي، عقد المقاولة في التشريع المصري والمقارنة، منشأة المعارف، دون طبعة، مصر 2002.

84. البند 11 من العقد النموذجي الفرنسي.

85. محراش سميرة، المسؤولية المدنية للمقاول والمهندس وفقا للقواعد الخاصة، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة البليدة، سنة 2000-2001.

86. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب الخفية وتخلف المواصفات في عقود البيع، مكتبة الدار الثقافية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، عمان 1997.

87. عبد الفتاح بيومي الحجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

88. v.yems midrel bauguière, commerce éléctronique et production du consomateur juris classeur, volume 4, fascule 860, édition yuris classeur 2003.

89. v.jean calais- auloy. Droit de la consommation, précis DALLOZ, 3eme édition, paris1992.

90. قانون رقم 89-02 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، المؤرخ في 07 فيفري 1989، ج ر ع 06

91. العيد حداد، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

92. مجلة العالم الرقمي، 8 فيفري، 2006، الموقع:

http//www.al-jazira.com/digimag/2304 2006/hasbat6/htm.

93. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف دون طبعة، الإسكندرية، دون سنة.

94. directive européenne concernant la protection du consommateur dans les contrat distance n° 97/07

95. contrat type de commerce électronique commerçant- consommateur

96. جرعود الياقوت، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، سنة 2001-2002.

97. قندوزي خديجة، حماية المستهلك من الإشهارات التجارية على ضوء مشروع قانون الإشهار لسنة 1999، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر السنة 2000-2001.

98. الفصل 30 قانون تونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

99.v.nathalie mallat poujoul, commerce électronique et protection des données personnelles, juris classeur, volume 4, fasicale 865, édition juris classeur 2003.

100. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة، الإسكندرية 2005.

101. أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة للنشر، دون طبعة، الإسكندرية 2006.

102. v. Ali bencheneb, commerce électronique et règlement des litiges contractuels, la semaine juridique, entreprise et affaires, j c p jésus classeur périodique n° 4.

103. أحمد إبراهيم حسن، أساس المسؤولية العقدية، دار المطبوعات الجامعية، دون ط، الإسكندرية، 2002.

104. علي فيلالي، الالتزامات: العمل المستحق التعويض، موفم للنشر، دون طبعة، الجزائر2002.

105. عبد الحكم فوده، التعويض المدني، دار المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الإسكندرية، دون سنة.

106. بشار عباس، التعليق على كتاب التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت للدكتور طوني ميشال عيسى، المجلة العربية للعلوم والمعلوماتية، العدد 02 ، 18- ديسمبر 2003.

107. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، الجزء1، مطبعة جامعة القاهرة، دون طبعة، القاهرة 1978.

108. مروان كساب، الخطأ العقدي وآثار العقد، مطابع ج، واكد، الطبعة الأولى، دون بلد، سنة 2000.

109. علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، دون طبعة، الجزائر 1963.

110. يونس عرب، التقاضي في بيئة الإنترنت، 12 مارس 2007 الموقع:

http//www.arab law.org/down load/Courts-internet-article-doc.

111. V.Isabelle paulik, la loi applicable aux contrats internationaux du commerce électronique, la semaine juridique entreprise et affaires , jcp juris classeur périodique n°4, 12 septembre 2002.

112. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، دون طبعة، الجزائر 2002.

113. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

114. dretta (u), internet et commerce électronique en droit international des affaire, bruyland, 2003.

115. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآلية تسوية منازعاتها، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة 2007.

116. قانون المرافعات المصري، المادة 29 وما يليها، مرافعات مصري.د

117. قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

118. خالد خالص، المحاكم الإلكترونية، 15 مارس 2007، الموقع:

http//www.rezgar.com/debat/shom.art.asp paid=29607.

119. محمد حسن بدر الدين، محاكم متخصصة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، 12 مارس 2007، الموقع: http//www.homeedki.com/foum/archive index.php/t-737.html.

120. عادل حامد أبو عزة، التحكيم الإلكتروني في منازعات المعاملات الإلكترونية 11 مارس 2007، الموقع: http//www.al-jazirah.com/digimag/3004 2006/hesbet 3htm.

121. لائحة تحكيم المحكمة الإلكترونية السارية 16 فيفري 2004.