الجمهورية الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة البليدة 2
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم القانون الخاص

تكوين العقد التجاري الإلكتروني

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم
تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالب:
سيدمو محمد أمين

إشراف الأستاذ الدكتور:
محمودي عبد العزيز

السنة الجامعية: 2023/2022

الجمهورية الجزائريـة الديمقراطيـة الشعبيـة

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة البليدة 2

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون الخاص

تكوين العقد التجاري الإلكتروني

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم

تخصص: القانون الخاص

إعداد الطالب:

سيدمو محمد أمين

أمام اللجنة المشكلة من:

اللقب والإسم	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/ مصطفـــاوي عايدة	جامعة البليدة –2–	رئيسا
أ.د/ محمودي عبد العزيز	جامعة البليدة –2–	مشرفا ومقررا
أ.د/ صبايحي ربيعـــة	جامعة مولود معمري – تيزي وزو–	عضوا
أ.د/ حمليل نـــــوارة	جامعة مولود معمري – تيزي وزو–	عضوا
أ.د/ شريـــف هنيـــة	جامعة البليدة –2–	عضوا
أ.د/ جـــبار جميلـــة	جامعة خميس مليانة	عضوا

السنة الجامعية: 2023/2022

إهـداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى روح والدتي الطاهرة رحمها الله

إلى والدي الذي أنار لي الدرب ، أطال الله في عمره

إلى زوجتي الغالية التي وقفت دوما إلى جانبي

إلى أبنائي وبنتي حفظهم الله بحفظه وستره

إلى كل عائلتي ، وكل من تمنى لي التوفيق و النجاح

شكـر وتقديــر

أتقدم بخالص الشكر و العرفان إلى الأستـاذ البروفيسور:

محمودي عبد العزيز على تفضله بقبول الإشراف على هذه

الأطروحة وتقديم التوجيه والتحفيز إلى غاية إنهائها ، وشكري

وتقديري موصول لكل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد

في إنجاز هذا العمل .

مقدمة

مقـدمــة

تعتبر القاعدة القانونية الأساس المنظم لأي سلوك أو واقعة ما ، فهي لم ولن تكون سبب في التغيرات المادية أو المعنوية بما في ذلك الثورات الصناعية أو الرقمية الحاصلة ، إنما تتكيف معها ، فالتغيرات والثورات التكنولوجية الحاصلة نتج عنها منظور قانوني جديد في العالم ، الأمر الذي توجب معه إصدار تشريعات تتكيف وتساير الأنماط الجديدة للإقتصادات الرقمية وأخذها بعين الإعتبار.

أدى التطور التكنولوجي إلى استخدام وسائل تقنية متعددة ومتنوعة في التعاقد ، كالهاتف والتلغراف والفاكس و التلكس و التلفزيون ، فأصبح التعاقد بين الأفراد من مختلف أنحاء العالم ممكنا وذلك دون إلتقاء أطراف العقد ، وقد ظهرت في السنوات الأخيرة شبكة الأنترنت[1] الناتجة عن ربط ومزج شبكات الإتصال الدولية و الكمبيوتر ، و التي تعد في حد ذاتها ثورة علمية حقيقية شهدها العالم اليوم تسمى بثورة المعلومات أو المعلوماتية ، إذ أصبحت عاملا أساسيا في تطور الشعوب ورفع مستواها العلمي و المعرفي، وكذا تعزيز تنميتها الإجتماعية و الإقتصادية و الحكومية .

أصبحت المعلوماتية تشكل نموذجا لأسلوب جديد في التعاقد، تمكن من التواصل و التلاقي عن بعد عبر فضاء افتراضي وغير مادي ، إذ أصبح البائع يتواصل مع المشتري عبر هذه الشبكة، فيتم تبادل المعلومات و البيانات الخاصة بالعقد بينهما بدءا بتكوينه إلى غاية تنفيذه في إطار ما يسمى بالتجارة الإلكترونية .

لقد كان استعمال الوسائل التقنية كالهاتف و التلغراف و الفاكس و التلكس و التلفزيون معروف منذ زمن طويل في التعاقد إلا أنها لم تعرف النجاح نفسه الذي عرفته شبكة الأنترنت، باعتبارها وسيلة مميزة

[1] – يمكن تعريف شبكة الحاسوب ، على أنها عبارة عن ربط جهازي حاسوب أو أكثر باستخدام إحدى تقنيات نظم الإتصالات، أنظر في هذا الصدد – إبراهيم العيسوي ، التجارة الإلكترونية ، المكتبة الأكاديمية ، مصر ، 2007 ، ص 35 .

تنفرد بعدة مميزات، إذ حقق هذا المنهج الجديد للتعاقد عدة مزايا لم تكن ممكنة في الماضي القريب، كالسرعة الفائقة في التواصل مع المتعاقد الآخر، وأن يبيع البائع ما يعرضه دون الإلتقاء بالمشتري، وأن يشتري هذا الأخير ما يحتاجه دون مغادرة مكانه ، و التقليص من تكلفة التعاقد إضافة إلى السرية في هذه العملية، كل هذه الإيجابيات يمكن تحقيقها على مدار الساعة ، وفي أي وقت متاح .

يعد مصطلح المعلوماتية أو علم المعلومات من ابتكار الأستاذ " فيليب دريفوس " الذي يعد من رواد علم الحاسوب في فرنسا[1] ، و التي عرفتها الأكاديمية الفرنسية في جلستها بتاريخ1968/04/06 على أنها علم المعالجة العقلانية بواسطة الآلات الأوتوماتيكية، و التي تعتبر دعامة للمعرفة البشرية وكذا في مجال الإتصالات و في الميادين التقنية و الإقتصادية و الإجتماعية بمعنى أنها علم قائم بحد ذاته يقوم على استخدام التقنيات المتنوعة في هذا المجال، من عتاد وحواسيب وبرمجيات وشبكات ومزودات وقواعد البيانات ومحطات الإتصال، فبفضل هذه الوسائل يمكن معالجة البيانات الواردة إليها معالجة آلية لتكون في الأخير معلومات صادرة في شكل إلكتروني ، يستطيع الشخص المتحصل عليها تقييمها واستخدامها في المجال المطلوب ومن ثم في مجال التعاقد ، كما يعالج الكمبيوتر البيانات التعاقدية كمعلومة من المعلومات الواردة إليه .

ولاشك أن للمعلوماتية انعكاسات هامة على الجانب القانوني بصفة عامة، وفي إطار التعاقد بصفة خاصة، حيث أن تأثيرها كان على كل فروع القانون سواء القانون العام أو الخاص ، مثل التصرفات الصادرة عن الإدارة كالحكومة الإلكترونية و المؤسسات التابعة لها ، أو التصرفات الصادرة عن الأفراد ضمن العقود التجارية الخاصة أو ارتكاب الجرائم الإلكترونية ، إذ أن أصل التصرفات كلها تقوم على الدعامة الورقة المادية الملموسة، أو شهود عيان، فنتج عن هذا التطور فجوة واسعة بين تصرفات الأفراد و القوانين

[1] – عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، 1997 ، ص 20 .

الوضعية المتواجدة من قبل ، مما أثار بعض الحقوق التي تحتاج إلى إطار قانوني خاص يحميها سواء ضمن القواعد التقليدية أو باستحداث قواعد قانونية جديدة ملائمة لها.

لم يتجاهل المشرع الجزائري الوسائل التقنية الجديدة الممنوحة من قبل المعلوماتية في مجال تبادل المعطيات القانونية، إذ أجاز استعمالها في المعاملات بين الأفراد في إطار قانوني منذ فترة من الزمن، حيث أجاز إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها ضمن المرسوم التنفيذي[1] رقم 98-257 المؤرخ في 1998/08/25 وأجاز أيضا استخدام وسائل الدفع الإلكتروني في نص المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض[2] الصادر في 2003/08/26 ونظم أيضا الجرائم الإلكترونية الناتجة عن هذه المعاملات[3] في نص المادة 394 مكرر من قانون 15/04 المؤرخ في 2004/11/10 .

وتكمن أهمية هذه الدراسة في القدرة على كشف الصعوبات العملية على مسار تكوين العقد التجاري الإلكتروني ، وذلك تحديدا خلال مرحلة الإبرام .

يمكن القول أن اختيار هذا الموضوع بالذات يعود لأسباب موضوعية تتمثل في أن تكوين العقد التجاري الإلكتروني عبر الأنترنت أخذ عدة منحنيات قانونية حديثة خاصة فيما يتعلق بطرق الإيجاب والقبول الجديدة بإستعمال وسائل تكنولوجية على غرار استعمال في سبيل ذلك النقر مرتين بفأرة أو أيقونة الكمبيوتر أو الإمضاء بالقلم الإلكتروني للتعبير عن الإرادة ، فضلا عن الآثار القانونية لذلك ، وأيضا توفر قوانين جديدة وطنية منظمة للتجارة الإلكترونية المرسية لقواعد جديدة أصبحت جديرة فعلا بالدراسة .

---

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها ، ج ر عدد 63 بتاريخ 26 أوت 1998 .

[2]- المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على القانون 03-11 الصادر في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، ج ر عدد 52 الصادر في 27 غشت 2003 .

[3]- المادة 394 مكرر من القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات ، ج ر 71 بتاريخ 10 نوفمبر 2004 .

وفي هذا الصدد بالذات نظم القانون المقارن هذا النوع من العقود ، وذلك على غرار المشرع الجزائري الذي تدخل مؤخرا بعدة قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية ، وهذا بموجب القانون 18-05 الصادر في 10 مايو 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية [1]، وكذا قانون 15-04 الصادر في 01 فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين [2]، وهي قوانين خاصة تضاف للقواعد العامة و الخاصة الموجودة في التشريع الجزائري من قبل .

يكتسب العقد التجاري الإلكتروني الصفة الإلكترونية باستخدام الوسيلة الإلكترونية التي تعد من أهم مظاهر خصوصيته، ويقصد بالوسيلة الإلكترونية أنها الوسيلة المستخدمة في الإنعقاد حيث تتوسط بين المتعاقدين وتمكن من توصيل رضا الطرفين عن طريقها كل ذلك في سبيل إبرام العقد التجاري الإلكتروني عبر هذه الوسائل الإلكترونية للإتصالات عن بعد .

يلاحظ أن شبكة الأنترنت ليست وسيلة عادية كالوسائل الإلكترونية الأخرى إذ لا تعد مجرد وسيلة مادية تستعمل في التعاقد وإنما هي وسيلة مميزة، فهي تمكن من تلاقي الإيجاب و القبول من خلال التفاعل الذي يقارب المتعاقدين بصفة افتراضية ويجعلها على اتصال مباشر وهي كذلك وسيلة قوية شديدة التأثير على إرادة المتعاقد [3] إذ تحول الإرادة الشخصية إلى إرادة رقمية تتصف بالآلية فتحل الإرادة الآلية محل الإرادة الشخصية للمتعاقد التي تتخذ شكل أرقام مما يستوجب إثبات تلك الإرادة في شكل رقمي(إلكتروني) لهذا يتعين تقدير الأهمية القانونية لهذه الإرادة ومدى قدرة الإرادة الرقمية في مطابقة الإرادة الشخصية الحقيقية للأطراف .

---

[1] – القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

[2]– القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، ج ر العدد 06 ، الصادر في 10 فبراير 2015 .

[3]– عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 ، ص 94 .

يتضح أن الأهداف من دراسة العقد التجاري الإلكتروني هي الوصول أولا لتقويم الإطار المفاهيمي لهذا النوع من العقود والوقوف على الطرق الجديدة و التكنولوجية لإبرامه في فضاء الأنترنت ، والوصول أيضا إلى دراسة كافة الجوانب المحيطة به في مرحلة الإبرام و النزاعات الناشئة عن أركان العقد ، ومعرفة مدى إمكانية حماية المستهلك بإعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

يعتمد منهج البحث الحالي أساسا على المنهج الوصفي و التحليلي ، ذلك بالوقوف أولا عن تحليل مجاراة المشرع الجزائري بالدرجة الأولى مع ماتبنته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UN CITRAL) و التوجيهين الأوروبيين (CE 7/97) ، (CE/31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية) ، و كذا تشريعات الدول بما فيها الدول العربية ، و الوقوف عن مدى توفق المشرع الجزائري في إعطاء هيكلة وإطار قانوني يخدم التجارة الإلكترونية بما يفيد التجارة و الإقتصاد الجزائري الرقمي ومدى تأسيسه لقواعد قانونية صائبة تسمح بإبرام العقود التجارية الإلكترونية للسلع و الخدمات عبر فضاء الأنترنت من عدمه .

إن الصعوبات التي تعترض هذا البحث تكمن في صعوبة تحديد فضاء شبكة الأنترنت التي تتم فيه إبرام العقود التجارية الإلكترونية ، فشبكة الأنترنت قد أتاحت فضاءا إلكترونيا"électronique" نشأ عن ربط عدد هائل من الشبكات مع بعضها البعض لمختلف الدول بواسطة الهواتف و الأقمار الصناعية ويكون لها القدرة في تبادل المعلومات فيما بينها من خلال أجهزة كمبيوتر مركزية تسمى أجهزة الخادم وأجهزة الكمبيوتر الفردية ويطلق في بعض الأحيان على الفضاء الإلكتروني بالفضاء اللامادي "immatériel" أواللامحسوس، وفي أحيان أخرى بالفضاء الإفتراضي "virtuel" أو الرقمي"numérique" او مايسمى كذلك ب"cyberspace" [1] .

وفي الحقيقة أن تعريف فضاء الأنترنت الذي ينعقد فيه العقد التجاري الإلكتروني غير واضح وغامض يعود سببه إلى حداثة الموضوع وارتباطه بتكنولوجيا المعلومات وتنوعها و الذي نتج عنه تنوع في

[1]– لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص 11 .

مصطلحات المعاملات الإلكترونية في كثير من الأحيان ، وهي غامضة لا يفهمها إلا أصحاب التخصص، مثل المصطلحات الإعلامية أو الرقمية أو البيومترية أو التشفيرية [1] .

وإذا كانت المفاهيم التقنية المستعملة في التعاقد التجاري الإلكتروني خاصة وفي المعاملات الإلكترونية عامة تؤدي معنى خاص ومحدد كمفهوم رقمي و الذي يعني في مدلوله تحويل المعلومات والمعطيات أو البيانات إلى أرقام أو مفهوم معلوماتي الذي يعد بمعالجة الحاسوب للمعلومات و المعطيات فإن المصطلحات الأخرى المستعملة في التعاقد الإلكتروني أو في المعاملات الإلكترونية بصفة عامة تستدعي الوضوح في مدلولها كمفهوم الفضاء التصوري أو الإفتراضي أو اللامادي أو اللامحسوس أو الغير مشخص [2] .

أما بالنسبة لمفهوم الفضاء الذي يجرى فيه إبرام وتكوين العقد التجاري الإلكتروني فنعني به المكان في شبكة الأنترنت، فمفهوم هذا المكان لا يحمل أي معنى جغرافي محدد وإنما هو مجموعة الأمكنة التي تتوحد فيها مجموعة الإتصالات [3] والتي كونت في الأخير الشبكة ويشمل المواقع الإلكترونية التي من خلالها يستطيع مستخدم الشبكة الحصول على المعلومات و البيانات وإبرام التعاقدات الإلكترونية .

يبدو أن هذا المفهوم لايؤدي المعنى الصحيح للفضاء الذي تتم من خلاله العلاقة التعاقدية عبر الشبكة، لأنها في مجملها لا تقر حقيقة بوجود المعاملة الإلكترونية من الناحية المادية سواء بالنسبة للمفهوم اللامادي الذي ينكر حقيقة وجود المادة أو افتراضي الذي يعد مجرد احتمال وظن أو لا محسوس و الذي يجعل المعاملة أمرا ذهنيا فقط وينكر وجودها كمعاملة أو غير المشخص الذي ينزع الصفة الإنسانية على التعاقد كتصرف صادر عن الشخص أو الفرد .

---

[1]– أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص 52 .

[2]– نفس المرجع السابق ، ص 53 .

[3]– إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 ، ص 23.

ومما لا شك فيه أن العقد التجاري الإلكتروني المنعقد في هذا الفضاء الإلكتروني باستخدام المعلوماتية قد طرح مفهوما جديدا في كونه أثار صعوبات متنوعة سواء من جانب تكوينه أو من جانب إثباته، فمن المعروف كقاعدة عامة هو أن مبدأ الرضائية هو الذي يطغى على العقد كركن أساسي ، وذلك يعني أن الفرد حر في التعبير عن إرادته بأي شكل من الأشكال لإبرام العقد باعتباره كاشفا لها دون الحاجة إلى شكل معين لأن مبدأ الرضائية ينصب على الإرادة ولا يهتم بالوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن هذه الإرادة فالوسيلة المستخدمة تعتبر مجرد واقعة مادية دون أثر على الإرادة، في حين أن شبكة الأنترنت كوسيلة مميزة قد أثرت تأثيرا بالغا على مضمون الإرادة وعلى طريقة التعاقد .

فبالنسبة لمضمون الإرادة فإن الأنترنت أصبحت تحولها من إرادة شخصية إلى إرادة رقمية تصاغ في شكل رقمي [1] وهذا بمجرد النقر على الأيقونة الشيء الذي يستدعي البحث عن مدى مطابقتها للإرادة الشخصية الحقيقية بمعنى أن ركن الرضا يبرم إلكترونيا فهنا يطرح صعوبة مدى صحته وسلامته من كل العيوب إذ يتم التعبير عن الرضا بشكل آلي وسريع علما أن التسرع الصادر من المتعاقد أصبح يعالج من خلال الشكلية التي تمنح له مهلة كافية للتفكير في ما هو قادم عليه .

لكن التسرع الآلي هو تسرع من نوع خاص صادر عن الوسيلة المستخدمة حيث يصدر الرضا في بضعة ثواني من خلال النقر على الأيقونة فيطرح بالتالي تساؤلا حول ما إذا كانت اللمسة على الفأرة أو الأيقونة هي فعلا تعبير عن إرادة حاسمة صادرة عن القابل ، أم هي مجرد ضغط على الأيقونة التي تصدر عفويا من المستخدم [2] ، ومن ثمة مدى قدرة الوسيلة الإلكترونية في الكشف عن الإرادة الحقيقية [3] .

---

[1]– عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 ، ص 97 .

[2]– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 ، ص 10 .

[3]– إن التعبير عن الإرادة بالوسائل التقليدية والكلاسيكية لا تحول الإرادة ، وإنما تنقلها بشكل مباشر ، وهذا كالهاتف الذي ينقل الصوت أو الفاكس الذي ينقل الكتابة ، أنظر . أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص 84 .

إن تدخل المشرع الجزائري بقوانين خاصة تحكم هذا النوع من العقود ، كان كمحاولة منه في سبيل إزالة الصعوبات التي تعتري إبرام وتكوين العقد التجاري الإلكتروني الذي أصبح أمرا واقعا، وكذا محاولة لاحتواء الآثار و الجوانب القانونية المتفرعة عنه ، و الذي إلى حد ما أوجد حلولا في حماية المستخدم أوالمستهلك عبر الشبكة، ومن خلال هذه الدراسة سنحاول الإستنتاج فيما إذا كانت حلولا جدية وكاملة أم لا .

وللوقوف ومحاولة الإلمام بكافة الجوانب المحيطة بمسألة تكوين العقد التجاري الإلكتروني، مع التركيز على التشريع الجزائري بشكل أساسي ، الذي هو صادر حديثا فقط ، فإننا نرى طرح الإشكالية التالية :

هل وفق المشرع الجزائري في تنظيمه للعقد التجاري الإلكتروني بموجب قوانين خاصة ؟ أم أننا نحتاج للرجوع إلى القواعد العامة ؟

في المحصلة وبغرض الإجابة على إشكالية البحث الحالي ، ارتأينا تقسيم هذه الإجابة إلى بابين ، الباب الأول نناقش فيه مسألة إبرام العقد التجاري الإلكتروني ، وهذا عن طريق تناول الإطار المفاهيمي بكل ما يحمله من تعريف للعقد التجاري الإلكتروني و خصائصه ومميزاته ، مع دراسة الأركان التي يقوم عليها هذا العقد و المتمثلة في الرضا و المحل و السبب و الشكلية ، مع أيضا التطرق لجانب النزاعات المتعلقة بأركان العقد .

وأما فيما يخص الباب الثاني فخصصناه لدراسة تأمين العقد التجاري الإلكتروني عن طريق التوقيع والتصديق الإلكترونيين وارتباط ذلك بالوفاء الإلكتروني و نظر مسألة النزاعات الناشئة عن أركان العقد بإعتبارها نقطة جد هامة يتعين الوقوف عندها بإهتمام بالغ خاصة بإعتبار أن المستهلك هو غالبا مايكون

الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الإلكترونية، و توضيح خصوصية حق الرجوع للمستهلك عبر الشبكة العنكبوتية كاستثناء من القاعدة العامة .

وانتهى البحث بخاتمة تم فيها عرض أهم النتائج و التوصيات الخاصة بالموضوع .

الباب الأول :

إبرام العقد التجاري الإلكتروني

الباب الأول: إبرام العقد التجاري الإلكتروني

إن أهم ما يثيره التعاقد الإلكتروني هو ضمان سلامة انعقاد العقد عبر شبكة الأنترنت[1]، نظرا لإنعقاده في فضاء لا مادي متصف بالسرعة و الآلية كما سبق وأن ذكرنا ورغم أن الفضاء اللامادي مكن من الإلتقاء الحكمي للمتعاقدين إلا أنه يبقى فضاء افتراضي بمعنى أنه غير مرئي وغير ملموس كما أن خضوع الرضا لهذه السرعة و الآلية حول الإرادة الشخصية إلى إرادة رقمية .

و من هنا يتطلب الأمر البحث عن مدى تحقق هذه الإرادة وقدرة الوسيلة(الأنترنت) على الكشف عنها في ظل البيئة الرقمية لأنه يتبين أن القواعد العامة التقليدية على ما هي عليه غير قادرة على توفير الحماية القانونية الكافية و المطلوبة.

ومن هنا نتساءل كيف ينعقد العقد التجاري الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت؟ ما هي أطرافه؟ وكيف يتحقق التراضي عبر الشبكة؟ وما هي اللحظة التي ينعقد فيها العقد وما هو مكان انعقاده وما هو محله ؟ وفيما يتمثل ركن السبب ؟ وهل يخضع هذا العقد لشكلية رسمية معينة ؟

يتوجب تسليط الضوء و الدراسة و التحليل بصفة خاصة على القانون الجزائري رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وذلك لأجل تحديد كيفية تكوين وإبرام العقد في ظل المعلوماتية أو الرقمية التي تجعل العقد مجرد رقم كسائر الأرقام التي تعبر الشبكة إذ نتناول مرحلة الإبرام للعقد التجاري الإلكتروني والمتمثلة في أركانه المنوطة بالرضا والمحل والسبب و الشكلية .

[1]- تعود أصول كلمة أنترنت إلى الكلمة الإنجليزية internet وهي منقسمة إلى قسمين الأول inter و تعني البينية وكلمة net تعني شبكة وعليه فتكون الترجمة الحرفية هي الشبكة البينية ، كما تعرف على أنها شبكة عالمية ترتبط بعدة آلاف من الشبكات وملايين أجهزة الحاسب مختلفة الأنواع و الأحجام في العالم ، و تكمن فائدة الأنترنت – التي تسمى أيضا الشبكة- في أنها وسيلة يستخدمها الأفراد و المؤسسات للتواصل و تبادل المعلومات ، للمزيد . أنظر لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص 8 .

يحمل التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت تحديات مختلفة [1] ، لهذا سنركز دراستنا على أركان العقد التجاري الإلكتروني ، وذلك لكل من الرضا و المحل و السبب و الشكلية، وهذا الأمر يقتضي التطرق أولا إلى مسألة إبرام العقد في هذا الفضاء الرقمي اللامادي وما يترتب عنه من مشكلات على الصعيد القانوني و المتمثلة أساسا في مشكلة تحديد هوية أطراف العقد الإلكتروني وصفتهم القانونية التي تحمل الطابع الإلكتروني وكذا وسائل التحقق منها بما في ذلك مسألة التحقق من أهلية المتعاقدين .

يتعين قبل الخوض في أركان العقد وبصفة مبدئية ضرورية أن يتم التطرق لمسألة تحديد الإطار المفاهيمي للعقود التجارية الإلكترونية وذلك بتناول مفهومها الذي يشمل أيضا الخصائص و المميزات بما في ذلك نقاط تمييز هذا العقد عن العقود المشابهة و المصاحبة له في نفس البيئة الإلكترونية .

وللإحاطة بهذا العقد ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى فصلين نستهل الأول بإعطاء تعريف للعقد التجاري الإلكتروني ضمن الإطار المفاهيمي الخاص به ، في حين نخصص الفصل الثاني لدراسة أركان هذا العقد و التدقيق في جميع الأركان بدءا من ركن الرضا أو التراضي إلى المحل وصولا إلى دراسة ركنا السبب

[1] – إن التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت طرح عدة أخطار وصعوبات وتحديات متنوعة ناتجة في حد ذاتها عن خصائص شبكة الأنترنت ، وستقتصر هذه الدراسة على الصعوبات القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني في ظل القواعد القانونية المتواجدة التي لم تتمكن من معالجتها ، ومن ثمة مواجهة هذه البيئة الجديدة الناشئة عن الشبكة ، و التي سنحاول إبرازها بشكل مفصل ضمن هذه الدراسة ، لكن لا بأس أن نشير بإيجاز إلى بعض الأخطار و التحديات التي نراها في غاية الأهمية و المتصلة بعملية التعاقد التجاري الإلكتروني عبر هذه الشبكة ، وأبرز هذه الأخطار الخاصة بهذا التعاقد تتمثل في الجرائم الإلكترونية ، على غرار الإحتيال و النصب بحيث يستطيع أي شخص عرض متاجر وهمية بهدف الإستحواذ على أموال الغير بطريقة غير مشروعة وفي غالب الأحيان يصعب تحديد هويته و إثبات شخصيته لأنه قد يكون في أي مكان في العالم لأن من صعوبة شبكة الأنترنت هو تحديد المكان المتواجد فيه الشخص ، إلى جانب أخطار التعدي على البيانات الخاصة ببطاقة الإئتمان أو الدفع و السطو عليها ، أو الأخطار المتعلقة بالأخطاء في تسيير البيانات من قبل المتعاقد أوالبنك أما عن أبرز التحديات فهي تتمثل في ضرورة العمل على توفير البنية الأساسية للتعاقد الإلكتروني عبر الشبكة خصوصا تهيئة القطاع المالي و المصرفي و البنكي ، وأيضا اعتماد الأنظمة التشريعية و الأمنية الملائمة ، واستخدام التقنيات الضرورية لإرساء الأمان و الثقة في هذا النوع من التعاقد . هذا ويتعين إيجاد بنية تشريعية لمحاربة أعمال السرقة و القرصنة وتعمل على تأمين التعاملات المالية و لا شك أن تأمين المعاملات عبر الأنترنت أمر يسهم في سرعة إنتشارها .

و الشكلية ، و الخوض في مدى ارتباط هذه الأركان وتأثرها بالميكانيزمات والآليات الجديدة بفعل تأثير فضاء الأنترنت الإفتراضي ، بإعتبار أن أي عقد لا يقوم إلا بتوفر هذه الأركان مهما كانت الوسيلة أوالوسيط المستعمل ، ومن ثم ضرورة البحث في هذا التأثر من عدمه .

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للعقود التجارية الإلكترونية

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعقود التجارية الإلكترونية

يشهد العالم في الوقت الحاضر تطورا كبيرا في شتى مجالات الحياة ، و التي كان من نتائجها ظهور التجارة الإلكترونية ومأأفرزته من تطورات علمية وتكنولوجية على صعيد التجارة وتيسيرها إضافة إلى اختصار الزمن و المسافات على المتعاملين بها .

هذا التطور الذي شهده العالم في التجارة انعكس على حياة الناس كافة ، فدخلت العقود التجارية الإلكترونية في كافة فروع الحياة ، الأمر الذي جعلها تساعد في وضع لبنات تسهم في تطور كافة فئات المجتمع دون تحديد لهذه الفئات .

ولقيام التجارة الإلكترونية بغايتها كان لا بد من بيان تعريف العقود الإلكترونية بالرغم من الإشكالات العلمية التي من الممكن أن تواجه هذه العقود وذلك لاحتياجها لدرجة من الدقة و الوضوح في بيانها[1] ، سواء من جانب الطريقة التي ينعقد بها العقد ، أو مدى اعتبار هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد وهذا من زاوية النظر إلى طريقة الإنعقاد وتمييزه عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية ، كما يجب لبيان هذا النوع من العقود إلقاء نظرة على بعض العقود المتداولة لمحاولة معالجة السلبيات أو الحد منها بالقدر اللازم.

تكمن ماهية العقد التجاري الإلكتروني في تحديد طبيعة القواعد الجديدة التي تحكم هذه العقود في الوقت الذي ترسخت فيه القواعد القانونية التقليدية التي توطدت عبر مئات السنين و التي أثارت التساؤلات عن مدى صلاحيتها لحكم هذه العقود الحديثة [2].

يعتبر هذا العقد من أهم مصادر الإلتزام بإعتباره الوسيلة الأهم من وسائل تداول الثروة ، من جهة قيامه على مبدأ سلطان الإرادة ، الذي يعني أن إرادة الفرد الحرة هي التي تنشئ العقد ومن ثم يأتي دور القانون في ترتيب الآثار و الإلتزامات التي تنشأ عن هذا العقد فإرادة الفرد هي أساس القوة الملزمة للعقد.

[1] – محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2003 ، ص 16 .

[2] – لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص24 .

ترتكز نتائج مبدأ سلطان الإرادة على مبدأ الحرية العقدية ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، بمعنى أن لطرفي العقد الحرية التامة في كيفية تكوين العقد و الذي يعبر عنه اختصارا بمبدأ رضائية العقود ، وبالتالي فإن طرفا العقد قد ينشئانه بأية طريقة يقبلان بها ، فقد ينشأ العقد إلكترونيا بوسائل إلكترونية وذلك نتيجة للتطور الذي طرأ في وسائل الإتصال الحديثة [1] .

وللوقوف عند البناء القانوني للعقد التجاري الإلكتروني يقتضي الأمر التطرق إلى مفهوم هذا النوع من العقود وأهم الخصائص الملـمة به وكذا نقاط تمييزه وهو ماسنتناوله في المبحث الأول ، لنعرج في المبحث الثاني إلى دراسة وتحديد أطراف التعاقد في العقد التجاري الإلكتروني .

[1] – محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ، ص 19 .

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الإلكتروني

تعددت مفاهيم التجارة الإلكترونية ، وفقا لاختلاف وجهات النظر عند التعرض لتفسيرها ، ويعود هذا الإختلاف إلى تعدد مجالات تطبيقها و التطور المستمر الذي يطرأ على أساليبها وأهدافها مما ينعكس بالتالي على مفهومها [1] .

بتمعن النظر في الحياة الإجتماعية للمجتمع بشكل عام نجد أنه يتم يوميا إبرام عدد كبير وغير محدود من العقود سواءا أكانت عقودا شفوية كشراء كتب أو أي سلعة أخرى ، كما قد يكون العقد كتابيا كمن يقوم باستئجار (مودام) [2] أو شرائه هو وجهاز الكمبيوتر لربطه بشبكة الأنترنت ، فإن هذه جميعها تعتبر تصرفات قانونية بالإضافة إلى اعتبارها عقودا منفردة مختلفة عن بعضها البعض .

وعلى الرغم من تعدد العقود ، من عقود بيع أو استئجار إلى ماغير ذلك ، إلا أنها تتشابه جميعا من جانب وجود طرفين في العقد وهما الموجب و القابل ، إضافة إلى أنها تتم في مجلس العقد سواء بحضور طرفي العقد لهذا المجلس في مكان واحد أو بغير حضورهما ، وفي هذه الحالة الأخيرة قد يكون المجلس فيها انعقد بواسطة وسائل مساعدة على انعقاده ، سواء عن طريق الفاكس أو الوسائل الحديثة مثل الأنترنت أو أية وسيلة إلكترونية أخرى مما يمكن معه تسمية هذه العقود عقودا إلكترونية [3] .

لذا كان من الأهمية بمكان أن نقف عند تحديد مفهوم العقد التجاري الإلكتروني بإبراز التعريف لهذا العقد ، وتوضيح خصائص هذا النوع من العقود الحديثة مع تناول أوجه التفرقة بينها وبين بعض العقود القريبة منها في البيئة الإلكترونية ، وذلك في المطالب التالية :

---

[1] – عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2009 ، ص 16 .

[2] – يقصد بالمودام أنه الجهاز الإلكتروني المستخدم في الربط بين جهاز الكمبيوتر و شبكة الأنترنت ليقوم بتحويل الإشارات المرسلة من خلال الشبكة إلى الشكل الذي يتم مشاهدته على شاشة الكمبيوتر وتبادل البيانات من خلالها عبر هذه المراسلات.

[3] – لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص21 .

المطلب الأول: تعريف العقد التجاري الإلكتروني

يمكن تعريف العقد التجاري الإلكتروني بشكل عام ، بأنه عقد يتم فيه تلاقي كل من الإيجاب والقبول عبر شبكة الأنترنت، التي تتيح التفاعل بين المتعاقدين كوسيلة مسموعة و مرئية في إطار التجارة الإلكترونية وفيما يخص تحديد هذا العقد فقد يظهر للمرة الأولى أنه عقد عادي تم بواسطة الأنترنت، إلا أن الحقيقة غير ذلك لأن هذا العقد قوامه التجارة الإلكترونية، إذ أتاحت شبكة الأنترنت ذلك ، باعتبارها شبكة دولية مفتوحة من التواصل السريع و السهل، وبأقل تكلفة بين جميع الأطراف من أجل بيع مختلف السلع والخدمات بكافة أنواعها وفروعها ومستجداتها[1] .

كما يمكن تعريفه أيضا في نفس السياق ، بأنه ذلك العقد الذي يتم بين طرفين من خلال وسائط إلكترونية ، ومن هذا التعريف البسيط يظهر الفرق و التمييز بين العقد التقليدي و العقد الإلكتروني الذي يكمن في استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، وهي الإرادة المتمثلة في الإيجاب والقبول المعبر عنهما من قبل الطرفين [2] .

تأثر تعريف العقد التجاري الإلكتروني بعدة عوامل منها ماهو فقهي جاء كدراسة لتحصيل حاصل للعقود التي أصبحت تبرم في فضاء الأنترنت ، ومنها ماهو قانوني جاء لتنظيم وسد الفراغ القانوني لمحاولة تغطية واحتواء هذا النوع من العقود ، ومنها ماهو دولي جاء نتيجة عمل وتوصيات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري و الدولي (اليونسيترال) لسنة 1996 ، وفيما يلي سنحاول الإلمام بتفاصيل هذه التعريفات ضمن الفروع التالية :

---

[1]– صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2006 ، ص 11 .

[2] – بعجي نور الدين ، إشكاليات التراضي في العقد الإلكتروني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية ، العدد 3 ، جامعة الجزائر ، الجزائر ، 2014 ، ص 204 .

الفرع الأول: التعريف الفقهي

لقد أورد الجانب الفقهي عدة تعريفات للعقد التجاري الإلكتروني، فمنهم من حصره في العقد المبرم عبر الأنترنت، التي تتيح التعاقد في عالم افتراضي دون التقاء أطرافه متجاهلا الوسائل الإلكترونية الأخرى ، ومنهم من اشترط وسيلة اتصال مسموعة ومرئية للتعاقد تمكن من التفاعل بين طرفيه ، وقد ركز رأي آخر على الوسيلة الإلكترونية بصفة عامة دون حصرها في شبكة الأنترنت ونجد رأيا مخالفا ذهب إلى ربطه بالتجارة الإلكترونية القائمة على الوسائل الإلكترونية .

اعتمد الكثير من الفقهاء المفهوم الواسع ، إذ اعتبروا أن العقود التجارية الإلكترونية هي تلك المرتبطة بالتجارة الإلكترونية التي تشمل مجموعة من الأعمال الخاصة بالمبادلات و الأنشطة التي تتم بواسطة الوسائل الإلكترونية بين أطراف مختلفة سواء كانت خواص بمعنى أفراد أو المؤسسات المختلفة كالشركات المتنوعة في هذا المجال ، إذ قاموا بإدماج كل الوسائل الإلكترونية ، وكذا كل الأطراف التي تتعامل بها كما شمل ذلك كل الأنشطة و الأعمال و التصرفات [1].

وفي الحقيقة أن هذا المفهوم الفقهي غير صحيح لأنه يخلط بين العقود المرتبطة بالتطبيقات الواقعة عبر الشبكة ومفهوم العقود المرتبطة بالتجارة البحتة التي ترتكز على تبادل السلع و الخدمات ، فالتطبيقات الواقعة عبر الشبكة تشمل العديد من الوسائل الإلكترونية ، كما تشمل العديد من الأعمال و الأنشطة والتصرفات التي تكون بين أطراف مختلفة كالمؤسسات و الخواص و الشركات و الإدارة ، في حين تتعلق التجارة الإلكترونية البحتة ببيع السلع و الخدمات المتنوعة ، محصورة أساسا في شبكة الأنترنت [2] ، التي ساهمت في الوجود الفعلي للعقد التجاري الإلكتروني الذي يشكل قلب التجارة الإلكترونية وهو ما تبناه رأي

[1]– عبد المنعم موسى ابراهيم ، حماية المستهلك ، دراسة مقارنة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2007 ، ص 125 .
[2]– نفس المرجع السابق ، ص 126 .

آخر في الفقه ، إذ اعتمد مفهوما ضيقا للتجارة الإلكترونية وحصرها في تبادل السلع و الخدمات عبر شبكة الأنترنت كوسيلة اتصال إلكترونية خاصة عندما يكون العقد التجاري الإلكتروني الأداة الأساسية لها .

حصر جانب من الفقه أيضا ، في تعريفه للعقد التجاري الإلكتروني في أن هذا الأخير اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مقترحة للإتصال عن بعد ، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وقد وجه لهذا التعريف أيضا نقد يتمثل في عدم تبيانه للنتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب و القبول و التي يترتب عنها إنشاء التزامات تعاقدية[1] .

الفرع الثاني: التعريف القانوني (التشريعي)

قبل الخوض في تعريف العقد الإلكتروني ، لا بد من التطرق لتعريف العقود التقليدية بشكل عام ، فالعقد هو أحد صور التصرف القانوني و الذي بمقتضاه تقوم رابطة الإلتزام بين الدائن والمدين ويسميان بالمتعاقدين .

ويصعب إيجاد تعريف مانع جامع للعقد، إذ تطرقت المادة 54 من القانون المدني الجزائري[2] لتعريف العقد فأقرت بأنه عبارة عن " إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شيء ما " . كما أقر بالمقابل القانون المدني المصري و الأردني بأنه عبارة عن تطابق إرادتين للقيام بإلتزام مما يترتب على هذا الإلتزام حقوق وواجبات على طرفي العقد.

وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري نجد أنه عالج منذ صدوره هذا النوع من العقود عن طريق إثارته للأحكام العامة المرنة في هذا الشأن ، وذلك تحديدا بالمادة 67 منه حيث تنص على أنه " يعتبر

[1]– بعجي نور الدين ، نفس المرجع السابق ، ص 206 .

[2]– المادة 54 من الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " ، وكذلك الأمر بالنسبة للمادة 64 من نفس القانون التي تنص على إمكانية صدور الإيجاب عن طريق الهاتف أوبأي طريق مماثل .

يستخلص من هذه المادة أنها تشير إلى إمكانية إنعقاد العقد بالرغم من عدم الحضور المادي الفعلي للطرفين في مجلس العقد ، مشيرة بذلك بصفة حتمية إلى إمكانية إبرام العقد عن طريق جهاز إلكتروني ويقاس عليه التعاقد عن طريق الأنترنت وغيره من الأساليب الإلكترونية .

عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة 06 من قانون 18-05 الصادر في 10 مايو 2018 و المتعلق بالتجارة الإلكترونية [1] بأنه " هو العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية [2] ، ويتم إبرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني " .

وأدى ظهور مفهوم ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية التي عرفها المشرع الجزائري أيضا في المادة 6 من قانون 18-05 على أنها" النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني ، عن طريق الإتصالات الإلكترونية " ، إلى نتيجة حتمية التطور الذي حدث لنظم الإتصالات وظهور شبكات الأنترنت وماترتب عن ذلك أن أصبحت العقود التجارية تبرم بهذه الوسائل ، كل ذلك أدى إلى تغير المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية والذي كان من نتائجه أيضا تغير نظم الإثبات.

---

[1]- المادة 6 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

[2]- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 الصادر في 27 يونيو 2004 .

فالنشاط التجاري الإلكتروني يتسم بالحداثة و التنوع والتطور و الذي يتم تجسيده عبر الأساليب التعاقدية التي وإن استمدت أركانها من القواعد العامة [1] ، إلا أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها وتتطور في أحكامها على نحو يضفي عليها الكثير من الخصوصية ، حيث باتت العقود التجارية الإلكترونية ظاهرة من ظواهر التجارة الحديثة .

إن التشريع الجزائري وتحديدا في المادة 06 من قانون التجارة الإلكترونية عرف العقد الإلكتروني بأنه " هو العقد بمفهوم القانون 04-02 الذي يحدد القواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية ، ويتم إبرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه ، باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني " .

حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري ربط في تعريفه للعقد التجاري الإلكتروني مع التعريف الوارد في قانون 04-02 ، هذا الأخير عرف العقد على أنه " كل إتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد الأطراف مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ، كما يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أوسند أو أية وثيقة ضمان أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا " .

إن أول استنتاج لأسباب ربط المشرع الجزائري لتعريف العقد التجاري الإلكتروني بالتعريف الوارد في قانون 04-02 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية في اعتقادنا هو محاولة هذا الأخير المحافظة على التوازن بين شروط وآثار إبرام العقد التجاري في البيئة الإلكترونية الجديدة عبر وسيط الأنترنت بما هو مقرر من شروط وأحكام منصوص عليها في قانون 04-02 ، ومن ثمة المحافظة على ضمانات هذا النوع من العقود خاصة فيما يخص حماية الطرف الضعيف الذي هو المستهلك عموما .

[1] – محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ، ص 23 .

الفرع الثالث: التعريف الدولي (الإتفاقيات الدولية)

1- قانون الأونسيترال النموذجي (1996) :

يعد العقد التجاري الإلكتروني الأداة الأساسية بالنسبة للتجارة الإلكترونية التي اندرج مفهومها ضمن تعريف موسع وتعريف ضيق ، وقد تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي[1] (UN CITRAL) التعريف الموسع حيث أوصت على إعطاء تعريف موسع للتجارة الإلكترونية .

أوصت ضمن القانون النموذجي لسنة 1996 في المادة الأولى منه أن يفسر مصطلح أنشطة تجارية تفسيرا واسعا ، وتشمل بذلك التجارة الإلكترونية جميع المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري أو المدني أو الإداري وسواء كانت تعاقدية كإبرام العقود المختلفة مثل البيع أو الإيجار أوالتوكيل أم غير تعاقدية مثل تقديم المعلومات .

فهي كل من المعاملات التجارية لتوريد أو تبادل السلع و الخدمات أو التوزيع و التوكيل التجاري والإيجار وأعمال التشييد و الخدمات الإستشارية وأعمال الهندسة ومنح التراخيص و الإستثمار و التمويل والأعمال المصرفية و التأمين أو امتياز الإستغلال و المشاريع المشتركة وغيرها من أشكال التعاون

---

[1]- اليونسيترال هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة ، أنشأت بتاريخ 1996/12/16 كآلية بين الحكومات وتضم في عضويتها غالبية دول العالم ، الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية ، وغرضها الرئيسي تحقيق الإنسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية ، وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع قضايا التجارة العالمية وهو ماقامت به بشأن التجارة الإلكترونية ، ولقد جاء في تعريفها لها مايلي :

« Le terme –activités commerciales – devrait etre interprété au sens large ,comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle .Les relations d'ordre commercial comprennent , sans s'y limiter , les transactions suivantes : fourniture ou échange de marchandises ou de services ;accord de distribution ; representation commerciale ;affacturage ; crédit-bail ; construction d'usines ; services consultatifs ; ingéniérie ;licence ;investissement ; financement ; opération bancaire ; assurance ;accord d'éxploitationou concession ; coentreprise et autre formes de coopération industrielle ou commerciale ; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aériènne ou maritime , par chemin de fer ou par route ».

- أنظر الموقع : www.uncitral.org

الصناعي أو التجاري ونقل بضائع المسافرين جوا أو بحرا أو برا أو تبادل المعلومات المختلفة وتجدر الإشارة أنه في إطار هذا المفهوم الموسع تشمل التجارة الإلكترونية جميع المعاملات الإلكترونية فيتم استخدام تكنولوجيا المعلومات و الإتصالات ليشمل مختلف أنواع الأعمال و التصرفات من خلال شبكة الأنترنت .

أما التعريف الضيق، فقد جاء بعد أن سارت لجنة الأمم المتحدة في الإتجاه الموسع في مفهوم التجارة الإلكترونية وقد حاولت بعد هذا تحديد مفهوم التجارة الإلكترونية تحديدا دقيقا وبهذه المناسبة صدر تقرير عن منظمة التجارة الدولية الخاص بالتجارة والخدمات بتاريخ 1999/12/03 المنعقد بـ "سياتل" بالولايات المتحدة الأمريكية، و المقدم إلى المجلس العام لمنظمة التجارة الدولية الذي ذهب إلى تحديد مفهوم "التجارة الإلكترونية" وربطه بمجال التجارة الإلكترونية البحتة [1].

ويقصد به أداء النشاط التجاري باستخدام الوسائط و الأساليب الإلكترونية و التي تدخل الأنترنت كواحدة من أهم هذه الوسائط فأصبح مفهوم التجارة الإلكترونية أنها تلك العمليات التي تهدف إلى تبادل السلع و الخدمات من خلال وسيلة إلكترونية أو وسيط إلكتروني هذا يعني أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري خاص بتعاقدات البيع و الشراء وطلب الخدمة تتم بآليات تقنية وقد ينصب النشاط التجاري على السلع والخدمات التي تتطلب أن تكون عملية البيع من دفع ثمن السلع و الخدمات إلكترونيا لكن تسليم السلعة يتم بواسطة وسيلة من وسائل التسليم التقليدية أي أن تنفيذ العقد يتم خارج خط الإتصال الإلكتروني (off line) حيث يسلم المبيع في المكان و الزمان المتفق عليهما[2] .

وقد تتم عملية البيع من دفع الثمن و تسليم السلعة أو الخدمة من خلال الشبكة على خط الإتصال مباشرة إذا كانت السلع و الخدمات قابلة للترقيم أي التي يمكن تحويلها من الشكل العادي إلى الشكل الرقمي

[1]– إبراهيم العيسوي ، التجارة الإلكترونية ، المكتبة الأكاديمية ، مصر ، 2007 ، ص 15 .

[2]– نفس المرجع السابق ، ص 17 .

أو الكودي(code) باستخدام التكنولوجيا الرقمية كالموسيقى وأفلام الفيديو و الأشرطة و البحوث و الكتب والصحف والإستشارات القانونية و الطبية و المعلومات فتتم على الخط باستعمال التحميل (on line).

ويبدو من خلال التعريف الموسع و الضيق للتجارة الإلكترونية أن الإختلاف بينهما يكمن في تحديد مجال التجارة الإلكترونية [1] حيث أنه في ظل المفهوم الموسع يعد أي عمل عبر الشبكة تجارة إلكترونية إذ يتوسع ليشمل مختلف العلاقات التي تربط أطراف المعاملة كالعلاقة بين المحترف و المستهلك وبين التجار فيما بينهم و بين الأفراد و الحكومة .

إلا أن التعريف الضيق هو الذي أصبح راجحا، بحكم أن التطبيقات الواقعة عبر الشبكة ومفهوم التجارة البحتة تتركز في حد ذاتها على تبادل السلع و الخدمات وهي بذلك تشكل سبب ومحل مباشر لإبرام العقود التجارية الإلكترونية بمختلف أشكالها [2].

2- التوجيهات الأوروبية :

عرف التوجيه الأوروبي رقم CE 7/97 الصادر في 1997/05/20 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد عرف هذا العقد على أنه عقد بيع مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية، إذ تضمنت المادة 02 من التوجيه التعريف الآتي:" أنه يعد بيعا عن بعد كل عملية بيع بين المحترف و المستهلك في إطار بيع السلع و الخدمات باستعمال حصريا واحد أو عدة تقنيات اتصال عن بعد يشمل مرحلة تكوينه".

[1]- يلاحظ أن القانون الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للتجارة الإلكترونية ، وهو مايستشف من المادة 6 من القانون 18-05 التي حصرت التجارة الإلكترونية في تبادل السلع و الخدمات فقط عن بعد ، وذلك بالقول أن " التجارة الإلكترونية : النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني ، عن طريق الإتصالات الإلكترونية".

[2]- أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005 ، ص 40 .

تضمن أيضا التوجيه الأوروبي الصادر في 2000/06/08 تحت رقم CE/31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي جاء في مجمل تعريفه أن العقد الالكتروني في مفهوم التوجيه الأوروبي العقد الذي يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، و التي تتم حصريا بواسطة تقنية اتصال عن بعد دون سواها، بمعنى أن العقد التجاري الإلكتروني هو العقد الذي يبرم بوسيلة من وسائل الإتصال الإلكترونية التي تمكن التعاقد عن بعد وفي الزمان نفسه دون إلتقاء الأطراف المتعاقدة جسديا مركزا على دور الوسيلة الإلكترونية.

يلاحظ من خلال التعاريف الفقهية و التشريعية و الدولية كما سبق شرحها أنه يمكن الإستخلاص بأنها جاءت مركزة على الوسيلة الإلكترونية ، تتصدرها شبكة الأنترنت التي تتيح في إطار التجارة الإلكترونية إبرام العقد التجاري الإلكتروني في محيط لا مادي افتراضي دون إلتقاء أطرافه بفضل خاصية التواصل والتفاعل الحديثة و المميزة .

المطلب الثاني: خصائص العقد التجاري الإلكتروني

يحوز العقد التجاري الإلكتروني المبرم أساسا عبر الأنترنت لخصائص تميزه عن العقود الأخرى ، كما أن هذا العقد يمكن أن يشترك في بعض الخصائص الموجودة في العقود التقليدية [1] .

يستلزم منا الأمر لبيان خصائص العقود التجارية الإلكترونية بداية التأكيد على أن تلك السمات تختلف بإختلاف زاوية النظر إلى هذه العقود ، فهي من حيث شروط الإنعقاد ، عقود تتم عن بعد، ومن ثمة تكون الكتابة الإلكترونية مطلوبة فقط للإثبات فقط [2] ، وهي من حيث التنظيم التشريعي لها يمكن أن تقسم

[1]– هدى المقداد ، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 2 ، 2017 ، جامعة المدية، الجزائر ، ص 5 .

[2]– صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2006، ص 16 .

إلى عقود مسماة و غير مسماة بحسب ماإذا كان هناك إطار قانوني ينظم تلك العقود من عدمه [1] ، وذلك ما يحدد لها الطابع الدولي و التجاري على حد سواء .

فهي أولا عقود مسماة بالنسبة للدول التي أصدرت تشريعا ينظم أحكامها ، كالقانون الجزائري رقم 18-05 لسنة 2018 ، و القانون الأردني لسنة 2001 و المسمى قانون المعاملات الإلكترونية ، وقانون إمارة دبي لسنة 2002 ، وقانون الجمهورية التونسية رقم 23 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية ، والقانون الأمريكي لسنة 2001 ، والإيطالي ، والقانون الفرنسي رقم 2000/230 الصادر في 13 مارس لسنة 2000 ، والقانون المصري رقم 15 لسنة 2003 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ، و القانون البلجيكي ، و قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 ...إلخ ، وهذه العقود تعتبر عقودا غير مسماة بالنسبة لباقي الدول التي لم تنظم تلك العقود في تشريع خاص [2] .

وسنحاول التركيز على أهم خصائص هذه العقود لما تثيره من غموض وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التعاقد عن بعد

تتجلى السمة الأساسية للعقد التجاري الإلكتروني في عدم الحضور المادي المعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم ، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه في لحظة إلتقاء إرادتهما ، بالإضافة إلى أن إبرام هذا العقد يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد[3] .

[1]- نفس المرجع السابق، ص 17 ، 18 .

[2]- نفس المرجع السابق، ص 19.

[3]- هدى المقداد ، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 2 ، 2017 ، جامعة المدية، الجزائر ، ص 6 .

الحقيقة التي لا شك فيها أن عقود التجارة الإلكترونية عقود تتم عن بعد ، فالتفاوض بشأن هذه العقود و تكوينها وتنفيذها يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد ، ومن ثمة فإن هذه العقود تتميز عن غيرها بكونها من العقود التي تتم عن بعد [1].

وقد جرى الفقه على التمييز بين الإتصالات المتبادلة عن بعد ، واستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى فئة عقود التفاوض عن بعد أو العقود التي تبرم عن بعد .

ويقصد بالعقود التي تتم عن بعد ، كل عقد يتعلق بتقديم منتوج أو خدمة يتم بمبادرة من المورد دون حضور مادي متزامن للمورد و المستهلك ، باستخدام تقنية الإتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد و طلب الشراء من المستهلك .

ويقصد بها أيضا " كل بيع للأموال أو التعهد بتوريد خدمات ، الذي يتم بدون حضور مادي متزامن للأطراف ، بين المورد و المستهلك ، من أجل إبرام العقد ، وباستخدام واحد أو أكثر من تقنية الإتصال عن بعد" .

وأول ما يلفت النظر في هاذين التعريفين هو ربط مفهوم التعاقد عن بعد بمرحلة تكوين العقد دون الإكتراث بإجراءات تنفيذه ، بمعنى أن هذا التعاقد يفترض وجود مسافة جغرافية بين الأطراف وقت التفاوض حول بنود العقد وعند إبرامه ، وهذا يعني إدراج هذه العقود في مصاف العقود بين غائبين ، يكشف لنا التعريف السابق كذلك على أن التوسط واستخدام إحدى وسائل تقنية الإتصال عن بعد تعد من سمات التعاقد عن بعد .

[1]– عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009 ، ص 139 .

ويترتب على ذلك أن كل عقد يتم دون الحضور المادي للمتعاقدين يدخل في إطار العقود التي تتم عن بعد، وهو ماينطبق على البيوع التقليدية التي تتم عن طريق المراسلة وكذلك العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت [1].

وقد أكد ذلك المشرع الجزائري نفس النتيجة في القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وهذا في مادته السادسة [2] أين عرف العقد الإلكتروني على أساس " العقد بمفهوم القانون 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني " ، كما توافق ذلك المادة 67 من القانون المدني الجزائري [3] على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " .

ولعل تلك السمة هي التي استوجبت إقرار قواعد خاصة من طرف عدة دول على غرار المشرع الجزائري كما بينا أعلاه لهذا النوع من المعاملات بغية توفير الحماية للمستهلك ، لا سيما في ظل غياب الحضور المادي للأطراف ، والذي لا يسمح لهم بالتحقق من بعض المسائل القانونية ، كأهلية الطرف الآخر ، وصفته في التعاقد ، وسلامة المنتوج و المستندات من العيوب ، وتطابق الإرادات ، وتعاصر التوقيعات ، فضلا عن الغموض الذي قد يحيط بالتنفيذ ومسألة الإثبات .

---

[1] – أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005 ، ص 34 .

[2]– المادة 6 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

[3]– المادة 67 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

وعلى الرغم من أن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم على شبكة الأنترنت تشترك مع باقي العقود التي تتم عن بعد في أنها تنعقد في غياب الوجود المادي للأطراف [1] ، إلا أنها تسمح بوجود افتراضي للأطراف وإجراء حوار شامل حول بنود العقد و تنفيذه في ذات الوقت ، وينتج عن ذلك ، عدم وجود فارق زمني بين الإيجاب و القبول عبر الشبكة ، والوفاء بالإلتزامات أيضا من خلالها .

واستنادا إلى ذلك تتميز عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية (الأنترنت) عن البيع بواسطة التلفزيون بوجود صفة التفاعلية و التي تسمح بوجود حوار مفتوح على الشبكة ، كما تسمح بتحقيق بعض الخدمات فورا على شبكة الأنترنت كالحصول على المعلومات حيث لا توجد تلك الصفة في الوسائل المسموعة المرئية التقليدية.

الفرع الثاني: الطابع الدولي

التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الأنترنت يتصف بالطابع الداخلي و الدولي ، فاتسام العقد الإلكتروني بالطابع الداخلي عندما يكون العقد بين طرفين في داخل البلد الواحد ، أما دولية العقد فتكون في حالة الخروج من حدود الدولة ، فالمعاملات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت يمكن أن تتم بين أطراف يتواجدون في دول مختلفة، فالمستخدم من دولة و المورد من دولة أخرى ، شركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر شبكة موجودة في دولة أخرى[2] .

اختلفت آراء الفقهاء حول مفهوم الصفة الدولية لعقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للإتصالات (الأنترنت) . ولعل مرد ذلك الخلاف هو إختلافهم حول مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية و التي تتخطى الحدود الجغرافية للدول. وهذه الآراء يمكن

[1] – لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 27 .

[2] – هدى المقداد ، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 2 ، 2017 ، جامعة المدية، الجزائر ، ص 7.

تصنيفها في إتجاهين[1] ، الأول يفرق بين نوعين من العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت ، ويتمثل النوع الأول في العقود التي يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الأنترنت مقيما في دولة و مورد خدمات الإشتراك في الشبكة مقيما في دولة ثانية ، و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيما في دولة ثالثة . فهذه بلا أدنى شك عقودا دولية ، وبالتالي يمكن القول بتوافر المعيارين اللازمين لوصف أي معاملة بالطابع الدولي و اللذان يتمثلان في اتصال هذه المعاملات بأكثر من دولة من خلال جنسية أوموطن أو مركز أعمال أطرافها مما يجعلها مستوفية للمعيار القانوني بالإضافة إلى انتقال القيم و الثروات أو الخدمات عبر الحدود مما يجعلها مستوفية للمعيار الإقتصادي لإتصالها بمصالح التجارة الدولية. ويندرج النوع الثاني ضمن العقود التي تتركز فيها جميع العناصر سالفة الذكر في دولة واحدة كأن يبرم العقد من قبل شخص مقيم في فرنسا مع مورد للكتب (شركة فرنسية) و من موقع فرنسي و يتضمن العقد شرط التسليم في فرنسا و يتم الدفع بشيك في فرنسا و بالعملة (اليورو) في هذه الحالة سيكون من المستغرب القول بأن العقود تنطوي على حرية اختيار القانون الواجب التطبيق.

ويؤكد أنصار الإتجاه الثاني على أن البعد الدولي هو الغالب في العقود التي تتم على الخط أيا كان نوعها ، تأسيسا على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة ومن ثم يصعب توطينها أوتوطين المعاملات القانونية التي تجرى في إطارها إذ لا خلاف حول دولية تلك العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود كما أسلفنا القول .

على الرغم من سلامة التقسيم الذى انتهى إليه أنصار الإتجاه الأول من الناحيتين القانونية و النظرية إلا أن الواقع العملي أثبت أن الحدود الفاصلة بين العقد الدولي و العقد الداخلي على شبكة الأنترنت قد سقطت . فكل العقود التي تبرم على الشبكة هي عقود دولية [2]، ومن ناحية أخرى ، فإنه تجدر الإشارة إلى

[1] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 47 .

[2] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 49 .

أن أطراف العلاقة القانونية يقومون بإبرام تعاقداتهم من خلال تواجدهم في دول مختلفة دون حاجة لإجتياز الحدود الجغرافية [1].

فالرأى القائل بإمكانية تقسيم العقود التي تبرم من خلال شبكة الإنترنت أو من خلال هاتف متنقل أومن خلال البريد الإلكتروني إلى عقود دولية وعقود داخلية ، لا يوضح لنا كيف يمكن إعمال هذه التفرقة في الحالات التي يحمل فيها شخص ما جواله الخاص أو حاسوبه الشخصي و يتفاوض لإبرام العقد و هو يتنقل من دولة إلى أخرى أو يتواجد في أماكن لا تخضع لسيطرة دولة ما كأعالي البحار و المحيطات أوالفضاء الخارجي .

وعلاوة على ذلك ، فإن المفاهيم التقليدية تنفر منها الشركات العالمية التي تشكل إقليمها الخاص بها والذي لا يعبأ بالحدود الجغرافية و يستدل على ذلك من العناوين الإلكترونية التي لا تنتمي إلى دولة بعينها والتي يشار إليها في نهاية المقطع بـ :[2] (com) (org) (net) .

يتبين لنا من ذلك أن شبكة الأنترنت عابرة للحدود بطبيعتها و من ثم فإن العقود التي تتم من خلالها لا تدخل في حدود دولة معينة كما أن معيار الدولية يتوافر في العلاقات التي تتم بين وطنيين داخل الدولة الواحدة حيث يوجد أطراف آخرون كمقدم الخدمة أو معالج البيانات أو ناقل البيانات في دولة أخرى ،هذا بالإضافة إلى أن المجال الذى تعمل فيه الشبكة له طبيعة عالمية حيث يمكن لأي شخص الإتصال بالشبكة و الإنتفاع بخدماتها من أي مكان [3] .

من وجهة النظر هذه ، فإن دولية العقد باتت مسألة واقع وهذه الحقيقة تؤكدها عقود التجارة الإلكترونية بسماحها للمتعاقدين بحرية اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملاتهم [4] .

---

[1] – عصام عبد الفتاح ، نفس المرجع السابق ، ص 159 .

[2] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ،ص 51 .

[3]– أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 36 .

[4]– عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، بدون طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007 ، ص 134 .

كل هذا يجعلنا نسلم بأن الحدود بين العقد الدولي و العقد الداخلي قد سقطت مع وجود الشبكة الدولية و كأنها جاءت لتقلب الأوضاع و تغير المفاهيم التي استقر عليها القانون الدولى الخاص التقليدي منذ أمد بعيد لتخلق مجالها الخاص بها و هو مجال افتراضى يجمع البائعين في معارض تجارية افتراضية تتم عبر الشبكة الدولية [1] .

إن عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية عقود تتم عن بعد دون الحضور المادي لأطراف العقد شأنها في ذلك شأن سائر العقود التي تتم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية غير أنها تتميز عن هذه الأخيرة بسمة التفاعلية التي تسمح بوجود حوار مفتوح وشامل بين أطراف العقد كما أنها قد تكون عقود مساومة وقد تكون إذعان و أيضا قد تكون عقودا تجارية وقد تكون عقودا مدنية ولكنها دائما عقود دولية حيث يصعب إعمال المعايير الدولية التقليدية للتمييز بين العقود التي تتم على الشبكة [2].

الفرع الثالث : الطابع التجاري

يعتبر العقد التجاري الإلكتروني من عقود المساومة ، وهو بذلك يتيح أمام المتعاقدين المناقشة حول الشروط و الثمن وكل ما يخص المتعاقد عليه ، فالموجب لا يتمتع بالإحتكار القانوني أو الفعلي ، فنظرا للطبيعة التي تقوم عليها شبكة الأنترنت باعتبارها شبكة عالمية و الخدمات أو السلع التي تعرض عليها يصعب اعتبارها محصورة أو محدودة النطاق إذ أن عنصر المناقشة لازال يسود العقود الإلكترونية و الطرف الآخر لا يشترط عليه أن يوافق ، فله أن يتصفح المواقع الأخرى للبحث عن السلعة التي يريدها من نوع آخر

[1]– محمد فواز المطالقة ، نفس المرجع السابق ، ص 39 .

[2] – محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2004 ، ص 24 .

أو متجر آخر ، وعليه فإن العقود الإلكترونية بمجملها تحمل صفة المساومة ، مما يتعين اعتبارها تجارية بالأساس[1] .

إن مسألة التمييز بين العقود التجارية و العقود المدنية ليست أمرا مستحدثا . فقد عرفت هذه المشكلة من قبل في معرض التفرقة بين الأعمال المدنية و الأعمال التجارية بغية تحديد ماهية العمل التجاري بسبب إختلاف المفاهيم القانونية و تفاوت الأنظمة الوطنية في هذا الشأن [2] .

و من الجدير بالذكر أن وضع تعريف للعمل التجاري ينطوي على ضوابط تميزه عن العمل المدني وترسم الحدود الفاصلة بين كليهما أمر يصعب تحقيقه ، لهذا أدرج الفقه معايير تقسيمها إلى أربعة أنواع يمكن حصرها وذكرها في إطار أن تكون موضوع لإبرام العقود التجارية الإلكترونية فيما يلي :

1 – الأعمال التجارية المنفردة:

و هي تعتبر أعمال تجارية بمجرد ممارستها بغض النظر عن صفة القائم بها حتى لو باشرها مرة واحدة لذا يطلق عليها الأعمال التجارية المنفردة.

2 – الأعمال التجارية بطريق الإحتراف :

وهذه الأعمال لا تعتبر تجارية إلا إذا توافر شرطان أساسيان و هما أن يمارس هذه الأعمال تاجر، وأن تتم مباشرة هذه الأعمال على وجه الإحتراف و بشكل متكرر و منتظم و مستمر فممارسة هذه الأعمال مرة واحدة أو عدة مرات لا يرقى إلى درجة الإحتراف و من ثم لا تعتبر تجارية [3] .

---

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، الإطار القانوني الناظم للعقد الدولي الإلكتروني على ضوء التشريع الأردني ، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ، العدد 3 ، 2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، ص 71 .

[2] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 30 .

[3] – محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، مصر ، 2008 ، ص33 .

3 – الأعمال التجارية بالتبعية :

ويطلق عليها الأعمال التجارية الشخصية دلالة على أنها لا توصف بهذا الوصف إلا إذا صدرت من تاجر بمناسبة مباشرته لمهنته التجارية و بغير هذا الوصف تظل لها صفتها المدنية و هذا يستفاد من نص المادة الرابعة من القانون التجاري الجزائري [1] و التي تقضي بأنه يعد عملا تجاريا بالتبعية :

- الأعمال التي يقوم بها التاجر و المتعلقة بممارسة تجارته .
- الإلتزامات بين التجار .

و لتفسير هذا النص يستوجب توافر شرطين أساسين لاعتبار عملا ما تجاريا و هما أن يباشر هذه الأعمال تاجر لأنها تستمد الصفة التجارية من تبعيتها لصفة القائم بها فالعمل في حد ذاته يعد عملا مدنيا وأن ترتبط هذه الأعمال بتجارة التجار.

4 – الأعمال المختلطة:

وهذه الأعمال ليست نوعا جديدا من الأعمال التجارية و لكنها أحد الأعمال السابق ذكرها. غير أن هذه النوعية من الأعمال تعتبر تجارية لأحد أفراد التعاقد و مدنية بالنسبة للطرف الآخر [2] .

ويترتب على ذلك إزدواج القواعد القانونية التي يخضع لها العمل المختلط إذ تطبق القواعد المدنية على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له و تطبق القواعد التجارية على من يعد العمل تجاريا بالنسبة له .

غير أن القانون التجاري الجزائري لم ينص على هذا النوع من الأعمال صراحة بالرغم من أن القضاء استقر على ذلك ، وبالمقابل وعلى سبيل المثال فإن القانون التجاري المصري تدارك هذا الأمر وتوصل إلى هذه النتيجة ، حيث نص في المادة الثالثة على أنه " إذا كان العمل تجاريا بالنسبة إلى أحد طرفيه فلا تسرى أحكام القانون التجاري إلا على إلتزامات هذا الطرف وحده و تسرى على إلتزامات الطرف الآخر أحكام

[1] – المادة 4 من القانون رقم 75–59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05–02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 ، ج ر عدد 11 ، الصادر في 06 فيفري 2005 .

[2] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 32 .

القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك" . وبمقتضى ذلك أن القانون التجاري يكون واجب التطبيق على الطرف الذى يعد العمل تجاريا بالنسبة له دون الطرف الآخر ، و يستوى في ذلك أن يكون العمل تجاريا بصفة أصلية أو تبعية .

ومما ينبغي التنبه إليه أن هذه الأعمال مجرد تعداد ورد على سبيل المثال لا الحصر و بالتالي يمكن الإجتهاد و القول بتجارية أعمال أخرى تشترك في صفات أخرى مع تلك الأعمال التي أشار إليها التشريع، ومن هنا يثار التساؤل عن موقف عقود التجارة الإلكترونية و مدى إعتبارها أعمالا تجارية تندرج تحت نوع معين من الأعمال السابقة أم أنها عمل تجاري جديد ولتحديد ذلك يتعين علينا التمييز بين ثلاثة أنواع من العقود:

أ – العقود التي تتم بين التجار أو المحترفين

وهي العقود التي يقوم بها تاجرا عبر شبكة الأنترنت بالتعاقد مع تاجرا آخر لغرض إشباع حاجته المهنية ، ليعاود بيعها بتحقيق مكسبا على أساسها ، فأساس القيام بهذا العقد هو احتراف العمل التجاري وهدف تحقيق المكاسب المادية واستمرارية عمله التجاري الذي اعتاد على مزاولته ، وعليه فإنها تعتبر عقودا تجارية[1] ، فهذه العقود وفقا لهذا الإتجاه هم غير المستهلكين و بشكل أكثر تحديدا كل من لا يستفيد من الحماية الخاصة بالمستهلكين التي يكفلها لهم القانون و القضاء. و يقصد به في مجال التجارة الإلكترونية كل المشروعات و الأعمال التجارية التي تسعى إلى الإنتفاع بشبكة الأنترنت بهدف إشباع إحتياجاتها المهنية أو التجارية [2] .

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، الإطار القانوني الناظم للعقد الدولي الإلكتروني على ضوء التشريع الأردني ، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ، العدد 3 ، 2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، ص 72 .

[2]– صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 34 .

ب – العقود التي تتم بين المستهلكين

وهي العقود التي يبرمها المستهلك بغرض إشباع إحتياجاته الشخصية أو العائلية من السلع والخدمات، و هذه العقود مدنية لأنها بعيدة تماما عن الأنشطة التجارية ، ويمكن القول أنها تلك العقود التي تتم عبر مواقع التواصل الإجتماعي ، أو مواقع البيع المخصصة و اغلتي يكون أكراف التعاقد فيها أو كليهما أفرادا عاديين ، وسبيل شراء السلعة أو الخدمة ماهو إلا لإشباع الحاجات الأساسية و الشخصية ولا يقوم بها الافراد على سبيل الإحتراف ، وعليه تعتبر عقود مدنية[1] .

ت – العقود التي تتم بين التجار المحترفين و المستهلكين

يطلق عليها العقود المختلطة فهي عقود تجارية بالنسبة للتاجر المحترف لأنه يمارس هذه الأعمال على سبيل الإعتياد بهدف تنمية النشاط التجاري لمشروعاته و هي عقود مدنية بالنسبة للمستهلك أو متلقى الخدمة أو السلعة و الذى يسعى دائما لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية البعيدة كل البعد عن الأنشطة التجارية.

وتبدو أهمية هذه التفرقة ما بين الأعمال التجارية و المدنية من حيث الإختصاص القضائي [2]، وذلك القانون الواجب التطبيق ، وفي خلاصة كل ذلك يمكن القول بأن العقود التجارية الإلكترونية لا تختلف عن التصنيف التقليدي للأعمال ، فقد تتكون تجارية أو مدنية أو مختلطة ، و العائد في تحديد هذه الصفة هي العلاقة التعاقدية التي تربط أطراف العلاقة ، إلا أنه يجب الإعتراف بأن العقد التجاري الإلكتروني له الطابع التجاري الغالب ، وذلك يرجع لإجماع الفقه على أن الطابع التجاري هو من أبرز خصائص هذا العقد ، وذلك بسبب أن التجارة الإلكترونية هي من أبرز الممارسات التي تتم من على شبكة الأنترنت ، التي بدورها

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، نفس المرجع السابق ، ص 72 .

[2] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 43 .

أثرت على الحركة التجارية العالمية لسهولة التواصل ، فهذه العقود قد لعبت دورا كبيرا في تطوير بيئة الأعمال ونجاح المشروعات التجارية على اختلاف صورها[1] .

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية

تختلف العقود بمفاد طبيعتها القانونية ، مما يترتب عليها اختلاف الشكل التعاقدي أو شكل التعاقد ، كما وقد تختلف معها الآثار القانونية المترتبة ، وفي واقع الأمر فإن الطبيعة القانونية للعقد التجاري الإلكتروني مازالت موضوع دراسة وإجتهاد وشرح من المهتمين بهذا المجال ، مما يقود إلى محاولة تصنيفها من حيث الطبيعة وفيما إن كانت عقود إذعان أو رضائية أو ذو طبيعة خاصة [2] .

سنحاول تبعا لذلك الإلمام وإبراز هذه التوجهات وأسبابها و الوقوف عند الإتجاهات الراجحة قدر الإمكان ، ولهذا سنتعرض في هذا المطلب لثلاثة فروع نستهل فيها توضيح التوجهات الثلاثة المعلن عنها.

الفرع الأول : العقد التجاري الإلكتروني من عقود الإذعان :

اختلفت أقوال الفقهاء ما بين مؤيد و معارض لوصف عقود التجارة الإلكترونية بصفة عقود الإذعان [3] و يمكن جمع هذه الآراء في اتجاهين ، الأول يذهب أنصاره إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان، إستنادا إلى كون هذه العقود تعد سلفا و يستقل بفرض شروطها وإملاء بنودها من طرف واحد و هو (الموجب) دون تفاوض أو مشاركة من الطرف الآخر (القابل) بحيث لا يكون أمام هذا الأخير سوى قبول هذه الشروط كلية أو رفضها كاملة دون إمكانية القيام بأي أمر آخر فلا يوجد بشأنها تفاوض،

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، نفس المرجع السابق ، ص 76 .

[2] – هدى المقداد ، نفس المرجع السابق ، ص 5 .

[3] – صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2006، ، ص 25 .

أو مساومة [1] . أما الإتجاه الثاني فيتجه إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية ليست عقود إذعان، حيث لا يكفي أن تحتوى الصيغ العقدية على شروط لا تسمح بالمنافسة ، و إنما يلزم فضلا عن ذلك ، أن تكون السلعة أو الخدمة من الضروريات الأساسية التي يصعب الإستغناء عنها ، و أن تكون محل إحتكار من جانب التاجر. فقد إستقر الفقه على تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذى يسلم فيه أحد الطرفين و هو المذعن بشروط يمليها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها [2] ، و هو المشترط ، فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية .

بتأمل النظر في عرض الإتجاهين السابقين لرسم حدود دائرة عقود الإذعان في مجال التجارة الإلكترونية ، يتبين لنا أن كلا الإتجاهين غير قابل للتطبيق في مجال هذا النوع من العقود [3]. فوفقا لأنصار الإتجاه الأول ، فإن العقود النموذجية المعروضة بموقع التاجر على صفحة الواب، يعرضها التاجر بصورة لا تسمح بالمنافسة ، بحيث لايكون أمام زائر الموقع إلا أن يقبل أو أن يرفض . هذا القول إن صح بالنسبة لبعض العقود فإن الواقع العملي يؤكد بما لا يدع مجالا للشك أن معظم تلك العقود تجيز التفاوض والمساومة بين أطراف العقد حول كل ما يتعلق بشروط التعاقد أو تعديلها، الأمر الذي يشكك في إلحاق صفة الإذعان على جميع عقود التجارة الإلكترونية ، أما أنصار الإتجاه الثاني فقد تمسكوا بحرفية الشروط التي تتطلبها القوانين الوطنية لإضفاء صفة الإذعان على عقود التجارة الإلكترونية متناسين أننا بصدد الحديث عن عقود ذات طبيعة دولية تختلف كلية عن العقود الوطنية في شكلها و مضمونها. هذا الإختلاف يقتضي تبني مفهوم مختلف للإذعان عن المفهوم الوطني له ، مفهوم يتماشى مع الدولية التي تتميز بها هذه العقود التي تتخطى ليس فقط الحدود الجغرافية بل كذلك المفاهيم الوطنية .

[1] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 26 .

[2] – نفس المرجع السابق ، ص 27 .

[3] – نفس المرجع السابق ، ص 28 .

ومن ثم و في ظل غياب قاعدة مادية موحدة على المستوى الدولي تنظم مسألة الإذعان فإنه يكفى الأخذ بإمكانية التفاوض في العقود الإلكترونية كمعيار يحدد ما إذا كانت هذه العقود عقود إذعان أم لا، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد [1] ، فإن كانت تلك العقود تجيز التفاوض و تسمح للمشترى بمراجعة بنود العقد و تعديله أحيانا فهي تخرج من نطاق عقود الإذعان ، أما إذا انعدمت سمة التفاوض أو المساومة و جاءت بنود العقد بطريقة جامدة لا تقبل المراجعة أو التمحيص فهي عقود إذعان.

وبناء على ذلك ننتهي إلى القول بأن عقود التجارة الإلكترونية يمكن أن تكون عقود إذعان و يمكن أن يكون فيها تفاوض وفقا لظروف كل عقد على حدى [2] . غير أن التساؤل الرئيسي يدور حول ما إذا كانت تلك العقود تتضمن جانبا من التفاوض أم لا ؟؟؟

وفي هذا الصدد نقول أن المشرع الجزائري حسم هذا الأمر نهائيا ، وذلك عندما أوكل جانب من تعريف العقد التجاري الإلكتروني إلى المادة 02 من قانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية [3]، فعرف العقد على أنه " كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة ، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه ، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسلم أو سند أو أية وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلفا " .

[1] – صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 29 .

[2] – نفس المرجع السابق ، ص 30 .

[3] – المادة 2 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ج ر عدد 41 الصادر في 27 يونيو 2004 .

ويلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى مفهوما واسعا لشكل العقد التجاري الإلكتروني بمختلف القوالب القانونية و المادية المتاحة على حد سواء ، فضلا عن حسمه في اعتبار العقد التجاري الإلكتروني على أساس أنه عقد إذعان .

الفرع الثاني : عقد رضائي

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن العقد التجاري الإلكتروني ماهو إلا عقد رضائي لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين الإلكترونيين أو المنتجين، كما أنه لا يمكن الإعتماد على المعيار الإقتصادي فقط وإنما يجب النظر الإعتبارين القانوني و الإقتصادي .

كما أن هناك أنصار لاتجاه آخر مفاده أن ذلك يعتمد على نوع العقد [1]و المقصود بذلك هو أن نوع العقد التجاري الإلكتروني لا يكون إلا لطبيعة العقد وظروفه والأطراف المتعاقدين ، فإن تم العقد عبر وسائل يتم فيها المناقشة و المفاوضة سواء بتواصل مباشر أو غير مباشر فهي عقود رضائية ، أما إذا كانت عقودا لا تقبل المناقشة فيها و التفاوض وتمت عبر وسائل لا تمكن إلى القبول أو الرفض لشروطها المعدة مسبقا وعامة على جميع المتعاقدين فهي عقود إذعان كما سبق وأن وضحنا سلفا ، وعليه فإن نوع العقد لا يمكن إطلاقه على إحدى الجوانب سابقة الإيضاح بل كل عقد له ظروفه وتكييفه ، وبناءا على تلك الظروف يتم تحديد نوع العقد .

الفرع الثالث : عقد ذو طبيعة خاصة

يذهب رأي فقهي إلى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية ، إذ أن العقود التجارية الإلكترونية من حيث آلية إبرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية ، فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكترونية قد تحتوي على

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، نفس المرجع السابق ، ص 71 .

سمات عقود الإذعان ، أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الإلكترونية إلى أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فينعقد العقد [1] .

المطلب الرابع : تمييزه عن غيره من العقود

يتميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التقليدية من حيث الآلية التي يبرم بها وذلك بدءا من مرحلة المفاوضات العقدية حتى يتم الوصول لإبرام العقد. من خلال تبادل الإيجاب و القبول بين طرفيه وهي التي تمثل أوجه الخصوصية لهذا العقد عن العقود الأخرى[2].

إضافة إلى أن هذا العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد مما يجعلها خصوصية أخرى في هذا العقد تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بذات الطريقة ، وهو من العقود المسماة وغير المسماة التي تتطلب درجة من الدقة في أركانه وآثاره ، ويرجع السبب في ذلك إلى طريقة التبادل الحديثة فيه التي تخالف العقود التقليدية سواءا كانت بيعا أو إيجارا ...إلخ ، وهذا يعني أن الإختلاف قد يحدث في وسيلة إبرام العقد .

يلاحظ أن عقود التجارة الإلكترونية ليست الوحيدة التي تتم في البيئة الإلكترونية فهناك عقود أخرى تبرم في محيط البيئة الإلكترونية وتكون محيطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه [3]، بحيث تكون هي الأساس الذي ترتكز عليه هذه العقود ، وسنحاول في دراسة هذه العقود بقدر الإمكان لبيان ما يميزها عن العقود الإلكترونية ، كما سنتطرق إلى مسألة تميز هذا العقد بحسب طريقة انعقاده وصولا إلى استبعاد بعض العقود التي لا تتسم بالصفة التجارية وذلك في ثلاثة فروع على النحو التالي :

---

[1]– عبد الله نوار شعت ، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر ، 2017 ، ص 72 .

[2]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 30 .

[3]– نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

الفرع الأول : تمييزه عن العقود المصاحبة له

يتضح من دراستنا لبعض عقود التجارة الإلكترونية أنها مرتبطة إرتباطا كليا بالوسائل الإلكترونية ، سواء في مرحلة المفاوضات العقدية ، أو في مرحلة إبرام العقد على شبكة الأنترنت [1].

فهناك عقود يتم إبرامها و تنفيذها بشكل كامل من خلال الشبكة وذلك بدءا من المفاوضات العقدية وتلاقي الإيجاب بالقبول والإتفاق على كافة بنود العقد وحتى تتم عملية التسليم، والتي يمكن أن نضرب لها مثالا شراء الكتب وغيرها من السلع التي يمكن تداولها من خلال شبكة الأنترنت ، والذي يطبع السمة الإلكترونية على هذه العقود نتيجة لإبرامها كليا أو جزئيا بوسائل إلكترونية ، و التي عبرت عنها معظم قوانين الدول التي أصدرت قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية ، بما فيها القانون الجزائري ، عندما اعتبرت أن العقد الإلكتروني الذي يستخدم في إبرامه وسائل إلكترونية كليا أو جزئيا . فأركان العقد واحدة ، وأساس العقد هو علاقة ثنائية بين الموجب و القابل على محل يتم تحديده من قبلهما .

وسنقوم في هذا الشق بالإشارة بإيجاز لبعض العقود وبيان ما يميزها عن بعضها ، ومدى إرتباط هذه العقود بالعقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، ومدى إعتبار هذه العقود إلكترونية ، أم من العقود المحيطة بالبيئة الإلكترونية ، ولذا سوف نقوم بدراسة عقد إستخدام الشبكة أو بما يسمى عقد الإشتراك في الشبكة وعقد الإيجار المعلوماتي ، و كذا المتجر الإفتراضي وذلك على النحو التالي :

1 - عقد الإشتراك في الشبكة :

هناك من يطلق على هذا العقد عقد الدخول إلى الشبكة أو الإشتراك في خدمة الأنترنت ، حيث يتيح هذا العقد للعميل أو المشترك الدخول إلى شبكة الأنترنت وإستخدام المواقع الموجودة على الشبكة من خلال الشركة التي تقدم هذه الخدمة .

[1]- لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 35 .

ويمكن تعريف هذا العقد بأنه تصرف قانوني بين طرفين –الموجب و القابل – يكون محله السماح للطرف الآخر الإنتفاع بالشبكة من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتجول بها والتعامل مع المواقع و إجراء التصفح بها ، إضافة إلى ماقد يعرضه العميل في الغالب على المستخدم في تقديم المساعدة الفنية المسماة بالخط الساخن ، وذلك حلا للمشكلات التي تواجه المستخدم الجديد للأنترنت عن طريق الهاتف [1].

وعقد إستخدام الشبكة كغيره من العقود يتوافر فيه إلتزامات على طرفيه ، فيتوجب على مقدم الخدمة أن يتيح للعميل كافة المواقع التي يرغب بها لكي يكون على علم ودراية بكافة إحتياجات المستخدم ، وأهمها برنامج الإتصال الذي يحقق الإتصال بين جهاز الكمبيوتر و الشبكة [2] .

وفي المقابل يتوجب على العميل الوفاء بالبدل المتفق عليه بين الطرفين لإستخدام الشبكة مما يتوجب على المزود بدراسة كافة الظروف المقترنة بتزويد المستخدم من خلال جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات المتعلقة باستخدام الشبكة والغاية الأساسية و الفعالة لها .

فهذه المعلومات و المزايا المراد توافرها في البرامج التي تدير شبكة الأنترنت والتي تمكن المزود من دراسة الإستخدامات و إيجاد التوازن بين إرادة الأطراف ، وتيسير الأمر على المستخدم ليتمكن من فهم بعض الشروط الأساسية في استخدام شبكة الأنترنت من خلال بيان قاعدة البيانات المناسبة و أنظمة التشغيل وإيجاد ترابط مابين أنظمة التشغيل و المعالجة ، كي يستخدم الشبكة بأفضل وجه ممكن .

ويتوجب على المزود بعد تمكين المستخدم من استخدام شبكة الأنترنت أن يكون على اتصال دائم معه عبر الخط الساخن الذي من خلاله يمكن حل أي مشكلة يمكن أن تعترض المستخدم أثناء استخدام

1– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

2– نفس المرجع السابق ، ص 36 .

الشبكة ، حيث نجد أن الإبقاء على الخط ضروري كذلك في إبرام العقود الإلكترونية لتوفير الأمان والإستقرار للأطراف الذين يبرمون عقودهم عبر الأنترنت ، وذلك لمجابهة أي خلل يمكن حدوثه أثناء القيام بإبرام العقد لتوافر خاصية الأمان و الإستقرار في استخدام الشبكة ، مما يعني أن بقاء المزود على الخط فيه ضرورة لمستخدمي الشبكة للحفاظ على حقوقهم من الهدر و الحد من الإشكالات المتوقع حدوثها أثناء الإستخدام، إضافة إلى إلتزام المزود بتقديم النصائح والإرشادات كاملة وافية لا يعتريها أي نقص والتي تبين آلية التشغيل المثلى للشبكة ، بحيث تظهر هذه الإرشادات وكأنها ملزمة للمستخدم ، حيث أن عدم الإمتثال للنصيحة في بعض الأحيان قد يؤدي إلى تفاقم الخلل [1] .

وإلتزام المزود بخدمات الشبكة بضمان جودة الإستخدام هو إلتزام ببذل عناية لضمان الإستخدام الأمثل عن طريقه ، كما يكون إلتزامه اتجاه المستخدم إلتزاما بتحقيق نتيجة من خلال إتاحة الإتصال بشبكة عالية الجودة في الإستخدام ، وبالتالي فإن أي تقصير يحدث في إتاحة الإستخدام يكون المزود مسؤولا عنه مسؤولية عقدية ، إذ أنه لم يمكن المستخدم من الإنتفاع بالصورة التي يرغب بها.

مما سبق فإننا نجد أن عقد إستخدام الشبكة هو الأساس في العقود الإلكترونية ، فمن خلاله يتمكن المستخدم من الدخول إلى الشبكة والتجول عبر المواقع المتوفرة و البحث عن السلع التي يرغب بها تمهيدا لإبرام العقود على هذه السلع من خلال الشبكة ، كما أن هذا العقد من المتوقع أن يكون أحد العقود المبرمة من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية ، إذا تم تبادل البيانات وإبرام العقد من خلال الشبكة .

1– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

2 – عقد الإيجار المعلوماتي :

يعد عقد الإيجار المعلوماتي من عقود تقديم الخدمات الإلكترونية والذي عرف بأنه : " عقد يقوم بمقتضاه مقدم الخدمة بوضع إمكانات أجهزته وأدواته المعلوماتية تحت تصرف المشترك والذي يتمثل غالبا في إتاحة إنتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسب الخاصة به على نحو معين ".

ويمكن التمثيل لهذا العقد بإتاحة إستخدام البريد الإلكتروني ، فإذا أتيحت الفرصة لمستخدم الأنترنت للقيام بإنشاء بريد إلكتروني على أحد المواقع المتواجدة على الشبكة ، فإن هذا التصرف يمنح المستخدم حرية التصرف بالمعلومات المتوافرة على الموقع وحجز مكان له كل هذه التصرفات تكون بمقابل مادي يتم دفعه إلى مالك هذه المنفعة ، وفي حالة إنتهاء العقد يكون من حق المالك استرداد كافة البيانات والأدوات التي منحها للمستخدم كون أن هذه الأشياء هي التي تمكن المستخدم من الإنتفاع سواء كانت البرامج أم المكان المتاح على القرص الصلب أو على شبكة الأنترنت [1] .

وعقد الإيجار المعلوماتي هو أحد العقود التي يقوم من خلالها مقدم الخدمة بوضعها تحت تصرف المشترك والتي كما قلنا سابقا تكون بإتاحة مساحة على القرص الصلب أو إتاحة مكان على شبكة الأنترنت أو تقديم أي جزء من المعلومات يتم الإنتفاع به خلال المدة التي يتم تحديدها .

ويمكن تكييف هذا العقد على أنه عقد إيجار ، لأن غايته تمكين المستخدم من الإنتفاع بالعين المؤجرة ، بينما تبقى ملكية المعلومة لأصحابها ، وهذا ما أكده القانون الأردني و المصري على سبيل المثال في نصوصهما التي تطرقت لهذا العقد [2] .

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 37 .

[2]– نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

والإنتفاع بمميزات هذا النوع من عقود الخدمات تتيح للمنتفع استخدام الشبكة وإجراء كافة التصرفات المباحة من خلالها كالتجول في المواقع و التسوق و التصفح والذي قد يتيح إبرام العقود التجارية الإلكترونية من خلال هذه الخدمة ، كما أن هذا العقد في حد ذاته يمكن أن يكون من العقود الإلكترونية إذا أبرم إلكترونيا كليا أو في أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية .

2 – المتجر الإفتراضي :

لم يعرف المشرع الجزائري المتجر الإفتراضي كما لم يعرف من قبل المحل التجاري الكلاسيكي و الذي اكتفى بتعداد عناصره في المادة 78 من القانون التجاري الجزائري ، ونصت المادة 8 من قانون 18-05 على شروط ممارسة التجارة الإلكترونية بقولها " يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري ...، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الأنترنت مستضاف في الجزائر امتداد – com.dz – ".

فيستنتج من النص السابق أن المشرع الجزائري يشترط في المورد الإلكتروني التسجيل في السجل التجاري ، وأن يتخذ موقعا أو صفحة إلكترونية على الأنترنت و التي يشترط فيها توفر وسائل تسمح بالتعرف عليها من جهة و أن يتم إيداع إسم النطاق الخاص بهذا الموقع أو الصفحة لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري .

يعتبر هذا الموقع أو الصفحة التجارية بمثابة المتجر الإلكتروني أو الإفتراضي الواقع في الفضاء الإفتراضي للأنترنت وهو بمثابة المقر الذي تمارس فيه التجارة الإلكترونية عن بعد وهو ما يوافق حكما المحل التجاي التقليدي ، هذا المتجر الإفتراضي يكون بالتعاقد مع المصالح المختصة المنصوص عليها قانونا حسب تشريع كل دولة ، و بالتالي هذا العقد المرتبط بإنشاء متجر إفتراضي يعتبر مختلف عن العقد التجاري الإلكتروني الذي نحن بصدد دراسته إلا أنه يعتمد عليه في الإبرام بعد التصفح فيه [1] .

يطلق على هذه العقود بعقود الخدمات الإلكترونية التي هي ضرورية لإبرام العقود التجارية الإلكترونية .

[1] – نواصرية الزهراء ، الحماية القانونية للمتجر الإلكتروني ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد 1 ، 2022، جامعة قسنطينة الجزائر، ص 126 ، 127 .

الفرع الثاني : تمييزه بحسب طريقة إنعقاده

عندما تطرقنا لتعريف العقد الإلكتروني وخصائصه وجدنا أنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد على الرغم من وجود النصوص الخاصة التي تنظم هذه العقود لدى الدول التي أصدرت تشريعات للمعاملات الإلكترونية إلا أن هذه النصوص يعتريها النقص أو الغموض في بعض الأحيان، الأمر الذي يحتم معه الرجوع إلى القواعد العامة في النظرية التقليدية للعقد للتغلب على هذا النقص وذلك للقياس على هذه النصوص و التطبيق عليها ، مما يترتب عليه حدوث خلط وعدم تمييز بين هذا العقد الإلكتروني وعقود أخرى ، إضافة إلى ذلك فإن التطور الذي يحدث في وسائل الإتصال الحديثة وإبرام العقود عن طريقها يجعلنا نرجع أيضا إلى القواعد العامة للقياس عليها .

وسنحاول في هذا الشق أن نميز العقد الإلكتروني عن العقود الأخرى التي يمكن أن تبرم إلكترونيا مع الإشارة إلى أن كافة العقود يمكن إبرامها إلكترونيا كعقد البيع الذي يعتبر أشهر العقود التجارية الإلكترونية أو الإيجار و غيرها من العقود ، فبالنسبة لعقد البيع نجد أن من أهم آثاره هو إلتزام البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري مقابل الثمن الذي تم الإتفاق عليه، ويكون هذا التصرف جائزا على كافة الأموال أو على كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل بمقابل مردود مالي كي يتم العقد .

إن عقد البيع من العقود الرضائية التي لا يكفي لإنعقادها إرتباط الإيجاب بالقبول لإتمام العقد ويكون التعبير صريحا أو ضمنيا عن الإرادة فالمهم فيه توافر الإيجاب و القبول لإتمام التعاقد مع عدم توافر أي عيب من العيوب التي تؤدي لإنعدام الإرادة ، سواء كانت عيوب مادية أو معنوية [1].

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 31 .

وعقد البيع إضافة إلى أنه من العقود الرضائية فهو من عقود المعاوضة و التي يستوجب فيها حصول كل من الطرفين أو المتعاقدين على مقابل لما يقدمه ، فالبائع يقدم المبيع للحصول على الثمن الذي يدفعه المشتري ، وكذلك الحال بالنسبة للمشتري الذي يدفع الثمن مقابل المبيع [1] .

و السمة الأهم من سمات عقد البيع هي نقل ملكية المبيع من البائع للمشتري ، أي أنه عقد ناقل للملكية ويتم ذلك بمجرد إتمام عقد البيع وإنعقاد العقد ، فيتنازل كل طرف من أطراف العقد عن ملكية الشيء الذي بحوزته – الثمن و المبيع – للطرف الآخر بمجرد إتمام العقد أو إبرامه ، هذا و إضافة إلى أن عقد البيع من العقود الفورية أي يتم تنفيذه حسب ما يتم تحديده من أطرافه و لا يؤثر ذلك في كيفية التسليم والدفع ، فالمهم هو توافر الإيجاب والقبول وإبرام العقد ، أما بقية الأمور الأخرى من كيفية تسليم محل الإلتزام فإنه يمكن إرجاؤها إلى أي وقت آخر بعد إتمام العقد وبحسب إرادة طرفيه .

لقد أوجب القانون توافر ثلاثة أركان أساسية في عقد البيع وهذه الأركان هي الرضا كما أسلفنا الذكر أما الركن الثاني فهو محل التعاقد أي المبيع وهو محل إلتزام البائع ، و الذي يجب أن يكون مالا منقولا ومن الممكن تمييزه عن غيره وأن يكون معلوما [2] .

أما الركن الثالث فهو الثمن الذي يحصل عليه البائع من المشتري مقابل إلتزام البائع بتقديم المبيع وهذا الثمن يجب أن يكون مساويا لقيمة المبيع وحسب ماتم الإتفاق عليه .

ففي عقد البيع التقليدي يكون المتعاقدان حاضران في مجلس العقد في الغالب لتبادل التعبير عن الإرادة ، وفي المقابل فإن العقد الإلكتروني يختلف في ذلك فبالرغم من تواجد طرفي العقد في مجلس العقد ، إلا أن كلاهما في مكان مختلف ويبتعد عن الآخر بالرغم من تبادل البيانات مباشرة من خلال شاشات الحاسب الآلي وبواسطة شبكة الأنترنت فيكون هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد [3].

---

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

[2]– تنص المادة 351 من القانون المدني الجزائري على أن " البيع عقد بمقتضاه البائع يلتزم بنقل للمشتري ملكية شيء أوحقا ماليا آخرا في مقابل ثمن نقدي " .

[3]– خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، بدون طبعة ، جمهورية مصر العربية ، 2006 ، ص 18 .

فالعقود التي تبرم عن بعد هي عبارة عن إبرام إتفاق أو إلتقاء إرادتين على القيام بتقديم منتج أو خدمة من خلال تقديم مبادرة من المورد بعرض المنتوج للمستهلك دون حضور مادي معاصر لطرفي العقد من خلال إستخدام إحدى وسائل الإتصال عن بعد من أجل تلاقي إرادة طرفي العقد على محله [1].

وهذا التعريف يبين لنا أن هذا النوع من العقود يتم بالحضور المعنوي لطرفيه في مجلس العقد وعدم تحقق الحضور المادي في الغالب ، سواء كان الإيجاب موجها من خلال إرسال نماذج أو كتالوجات أو النشر على شبكة الأنترنت أو الإعلان من خلال وسائل الإتصال الأخرى المسموعة أو المرئية ، فيكون هذا التصرف إيجابيا بحاجة لقبول ممن يجد لنفسه حاجة للمنتوج المعلن عنه ، ويعبر القابل عن قبوله هذا بالرد على الإيجاب من خلال وسائل الإتصال أو شخصيا.

أما في العقود المبرمة عن بعد فيتم الرد بالقبول من خلال الوسيلة التي علم بها عن الإيجاب أو أية وسيلة إتصال أخرى [2] .

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري نجد أنه عالج إبرام العقود بواسطة وسائل الإتصال الحديثة من خلال تنظيم التصرفات التي تتم من خلال الهاتف لإبرام العقود ، كونه كان أحدث وسيلة إتصال في الوقت الذي صدر فيه القانون المدني ، و المشرع الجزائري ذهب أبعد من ذلك بحيث أنه فتح المجال أمام كافة وسائل الإتصال الأخرى ، فتنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل ، غير أن العقد يتم ، ولو لم يصدر القبول فورا ، إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد ".

[1]– خالد ممدوح إبراهيم ، نفس المرجع السابق ، ص 19 .

[2]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 46 .

إلا أن المشرع الجزائري تدخل أيضا في هذا الإطار وذلك بموجب المادة 12 من قانون رقم 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية وهذا بالقول " تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية :

– وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني ، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني ، لا سيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة، والسعر الإجمالي والوحدوي، والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة.

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد .

يجب أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة .

يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني ، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره " .

يلاحظ أن المشرع الجزائري أولى أهمية بالغة في تمييز العقد التجاري الإلكتروني في مرحلة الإبرام و ذلك بسبب بلوغ هدف حماية المستهلك الإلكتروني من أية مغالطة محتملة ، بإعتباره دائما الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

فالعقد الإلكتروني الذي يبرم من خلال شبكة الأنترنت ، سواء كان بالمراسلة أو بالدخول لموقع محدد و الضغط على مكان محدد يتم من خلاله الدخول لموقع الشركة وإبرام عقد من خلال التصفح الذي تم، فيعطي هذا التعاقد حكم التعاقد ما بين حاضرين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد وصحته ، أما بالنسبة لمكان العقد فيعد تعاقدا تم بين متعاقدين غائبين أو بحسب ما يتم الإتفاق عليه [1] .

[1]– صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 54 .

ونجد أن عقود التجارة الإلكترونية لا تختلف عن العقود التقليدية من حيث الأركان العامة كونها كلها واحدة بالرغم من تعدد مسميات العقود ، وإن أغلب العقود الإلكترونية المبرمة تدخل ضمن العقود المبرمة عن بعد كون طرفيها لا يجتمعان في نفس المكان على الأغلب ، مما يمكن تطبيق أحكام المادة 64 من القانون المدني الجزائري [1] على العقود الإلكترونية بالنسبة لزمان إنعقاد العقد ومكانه ، على الرغم من إمكانية إبرام العقد و التوقيع عليه و الوفاء بالثمن ، والتسليم ...إلخ من التصرفات التي تتم من خلال شبكة الأنترنت.

نخلص بالقول إلى أن عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت تستمد أحكامها أساسا من القوانين الخاصة بتنظيم المعاملات الإلكترونية على غرار قانون التجارة الإلكترونية الجزائري بالنسبة للمعاملات التي تتم في الجزائر ، وأيضا من القواعد العامة لنظرية العقد ، ويتم إخضاع العقد للأحكام المغايرة التي تأخذ في عين الإعتبار الحضور الإفتراضي المعاصر ، وتتوافر هذه الخصوصية في العقود المبرمة عن بعد . و التعاصر في هذه العقود يكون تعاصرا زمنيا .

أما مكانيا فهناك تباعد بين الطرفين والذي يبقى واقعا مؤثرا أساسيا في العقد من حيث التأكد من أهلية المتعاقدين وتوفر السلعة وعدم الصورية ، ومدى صحة المواصفات التي تم ذكرها في المرحلة السابقة لإبرام العقد وغيرها من الشروط التي يمكن أن يتبينها الطرف القابل أثناء مجلس العقد ، و الذي يجعل العقد موقوفا على إجازة القابل لحين التأكد من الشروط التي تم الإتفاق عليها وضمن المدة الزمنية التي يحددها أطراف العقد .

[1]– المادة 64 من الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

الفرع الثالث : استبعاد بعض العقود التي لا تتسم بالصفة التجارية

يعد مجال الأنترنت مجال فضائي عالمي ، فهو عالم بلا حدود وهو في حد ذاته عالم متكامل أو بلد واحد يقوم سكانه في آن واحد بالتواصل بينهم ، فيتبادلون المعلومات و البيانات ، كما ليس له مناطق خاصة به ولا يعد ملكا لأية دولة ، وتعد هذه الخاصية من مميزات العولمة ، فعولمة الشبكة أدت إلى اعتبار هذه الأخيرة لا تعرف أي تخصص في نوع المعاملات أو الخدمات[1] ، فنجد فيها كل أنواع المعاملات والمعلومات و الخدمات ، فللمستخدم أن يعرض مايشاء ، وأن يطلع على مايشاء ويخاطب من يشاء ويتعاقد مع من يشاء ، وهذه الخاصية تتيح إبرام عقودا إلكترونية قد تكون ذات طبيعة تجارية محضة كعقود البيع و الشراء والخدمات وهذا طبقا للمفهوم الضيق للتجارة الإلكترونية التي تبنته لجنة "اليونسيترال " التابعة للأمم المتحدة كما سبق و أن وضحنا من قبل وهذا هو مجال دراستنا الحالية .

وقد تكون في إطار المفهوم الواسع بما يشمل حتى العقود الإلكترونية المبرمة و التي يمكن اعتبارها ذات طابع مدني أو إداري وهو ما يخرج عن حدود هذه الدراسة ، وكتحصيل حاصل ، فإنه يتوجب استبعاد العقود المدنية أو الإدارية المتعلقة بالأفراد و بأعمال الحكومات من دائرة هذا البحث و التي يمكن إبرامها بفضل شبكة الأنترنت، وهذا أنها لا تتسم بالصفة و الصبغة التجارية المحضة .

[1]– أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص 50 .

المبحث الثاني: أطراف التعاقد في العقد التجاري الإلكتروني.

يلاحظ عموما أن العقود بمختلف أنواعها وصورها المعروفة في القوانين تنعقد من خلال الوجود المادي للمتعاقدين حيث يكون ايجاب وقبول الطرفين في مجلس عقد واحد معنى هذا أن المتعاقدين متواجدان في الزمان و المكان نفسهما حيث يتبادلان إرادتهما بكل وضوح فيتطابق الإيجاب و القبول في مجلس العقد نفسه ، وهو ما يعرف بالتعاقد بين حاضرين ومن ثمة لا إشكال في تحديد هوية المتعاقدين و الشيء نفسه بالنسبة للتعاقد بين غائبين الذي لم يطرح إلى حد الآن مشكلة تحديد الهوية ، إذ أنه غالبا ما يعرف أطراف التعاقد بعضهما البعض أو يسهل تحديد هويتهما فقط أنهما استعملا وسيلة من وسائل التعاقد سواء كانت وسائل عادية كاستعمال الرسول أو الكتابة أو وسائل تقنية كالهاتف أو الفاكس أو التلكس .

لكن ما يلاحظ أنها وسائل تعتمد أساسا على استعمال الدعائم المادية أي الورقية إلا أن شبكة الأنترنت كونها شبكة لا مادية ونظرا لعدم الإلتقاء الحقيقي بين المتعاقدين فقد أثيرت صعوبة تحديد أطراف التعاقد سواء بالنسبة لتحديد الهوية الإلكترونية [1] التي تمكننا من معرفة أهلية الأطراف أو صفتهم القانونية .

[1]– أدى انتشار استخدام شبكة الأنترنت إلى استعمال الهوية الإلكترونية التي طرحت صعوبة تحديدها و التعرف عليها ، حيث لا يعرف المتعاقدين هوية بعضهما البعض ، هذا وإن كان حضور الطرفين عند التعاقد ومعرفة بعضهما للبعض غير ضروري لإبرام العقد ، و لا شرطا من شروط انعقاده ، إلا أن معرفة هوية المتعاقدين ضرورية في مرحلة تكوين العقد من حيث التأكد من أهلية المتعاقد إذا كان قاصرا أم لا ، وحيث أن الهوية الإلكترونية تتميز بأنها هوية مختارة من وضع صاحبها فهو حر في استخدام أية هوية تليق به ، حينئذ يختار أية بيانات تحدد هويته الإلكترونية ، فقد يختار أي إسم أو عنوان أو بلد أو تاريخ ازدياد يليق به ، دون إمكانية مراقبته ودون أن يكون للمتعاقد الآخر إمكانية التأكد من هويته الحقيقية ، لأن الهوية الإلكترونية ليست بالضرورة هوية حقيقية ، فالهوية الحقيقة هي الهوية المدنية التي تشمل كل البيانات الخاصة بالشخص ، وهي خاضعة لتنظيم ورقابة خاصة من قبل الدولة . في حين أن الهوية الإلكترونية هي مجرد معلومات مختارة من طرف صاحبها يتم إنشائها في خلال ثواني معدودة تتمثل في مجرد ملء خانات معدة لهذا الغرض .

لهذا سنتناول في المطلب الأول الهوية الإلكترونية عبر الشبكة، أما المطلب الثاني فنستعرض فيه صفة المتعاقدين بمعنى كيفية تحديد الصفة القانونية للبائع و المشتري، سواء ضمن القواعد العامة أو ضمن قواعد حماية المستهلك وإبراز خصوصية هذه المسائل في التعاقد عبر شبكة الأنترنت .

المطلب الأول: الهوية الإلكترونية

تتصل مسألة الهوية بشخصية الفرد كإنسان وبحياته كمواطن وهي مرتبطة بالشخصية المدنية فهي تحدد شخصيته وتبين ما له وما عليه تجاه وطنه ودولته ومجتمعه وأسرته ومن المعروف أن الهوية تثبت من خلال بطاقة التعريف الوطنية و التي تصدر تحت رقابة الإدارة المختصة فتحدد فيها جميع البيانات الخاصة بالشخص، إذ تشمل كل الخصائص التي تميزه عن غيره كاللقب و الإسم وتاريخ الميلاد ومحل الإقامة .

لكن في ظل المعاملات الإلكترونية يصعب التدقيق ومعرفة هوية المتعاقد لأن ما هو معروف أن شبكة الأنترنت تتيح استعمال أي هوية يختارها المستخدم حيث نجد المواقع الإلكترونية تمنح استعمال بيانات تحدد الهوية الإلكترونية موضوعة مسبقا من قبلها وغالبا يقوم مستخدم الشبكة باختيار بيانات خاطئة متعقلة بهويته، من ذلك يختار إسم غير حقيقي وبلد غير البلد الموجود فيه، وعنوان وهمي بالإضافة إلى بيانات أخرى غير معروفة في الهوية الحقيقية و التي أصبحت تعبر عن وجود هذه الهوية في فضاء الأنترنت مثل البريد الإلكتروني و التسجيل على الفايس بوك أو التسجيل على السكايب .

و قد انتشر استعمال الهوية الإلكترونية رغم العلم بأنها تحمل بيانات مخالفة للبيانات الحقيقية والتعامل بها كهوية صحيحة في المعاملات الإلكترونية و استعمالها في البريد الإلكتروني أو ضمن المواقع المختلفة كمواقع الدردشة و التعارف بين الأشخاص [1].

[1] - Henry SOLUS et Jacques GHESTEIN , La coclusion des contrats du commerce éléctronique , LGDJ , 1ère édition , paris , 2005 , p 219 .

ويبدو أن تطبيق القواعد التقليدية على العقد الإلكتروني التي لا تلزم الإفصاح بالهوية عند التعاقد ستصطدم حتما بمسألة تحديد ومعرفة هوية المتعاقد وإثباتها وإثبات صحة البيانات الصادرة عنها.

ومن ثمة تحديد الهوية عندئذ في هذا النوع من التعاقد لا يحمي العقد من البيانات الخاطئة التي يضعها أصحابها وتفقدها أية مصداقية إذ غالبا الهدف منها هو الإحتيال و النصب و التدليس على الأشخاص الأمر الذي يجعل المتعاقد (المشتري) عرضة للإحتيال من قبل أصحاب بعض المواقع التجارية الإلكترونية التي اتخذت من الإستحواذ على الأموال بطريقة غير شرعية هدفا لها إضافة إلى التسبب له في أضرار متنوعة كالسرقة و النصب و التزوير من خلال إعطاء معلومات خاطئة حول المبيع أو الخدمة من حيث المعلومات الخاصة بهما .

و في هذا الصدد استنجد القانون بالتكنولوجيا التي ابتكرت التوقيع الإلكتروني واعتمدته معظم التشريعات على غرار التشريع الجزائري ، كطريقة تضمن هوية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الأنترنت مع ضمان الصلة بين الموقع وصاحب المعاملة [1] .

حيث أصبحت مسألة الإفصاح عن الهوية وتحديدها من قبل المتعاقدين(البائع و المشتري) سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا من أبرز ما استحدثته قواعد التشريع في مجال التعاقد الإلكتروني فأضحى أمرا ضروريا للتعرف على كل البيانات الخاصة بالهوية بما في ذلك الأهلية ويعد التوقيع الإلكتروني من أبرز وسائل تحديد الهوية الإلكترونية في عقد البيع الإلكتروني المنعقد عبر شبكة الأنترنت بين البائع و المشتري إضافة إلى بطاقة الدفع البنكية للمشتري و الوسيط الضامن و البريد الإلكتروني .

لهذا سنتطرق في الفرع الأول إلى تحديد هوية البائع أو المورد و سنخصص الفرع الثاني لتحديد هوية المشتري .

[1]– أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 48 .

الفرع الأول: هوية البائع المحترف

يحدد لنا عنوان الموقع الإلكتروني هوية البائع ويحدد الموقع من قبل مقدم خدمة الإيواء الذي يقع عليه التزام من أن يستوثق[1] بشخصية صاحب الموقع سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا وتسلم له على إثرها بطاقة تعريف رقمية [2] أو يتم تحديدها من خلال سلطة المصادقة الإلكترونية التي تعد الوسيط الضامن لتحديد هوية البائع أو المورد عبر الشبكة لهذا سنتناول في الفرع الأول تحديد هوية البائع عبر موقعه أما الفرع الثاني فنستعرض فيه تحديد الهوية عبر الوسيط الضامن.

1- الهوية عبر الموقع :

غالبا ما يكون للبائع موقع إلكتروني عبر الشبكة، يحصل عليه بناء على عقد إيواء معلوماتي من مزود خدمة الإيواء، يخصص له مساحة إلكترونية على شبكة الأنترنت تشترى من قبل المستخدم لتحتوي على المعلومات و البيانات الخاصة بمجال المعاملة التي تهمه لتشكل صفحة من الصفحات الإلكترونية التي يمكن الإطلاع عليها على مدار الساعة ، و يلتزم مقدم خدمة الإيواء أن يضع تحت تصرف المستخدم كل الأدوات المعلوماتية على الواب لصالحه حتى يستعمل موقعه في النشاط الذي يختاره ، و تسمح بتحديد هويته وصفته.

---

[1]- يعني مصطلح يستوثق التحقق و التأكد من شخصية مستخدم الشبكة ، راجع المصطلح ، المنجد في اللغة العربية المعاصرة ، ص 1507 .

[2]- يتعين على البائع تصميم موقع لبيع منتوجاته ، عندئذ يستلزم الأمر إبرام عقود أخرى ضرورية حتى يتحقق إبرام المبادلات الإلكترونية بصفة عامة ، أو العقد التجاري الإلكتروني بصفة خاصة ، فهي عقود لازمة لوجود هذا العقد في حد ذاته وهي تتمثل في مجموعة من العقود المركبة و المتعددة و المرتبطة ببعضها البعض ، فكل واحدة تعتبر مكملة للأخرى ، على غرار عقد الدخول إلى الشبكة . فبالنسبة لهذا الأخير فهو يعتبر أهم عقد لتحقيق المعاملة الإلكترونية بصفة عامة ، و الذي يبرم مع مقدم الخدمة .

ويتعين على كل مزود خدمة الإيواء إلزام المستخدم في تحديد هويته وصفته بوضوح سواء كان شخصا طبيعيا وذلك بتحديد البيانات الخاصة به، أو كان شخصا معنويا كأن تكون شركة فتحدد البيانات المتعلقة بها من إسم ومقر وأهليتها المحددة في العقد التأسيسي لها، وغيرها من البيانات الخاصة بها، ويتم تحديد الهوية ضمن الموقع الإلكتروني بناء على العنوان الرقميIP INTERNET PROTOCOL الذي يملكه حيث يكون جهازه موصولا بشبكة الأنترنت وينفرد بعنوان رقمي مرتبط بإسم المجال ، فتحدد هويته و البلد المنتمي إليه . وقد نصت المادة 02 من القانون رقم09-04 المؤرخ في 2009/08/05 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها على تعريف لمزودي الخدمات بقولها:

1- أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الإتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للإتصالات .

2- وأي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الإتصال المذكورة أو لمستعمليها.

وفيما يتعلق بتحديد هوية المستخدم من قبل مزود خدمة الإيواء فقد نصت المادة 11 فقرة أ من القانون نفسه على ما يلي:" مع مراعاة طبيعة ونوعية الخدمات يلتزم مقدمو الخدمات بحفظ المعطيات التي تسمح بتعرف على مستعملي الخدمة "، هذا يعني أن مقدم خدمة الإتصال على الشبكة أو أي اتصال إلكتروني [1] يبقى مسؤولا على المعطيات أي البيانات التي تسمح بتحديد هوية الشخص .

[1]- عرفت الفقرة " و" من المادة 2 من قانون 09-04 المؤرخ في 2009/08/05 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها على تعريف الإتصالات الإلكترونية بأنها : " أي تراسل أو إرسال أواستقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية " . ويتعين في هذه الحالة التفرقة بين مورد منافذ الدخول نحو شبكة الأنترنت ، ومزود خدمة إيواء الموقع الإلكتروني ، فالأول يكون في شكل شخص طبيعي أو معنوي يوفر لزبائنه الوسائل الفنية لدخول الشبكة ويتصف عمله بالطابع الفني ، و أما مقدم خدمة الإيواء هو شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين المعلومات والمعطيات وحفظها ويوفر لهم الخدمات الأساسية للحصول هذه المعلومات.

ففي التعاقد الإلكتروني يتعين على مقدم الخدمة حفظ البيانات التي تمكن من تحديد هوية المورد وهذه المسألة مرتبطة بحماية المعطيات الشخصية المتعلقة بحياته الخاصة باعتبارها من الحقوق الأساسية المضمونة بالدستور[1].

ويبدوا أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت قد أثار هذه المشكلة التي لم تطرح في التعاقد بالوسائل الإلكترونية الأخرى كالفاكس و الهاتف ذلك أن السرية المطلوبة في التعاقد الإلكتروني قد أصبحت مهددة بالإختراق نتيجة للطبيعة المفتوحة و الدولية لشبكة الأنترنت، إذ تمر المعطيات الخاصة بالمتعاقدين عبر قنوات دولية في القارات الخمس قبل أن تصل إلى صاحبها .

2 – الهوية عبر الوسيط الضامن

يمكن تحديد الهوية في المعاملات الإلكترونية عامة أو التعاقد الإلكتروني خاصة من قبل الغير الذي يسمى بالوسيط الضامن من خلال المصادقة الإلكترونية التي تتدخل كوسيط وكطرف محايد في العلاقة التعاقدية و تسند إليها عدة مهام، من بينها مهمة التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين سواء كان المتعاقد شخصا طبيعيا أو معنويا وفيما يتعلق بالشخص المعنوي فإنه يتحقق من نوع الشخصية إن كانت من الأشخاص المعنوية العامة كالدولة و الولاية و البلدية و المؤسسات، أو من الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات التجارية .

فيتم التحقق من الأهلية القانونية الممنوحة لهم بموجب القانون إن كانت من الأشخاص المعنوية العامة أو بموجب العقد إن كانت من الأشخاص المعنوية الخاصة وفيما يتعلق بالشخص الطبيعي فإنه يتم

[1]– فيما يخص المعطيات الشخصية في الجزائر ، فإنه تنص المادة 2 من قانون 18–07 المؤرخ في 2018/06/10 ، والمتعلق بحماية الأشخاص الطبيعين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي على أنه :" يجب أن تتم معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ، مهما كان مصدرها أو شكلها ، في إطار احترام الكرامة الإنسانية و الحياة الخاصة والحريات العامة وألا تمس بحقوق الأشخاص وشرفهم وسمعتهم "

التحقق و التأكد من البيانات الصادرة عنه، فإذا كان بائعا يتم التأكد من هويته وأهليته عندئذ يقر صحة الهوية الإلكترونية من خلال المصادقة الإلكترونية و التي سنتطرق إليها ضمن الباب الثاني عند دراسة مفهوم المصادقة الإلكترونية .

الفرع الثاني : هوية المشتري

إن أبرز وسائل تحديد هوية المشتري عبر شبكة الأنترنت هي بطاقة الدفع البنكية الإلكترونية الخاصة به، و التي تشمل البيانات الحقيقية و الصحيحة الخاصة بهويته وصفته وهي وسيلة موثوق بها، أو أن تحدد من خلال البريد الإلكتروني لهذا سندرس أولا الهوية عبر البطاقة البنكية وسنركز ثانيا على دراسة الهوية من خلال البريد الإلكتروني .

1 – الهوية عبر البطاقة البنكية :

تعد بطاقة الدفع البنكية الإلكترونية أهم وسيلة لتحديد هوية المشتري عبر شبكة الأنترنت التي يتم فيها تخزين جميع البيانات و المعلومات الخاصة به من إسم ولقب وسن وعنوان وجنسية ، بما في ذلك بيانات خاصة بالبنك وغالبا ما تكون البطاقة مزودة بتقنية تهدف لحماية البيانات التي بداخلها من التزوير[1] ويتمكن البائع بالتالي من تحديد هوية المشتري التي تتم عند عملية الدفع الإلكتروني .

إذ أنه عند قيام المشتري بإدخال المعلومات الخاصة ببطاقته في المكان المخصص لذلك يتم التعرف عليها من خلال البنك، بواسطة نظام آلي لدى البنك يكون متصلا بشبكة الأنترنت تتخذ فيه إجراءات أمنية لضمان سرية البيانات ويتعين على البائع من جهة أخرى وضع خانة لتحديد سن المتعاقد قصد التحقق

[1]– إلياس ناصيف ، العقود الدولية . العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 ، بيروت ، ص 127 .

من أهليته مسبقا ، تملأ من قبل المشتري يقر فيها أن سنه يتجاوز 18 سنة [1]، إلا أنه في حالة قيام القاصر بسرقة بطاقة الدفع الخاصة بوالديه ويقوم بإبرام عقد بيع ويوفى بثمنه فإن رأي من الفقه يرجح مصلحة البائع تطبيقا لنظرية الظاهر ، حيث يعد القاصر قد تصرف كالراشد حفاظا على مبدأ استقرار المعاملات حينئذ يجوز للمحترف التمسك بالعقد .

لكن هذا الرأي يتعين الأخذ به بشكل ضيق جدا كأن يقوم القاصر بشراء كتب هي التصرفات التي تنفعه نفعا محضا لأنه لا يمكن الأخذ به في كل الحالات التي يتصرف بها القاصر و التي تشبه تصرفات الراشد خصوصا إذا كان التصرف يضره ضررا محضا في هذه الحالة يعد تصرفه باطلا.

2 – الهوية عبر بريده الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني وسيلة لتحديد هوية المشتري الذي من خلاله يتم التعرف على هوية الشخص الذي يشتري عبر الأنترنت. وتحدد هويته من إسم ولقب وعنوان، وكذا أهليته من خلال بيانات بريده الإلكتروني الذي يشمل على العناصر الأساسية لتحديد الهوية[2] .

وبهذا الصدد قد تكون الهوية الإلكترونية مطابقة للهوية الحقيقية أو تكون مخالفة لها في أنها تشمل على بيانات مختارة من صاحبها و المقدمة آليا من قبل نظام المعلومات الآلي وجرت العادة في هذه الحالة من المعاملات الإلكترونية على اعتبار الهوية الإلكترونية ملزمة لصاحبها، وتستطيع سلطة المصادقة الإلكترونية من خلال البريد الإلكتروني التعرف على الشخص الموقع في هذه الحالة يسند الأمر لها في

[1]– يكون الشخص الراشد أهلا لمباشرة كافة التصرفات القانونية إذا لم يوجد عارض أو مانع لأهليته فيحول بين كمال أهليته وحقه في مباشرة التصرفات، وسن الرشد تسعة عشر (19) كاملة طبقا لنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري، وتقتضي القواعد العامة أن يكون الولي مسؤولا عن كل الأضرار التي تسبب فيها القاصر على أساس مسؤولية متولي الرقابة المنصوص عليها في المادة 134 من القانون المدني الجزائري ، و التي تلزم كل شخص متولي الرقابة بموجب القانون أو الإتفاق على رقابة شخص بسبب قصره أو بسبب حالته العقلية أو الجسمانية بتعويض الأضرار التي يحدثها للغير .

[2]– محمد الصيرفي ، البيع و الشراء عبر الأنترنت ، المكتب الجامعي الحديث ، بيروت ، 2009 ، ص 120 .

مهمة تحديد مصدر المعاملة حيث تتمكن بوسائلها التقنية المتطورة في هذا المجال من تحديد هوية الموقع و التأكد منها بإصدار شهادة المصادقة الإلكترونية .

ويلاحظ أن التحكم في الهوية الإلكترونية من قبل صاحبها هو أمر صعب على عكس بطاقة الهوية التقليدية لهذا فإن معظم المواقع تقوم بإدارة الهوية الإلكترونية من خلال أنظمة تقنية وبهذه المناسبة أصبحت الهوية الإلكترونية تشغل اهتمام المتخصصين و الحكومات لهذا أصبح من الضروري الإهتمام بأنظمة إدارة الهوية الإلكترونية بشكل أكثر تدقيقا وهو ما قام به المؤتمر العالمي للإتصالات الذي أقيم في مدينة جنيف بسويسرا في سنة 2009 حيث تمت مناقشة " إدارة الهوية الإلكترونية " وكيفية التحكم فيها وتطبيقاتها ونظم إدارتها [1] .

المطلب الثاني: صفة المتعاقدين

أثار العقد التجاري الإلكتروني بواسطة شبكة الأنترنت مسألة تحديد صفة الأطراف المتعاقدة بمعنى الصفة القانونية في تحديد هوية البائع أو المورد وكذلك هوية المشتري (المستهلك عبر الشبكة) نظرا للخاصية الإنفتاحية التي تتسم بها شبكة الأنترنت ونظرا لسهولة استخدامها في الإتصال بالآخر و التواصل و التفاعل من أجل الشراء و البيع، فإن هذا جعل كل شخص يرغب في عرض أشياء للبيع القيام بذلك دون عائق أو مانع لهذا نجد عدة فئات متعددة ومتنوعة تقوم بتقديم عروض للبيع عبر المواقع المختلفة .

كما نجد فئات متعددة تتلقى تلك العروض لإقتناء ما ترغب فيه، لهذا ينبغي تحديد الصفة القانونية للأطراف سواء تحديد صفة البائع كعارض ومحترف أو تحديد صفة المشتري كمتلقي للعروض أو مقتني للمنتوج حتى تتحدد القواعد القانونية الواجبة التطبيق لهذا سنستعرض في الفرع الأول العارض أما الفرع الثاني فسنتناول فيه متلقي العرض .

[1]– محمد الصيرفي ، البيع و الشراء عبر الأنترنت ، المكتب الجامعي الحديث ، بيروت ، 2009 ، ص 122.

الفرع الأول: العارض

توجد عروض متنوعة على مواقع شبكة الأنترنت صادرة عن فئة تمارس البيع وتشمل هذه الفئة البائع غير المحترف الذي يكتفي بالتسجيل عبر الموقع، كما تشمل الشركات و المؤسسات التجارية و المنتجين التي تتصف بالإحترافية [1] وننطلق من الصفة القانونية للبائع في القواعد القانونية العامة و الخاصة لنصل في الأخير إلى تحديد الصفة القانونية للبائع عبر الشبكة لهذا سنتناول في النقطة الأولى البائع المسجل على الموقع الإلكتروني وسنستعرض في النقطة الثانية المحترف أما الثالثة فسنخصصها للبائع عبر الأنترنت .

1 – البائع المسجل على الموقع

إن البائع هو الشخص الذي يبيع الشيء أو الحق المالي فيلتزم بنقل حق ملكية أو حق مالي للمشتري مقابل ثمن نقدي، على أساس علاقة عقدية يسودها نوع من التوازن.

وقد سهلت شبكة الأنترنت عملية البيع لكل شخص، إذ تتيح بعض المواقع عرض مختلف الأموال ولا يتطلب الأمر إلا التسجيل في ذلك الموقع الإلكتروني في فترة قصيرة جدا من بين هذه المواقع الموقع العالمي ebay.com" أو الموقع الجزائري " واد كنيس " [2] حيث يتمكن أي شخص من بيع ما يريده بصفة عرضية دون أن يكون مقيدا بالتزامات التاجر أو مقيدا بالإلتزامات الناتجة عن البيع عبر الشبكة المستحدثة في التشريع ، وفي هذه الحالة تكون شبكة الأنترنت وسيلة للإتصال وليست وسيلة للإنعقاد حيث يتم انعقاد العقد و الوفاء بالثمن بالطريقة التقليدية حينئذ يعد عقدا تقليديا تطبق عليه القواعد العامة التقليدية ولا يعد عقد

---

[1]– عجالي بخالد ، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر، السنة الجامعية 2013–2014 ، ص 82 .

[2]–يوجد العديد من المواقع الإلكترونية الجزائرية و الأجنبية ، تتيح بيع مختلف السلع و الخدمات سواء في الجزائر ، أوخارجها حيث بالنسبة لموقع http://www.ouedkniss.com/pages/index.php/Algérie يتطلب فقط التسجيل ، و بالنسبة للتسجيل هناك شروط يتعين على الأفراد احترامها فلا يجوز بيع المواد الحكولية أو الأسلحة أو القمار ، ومن جانب آخر لا يوفر الموقع تحديد هوية المتعاقد . أنظر شروط التسجيل في الموقع التالي :
http://www.ouedkniss.com/informations/conditions.php

تجاري إلكتروني لكن إذا كانت شبكة الأنترنت وسيلة لإبرام العقد بما في ذلك الوفاء به يصبح العكس. و في هذه الحالة يتعين تطبيق قواعد البيع عبر الشبكة لأن تطبيق القواعد العامة التقليدية سيؤدي حتما الى إفلات البائع من بعض الإلتزامات الناتجة عن استعمال شبكة الأنترنت لهذا طرح البيع عبر الشبكة مفهوما جديدا للبائع وهو البائع عبر الشبكة الذي يختلف عن البائع التقليدي إذ ينبغي أن تقع عليه إلتزامات خاصة ناتجة عن استخدام الشبكة مثل الإلتزام بتحديد هويته، وهو ما جعل المشرع الجزائري يعيد النظر في مفهوم البائع عبر شبكة الأنترنت وهو الأمر الظاهر من خلال قانون التجارة الإلكترونية 18-05 في مادته السادسة أين عرفه بمصطلح المورد الإلكتروني " و الذي يعتبر كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع و الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية".

2 - المحترف

نتيجة للتطور التكنولوجي و الصناعي في مجال السلع و الخدمات وكذا التفاوت في العلم و المعرفة الذي نشأ عن التقدم العلمي و الصناعي بشأن تلك السلع و الخدمات فإن المشتري عديم الخبرة يقدم غالبا على إبرام العقد مع البائع وهو يفتقر إلى البيانات الأساسية الخاصة بالبيع متأثرا بالحاجة الماسة لهذه المنتوجات التي يحتكرها هذا الأخير ، الأمر الذي نشأ عنه تغير في مفهوم البائع [1] الذي أصبح يتسع مفهومه ويوصف بالإحترافية أو المهنية [2].

[1]- نتيجة الإختلال في العلاقة التعاقدية بين البائع و المشتري أوجد القضاء في فرنسا معيار رجل الحرفة و الخبرة محل وبدل معيار الرجل المعتاد أو رب الأسرة في تقدير مسؤولية المهني أو الحرفي اتجاه المستهلك عبر الشبكة .

[2]- لقد استمد القانون تعريف كل من المستهلك و المحترف من علوم الإقتصاد و يأخذ مفهوم المحترف أو المهني كل تاجر أو موزع أوصانع وتعد المؤسسات العمومية التي تمارس نشاط تجاري أوتقدم خدمات ضمن فئة الحرفيين كمؤسسة تقديم الكهرباء أو المياه ، فهي تخضع لقانون المستهلك ، ويوجد اتجاه في القانون الفرنسي يتبنى فكرة الإتساع من مفهوم المحترف ، أنظر في هذا الصدد المرجع التالي :

- Jean CALAIS – Aulay et Frank STEINMETZ , droit de la consommation , Dalloz,è édition , 2006 , p 6.
-Gilles TAORMINA, Théorie pratique du droit de la consommation,aspects généraux et contrats spéciaux,Librairie de l'université d'Aix en provence,2004,p73.

و دراسة صفته تحيلنا إلى دراسة الإلتزامات التي تقع عليه إذ أن القانون قد وضع على عاتقه جملة من الإلتزامات الخاصة تتصف بأنها مشددة وصارمة و المحترف هو البائع أو المنتج أو الموزع أو المتدخل في إطار العملية الإستهلاكية كما ورد في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 90-266 المؤرخ في 1990/09/15 و المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات و التي جاء فيها تعريفا دقيقا وواضحا للمحترف بالقول أنه " المحترف هو منتج أو صانع ، أو وسيط ، أو حرفي أو تاجر أو مستورد أو موزع وعلى العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتوج أو الخدمة للإستهلاك " .

وبالنسبة لتحديد مفهوم المتدخل فقد عرفته المادة03 فقرة 07 من قانون رقم09-03 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بقواعد حماية المستهلك وقمع الغش [1] بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للإستهلاك، وطبقا لنصوص هذه المواد فإن المشرع الجزائري قد حدد مفهوم البائع المحترف لا على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، حيث توسع في مفهومه إذ أن كل متدخل في إطار عملية عرض المنتوجات مهما كان دوره يعد بائعا محترفا ويكون بموجب هذه الصفة ملتزما تجاه المستهلك بضمانات متعددة بدءا من الحماية العقدية أثناء تكوين العقد إلى ضمان سلامة المنتوج الذي يعرضه في السوق وأن يضمن مواصفاته وجودته وسعره و الضمانات القانونية الخاصة به وكذلك الأضرار الناتجة عنه.

وفيما يخص الحماية العقدية في مرحلة تكوين العقد التجاري الإلكتروني ، يكون المحترف ملزما بإعلام المستهلك بالبيانات الأساسية التي ترشده في تحديد أوصاف المنتوج أو الخدمات المراد استهلاكها عندئذ لا يكون رضا المتعاقد كاملا وسليما إلا عندما تتحقق لدى المستهلك المعرفة الكاملة بجميع العناصر المتصلة بموضوع التعاقد .

[1]- المادة 3 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج ر العدد 15 ، الصادر في 8 مارس 2009 .

ويتعين على المحترف ضمان سلامة المنتوجات المعروضة من كل الأخطار التي قد تنطوي عليها والتي يمكن أن تهدد جماعة المستهلكين أو الغير سواء في صحتهم أو في أموالهم .

كما يلتزم المحترف اتجاه المستهلك أن يضمن مواصفات المنتوج المتفق عليه من حيث الجودة وصلاحية الإستعمال وكل الضمانات القانونية الخاصة به التي تكفل صلاحية استعمال المنتوجات المستهلكة.

ويلتزم المحترف أيضا وفقا لقواعد حماية المستهلك وفي جميع الحالات تعويض كل الأضرار الناجمة عن استعمال المنتوج سواء لحقت بالأشخاص أو الممتلكات وفقا لطرق التعويض القانونية المنصوص عليها في القواعد العامة أو قواعد حماية المستهلك .

وقد أدى تطور وسائل الإتصال وظهور شبكة الأنترنت واستخدامها في عرض السلع و الخدمات من قبل المحترف مرة أخرى إلى اختلال في العلاقة التعاقدية بسبب الوسيلة المستعملة الأمر الذي استلزم تدخل المشرع في الكثير من الدول من أجل توسيع حجم الحماية القانونية للمستهلك، وتحقيق التوازن التعاقدي بين المحترف و المستهلك في المعاملة الإلكترونية، مما أدى مرة أخرى إلى إعادة النظر في تحديد مفهوم المحترف الذي يمارس نشاطه عبر الشبكة بحيث تقع عليه التزامات إضافية عن تلك المقررة سابقا بسبب الوسيلة المستخدمة في عرض منتوجاته.

وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري شدد فعلا ووسع من حماية المستهلك وهذا تحديدا بالمادة 13 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية [1]، وهذا بالقول " يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

- الخصائص التفصيلية للسلع و الخدمات ،
- شروط وكيفيات التسليم ،
- شروط الضمان وخدمات مابعد البيع ،
- شروط فسخ العقد الإلكتروني ،
- شروط وكيفيات الدفع ،
- شروط وكيفيات إعادة المنتوج ،
- كيفيات معالجة الشكاوى ،
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الإقتضاء ،
- الشروط و الكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الإقتضاء ،
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع ، طبقا لأحكام المادة 2 من نفس القانون ،
- مدة العقد حسب الحالة " ، كما تبنى المشرع الجزائري حماية المستهلك في إطارها العام أيضا وهذا تحديدا بالمادة 11 من قانون 18-05 [2]، والتي تنص على " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري

[1]- المادة 13 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

[2]- المادة 11 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل ، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية :

- رقم التعريف الجبائي ، و العناوين المادية و الإلكترونية ، ورقم هاتف المورد الإلكتروني ،
- رقم السجل التجاري أو البطاقة المهنية للحرفي ،
- طبيعة ، وخصائص و أسعار السلع و الخدمات المقترحة بإحتساب كل الرسوم ،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة ،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم ،
- الشروط العامة للبيع ، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي ،
- شروط الضمان التجاري وخدمة مابعد البيع ،
- طريقة حساب السعر ، عندما لا يمكن تحديده مسبقا ،
- كيفيات و إجراءات الدفع ،
- شروط فسخ العقد عند الإقتضاء ،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية ،
- مدة صلاحية العرض ، عند الإقتضاء ،
- شروط وآجال العدول ، عند الإقتضاء ،
- طريقة تأكيد الطلبية ،
- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة ، عند الإقتضاء ،
- طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه.
- تكلفة استخدام وسائل الإتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها".

3- البائع عبر الخط

قد لا تثار إشكالية تحديد هوية البائع أو المحترف في ظل القواعد العامة التقليدية أو في ظل قواعد حماية المستهلك، مادامت طريقة التعاقد تسهل تحديد هوية البائع أو المحترف غير أن الأمر يختلف إذا كان البيع أو عرض السلع و الخدمات على شبكة الأنترنت حيث أنشأ ذلك صعوبة تتمثل في مسألة التوثق من وجود البائع سواء كان بائعا بالمفهوم الوارد في القواعد العامة أو بائعا محترفا بمفهوم قواعد حماية المستهلك حتى يمكن تحديد الصفة القانونية له، وبالتالي مسائلته عن التزاماته [1] .

ومن ثمة فشبكة الأنترنت طرحت مجددا إشكالية تحديد صفة البائع وقد اعتبر الفقه أن تحديد صفة المحترف ضمن المعاملات الإلكترونية مازال غامضا وأنه ينبغي تحديد صفة المستخدم الذي يمارس البيع عبر الشبكة عموما و المحترف عبر الشبكة خصوصا .

وبصياغة أخرى هل البائع عبر الشبكة يشمل البائع بمفهوم القواعد العامة ؟ وأيضا المحترف بمفهوم قواعد حماية المستهلك؟ للإجابة عن هذا التساؤل يجدر بنا الرجوع إلى القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، حيث أن هناك تبني مصطلح جديد يشمل البائع أو المحترف في المعاملات الإلكترونية.

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح "محترف" في نصوص الشريعة العامة وتحديدا في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات [2]، بينما حسم هذا الأخير الأمر في القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية وذلك بموجب المادة 06 بإستعمال مصطلح المورد الإلكتروني وهو في اعتقادنا كاف لضمان تمييزه عن البائع التقليدي وعن المحترف التقليدي .

---

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندية ، مصر ، 2006، ص 7 .

[2]- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات،ج ر العدد 40 ، الصادر في 19 سبتمبر 1990 .

وأن تعريف المورد الإلكتروني جاء كفيلا بذلك أيضا ، إذ عرفه المشرع الجزائري بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يسوق أو يقترح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية ، ويلاحظ هنا أن مصطلح الإتصالات الإلكترونية جاء عاما ليشمل كل وسائل الإتصال الإلكترونية المعروفة بما في ذلك الأنترنت ، ليمتد بذلك نطاق تطبيق صفة المورد الإلكتروني على كل ما من شأنه أن يعتبر وسيلة من وسائل الإتصال الإلكتروني.

يتضح من نص المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري أنها أخضعت بصفة مباشرة أي شخص يمارس البيع عبر الشبكة سواء كان بائعا عرضيا أو محترفا طبيعيا أو معنويا لأن يعتبر موردا إلكترونيا لأن حرية البيع على الشبكة ترتب عنها كما سبق أن بينا إفلات العديد من مستخدميها من التزاماتهم القانونية و المترتبة عن صفة التاجر، و بالأخص الإلتزامات القانونية تجاه الادارة، كالقيد في السجل التجاري حتى يأخذ صفة التاجر . و من ثمة إدخاله ضمن الفئة المنصوص عليها في المادة 02 من قانون حماية المستهلك المذكور و المحددة لصفة المحترف ، وكذا في فئة الذين تعنيهم شروط المادة 08 و11 من قانون 18-05 على غرار كل مايتعلق بالتعريف الجبائي و السجل التجاري وغيرها .

الفرع الثاني: متلقي العرض

إن متلقي العرض هو الشخص المستهدف من العروض المتنوعة و المختلفة عبر المواقع الإلكترونية وقد يكون المشتري حسب المفهوم الوارد في القواعد العامة أو المستهلك حسب قواعد حماية المستهلك [1]، ولم يكن الأمر سهلا بالنسبة للقضاء و الفقه في التشريعات المقارنة إذ لم يتمكنا من وضع معيار دقيق لتحديد مفهوم المستهلك خصوصا بعد تبني الفقه مفهوم المشتري غير المحترف ونعتقد أن شبكة الأنترنت قد زادت من صعوبة تحديد هذا المعيار، لهذا سنركز أولا على المشتري طبقا للقواعد العامة و نتناول المستهلك ثانيا ، ونخصص النقطة الثالثة للمشتري المستهلك عبر الخط .

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي ، نفس المرجع السابق ، ص 8 .

1- المشتري

يعد المشتري في القواعد العامة المتعاقد الذي تنتقل إليه ملكية الشيء، أو الحق المالي من البائع وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا ، ولقد منح له المشرع حقوق خاصة ينفرد بها كحقه في العلم بالمبيع أو حقه في ضمان العيب الخفي أو حقه في ضمان التعرض كما أن المشتري هو المتعاقد الذي يلتزم بدفع ثمن المبيع ، و في ذلك فإن القواعد العامة تحقق للمشتري قدرا من العدالة العقدية اتجاه البائع .

وقد يشمل التعاقد الإلكتروني شخصا طبيعيا أو معنويا يحمل صفة المشتري بمعنى أنه لا يحمل صفة المستهلك ويتعين في هذه الحالة تطبيق القواعد الخاصة بالعقد الإلكتروني، لأن القواعد العامة التقليدية لا توفر قدرا كافيا من العدالة العقدية التي تحققها في التعاقد التقليدي بسبب الوسيلة المستعملة خصوصا صعوبة تحديد الهوية ، كما أن هذا الأخير يشتري المبيع عن بعد في سوق افتراضي غير مادي ليس في وسعه أن يراه ، وأن يدقق فيه تدقيقا حقيقيا وفعليا، لذا نتج عن التعاقد الإلكتروني إعادة النظر في تحديد مفهوم المشتري ومنحه حقوقا خاصة تواجه أخطار التعاقد عبر الشبكة .

2- المستهلك

يعد المستهلك الطرف الآخر في العقد وهو المتعاقد الذي يقتني المنتوج قصد الإستهلاك وقد تبنى المشرع الجزائري في التعديل الأخير لقانون حماية المستهلك رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 في مادته الثالثة[1] مفهوما واسعا للمستهلك واعتبر أن المستهلك :" هو كل شخص طبيعي أومعنوي يقتني بمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للإستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجة شخص

[1]- المادة 3 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15 ، الصادر في 8 مارس 2009 .

آخر أو حيوان متكفل به " [1] وذلك بعد اعتناقه المفهوم الضيق للمستهلك في القانون رقم 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك .

وبهذه المناسبة فإن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري اعتبر في مادته السادسة أن المستهلك الإلكتروني هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الإتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الإستخدام النهائي " .

وبذلك فإن المشرع الجزائري أكد المفهوم الواسع للمستهلك المعتمد في القانون رقم 09-03 ، فهذا الأخير حافظ على نفس المفهوم إلا أنه قام بتكييفه على حسب الوسائط الإلكترونية ، ومن ثم تستوي الحماية المقررة للمستهلك سواء اعتبر شخص طبيعي وهو الأصل أو اعتبر شخص معنوي ، وهذا بالنظر بصفة أولية لسبب قلة أو عدم احترافيته وسهولة وقوعه في الأخطاء الجوهرية التي قد ينجر عنها أضرار بليغة في حقه ، و التي يجدر حمايتها بإعتبار أن المستهلك عبر الخط هو غالبا الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية عبر العقود المبرمة عن بعد .

إن المشرع الجزائري أقر جملة من مقومات الحماية الخاصة وهذا ضمن حقوق أوردها كحقه في الإعلام بمواصفات السلع و الخدمات وحقه في سلامة السلع و الخدمات أو حقه في ضمان تلك السلع والخدمات.

لقد أدى استعمال شبكة الأنترنت من قبل المحترف إلى زيادة الإختلال في العلاقة العقدية بسبب تلك الوسيلة ، مما استوجب إعادة النظر في مفهوم المستهلك الذي يقتني منتوجه عبر الشبكة خصوصا وأن

[1]-لقد عرفت المادة 3 الفقرة 2 من قانون 04-02 المؤرخ في 2004/07/23 الصادرة قبل تعديل قانون حماية المستهلك الأخير لسنة 2009 بأن المستهلك هو : " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني "، وفي هذا الإطار قد تفادى المشرع الجزائري الإشكالية التي لا زالت قائمة في فرنسا حيث لم يستطع الفقه و القضاء إلى حد الآن وضع مفهوم دقيق للمستهلك .

التعاقد عبرها غالبا مايلزمه الوفاء بدفع الثمن قبل التسليم عن طريق الدفع و الوفاء الإلكترونيين ، فكان لازما إلى جانب قواعد حماية المستهلك التي تضمن له قدرا من الحماية أن توفر له ضمانات مستحدثة تلائم الوسيلة المستخدمة و التي لا تتمكن القواعد العامة أو قواعد حماية المستهلك التقليدية مواجهتها بدءا من مرحلة تكوين العقد إلى مرحلة تنفيذه وأخيرا إثباته .

3- المشتري: المستهلك عبر الخط

يشمل التعاقد عبر الشبكة عددا كبير من الأشخاص الذين يشترون عبر المواقع الإلكترونية سواء كانوا فئة المشترين أو المستهلكين وتتمتع الفئة الأخيرة بالحماية القانونية الناتجة عن صفتهم [1] .

و بالرجوع إلى التشريع الجزائري يظهر أن هناك إعادة النظر في تبني مفهوم المستهلك أو المشتري في قواعد التجارة الإلكترونية فلقد خصه بتطبيق قانون التجارة الإلكترونية على العلاقة القائمة بين المورد و المستهلك دون غيره ، عندما ما ذكر في الفصل 03 من الباب الثاني [2] المتعلق تحت عنوان " المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الإتصال الإلكتروني " ومفاد ذلك أنه يجب على المورد في المعاملة التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك معلومات خاصة قبل إبرام العقد التجاري الإلكتروني .

وفي هذا نرى أن التعاقد عبر الشبكة يستلزم منح كل شخص يشتري عبر الشبكة حماية خاصة ناتجة عن الوسيلة المستخدمة سواء كان مشترياعاديا أو مستهلكا بغض النظر إن كان يشتري لسد حاجاته الشخصية و العائلية أو يشتري لأغراض مهنية عندئذ نعتقد أنه يتعين على البائع عبر الشبكة إعلام كل شخص يشتري عبر الشبكة أو يقتني منتوجاته من خلالها بمعلومات خاصة بسبب الوسيلة المستعملة لأن

[1]- عبد الفتاح بيومي حجازي ، نفس المرجع السابق ، ص 13 .

[2]- القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

التعاقد يتم عن بعد كما سبق وأن بينا في بيئة لا مادية لا يتحقق المتعاقد من الشيء الذي يشتريه تحققا فعليا سواء أخذ الشيء وصف المبيع أو وصف المنتوج، ثم أن الوفاء بالثمن يكون سريعا وآليا، عندئذ يكون من اللازم إفادته بمعلومات خاصة بعملية البيع تلائم طبيعة العقد التجاري الإلكتروني، كالإلتزام بالإعلام الخاص بكل مراحل العقد وتحديد هوية المورد الإلكتروني .

ومن ثمة إذا كان الشخص يقتني لسد حاجاته الشخصية أو العائلية يستفيد من الحماية القانونية وفقا لقواعد حماية المستهلك وحماية قانونية أخرى ناتجة عن التعاقد باستعمال شبكة الأنترنت في حين المشتري الذي لا يحمل صفة المستهلك يستفيد من الحماية الناجمة عن الوسيلة المستخدمة ، وهو ما وفق فيه المشرع الجزائري بشكل كبير جدا في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 ، فهذا الأخير وضع ترسانة من الشروط في سبيل توفير كل المعلومات اللازمة للمستهلك الإلكتروني أو المشتري على حد سواء ، بل تعدى الأمر إلى حد الإعتراف بحقوق المستهلك الإلكتروني في الرجوع واسترجاع الثمن المدفوع وبعض الحلول والآليات التي تضمن له حماية فعلية أثناء إبرام وتكوين العقد التجاري الإلكتروني بمختلف أنواعه .

الفصل الثاني

أركان العقد التجاري الإلكتروني

الفصل الثاني: أركان العقد التجاري الإلكتروني

إذا كانت الأركان العامة للعقود التقليدية في إطار القواعد العامة تتمثل في كل من ركن التراضي والمحل و السبب فضلا عن ركن الشكلية الرسمية في بعض العقود الخاصة ، فإن العقود التجارية الإلكترونية المبرمة عن طريق الأنترنت أو مجموع الإتصالات الإلكترونية المتاحة ، تقتضي منا البحث في كل هذه الأركان إنطلاقا من التراضي الإلكتروني إلى دراسة المحل في هذا النوع من العقود ، إلى الوقوف على ركن السبب فيه ، إلى البحث في ركن الشكلية .

فالتراضي وأهم ما يثيره كركن في العقد التجاري الإلكتروني عبر الشبكة هو مدى إمكانية تحقق هذا الركن بواسطة شبكة الأنترنت بمعنى مدى قدرة الوسيلة للكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقد وأيضا مدى صحتها وسلامتها من الأخطار الناتجة عن الوسيلة المستخدمة وهي السرعة الفائقة و الآلية و الفضاء اللامادي الذي ينعقد فيه هذا العقد بالذات . و أما المحل في العقود التجارية الإلكترونية فقد ينصب على سلع مادية وخدمات مادية يستفيد منها المستهلك بعد إبرام العقد ودفع الثمن، وقد يحمل المنتوج في حد ذاته شكلا رقميا يسلم مباشرة للمستهلك عبر الخط . وأما السبب باعتباره الباعث الذي يدعوا إلى تلاقي الإرادة التعاقدية مابين المتعاقدين [1]، وهذا الأخير لكي يكون صحيحا يتوجب توفر عدة شروط ، فهل الشروط المعروفة في العقود التقليدية هي نفسها في العقود التجارية الإلكترونية؟ وأما الشكلية أو مايطلق عليها الشكلية الرسمية التي عهدناها بتعلقها بالعقار كأساس ، هل هي مطلوبة في هذا النوع من العقود وهل هي تتمثل في استيفاء بيانات إلزامية أثناء التعاقد ، ولذلك سنقسم دراستنا إلى مبحثين ، نتناول في الأول ركن التراضي الإلكتروني ، ونخصص المبحث الثاني لدراسة أركان المحل و السبب و الشكلية في هذا النوع من العقود، وذلك على التوالي .

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، الإطار القانوني الناظم للعقد الدولي الإلكتروني على ضوء التشريع الأردني ، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ، العدد 3 ، 2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، ص 75 .

المبحث الأول: التراضي الإلكتروني

لا يختلف ركن التراضي الإلكتروني من حيث المبدأ عن التراضي التقليدي إذ لا ينعقد أي عقد تجاري إلكتروني ، إلا بتوفر هذا الركن المهم جدا ، وأن تكون بذلك إرادتهما متطابقة حتى ينعقد العقد[1].

وهذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري بقولها:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية " و الإيجاب و القبول ما هما إلا تعبير عن الإرادة فقد يتم التعبير عنهما بالكلام أو الفعل أو اللفظ او الإشارة المعروفة لدى الجميع كما أن الإرادة التي تنتج آثارها هي الإرادة الصحيحة الصادرة عن شخص يتمتع بالأهلية الكاملة بصفة عامة وله رضا سليم.

وأهم ما يثيره التراضي الإلكتروني هو مدى إمكانية تحقق هذا الركن بواسطة شبكة الأنترنت بمعنى مدى قدرة الوسيلة للكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقد وأيضا مدى صحتها وسلامتها من الأخطار الناتجة عن الوسيلة المستخدمة وهي السرعة الفائقة و الآلية و الفضاء اللامادي الذي ينعقد فيه العقد كما سبق و أن أكدنا على ذلك ، وتقتضي الدراسة تبعا لذلك بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب نتناول في الأول مسألة وجود الإرادة وضرورة التعبير عنها و نخصص المطلب الثاني لدراسة مسألة صحة التعبير عن الإرادة ، وأما المطلب الثالث فنستهله بدراسة مراحل إنشاء التراضي في العقد التجاري الإلكتروني .

المطلب الأول: وجود الإرادة وضرورة التعبير عنها

لا تختلف إرادة الأطراف في العقد التجاري الإلكتروني من حيث المبدأ عن الإرادة في العقود التقليدية ، فالإرادة تدل على التعبير البات و الجازم للرضا ، و لقد ورد في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري أنه:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و بالكتابة أو بالاشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 39 .

موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" .

ولما كان العقد التجاري الإلكتروني يتصف في بعض الأحيان بأنه عقد دولي فإن الإتفاقيات الدولية الخاصة بالمعاملات التجارية تناولت صورة من صور الإرادة عن طريق تعريف الإيجاب حيث جاء في نص المادة 14 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع بأنه:" يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الإلتزام به في حالة القبول ويكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها " .

واهتمت أيضا الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الإلكترونية [1] بتعريف الإرادة في التعاقد الإلكتروني حيث تنص المادة 11 فقرة 01 من قانون اليونسيترال للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية سنة 1996 أنه:" في سياق تكوين العقد وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام البيانات للتعبير عن العرض و القبول للعرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض" .

هذا وقد تضمن البند 03 فقرة 02 من العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الإلكترونية و الملحق بقانون اليونسيترال النموذجي ما يلي:" تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل على شخص

[1]– لم تصدر أية دولة قانونا بشأن التجارة الإلكترونية قبل سنة 1996 ، وتحت رعاية الغرفة التجارية الدولية تم إعداد قواعد وسلوك موحد للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية عن بعد سنة 1987 باشتراك كل من لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري والدولي الأونسيترال ، والأونكتاد و اللجنة الإقتصادية لأوربا التابعة للأمم المتحدة ، ومنظمة التعاون و التنمية في الميدان الإقتصادي ، و المنظمة الدولية لتوحيد المقاييس ، ومجلس التعاون الجمركي ، ولجنة الإتحادات الأوروبية ومنظمة تبادل البيانات بواسطة الإرسال عن بعد في أوروبا ، ولجنة التأمين الأوروبية . أنظر في هذا الصدد قدري عبد الفتاح الشيهاوي ، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية و التجارية الإلكترونية في التشريع المصري و العربي و الأجنبي ، دار النهضة العربية ، مصر 2005 ، ص 3 .

واحد أو عدة أشخاص ما داموا معرفين على نحو كاف و كانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم تتم الإشارة إلى ذلك" .

وقد جاء في اتفاقية مبادئ القانون الموحد "يونيدروا" المتعلقة بالعقود الدولية التجارية توضيح للإرادة عن طريق تعريف للإيجاب حيث نصت المادة 2.1.2 ان اقتراح إبرام العقد يشكل عرضا إذا كان محددا بطريقة كافية ويشير إلى نية صاحبه في الإلتزام به في حالة القبول .

وبالنسبة للتشريعات العربية فقد عالجت هي الأخرى مفهوم الإرادة في العقود الإلكترونية حيث نصت المادة 13 من القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 للمعاملات الإلكترونية ما يلي:" تعد الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي.

ولقد جاء أيضا في نص المادة 10 من القانون البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 2002 ما يلي:" في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب و القبول و كافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد و العمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

وأما المشرع الجزائري عالج هذا النوع من العقود بصفة غير مباشرة فتناول ذلك تحديدا في المادة 10 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1] وهذا بذكر أنه " يجب أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني وأن توثق بموجب عقد إلكتروني يصادق عليه المستهلك الإلكتروني " .

إن أساس العقد التجاري الإلكتروني هو الإرادة وتطابقها لإحداث الأثر القانوني ، وهذا بإظهارها بأية وسيلة كانت بما في ذلك الوسائل الإلكترونية ، وهو ما ذهبت إليه معظم تشريعات المعاملات الإلكترونية

[1]- المادة 10 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

وعلى رأسها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من خلال الإقرار صراحة باستخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ، فضلا عن ضرورة توافر شروط صحتها [1] ، وسنحاول شرح ذلك في الفروع التالية :

الفرع الأول: وسائل التعبير عن الإرادة

لا يكفي لإبرام العقد التجاري الإلكتروني وجود الإرادة لدى الطرفين ، إنما لا بد من إظهارها إلى الحيز الخارجي ، و الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين ، فيمكن للشخص أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروقه ، شرط أن تكون مفهومة لدى الآخرين [2] ، ولقد تبنت لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة " اليونسيترال " على المستوى الدولي لإقرار قواعد خاصة لإعتماد وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني الذي يجري عن بعد ومن ثم تطور الموقف فيما بعد [3] ، وهذا كله يعزز ويؤكد قاعدة التعبير عن الإرادة بكل الطرق المتاحة .

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للإرادة

يكون التعبير صريحا بالكلام ، باستعمال الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة باللسان أو المخاطبة الهاتفية ، وهو ما يعبر عنه بالإرادة الظاهرة ، وبتطبيق ذلك على عقود التجارة الإلكترونية لا يتحقق التعبير باللفظ مباشرة إلى من وجهت إليه، إنما بنقل الألفاظ بين الموجب و الموجب له باستعمال الوسائل التكنولوجية كما في حال التعاقد بالمحادثة ، وقد يتم التعبير كتابة باستخدام جهاز الكمبيوتر أوالهاتف النقال الذكي ، على دعامة غير ورقية تتناقل بين أطراف العقد بواسطة تقنيات الإتصال سيما الأنترنت كالبريد الإلكتروني .

---

[1]– فائزة لبيض، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الشريعة و الإقتصاد، العدد 9 ، 2016 ، جامعة قسنطينة ،الجزائر ، ص 252 .

[2]– نفس المرجع السابق ، ص 259 .

[3]- أقدس صفاء الدين رشيد البياتي ، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني دراسة قانونية مقارنة ، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني ، العدد 1 ، 2016 ، جامعة بجاية ، الجزائر ، ص43 .

أما عن التعبير الضمني أو بما يسمى بالإرادة الباطنة ، فذلك بأن يكون تصرف الشخص لا يدل بذاته إنما يتحقق عن طريق الإستنتاج ، فهناك من يرى بأنه يصلح للتعبير عن الإيجاب بحيث يستخلص من سلوك الشخص بشرط أن لا يتضمن أي لبس أو غموض ، كما يصلح أيضا للتعبير عن القبول كالضغط على مفتاح الموافقة لجهاز الكمبيوتر .

يرى البعض الآخر بأنه لا يصلح في العقود التجارية الإلكترونية ذلك لأنه يتم عبر أجهزة وبرامج تعمل آليا ومنه لا يمكن استخلاص و استنتاج إرادة المتعاقد معها ، لذلك الرأي الغالب يؤيد الإرادة الظاهرة لقوة دلالتها [1] .

الفرع الثالث : طرق التعبير عن الإرادة

1 – رسائل البيانات

يقصد برسالة البيانات في إطار اتفاقية القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعلومات التي يتم إنشائها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة ، ومن هذا التعريف نستطيع أن نتعرف على خصائص التعبير الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات ، وهو أن التعبير الإلكتروني عن الإرادة يكون بشكل معلومات إلكترونية ، وأنه عبارة عن معلومات ذات طبيعة رقمية ، و أنه لا يقتصر على المعلومات المرسلة أو المستلمة إلكترونيا ، بل يشمل المعلومات التي تنشئها الوسائل الإلكترونية [2] .

2 – الوسيط الإلكتروني

أ – تعريفه

أدى التطور الهائل في ثورة الإتصالات و المعلومات إلى ظهور الوسيط الإلكتروني المؤتمت في المعاملات الإلكترونية ، حيث أصبح من الجائز ، بل أنه قد أصبح فعلا إمكانية إبرام العقد التجاري الإلكتروني فيما بين إنسان وماكينة أو ما بين ماكينة وأخرى ، ونتيجة لذلك تدخلت التشريعات الوطنية في

[1]– فائزة لبيض ، نفس المرجع السابق ، ص 261 .

[2]– أقدس صفاء الدين رشيد البياتي ، نفس المرجع السابق ، ص 43 ، 44 .

مختلف دول العالم وبخاصة الدول التي أصدرت قانون ينظم المعاملات و المبادلات الإلكترونية حيث قام بتضمين القانون المنظم لعقود التجارة الإلكترونية نصوص تعرف ماهية الوكيل الإلكتروني، وتبين خصائصه وحدود تعاملاته ونسبة هذه التعاملات إلى الشخص الطبيعي مبرمج جهاز الكمبيوتر [1] .

إذا كان العقد في مفهومه التقليدي يبرم بين إنسان وآخر ، فإن الأمر يختلف في نطاق العقود الإلكترونية ، لأن بعض التعاقدات و المعاملات التجارية الإلكترونية قد تتم بدون تدخل أي عنصر بشري ، إذ يجري حاليا وبشكل متزايد استخدام الوكيل الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية أو التي تسمى أحيانا التعاقد بواسطة نظم الحاسوب المؤتمتة أو الوسائط الإلكترونية المؤتمتة [2] ، كما أطلق عليها قانون دبي للمعاملات التجارية الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 .

ووفقا لهذا النظام يستطيع جهاز الكمبيوتر أن يبرم عقدا مع إنسان أو مع جهاز كمبيوتر أخر فالكمبيوتر يصلح أن يكون وكيلا إلكترونيا يبرم العقود سواء مع كمبيوتر آخر أو مع إنسان ، وهو مايعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة أوتوماتيكية وتلقائية إعتمادا على عناصر ومعلومات مبرمجة بين أجهزة الكمبيوتر تنقل من خلال شبكة الأنترنت .

عرف القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة الثانية منه ، والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية الوكيل الإلكتروني في المادة 06/02 من القسم رقم 401 بأنه :" برنامج حاسوبي أو إلكتروني أوأية وسيلة إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي " ، وهناك تعريف مماثل مستخدم في المادة 19 من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية .

---

[1] – خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2006 ، ص 157 .

[2] – يعتبر مصطلح " وسيط مؤتمت " مصطلح جديد على اللغة العربية ، ويقصد به الوسيط أو الوكيل الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت ، وقد ظهر استخدامه لأول مرة في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال) الصادرة باللغة العربية ، ثم استخدمته بعد ذلك بعض قوانين الدول العربية المعنية بالمعاملات الإلكترونية ومنها قانون دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية، وكذلك القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية، بينما نجد بعض القوانين لم تستخدم هذا المصطلح مثل قانون التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2003 ، والقانون التونسي للمبادلات و التجارة الإلكترونية لسنة 2000 ، وحتى القانون الجزائري في حد ذاته .

كما عرف القانون التجاري الأمريكي الموحد برنامج الكمبيوتر بأنه " مجموعة من الإرشادات أوالتعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في نظام معالجة المعلومات لكي تحدث نتيجة معينة ، وعرف هذا القانون أيضا مصطلح إلكتروني بأنه " تقنية كهربية ، أو رقمية ، أو مغناطيسية ، أو بصرية ، أوإلكترومغناطيسية ، أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا يضم إمكانيات مماثلة لتلك التقنيات " [1] .

أما قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية فقد عرف في المادة 2 الوسيط الإلكتروني المؤتمت بأنه " برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل ، كليا أوجزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الإستجابة له " .

يتضح من التعريفات السابقة أنها تتفق على جواز إبرام العقد الإلكتروني مابين شخص طبيعي ووكيل إلكتروني ممثلا في جهاز كمبيوتر مبرمج مسبقا أو أحد مواقع الويب على الشبكة ، أو مابين جهاز كمبيوتر وآخر .

ب- الطبيعة القانونية للوكيل أو الوسيط الإلكتروني

بالرغم من تقديم التشريعات تعريفا للوكيل الإلكتروني ، إلا أن حقيقته لم تتضح بعد ، وذلك لحداثة المصطلح ، وعدم وجود تعريف جامع مانع له ، وهذا ما أثر في الإتفاق على تحديد طبيعته القانونية ، فانقسم الفقه إلى ثلاث اتجاهات ، ذهب الأول لإعطاء الشخصية القانونية للوكيل الإلكتروني ، أما الإتجاه الثاني فاعتمد نظرية الوكالة ، في حين ذهب الإتجاه الثالث لاعتباره مجرد أداة لتأدية غرض معين [2] .

ت- أنواع التعاقد عن طريق الوكيل الإلكتروني

بسبب انتشار التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، سمحت عدة تشريعات بجواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا ومنها قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 ،وعلى نهجه سارت عدة تشريعات على

[1]- خالد ممدوح إبراهيم ، نفس المرجع السابق ، ص158 .

[2]- قلواز فاطمة الزهراء ، الوكيل الإلكتروني آلية حديثة للتعبير عن الإرادة ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، العدد 1 ، 2020 ، جامعة الشلف ، الجزائر ، ص 16 .

غرار التشريع الجزائري من خلال القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين وحتى القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، الذي نص صراحة على التعامل بوسائل الإتصال الإلكترونية ، فيتم بذلك التعبير عن الإرادة لأجل التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني ، وعبر المواقع الإلكترونية ، وقد يتم التعبير عن الإرادة بواسطة الضغط المضاعف على زر الموافقة الموجود على لوحة المفاتيح المعروفة .

ث- مدى صلاحية التعبير عن الإرادة من الوسيط الإلكتروني

عرفت المادة 571 من القانون المدني الجزائري[1] عقد الوكالة بـ : " الوكالة أو الإنابة هو عقد بمقتضاه يفوض شخص شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وبإسمه " ، وبتطبيق هذه المادة على مفهوم الوكيل الإلكتروني المؤتمت نجد أنها تستبعد الوكيل الإلكتروني من نطاق تطبيقها ، بينما في القانون المدني المصري وفي المادة 699 تنص على أنه " الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل " ، نلاحظ أن لفظ الوكيل جاء عاما عكس التشريع الجزائري الذي أوجب أن يكون الوكيل شخصا ولا يمكن للشخص أن يدخل في مفهوم الوكيل الإلكتروني ، وإذا كانت هذه الوكالة قد تكون صريحة أو ضمنية بالنسبة للوكيل العادي ، فإنها بالنسبة للوكيل الإلكتروني لا يمكن تصورها إلا أن تكون صريحة ، حيث أن الوكيل الإلكتروني ماهو إلا كمبيوتر مبرمج مسبقا ، ويلاحظ أن قانون التجارة الإلكترونية الجزائري لم ينص على إمكانية التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني.

ج- المسؤولية التي تقع على الوسيط الإلكتروني

أوضحت نصوص القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية التي تنظم تعاملات الوكيل الإلكتروني أن الأطراف الداخلة في أي اتفاق يكونون ملتزمين ومسؤولين عن الأعمال التي يقوم بها الوكيل الإلكتروني الذي يكون تحت سيطرتهم ، ولا يستطيعون إنكار هذه المسؤولية بحجة أن هذا النظام الإلكتروني يعمل بدون توجيه من عنصر بشري ، فبرنامج الكمبيوتر ماهو إلا أداة في يد الشخص الذي يقوم باستعماله

[1]- المادة 571 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

ويخضع له وإذا حدث خطأ أو غلط عند التعاقد فإن المسؤول عنه هو الشخص الذي يملكه طالما ليس للأداة إرادة مستقلة عن إرادته .

ويستطيع الموكل التنصل من هذه المسؤولية إذا أثبت أن الوكيل الإلكتروني لا يعمل تحت سيطرته ، أوأن الخطأ لا يرجع إلى الوكيل الإلكتروني وإنما إلى سبب أجنبي ، وإذا كانت إرادة الوكيل الإلكتروني تحل محل إرادة الموكل في التعاقد ، إلا أن آثار التصرف من حقوق وإلتزامات تنصرف مع ذلك للموكل مباشرة لأن الوكيل الإلكتروني لا ينشئ إرادته وسلطاته بنفسه وإنما الذي ينشئها هو الموكل ، وعلى إثر ذلك إذا ارتكب الوكيل الإلكتروني خطأ أو غلط نتيجة عيب في برمجة الكمبيوتر مما دفع الغير إلى التعاقد معه جاز للغير أن يطالب بإبطال العقد ويرفع دعوى الإبطال على الموكل باعتباره الطرف الأصيل في العقد كما يجوز للغير أن يرجع على الموكل بالتعويض، ولا يكون أمام الموكل إلا أن يرجع على مصمم برنامج الكمبيوتر باعتباره المسؤول عن الخطأ في برمجة الكمبيوتر ، ولا تتحقق مسؤولية الموكل إلا بتحقق مسؤولية الوكيل الإلكتروني ، فإذا تبين أن الضرر الذي لحق الغير لم يكن راجعا إلى خطأ الوكيل الإلكتروني بل يرجع لسبب أجنبي لم يكون للغير الحق في الرجوع على الموكل .

الفرع الرابع : صور التعبير عن الإرادة

الأصل أن التعبير عن الإرادة في معظم التشريعات الحديثة لا يشترط فيه شكل خاص أو وضع معين، وبالتالي فهو جائز بكافة الوسائل التي يمكن أن تؤدي إليه [1] .

1 – التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

يقصد بخدمة البريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف لكن بطريقة إلكترونية ، إذ تتيح هذه الوسيلة إرسال رسائل معينة إلى أشخاص معينين لتصل على الفور، وينبغي لاستعمال هذه الوسيلة أن يكون لدى البائع المحترف عنوان بريدي ولدى المستهلك أيضا عنوان بريدي مماثل ، وتتم عملية التعبير عن الإرادة بأن

[1] – آسيا بوطوطن ، إشكالية عيوب الإرادة وآثارها على عقد الإستهلاك الإلكتروني وفقا للقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، مجلة المعيار ، العدد 62 ، 2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، ص 983 .

يفتح المرسل عنوانه البريدي ويحدد عنوان المرسل إليه ، ليقوم بعدها بكتابة الرسالة عن طريق طباعتها على جهاز الكمبيوتر المرتبط بشبكة الأنترنت ثم يقوم بإرسال الرسالة ، فتصل إلى العنوان المحدد من قبل المرسل، وفي الطرف الثاني يقوم المرسل إليه بفحص برنامج البريد الإلكتروني العائد له فتتم المراسلة والإستقبال ، ومثلما يمكن إرسال الرسائل عبر البريد الإلكتروني إلى شخص معين فإنه يمكن إرسالها إلى أشخاص معينين في آن واحد [1] .

2 – الموقع الإلكتروني

يعتبر الواب الوسيلة الأكثر استعمالا في الإتصالات عبر شبكة الأنترنت ، واستخدام الموقع يعني استمرارية هذا الموقع على مدار 24 ساعة، ويتألف من صفحات و وصفحة رئيسية ، إذ يمكن للتاجر المحترف أن يعرض سلعته وخدماته للمستهلك من خلال الموقع ، والموقع هنا يشبه المحلات التجارية التي تتضمن عرضا مرئيا للسلع أو لنماذج منها أو معلومات عن السلعة أو الخدمة التي يتولى التاجر صاحب الموقع تقديمها .

و التعبير الإلكتروني عن الإرادة عبر مواقع " الواب " قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة، فقد يتم التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على رز الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي أو بالضغط على المؤشر في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الواب [2] .

3 – المحادثة

تسمح هذه التقنية للشخص المتعاقد بإبداء إيجابه ويقابله الطرف الثاني بالرد عن طريق الكتابة، و التي تكون عادة عبر مواقع التواصل الإجتماعي أو مواقع الدردشة المختلفة ، بحيث تكون الصفحة مقسمة لجزئين

[1]– آسيا بوطوطن ، نفس المرجع السابق ، ص 984 .

[2]– نفس المرجع السابق ، ص 985.

مخصصين لكل طرف منهما للكتابة و التعبير عن الإرادة ، وتتميز هذه الصورة بتزامن الإيجاب مع القبول الذي يكون في نفس اللحظة .

4 – المحادثة و المشاهدة

تجيز هذه التقنية أيضا إضافة إلى ماتم ذكره في توضيح التعبير عن المحادثة لوحدها ، أن يكون التعاقد عن طريق استخدام كاميرا رقمية بمعنى أنه بطريقة مرئية فيكون التعاقد في هذه الحالة وكأنه تعاقد بين حاضرين حكما من خلال رؤية كل من الموجب والقابل للآخر، فهو مجلس عقد افتراضي بين حاضرين [1] .

المطلب الثاني : صحة التعبير عن الإرادة

يقصد بالتعبير عن الإرادة توفر الأهلية وهي صلاحية الشخص لكسب الحقوق وتحمل الإلتزامات ومباشرة التصرفات القانونية التي من شأنها أن ترتب له هذا الأثر أو ذاك ، هو مايعبر عنه بأهلية الأداء والوجوب ، ويسهل التحقق منها في العقود التقليدية باعتباره تعاقد بين حاضرين من خلال بطاقة التعريف للشخص الطبيعي أو السجل التجاري بالنسبة للشخص المعنوي ، بعكس عقود التجارة الإلكترونية التي يصعب فيها التحقق من توافر الأهلية نتيجة البعد المكاني و الزماني بينهما [2] ، ومن ناحية أخرى تثار مسألة سلامة الإرادة من عيوب الرضا وهو ماسنتناوله اتباعا .

الفرع الأول : الأهلية

يستلزم عند إبرام العقود توافر الشخص على أهلية الأداء ، التي يتمكن بموجبها من الإدراك و التمييز ، وعليه فإن انعدامها أو نقصها يجعل صاحبها عديم أو ناقص الأهلية ، ورغم ذلك قد يدعي حكما لأهليته سيما في هذا النوع من العقود ،إذ أن أغلبية مستخدمي الأنترنت من المراهقين وصغار السن ، كأن يستولي

[1] – آسيا بوطوطن ، نفس المرجع السابق ، ص 985 .

[2] – – فائزة لبيض، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الشريعة و الإقتصاد، العدد 9 ، 2016 ، جامعة قسنطينة ،الجزائر ، ص 253 .

القاصر على البطاقة الإئتمانية الخاصة بأحد والديه ويستعملها في التعاقد ، مما يسمح للتاجر المحترف حسن النية التمسك بتوافر القاصر على مظهر الشخص الراشد تطبيقا لنظرية الظاهر ، كما يكون له حق الرجوع على أساس المسؤولية التقصيرية ، واستثناءا من ذلك منحت بعض القوانين وعلى رأسها التشريع الفرنسي الحق للقصر في إجراء بعض التصرفات القانونية إذا كانت تدخل ضمن احتياجاتهم اليومية كالكتب والبرامج والألعاب بحيث اعتبرتها صحيحة ويترك أمر تقدير اعتبار تلك التصرفات ضمن اختصاص القضاء[1].

الفرع الثاني : عيوب التراضي

تقتضي سلامة الإرادة خلوها من عيوب الرضا، وإلا كان العقد قابلا للإبطال .

1 – الغلط :

هو توهم في ذهن الشخص يختلف عن حقيقة الواقع ، فيكون إما واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها أو العكس ، و الغلط المقصود هو الغلط الجوهري الذي يعيب الإرادة وليس الذي يعدمها بتخلف أركان العقد، وينصب على ذات المتعاقد أو صفاته الجوهرية إذا كانت شخصيته محل اعتبار ، أو محل العقد ، وإن كان هذا الأكثر وقوعا في العقود التجارية الإلكترونية ، إلا أن التكنولوجيا أتاحت بعض التقنيات لتفاديه باستخدام أجهزة التصوير ثلاثية الأبعاد، ولا يكفي لإبطال العقد وقوع أحد المتعاقدين فيه ، إنما لا بد أن يتصل المتعاقد الآخر به، بأن يقع هو الآخر فيه أو يكون على علم به، أو من السهل عليه تبنيه .

كما تتعرض هذه العقود إلى الغلط المادي و الذي يمكن تصحيحه وفقا للقواعد العامة ، ويحدث عند تبادل الرسائل الإلكترونية أو الإعلان عبر مواقع الواب كحدوث غلط في كتابة ثمن السلعة ، ولقد كانت هذه المسائل محل نقاش كبير في القضاء الإنجليزي انتهت إلى ضرورة الأخذ بالقواعد الأساسية للعقود ، إذ لا يمكن لأي طرف أن يعدل عن التزامه بحجة أن الغلط كان نتيجة خطأ كتابي ، وإن كان البعض من الفقه اعتبره غلط من نوع خاص كونه مادي من جانب وقوعه ويعدم الإرادة من حيث أثره ، فيعامل معاملة الغلط

[1]– فائزة لبيض ، نفس المرجع السابق ، ص 253 ، 254 .

المادي إن أمكن تداركه ومنه بقاء العقد وإن لم يمكن تداركه يتحول إلى غلط مبطل للعقد، وهو الحل الأنسب للحفاظ على استقرار المعاملات و المحافظة على مصالح طرفي العقد [1] .

2 – التدليس :

وهو إيهام المتعاقد بوضع يخالف الوقائع باستخدام طرق احتيالية تؤدي به إلى دفعه للتعاقد أو الإمتناع العمدي عن الإدلاء بالبيانات التي لو علم بها المتعاقد ما أبرم العقد، بمعنى السكوت و الكتمان حتى ولو تضمن لجزء من المعلومة فقط ، كما يشمل التدليس الكذب ، إذا تعلق ببيانات لو علمها الموجب له ما أبرم العقد ومثالها الكذب في الإعلانات و الدعاية للمنتج ، لذلك يستلزم في التدليس المبطل للعقد صدوره من الموجب ودفع الموجب له للتعاقد .

ولصعوبة إثبات التدليس لغياب العناصر المادية في العقود التجارية الإلكترونية من جهة ، وتخصص المحتالين في مجال التكنولوجيا الذي يساعدهم في إزالة آثاره من جهة أخرى ، فإنه يمكن الإستعانة بمواقع متخصصة عبر الشبكة للتحذير أو تقديم النصيحة للطرف الأقل خبرة ، كما يكون للمتعاقد الذي يقع فيه التدليس إرجاع المنتوج خلال مدة محددة قانونا أو المطالبة بإبطال العقد لعيب التدليس لتجنب مصاريف رد المنتوج ، متى تمكن من إثباته [2] .

3 – عيب الإستغلال :

الإستغلال يعتبر عيبا من عيوب الرضا ، وتعريفه أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في شخص آخر لكي يبرم تصرف يؤدي إلى غبن فادح به ، ولقد نصت المادة 90 من القانون المدني الجزائري على " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ماحصل عليه المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد

[1] – فائزة لبيض، نفس المرجع السابق ، ص 256 .

[2] – فائزة لبيض ، نفس المرجع السابق ، ص 257 .

استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامح ، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أوينقص إلتزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد،وإلا كانت غير مقبولة ، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض مايراه القاضي كافيا لرفع الغبن "[1] .

ويختلف عيب الإستغلال عن عيب الغبن في أن معياره شخصي بينما معيار الغبن موضوعي مادي [2] فمعيار الإستغلال هو أن تكون إرادة المغبون قد عيبت بالطيش أو الهوى ، فاستغل المتعاقد معه هذا الضعف وحصل على إلتزامات لا تتعادل مطلقا مع ماالتزم هو به ، ويقوم عيب الإستغلال وفقا لنص المادة المنوه بها أعلاه على عنصرين ، الأول مادي وهو عدم تعادل إلتزامات الطرفين مطلقا وأن يكون عدم التعادل فادحا، ويخضع تقدير هذا العنصر لسلطة القضاء ، ويقوم كذلك على عنصر شخصي وهو استغلال طيش بين أو هوى جامح بمعنى متسلط على الإرادة ، ويشترط أن يكون هذا الطيش أو الهوى هو الذي دفع الطرف المغبون إلى التعاقد ، وهي مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء ، كما يقع عبء إثبات الطيش أوالهوى على عاتق الطرف المغبون ، ويلاحظ أن القانون لم يرتب على هذا العيب قابلية العقد للإبطال في كل الأحوال ، إنما أجاز إبقاء العقد مع إنقاص إلتزامات الطرف المستغل [3] .

يمكن تصور تطبيق عيب الإستغلال في العقود التجارية الإلكترونية، إذ يكون المتعاقد قد وقع ضحية طيشه وهواه الجامح ويدخل في علاقات تعاقدية لمجرد أن في طرفها الآخر شخصية إجتماعية بارزة ، فإذا استغل الطرف الآخر ضعف المتعاقد عبر الشبكة قام العقد مختلا في توازنه اختلالا واضحا، بين قيمة المبيع وثمنه ونكون هنا بصدد عيب الإستغلال الذي يشوب الإرادة ويفسد العقد ، على أن معيار التعادل

[1]– المادة 90 من الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

[2]– بوطوطن آسيا ، إشكالية عيوب الإرادة وآثارها على عقد الإستهلاك الإلكتروني وفقا للقانون 18–05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، مجلة المعيار ، العدد 62 ، 2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، ص 994 .

[3]– نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

ليس معيارا ثابتا من الناحية الموضوعية ولا من الناحية النفسية ، فما قد يعد هوى جامحا وطيشا لدى أحد الناس قد لا يتوافر بالضرورة لدى الآخرين ، أو مايعد في تعاقد ما اختلالا فادحا قد لا يعد كذلك في تعامل آخر ، كما أن تباعد المتعاقدين وانتشار الإعلانات الخادعة المفترضة في العقود التجارية الإلكترونية وتباين الخبرات الفنية توسع من دائرة الإختلال الفادح بالتوازن العقدي واستغلال طيش المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني والإندفاع نحو الإعلانات الخادعة و السلع المفترضة يعتبر مجال خصب لهذا النوع من عيوب الإرادة[1] .

الفرع الثالث : وسائل التحقق من الأهلية في العقود التجارية الإلكترونية

تعتبر مسألة التأكد من شخصية المتعاقد وصلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شاشات الكمبيوتر ، مسألة فنية بالدرجة الأولى ، تحتاج إلى خبراء متخصصين في الأنترنت و التجارة الإلكترونية، بغية إيجاد حلول تقنية متطورة تساهم في هذا الشأن[2] ، وعلى الرغم من عدم وجود لحد الآن وسائل تقنية كاملة و حاسمة للتحقق من الأهلية ، إلا أن هناك محاولات جادة توصل إلى بعض الوسائل ، من أهمها البطاقات الإلكترونية و التصديق الإلكتروني .

1 – البطاقات الإلكترونية :

هي عبارة عن بطاقات ذكية ، تتشابه من حيث الحجم و الشكل ببطاقات الإئتمان أو الخصم الفوري، لكنها مزودة بذاكرة صغيرة تسمح بتخزين بيانات يمكن استدعائها بطريقة منظمة ، و من البيانات التي يمكن تخزينها على البطاقة الذكية ، إسم صاحب البطاقة ، السن و محل الإقامة و المصرف المتعامل معه ، أسلوب الصرف، المبلغ المتصرف ، تاريخه ، تاريخ حياة العميل المصرفية ، كما تسمح البطاقة أو الذاكرة بتخزين نقود إلكترونية في وحدات يتم استخدامها في سداد المعاملات التي جردها العميل، دون أن ترتبط

[1] – آسيا بوطوطن ، نفس المرجع السابق ، ص 995 .

[2] – كوسام أمينة ، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة ، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية ، العدد 6 ، 2015 ، جامعة باتنة ، الجزائر ، ص 355 .

بحساب معين للعميل ، كما تتمتع هذه البطاقة برقم سري ومزودة بعدة عناصر لحماية صاحبها من عمليات التزوير وسوء الإستخدام من قبل الغير،في حال ضياعها أو سرقتها أو محاولة تقليدها ، وهناك بعض المواقع في شبكة الأنترنت مجهزة بأنظمة تقنية حديثة تستطيع التحقق من سن زوارها وذلك باستخدام أجهزة وسيطة و التي تطلب من زوارها إدخال رقم بطاقة الإئتمان الشخصية للتأكد من أهليتهم، فإذا فعل الزائر كان له بالمقابل أن يتلقى الرقم التعريفي أو كلمة مرور . وعلى الرغم من كل هذه المميزات المتعددة للبطاقات الإلكترونية ، ونظم الحماية المزودة بها ، إلا أنها كانت عرضة للقرصنة الإلكترونية من طرف البعض الذين يتفننون ابتداع الطرق الغير مشروعة للإستيلاء على أموال وبيانات المتعاملين عبر الأنترنت[1] .

2 – التصديق الإلكتروني :

يسند أطراف التعاقد مهمة تنظيم العلاقة بينهما إلى طرف ثالث محايد ، تتحدد مهمته في التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة، وأهليتهم القانونية ، و إصدار شهادة التصديق المتعلقة بأطراف العقد التجاري الإلكتروني ، فعمله يشبه موثق العقود الرسمية ، وقد تضمن أغلب تشريعات التجارة الإلكترونية تنظيم هذه الخدمة ، ومنها التشريع الجزائري بموجب القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين في المادة 2 منه الفقرة 7 التي تنص على شهادة التصديق الإلكتروني بأنها "وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع " [2] .

المطلب الثالث : مراحل إنشاء التراضي في التعاقد التجاري الإلكتروني

على الرغم من أهمية التفاوض وماله من دور فعال في الإعداد للعقد ، إلا أن أغلب التشريعات قد خلت من أي نص خاص ينظم مرحلة ماقبل التعاقد ، تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية وتقدير القضاء ، وهو مادفع العديد منهم ، إزاء هذا الفراغ التشريعي ، إلى بذل جهود مضنية في محاولة للتغلب على هذا الوضع

[1]- كوسام أمينة ، نفس المرجع السابق ،ص 356 .

[2]- المادة 2 الفقرة 7 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، ج ر العدد 06 ، الصادر في 10 فبراير 2015 .

وسد هذا النقص التشريعي ، وإستثناء من هذه السياسة التشريعية المتجاهلة لأهمية مرحلة التفاوض فإن هناك بعض التقنينات المدنية الحديثة التي أشارت إلى موضوع التفاوض ، ومنها التقنين المدني الإيطالي والتي أشارت إشارة صريحة إلى المفاوضات التعاقدية [1] .

الفرع الأول : التفاوض أساس تكوين التراضي

تقوم المفاوضات بدور هام في إبرام العقد المنشود بين الأطراف ، والتفاوض الإلكتروني يتضمن إعداد وبحث ومناقشة الشروط المختلفة للعقد النهائي ومن ثم بلورتها إلى اتفاق نهائي .

1- مفهوم التفاوض الإلكتروني

يعرف التفاوض الإلكتروني بأنه تبادل الإقتراحات و المساومات ، والمكاتبات ، والتقارير ، والدراسات الفنية التي يتبادلها أطراف التفاوض ، ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف ، وللتعرف على ماقد يسفر عنه الإتفاق من حقوق وإلتزامات لطرفيه [2] .

ويعرفه البعض الآخر بأنه عبارة عن حوار و مناقشة و تفاعل بين طرفين أو أكثر بصدد موضوع معين لحسم الخلاف و التوفيق بين المصالح المتعارضة و الوصول إلى اتفاق بشأنه . فقد يلجأ الأطراف عادة سيما في مرحلة التفاوض الإلكتروني لتأمين المفاوضات ذاتها و زيادة فرص التوصل إلى العقد النهائي إلى وضع تنظيم إتفاقي للمفاوضات ، وذلك من خلال إبرام بعض العقود المنظمة لعملية التفاوض بهدف تسهيل المفاوضات ، وإيجاد أرضية مشتركة للتفاهم بين الطرفين ، وتقوم مرحلة التفاوض الإلكتروني على تقديم عروض و عروض مقابلة، ويقوم كل طرف ببحث العرض المقدم من الطرف الآخر ، وهو يستطيع تعديله أو قبوله أو رفضه ، إلا أنه في حالة إجراء بعض التعديلات على العرض ، فإن الطرف الآخر له الخيار بين قبول هذه التعديلات أو إنهاء التفاوض .

---

[1]- خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2006 ، ص 207 .

[2]- عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2009،ص 139 .

يحتل التفاوض أهمية بالغة في العقود التجارية الإلكترونية حيث يتم فيه الإعداد و التحضير للعقد وبحث كافة جوانبه الفنية و المالية و القانونية ، والتعرف على الطرف الآخر في التفاوض وتقدير إمكانياته، وتحديد مضمون العقد و الإعداد الجيد له من خلال تحديد شروطه و بنوده و إزالة ما قد يعتريه من غموض و تعقيد و ذلك حتى يمكن الوصول إلى إبرام العقد على أسس واضحة وسليمة ، كما تظهر أهمية التفاوض الإلكتروني بالنظر إلى أن كثير من عقود التجارة الإلكترونية هي عقود عن بعد ، ومن ثم يكون هناك قلق وغموض بالنسبة لجوانب العملية التعاقدية خاصة فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد ، ومن طبيعة المحل و الضمانات ، وسبل التنفيذ ، وبالتالي فإن الأمر يتطلب العديد من الجوانب الفنية التي تستدعي الدقة و التحري ، و الإستعانة بأهل الخبرة على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية [1] .

2 – خصائص التفاوض الإلكتروني

يتميز التفاوض الإلكتروني بالعديد من الإيجابيات ،خاصة و أنه يتم عن بعد مما يجنب مشقات الإنتقال و السفر، ويوفر الوقت، ويقلل الجهد و التكاليف ، إلا أنه وبالمقابل له سلبيات عديدة تتمثل أساسا في إشكالية التعرف على الطرف الآخر ، مما قد يعدم الثقة بين الأطراف المتفاوضة إلكترونيا ، ومن خصائص هذا التفاوض مايلي :

– التفاوض الإلكتروني تصرف إداري ، فكل طرف الحرية الكاملة في الدخول ومباشرة المفاوضات والإستمرار فيها أو الإنسحاب منها ، ولو في اللحظة الأخيرة، وأساس ذلك رجع إلى مبدأ الحرية التعاقدية .

– التفاوض مرحلة ذو نتيجة احتمالية ، إذ ليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام العقد وإنما قد ينتهي إلى لا شيء، كون أن التفاوض العقدي يحكمه مبدئين وهما مبدأ حسن النية ومبدأ حرية التفاوض [2] .

[1]– عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

[2]– معزوز دليلة ، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد(دراسة مقارنة) ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد1، 2020، جامعة المسيلة، الجزائر، ص 286.

– التفاوض الإلكتروني مرحلة ممهدة لإبرام العقد مستقبلا، بحيث يهدف إلى التحضير للعقد بالتفاوض للتوصل إلى اتفاقيات مرحلية تقود الطرفان في النهاية لبلورتها إلى اتفاق نهائي في المحصلة .

– التفاوض الإلكتروني يقوم على التبادل و الأخذ و العطاء بحيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على التقريب بين وجهات النظر المختلفة عن طريق تبادل العروض و المقترحات ، فيقوم كل طرف بتقديم ماتناول من جانبه يهدف إجراء تعديل للشروط و المطالب التي جاء بها لأجل الوصول إلى تحقيق توازن بين المصالح المتعارضة .

– التفاوض الإلكتروني يتم عبر وسائل الإتصال الحديثة ، و بالتالي ينعدم الحضور المادي للأطراف ، ولا يوجد فيه مجلس حقيقي، بل يتم في مجلس إفتراضي [1] .

3 – عناصر التفاوض الإلكتروني

يقوم التفاوض الإلكتروني على عدة عناصر هامة يجب توافرها حتى يؤتى هذا التفاوض ثماره و يحقق الهدف النهائي له وهو إبرام التعاقد ، وتتمثل هذه العناصر فيمايلي اتباعا :

– تحديد السلع و الخدمات المراد التعاقد بشأنها ، فيجب على العميل أو المستهلك أن يقوم ببيان السلع و الخدمات التي يرغب في شرائها أو الإنتفاع بها ، ومن ثم يتم التفاوض بشأن مواصفاتها و أسعارها وكمياتها ، إذ توجد بعض الخدمات التي يرغب العميل في شرائها وذلك بشرط أن تكون هذه الخدمات أو السلع ذات كفاءة تكنولوجية عالية ومن ثم فهي تخرج عن السلع والخدمات العادية التي يقدمها المورد عادة، وعليه فيجب على العميل أن يبرز هذه المواصفات الدقيقة لكي يتم التفاوض على أساسها، و يظهر ذلك بوضوح في عقود المعلوماتية حيث يلتزم المورد الإلكتروني بإختيار المعدات و البرامج المناسبة لظروف و رغبات العميل أو المستهلك .

[1]– معزوز دليلة ، نفس المرجع السابق ، ص 287 .

– وثائق التفاوض الإلكتروني، فيتعين على العميل أن يترجم إحتياجاته من السلع و الخدمات في إطار وثيقة مكتوبة تتضمن تحديد هذه السلع و الخدمات بدقة شديدة ، وأهدافه ، والسبل المقترحة لتحقيق هذه الأهداف، وألا تحمل مقدم الخدمة مسؤولية التعامل دون وضوح الأهداف و الشروط بالإشتراك مع العميل وبمعنى آخر فإنه يتعين على طرفي التفاوض تحديد مطالبهما بدقة شديدة ومتناهية و بذل كل الجهد في هذا الشأن لتفادي كل أسباب الخلافات من خلال إعداد الوثائق التفاوضية الإلكترونية الكاملة و التي تساعد على إبرام عقد ناجح [1].

– المفاضلة بين العروض المطروحة، وذلك بعد أن ينتهي المستهلك من تحديد إحتياجاته ، وإعداد وثائق التفاوض ، فإنه ينتقل بعدها إلى اختيار مقدم الخدمة في ضوء مختلف العروض المطروحة و له أن يستعين في ذلك بخبير يقدم له النصيحة في إختيار أفضل مقدم للخدمة ،وقد يلجأ العميل إلى البحث عن مقدم خدمة على النطاق الوطني ، والذي يمكن أن يوفر له إحتياجاته ، وإذا لم يستطيع ذلك ، فإنه ينتقل بحرية وسهولة عبر تقنيات الإتصال عن بعد إلى النطاق العالمي للبحث على مقدم خدمة يقدم عروضا أفضل ، ويمكنه أن يلبي إحتياجات العميل المأمولة ويضع العميل في إعتباره أن يختار مقدما للخدمة يتمتع بسمعة حسنة و خبرة سابقة و ذلك حتى يضمن في المستقبل الحصول على منتوج أو خدمة جيدة ، تتمتع بأفضل المواصفات .

4 – آثار التفاوض الإلكتروني

يعتبر الإعداد الجيد لإحتياجات المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، ووضوح وثائق التفاوض و الوصول إلى أفضل العروض المطروحة يؤدي في النهاية إلى التفاوض على أسس سليمة وواضحة ، بما يضمن التمهيد لإبرام عقد ناجح في المستقبل [2] ، إلا أن السؤال يدور حول الآثار المترتبة في حال الإخلال بالتفاوض الإلكتروني ، وفي هذا الصدد بالذات وامتثالا للقواعد العامة فإن أخل أحد الأطراف المتفاوضة بتنفيذ

[1]– عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق، ص 139.

[2]– عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2009،ص 140 .

الإلتزامات المترتبة على عاتقه ، سوف يتحمل مسؤولية هذا الإخلال ، غير أن المتفق عليه فإن القانون لا يترتب على المفاوضات الإبتدائية أي أثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في الوقت الذي يرتئيه مادام لم يصل إلى اتفاق قائم. لأن المفاوض هو في مرحلة المفاوضات من أجل إبرام العقد لاحقا، بمعنى أن العقد لم يبرم بعد، وإضافة لذلك هنالك من يرى أن الأصل في التفاوض أنه لايرتب آثارا قانونية، لأن كل طرف له الحرية في قطع المفاوضات في الوقت الذي يقرره، ولا مسؤولية على من عدل عن ذلك، بينما في بعض الأحوال قد يرتب العدول عن التفاوض مسؤولية تقصيرية أساسها الخطأ ، ولذا من عدل عنه بخطأ صادر منه وأصاب الغير بالضرر يلزم بالتعويض [1] .

5 – الإلتزامات المترتبة عن التفاوض الإلكتروني

يقع على عاتق طرفي التفاوض بعض الإلتزامات و القواعد التي يتعين إحترامها وذلك لضمان إكتمال التفاوض على أكمل وجه ، وتشمل هذه الإلتزامات مايلي :

– الإلتزام بالتعاون، يعد هذا الإلتزام أساسيا ، ويقع على عاتق طرفي التفاوض تنفيذه بدقة وبحسن نية حيث يقع على عاتق العميل تحديد إحتياجاته الفعلية ، وأن يبين هدفه من إبرام العقد ، في حين يقع على عاتق المورد تقديم كافة المعلومات و الإيضاحات اللازمة عن السلع والخدمات المعروضة ،وإذا حدث تقصير من جانب العميل في التحري و الإستعلام بحيث أدى ذلك إلى سوء إختياره للسلعة أو الخدمة المعروضة بما لا يتناسب مع إحتياجاته الحقيقية فإنه في هذه الحالة يعد مسؤولا عن إخلاله بالإلتزام بالتعاون وبالنتيجة يتحمل المسؤولية المترتبة على ذلك [2] .

[1]– معزوز دليلة ، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد(دراسة مقارنة) ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، العدد1، 2020، جامعة المسيلة، الجزائر، ص 294.

[2]– عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2009،ص 143 .

يلاحظ أن الإلتزام بالتعاون لا تحكمه عناصر معينة أو صور بعينها بحيث إذا توافرت أمكن القول بوجود هذا الإلتزام ، بل ينصرف مفهوم هذا الإلتزام إلى كل فعل يستلزمه سير العملية التفاوضية ، ومنها على سبيل المثال الإلتزام بمواعيد التفاوض ، والجدية في مناقشة العروض المقدمة .

- الإلتزام بالإعلام، ويعرف بأنه إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه ، بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية و أمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة ،ونستخلص من التعريف السابق أن الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت هو إلتزام عام يشمل جميع أنواع العقود التي تبرم عبر الأنترنت كالإلتزام بالمساعدة الفنية ، والإعداد المهني ، والإلتزام بتقديم النصح والمشورة، والإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد هدفه تنوير وتبصير المتلقي وذلك عن طريق إدلاء المنتج أو المهني بكافة المعلومات ، والتي على أساسها يستطيع أن يتدبر المتلقى أمره بالقبول أو بالرفض ، وأن يصدر رضاه بالعقد المزمع إبرامه سليما خالي من جميع العيوب . ويكون الإلتزام بالإعلام بمثابة دعوة إلى التعاقد إذا لم يتوافر على عناصر الإيجاب الحقيقي ، وإن كان عاما ، أو استخدم المرسل بعض العبارات عبر شبكة الأنترنت و التي تجعل من مستعمل الشبكة هو الموجب ، ومن أهم مميزات الإلتزام بالإعلام الإلكتروني أنه يحقق المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة ، مما يحقق بالفعل وجود توازن عقدي بين أطرافه .

إن اختلال ميزان المعرفة والدراية من جانب التاجر المحترف ينتج عنه أن يقدم المستهلك عديم الخبرة على إبرام العقد و هو يفتقر الى البيانات و المعلومات الأساسية التي ترشده إلى تحديد أوصاف محل العقد من سلع أو خدمات . ولذلك حرصت التشريعات الوطنية و الدولية على تزويد المستهلك بكافة المعلومات عن السلع و ألزمت المنتج بإبراز هذه المعلومات .

يعد الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد أحد الضمانات الأساسية الكفيلة بإيجاد رضاء سليم وإرادة واعية و مدركة ، ويلاحظ أن الإلتزام بالإعلام هو إلتزام يلزم به البائع سواء كان بائعا عاديا ،أم عرضيا أم

محترفا، و مع ذلك فان البائع المهني منتجا كان أو تاجرا يتعين عليه فوق ذلك أن يوجه المشتري ويرشده بأن المبيع الذي يرغب في شرائه قد لا يتناسب مع احتياجاته ، كما يتعين على البائع أن يحيط المشتري علما كافيا بكافة الإجراءات الإدارية الواجب اتخاذها لاستخدام و استعمال المبيع . و إذا أغفل البائع إعلام المشتري بما في المبيع من عيب خفى ,أو لم يوضح الأعباء و التكاليف التي تثقل المبيع قامت مسؤوليته نتيجة إخلاله بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني . كما أن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني يجعل العقد قابلا للإبطال لمصلحة المتعاقد .

– الإلتزام بالنصح والإرشاد والمساعدة ، تبدوا أهمية هذا الإلتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الآخر بسبب تفاوت الخبرة ، ولا شك في أن هذا الإلتزام يقع على عاتق المفاوض المحترف لصالح الطرف الآخر حتى يبين له مدى ملائمة العقد من الناحية المالية و الفنية [1] ، ومحل هذا الإلتزام يشمل المساعدة في معرفة المعلومات الفنية ، ومصدرها دائما الإتفاق و الغرض منها هو الوصول بالمتلقي لها إلى استيعاب حق المعرفة الذي تدور حوله عقود التكنولوجيا ، ويقتضي الإلتزام بالنصح أو المشورة توجيها إيجابيا لنشاط المتعاقد ، ويلاحظ أن الإلتزام بالنصح هو إلتزام بتحقيق نتيجة ، وهي إتخاذ أو عدم إتخاذ المتلقي أو المكتسب القرار بناء على النصيحة .

– الإلتزام بالمحافظة على الأسرار، يلتزم كل من طرفي التفاوض بالمحافظة على الأسرار التي قد يتم طرحها أثناء هذا التفاوض سواء تعلقت تلك الأسرار بالتكنولوجيا أو المعرفة الفنية المتعلقة بالسلع و الخدمات

[1]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2003 ، ص 29 .

محل التفاوض، و إذا خالف أحد الطرفين هذا الإلتزام وذلك بقيامه بإفشاء الأسرار التي تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض أو قام باستغلالها دون إذن الطرف الآخر فإنه يعد مخطئا و تثور مسؤوليته المدنية في هذا الشأن [1] .

6 – قيام المسؤولية في التفاوض الإلكتروني

تنشأ مسؤولية المتفاوض عبر شبكة الأنترنت بتشكل أركان المسؤولية المتمثلة في الخطأ و الضرر والعلاقة السببية بينهما .

– الخطأ ، تقوم مسؤولية المتفاوض كلما ارتكب خطأ، و الذي تتنوع صوره، ونذكر في ذلك أمثلة متنوعة كقطع المفاوض للمفاوضات دون مبررمعقول أو شرعي، وهذا بعد وصول المفاوضات إلى مرحلة متقدمة من النقاش و الحوار والهادفة لإبرام العقد، وبذلك يكون الخطأ فعلا موجبا للمسؤولية إذا كان يمثل خطأ و ألحق ضررا بالطرف الآخر[2] ، أو قد يكون الخطأ في عدم امتثاله بالنزاهة و الأمانة أو إهماله للتعاون والنصح والإعلام ، أو قد يقوم بإفشاء الخصوصيات أو البيانات الشخصية التي اطلع عليها عند إجراء التفاوض .

– الضرر، يعتبر ثبوت الخطأ من جانب المتفاوض غير كاف لقيام المسؤولية، فيجب أن يترتب عن الخطأ المرتكب ضررا يصيب المتفاوض الآخر، سواءا كان الضرر ماديا أو معنويا ، ويتمثل الضرر المادي في الخسارة المالية، التي ألحقها المتفاوض بالطرف الآخر، إذ فوت عليه فرصا ثمينة نتيجة انشغاله

[1]– يتجه الفقه و القضاء في فرنسا إلى التقرير بأن المسؤولية قبل العقدية ليست تقصيرية بل هي نوع خاص من المسؤولية المدنية (شبه عقدية) تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية . بينما يذهب إتجاه آخر مؤيد بأحكام محكمة النقض إلى أن المسؤولية المترتبة على الإخلال بالتفاوض قبل إبرام العقد هي مسؤولية تقصيرية غير أنها لا تتقرر لمجرد العدول عن التفاوض، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة في أي وقت دون أن يتعرض للمسائلة القانونية إلا إذا اقترن به خطأ يتمثل في التعسف في الإنسحاب أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة أو حسن النية ، أو إذا نتج عن هذا العدول ضرر لحق بالطرف الآخر المتفاوض . وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ و هذا الضرر على عاتق ذلك الطرف . وبمعنى آخر فإنه لا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضة ذاته هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره ، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول ، ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية .

[2]– معزوز دليلة ، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد(دراسة مقارنة) ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد1، 2020، جامعة المسيلة، الجزائر، ص 295.

بالتفاوض، ودفعه نفقات الإقامة و الإنتقال بسبب المفاوضات وأجور الخبرة المستعملة لهذا الغرض ، أما الضرر المعنوي قد يمس المتفاوض الآخر في سمعته الشخصية ، أو المهنية أو التجارية نتيجة إفشاء المتفاوض لهذه المعلومات للغير [1] .

– العلاقة السببية بين الخطأ المرتكب و الضرر الناتج ، تقوم المسؤولية المدنية التقصيرية للمتفاوض عند وقوع الخطأ من طرفه ، وينتج عنه ضرر مباشر يهلك المتفاوض الآخر، وبهذا تثبت العلاقة السببية بين الفعل الضار و الضرر الحاصل . لكن قد يصعب الأمر في إثبات العلاقة السببية في المفاوضات الإلكترونية وذلك راجع لعدم إمكانية تحديد السبب المباشر لوقوع الضرر الناتج وأيضا نظرا للإستعمال المتنوع للأجهزة الإلكترونية في التواصل. وقد يكون سببا للضرر الذي يشكو منه المتفاوض الآخر .أو قد يرجع لفعل الغير لعدم تشفير البيانات وغيرها من المعلومات التي تم إرسالها للمتفاوض الإلكتروني [2] .

الفرع الثاني : تطابق الإرادتين

لا يخفى أن أهم مرحلة من مراحل التعاقد الإلكتروني هي مرحلة تكوين العقد ، وهذه المرحلة لا يمكن إنجازها واجتيازها مالم يتم التعبير عن الإرادة من قبل كلا طرفي المعاملة الإلكترونية أولا ، ومن ثم تطابق الإرادتين بينهما بمعنى تطابق الإيجاب و القبول الإلكترونيين .

1 – الإيجاب الإلكتروني

يكون الإيجاب عبر الأنترنت في شكل عرض صادر عن الموجب فيتلقى زائر الشبكة عروضا تكون غالبا عبر الإشهار [3] كوسيلة ضرورية للإتصال بالمشتري تتضمن معلومات متنوعة ومختلفة حول السلع والخدمات المعروضة لهذا يتعين تحديد القيمة القانونية لهذه العروض الموجودة عبر الشبكة وهل تتضمن

[1]– معزوز دليلة ، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد(دراسة مقارنة) ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد1، 2020، جامعة المسيلة، الجزائر، ص 296 .

[2]– نفس المرجع السابق، نفس الصفحة .

[3]–أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 156 .

العناصر الأساسية التي تجعل منها إيجابا يعبر عن إرادة أم أنها مجرد دعوة للتفاوض وماهي صور التعبير عن الإرادة عبر الشبكة؟ لهذا يقتضي الأمر دراسة أولا العرض الذي يمر عبر الإشهار كوسيلة اتصال ضرورية وعصرية حيث أصبح يوظف في التعاقد.

أصبح الإيجاب الإلكتروني يمر عبر الإشهار لذلك اكتسى الإشهار الإلكتروني عبر الشبكة وظيفة أخرى تتمثل في توظيفه في التعاقد من خلال احتوائه مجموعة من البيانات مفصلة ودقيقة قد تكون كافية لإجراء التعاقد مما يستدعي التساؤل حول طبيعة الإشهار إذا كان يحمل الطابع الإعلامي و في الوقت نفسه إيجابا ؟

يهدف الإشهار[1] بالدرجة الأولى إلى ترويج السلع و الخدمات المختلفة من قبل فئة التجار و الإشهار في العقد التجاري الإلكتروني هو إشهار إلكتروني يتم عبر المواقع الإلكترونية حيث أصبح يشكل أسلوبا للإتصال بالمشتري(المستهلك) وهو أيضا وسيلة ضرورية للموجب لترويج مختلف منتوجاته عبر المواقع الإلكترونية، حيث يقدم صورة معينة للمنتوج المعروض.

أ- الإيجاب من خلال الإشهار

يمر الإيجاب الإلكتروني في كثير من الأحيان من خلال الإشهار الالكتروني ولا يختلف مفهوم الإشهار التقليدي عن الإشهار الإلكتروني من حيث المضمون بل يكمن الإختلاف في الوسيلة المستخدمة والمقصود بها شبكة الأنترنت لأن مضمون الإشهار في الحالتين يشمل الدعاية و الإعلان لترويج المنتوج، لكن ذلك الإشهار قد يشمل بيانات تفصيلية جوهرية تكفي لوصفها عرضا جازما صادرا عن صاحبه ينوي من خلاله إبرام العقد .

[1]- يعد الإعلان مرادفا للإشهار ، حيث المقصود من كلا المصطلحين هو الإظهار و المجاهرة ومدلولهما إقتصاديا هو إبراز مزايا السلع و الخدمات من قبل التجار .

- مفهوم الإشهار:

يعد الإشهار ظاهرة حضارية في أي مجتمع ويتصل أساسا بالنشاط الإقتصادي و الإتصالي لأي جهة تعرض منتوجاتها للبيع، وذلك من خلال وضع أساليب خاصة تقوم أساسا على الدعاية و الترويج[1] اللذين يعتبران أمرين ضروريين للتعريف بالمنتوج كما سبق وأن ذكرنا مهما كانت الوسيلة المستعملة في ذلك سواءا كانت عبر الصحف أو المجلات أو التلفزيون أو الراديو أو الإعلانات الكتابية على الحائط وغيرها والإشهار شكل من أشكال الإتصال يوجه إلى تشجيع مباشر أو غير مباشر لاقتناء السلع او الخدمات.

كما يهدف الى إعطاء صورة معينة لشركة أو هيئة أو شخص له نشاط تجاري أو صناعي أو صاحب مهنة حرة قصد التعريف و الترويج للسلع و الخدمات المعروضة .

و يظل الهدف الرئيسي من الإشهار هو الإتصال بمجموعة المستهلكين، وإثارة رغبة التعاقد فيهم وما يمكن ملاحظته هو عدم وجود تعريف واضح ومحدد للإشهار إذ تعددت التعاريف و الآراء حوله ولتحديد مفهومه ينبغي لنا أن نتناول تعريفه وخصائصه وهذا ما سنقوم بدراسته.

- تعريف الإشهار:

عرف المشرع الجزائري الإشهار في المرسوم التنفيذي رقم 39/90 المؤرخ في 1990/01/30 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش إذ جاء في المادة 02 فقرة 08 ما يلي:" جميع الإقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الاعلانات أو المنشورات أو التعليمات المعدة لترويج وتسويق سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية .

وعرفته أيضا المادة 03 فقرة 03 من القانون رقم 04-02 الصادر في 23 يونيو 2004 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بأنه:" كل إعلان يهدف بصورة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الإتصال المستعملة " .

[1]- محمد خالد رستم ، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الإلكتروني في العتالم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بدون طبعة ، مصر ، 2006 ، ص 53.

وبالرجوع إلى قانون التجارة الإكترونية رقم 18-05 نجد أن المشرع الجزائري أعطى مفهوما للإشهار الإلكتروني وهذا في مادته[1] 30 على أنه " دون المساس بالأحكام التشريعية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال ، كل إشهار أو ترويج أو رسالة ذات طبيعة أو هدف تجاري تتم عن طريق الإتصالات الإلكترونية يجب أن يلبي المقتضيات الآتية :

- أن تكون محددة بوضوح كرسالة تجارية أو إشهارية ،
- أن تسمح بتحديد الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه.
- ألا تمس بالآداب العامة و النظام العام .
- أن تحدد بوضوح ما إذا كان العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا ، في حالة ماإذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا ،
- التأكد من أن جميع الشروط الواجب استيفاؤها للإستفادة من العرض التجاري ، ليست مضللة و لا غامضة .

وبالرجوع إلى التوجيه الأوروبي رقم CEE84/45 المؤرخ في 1984/09/10 المعدل بالتوجيه الأوروبي 2005/29/CE والمؤرخ في 2005/05/11 اعتبر الإشهار بأنه كل اتصال مهما كان شكله في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو مهنة حرة يهدف إلى ترويج السلع أو الخدمات .

ويبدو مما تقدم أن التعريف الوارد في التشريع الجزائري جاء في مجمله مشابها للتعريف الوارد في التشريع المقارن المذكور إذ شمل وسائل الإتصال المستعملة في الإشهار على سبيل المثال لا الحصر من بينها شبكة الأنترنت .

[1]- المادة 30 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

لكن التعريف الوارد في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية جاء مرافقا و مصحوبا بشروط شكلية وموضوعية من أهمها المحافظة على النظام العام و الآداب العامة وأن تكون واضحة المعالم كرسالة تجارية أو إشهارية وأن تحدد جيدا موضوع الإشهار إن كان يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا في حال كان الإشهار أصلا مبني على التجارية أو التنافسية أو الترويجية .

وفي اعتقادنا أن إصطحاب هذه الشروط هي في حد ذاتها في سبيل حماية المستهلك الإلكتروني من الإشهار الذي قد يكون مضللا أو مخادعا .

إن الإشهار في كثير من الأحيان يشمل معلومات جذابة تهدف إلى تزيين صورة المنتوج بشكل مبالغ فيه، مستعملا الدعاية التي تهدف أساسا لإثارة الرغبة لدى المستهلك وجذبه قصد ابرام العقد لهذا يتصف الإشهار في كثير من الأحيان بأنه إشهار تضليلي وخداعي ، والتي حذر منها المشرع الجزائري في جل قوانينه المتعلقة بالممارسات التجارية أوحماية الجودة وقمع الغش سيما القانون رقم 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية ، وهذا في حد ذاته يشكل تناغما وتجانسا في التشريع الجزائري بما في ذلك نصوصه التطبيقية التي تحسب لفائدة التشريع الجزائري في إرساء قواعد صحيحة في سبيل تشجيع التجارة الإلكترونية والمحافظة في نفس الوقت على المستهلك عبر الخط من المخاطر الناجمة منها .

مما تقدم أن يتضح أن الإشهار عملية مركبة ومعقدة سواء من حيث الأطراف إذ يشمل المحترف والمستهلك ورجل الإعلام أو من حيث التصرف إذ يشمل العرض و الترويج و الإتصال لهذا من الصعب وضع تعريف شامل وجامع ومانع ودقيق له [1].

وبصدد هذه الفكرة يقول الفقيه " روجيس فابر " أن الصعوبة تكمن في أن تعريف الإشهار راجع الى القواعد القانونية المنظمة له فيقول أن قانون الإشهار الخاص ببيع السلع و الخدمات هو قانون معقد وفي تغير مستمر لأنه يتصل بكل فروع القانون وهي القانون التجاري ،الجنائي و المدني و الجبائي وحماية المستهلك ، حماية المؤلف أو قانون المنافسة وهو متغير لأنه متصل بنمط الحياة التي هي في تغير مستمر

[1]- عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 238 .

و الدليل على ذلك أن معظم القوانين الخاصة به لا يزيد عمرها عن 05 سنوات ومن ثمة لا يوجد تعريف موحد وثابت له [1] .

- خصائص الاشهار

يتميز الإشهار الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت بخصائص متنوعة فهو يتميز بالسرعة الفائقة حيث لا يتعدى الوقت المستخدم إلا بضعة ثواني تأخذ وقت النقر على الأيقونة متجاوزا السرعة المعروفة في وسائل الإتصال الأخرى كالمذياع و التلفزيون[2] .

كما يتميز الإشهار عبر الشبكة في أنه إشهار عن بعد ، حيث يتم دون الحاجة للإتصال المادي بين أطرافه ويستطيع صاحبه أن يصدره من أي مكان متواجد فيه سواء كان في منزله أو مكان عمله، كما يستطيع المستهدف الإطلاع عليه في أي مكان متواجد فيه .

ويتميز الإشهار الإلكتروني أيضا بأنه إشهار مستمر على مدار الساعة يمكن الإطلاع عليه في أي وقت و من قبل أي شخص .

ب- صور الإشهار الإلكتروني

يأخذ الإشهار الالكتروني عبر الشبكة صورتين: تكون الصورة الأولى للإشهار عبر الموقع الإلكتروني ، أما الصورة الثانية فتكون عبر البريد الإلكتروني في شكل رسالة إلكترونية وهذا ما سنستعرضه في النقاط الآتية :

- الإشهار عبر الموقع

يكون الإشهار عبر شبكة الأنترنت من خلال المواقع المعروفة مثل موقع "الياهو" أو "أمازون" أو "ايباي " ويبدو هذا النوع من الإشهار على الشاشة دون طلب من مستخدم الشبكة حيث يظهر تلقائيا ويسمى بـ "البانر" إذ يظهر على حافة شاشة الكمبويتر .

[1] - Régis FABRE , Droit de la publicité et de la promotion des ventes , Dalloz , 1996,p70 .
[2] - Voir , Thibault VERBIEST ,La protéction juridique du cyberconsommateur , édition jurisclasseur , Publicité et contrats contentieux , 2002, p141 .

و في هذا الصدد فإن تكنولوجيا الإشهار هي في تطور مستمر حيث تمكن من إظهار سلسة من الإشهارات المتتالية في بضعة ثوان كما هو الحال عليه في " ستريمينغ " [1] الذي يظهر فيه الإشهار من خلال الفيديو بصورة واضحة مع الصوت في ثوان قصيرة.

وقد يكون الإشهار على شكل إرسالية أو ما يسمى بالإشهار على الشاشة وهو كذلك إشهار يظهر في مدة زمنية قصيرة لا تتعدى 10 ثوان تأخذ كل مساحة شاشة الكمبويتر.

- الإشهار عبر البريد الإلكتروني

يمكن أن يكون الإشهار من خلال البريد الإلكتروني ويسمى في هذه الحالة بـ "سبام" أو "سبايمينق" وهو إرسال مجموعة كبيرة من الرسائل الإلكترونية لعدد كبير من مستخدمي الأنترنت دون رغباتهم وغالبا ما يتضمن هذا النوع من الإشهار إعلانات خاطئة لتضليل المستهلكين حول بعض المنتجات .

2- معايير الإيجاب من خلال الإشهار الإلكتروني

بما أن الإشهار يحمل بيانات إلزامية متنوعة ومتعددة فكان لزاما تحديد طبيعته القانونية من حيث تحديد قيمته القانونية إن كان إيجابا أو مجرد دعوة للتفاوض وذلك من خلال تحديد معايير خاصة تمكننا من أن نفرق بينه وبين الإيجاب و يقول "تيبو فاربياست" بصدد هذه الفكرة أنه على القضاء في المستقبل تحديد إطار الإشهار وإطار الإيجاب ، لأن تكنولوجيا الأنترنت جعلت الفاصل بينهما صعب التحديد .

كما يتسائل الفقيه "أوليفي اتيانو" إن كان الإيجاب الإلكتروني إشهارا في الوقت نفسه، ويضيف في قوله أن الفارق بين الإشهار و الإيجاب باستعمال تكنولوجيا الأنترنت في طريق الزوال .

ونعتقد أن الصعوبة تكمن في الفرق بين الإيجاب و الإشهار في حالة ما إذا كان الإشهار يحتوي على كل البيانات اللازمة تجعله يتضمن عرضا باتا جازما للتعاقد حيث نرى أنه لو كان الإشهار يتضمن في

[1] - Le streaming (de l'anglais stream , « courant ») , lécture en flux ou lécture en continu ,aussi appelé lécture directe lécture en transit , diffusion en mode continu , désigne un principe utilisé principalement pour l'envoi de continu « direct », très utilisée sur internet , elle permet la lécture d'un flux audio ou vidéo.

الوقت نفسه العناصر الأساسية الواردة في الإيجاب مما تفيد الرغبة في التعاقد فإنه في الحالة هذه يعد إيجابا وإشهارا في الوقت نفسه، إذ لو اقترن بالقبول انعقد العقد ورتب جميع الآثار القانونية .

أما إذا لم يحتوي على العناصر الأساسية في الإيجاب فيعد في هذه الحالة مجرد إشهار يشمل على دعوة للتفاوض وتنطبق عليه النصوص القانونية المنظمة له، وفي الفرق بين الإيجاب و الإشهار استند الفقه على معيارين أحدهما موضوعي متمثلا في البيانات و الآخر شكلي متمثلا في الضغط على الأيقونة مستندا على التشريعات المقارنة نستعرضهما وفقا لمايلي مع الأخذ بعين الإعتبار التشريع الجزائري :

أ – مضمون البيانات

إن الإشهار الذي يتضمن البيانات الموجودة في الإيجاب هو في الوقت نفسه إيجاب وإشهار حيث يشمل عرضا جازما للتعاقد وكذلك التعريف بالمنتوج قصد جلب أكبر عدد ممكن من المستهلكين بمعنى أنه إذا كان موضوع الإشهار يتضمن البيانات اللازمة للتعاقد و المنصوص عليها قانونا حينئذ يكون هذا إيجابا أما اذا لم يتضمن كل البيانات القانونية أو نص على جزء منها فنكون بصدد إشهار لا يعلو لدرجة الإيجاب الذي يتميز بالعزم الجازم و الإرادة المصممة على التعاقد فمعيار الفرق حسب رأي الفقه معيار موضوعي يتحدد بموضوع الإشهار [1] .

ب– الضغط على الأيقونة

يبين الفقه هذا الفرق على أساس المعيار الثاني، وهو المعيار الشكلي المتمثل في المصطلح المستعمل في الإيجاب وهو الضغط على الفأرة الذي يستعمل دائما عندما يتعلق الأمر بالإيجاب الإلكتروني و هي كلمة "اضغط هنا" في حين أن الإشهار لا يتضمن هذه الكلمة [2].

ومن خلال ما تقدم يصبح الإشهار إيجابا إذا شمل محتوياته جميع البيانات الإلزامية في الإيجاب أي شموله على عرض دقيق وبات صادر عن الموجب يعبر عن إرادته في إبرام العقد بحيث لو اقترن بالقبول

[1]– عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 242 .

[2] - Thibault VERBIEST, Le nouveau droit du commerce éléctronique ,Larcier LGDJ ,2005,p 58 .

انعقد العقد وترتبت عنه جميع الآثار أما إذا لم يشمل على العناصر التي يجب أن يشملها الإيجاب لإبرام العقد ، فيعد في هذه الحالة مجرد دعوة للتعاقد .

وبهذا الصدد ورغم أن بعض العروض على الشبكة تتضمن عناصر الإيجاب، إلا أن المحترف قد يضع جملة من الشروط أو التحفظات تفقد هذه العروض قيمتها القانونية كإيجاب كأن يضع جملة "هذه العروض لا تشكل وثيقة تعاقدية أو يضع "أن البيانات لا تعد تعاقدية وهي قابلة للتغيير دون سابق إنذار" [1].

3- صور الإيجاب الإلكتروني

إن التعبير عن الإيجاب باستعمال المعلوماتية قد يتخذ أي صورة من الصور المعروفة فيه ما دام التعاقد يتمتع بحرية مطلقة في كيفية التعبير عنه شرط أن تكشف هذه الصورة عنه بمعنى انصراف نية المتعاقد لإحداث أثر قانوني معين وصور التعبير عن الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت تكون بواسطة الكتابة الإلكترونية التي تتم إما عبر البريد الإكتروني أو عبر الواب وغالبا ما يكون الإيجاب الإلكتروني الموجه للجمهور يشبه الإيجاب الذي يتم عبر الجرائد و المجلات و التلفزيون .

ويتميز الإيجاب الإلكتروني بأنه مستمر على مدار الساعة إذ أنه إيجاب مفتوح دون قيد أو شرط من حيث الزمان و المكان لكن يستطيع الموجب أن يحدده من حيث الزمان فيقوم بتحديد مدة صلاحية إيجابه ومن ثمة تحديد المدة أو المعيار الذي يبقي إيجابه قائما خلالها وتمنح شبكة الأنترنت للجميع سوقا عالمي متنوع ومع ذلك فإنه يتعذر على الكثير من مستخدمي الأنترنت التعاقد مع أي موجب يعرض منتوجاته على الشبكة ومن هنا غالبا ما يقوم الموجب بتحديد خريطته الجغرافية التي يستطيع عرض إيجابه في حدودها كأن يحدد أن إيجابه موجه للمستهلك الأوروبي المتواجد في دول الإتحاد الأوروبي دون سواه [2].

لهذا رأى التشريع المقارن أنه من الضروري إلزام الموجب بتحديد إيجابه من حيث الزمن فنص المشرع التونسي في الفقرة الخامسة من الفصل 25 من قانون التجارة الإلكترونية لسنة 2000 على ذلك

[1]- Florence MAS , La conclusion des contrats du commerce éléctronique, LGDJ , 2006 , p 82 .
[2] - Thibault VERBIEST , La protéction juridique du cyberconsommateur, édition jurisclasseur , 2002, p60.

وأوجب البائع أن يحدد بوضوح مدة إيجابه المعروض على الشبكة فجاء كالآتي : " يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة " ويعد الإخلال بذلك من قبل الموجب مخالفة تعرضه إلى خطية تتراوح ما بين 500 و 5000 دينار تونسي كما هو مبين في نص المادة 49 من القانون نفسه .

وأما المشرع الجزائري فنص في المادة 11 الفقرة 12 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على " وجوب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ويجب أن يتضمن على الأقل ، وليس على سبيل الحصر ، المعلومات التالية : ... – مدة صلاحية العرض ، عند الإقتضاء " .

أ – الإيجاب عبر البريد الإلكتروني

يعد البريد الإلكتروني عنوانا إلكترونيا خاصا بالشخص الذي يستخدمه حيث يتم إرسال واستلام الرسائل المختلفة من العناوين الإلكترونية الأخرى ويتم فيه تعيين الشخص الذي يستخدمه وكذا الموقع الذي يستعمله كـ "الياهو" و الـ "هوتمايل" و "جيمايل" وغيره ، وهي أكثر عناوين الدومين استخداما على الشبكة ، و التي تعني أن المستخدم مصنف لديها .

ولقد نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 98-257 المؤرخ في 1998/08/25 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها على البريد الإلكتروني فجاء فيها أن البريد الإلكتروني: " هو تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين" .

ويستطيع مستخدم البريد تلقي مختلف العروض على بريده الإلكتروني وفي هذه الحالة يصدر الإيجاب عبره ويسمى بالإيجاب من شخص إلى شخص حيث يكون المرسل إليه شخصا معينا بالذات .

وقد يصدر الإيجاب عبر البريد إلى أشخاص غير معينين بالذات أي إلى الجمهور قصد استهداف أكبر قدر ممكن من مستخدمي البريد الإلكتروني لتعرض عليهم مختلف السلع و الخدمات التي قد تهمهم فيقوم الموجب بإرسال رسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني الخاصة بكل مستخدميها المتمثلة في

فئة المستهلكين التي يفترض أنه قد تحصل عليها بطريقة قانونية وإلا يكون هذا بمثابة "سبام" الممنوع قانونا كما سبق وأن وضحنا ويجد المستهلك الإلكتروني عند فتحه لبريده الإلكتروني عرضا جازما وباتا صادرا من قبل الموجب وابتداءا من هذه اللحظة تبدأ فعالية الإيجاب بحيث يكون للمستهلك الحرية المطلقة في القبول أو الرفض [1] .

ب – الإيجاب عبر الواب

يعد الواب شبكة عنكبوتية عالمية يرمز لها بـ " www " "world wide web" [2] يمكن من خلالها زيارة مختلف المواقع المتنوعة على الشبكة قصد الحصول على معلومات خاصة يحتاجها المستخدم ويحتوي الواب على الملايين من المواقع داخل الشبكة ويكون لكل موقع عنوان خاص يستطيع أي شخص في أي زمن أو مكان أن يزوره ويطلع عليه للحصول على المعلومات التي يريدها أو يبرم بواسطته عقد بيع مع أي منتج أو بائع أو وسيط .

وقد نص المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 98-257 المؤرخ في 1998/08/25 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها في نص المادة 2 خدمة الواب الواسعة النطاق وعرفها كمايلي: " هي خدمة تفاعلية للإطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط نصوص "رسوم بيانية" صوت أو صورة موصلة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة " بمعنى أن الواب يحتوي في مضمونه نصوصا أو صورا ثابتة أو متحركة أو أصواتا أوملفات أو فيديوهات .

---

[1] - Murielle ISABELLE CAHEN , La formation des contrats de commerce éléctronique , Juriscom.net , revue de droit de technologies et de l'information , 1999 ,p 28 .

[2] – جاءت فكرة www من المخبرالأوروبي لفيزياء الجسيمات The european laboratory for particule physics الذي كان بحاجة إلى طريقة سهلة لمتابعة الوثائق و المعلومات المتوفرة لديهم حتى يمكن الوصول إليها وتحديثها وتم تنفيذ مشروعه عام 1992 ، ومخترع الواب أو www هو العالم Tim berner lee .

ويعتبر الموقع عبارة عن مجموعة من الموضوعات و الملفات الموجودة على خادم الواب ، وهو أيضا عبارة عن مساحات إلكترونية ، يتم شرائها من قبل الشركات المتخصصة في ذلك المجال ، ويعد وسيلة لخدمة مصالح هذه الجهة التي تتولى الإشراف عليه .

تعريف مأخوذ من الموقع : http://shehab16.ektob.com/113609.htm

إن الإيجاب الصادر عن الواب هو إيجاب موجه لجميع سكان الكرة الأرضية و بالضبط لكل مستخدمي شبكة الأنترنت فهو إيجاب عام موجه للجميع يصدر في شكل نصوص أو أصوات أو موسيقى أو صور أو أصوات و المسماة بالوسائط المتعددة" multimedia" فهو لا يختلف عن الإيجاب الصادر عن الصحف و المجلات و القنوات التلفزيونية المخصصة في عرض السلع و الخدمات [1].

ومن خاصية الإيجاب الصادر من خلال الواب ، أنه إيجاب مستمر عبر مدار الساعة فهو إيجاب لا يتقيد فيه الموجب بفترة زمنية لكن غالبا ما يكون إيجابه معلقا على شرط يتمثل في إمكانية استكمال أو نفاذ السلع و الخدمات لأن الموجب ليست له القدرة لتغطية كل الطلبات التي قد ترد إليه ومع ذلك هناك رأي من الفقه يرى أن الإيجاب الموجه للجمهور لا يعد إيجابا بل هو مجرد دعوة للتفاوض من أجل إبرام العقد بسبب عدم تعيين الموجب له وبصدد هذه الفكرة يتجه الفقه إلى أن الإيجاب الصادر عبر الواب لا يعد إيجابا بمفهومه القانوني في أنه عرض بات محدد ودقيق ولازم وإنما هومجرد دعوة للتعاقد لأن الموجب لا يعرف مسبقا الطرف الآخر و حسب رأيه يكون الإيجاب الإلكتروني عبر الواب في أغلب الحالات صادرا لفائدة المستهلك ، وقد أخذت اتفاقية فيينا لعام 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع في مادتها 14 بهذا الرأي إذ جاء " ولا يعد العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة إلى الإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه الإيجاب قد بين بوضوح عن اتجاه قصد خلاف ذلك " [2] .

لكن نرى أن هذا الرأي قد لا يكون صائبا إذا كان الإيجاب عبر الواب يتضمن كل الشروط الأساسية التي يقوم عليها الإيجاب حتى في حالة عدم معرفة هوية الطرف الآخر لأنه يعد إيجابا موجها للجمهور ومن الثابت أن الإيجاب الموجه إلى الجمهور لا يؤثر في الطبيعة القانونية له ما دام يمكن من قيام العقد إذا صدر قبول من أي طرف كان،وهو الرأي الذي تبناه جانب آخر من الفقه وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي "ريبار"

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 41 .

[2] - Convention des nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (1980) , Article 14 : « Une proposition adréssée à des personnes inditerminées est considérée seulement comme une invitaion à l'offre , à moin que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire » .

الذي يرى أنه يجوز توجيه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين ما دام مضمونه محددا وواضحا ويكفي لقيام العقد إذا اقترن بالقبول.

ويتماشى هذا الموقف وازدياد حركة النشاط التجاري بين دول العالم وخاصية عالمية شبكة الأنترنت لأن عرض الإيجاب لأشخاص غير محددين بذواتهم لا يغير من طبيعة الإيجاب ما دام هذا العرض تعبيرا عن إرادة جازمة ودقيقة حيث لو اقترن بالقبول انعقد العقد، لكن نظرا لعالمية شبكة الأنترنت لا يستطيع الموجب أن يحدد إيجابه في المكان ، وأما تحديده من حيث الزمان فقد أصبح كما سبق وذكرنا يشكل التزاما يقع على المحترف الذي يتعين عليه تحديد الفترة التي يكون إيجابه قائما فيها وإعلام الطرف الآخر بذلك كبيان من البيانات التعاقدية الإلزامية .

4- بيانات الإيجاب الإلكتروني

ينبغي عموما أن يتضمن الإيجاب معلومات عامة حول العقد المراد ابرامه في المستقبل و من المعلوم أن المشرع الجزائري تولى حماية رضا المستهلك من أخطار البيع التي تمس بأمنه وسلامته ومصالحه المادية من خلال تكريسه مبدأ الإلتزام بالإعلام في قواعد حماية المستهلك .

وأراد المشرع الجزائري من التعديل الأخير لسنة 2009 مسايرة التطورات الجارية في المجال الإقتصادي وتقوية حماية المستهلك بسبب هذه التطورات خصوصا وأن الجزائر تشهد نظام اقتصاد السوق التي يكثر فيها عقود الإذعان .

ولقد جاء في نص المادة 17 من قانون حماية المستهلك[1] المعدل و المتمم بقانون رقم 09-03 المؤرخ في 2009/02/25 ما يلي:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة " .

ويبدو من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري ، قد ألزم المحترف بتقديم كل المعلومات الخاصة بالمنتوج على سبيل المثال لا الحصر، كل المعلومات الكاملة و الكافية التي تخص المنتوج إذ جاء النص عاما سواء فيما يتعلق بالمعلومات المقدمة للمستهلك أو الوسيلة المستخدمة في نقلها له، عندئذ تشمل المعلومات كل معلومة ضرورية متعلقة بالمنتوج يتعين على المحترف إفادة المستهلك بها، بواسطة أية وسيلة مناسبة قصد إبرام العقد.

نعتقد أن هذا النص المذكور وكذا النصوص الأخرى المتواجدة في التشريع الجزائري المتضمنة مبدأ الإلتزام بالإعلام مثل إعلام المستهلك بشروط البيع الوارد في نص المادة 04 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/07/27 المتعلق بتحديد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ومبدأ تحديد مسؤولية البائع كما جاء في نص المادة 08 من القانون نفسه واعترافه بالوثيقة الإلكترونية في المادة 323 مكرر من القانون المدني، بالإضافة إلى أن قواعد حماية المستهلك يمكن تطبيقها على التعاقد الإلكتروني لكن في الوقت نفسه ، هي غير كافية لمعالجة جميع جوانب التعاقد الإلكتروني نظرا لخصوصية العقد التجاري الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، حيث ينعقد العقد في بيئة لا مادية تثير الكثير من الشكوك ، كمسألة الهوية و السرعة و الآلية كما سبق وأن بينا، لهذا كان لازما إفادة الموجه إليه الإيجاب بمعلومات دقيقة محددة وواضحة تلائم طريقة التعاقد ، وقد تطرقت جل التشريعات المقارنة الخاصة بالتجارة الإلكترونية لهذه المعلومات ضمن الإلتزام بالإعلام قبل و بعد انعقاد العقد التجاري الإلكتروني .

[1]- المادة 17 من القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد 15 الصادر في 8 مارس 2009 .

لذلك فإن المشرع الجزائري ومن خلال تدخله بقانون خاص قد أقر في نص المادة 11 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1] جملة من البيانات الإلزامية الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني في مرحلة قبل انعقاد العقد التجاري الإلكتروني وهذا بالقول " يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ، ويجب أن يتضمن على الأقل ، ولكن ليس على سبيل الحصر المعلومات التالية :

– رقم التعريف الجبائي ، و العناوين المادية و الإلكترونية ، ورقم هاتف المورد الإلكتروني ، رقم السجل التجاري أو البطاقة المهنية للحرفي ، طبيعة ، وخصائص و أسعار السلع و الخدمات المقترحة بإحتساب كل الرسوم ، حالة توفر السلعة أو الخدمة ، كيفيات ومصاريف وآجال التسليم ، الشروط العامة للبيع ، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي ، شروط الضمان التجاري وخدمة مابعد البيع ، طريقة حساب السعر ، عندما لا يمكن تحديده مسبقا ،كيفيات و إجراءات الدفع ، شروط فسخ العقد عند الإقتضاء ، وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية ،مدة صلاحية العرض ، عند الإقتضاء ، شروط وآجال العدول ، عند الإقتضاء ، طريقة تأكيد الطلبية ، موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة ، عند الإقتضاء ، طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه ، تكلفة استخدام وسائل الإتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها " .

ويتضح لنا و وفقا لما جاء به التشريع في مجال التعاقد الإلكتروني أن قواعد قانون حماية المستهلك التقليدية غير كافية لضمان سلامة رضا المستهلك في جميع مراحل التعاقد لتأمينه من أخطار التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، لذلك تدخل المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بنصوص خاصة تحكم التجارة

[1]– المادة 11 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

الإلكترونية عن طريق فرض بيانات إلزامية وهامة وضرورية ، و سنستعرض البيانات الملائمة للتعاقد الإلكتروني . لهذا سنتناول في النقطة الأولى مضمون البيانات التعاقدية وأما النقطة الثانية سنتطرق إلى طريقة تقديم هذه البيانات وأجلها وسنخصص النقطة الثالثة لجزاء الإخلال بها .

أ – البيانات ما قبل العقد

لقد أوجب المشرع الجزائري في المادة 09 و 11 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية[1] كما بينا سابقا ، بإلزامية توفير للمستهلك وبطريقة واضحة مجموعة من المعلومات بصفة محددة ودقيقة ، وقد سبق وأن قلنا أن المتعامل في التعاقد الإلكتروني يشمل أي شخص يمارس البيع عبر الأنترنت سواء اتصف بالاحترافية أم لا ، و يمكن حصر البيانات الخاصة بالتعاقد الإلكتروني فيما يلي :

– هوية البائع أو المحترف:

بناء على نصوص هذه المواد يستوجب على البائع تحديد هويته تحديدا دقيقا وواضحا سواء إسمه ولقبه وعنوانه ورقم هاتفه حتى يمكن الإتصال به في أي لحظة خارج الخط وإذا كان شخصا معنويا مثل الشركة يتعين تحديد إسمها وعنوان مقرها ومعلومات حول نشاطها التجاري وان كان شخصا طبيعيا فينبغي أن يعلن عن هويته المدنية الحقيقية ويعد هذا البيان من مستحدثات التعاقد عبر الشبكة الذي أثار مشكلة تحديد الهوية نتيجة إبرام العقد التجاري الإلكتروني عن بعد في فضاء لا مادي يجهل كل طرف هوية الآخر كما سبق وأن بينا ، وهذا ما أشارت إليه المادة 08 و 09 من قانون التجارة الإلكترونية[2] رقم 18-05 بمايلي : " يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية

[1]– المادة 9 و11 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

[2]– المادة 9 و11 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

والحرفية ، حسب الحالة ، ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الأنترنت ، مستضاف في الجزائر بإمتداد " com.dz " ،

– يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته " .

أما المادة 09 من نفس القانون فإنها تنص أيضا على " تنشأ بطاقية وطنية للموردين الإلكترونيين لدى المركز الوطني للسجل التجاري ، تضم الموردين الإلكترونيين المسجلين في السجل التجاري ، أو في سجل الصناعات التقليدية و الحرفية ،

لا يمكن ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية إلا بعد إيداع اسم النطاق لدى مصالح المركز الوطني للسجل التجاري .

تنشر البطاقية الوطنية للموردين الإلكترونيين عن طريق الإتصالات الإلكترونية وتكون في متناول المستهلك الإلكتروني " .

أما فيما يتعلق بإسم النطاق فلقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 02 من قانون 18–05 بأنه "عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة ومسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق ، وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني " .

– تحديد وصف المنتوج :

يجب على البائع عبر الشبكة أن يحدد طبيعة المنتوج وصنفه ومصدره ومميزاته الأساسية وتركيبات صنعه و التاريخ الأقصى لاستهلاكه وكيفية استعماله و النصائح و الإرشادات الخاصة به، وهذه البيانات تقع على عاتق المحترف في قواعد حماية المستهلك التقليدية لكن تم توسيعها في التعاقد الإلكتروني لتشمل أي شخص يبيع عبر الشبكة ، وهو ما أكدته المادة 11 من قانون 18–05 الخاص بالتجارة الإلكترونية[1] .

[1]– المادة 11 من القانون 18–05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

– تحديد مدة الإيجاب:

يجب تحديد مدة صلاحية الإيجاب أو الفترة التي تكون فيها السلعة أو الخدمة معروضة بالأسعار المحددة وإذا كان القانون لا يحدد مدة معينة للعرض فإن على البائع تحديدها وفي حالة عدم تحديدها يبقى الموجب ملزما بإيجابه طيلة وجوده على شبكة الأنترنت ، وهذا كما أقره المشرع الجزائري في المادة 11 الفقرة 12 من قانون 18–05 .

– تحديد الثمن:

يتعين على البائع تحديد ثمن السلعة أو الخدمة وكذلك تحديد الثمن في حالة التخفيضات و كلفة استعمال تقنيات الإتصال إن كانت إلى جانب كلفة التسليم أي كل مصاريف التي تدفع بسبب تسليم السلعة أو الخدمة و المصاريف الإضافية ومبلغ تأمينه وثمن القيمة المضافة tva و الفترة التي يكون فيها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة حيث حرصت هذه التشريعات أن يتم تأكيد البيانات المقدمة بعد التعاقد ما لم يكن البائع قد نفذ هذا الإلتزام قبل إتمام العقد كما جاء في الفصل الثالث تحت عنوان المتطلبات المتعلقة بالمعاملات التجارية عن طريق الإتصال الإلكتروني ، من القانون رقم 18–05 الخاص بالتجارة الإلكترونية الجزائري .

وهنا طرحت الصفة العالمية لشبكة الأنترنت مشكلة العملة المستعملة في الوفاء و الواضح أن العملة المستعملة هي العملة الصعبة العالمية المستخدمة في أسواق التجارة العالمية كالأورو و الدولار، وهنا يتضح أن المشرع الجزائري فرق بين العقودالتجارية الإلكترونية التي تنعقد بالعملة الوطنية (الدينار الجزائري) عندما يكون كل من المورد الإلكتروني و المستهلك الإلكتروني ونوع السلعة أو الخدمات في الإطار الوطني، وبين وجود مورد إلكتروني مقيم بالجزائر يقدم سلعة أو خدمة لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي .

حيث تنص المادة 07 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[1] على أنه " يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية و الصرف ، البيع عن طريق الإتصالات الإلكترونية لسلعة و/أو خدمة من طرف مورد إلكتروني مقيم لمستهلك إلكتروني موجود في بلد أجنبي ، عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أوالخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع و التنظيم المعمول بهما .

يجب أن تحول عائدات هذا البيع بعد الدفع إلى حساب المورد الإلكتروني الموطن في الجزائر لدى بنك معتمد من قبل بنك الجزائر ، أو لدى بريد الجزائر .

يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية و الصرف شراء السلع و/أو الخدمات الرقمية الموجهة حصريا للإستعمال الشخصي من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي عندما لا تتجاوز قيمة هذه السلعة أو الخدمة ما يعادلها بالدينار الحد المنصوص عليه في التشريع والتنظيم المعمول بهما ،

تتم تغطية الدفع الإلكتروني بمناسبة هذا الشراء عن طريق الحساب البنكي بالعملة الصعبة " شخص طبيعي" للمستهلك الإلكتروني الموطن بالجزائر "

- تحديد طريقة دفع الثمن:

يتعين على البائع أن يحدد طرق واجراءات دفع الثمن حيث يتم إعلام المستهلك حول الطريقة التي يتم فيها دفع الثمن مثل طريقة الوفاء الإلكتروني بواسطة بطاقة الدفع الإلكترونية أو بإجراء التحويل الإلكتروني أو عن طريق الشيك الإلكتروني وكذلك إعلامه بكيفية تسليم السلعة و الخدمة .

[1]- المادة 7 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

– تحديد مدة الضمان:

يتعين إدراج مدة الضمان ضمن بيانات عرض الإيجاب وينبغي في هذه الحالة للبائع أو المورد عبر الشبكة أن يحدد كل الشروط الخاصة بالضمانات القانونية الممنوحة بموجب قانون حماية المستهلك[1].

– تحديد خدمات ما بعد البيع:

يتعين على البائع أن يعلم المستهلك بكل الخدمات ما بعد البيع أي يعلمه بكل الشروط الخاصة بضمانات الخدمات ما بعد البيع التي تلبي عملية تسليم السلعة أو الخدمة[2].

– تحديد المدة الدنيا في العقود المستمرة:

ينبغي للبائع أن يحدد في العقود المستمرة مثل العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بسلعة معينة أو بخدمة محددة المدة الدنيا للعقد إذا كانت هذه العقود طويلة المدى أو ذات طبيعة دورية فعلى البائع عبر الشبكة أن يقدم هذه البيانات الإلزامية و توفيرها له ووضعها تحت تصرفه في جميع مراحل العملية التعاقدية حتى يضمن حق المستهلك في الإعلام بكل عقد من هذه العقود المبرمة بشكل مستمر [3].

– إعلامه بحق الرجوع عن العقد:

يتعين على البائع أو المحترف إعلام المستهلك بحق الرجوع في العقود التي تقبل الرجوع فيها أو بالفسخ وهو ما سنتناوله لاحقا بشكل مفصل [4].

ب – طريقة تقديم البيانات وأجلها

فيما يخص طريقة تقديم البيانات فمن البديهي أن يتم تقديمها بكل وضوح ليتمكن المستهلك من معرفة كل المعلومات الضرورية الخاصة بعملية التعاقد و بالسلعة أو الخدمة المعروضتين للبيع وقد أوجب المشرع الجزائري في نص المادة 17 و المادة18 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 المؤرخ في

[1]– أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 88 .

[2]– نفس المرجع السابق،ص 89.

[3]– نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة.

[4]– نفس المرجع السابق ، ص 90 .

2009/02/25 " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للإستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة " .

كما تنص المادة 18 من نفس القانون على " يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الإستخدام ودليل الإستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التشريع الساري المفعول باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين ، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها " .

ويتعين أن تقدم المعلومات بطريقة واضحة وسهلة الفهم وقد نتج عن الوسيلة المستخدمة صعوبة تقديم هذه المعلومات ومن ثمة نرى أنه لأجل تحقيق ذلك يتعين على البائع أن يستعمل كل وسيلة تقنية من وسائل الإتصالات المعروفة عن بعد تمكن توصيل البيانات بصفة واضحة وصحيحة للمستهلك بحيث يستطيع قراءتها وفهمها دون لبس أو إبهام .

وبصدد هذه الفكرة يقول " تيبو فاربياست Thibault VERBIEST " ، أن على المحترف تجنب كل الوسائل التي من شأنها أن تؤدي إلى عدم التبصير و التغليط [1] .

ولقد نصت المادة 11 من القانون الجزائري رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[2] على أنه يتوجب على المورد الإلكتروني عند عرض السلع أو الخدمات أن يتضمن ذلك طبيعة وخصائص و أسعار السلع أو الخدمات المقترحة بإحتساب كل الرسوم وغيرها من المعلومات الضرورية و الأساسية .

[1] - Thibault VERBIEST, Op.cit, Protection juridique du cyberconsommateur , p.68 .

[2]- المادة 7 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

ومن جهة أخرى يلتزم المحترف بالتأكد من أن المستهلك قد تسلم هذه البيانات وذلك كتابة من خلال توقيع الطلبية المتضمنة تلك البيانات وإرجاعها له قبل إتمام العقد وله في ذلك أن يمكنه من المراجعة النهائية بكل ما شمله العقد فيقوم إما بإقرار الطلب أو التغيير فيه حسب إرادته .

حيث أن المشرع الجزائري نص في المادة 12 من القانون رقم 18-05 [1]على أنه " تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية :

– وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة،

– التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني ، لا سيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة ، و السعر الإجمالي و الوحدوي ، و الكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية ، وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة .

– تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد .

– يجب أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة .

– يجب أن لا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني ، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره " .

أما فيما يخص مسألة الأجل الخاص بهذه البيانات ولو أن التشريعات المنظمة لهذا النوع من التعاقد لم تنص على أجل معين لتزويد المستهلك بهذه المعلومات بما في ذلك التشريع الجزائري ، إلا أنه من المنطقي تقديمها يكون قبل إبرام العقد في حد ذاته .

[1]– المادة 12 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

ت – جزاء الإخلال بالبيانات ما قبل العقد

يعد الإخلال بالمعلومات التعاقدية في التعاقد الإلكتروني كما ورد في التشريع المقارن مخالفة يعاقب عليها القانون حتى ولو لم يلحق ضرر بالمستهلك[1]، فقد نص المشرع الجزائري في المادة 39 من القانون رقم 18-05 على أنه " يعاقب بغرامة من 50.000 دج إلى 500.000 دج ، كل مورد إلكتروني يخالف أحد الإلتزامات المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 من هذا القانون ، كما يجوز للجهة القضائية التي رفعت أمامها الدعوى أن تأمر بتعليق نفاذه إلى جميع منصات الدفع الإلكتروني ، لمدة لا تتجاوز ستة (06) أشهر .

إذا نشأ العقد في غياب هذه المعلومات فإن التشريع المقارن بما في ذلك التشريع الجزائري قد حرص على تبليغ هذه المعلومات في أية مرحلة من مراحل التعاقد أي قبل تنفيذ العقد لكنه لم يبين الجزاء بالنسبة للعقد عند غيابها تاركا المسألة للقواعد العامة .

يلاحظ أن التشريع الجزائري قد منح للمستهلك حق الرجوع عن العقد عندئذ يستطيع أن يمارس هذا الحق وينهي العقد بإرادته المنفردة وهذا مانصت عليه المادة 14 من قانون 18-05 على " ... يمكن للمستهلك الإلكتروني أن يطلب إبطال العقد و التعويض عن الضرر الذي لحق به " .

فضلا عن ذلك فإن المادة 18 من نفس القانون تحت الفصل الخامس الخاص بواجبات المورد الإلكتروني (المحترف) نصت أن هذا الأخير يعتبر مسؤولا بقوة القانون أمام المستهلك الإلكتروني عن

[1] – عموما الإلتزام بالإعلام السابق عن التعاقد هو التزام عام قد يجد أساسه في القواعد العامة المستمدة من المبادئ الأخلاقية التي يجب أن تسود العقد سواء عند إبرامه أو تنفيذه ، كالعدالة وحسن النية و الإنصاف و النزاهة و التعاون عن طريق تقديم النصائح أو تنوير وغيره من المبادئ التي تقوم عليها الإلتزامات ، وعليه فمجال المسؤولية عن الإخلال بإلتزام بالإعلام السابق يجد أساسه من هذه المبادئ المذكورة التي قد تكون عقدية أو تقصيرية . لأنه يمكن القول أن المحترف الذي لم يعلم المستهلك بمعلومات العقد قد أوقع هذا الأخير في غلط أو تدليس فتقوم حينئذ مسؤوليته العقدية ، ويمكن القول كذلك أنه أخطأ فتقوم في هذه الحالة المسؤولية التقصيرية .

حسن تنفيذ الإلتزامات المترتبة على العقد التجاري الإلكتروني ، وذلك دون المساس بحق المستهلك الإلكتروني في الرجوع .

2- القبول الإلكتروني

يعد القبول تعبير عن إرادة الطرف الآخر وهو الرد على إيجاب الموجب وطبقا للقواعد العامة فإن قبول المتعاقد يجب أن يصدر في مدة الإيجاب وأن يكون مطابقا له حتى ينعقد العقد ويرتب جميع آثاره [1] فإذا صدر قبول من المتعاقد يزيد أو يعدل أو ينقص من الإيجاب فإنه طبقا لنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري يعد القبول الذي يغير من الإيجاب ايجابا جديدا .

واهتمت الإتفاقيات الدولية [2] بإرادة القابل حيث نصت المادة 18 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 المذكورة سابقا على أنه :" يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يقيد الموافقة" ونصت المادة 11 من قانون يونيسترال للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في 1996/12/16 على أنه" 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 أوقابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض" ووفقا لنص المادة 13 فقرة 01 من القانون نفسه

---

[1]- لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 45 .

[2]- تنص المادة 13 من قانون الأونسيترال :

1. تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه .
2. في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه ، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت :
   أ. من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات .
   ب. من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا .
3. في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه ، يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ وأن يتصرف على أساس هذا الإفتراض ، إذا:

أ. طبق المرسل إليه تطبيقا سليما من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ كإجراء سبق وأن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.

ب. أو إذا كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أوبأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا .

جاء أنه:" تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الإتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه، ويفترض في بعض الحالات إسناد هذه الإرادة إلى المتعاقد إذا توافرت ظروف معينة منها قيام المرسل إليه بتطبيق نظام معلوماتي أو إجراء تصديق سبق أن وافق عليه بقصد التأكد من صدور رسالة البيانات عن هذا الأخير" .

وبالنسبة للتشريعات الوطنية فقد نصت المادة 13 من قانون التجارة الإلكترونية الأردني لسنة 2001 على أنه:" تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول قصد التعاقد " أما الفصل 28 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي فقد نص على أنه:" ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك .

وقد يكون التعبير عن القبول طبقا للقواعد العامة صريحا أو ضمنيا كما هو مبين في نص المادة 60 من القانون المدني ، أما السكوت فإن المشرع الجزائري قد أخذ بالسكوت الملابس طبقا لنص المادة 68 من القانون المدني وهو السكوت الذي يصدر في ظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول لأن طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تجعل العقد منعقدا الا اذا رفض الإيجاب في الوقت المناسب.

إن القبول الإلكتروني يقتضي أن يكون هو الآخر بوسيلة إلكترونية وأن يكون صريحا وواضحا ودالا على معناه نظرا للوسيلة يصدر بها و التي أثارت مسألة وجوده الفعلي وأيضا مدى صحته ، وسلامته بسبب السرعة و الآلية و البعد ومن ثمة حرص عدة تشريعات أجنبية بما في ذلك التشريع الفرنسي على إيجاد بيئة ملائمة له [1].

[1]– نبيل زيد المقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2009 ، ص 43 .

وهو بذلك يتميز عن التشريع الجزائري و التونسي من خلال وضع شكلية إلكترونية وقائية محددة تمر عبر مراحل خاصة بهدف التغلب على الصعوبات التي تعترضه وبشأن هذه الفكرة يقول "ميشال زولا"[1] أن المشرع الفرنسي قد تبنى ضمن قانون التجارة خلق محيط قانوني آمن لإجراء المبادلة الإلكترونية من أجل تطوير التجارة الإلكترونية تلك الإرادة التي لا يمكن التعبير عنها إلا في شكل كتابة إلكترونية فتكون من جهة دليلا للإثبات ومظهرا من مظاهر التعبير عن الإرادة وعليه فإن الإرادة المعلنة تهيمن على الإرادة الحقيقية أو الباطنية وبذلك الغرض أوجدت تكنولوجيا المعلومات أسلوبا خاصا في التعبير عن القبول عبر الشبكة بشكل لا يترك أي شك في دلالته يتمثل في طريقتين، تكون الطريقة الأولى عندما يتم التعاقد عبر الواب أي عبر الموقع مباشرة فتستعمل عندئذ طريقة النقر مرتين على الأيقونة أما الطريقة الثانية فتكون من خلال تبادل الرسالة الإلكترونية و في الحالتين يجب أن يكون القبول واضحا ومعبرا وأن نية القابل انصرفت إلى إبرام العقد . غير أن المشرع الجزائري أكد هذا الأمر من خلال نصه في المادة 12 الفقرة 05 على أنه " يجب أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة " .

أ- القبول الإلكتروني عبر الموقع أو الواب

أوجدت تقنية المعلوماتية المستخدمة على الشبكة عند التعاقد على الخط أو عبر الموقع الإلكتروني مباشرة بأن يتم القبول الإلكتروني عبر تقنية التحميل عن بعد أو ملأ الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تعبر عن القبول وفي كل الحالات يتعين الضغط على الأيقونة مرتين، ونظام النقر مرتين على الأيقونة هو تقنية آلية مستخدمة في الكمبيوتر بشكل عام ، هذا ولما كانت عملية الضغط على الأيقونة على الموقع تتم بطريقة آلية فقد تشكك في وجود القبول كإرادة قائمة وصريحة ، لا سيما وأن أخطاء اليد على الجهاز واردة ، كما أن استعمال الكمبيوتر كآلة في حد ذاتها يشكك في مدى حقيقة ووجود القبول كتعبير عن الإرادة خصوصا وأن الآلة معرضة للعطب في كل وقت ، ويتجه الفقة بشأن هذه المسألة أن

[1] - Michel Zola , Gazette du palais , 17 juillet 2001 N 198 , p.16 .

القبول الوارد بهذا الشكل يوجب تفسيره من طرف القاضي لأنه قبول مشكوك فيه ، لهذا فإن القبول الإلكتروني يتم دائما بلمستين على الأيقونة حتى لا يدع أي شك .

حيث ستتناول الدراسة في النقطة الأولى مسألة النقر على الأيقونة الأول ، والنقطة الثانية نستعرض تأكيد القبول عن طريق النقر على الأيقونة الثاني ، وتستوجب نفس المادة قيام المورد الإلكتروني أو المحترف بتأكيد قبول المستهلك عن طريق الإشعار بالإستلام عن طريق رسالة مضمنة وهو ما سنوضحه في النقطة الثالثة .

- النقرة الأولى (مرحلة المراجعة)

لقد أوجبت التشريعات المقارنة أن يمر القبول بالمرحلة الأولية المتمثلة في النقرة الأولى من قبل المستهلك وهي مرحلة مراجعة مايحمله العقد من بيانات والمعلومات الخاصة به. لهذا سنتناول ضمن النقاط الآتية دلالة هذه المرحلة وأثرها:

- دلالة النقرة الأولى:

تشمل المرحلة الأولى والخاصة بالنقرة على الأيقونة أن يتأكد المستهلك من كل ما يحمله العقد من معلومات وبيانات وتفاصيل خاصة بالعقد المتضمن طلب الشراء مثل المعلومات الخاصة بالمنتوج والثمن والتسليم والضمان والأعباء الأخرى ، وكذلك تصحيح الأخطاء التي تحدث عفويا من قبل المستهلك والتي قد تصدر عن أخطاء اليد أثناء العمل على جهاز الكمبيوتر أو عن رعونة منه .

ورغم أن المشرع الجزائري لم ينظم القبول بشكل مفصل إلا أنه نص على هذه المرحلة في المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية[1] على وضع كل الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني ،كما نص على تسهيل تحققه من تفاصيل الطلبية، وأيضا نص على تأكيد الطلبية، وأن يكون الإختيار معبرا عنه بصراحة .

[1]- المادة 12 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

- أثر النقرة الأولى:

لا ترتب النقرة الأولى أي أثر قانوني، بمعنى أنها لا تعد قبولا من قبل المستهلك ولا يمكن اعتبارها تعبير عن إرادته وبالتالي لا تؤدي إلى انعقاد العقد، وإنما هي مجرد مرحلة وقائية وضعت لحماية رضا المستهلك [1] من نتائج التسرع والآلية والبعد الذي يتميز به العقد التجاري الإلكتروني المبرم عبر شبكة الأنترنت، حتى يقبل على التعاقد وهو في تبصر وارتياح كونه الطرف الأضعف في العلاقة التعاقدية. ويعد هذا الإجراء في التشريع الجزائري من النظام العام إذ جل المواد القانونية سواء تلك المتعلقة بالقواعد العامة أوالخاصة مثل قانون التجارة الإلكترونية جاءت بصيغة الأمر و الإلزام ومصحوبة بعقوبات جزاء المخالفة .

لقد جاء في مضمون المادة 12من نفس القانون أنه حتى يعتبر العقد عقد نهائي يتعين أن يكون المستهلك قد قام بتصحيح كل تفاصيل العقد، و مع تصحيح الأخطاء المحتملة قبل تأكيد الطلبية في حد ذاتها، وهو في الوقت نفسه شكلية وقائية استحدثتها قواعد التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت .

- النقرة الثانية تأكيد للطلب :

يشمل مضمون النقرة الثانية على تأكيد الطلب من قبل المستهلك كتابة [2] ، وكذا أثر هذا التأكيد وهو ما سنستعرضه في النقطة الأولى حيث نتناول ضمنها دلالة النقرة الثانية، أما النقطة الثانية سنتناول فيها كيفية تأكيد الطلب ونخصص النقطة الثالثة لأثر النقرة الثانية .

1- أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 96 .

2- جاء في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 18-05 الصادر في 2018/05/10 ، في مادته 12 الفقرة 4 على أن طلبية المنتوج أو الخدمة تمر وجوبا عبر مرحلة " تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد " ويليها الفقرة 5 التي تؤكد على ضرورة " أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه صراحة، وبذلك فإن هذه جاءت مطابقة للمادة 1369-5 فقرة 2 من القانون المدني الفرنسي التي تنص أنه يتعين على المستهلك تأكيد طلبه كتابيا، وهذه الأخيرة هي مطابقة تماما للتوجيه الأوروبي رقم 97 الصادر في 1997/05/17، حيث أوجبت المادة 5 منه ومايليها على ضرورة تأكيد القبول من جانب المستهلك لقيام العقد بين الحرفي و المستهلك ، وهذه المادة 5 اشترطت تأكيد القبول بواسطة الكتابة بمعنى أن يكون القبول على دعامة ثابتة عن طريق الكتابة سواء كانت كتابة تقليدية أو إلكترونية .

– دلالة النقرة الثانية:

تشمل مرحلة النقرة على الأيقونة الثانية تأكيد الطلب من قبل المستهلك، ويتضمن تأكيد الطلب كل البيانات التعاقدية التي يكون المستهلك قد قام بمراجعتها في مرحلة النقرة الأولى، والتي يكون البائع عبر الشبكة قد أعلمه بها، والخاصة بعملية التعاقد والمتضمنة أساسا هويته ومعلومات حول المنتوج وطريقة دفع الثمن وكيفية تسليم المنتوج وضمانات ما بعد البيع وحق الرجوع عن العقد.

وبالرجوع إلى نص المادة 6 من العقد النموذجي الصادر عن غرفة التجارة والإقتصاد بعاصمة باريس ccip الخاص بالتجارة الإلكترونية والمعد خصيصا في العلاقة القائمة بين المحترف والمستهلك، أوجبت أن تتضمن مرحلة النقرة الثانية كل بيانات العقد الإلزامية التي تثبت أن المستهلك عالم بها فيكون قبوله صادرا بناء على معرفته.

– التأكيد الكتابي للطلب:

تأكيد الطلب من قبل المستهلك يكون قد تم عندما يتمكن الأطراف من الإطلاع عليه، ويتم تأكيد الطلب من قبل المستهلك بواسطة الكتابة الالكترونية ويتعين تمكين الأطراف المتعاقدة من الإطلاع على تأكيد الطلب وفقا لما هو مقرر في قواعد الاثبات الإلكتروني، حيث يتم حفظ الوثيقة الالكترونية من قبل الموقع الإلكتروني للمحترف أو المورد الإلكتروني ، أو من قبل الوسيط الضام الذي يسهل عملية الاطلاع عليها عند الحاجة .

– أثر النقرة الثانية(القبول):

يعد النقر على الأيقونة الثانية تعبيرا عن إرادة المستهلك في قبول العقد [1]، فينتج آثاره القانونية المتمثلة في قيام العقد بين الطرفين ابتداء من هذه اللحظة، عندئذ يكون كل طرف بائعا ومستهلكا ملزما بتنفيذ الآثار المترتبة عن العقد التجاري الإلكتروني. و قد اهتم الفقه بمرحلة النقرة الثانية إذ اتجهت الأغلبية إلى أنه لا يعتبر العقد قد انعقد على مراحل مختلفة، وأن العقد لم يغير بين اللمستين، وإنما تم مراجعة

[1] - Xavier Linant de bellefonds , Le droit du commerce éléctronique , Edition PUF , 2005, p.40.

وتصحيح ما ورد من أخطاء محتملة، كما أن الضغط على الأيقونة مرتين لا يعد تعبير مرتين عن إرادتين مختلفتين فاللمسة الثانية ليست تكرارا للمسة الأولى بل هناك تعبير واحد عن إرادة واحدة .

وهناك اتجاه بصدد هذه الفكرة أنه لا يشترط أن يتم النقر على الأيقونة بطريقة متتالية من حيث الزمان فقد يأتي النقر مرة ثانية عند الوفاء بالثمن، كما لا يشترط أن تأخذ النقرة الأولى شكل النقرة الثانية فقد تختلف النقرة الأولى عن النقرة الثانية و قد تستعمل تقنيات متنوعة إضافية تفيد التأكد من القبول، كملء وثيقة الشراء على الشاشة التي يتعين على القابل (المستهلك) ملئها وإرسالها للموجب[1].

ونرى أن التصريح بالقبول يتم بواسطة النقر على الأيقونة الثانية، التي تتم من خلال الخانة المستخدمة لهذا الغرض، بمعنى المخصصة للتعبير عن قبول حاسم وجازم ومنتج لآثاره القانونية، لأنه يستطيع المستهلك بين اللمسة الأولى والثانية أن يكون قد تأكد من مضمون العقد المقبل عليه أو تصحيح الأخطاء التي وقعت منه.

- الإشعار بالإستلام

ينبغي للمحترف تأكيد طلب المستهلك من خلال رسالة مضمنة تفيد الإشعار بالإستلام، وهو ما أوجبته عدة تشريعات مقارنة ، حيث أوجبت على المحترف القيام بتأكيد طلب المستهلك من خلال الإشعار بالإستلام في أقل مدة بطريقة إلكترونية بواسطة رسالة مضمنة وسنستعرض ضمن النقاط الآتية مضمون هذا التأكيد وطبيعته القانونية وأثر الإخلال به:

- مضمون الإشعار بالإستلام:

يتعين على المحترف أن يرسل إلى المستهلك تأكيد طلب هذا الأخير برسالة مضمنة وبوسيلة إلكترونية عبر الإشعار بالإستلام الذي يفيد بأنه تسلم تأكيد الطلب الذي تلقاه منه، والذي يشمل كل العناصر الأساسية الخاصة بالعقد التجاري الإلكتروني، والمتمثلة أساسا في البيانات الرئيسية التي أدت إلى تكوينه، والتي يكون

[1]- لورنس محمد عبيدات، نفس المرجع السابق،ص 49.

المستهلك قد تحقق منها في المرحلة ما قبل تكوين العقد أي مرحلة النقرة الأولى أو المرحلة النهائية المتمثلة في النقرة الثانية التي تكون بها العقد[1] .

وفي الحقيقة يعد هذا الإجراء شكلية أخرى تشمل على الإلتزام بالإعلام ما بعد العقد حيث يقوم المورد الإلكتروني المحترف بإعلام المستهلك بكل البيانات الأساسية والملزمة الخاصة بالعقد والتي يفترض أن يكون المستهلك عالما بها قبل التعاقد في أجل لا يتعدى تسليم المنتوج.

ونجد أن المشرع الجزائري يؤكد هذا المبدأ من خلال نصه في المادة 19 من قانون التجارة الإلكترونية و التي تنص على أنه " بمجرد إبرام العقد ، يلزم المورد الإلكتروني بإرسال نسخة من العقد إلى المستهلك الإلكتروني " .

كما تنص أيضا المادة 20 بعدها من نفس القانون أيضا على أنه " يترتب على كل بيع لمنتوج أو تأدية خدمة عن طريق الإتصالات الإلكترونية ، إعداد فاتورة من قبل المورد الإلكتروني ، تسلم للمستهلك الإلكتروني ... يمكن أن يطلب المستهلك الإلكتروني الفاتورة في شكلها الورقي " .

– الطبيعة القانونية للإشعار بالاستلام:

لا يدخل الإشعار بالإستلام الصادر عن المحترف المتضمن تأكيد طلب المستهلك للعقد ضمن مرحلة تكوين العقد كما سبق أن وضحنا، لأن العقد التجاري الإلكتروني يكون قد أبرم بالنقر على الأيقونة الثانية، ولقد جاء في البند 6 من العقد النموذجي لغرفة التجارة والاقتصاد الفرنسي الخاص بالتجارة الإلكترونية ضمن جدول توضيحي، أن الإشعار بالاستلام الخاص بعملية تأكيد الطلب من قبل المحترف، يهدف إلى تسجيل العقد متضمنا كل البيانات الأساسية له، ومن ثمة لا يعد هذا التأكيد إلا إجراء، لكنه ضروري بالنسبة

[1]– نصت المادة 12 من قانون 18–05 الخاص بالتجارة الإلكترونية الجزائري على أنه تمر طلبية المنتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل من بينها مرحلة تأكيد الطلبية من طرف المحترف ، وبؤدي ذلك غلى تكوين العقد ، و بالمقابل أوجبت المادة 6 من العقد النمودجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على ضرورة قيام المحترف بتأكيد طلب المستهلك .

للمستهلك الذي بفضله يتجسد عقده ويتأكد منه قبل تنفيذ العقد، لأنه كما سبق وأن وضحنا، فإن عملية التعاقد قد تمت بين الطرفين في فضاء افتراضي لا مادي يثير غالبا الشك حول قيام هذا العقد.

وقد تسائل الفقه عن قيمة تأكيد الطلب طالما أنه لا يؤثر على انعقاد العقد، واعتبر أنه لتأكيد الطلب فائدة مرجوة بشأن إثبات العقد إذ لا يستطيع البائع أن ينازع بعد إرساله لهذا التأكيد [1]. بينما يتجه رأي فقهي آخر إلى أن تأكيد الطلب مجرد إجراء عادي لا أثر له على مسألة انعقاد العقد [2].

وما نستخلصه أن تأكيد الطلب إجراء إلزامي بالنسبة للمحترف، بمعنى أنه إجراء قانوني يوقع على المحترف بقوة القانون ويعد في الوقت نفسه شكلية وقائية أخرى، بمثابة حماية قانونية إضافية، فرضتها بعض التشريعات المقارنة خاصة النموذجية الموحدة منها ، وذلك كحل من الحلول التي أوجدت لضمان عملية تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الأنترنت بين المحترف والمستهلك، حيث تقوم العلاقة بينهما في عالم لا مادي ولا محسوس، فهو إذا إجراء يهدف إلى إشعار المستهلك بأن عقده قد تجسد فعليا عند التأكيد عليه من قبل المحترف، الذي يحمل في الوقت نفسه تنفيذ المحترف لإلتزامه بالإعلام ما بعد العقد، بمعنى كل ما يجب أن يتضمنه العقد الإلكتروني من البيانات الإلزامية الخاصة بهوية المحترف ووصف المنتوج أو الخدمة أو الثمن أو كيفية التسليم أو حق الرجوع وكيفية ممارسته من قبل المستهلك والضمانات الخاصة به، فيتأكد المستهلك مرة أخرى بأن العقد المبرم بينه وبين المحترف جاء مطابقا لرغباته، ويتعين على المحترف إعلام المستهلك بذلك قبل تنفيذ العقد وأقصى مدة تكون عند تسليم المنتوج كما سبق وأن بينا،إلا أن المشرع الجزائري لم يلزم ذلك مباشرة إنما ركز على وجوب إرسال نسخة إلكترونية من العقد المبرم من طرف المورد الإلكتروني إلى المستهلك الإلكتروني ووجوب أيضا إعداد فاتورة إلكترونية وورقية ، وهو مايثبت أن القانون الجزائري أصبح يعتمد على الكتابة الإلكترونية و الورقية بشكل متوازي وضروري لفائدة مسألة الإثبات .

[1]– أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2005 ، ص 90 .

[2] - Olivier D'AUZON , Le droit du commerce éléctronique, 2dition du puits fleuri,2004,p37.

- الإخلال بالإشعار:

يعد الإشعار بالإستلام الخاص بتأكيد طلب المستهلك من قبل المحترف إجراء إلزاميا، كما تمت الإشارة إليه سلفا ، و القيام به من قبل المحترف هو إلزامي ، وقد رتب التشريع المقارن جزاء إخلال المحترف عن هذا الإجراء و هو تمديد أجل حق رجوع المستهلك عن العقد وهو بذلك يهدف إلى إقرار وتشكيل حماية موازية لمدة التخلف عن الإرسال أو مناسبة لها، وإلى جانب ذلك فإن الإخلال بهذا الإجراء كونه يشمل على الإلتزام بالإعلام ما بعد العقد مخالفة تعرض المحترف إلى متابعة جزائية [1] ، وبالنسبة للمشرع الجزائري وتحديدا في المادة 44 من قانون التجارة الإلكترونية فإنه يعاقب على كل إخلال من طرف المورد الإلكتروني بخصوص الإمتناع عن تسليم فاتورة عن كل بيع أو تأدية خدمة بواسطة الإتصالات الإلكترونية لصالح المستهلك الإلكتروني ، بعقوبة خاضعة لأحكام القانون 04-02 الصادر في 23 يونيو 2004 و المتعلق بالممارسات التجارية .

ب- القبول عبر الرسائل الإلكترونية

إن الحالة الثانية لصدور القبول الإلكتروني هي صدوره من خلال الرسالة الإلكترونية فخلافا عن الحالة الأولى التي يتم فيها القبول عبر مراحل متتالية عندما يكون على الموقع بطريق النقر على الأيقونة فإن المستهلك في هذه الحالة يستطيع أن يعبر عن إرادته بالقبول بواسطة الرسالة الإلكترونية[2] .

ويخضع صدور القبول عبر الرسائل الإلكترونية في تنظيمه للقواعد المنظمة للقبول بواسطة الكتابة[3]، فقد أقرت المادة 60 من القانون المدني بحرية التعبير عن الإرادة وصدورها من خلال الكتابة مهما كان نوعها، سواء كانت كتابة تقليدية أو إلكترونية، خصوصا وأن المشرع الجزائري قد اعتمد الكتابة الإلكترونية ومنح لها الحجية في الإثبات، بمعنى أن صدور القبول عبر الرسائل الإلكترونية لا يختلف من حيث المفهوم

[1]- لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 48

[2]- لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 50 .

[3]- عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 168 .

عن صدوره عبر الرسائل التقليدية، لكن يتميز بأنه يصدر بطريقة إلكترونية من خلال تبادل الرسائل عبر البريد الإلكتروني، حيث يرسل الموجب (المورد الإلكتروني أو المحترف) إيجابه على عنوان البريد الإلكتروني الذي تلقاه من المستهلك فيقوم هذا الأخير بمراجعة كل عناصره .

كما يجوز له أن يتفاوض على جزء أو على كل ما ورد في رسالة الموجب، وإذا ما أراد التعاقد فيمكن له أن يصدر قبوله بالطريقة ذاتها من خلال رسالة يحررها تتضمن القبول المتطابق، ويبعث بها على عنوان الموجب الإلكتروني، ويتضمن القبول غالبا كل عناصر العقد، من هوية القابل و هو المستهلك وطريقة الوفاء التي غالبا ما تكون بواسطة البطاقة البنكية ، ومن ثم سنتناول أولا الشروط الواردة على القبول عبر الرسائل الإلكترونية، ونخصص النقطة الثانية لعرض الاستثناءات الواردة على القبول عبر الرسائل الإلكترونية.

– شروط القبول عبر الرسائل الإلكترونية:

يكون تبادل البيانات التعاقدية من خلال الرسائل الإلكترونية عندما تبدي الأطراف المتعاقدة ذلك، بمعنى أن التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية لا يتم إلا بناء عن رغبة الأطراف المتعاقدة باستعمالها [1]، ومن ثمة يشترط أن يتم الإبلاغ بعنوانهما البريدي وسنستعرض ضمن النقاط الآتية كيفية تنفيذ هذه الشروط :

– استعمال الرسائل الإلكترونية:

لا تستعمل الرسائل الإلكترونية إلا إذا أبدت الأطراف المتعاقدة رغبتها وموافقتها في التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية، عندئذ يصدر كل من الإيجاب والقبول عبر الرسالة الإلكترونية ، لقد اعتبرت عدة تشريعات مقارنة في هذا الإطار أن المقصود بالرسالة الإلكترونية هي تلك الرسالة العادية أو البسيطة التي يتم إرسالها عبر البريد الإلكتروني للقابل (المستهلك)، و أن عملية إرسال تلك الرسالة يتم وفقا لإجراءات الإرسال الإلكتروني التي يفترض أنه موثوق بها، بمعنى أنها تخضع لإجراءات التوقيع الإلكتروني المنصوص عليها قانونا .

[1]– عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 169 .

عندما يستخدم المحترف استمارة المعلومات المتضمنة بيانات التعاقد ينبغي أن تكون تلك الإستمارة منفصلة عن الرسالة ليتمكن المستهلك بالإطلاع عليها وفقا لإجراءات تقنية محددة عندئذ يقوم المستهلك بملئها وإرسالها بالطريقة نفسها، أي بالطريقة الإلكترونية إلى البائع المحترف، هذا يعني أنه لا يشترط أن تكون الرسالة مضمنة، فالرسالة الإلكترونية العادية كافية في التعبير عن القبول، فقط يجب أن تفي بمتطلبات الورقة الإلكترونية أهمها أن تكون ثابتة التاريخ ومحددة الهوية ومحفوظة وفقا لإجراءات مؤمنة وموثوق بها.

– تلقي المحترف أو المورد الإلكتروني عنوان البريد الإلكتروني:

يتعين على الأطراف المتعاقدة إبلاغ عنوان البريد الإلكتروني لبعضهما البعض. ويفترض أن البريد الإلكتروني للمحترف معلن عنه ضمن البيانات التعاقدية التي تلزمه بالإفصاح عن هويته. وعلى المستهلك إبلاغ المحترف بعنوان بريده الإلكتروني حتى يتم تبادل البيانات التعاقدية، هذا ما جاء في مضمون المادة 08 الفقرة الثانية من قانون التجارة الإلكترونية الجزائري التي نصت على أنه " يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته " ومن بين هذه الوسائل هي البريد الإلكتروني الذي يعتبر من البيانات الإلزامية الواجب الإعلان عنها أو إرسالها للمستهلك الإلكتروني .

يعلن المستهلك في الغالب عن قبوله العقد عبر الرسالة الإلكترونية عندما يكون قد أفصح بذلك للمحترف وأبلغه بعنوان بريده الإلكتروني للتعاقد من خلاله، فيتلقى هذا الأخير قبول المستهلك عبره لأنه يمنع على المحترف استخدام البريد الإلكتروني للمستهلك دون رضاه ضمن مبدأ احترام وحماية المعطيات الشخصية للفرد ويمنع عليه أن يجمع عناوين إلكترونية لفئة المستهلكين دون رضاهم [1] .

[1]– تنص المادة 7 من قانون 18–07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ، بأنه " لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ، إلا بالموافقة الصريحة للشخص المعني" ، ويقابل ذلك المادة 43 من القانون رقم 15–04 المحدد للقواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، التي تنص على أنه " لا يمكن لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني جمع البيانات الشخصية للمعني ، إلا بعد موافقته الصريحة ، ... و لا يمكن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يجمع إلا البيانات الشخصية الضرورية لمنح أو حفظ شهادة التصديق الإلكتروني ، ولا يمكن استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى " .

– الإستثناءات الواردة على القبول عبر الرسائل الإلكترونية:

لقد استثنت بعض التشريعات المقارنة القبول عبر الرسائل الإلكترونية ، لا سيما في المرحلة التي تخص تصحيح الأخطاء من قبل المستهلك الخاصة بالعقد المبرم عبر الخط، وكذلك إرسال إشعار بالإستلام في أقرب الآجال من قبل البائع المحترف وهذا ما نقوم بتوضيحه من خلال النقاط الآتية:

– استبعاد مرحلة المراجعة:

عندما يفضل المستهلك التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية، لا يستطيع عندئذ الإستفادة من مرحلة المراجعة النهائية للعقد التي تسبق قبله وهي المرحلة الأولى للنقرة على الأيقونة .

بمعنى أن المستهلك لا يستطيع إرسال موافقته بالقبول مدعيا أنها مجرد مراجعة للعقد، ذلك أن التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية لا يمكنه من أن يكون له الوقت الكافي للتفكير الجيد فيما هو مقبل عليه، حيث يتيح له بريده الإلكتروني الإتصال بالبائع المحترف الإلكتروني وأن يطلب منه المعلومات المتعلقة بالعقد والتي يكون بحاجة إليها، كما يستطيع عبر البريد نفسه الدخول في مفاوضات مع المحترف، عندئذ يصدر قبوله بالعقد من خلال الكتابة الإلكترونية التي لا تترك مجالا للشك فترسل عبر بريده الإلكتروني.

ولا يختلف حكم التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية عن التعاقد عبر الرسائل التقليدية في أن كليهما عقد بين غائبين كما يوصف قانونا.

– استبعاد الحفظ:

لما كان التعاقد عبر الواب يتم في موقع المحترف، فهذا الأخير ملزم بأن يقوم بتوفير للمستهلك وسائل إلكترونية تمكنه من الإطلاع على محتوى إيجابه الذي يشمل مجمل الأحكام المهنية التجارية التي التزم بها، وهذا يفترض أن المحترف قد اعتمد حفظ الوثيقة الإلكترونية بصفة تضمن سلامتها [1].

يتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يمكن الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، لكن التعاقد عبر البريد الإلكتروني يقتضي أن لكل متعاقد بريد إلكترونيا خاص به دون سواه يشبه البريد

[1]– عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 185.

التقليدي، عندئذ يكون تحت السيطرة الحصرية للمستهلك الذي يمتلك رقم بريده وكذا المفتاح السري لفتحه، ومن ثمة لا يكون المحترف ملزما بحفظه.

– استبعاد الإشعار بالاستلام:

يتضح أن المحترف في حالة صدور القبول عبر الرسالة الإلكترونية لا يكون ملزما بتأكيد قبول المستهلك من جانبه، ضمن إلتزامه بالإشعار بالإستلام في أقرب الآجال كما هو الحال عليه في التعاقد على الواب الذي يتم من خلال النقر مرتين. ومع ذلك يتعين على المحترف التأكيد للمستهلك سواء كان التعاقد عبر الواب أو عبر الرسالة الإلكترونية، جميع البيانات التعاقدية الإلزامية ما بعد العقد.

فإذا شمل الإشعار بالاستلام من خلال الرسالة المضمنة هذا الإلتزام عند التعاقد عبر الواب، فإن على المورد الإلكتروني أو المحترف القيام به بواسطة الكتابة الإلكترونية أو العادية كما هو ثابت من المادتين 19 من قانون التجارة الإلكترونية وأيضا المادة 20 من نفس القانون فيما يتعلق بالفاتورة سواء بالشكل الإلكتروني أو بالشكل الورقي ، وغالبا ما يتم تأكيد تلك البيانات آليا من طرف البرنامج الآلي المستخدم من قبل المحترف .

ت– السكوت ودوره في التعبير عن القبول :

يتوجب طرح السؤال التالي : هل يعتبر السكوت قبولا في التعاقد بمجلس إلكتروني ؟ في الحقيقة الوضع يختلف في التعاقد بمجلس إلكتروني عن نظيره التقليدي ، فالسكوت عدم لا يفيد شيء في التعاقد إلكترونيا حتى ولو كان سكوتا ملابسا فهو لا يصلح لأن يكون قبولا ، وذلك لحداثة التعاقد الإلكتروني ولا دور للعرف في تنظيم هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مستوى تكوين عرف بمفهومه وعنصريه المادي و المعنوي[1] .

[1]– أحمد كمال رمضان جمعة شاهين ، مجلس العقد الإلكتروني في ظل أزمة كورونا ، مجلة الدراسات القانونية ، العدد 2 ، 2021 ، جامعة المدية ، الجزائر ،ص 75.

كذلك لا يمكن اعتبار السكوت قبولا بسبب التعامل السابق بنفس الوسيلة الإلكترونية ،إلا أن هناك جانب من الفقه من يرى أن السكوت قد يكون قبولا في حالة إذا أرسل الموجب رسالة بالبريد الإلكتروني للطرف الآخر الذي اعتاد التعامل مع المتجر الإفتراضي عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الواب على أن تتضمن هذه الرسالة اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة قبول ، ويرى اتجاه فقهي آخر أن ذلك غير ممكن الأخذ به في التعاقد الإلكتروني نظرا لأنه قد لا يستطيع الموجب له إرسال رسالة للموجب بالرفض لانقطاع الأنترنت أو لعطل في جهازه الإلكتروني أو عدم استطاعته فتح بريده الإلكتروني بسبب نسيانه أوغيره من الأسباب ، ومن ثم لا يعتبر قبولا لمرور المدة المحددة فقط ، وأنه لا يجوز بأي شكل اعتبار السكوت قبولا في هذه الحالة ، ولا يمكن اعتبار السكوت قبولا في حالة إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، لأنه في هذه الحالة تعتبر تبرع وذلك غير مألوف في العقود التجارية الإلكترونية[1] .

الفرع الثالث: إشكالية مجلس العقد الإلكتروني

قد يصعب تحديد زمان ومكان إبرام العقد التجاري الإلكتروني وترجع هذه الصعوبة لطريقة التعاقد نفسها كون التعاقد الإلكتروني لا يحمل أي معنى جغرافي كما سبق ذكره سلفا ، إذ يتم دون التقاء أطرافه ماديا لهذا يكيف غالبا على أنه عقد بين غائبين، لتخلف وحدة المكان والزمان بسبب عدم حضور المتعاقدين في مجلس العقد أو يكيف على أنه عقد مبرم عن بعد لكن استعمال شبكة الأنترنت وما تمكن من التواصل والتفاعل بين أطراف العقد مكنت من التقاء المتعاقدين بشكل افتراضي، فجعلت وحدة الزمان والمكان معا تتحقق. فبالنسبة لزمان العقد يستطيع أي متعاقد رؤية المتعاقد الآخر وأن يتحدث معه بواسطة الكاميرا الخاصة التي توصل بجهاز الكمبيوتر، فيصدر الإيجاب من موجب يصادفه قبولا من الطرف الآخر.

[1]– أحمد كمال رمضان جمعة شاهين ، نفس المرجع السابق ، ص 76 .

أما مكان انعقاد العقد [1] هو الشبكة الذي أصبح يشكل مكانا لتلاقي لا مادي من نوع خاص ومن ثمة لا يمكن اعتباره عقدا بين غائبين أو عقدا عن بعد، وإنما هو عقد بين حاضرين لا مادي، لكن رغم وحدة الزمان والمكان فإن هذا الحضور يختلف عن الحضور المادي التقليدي [2] فهو حضور من نوع خاص يستدعي تنظيمه قواعد خاصة أيضا، وهو ماقام به المشرع الجزائري عند تنظيم ذلك بموجب قانون التجارة الإلكترونية الصادر في سنة 2018 ، وهذا على غرار التشريعات المقارنة ، وتجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري تأخر إلى حد ما صدوره مقارنة ببعض تشريعات الدول العربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية مثل تونس في سنة 2000 ، وكذا قانون الثقة في الإقتصاد الرقمي لفرنسا .

فإذا كانت وحدة الزمان حقيقية بفضل التواصل والتفاعل بين المتعاقدين كما بينا، فإن وحدة المكان وإن تحققت بطريقة افتراضية فإنه يصعب تحديد المكان الذي انعقد فيه العقد لأن مكان انعقاد العقد هو شبكة إلكترونية للإتصالات، والشبكة هي خطوط عنكبوتية مرتبطة بأجهزة الكمبيوتر متصلة ببعضها البعض يستحيل عندئذ تحديد مكانه بدقة [3]، ومن جهة أخرى ينبغي حماية المستهلك من أخطار التعاقد عبر الشبكة.

لهذا تطرق التشريع المقارن و التشريع الجزائري لهذه المسألة التي لم يتركها للقواعد العامة التقليدية فقط وإنما نظمها بأحكام خاصة حيث أخضعت بعض التشريعات القبول لشكلية محددة لا ينعقد العقد إلا باتباعها حسب التقنية التي يتم بها، سواء عن طريق النقر على الأيقونة بمعنى عبر الواب مباشرة، أو عن

[1]– سار المشرع الجزائري في القانون المدني على نهج الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بمجلس العقد ، حيث أعطى القابل فترة معقولة من الوقت لإعطاء قبوله دون التراخي المؤدي إلى الإضرار بالموجب ، وتكمن أهمية مجلس العقد في تحديد مكان وزمن التعاقد وكذلك معرفة المحكمة المختصة ، إذا ماثار نزاع بشأن العقد و القانون الواجب التطبيق .

[2]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 49 .

[3]–ينقسم مجلس العقد إلى نوعين ، فعلي أو حقيقي و حكمي ، فالمجلس الحقيقي هو المجلس الذي يجتمع فيه المتعاقدان في مكان واحد ويكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع كل منهما الآخر مباشرة دون انشغالهما بشاغل ، حيث يبدأ الإيجاب وينتهي بالرد قبولا أو رفضا، أو يفض دون رد ، و المجلس الحكمي هو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه ، وهذا غالبا ما يكون عليه مجلس العقد الإلكتروني .

طريق الرسالة الإلكترونية كما سبق وأن وضحنا، وهذا ما جعل زمان ومكان العقد عبر الواب يختلف عن زمان ومكان العقد في الرسالة الإلكترونية ، وقد كان موقف الفقه بين منتقد ومؤيد لموقف هذا التشريع من هذا التمييز ، حيث انتقد موقف المشرع من تمييزه بين الطريقتين، فجاء في مجمل قوله متسائلا حول سبب التمييز بين العروض التي تتم عبر الرسائل الإلكترونية والعروض التي تتم عبر المواقع ، إلا أن البعض يرى عكس ذلك مبررا بذلك موقف التشريع .

فلقد جاء في المجمل أن طريقة التعاقد عبر الرسالة الإلكترونية هي أقل خطورة من النقر على الأيقونة، لأن غالبا في مثل هذا التعاقد لا يحصل المشتري على العرض عبر الأنترنت وإنما يتعاقد مع شخص يعرفه مسبقا كما تناول التشريع الجزائري هذه المسألة واعتبر أن العقد التجاري الإلكتروني ينعقد بإلزامية توضيح وذكر التعريف الجبائي و العناوين المادية و الإلكترونية للمورد الإلكتروني و رقم هاتفه طبقا لما تقتضيه المادة 11 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية[1] .

ومن المعلوم أن مسألة تحديد زمن ومكان انعقاد العقد تحكمها نظريات فقهية مختلفة منها من تعتمد على تواجد الإيجاب والقبول، ومنها من تعتمد على تبادلهما، لكن ما يلاحظ أنه تباينت مواقف التشريع المقارن، كما تم تبني نظرية جديدة عندما يكون التعاقد عبر الواب وهي نظرية الإستلام المؤكد، في حين أخضع التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية لحكم التعاقد بين غائبين كما هو الحال عليه في التشريع الفرنسي.

أما البعض الآخر فلم يفرق بين الحالتين، واعتبر التعاقد الإلكتروني سواء عبر الواب أو عبر الرسائل الإلكترونية تعاقدا بين غائبين لتختلف وحدة المكان متجاهلا وحدة المكان اللامادية، إلا أنه لم يطبق عليه النظرية المعمول بها في القواعد العامة التقليدية، وإنما أخضعه لنظرية مستقلة، كما هو الحال عليه في

[1]- المادة 11 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

التشريع الجزائري الذي أخضع زمان انعقاد العقد الإلكتروني ومكانه لنظرية العلم بالقبول المؤسس على تأكيد الطلبية المؤدي إلى تكوين العقد وهذا طبقا لأحكام المادة 12 الفقرة 04 من قانون 18-05 [1].

ويستوي ذلك أيضا بالنسبة للتشريع الأردني الذي نظم التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية بصفة عامة. لكن هذه القواعد ليست من النظام العام حيث يجوز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على خلاف ذلك، ووفقا لما تقدم سنستعرض النظريات المعمول بها في التعاقد الإلكتروني. لهذا سنتناول في الفرع الأول نظرية الاستلام المؤكد، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه نظرية العلم بالقبول ونخصص الفرع الثالث لنظرية تصدير القبول، أما الفرع الرابع فسنتعرض فيه حالة الإتفاق.

1- نظرية الاستلام المؤكد

تبنى كل من المشرع الجزائري و الفرنسي والأردني نظرية الإستلام المؤكد في التعاقد الإلكتروني، ومفادها أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذي يستلم فيه الموجب القبول، بوسيلة تشير إلى تأكيد استلامه القبول، حيث يصبح القبول نهائيا لا يمكن للقابل الرجوع فيه. وتعد هذه النظرية حديثة تختلف عن نظرية الإستلام العادية التي يعاب عليها أن وصول القبول لا يعبر دوما على علم الموجب .

يتضح لنا بالرجوع إلى نص المادة 12 من قانون 18-05 المنوط بالتجارة الإلكترونية، أن المشرع الجزائري قد وضع شكلية معينة لا ينعقد العقد إلا بها، تتمثل في احترام المراحل التي يمر بها العقد، وهي مرحلة المراجعة التي تسبق المرحلة النهائية، إضافة إلى تدوين العقد على دعامة إلكترونية ثابتة، وهي ماتم تسميتها بالثلاث مراحل الإلزامية (وضع الشروط التعاقدية – التحقق من تفاصيل الطلبية – تأكيد الطلبية بمعنى تأكيد القبول النهائي للمستهلك الإلكتروني).

[1]- المادة 12 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

وقد يشمل القبول النقرة الثانية على هذه الشكلية، عندها ينعقد العقد ويرتب آثاره القانونية بين الطرفين[1]. وفيما يخص زمان انعقاد العقد الإلكتروني عبر النقر يكون في اللحظة التي يتم فيها استلام القبول، متبنيا نظرية استلام القبول المؤكد، وهذا عندما يتمكن الأطراف من الإطلاع عليها إعمالا بهذه النظرية في حد ذاتها .

ويبدو أن المشرع الجزائري قد تبنى نظرية الإستلام المؤكد على غرار المشرع الفرنسي وهذا في التعاقد عبر النقر مرتين ، وابتداء من تلك اللحظة يتم حساب الآجال القانونية، خصوصا في احتساب أجل حق الرجوع عن العقد التجاري الإلكتروني الذي أقره القانون الجزائري وأعطى له مكانة قانونية متميزة حماية لضعف المستهلك الإلكتروني في العلاقة التعاقدية .

ويتميز استلام القبول المؤكد بواسطة النقر بالسرعة الفائقة، إلا أن ما يلاحظ هو أن جل التشريعات قد أحاطت هذا الاستلام بشروط شكلية إلكترونية هي: تأكيد استلام الوثيقة التي تثبته الطلبية ، بمعنى تأكيد استلام القبول من قبل الموجب ، وإمكانية الإطلاع على الوثيقة التي تحمل العقد من قبل الأطراف المتعاقدة، عندئذ يمكننا القول أن الاستلام قد تحقق.

وهذا يعني أن المشرع الجزائري يكون قد تطرق إلى شكل الإستلام ومضمونه ضمنيا ، وهو ما يعتبر نظرية جديدة للإستلام ، وهي نظرية استلام القبول المؤكد ، قاصدا وراء ذلك حماية المستهلك من الآلية والتسرع من جهة، ومن جهة أخرى تفادي نقائص نظرية الإستلام العادية التي يعاب عليها أنها تجعل العقد منعقدا بمجرد تسلم الموجب القبول حتى ولو لم يعلم به، فهي تعالج كيفية شكل القبول وإثباته دون الموضوع وهو علمه بالعقد، لأنه قد يكون هناك ما يحول الموجب دون استلامه للقبول فيمنع انعقاد العقد.

أما مكان انعقاد العقد، فالقاعدة العامة في التشريعات المقارنة و الإتفاقيات الدولية أنه مكان إبرام العقد التجاري الإلكتروني يتحدد بمكان الإنعقاد كما هو مقرر في قواعد الإختصاص .

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس الرجع السابق،ص 51.

حيث يخضع ذلك لاختصاص المحكمة التي أبرم فيها العقد التجاري الإلكتروني ، إلا أن اللائحة رقم CE44/2001 الصادرة في تاريخ 2000/12/22 عن المجلس الأوروبي، والمنسجمة مع اتفاقية "بروكسل Bruxelles " المؤرخة في1968/09/27 ، والمتعلقة بتحديد الاختصاص القضائي و تنفيذ الأحكام في مجال العقود المدنية والتجارية ، منحت الخيار للمستهلك الأوروبي في رفع دعواه ضد المحترف أمام المحكمة التي يسكن فيها، أو أمام محكمة البلد الذي يوجد فيه المحترف [1] .

وفي هذا الإطار فإن المشرع الجزائري أحال في المادة 13 الفقرة 11 من قانون 18-05 الإختصاص القضائي إلى المادة 02 من نفس القانون التي تنص على " يطبق القانون الجزائري في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية في حالة ما إذا كان أحد أطراف العقد الإلكتروني :

- متمتعا بالجنسية الجزائرية، أو
- مقيما إقامة شرعية في الجزائر، أو
- شخصا معنويا خاضعا للقانون الجزائري ،
- أو كان العقد محل إبرام أو تنفيذ في الجزائر.

يلاحظ في هذا الإطار أن المشرع الجزائري نهج طريقا عكس لماهو عليه في التشريع المقارن لدول الإتحاد الأوروبي حاليا ، وهو سيادة القانون الجزائري في كل الحالات المذكورة ، ولا يوجد أي خيار في تطبيق قانون بلد المورد إذا كان أجنبي .

حيث تجدر الإشارة إلى أنه فيه تشريعات أجنبية أخذت تفصيلا لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، مستمدة النصوص مباشرة من قواعد قانون اليونسيترال الدولي النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني للأمم المتحدة ، وهذا على غرار القانون الأردني .

1- اتفاقية بروكسل المتعلقة بتحديد الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في مجال العقود المدنية و التجارية بين دول الإتحاد الأوروبي في 1968/09/27 و المعدلة بإتفاقية " لوقانو" السويسرية المؤرخة في في 1988/09/16 ،
أنظر الموقع : http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c

2 – نظرية العلم بالقبول

خلافا لنظريـة الإسـتلام المؤكـد المتبنـاة مـن قبـل المشـرع الفرنسـي والمشـرع الأردنـي، فـإن المشـرع التونسي قد تبنى نظرية العلم بالقبول في التعاقد الإلكتروني والمتبناة أيضا من قبل المشرع الجزائري في نص المـادة67 مـن القـانون المـدني وأيضـا بموجـب المـادة 12 الفقـرة 04 مـن قـانون 18-05 الخـاص بالتجـارة الإلكترونية [1] كنظرية ثانية ، مخالفا بذلك الأحكام العامة التقليدية في التعاقد بين غائبين والقائمة على نظرية تصدير القبول ومفادها أن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول .

3- نظرية تصدير القبول

حيث أن المشرع الفرنسي قد ميز في التعاقد الإلكتروني بين التعاقد عبر الواب والتعاقد عبر الرسالة الإلكترونيـة. واعتبـر المشـرع الفرنسـي فـي هـذا الصـدد التعاقـد عبـر الرسـائل الإلكترونيـة تعاقـدا بـين غـائبين لتخلف وحدة الزمان والمكان، لأن المتعاقدين غير متواجدين في المكان نفسه، وأن هناك فاصل زمني يفصل بين الإيجاب والقبول لعدم وجود اتصال مباشر بين أطراف العقد. وتبعا لذلك فقد أخضع التعاقد عبر الرسائل الإلكترونية إلى نظرية تصدير القبول [2] المتبناة عموما من قبل القضاء الفرنسي.

[1]– نصت المادة 12 الفقرة 2 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية الجزائري ، على أنه " يجب وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني ، بحيث يتم تمكينه من التعاقد بعلم ودراية تامة " ، غير أنه وبالرغم من أن المشرع الجزائري ضمن نظرية العلم بالقبول ، إلا أنها جاءت عامة ، وبالمقابل فإن الفصل 28 فقرة 1 من مجلة الإلتزامات و العقود التونسي جاء فيها :" يتم العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول و التعاقد بواسطة رسول أو غيره يتم في الوقت و الجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول " .

[2]– تعد نظرية تصدير القبول تخفيفا لنظرية الإعلان بالقبول و التي مفادها أن زمن انعقاد العقد يتم في لحظة إعلان القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب ، بصرف النظر عن علم الموجب أو عدم علمه بهذا القبول وهي لحظة تحرير من وجه له الإيجاب رسالة إلكترونية تعبر عن قبوله للإيجاب ، وهذه النظرية تتفق مع ماتقتضيه الحياة التجارية من سرعة ومرونة في التعاملات ، وتتيح أيضا هذه النظرية إمكانية انعقاد العقد بصورة أسرع من نظرية العلم بالقبول وهو مايتماشى وسرعة المعاملات التجارية الإلكترونية .

هذا يعني أن العقد التجاري الإلكتروني يكون منعقدا بمجرد تصدير المستهلك لرسالته الإلكترونية التي تشمل قبوله، مهما كان نوع نظام معالجة المعلومات، عندئذ ينعقد العقد من حيث الزمان بمجرد إرسال الرسالة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني، وبالتحديد في الوقت الذي يضغط على أيقونة الإرسال، فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته، ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول فيصبح قبوله باتا . إلا أن إثبات حدوث التصدير يتم لقواعد الإثبات الإلكتروني.

وفي هذا الصدد نعتقد أن المشرع الجزائري بالرغم من تبنيه لنظرية العلم بالقبول في المادة 67 من القانون المدني[1] إلا أنه وبخصوص قانون التجارة الإلكترونية ربط تكوين العقد التجاري الإلكتروني بضرورة تأكيد الطلبية وبإلزام المورد بتمكين المستهلك من التعاقد بعلم ودراية دون توضيح أكثر إن كان ذلك يعتبر قبولا واقف على علم المورد الإلكتروني به أم بمجرد استكمال إرسال وتصدير القبول وخروجه عن سيطرة المستهلك عبر الإتصالات الإلكترونية .

أما مكان انعقاد العقد عبر الرسالة الإلكترونية في التشريع الفرنسي فهو مكان تصدير الرسالة الإلكترونية أي مكان المستهلك فيتحدد مكان العقد بمكان المستهلك الذي أصدر قبوله بشكل نهائي. والشيء نفسه بالنسبة للإختصاص المكاني للمحكمة حيث يمنح الأولية لمكان المستهلك لرفع دعواه ضد المحترف حتى لو كان هذا الأخير متواجد في بلد أوروبي آخر. وهذا على عكس ماأقره التشريع الجزائري الذي يولي أهمية بالغة لتطبيق القانون الوطني في اعتقادنا لإعتبارات إقتصادية خاصة على الأرجح .

4 – حالة الإتفاق

من الثابت أن تبني أحد الحلول المعروفة لتحديد زمان الإنعقاد ومكانه هو من النظام الخاص كما سبق قوله، يجوز للأطراف المتعاقدة الإتفاق على ترجيح نظرية على حساب نظرية أخرى ، وهو أمر يبقى

[1]– المادة 67 من الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

جائز ومقبول في المنظومة القانونية الجزائرية ، وذلك على أساس المادة 106 من القانون المدني التي تنص على أن " العقد هو شريعة المتعاقدين " .

وفيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني نجد أن المشرع التونسي قد نص على هذا المبدأ في الفصل 28 من قانون التجارة الإلكترونية، حينئذ يستطيع الأطراف تبني أحد الحلول المعروفة في الفقه سواء تصدير القبول أو الإعلان عنه، أو استلامه أو العلم به.

وإذا طبقت نظرية الإرسال أو التصدير فيمكن اعتماد تاريخ قيام البائع بتوجيه رسالة تؤكد الطلب فعليا إلى المستهلك. أما في حال ما طبقت نظرية الإستلام فيكون الحل باعتماد تاريخ وصول رسالة القبول إلى علبة البريد الإلكتروني الخاصة بالمرسل إليه، وسيؤثر تحديد مكان نشوء العقد على تحديد القانون الذي يطبق عليه. إلاّ أنه يجب اللجوء إلى القانون الدولي الخاص للبحث عن الحلول الملائمة في نطاق التجارة الإلكترونية الدولية ، وهو مالم يتناوله المشرع الجزائري ومن ثم تركه للقواعد العامة ، إلا أن المادة 02 من القانون رقم 18-05 لا تحيل على الإطلاق لقواعد الإسناد الخاصة بالقانون الدولي الخاص ، فالمشرع الجزائري ألزم تطبيق القانون الجزائري في كل الأحوال ، ونرى في ذلك إلإصرار على المبدأ السيادي المنتهج للقانون الجزائري .

الفرع الرابع: كتابة التوقيع الإلكتروني لإثبات التراضي

حتى يتحقق دور التوقيع الإلكتروني في إثبات التراضي لابد أن يكون دالا ومحددا لشخص الموقع ، لأن هذا التوقيع يعتبر بمثابة التعبير عن إرادة الموقع ورضائه بمضمون التصرف وإقراره، كما يتصل بالمحرر إذ لا بد أن يؤدي وظيفة في الإثبات بإقرار الموقع بماورد في مضمون المحرر ، فهو يتصل به على نحو لا يمكن فصله عنه ، اتصالا مستمرا يمكن من حفظ المحرر واسترجاعه بطريقة معلوماتية آمنة طوال الفترة الزمنية الكافية لاستخدامه في إثبات التراضي بالواقع [1] .

[1]– سنقرة عيشة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة الميدان للدراسات الرياضية و الإجتماعية و الإنسانية، العدد8، 2019، جامعة الجلفة ، الجزائر، ص 349 .

المبحث الثاني: المحل و السبب و الشكلية في هذا العقد

تناولنا في المبحث الأول التراضي الإلكتروني بتفصيل خصوصياته ، لكن العقد مهما كان نوعه وطبيعته فهو يبقى خاضع للأركان الأربعة المتمثلة في الرضا ، المحل ، السبب و الشكلية ، ومن ثمة فإن العقد التجاري الإلكتروني يبقى خاضع لنفس الأركان شأنه شأن أي عقد ، مما يلزمنا بالتركيز أيضا على الأركان المتبقية درساتها ، ونستهل ركن المحل في المطلب الأول و ركن السبب في المطلب الثاني ، وأما ركن الشكلية في المطلب الثالث .

المطلب الأول: ركن المحل

يعتبر المحل الركن الثاني في العقد [1] . وقد تغير مفهومه في العقد التجاري الإلكتروني من المبيع الذي يشمل على الأشياء والحقوق المالية إلى المنتوج والخدمة في عقود الإستهلاك ، كما تغير مفهوم المنتوج والخدمة في إطار الرقمية التي أوجدت سلع وخدمات رقمية حلت محل السلع والخدمات المادية، وقد يشمل العقد التجاري الإلكتروني على مفهوم المبيع وفقا لقواعد القانون المدني عندما تكون العلاقة تسودها نوع من التوازن حيث تنطبق عليه في هذه الحالة قواعد الشريعة العامة.

يشمل المحل [2] عندئذ المنقول والعقار والحقوق المالية ، وبالنسبة للعقار كونه يخضع للشكلية الرسمية فإنه يتعين إحترام اجراءات التوثيق والشهر. أما إذا كان العقد التجاري الإلكتروني يتضمن العلاقة القائمة بين المحترف أو المورد الإلكتروني والمستهلك على أساس المنتوج ضمن عقود الإستهلاك [3] ، حينها يأخذ

---

[1]– معروف عريبي محمد ، نظرية محل العقد بين الشريعة و القانون ، ماجستير ، الجزائر ، 1973 .

[2]– نظم المشرع الجزائري ركن المحل كركن ثاني في العقد في المواد 92 ومايليها من القانون المدني الجزائري، ويتعين أن يكون المحل موجودا، وأن يكون قابل للوجود كالأشياء المستقبلية، وأن يكون ممكننا غير مستحيلا استحالة مطلقة، وأن يكون معينا أو قابل للتعيين، وأن يكون مشروعا غير مخالف للنظام العام والآداب العامة، أما إذا انعدم أصلا أو هلك فالعقد لا ينعقد

[3]– لم يكن الأمر سهلا للمشرع الجزائري الذي تردد في وضع مفهوم محدد ودقيق للمنتوج في إطار الإستهلاك ، حيث عرفته المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90–39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش الصادر في 1990/01/30 في بداية الأمر أنه : "شيء منقول مادي ، يمكن أن يكون موضوع معاملات تجارية " .في حين عرفته المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90–266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات بأنه : " المنتوج هو كل مايقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة " . ومن ثمة يأخذ المنتوج مفهوما مغايرا عن الشيء المعروف في قواعد الشريعة العامة .

مفهوم المنتوج ليشمل فقط السلع والخدمات دون العقار أو الحقوق المالية. لهذا يتعين من خلال هذه الدراسة، تحديد مفهوم المحل في العقد التجاري الإلكتروني حيث سنستعرض في الفرع الأول المحل في القواعد العامة التقليدية الوارد على الأشياء والأموال و المنتوجات. ثم سنستعرض في الفرع الثاني المحل الوارد على المنتوجات الرقمية .

الفرع الأول: المحل الوارد في القواعد العامة

من المعلوم أن العقد لا ينشأ إلا إذا توافر فيه ركن المحل، وطبقا للقواعد العامة يجب أن يكون موجودا أو قابلا للوجود، وأن يكون ممكنا غير مستحيل، كما يكون المحل معينا إما بذاته أو بجنسه أو بمقداره أو بنوعه حتى ينعقد العقد .

والمحل في عقد البيع [1] هو المبيع أي العين محل البيع، وقد جاء في النص المادة 351 من قانون المدني الجزائري أن البائع ملزم بنقل ملكية شيء أو حق مالي، والمشتري ملزم بدفع الثمن لأن الثمن هو القيمة النقدية التي يدفعها المشتري مقابل شرائه المبيع.

وبهذا الصدد فإن الثمن هو الآخر قد تأثر بالرقمية، كما ذكرنا، وأصبحت النقود توصف بالنقود الرقمية، وتأخذ شكل المعلومة التي تعبر قنوات شبكة الأنترنت، وتواجه النقود الرقمية مخاطر السرقة عبر قنوات الشبكة لهذا ستكون محل لهذه الدراسة في الباب الثاني بخصوص الوفاء الإلكتروني .

ويتنوع المبيع إذا كان يرد على ملكية الشيء أو الحقوق المالية، أو المنتوج لذا سنتناول في الفرع الأول الأشياء، أما الفرع الثاني فسنستعرض فيه الأموال ، وأما الفرع الثالث يخصص لدراسة المنتوج .

[1] – لم يكتف المشرع الجزائري بالقواعد العامة في تعيين المحل في عقد البيع بل وضع حكم خاص يتمثل في منح المشتري حق ينفرد به دون البائع، وهو أن يكون عالما علما كافيا بمحل المبيع طبقا لما ورد في نص المادة 352 من القانون المدني.

1- الأشياء

إن الشيء هو ما تدركه الحواس الخمسة ويقصد به الشيء المادي إذا كان قابلا للتعامل به والتصرف به ليصبح محل حق مالي كما ورد في نص المادة682 من القانون المدني الجزائري الذي جاء فيها: "أن كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصلح أن يكون محل للحقوق المالية".

وينقسم الشيء المادي إلى شيء ثابت وهو العقار وشيء متنقل وهو المنقول ويخضع المنقول للأحكام الخاصة به، كما يخضع العقار للأحكام المقررة له، وسنتناول في النقطة الأولى العقار، وأما النقطة الثانية فسنخصصه للشيء المنقول.

أ - العقار

يعرف الشيء الثابت بأنه كل شيء راسخ في مكانه. ويؤخذ حكم الشيء الثابت في مكانه صفة العقار إذا تعثر نقله دون تلفه كالأراضي والمباني والأشجار. وينقسم العقار إلى نوعين، العقار بطبيعته، والعقار بالتخصيص . فالعقار بطبيعته هو العقار المنصوص عليه في نص المادة 683 من القانون المدني الجزائري[1] بقولها: " كل شيء مستقر في حيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار...".

أما العقار بالتخصيص فقد نصت عليه المادة 683 فقرة 2 بأنه: " ..... غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص".

فيأخذ في هذه الحالة المنقول الموضوع لخدمة العقار وصف العقار بالتخصيص عند إذن تنطبق عليه أحكامه ويخضع للقواعد القانونية المقررة له. هذا يعني أن الطبيعة القانونية للمنقول هي التي تتغير دون طبيعته المادية .

[1]- المادة 683 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

ب – المنقول

يعرف المنقول بأنه كل شيء غير ثابت في مكانه، إذ يمكن نقله وتحريكه دون تلف. وقد نصت على المنقول المادة 683 من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها أن: " كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار وكل ما عاد ذلك فهو منقول". وينقسم المنقول إلى منقول بطبيعته وهي الأشياء المتنقلة بطبيعتها والمنقول حسب المال، وهو العقار الذي آل إلى منقول عند فصله عن العقار الثابت كالمباني التي تؤول إلى منقول بعد الهدم. وقد أدرج تعديل رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005للقانون المدني مصطلح المنتوج بموجب نص المادة 140 مكرر/2 في مفهوم المنقول حيث جاء في نصها ما يلي: " يعتبر منتوجا كل مال منقول ولو كان متصلا بعقار، لا سيما المنتوج الزراعي والمنتوج الصناعي وتربية الحيوانات والصناعة الغذائية والصيد البري البحري والطاقة الكهربائية ".

نستنتج من هذه المادة أن المنقول يأخذ وصف المنتوج في مفهوم القواعد العامة، وهي الأشياء المادية المنقولة المتصلة بالنشاط الزراعي والصناعي والغذائي والصيد البحري والبري وتربية الحيوانات وكذا النشاط الكهربائي بما في ذلك المنقول المتصل بالعقار سواء كان هذا المنقول ماديا أو معنويا أو طبيعيا أوصناعيا [1].

2- الأموال

المقصود بالأموال، الحقوق المالية، وهي الحقوق التي تقوم بالنقود، وتدخل في دائرة التعامل وتنتقل من صاحبها إلى غيره، ويمكن أن تكتسب أو تسقط بالتقادم، ويمكن الحجز عليها وفاء لديون صاحبها.

[1]– استبعد المشرع الجزائري الخدمات من المنتوج الوارد في نص المادة 1 مكرر 2/140 ، بمعنى أن المنتوج في قواعد القانون المدني يختلف مفهومه عن المنتوج في قواعد حماية المستهلك، كما استبعدت المادة 1 مكرر 2/140 من مفهوم المنتوج العقارات التي تخضع لأحكام خاصة بها، إلا العقار بالتخصيص يأخذ مفهوم المنتوج إذا فصل عن العقار الذي وضع لخدمته . وبهذا الصدد نرى أنه لا مبرر لاستبعاد العقارات من دائرة المنتوج في نص المادة المذكورة سيما، وأن العقارات أصبحت من ضروريات الحياة يقبل عليها الأفراد بشكل واسع و ملح عندئذ يكون من الضروري توفير حماية خاصة لهؤلاء تكون مماثلة للحماية عند اقتناء المنتوجات الأخرى .

وتنقسم إلى حقوق عينية، وحقوق شخصية، وحقوق ذهنية. لهذا سنتناول أولا الحقوق العينية، وسنخصص النقطة الثانية للحقوق الشخصية، أما النقطة الثالثة سنتناول من خلالها الحقوق الذهنية .

أ – الحقوق العينية

الحقوق العينية هي سلطة مباشرة يقررها القانون لصاحب الحق على عين الشيء المحدد بعينه، فيستطيع أن يمارس سلطته عليه باستعماله واستغلاله و التصرف فيه ، ويجب أن يكون شيئا ماديا معينا بذاته. وينقسم الحق العيني إلى حق عيني أصلي، وحق عيني تبعي. فالحق العيني الأصلي هو الحق الذي لا يستند في وجوده إلى حق آخر، فيستطيع صاحبه مباشرة سلطته على ذلك الشيء المعين بالذات كحق الملكية، وما يتفرع عنها من حقوق كحق الاستعمال وحق السكن وحق المرور وحق الإرتفاق[1] .

أما الحق العيني التبعي فهو الحق الذي لا يوجد بصورة مستقلة، وإنما يستند إلى حق شخصي يكون تابعا له، فنشأ للوفاء بحق من الحقوق الشخصية. فهو حق عيني لأنه يحقق لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء، وتبعي في الوقت نفسه، لأنه تابع لحق شخصي يضمن الوفاء به، فيوجد بوجوده وينقضي بانقضائه، ومن ثمة فالحقوق العينية التبعية حقوق مؤقتة والهدف من الحقوق العينية هو ضمان وتأمين الدين في ذمة المدين. لذلك تسمى أيضا بالتأمينات العينية (الرهن الحيازي والرهن الرسمي).

ب – الحقوق الشخصية

إن الحقوق الشخصية والمسماة أيضا بالحقوق الدائنية، هي تلك السلطة التي يقررها القانون لشخص يسمى الدائن تجاه شخص آخر يسمى المدين، تمكنه من إلزامه بأداء عمل أو الإمتناع عنه لصالحه. يمثل هذا الحق قيمة مالية معينة، وينقسم موضوع الحق الشخصي إلى قسمين هما:

أ – حق محله الإلتزام بعمل: وهو قيام المدين بعمل معين كحق المشتري في استلام المبيع وحق البائع في قبض الثمن.

[1]– سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات، دار المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997 ، ص 73 .

ب –حق محله الإلتزام بالإمتناع عن عمل: كحق دار النشر في منع المؤلف بعدم إعادة نشر مؤلفه خلال فترة معين لدى ناشر آخر. فلا يمكن حصر الحقوق الشخصية حسب موضوعها، إلا أنها تحصر بحسب مصدرها، أو السبب المنشئ لها، وهي إما المصادر الإرادية المتمثلة في العقد والإرادة المنفردة أو المصادر غير الإرادية المتمثلة في الفعل الضار والفعل النافع.

ت –الحقوق الذهنية

لم يعد تقسيم الحقوق المالية التقليدية إلى شخصية وعينية يستوعب الحقوق المالية كلها، بعد أن ظهر نوع آخر من الحقوق المالية ، وهي الحقوق الأدبية أو الفنية أو الذهنية ، إذ هي حقوق معنوية تمنح السلطة لشخص على شيء غير مادي يتمثل في ثمرة فكره أو نشاطه الذهني ، مثل حق المؤلف في مؤلفاته العلمية ، وحق الفنان في مبتكراته الفنية ، و حق المخترع في مخترعاته الصناعية أو التكنولوجية ، وحق التاجر في الإسم التجاري و العلامة التجارية ، إن هذه الحقوق تمكن صاحبها من استغلالها بواسطة النشر و البيع و احتكار المنفعة المالية التي تنتجها . قد كانت هذه الحقوق محل اهتمام من قبل الإتفاقيات الدولية و المحلية و القوانين الوطنية [1].

وقد استحدثت تكنولوجية المعلومات من خلال الإبداعات و الإبتكارات الجديدة حقوق ذهنية من نوع خاص تتميز باللامادية مثل الحساب الآلي أو البرنامج الآلي أو قاعدة المعطيات التي تشكل ملكية فكرية، لكن ما يلاحظ أن شبكة الأنترنت مكنت من نسخ و تعدي على الحقوق الملكية الأدبية بشكل عام و دون مراقبة [2] .

[1]– الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة 1964 أو المرسوم الجزائري رقم 03–05 المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف و الحقوق المجاورة ، و الحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية ، هي حقوق ذات طبيعة مزدوجة أحدهما أدبي أومعنوي ، والآخر مادي أو مالي . فالجانب الأدبي أو المعنوي له صلة وثيقة بشخصية صاحبه فتنسب إليه دون غيره ، عندئذ له سلطة خاصة في إطلاع الغير على أفكاره أو حبسها عنهم وتغييرها ، أما الجانب المالي فهو حقه في استغلال أفكاره ماليا .

[2] - Amor Zahi , l’ éxigence et le droit , Mélanges en l’honneur du Professeur Mohand ISSAD , AJED édition 2011,p 501 .

3- المنتوجات

تغير مفهوم المحل ضمن قواعد حماية المستهلك ، الأمر الذي أدى إلى تغيير مصطلحاته ، إذأصبح يستعمل مصطلح المنتوج الذي يشتمل السلع و الخدمات بدلا من الأشياء و الحقوق المالية ، وتعد هذه المصطلحات اقتصادية وتجارية اقتحمت لغة القانون مما استوجب تحديد مدلولها القانوني ، حيث تضمنت الفقرات 16 و 17 من المادة 3 من قانون حماية المستهلك الجزائري رقم09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 تعريفا للمنتوج . هذا وإن جاء المشرع الجزائري بتعريف للمنتوج إلا أنه لم يحدد بدقة ووضوح المعايير التي تجعل الشيء المنقول أو الجهد يأخذ وصف المنتوج حتى تنطبق عليه القواعد الخاصة ، لكن سنحاول من خلال هذه النصوص تحديد مفهوم المنتوج و استخراج المعايير التي يمكن من خلالها ضبط مفهومه ، ولهذا سنستعرض أولا مفهوم المنتوج ، وأما النقطة الثانية نخصصها لتحديد معايير ضبط و وصف المنتوج .

أ - مفهوم المنتوج

لم يرد في قانون رقم 89-02 المؤرخ في 7 فبراير 1989 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك تعريفا لمصطلح المنتوج ، إلا أن المادة 13 منه نصت أنه " يحدد مفهوم المصطلحات التالية : إنتاج ، منتوج ، خدمات ، تسويق ،وغيرها الواردة في هذا القانون عن طريق التنظيم ، و التنظيم هو المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات الذي عرف المنتوج في نص المادة 2 فقرة 3 بقولها: "المنتوج هو كل ما يقتنيه المستهلك من منتوج مادي أو خدمة " ،

لكن بعد التعديل الأخير وهو قانون 09- 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش استدرك المشرع الجزائري ذلك ، وحدد المنتوج على أنه كل سلعة أو خدمة ، حيث جاء في نص المادة 03 فقرة 11 : " أن المنتوج هو كل سلعة أو خدمة يمكن أن يكون موضوع تنازل بمقابل أو مجانا" .

وجاءت الفقرة الأولى من المادة نفسها أنه " منتوج خال من أي نقص أو عيب خفي يضمن عدم الإضرار بصحة وسلامة المستهلك و/أو مصالحه المادية و المعنوية " ، أما الفقرة 12 من المادة نفسها فقد تضمنت للمنتوج المضمون جاء فيها مايلي : " كل منتوج في شروط استعماله العادية أو الممكن توقعها بما في ذلك المدة لا يشكل أي خطر أو يشكل أخطارا محدودة في أدنى مستوى تتناسب مع استعمال المنتوج ، وتعتبر مقبولة بتوفير مستوى حماية عالية لصحة و سلامة الأشخاص " .

ويبدو أن هذه النصوص جاءت لتوضح مفهوم المنتوج من خلال ذكر الأوصاف وهو أن يكون سليما ونزيها من أي عيب قبل التسويق ، وتتنوع المنتوجات بتنوع أشكالها فإما أن تكون منتوجات غذائية مثل المأكولات و المشروبات وغيرها أو غير غذائية مثل المنتوجات الكهرومنزلية و النسيجية و غيرها ، ومن المعلوم أن المشرع الجزائري قد توسع في مفهوم المنتوج سواء تم اقتنائه من قبل المستهلك بثمن أو مجانا ، ويشمل المنتوج السلعة أو الخدمة ، وعلى هذا الأساس سنتناول مفهوم السلعة أولا ، وثانيا نتطرق لمفهوم الخدمة.

- السلعة

جاء في نص المادة 3 فقرة 16 من قانون حماية المستهلك[1] المعدل في 2009/02/25 أن السلعة هي: كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا " ، نلاحظ من خلال هذا النص أن السلع تعد أشياء مادية بمعنى ملموسة فهي عينية مادية يتحصل عليها المستهلك بمقابل أو بدون مقابل ، وعليه لا تأخذ السلع وصف المنتوج إلا إذا اتسمت بالطابع المادي الملموس ، إذا فالسلع هي أشياء منقولة ، ومن ثمة لا تعد الأشياء غير المادية كالأفكار و المعلومات و الفنون و الإبتكارات و العقارات سلعا .

[1]- المادة 3 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج ر العدد 15 ، الصادر في 8 مارس 2009 .

إن الشيء الذي يتصف بانه منتوج حسب ما أوردته المادة 3 المذكورة هو الشيء المادي المنقول فالمنتوج هو كل شيء ملموس يلبي حاجة معينة لدى المستهلك سواء أكان مادة أولية أو غير محولة وقد يستهلك المنتوج النهائي فوريا كالمأكولات و الكهرباء و الغاز فهي منتوجات غير دائمة وقد يكون المنتوج غير نهائي كالمواد الأولية مثل القمح الذي يصنع به الخبز أو الخشب الذي يصنع به الأثاث [1] ، هذا ويخرج من دائرة المنتوج العقار بإستثناء الأموال المتصلة به و التي تدخل في تركيبه أو تكون متصلة به اتصالا متينا .

ويتطلب القانون أن تكون السلع متطابقة لمواصفات قانونية وقد نصت المادة 03 فقرة 05 على متطلبات خاصة في المنتوج تتمثل في مجموعة الخصائص التقنية و القانونية للمنتوج ، و التي يجب احترامها .

بمعنى أنه يجب في جميع الحالات أن يستجيب للرغبات المشروعة للإستهلاك لا سيما فيما يتعلق بطبيعته وصنفه ومصدره ومميزاته الأساسية و تركيبته ، و المقومات اللازمة له وكمياته ، ومقاييس تغليفه ، وتاريخ صنعه و التاريخ الأقصى لإستهلاكه ، وكيفية استعماله و الإحتياطات الواجب اتخاذها من أجل ذلك، وعمليات المراقبة التي أجريت عليه و النتائج المرجوة منه .

وتأخذ الأشياء وصف المنتوج سواء كانت بمقابل بمعنى أن المستهلك يدفع ثمنها ، أو كانت بدون مقابل بمايفيد تحصل المستهلك عليها بالمجان ، وسواء أنتجت محليا أو خارجيا ، وتبدوا أهمية وصف السلع على أنها منتوج من حيث إقرار مسؤولية المحترف أو المورد الإلكتروني وبالتالي تطبيق قواعد حماية المستهلك .

---

[1] – يرد تقسيم الأموال إلى أموال غير اقتصادية كالماء حيث ليست من صنع الإنسان ، وأما الأموال الإقتصادية هي الأموال المصنوعة بتدخل الإنسان كالآلات وغيرها . وتنقسم الأموال الإقتصادية إلى أموال دائمة كالآلات و الأجهزة وأموال نصف دائمة كالأحذية و الألبسة ، وأموال غير دائمة كالأغذية (تقسيم صادر عن غرفة التجارة و الصناعة بباريس موجود على الموقع الآتي :

http://www.fda.ccip.fr/documents/melopee/fda/biens.pdf

- الخدمة

عرفت المادة 3 فقرة 16: أن الخدمة " كل عمل مقدم غير تسليم السلعة حتى ولو كان التسليم تابعا ومدعما للخدمة المقدمة" وعليه تعد الخدمة أساسا عملا وجهدا يقدمه المحترف للمستهلك ، فهي أشياء غير ملموسة ضرورية للمستهلك ، إذ تكون هذه الخدمات مرتبطة مباشرة بالكيان المادي للسلع حيث تكون متصلة اتصالا وثيقا بها فلا تستكمل منفعة المستهلك بالسلع و الخدمات إلا بأدائها ، وهي خدمات مابعد البيع كأعمال التجهيز و الصيانة و الإصلاح .

وقد تكون منفصلة عن السلع عندئذ تكون منتوجا قائما بذاته مثل الخدمات المصرفية والمالية والتأمين والنقل والطاقة والإتصالات والسياحة والفندقة وقد يتم اقتناء الخدمات بمقابل من خلال الشراء كالخدمات المذكورة سابقا . وقد تقتني مجانا كالخدمات العمومية [1] التي تقدمها الدولة للمستهلك مثل خدمات الإنارة العمومية والتنظيف والصحة والأمن وغيرها.

واستبعدت المادة المذكورة التسليم من الخدمات ذلك أن التسليم هو التزام أساسي قائم بذاته ومترتب عن العقد المبرم بين المورد الإلكتروني أو المحترف وبين المستهلك ، له قواعده وأحكامه يخضع في كثير من جوانبه للقواعد العامة و حتى الخاصة على غرار قانون التجارة الإلكترونية الجزائري .

ويتعين أن تتمكن الخدمة من ضمان سلامة صحة المستهلك ، وهو مايتضح من خلال نص المادة 03 فقرة 12 المذكورة وكذلك المادة 19 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 الصادر بتاريخ 2009/02/25 حيث ألزمت الخدمة المقدمة للمستهلك بعدم مساسها بمصلحته المادية و عدم تسببها في ضرر معنوي له .

وفيما يخص خدمات ما بعد البيع فإنها تعد من الضمانات المنصوص عليها في التعاقد الإلكتروني ، والمنصوص عليها بموجب قانون التجارة الإلكترونية الجزائري أيضا ، وتعد في نفس الوقت بيانا إلزاميا من

[1] - Moreau-Michel LECERF, Droits des consommations et obligations de services publics, Édition d'organisation,1999,p18 .

البيانات التعقادية الإلزامية التي يتعين على المحترف إعلام المستهلك بها تماما مثل ما ورد في المادة 13 فقرة 04 من قانون التجارة الإلكترونية[1] .

وتشمل الخدمات مابعد البيع خدمة التجهيز التي لم يتناولها المشرع الجزائري في المادة المذكورة أعلاه ، وأيضا خدمة الصيانة و الإصلاح كما هو مبين في المادة نفسها ، فبالنسبة للتجهيز قد يتطلب المنتوج في بعض الحالات بعد تسليمه أن يقوم المحترف بتجهيزه وتركيبه كما هو الحال عليه في بعض المنتوجات الإلكترونية المعقدة ، حيث يتبع تسليم المنتوج مجموعة من الأعمال لتجهيز و تركيب المنتوج ينبغي للمحترف القيام بها ، لأنها تتطلب أن يكون المحترف ذو كفاءة وخبرة معينة ، وهذا يستدعي أن تكون لديه وسائل مادية كافية وأشخاص مؤهلين حتى يضمن انتفاع المستهلك بالمنتوج انتفاعا كاملا .

وبالنسبة لخدمات الصيانة فإنه يتعين على المحترف بعد قيامه بتنفيذ التسليم أن يقوم ببعض أعمال صيانة المنتوج حتى يتمكن المستهلك من الإنتفاع به حسب الغرض المنتظر منه وفيما يخص خدمات الإصلاح فإنه يتعين على المحترف أن يوفرها عندما يقتضي الأمر ذلك .

ب – معايير ضبط وصف المنتوج

ليس من السهل تحديد معايير ضبط وصف الشيء المادي أو غير المادي بأنه منتوج نظرا لأنه موضوع معقد ومركب تتداخل فيه مفاهيم إقتصادية وقانونية ، كما أن المشرع الجزائري لم يضع بوضوح المعايير التي من شأنها يكتسب الشيء المادي أو غير المادي صفة المنتوج ليتقرر تطبيق قواعد حماية المستهلك سواء من حيث وجوب توافر المنتوج على الصفات الإلزامية القانونية التي تناولناها من قبل ، أو من حيث توقيع إلتزامات خاصة على عاتق المحترف ، أو من حيث إقرار حماية خاصة للمستهلك ، وزاد

[1]– المادة 13 من القانون 18–05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

الأمر تعقيدا عندما تبنى المنتوج وفقا للقواعد العامة و المنتوج وفقا لقواعد حماية المستهلك ، وقد نص المشرع الجزائري على مسؤولية المنتج في المادة 140 مكرر من القانون المدني الجزائري[1] ، إلا أنه لم ينص ضمن هذه المادة على المعيار الذي يجعل الشيء يأخذ صفة المنتوج لكن اعتقادنا أن هذا المعيار غير واضح من حيث مدلوله القانوني لأنه معيار إقتصادي أكثر منه قانوني .

وفيما يخص بالمنتوج وفقا لقواعد حماية المستهلك الجزائري فإن هناك معايير يمكن استخلاصها من قواعد حماية المستهلك نفسه ، حيث يتضح من المادة 3 من قانون حماية المستهلك رقم 09-03 خصوصا الفقرة 3 و الفقرة 11 التي ركزت على معيار الإنتاج و التسويق و الإستهلاك ، وذلك يعني أن الشيء الذي يكسب صفة المنتوج عندما يمر بعمليات ثلاثة وهي عملية الإنتاج ، ثم عملية التسويق ، وأخيرا عملية الإستهلاك ، وسنستعرض أولا المعيار الأول الخاص بعملية الإنتاج ، ثم ثانيا بخصوص عملية التسويق وأخيرا عملية الإستهلاك .

- المنتوج موضوع الإنتاج

الإنتاج كمفهوم إقتصادي في عصرنا الحديث يعني كل نشاط إنساني يؤدي إلى خلق منتوجات مادية أو غير مادية بقصد إشباع الحاجة الإنسانية و استخدم المشرع الجزائري هذا المصطلح في قانون حماية المستهلك حيث أضفى على الشيء المادي أو غير المادي وصف المنتوج ، عندما ينشأ عن عملية الإنتاج ، سواء كانت عملية صناعية أو زراعية أو خدماتية أو ثقافية ، وهو ما يتضح من خلال المادة 3 فقرة 9 حيث ورد تعريفها لعملية الإنتاج أنها:" العمليات التي تتمثل في تربية المواشي و جمع المحصول و الجني والصيد

[1]- المادة 140 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

البحري و الذبح و المعالجة و التصنيع و التحويل و التركيب وتوضيب المنتوج بما في ذلك تخزينه أثناء تصنيعه وهذا قبل تسويقه الأول .

ويقصد بعملية الإنتاج مجموعة مراحل التشغيل التي تجري على المادة أو المواد لأغراض تحويلها من صورتها الأولية إلى صورتها الإنتاجية المطلوبة ، بمعنى تلك الأشياء التي كانت في الأصل طبيعية قد حصل عليها تغيير بفعل المنتج ، أو الصانع ، فأصبحت منتوجات صناعية ، فإذا كانت حيوانات بتربيتها وذبحها أو اصطيادها ، وإذا كانت ثمار بجنيها ، وتشمل عملية الإنتاج كذلك معالجة الأشياء الطبيعية وتصنيعها وتركيبها وتوضيبها و تخزينها لتسويقها ، لأن الإنسان لا يستطيع إشباع حاجياته مباشرة من الطبيعة دون تدخله ، ولكن يجب أن تمر الأشياء الطبيعية بالعملية الإنتاجية المتمثلة في المجهود الإنساني، الذي يحولها إلى سلع وخدمات تشبع حاجاته المعيشية اليومية [1].

- المنتوج محل التسويق

يعد التسويق نشاطا إقتصاديا هاما يهدف بدوره إلى إشباع حاجات الفرد في المجتمع من خلال تداول مختلف المنتوجات ويقوم التسويق على فكرة تداول السلع و الخدمات ، واستخدم المشرع الجزائري في قواعد حماية المستهلك هذا المصطلح بخصوص المنتوج ، وحتى يأخذ الشيء المادي أو الغير المادي وصف المنتوج يجب أن يكون مرتبطا بعملية التداول وهو ما يستخلص من نص المادة 03 فقرة 11 حين أوردت مايلي " منتوج سليم ونزيه وقابل للتسويق " ، ومفهوم قابل للتسويق هو طرح المنتوج للتداول أو بمعنى وضعه في السوق . وهو العنصر الثاني المتبنى من طرف القضاء الفرنسي في تحديد مفهوم التداول .

– المنتوج المرتبط بعملية الإستهلاك

يجب أن يكون الشيء المادي أو الغير مادي مرتبطا بعملية الإستهلاك حتى يأخذ وصف المنتوج ، وتعد عملية الإستهلاك مرحلة من مراحل النشاط الإقتصادي ، و الذي من خلاله يتم إشباع رغبات المستهلك

[1]– أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 123 .

وحاجاته ، ويعد عنصر الإستهلاك أهم ميزة لإعطاء الشيء المادي أو الغير مادي وصف المنتوج ، ومفهوم عملية الإستهلاك مفهوم اقتصادي أكثر منه قانوني ، وهو مرتبط أساسا بسلوك المستهلك في استهلاكه للشيء لتحقيق منفعة مباشرة .

وقد حددت المادة[1] 3 فقرة 8 مجموع مراحل الإستهلاك التي تشمل مراحل الإنتاج و الإستيراد والتخزين و النقل و التوزيع بالجملة أو بالتجزئة بمعنى أن العملية الإستهلاكية يمكن أن تكون في أي مرحلة من هذه المراحل و التي تعرض للإستهلاك مهما كان نوع الإستهلاك الذي قد يكون نهائيا أو وسيطيا أو يكون فرديا أو جماعيا وقد يكون فوريا أو تدريجيا وقد يكون الإستهلاك بمقابل أو مجاني .

ويتضح لنا من خلال النص المذكور أن المشرع الجزائري قد أدمج عملية الإنتاج ضمن مرحلة الإستهلاك، مع أن هذه الأخيرة مستقلة عنها ولاحقة لها ، خصوصا و أن المشرع الجزائري قد عرف مرحلة الإنتاج في الفقرة 9 من المادة 3 المذكورة سلفا التي بينا واتضح مفهومها حيث يختلف تماما عن عملية الإستهلاك .

الفرع الثاني : المحل الوارد على المنتوجات الرقمية

سبق وأن ذكرنا أن القواعد العامة أو قواعد حماية المستهلك لا تستوعب بعض المفاهيم الجديدة الخاصة بالمنتوجات الإلكترونية أو الرقمية ، إذ ظهرت سلع وخدمات رقمية أو إلكترونية يتمكن المستهلك من اقتنائها عبر الشبكة مباشرة ، وتوصف هذه المنتوجات بأنها لا مادية .

كما أن التشريع الجزائري وحتى المقارن لم يتطرق بعد إلى هذا النوع الجديد من المنتوج ، سواء كان سلعة إلكترونية أو خدمة إلكترونية ، بإستثناء المشرع التونسي حسب اعتقادنا ، حيث جاء في تعريفه في

[1]- المادة 3 من القانون 09-03 المؤرخ في 25 فبراير 2009، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، ج ر العدد 15 ، الصادر في 8 مارس 2009 .

نص الفصل 2 فقرة 9 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 " كل خدمة أو منتوج طبيعي أو فلاحي أو صناعي أو حرفي مادي أو غير مادي " ، هذا يعني أن المنتوج قد يكون خدمة أو سلعة التي قد تكون مادية في حد ذاتها وقد تكون غير مادية ، ... ، ونعتقد أن القصد من مصطلح المنتوج غير المادي هو المنتوجات الرقمية التي هي منتوجات لا مادية ، وانطلاقا من هذا التعريف يمكن استعراض وتوضيح المنتوج اللامادي من خلال التناول في الفرع الأول مفهوم المنتوج الرقمي أما الفرع الثاني فسنستعرض فيه خصوصية المنتوج الرقمي .

1- المنتوج الرقمي

على غرار المنتوج التقليدي فالمنتوج الرقمي قد يكون سلعة أو خدمة ، وقد نتج المنتوج الرقمي عن استعمال الرقمية في المعاملات الإلكترونية عبر الأنترنت ، ونعني بالمنتوج الرقمي المنتوج الذي يسلم عبر شبكة الأنترنت حيث أصبح يأخذ المفهوم العام و الشامل للتوقيع الإلكتروني [1] من جانب الإستعمالات المختلفة له كونه يتحول إلى أرقام أو حروف أو أشكال أو رموز ، ولهذا سنتناول أولا السلعة الرقمية أما النقطة الثانية فسنخصصها للخدمة الرقمية .

أ- السلعة الرقمية

تعد السلع الرقمية سلعا مادية في الأصل ، تباع كمنتوج مادي في الأسواق التقليدية ، لكن بفضل التكنولوجيا الرقمية يتمكن المحترف من تحويلها من شكلها المادي إلى شكل رقمي فتصبح مجرد معلومة من المعلومات الرقمية التي تعبر شبكة الأنترنت كبيع الكتب و المجلات و الصحف و الأفلام و الأغاني والصور و الفيديوهات ، و الأشرطة و الدروس و البرامج الآلية ، إذ أصبح من الممكن أن يقتنيها المستهلك وبدون تكلفة التسليم في منزله أو مكتبه أو في أي مكان يتواجد فيه [2].

1- أسامة أحمد بدر ، نفس المرجع السابق ، ص 125 .

2 - Alain HOLLANDE, Xavier Linant de BELLEFONDS avec la collaboration de CeliaZOLYNSKI et Sandrine ALBRIEUX, Pratique du droit de l'informatique et de l'internet,6èmé édition,DELMAS,2008,p 212.

ب- الخدمة الرقمية

سهلت شبكة الأنترنت ظهور خدمات إلكترونية متعددة و متنوعة متصلة بالنشاطات التجارية يمكن اقتنائها عن بعد، لم تكن ممكنة في الماضي القريب كتوفير الخدمات البنكية و المصرفية و الحكومية ، فأصبحت وسيلة يمكن بيعها وشراؤها وتوزيعها سواء تعلقت بخدمات مابعد البيع كخدمات الصيانة أو الضمان عن بعد ، التي يمكن إجرائها عندما تكون طبيعة المنتوج الإلكتروني يسمح بذلك كبرامج الإعلام الآلي .

وفي هذه الحالة تعد هذه الخدمات من مستلزمات المنتوج المادي ومرتبطة به ، أو بالخدمات القائمة بذاتها و التي تباع كمنتوج مستقل كالإستشارات الطبية و القانونية وغيرها و الخاصة ببرامج كمبيوتر أو تصميم موقع إلكتروني أو خدمات التصديق الإلكتروني أو غيرها .

وتتخذ الإجراءت التقنية نفسها المستعملة في تكنولوجيا الرقمية حيث يتم تحويل الخدمة على بيانات رقمية تأخذ شكل رموز و حروف و أرقام تعتمد حينئذ على مفهوم التوقيع الإلكتروني كما سبق ذكره .

2- خصوصية المنتوج الرقمي

يتضح مما تقدم أن المنتوج الرقمي يشمل على مميزات خاصة ينفرد بها الميزة الأولى تتمثل في اللامادية ، فهو منتوج غير ملموس ، كما يتميز بأنه معلومة رقمية التي تأخذ شكلا من أشكال الحروف أو الأرقام أو الرموز المستخدمة في تكنولوجيا المعلومات ، أما الميزة الثالثة فتتمثل في سريته حيث تستخدم في شأنه تكنولوجيا الأرقام للحفاظ على سريته لهذا نتناول في العنصر الأول ميزة اللامادية أما النقطة الثانية فسنخصصها لميزة المعلومة و في العنصر الثالث سنتناول ميزة السرية.

أ – منتوج لامادي

يتسم المنتوج الرقمي بخاصية اللامادية [1] ، و مفهوم لامادية المنتوج لا تعني عدم وجوده ، بل على العكس فالمنتوج موجود إلا أنه غير محسوس وغير مرئي في شكله التقليدي ، وإنما هو مجسد في أرقام وأشكال ورموز وحروف ، وبالتالي عند وصف المنتوج بأنه لا مادي فإننا نتحدث عن وظيفة معينة يقوم بها الكمبيوتر .

إن هذه الوظيفة تعد مجرد تفاعلات رياضية و إلكترونية تنفذ عبر شبكة الأنترنت لتؤدي في الأخير وظائف معينة ومعروفة لدى أهل الإختصاص بفعل المعالجة الإلكترونية ، بمعنى آخر أن المنتوج الرقمي يمثل أحد تطبيقات التوقيع الإلكتروني المختلفة و المتنوعة في مجال الرقمية فيصبح مرتبطا به كما سنبين لاحقا .

ب – منتوج في شكل معلومة رقمية

من أبرز مميزات المنتوج الرقمي أنه معلومة رقمية ، حيث يأخذ شكل معلومة رقمية كسائر المعلومات التي تمر عبر الشبكات الإلكترونية للأنترنت ، والمعلومة هي في الحقيقة بيان أوحقائق التي تمت معالجتها من قبل الكمبيوتر لتحقيق هدف معين أو لإستعمال محدد ، من أجل اتخاذ قرار معين ، بمعنى أنه يصبح لها قيمة بعد تحليلها أو تفسيرها أو تجميعها في شكل له معنى محدد يمكن تسجيلها أونشرها وتوزيعها في صورة معينة لتصبح في الأخير معرفة حقيقية تأخذ وصف المنتوج الرقمي .

ت – منتوج سري

يتميز المنتوج الرقمي بالسرية على عكس المنتوج التقليدي الذي يباع و يسلم علنيا كونه معلومة من المعلومات التي تمر عبر الشبكات ، فهي تتعرض لأخطار السرقة و التخريب و التغيير ، وكذلك الإستنساخ و التقليد ، من قبل المخترقين .

[1] – مفهوم اللامادية مفهوم فلسفي عميق ، كمفهوم العقل و الذكاء و الأحاسيس ، لكن مفهوم المنتوج الرقمي لا يعني المفهوم الفلسفي .

وبهذا الصدد يواجه المنتوج الرقمي الفني مثلا عملية القرصنة [1] ، الأمر الذي أثار و لا زال يثير العديد من التساؤلات حول كيفية تنظيم حقوق المؤلفين على شبكة الأنترنت خصوصا في ظل حرية التحكم في المعلومات و المواد الأدبية و الفنية على شبكة الأنترنت ، من قبل المستخدم و المرسل ومزود الخدمة وغيرهم من الأطراف ذوي العلاقة [2] ، لذلك ارتبط المنتوج الرقمي بمسألة أمن المعلومات و سلامتها حتى يمكن تحقيق خصوصية سرية المنتوج الرقمي من هذه الأخطار وحصرها فقط في أصحابها بواسطة تقنيات التشفير المستخدمة في مجال التجارة الإلكترونية والتي سنبينها لاحقا عند دراسة التوقيع الإلكتروني في حد ذاته .

المطلب الثاني: ركن السبب

ليتم استكمال العقد لابد وأن يكون هناك ذكرا للركن الثالث وهو ركن السبب ، فالسبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد ،و لا يثير ركن السبب أي مشكلة في التعاقد التجاري الإلكتروني إذ يبقى خاضعا للقواعد العامة ، فالسبب هو الباعث الذي يدعو إلى تلاقي الإرادة التعاقدية ما بين المتعاقدين ، ولكي يكون السبب صحيح هناك شروط يجب أن تتحقق ، وهو ماسنتناوله لاحقا في الفروع الآتية :

الفرع الأول: أن يكون السبب موجودا

إن ماتذهب إليه إرادة الأفراد نحو التعاقد هو شيء معين للتعاقد عليه ، فهذا الشيء هو مايدفع لإنشاء الرابطة التعاقدية ، بمعنى دافع تحقيق الحصول على ماتم الإتفاق عليه في موجب العقد، فعقد البيع مثلا

---

[1]– مازوني كوثر ، الرقمية و علاقتها بالملكية الفكرية ، رسالة ماجستير ،جامعة الجزائر ، بن عكنون ، 2007 .

[2]– تنص المادة 4 من معاهدة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (ويبو WIPO) و المعتمدة في سنة 1996 على أنه : " تتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية في معنى المادة الثانية من اتفاقية" بارن " ، وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسوب أيا كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها ، وتنص المادة 5 على أنه تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بالحماية بصفتها هذه أيا كان شكلها إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها . وهكذا فإن المصنفات المبتكرة يحيمها القانون أيا كان الشكل الذي اتخذته وأيا كانت وسيلة توصيلها للغير حتى ولوكانت رقمية ، فهي جميعا تدخل في إطار مصنفات الحاسب الآلي وتمتد لها الحماية باعتبارها من المصنفات الأدبية .

الذي ينظمه الأطراف عبر شبكة الأنترنت هو بسبب أن المشتري يبتغي المبيع، البائع يبتغي ثمن هذا المبيع،وعليه فإن هذه الغاية لا بد وأن توجد وأن يكون السبب متحققا أثناء إبرام العقد ويمتد حتى نفاذه، وإذا زال السبب أثناء التعاقد فيأخذ حكم الفسخ هذا الأخير[1] .

الفرع الثاني : أن يكون السبب صحيحا

لنكون بصدد عقد سببه متحقق يجب أن يكون السبب صحيحا، وصحة السبب تعود إلى أن لا يكون العقد مغلوطا أو صوريا، فالسبب المغلوط هو السبب الغير موجود أصلا وقد توهم بوجوده، وهو الأمر الذي يؤدي إلى اعتبار العقد باطلا لعدم صحة السبب أما صورية السبب تعني أن يكون هناك عقدا خفيا مستتر خلف العقد الأصلي[2] ، كأن يتعاقد شخصا مع آخر على أن يورد له بضائع على أن يمتلكها بشكل دائم ، و العقد المستتر هو أنه يؤجره تلك البضائع، والصورية في السبب لا تؤدي إلى البطلان إلا إذا كان العقد المستتر مرتبط بهدف غير مشروع وحينها نكون بصدد بطلان العقد لعدم المشروعية .

الفرع الثالث : أن يكون السبب مشروعا

تعتبر المشروعية النطاق الذي يحكم جميع العقود القائمة، بيد إنها لا يجوز وأن تخرج عن هذا النطاق، فدعامة وجود السبب وصحته لا يكفيان لقيام السبب و بالتالي نفاذ العقد، فيجب أن نطوي السبب على هدفا مشروعا، فلا يجوز أن يتم التعاقد على إنشاء موقع أنترنت الغاية منه الإستخدام على النحو المخالف للقانون كاستعماله للأنشطة الإجرامية أيا كانت نوعها، وكما لا يجوز وأن يتم التعاقد على مواد طبية الغاية منها صناعة المخدرات، وهو الأمر الذي يجعل العقد باطلا بحكم عدم المشروعية .

[1]– أبو قلبين محمد نائل ، الإطار القانوني الناظم للعقد الدولي الإلكتروني على ضوء التشريع الأردني ، مجلة البحوث في العقود و قانون الأعمال ، العدد 3 ، 2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر ، ص 75 .

[2]– نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

تفترض مشروعية السبب هذا يعني أن كل التزام في الأصل يقوم على سبب مشروع إلى أن يقام الدليل على عكس ذلك فالمشرع الجزائري وضع قرينة على مشروعية السبب في نص المادة 98 من القانون المدني و التي ورد فيها ما يلي: " كل التزام مفترض أن له سبب مشروعا ما لم يقم الدليل على عكس ذلك" إلا أن هذه قرينة تعتبر ضعيفة يجوز إثبات عكسها وعبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي عدم مشروعية السبب وفي حالة ذكر السبب في العقد يعتبر هو السبب الحقيقي للإتفاق إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك وبهذا ورد في الفقرة الثانية من المادة98 من القانون المدني الجزائري. ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي.

وإذا ثبتت صورية السبب المذكور في العقد فعلى من يدعي أن للإلتزام سبب آخر مشروعا أن يقيم الدليل على ذلك وهذا ما قررته الفقرة 02 من المادة 98 في الجزء الثاني منها على أنه " إذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للإلتزام سببا آخر مشروع أن يثبت ما يدعيه " .

المطلب الثالث: ركن الشكلية

في العقد التجاري الإلكتروني جميع المحررات و المستندات و الوثائق التي يتبادلها أطراف العقد يمكن تحويلها إلى محررات إلكترونية بعد توثيقها بتوقيع إلكتروني محمي من طرف جهات قانونية باعتماد شهادة التوثيق [1] .

الأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم ، بمعنى أن الأصل في العقود هو الرضائية ، لذلك فإن وجود إرادتين متطابقتين ، إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراض صحيح يكفي لإنعقاد العقود بصفة عامة ، وينطبق ذلك بطبيعة الحال على العقد الإلكتروني، غير أن القانون قد يتطلب إفراغ التراضي في شكل محدد ، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوب ، فقد تكون الكتابة مطلوبة ليس

[1]– خلدون عيشة ، جعفر خديجة، العقد الإداري الإلكتروني – دراسة مقارنة– ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ، العدد2 ، 2021، جامعة الجلفة، الجزائر، ص1305 .

لإثبات العقد وإنما لإبرامه وإنعقاده صحيحا بحيث لا يكون للعقد وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي اشترطه القانون وعندئذ يكون العقد شكليا وتكون الكتابة عنصرا جوهريا في العقد بحيث لا يقوم بدونها[1] وقد يتطلب القانون الشهر لضمان فعالية التصرف القانوني ولكي يرتب كل آثاره أو بعضها ، وعندما تكون الشكلية متطلبة للإنعقاد مثال ذلك عقد الشركة ، وعقد بيع عقار ، وغيرها من العقود الأخرى المشابهة، ومن ثم تنقسم صور الشكلية إلى شكلية مباشرة ، ويقصد بها الشكلية المتطلبة للإنعقاد ، وهي تلك الأوضاع التي يتطلبها القانون لإبرام التصرف استثناء من قاعدة كفاية التراضي لإنشاء العقد ، وشكلية غير مباشرة ، وهي تلك التي لم يتطلبها القانون لإنعقاد العقد وإنما تطلبها لغير ذلك كإثباته أو نفاذه وسريانه،ومن أهم مظاهر الشكلية : الرسمية المطلوبة لإبرام بعض العقود ، مثل عقد بيع العقار ، وعقد الرهن الرسمي ، والرسمية هنا ركن في العقد لا تقوم له قائمة بدونها ، عندئذ يكون التراضي غير كاف لإنعقاد العقد وترتيب آثاره . ومما سبق يتبين لنا أن كتابة العقد أو تسجيله في السجلات الرسمية تعد ركنا شكليا لا ينعقد العقد إلا باستيفائه ، وهو مايثير التساؤل حول مدى إمكان استيفاء هذه الشكلية بنفس الطريقة التي يبرم بها العقد التجاري الإلكتروني ، بمعنى استيفاؤها بدعائم ومحررات إلكترونية [2] . ومن خلال هذا المنطلق يتوجب علينا تناول مسألة الكتابة الإلكترونية في الفرع الأول ، و الإشارة إلى التصرفات المستبعدة من دائرة الخضوع لقواعد العقود التجارية الإلكترونية في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الكتابة الإلكترونية

اتجه البعض من الفقهاء إلى أن الشكلية التي يتطلبها القانون لإنعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أوالتوقيع لا يمكن أن يستغنى عنها بالكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني ، وأن القوانين تتحدث عن

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، طبعة 2006 ، ص 150 .
[2]– نفس المرجع السابق،ص 151.

الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات فحسب ، وليس القصد منها التضحية بالشكلية في الأحوال التي يوجبها القانون لإنعقاد التصرف أو العقد[1] .

بينما يذهب البعض الآخر إلى اعتبار أن الكتابة الإلكترونية ، لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة أوأداة للإثبات ، بل يتسع نطاقها ، بحيث تشمل الكتابة كركن في التصرف أو شرط لصحته، خاصة وأن التوجيه الأوروبي رقم 31 / 2000 بشأن التجارة الإلكترونية حظر على الدول الأعضاء وضع أي عراقيل أو عقبات أمام الإعتراف بالعقود الإلكترونية وحثهم على العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية [2] ، ولا شك أن عدم منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثار القانونية ، يكون مخالفا لمقتضيات الجماعة الأوروبية في هذا الصدد إذا كانت الرضائية تتناقض مع الشكلية ، إلا أن الشكلية المقصودة هنا ليست التي تنزع إلى اصطناع قوالب جامدة للتكوين العقدي ، بل التي من شأنها تأكيد توافق إرادتي المتعاقدين[3] .

فالشكلية هنا هي التي تهدف إلى تحقيق التوازن العقدي بين طرفين غير متكافئين[4].

الفرع الثاني : التصرفات المستبعدة من الخضوع لقواعد العقود التجارية الإلكترونية

لتفادي إجراءات الشكلية و الرسمية في العقود فإن هناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني ، بإعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليست لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية . وإنما هي مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة، كالهبة و الوصية ، أولكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها ، مثال ذلك رهن سفينة ، وتسجيل العقار ، والحقوق العينية الواردة على عقار بصفة عامة ، فنظرا لأهمية وخطورة مثل هذه التصرفات فقد أقرت تشريعات بعض الدول بعدم جواز استخدام قواعد البيانات أو التوثيق الإلكتروني بشأنها [5] ، وفي هذا الصدد نجد أن القانون الجزائري في المادة 3 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية نص على أنه " تمنع كل معاملة عن طريق

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع السابق ، ص 152.

[2]- محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2003 ، ص 93 .

[3]- محمد حسين منصور ، نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

[4]- أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005 ، ص 215.

[5]- خالد ممدوح إبراهيم ، نفس المرجع السابق ، ص 154 .

الإتصالات الإلكترونية تتعلق بمايأتي : لعب القمار و الرهان و اليانصيب، المشروبات الكحولية و التبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية، كل سلعة أوخدمة محظورة بموجب اتشريع المعمول به، كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي [1] .

[1]– المادة 3 من القانون 18–05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

الباب الثاني

تأمين العقد التجاري الإلكتروني

الباب الثاني: تأمين العقد التجاري الإلكتروني

يزداد الإعتماد يوما بعد يوم على استخدام وسائل تقنية في إدارة الأعمال المختلفة ، في الوقت الذي يتجه فيه العالم نحو تقنية الرقميات و العولمة الرقمية كبديل لعالم المحسوسات ، هذا العالم الذي يعتمد على البيانات و الملفات المخزنة في أنظمة المعلومات الإلكترونية كبديل للبيانات المحررة ورقيا وعلى حوافظ الملفات التقليدية ، مما يؤدي إلى ازدياد الإهتمام ببيان حجية وقوة تأمين وسائل التخزين التقني لهذه المعلومات، إضافة لبيان مدى حجيات مستخرجات الحاسوب في ظل النظام القانوني التقليدي للإثبات ، فضلا عن بيان مدى استيعابه لهذه الأنماط المستجدة من وسائل إثبات التصرفات التعاقدية في مجال التعاقدات التجارية .

مشروعية الإثبات و التحقق الإلكتروني ليست بالأمر الجديد ، إذ قام الفقهاء ببحث حجيته في ظل الإستثناءات الواردة في النصوص التقليدية القائمة ، لإضفاء القوة الثبوتية على المحررات الإلكترونية والذي ثبت في بعض الحالات عدم انسجام هذه النصوص وعدم كفايتها بصورة كاملة مع الوضع الحالي والذي أدى لتدخل إصلاحات تشريعية تتناول هذه التعاقدات التجارية الإلكترونية و الوسائل الحديثة بالشرح و التفصيل مضفيا عليها قوة ثبوتية دافعة متعلقة بالأمن المعلوماتي لهذه النوع من العقود ،فالكتابة الإلكترونية لها ترتبط بما يسمى بالتوقيع الإلكتروني ، وهو التوقيع الذي يضفي القيمة القانونية للعقد من حيث الإثبات وإقامة الدليل على مايحتويه من تصرفات وإلتزامات المتعاقدين .

إن انعقاد العقد التجاري الإلكتروني في بيئة رقمية وإلكترونية وفي عالم لا مادي وغير محسوس وعلى شبكة الأنترنت المفتوحة يكون على الأغلب معرض للتزوير و الكشف عليه و حتى السطو على مضمونه وآثاره ، ومن ثمة كان من الضروري إيجاد وسيلة وحلول تضمن سلامة هذه المعاملة وهو ما يحققه بمايسمى بالتصديق الإلكتروني ، وهو يشكل بداية إجرائية وقانونية في حماية وتأمين العقد وبالتالي

المستهلك الإلكتروني بالدرجة الأولى باعتباره الطرف الضعيف، فضلا عن عدم حيازته للإحتراف اللازم عموما ، وعلى هدى ماتقدم سوف نتناول في هذا الباب دراسة التأمين القانوني و المعلوماتي للعقد التجاري الإلكتروني ، وهذا ضمن فصلين ، نتطرق في الفصل الأول إلى التوقيع و التصديق الإلكترونيين وارتباطهما بالوفاء الإلكتروني كنتيجة ، في حين نخصص الفصل الثاني لدراسة مسألة النزاعات الناشئة عن أركان هذا العقد.

الفصل الأول

التوقيع و التصديق الإلكترونيين

الفصل الأول : التوقيع و التصديق الإلكترونيين

إذا كان التوقيع الإلكتروني يضفي القيمة القانونية للعقد التجاري الإلكتروني من جانب الأمن والإثبات، وإذا كان التصديق الإلكتروني يضمن ويحمي سلامة هذا العقد في الشبكة المفتوحة ويعزز الإثبات بالكتابة الإلكترونية وبالشكل الإلكتروني، فإن كلا هذين العنصرين متربطين بالوفاء الإلكتروني، فلا يمكن تصور إتمام إبرام عقد من هذا النوع دون قبض ثمن المبيع أو الخدمة المتعاقد عليها مع المحترف. غير أن الوفاء بالوسائل الإلكترونية وتحديدا على شبكة الأنترنت أصبح يحمل أشكال جديدة مختلفة عن المنظور التقليدي، فبعد أن كان يتم الوفاء بنقود من معادن ثم أوراقا نقدية ثم أوراقا إلكترونية، فإنه أصبح الآن يتجسد في شكل نقود رقمية تتمثل في بيانات رقمية فقط ، وبناءا على هذا سنتطرق لدراسة مسألة التوقيع والتصديق الإلكترونيين باعتبارها وسائل للتحقق من الأهلية في المبحث الأول، كما نخصص المبحث الثاني لبحث مسألة الوفاء الإلكتروني، مع التطرق بأكبر قدر ممكن إلى ماجاء به التشريع الجزائري في هذا الشأن.

المبحث الأول: التوقيع و التصديق الإلكترونيين كوسائل للتحقق من الأهلية

يرتبط التوقيع بالكتابة كدليل للإثبات إذ لا تعتبر الكتابة دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة من شخص محدد الهوية قاصدا بتوقيعه الإلتزام به ، إذا فإن التوقيع يعد عنصرا أساسيا لصحة الدليل الكتابي سواء كان في شكل ورقة رسمية أو عرفية ، ولم يحدد القانون الوسيلة التي تتم بها الكتابة أو المادة المستعملة فيها ، كما لم يتطرق إلى تحديد مفهوم التوقيع[1] الذي تتضمنه الكتابة ضمن القواعد التقليدية ، أما التوقيع الإلكتروني فمن الثابت أنه يعد مفهوما جديدا لحداثة القوانين الصادرة بشأنه.

لقد حاولت التشريعات و الفقه وضع تعريف له ، إلا أنها جاءت في مجملها متباينة ففي بداية الأمر تم ربط التوقيع الإلكتروني بالوسلية والتقنية المستعملة دون ربطه بالآثار المترتبة عنه، فاعتبر شكلا من أشكال الكتابة الإلكترونية التي توضع على المحرر الإلكتروني .

أما التصديق الإلكتروني فهو الذي يحقق سلامة المعاملات وأمنها المعلوماتي ويحميها من أي طارئ أو تعديل أو تحريف أو تزوير ، وهو يلعب في حد ذاته يلعب دورا هاما وأساسيا في توثيق المعاملات الإلكترونية ، فلا يمكن تحقيق مستوى ثقة و استقرار للعقود التجارية الإلكترونية إلا من خلال المصادقة عليها .

وسنحاول تناول بيان هذين النقطتين من خلال مطلبين نخصص للأول تعريف التوقيع الإلكتروني وحجيته، وأما المطلب الثاني فنخصصه لمسألة التصديق الإلكتروني.

[1]– عموما لا يوجد تعريف قانوني للتوقيع التقليدي ، ويعرفه رمضان أبو السعود بأنه : " التوقيع علامة أو إشارة أو بيان أوبيان ظاهر مخطوط اعتاد الشخص على استعماله للتعبير عن موافقته على عمل أو على تصرف قانوني بعينه " ، أنظر رمضان أبو السعود ، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية ، النظرية العامة في الإثبات ، الدار الجامعية ، بيروت ، 1993 ، ص 270 ، أنظر في هذا الصدد أيضا ، عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في الإثبات ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، طبعة نادي القضاة 1982 ، ص 19 ومابعدها ، كذلك أنظر ، عبد المنعم فرج الصده ، الإثبات في المواد المدنية ، الطبعة الثانية ، 1954، ص 5، أنظر أيضا سمير تناغو، النظرية العامة في الإثبات ، دار المطبوعات الجامعية، 1997 ، ص 3 .

المطلب الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني وحجيته

لقد حاولت عدة تشريعات سواء على المستوى الدولي مثل تعريف قانون اليونسيترال [1] أو على المستوى الجهوي كقانون التوجيه الأوروبي ، أو الوطني كالتشريع الجزائري أو التونسي أو المصري أو الفرنسي ، وضع تعريف له .

كما حاول الفقه من جانبه أيضا توضيحه ، إلا أنه مايلاحظ على هذه التعريفات أنها جاءت في مجملها متباينة حيث في بداية الأمر ربط التوقيع الإلكتروني بالوسيلة التقنية المستعملة دون ربطه بالآثار المترتبة عنه ، فاعتبرته شكلا من أشكال الكتابة الإلكترونية توضع على المحرر الإلكتروني فتكون إما حروفا أو أرقاما أو إشارات أو رموز أو علامات أو بيانات تسمح بتحديد الشخص الموقع دون أن يعد ما ورد فيه إقرارا منه ، وهو في الحقيقة التوقيع الإلكتروني العام أو البسيط . لكن ما يبدوا واضحا أن مسألة الأمن وسرية البيانات على شبكة الأنترنت وتعرضها للإختراق والسطو و التعديل و التزوير جعلت تعريف التوقيع يرتبط أساسا بالوسيلة المستعملة ، وبقدرتها على الحفاظ على سرية و أمن المعلومات من الأخطار المذكورة التي قد يحتويها ، وهذا إلى درجة أن تسمية التوقيع الإلكتروني أصبح يتبع التقنية المستعملة ، فيطلق عليه التوقيع البيومتري أو التوقيع بالمفتاح العام .

إلا أنه سرعان ماتداركت التشريعات الدولية و الوطنية ذلك ، فربطت التوقيع الإلكتروني ليس فقط بالوسيلة الإلكترونية وإنما كذلك بآثاره كون أن الهدف من التوقيع الإلكتروني ليس في تحديد شكله وإنما هو تحديد هوية صاحب التوقيع وأن إرادته اتجهت إلى المصادقة على محتوى التوقيع عندئذ يمكن القول أن

1– عرفت جمعية الأمم المتحدة الخاصة بقانون التجارة الدولية التوقيع الإلكتروني بما يلي : "توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها ، يجوز أن تستخدم لتعين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات " . والنص باللغة الفرنسية :
« Le terme signature éléctronique désigne des données , sous forme éléctronique, contenues dans un méssage de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue . Voir le site internet :
http://www.net-iris.fr/veille-juridique/actualité/4406/reconnaissance-juridique-de-la-signature-electronique.php

التوقيع الإلكتروني هو البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ، و تكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات لها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره قصد الموافقة على مضمونه .ولقد نصت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري[1] المستحدثة بالقانون رقم 05-10 و المؤرخ في 2005/07/20 مايلي : " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها أو طرق إرسالها " .

كما نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون نفسه على أنه : " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " . ونصت المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 2007/05/30 المعدل والمتمم بالمرسوم التنفيذي 01-123 و المؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية[2] على مايلي : " بأن التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1 .

بينما تضمنت الفقرة الثانية من المادة 3 من المرسوم المذكور أعلاه التوقيع المؤمن وعرفته كالآتي :

" إن التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يقي بالمتطلبات الآتية :

أ – يكون خاصا بالموقع .

ب – يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية .

---

[1]– المادة 167 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

[2]– المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 01-123 والمؤرخ في 09 ماي 2001 ، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية .

ج – يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لا حق للفعل قابل للكشف .

إلا أن المشرع الجزائري أيضا تدخل بقانون خاص رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 ، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، فنصت المادة 02 من هذا القانون على أنه " يقصد بما يأتي :

1-التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق.

2- الموقع: شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله.

3- بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني: بيانات فريدة، مثل الرموز أو مفاتيح التشفير الخاصة، التي يستعملها الموقع لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

4- آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني: جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني.

5- بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني: رموز أو مفاتيح التشفير العمومية أو أي بيانات أخرى، مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني.

6- آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني : جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني .

7-شهادة التصديق الإلكتروني: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع.

8- مفتاح التشفير الخاص : هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط ، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي .

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

ويلاحظ أن المشرع الجزائري فعلا حذا حذو الكثير من التشريعات المقارنة في هذا الصدد، وأرسى بدوره تعريف واضح المعالم للتوقيع الإلكتروني مرفق بتعريفات للبيانات و الآليات التقنية التابعة له، وتبعا لذلك سنتناول دراسة هذه الآليات و الخصائص النوعية مع بيان الحجية في الفروع التالية:

الفرع الأول: تقنية إنشاء التوقيع الإلكتروني

حرص المشرع الجزائري على ضمان سلامة التوقيع الإلكتروني وصحته لينتج آثاره القانونية مثل التوقيع التقليدي ، ونعني به أن يتم إنشائه وفقا لإجراءات خاصة وظروف تضمن حفظه وسلامته وتؤكد صلة معطيات التوقيع الإلكتروني بالموقع عندئذ تتحقق حجيته القانونية ، فتكون له الحجية ذاتها للتوقيع المكتوب بخط اليد مهما كانت التقنية المستخدمة في إنشائه .

خص المشرع الجزائري في المادة 7 من القانون 15-04 المؤرخ في2015/02/01 الخاص بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين[1] على أن " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ،

2- أن يرتبط بالموقع دون سواه،

3-أن يتمكن من تحديد هوية الموقع ،

4-أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني ،

5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع ،

[1]- المادة 7 من القانون 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2009 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ،ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات .

ويتضح لنا حسب هذه المادة أن معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني هي جميع البيانات و العناصر الخاصة بالموقع و التي تميزه عن غيره ، و المستخدمة في إنشاء وتكوين التوقيع الإلكتروني ، فإذا هي الوسائل التقنية و الفنية التي تضمن الصلة بينها وبين موقعها ، وتتم بواسطة أدوات خاصة بالموقع ومميزة له بصفة انفرادية ، ومنها مفاتيح الشفرة مثل المفتاح العام و المفتاح الخاص أو العلامات الخاصة به كما هو الحال عليه في التوقيع البيومتري ، فالبصمة أو غيرها من الخصائص الذاتية للموقع تستعمل لإنشاء التوقيع الإلكتروني [1] .

كما تنص أيضا المادة 10 من قانون 15-04 على أنه " يجب أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة "، وتنص أيضا المادة 11 على أن " الآلية المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني هي آلية إنشاء توقيع إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية و الإجراءات المناسبة على الأقل ، مايأتي :

أ _ ألا يمكن عمليا مصادفة البيانات المستخدمة لإنشاء التوقيع الإلكتروني إلا مرة واحدة ، وأن يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الإعتماد ،

ب _ ألا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني عن طريق الإستنتاج وأن يكون هذا التوقيع محميا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الإعتماد ،

ج _ أن تكون البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الإلكتروني محمية بصفة موثوقة من طرف الموقع الشرعي من أي استعمال من قبل الآخرين .

2- يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وأن لا تمنع أن تعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية التوقيع . يتضح أنه يتعين أن يستجيب التوقيع الإلكتروني للمعطيات المنصوص عليها في إنشائه، ويتبين

1- قاشي علال ، التوقيع الإلكتروني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 01 ، 2007 ، ص 179 .

أيضا أن معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني هي عموما جميع البيانات و العناصر الخاصة بالموقع والتي تميزه عن غيره و المستخدمة في إنشاء وتكوين التوقيع الإلكتروني.

وبعبارة أخرى هي الوسائل التقنية و الفنية التي تضمن الصلة بينها و بين موقعها ، تتم بواسطة أدوات خاصة بالموقع ومميزة له بصفة انفرادية [1]، ومنها مفاتيح الشفرة مثل المفتاح العام و المفتاح الخاص أو العلامات الخاصة به كما هو الحال عليه في التوقيع البيومتري ، فالبصمة أو غيرها من الخصائص الذاتية للموقع التي يمكن أن تستعمل لإنشاء التوقيع الإلكتروني [2] .

وتجدر الإشارة إلى المشرع الجزائري اشترط شرط سرية المعطيات في الفقرة الأولى من المادة 11 المذكورة أعلاه بالقول " وأن يتم ضمان سريتها " وهذا في واقع الأمر من أجل الوقاية من أخطار تحريفها وتزويرها أو استعمالها مرة أخرى من قبل شخص آخر أو أن تنشأ من خلال الإستنتاج أو الإستنساخ .

ورغم أن إنشاء معطيات التوقيع الإلكتروني تبقى خاصة ومميزة لصاحبها إلا أن أخطار الكشف عنها وتشابهها بمعطيات توقيع آخر تبقى قائمة ، مما أدى بأغلبية التشريعات إلى تبني إنشاء معطيات التوقيع الإلكتروني مؤمنة أوما يسمى بالتوقيع الإلكتروني المؤمن ، وهو مانصت عليه المادة 10من قانون 15-04 بالقول أنه " يجب أن تكون آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني الموصوف مؤمنة " .

هذا وتتمثل عناصر إنشاء التوقيع الإلكتروني في جهاز مؤمن يستخدم لإنشائه وكذلك استخدام تقنيات مؤمنة بواسطة البرمجة الآلية وأيضا جهاز فحصه وهو ما سنتناوله في النقاط التالية:

1 - جهاز إنشاء التوقيع الالكتروني

بالرجوع إلى نص المادة 10 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، وأيضا المادة 03 مكرر فقرة 4 من المرسوم رقم 07-162 تحديدا والمتعلق بنظام الإستغلال

---

[1]-نفس المرجع السابق ،ص 177 .

[2]- عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 218 .

المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ، فإنه يقصد بالوسائل التقنية المستخدمة في إنشاء التوقيع الإلكتروني من قبل الموقع ، الأدوات و الأساليب التقنية التي يستخدمها الموقع نفسه لإنشاء توقيعه و المتمثلة في جهاز تقني ومناهج تقنية معينة ، ونصت المادة 03 من المرسوم نفسه أيضا على جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني وجاء فيها بأنه " جهاز لإنشاء التوقيع الإلكتروني يفي بالمتطلبات المحددة و يقصد بالمتطلبات المحددة المتطلبات التي نص عليها المشرع الجزائري في المادة 03 مكرر فقرة 01 من المرسوم 07-162 ، هي أن تكون خاصة بالموقع وأن يتم إنشاؤها بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية و أن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لا حق للفعل قابل للكشف .

ونرى أن نص المادة 03 من هذا المرسوم لا تتناقض مع إطار المادة 11 من قانون 15-04 بل أن المرسوم التنفيذي 07-162 تعتبر نصوصه تطبيقية وهي تلائم في تطبيق المادة 11 المنوه بها .

حيث يعد جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني " عتاد " أو " برنامج معلوماتي " مخصص ومعد خصيصا لإنشاء معطيات التوقيع الإلكتروني يكون قادرا على تخزين المعلومات ومعالجتها أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها أو تصفحها .

ويتنوع العتاد بتنوع التقنية المستخدمة المخصصة لذلك [1] كالمفتاح العام و المفتاح الخاص أو البطاقات الذكية مثلا ، وهذا يعني أن الموقع له أدوات تمكنه من إنشاء توقيعه إذ تضمن له سيطرته على توقيعه ومراقبته الحصرية له مما يضمن سلامة توقيعه ، فيكون المفتاح الخاص به تحت سيطرته ورقابته الحصرية.

[1]- يوجد عدة أنواع من البرمجيات المخصصة لهذا الغرض مثل برنامج
" LOGICIEL SIGNATURE SAFE " أو " ADESIUM Sosiété Messenge" ، أو " FORTIGNA Sociéte Dhimyoti" أو برنامج " IDENTI'SIGN PENFLOW " ، والتابعين لشركات متخصصة في ذلك .

2 – استخدام تقنيات مؤمنة

من أهم معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني هو أن يتم فيه استخدام تقنيات يتعين أن تكون مؤمنة إذ على الموقع التأكد من استعمال وسيلة تقنية مؤمنة و تعني أنها وسيلة موثوق بها تحقق الضمان و السلامة و الحفظ من أي تغيير ، حتى تضمن ارتباط التوقيع الإلكتروني بموقعه . هذا وتتنوع تقنيات تأمين التوقيع الإلكتروني بتنوع التقنيات المعروفة في هذا المجال أو استعمال الخواص البشرية البيومترية التي تعتمد على خواص الجسم البشري ، أو المواصفات الحيوية مثل شكل الوجه أو بصمة اليد أو قزحية العين .

3 – جهاز فحص التوقيع الإلكتروني

يعد جهاز فحص التوقيع الإلكتروني من معطيات إنشائه و الذي له علاقة مباشرة مع البنية التقنية الخاصة في توفير خدمة المصادقة الإلكترونية من أجل أمن المعلومات.

وقد نصت المادة 12 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين على أنه " يجب أن تكون آلية التحقق من التوقيع الإلكتروني الموصوف موثوقة " إلا أنها لم تبين نوعية هذه الآلية ، بينما بالرجوع لنص 03 فقرة 07 من المرسوم التنفيذي والمتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية فنجدها تنص على تعريف لجهاز فحص التوقيع الإلكتروني بقولها " عتاد أو برنامج معلوماتي معد لوضع معطيات فحص التوقيع الإلكتروني موضع التنفيذ " .

ويعمل جهاز فحص التوقيع الإلكتروني وفقا لمعايير تقنية وإجراءات عمل معتمدة عالميا من قبل منظمات عالمية متخصصة في هذا الميدان مثل المنظمة العالمية للمعايير ISO التي أنشأت لجنة دولية

إليكروتكنكية [1] أو الإتحاد الدولي للإتصالات ITU [2] أو المعهد الوطني للمعاييرو التكنولوجيا NIST ، وغيرها من المنظمات الموجودة في العالم .

الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني

يتعين أن يستجيب التوقيع الإلكتروني لشروط أساسية حتى يعتمد عليه ككتابة إلكترونية و المقصود هنا بالشروط تلك الشروط الخاصة بالورقة بصفة عامة سواء كانت ورقة تقليدية أو ورقة إلكترونية ، وهي أن تكون الكتابة التي تشمله مقروءة ، وأن تكون دائمة ومستمرة يمكن الرجوع إليها في أي وقت ، مع عدم قابليتها للتحريف أو التعديل .

وسنتناول في النقطة الأولى الشرط المتعلق بسهولة قراءة الكتابة الإلكترونية أما الثانية فسنستعرض فيها شرط دوام واستمرار الكتابة الإلكترونية وأما النقطة الثالثة فسنخصصها للشرط الثالث المتعلق بعدم قابلية الكتابة الإلكترونية للتعديل.

1 – سهولة قراءة التوقيع الالكتروني

قد لا توفر الكتابة الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني سهولة قراءتها كما توفره الكتابة التقليدية حيث أن هذه الأخيرة هي مدونة بحروف يسهل قرائتها .

[1] – اللجنة الإلكتروتكنيكية الدولية للتعامل مع النتائج المترتبة من التداخل الكبير في مجالات المعايير و الأعمال المتصلة بتكنولوجيا المعلومات ، شكلت " الإيزو" و اللجنة الإلكتروتكنيكية الدولية بما يسمى " اللجنة الفنية المشتركة المعروفة بإسم : الإيزو/ اللجنة الإلكتروتكنيكية الدولية (JTC1) ، وكانت أول لجنة مشتركة من هذا القبيل، ولا زالت لحد الآن الوحيدة في ذلك.

[2] – يعد الإتحاد الدولي للإتصالات ، منظمة تقنية عالمية ، وهي من أقدم المنظمات ، إذ يعود تاريخ إنشائها إلى سنة 1865 ، حيث كان يطلق عليها بالإتحاد الدولي للتلغراف ، وعند ظهور الهاتف وتطويره أصبح يطلق عليه بالإتحاد الدولي للإتصالات سنة 1932 ، وتم ربطها بالأمم المتحدة سنة 1947 .

إلا أن الكتابة الإلكترونية تتم بصورة إلكترونية باستعمال الرموز و الإشارات و الأرقام التي غالبا لا يفهمها الرجل العادي ، لكن يتعين أن تكون هذه الرموز و الإشارات و الأرقام واضحة وذات دلالة مفهومة لدى الغير حتى يمكن الإحتجاج بها كدليل .

وماهو واقع أن الكتابة الإلكترونية تقرأ بواسطة الحاسوب ، حيث يعد الوسيلة المستعملة لقراءة الكتابة الإلكترونية ، الذي يحولها من كتابة الإشارات لكونها مشفرة إلى كتابة تقليدية تظهر على الشاشة تسهل قرائتها بصورة واضحة ومفهومة [1]، وإن تعذر ذلك فإن سلطة المصادقة الإلكترونية تتولى قراءة تلك الرموز و الإشارات لما لهما من سلطة فك التشفير .

2 – الإستمرارية وديمومة التوقيع الإلكتروني

ما يشترط في الكتابة الإلكترونية و الأمر سواء في الكتابة التقليدية ، هو أن تكون مستمرة ودائمة ، بمعنى أن تكون على قرص مرن أو على البريد الإلكتروني أو في ذاكرة الحاسوب ، خصوصا وأن أخطار المعلوماتية متنوعة ومتعددة تؤدي إلى إتلاف الكتابة الإلكترونية مثل الفيروس و التخريب وتعطل الجهاز أو أخطاء اليد في استعمال البيانات وغيرها من الأخطار المعروفة في مجال تكنولوجيا المعلوماتية ، وفي الحقيقة أن مسألة استمرار الكتابة الإلكترونية مرتبطة بمسألة حفظ المستندات الإلكترونية التي تقع على عاتق مزود خدمة المصادقة الإلكترونية .

وبهذا الصدد نظم المشرع الجزائري هذه المسألة بموجب المادة 15 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين التي تنص على " شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية :

1 – أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من طرف مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها،... "

[1]- Etienne WERY, Droit de la preuve, vers une preuve éléctronoique, Eyrolles ,1999 .

حيث أن تنظيم المشرع الجزائري لهذه المسألة كان على غرار التشريعات الأجنبية التي أوجبت مزود خدمة المصادقة الإلكترونية أن يمسك سجلا خاصا يمكن الإطلاع على البيانات الواردة فيه بشكل مستمر ودائم ، وهو ماورد في نص المادة 06 فقرة 01 من قانون اليونسيترال النموذجي .

هذا وقد أدى التطور التكنولوجي في ميدان المعلوماتية إلى ظهور تقنيات عالية ومضمونة لتخزين الوثائق الإلكترونية و الرجوع إليها عند الحاجة كما ظهرت خدمات عبر شبكة الأنترنت تتيح لمستخدم الشبكة أن يحفظ بياناته لمدة طويلة وبطريقة مؤمنة بواسطة برنامج مخصص لذلك و الذي يضمن استمرارية البيانات لمدة طويلة ويقيها من كل الأخطار المعروفة في هذا المجال [1] .

3 – عدم قابلية التوقيع الإلكتروني للتعديل

أهم ما يثار في الكتابة الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني هو ما توفره من ثقة و أمان فيتأكد عدم تغييرها أو تعديلها ، لأن الكتابة الإلكترونية تتميز بقدرة تغييرها وتعديلها دون ترك أثر عليها عكس الورقة الخطية التي تسهل الكشف عن أي تغيير واقع عليها مثل المحو أو الإضافة أو التغيير [2] .

ومن هذا المنطلق رأى المشرع الجزائري وكذا معظم التشريعات الأجنبية الأخرى أن الكتابة الإلكترونية التي يعتد بها هي الكتابة المؤمنة التي من شأنها أن تكشف أي تعديل أو تغيير في بياناتها وهذا يكون كما سبق وأن رأيناها بفضل استخدام تقنيات خاصة تضمن سلامة الكتابة الإلكترونية وصحتها فلا يمكن تعديلها أو تغييرها من خلال حفظها ومراقبتها من جهات موثوق بها كما أن شهادة المصادقة الإلكترونية تهدف إلى إثبات عدم تغيير تلك الكتابة.

---

[1]– إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 ، ص 217.

[2]– نبيل محمد أحمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، جامعة الكويت ، الكويت ، 2006 ، ص 198.

الفرع الثالث: التوقيع الإلكتروني العام

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني بأنه معطى يستجيب لشروط المواد 232 مكرر و 232 مكرر 1 حسب ما ورد في نص المادة 03 من المرسوم التنفيذي المذكور وكلمة معطى هي ترجمة لكلمة donnée بالفرنسية ، وفي مجال الإعلام معنى معطى هو تقديم بطريقة متفق عليها لمعلومة (واقعة ، نظرية) في شكل قياسي أو رقمي قصد المعالجة الآلية .

ومفهوم المعطى في التوقيع الإلكتروني هو معلومة أو بيان. و المصطلح الأكثر استعمالا لكلمة معطى هو معطيات ، وهذا بالجمع ، و التي تعني في قاموس اللغة قضايا مسلم بها تستخدم أساسا للإستدلال . ويفهم من المعطى أو المعطيات في مجال تكنولوجيا الإعلام و الإتصال ، المعطيات المعلوماتية.

وقد حددت المادة 02 فقرة ج من القانون رقم 09-04 المؤرخ في 2009/08/05 الخاص بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال ومكافحتها مفهوم للمعطيات المعلوماتية بقولها " أي عملية للوقائع أو المعلومات أو المفاهيم في شكل جاهز للمعالجة داخل منظومة معلوماتية بما في ذلك البرامج المناسبة التي من شأنها جعل منظومة معلوماتية تؤدي وظيفتها " [1] .

إذا المعطى هو معطى معلوماتي فهو معلومة أو بيان أو واقعة أو مفهوم يعالج ضمن المنظومة المعلوماتية ، وقد عرفت المادة 02 من القانون نفسه أن المنظومة المعلوماتية هي " أي نظام منفصل أو مجموعة من الأنظمة المتصلة ببعضها البعض أو المرتبطة يقوم واحد منها أو أكثر بمعالجة آلية للمعطيات تنفيذا لبرنامج معين " [2].

1- تعرف المادة 2 من قانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية " نظام المعلومات " أنه : " النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أكمل وجه آخر " .

2-يقصد بالنظام المعلوماتي ، عموما مجموعة الأدوات التكنولوجية التي تساعد على الوصل للمعلومات و البيانات لصاحبها .

وبالرجوع إلى المواد 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني نجد أن المعطى أو المعطيات تتخذ شكل الرموز أو الحروف لهذا سنشتعرض أولا أشكال التوقيع الإلكتروني وثانيا دراسة لمعطيات التوقيع الإلكتروني أما النقطة الثالثة فسنتناول فيها تنوع طرق إرسال المعطيات التي تتضمن التوقيع الإلكتروني .

1 – التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن شكل

يأخذ التوقيع الإلكتروني الذي يكون في صورة معطيات، شكلا من الأشكال كالرموز أو الحروف أو الأرقام أو الإشارات أو البيانات أو الأوصاف و المدرجة في شكل إلكتروني و المتنوعة بتنوع التكنولوجيا المتصلة بها. وتتعلق هذه المسألة بتنوع التقنيات الحديثة المستعملة مثل الفاكس أو التلكس أو البرق أو بطاقات الدفع الإلكترونية أو الأنترنت ، وفيما يتعلق بالأنترنت فإن التوقيع الإلكتروني يكون في شكل بريد إلكتروني أو صورة أو أي شكل من الأشكال المعروفة في تكنولوجيا الأنترنت ، التي هي الأخرى متعددة ومتنوعة و في تطور مستمر عندئذ يأخذ التوقيع الإلكتروني هذا الشكل المستخدم في مختلف التقنيات المستعملة في التوقيع الإلكتروني [1] .

2 – معطيات مفهومة وواضحة

يتعين أن تكون معطيات التوقيع الإلكتروني مفهومة وواضحة وسهلة القراءة مهما كانت الرموز والعلامات حتى يمكن فهم المقصود الذي أعدت من أجله ويتحقق شرط سهولة القراءة في الورقة الإلكترونية الذي سبق و أن بيناه، وبخصوص برنامج الحاسب الآلي فإنه مزود ببرامج لها القدرة على ترجمة اللغة الآلية التي تتخذ دائما الرقم 1 و0 إلى اللغة المكتوبة و المقروءة من قبل الجميع .

لكن فيما يخص تحليل ومعرفة بيانات ومعطيات التوقيع الإلكتروني فإن هذا الأمر يعود للمتخصصين في تقنيات تحليل المعطيات الإلكترونية أو الرقمية الذين لهم القدرة و المعرفة الكافية بالتقنيات

[1]– ترتبط المعطيات بالتكنولوجيا المستخدمة في المعلوماتية و التي هي متنوعة ومتعددة وفي تطور مذهل ومستمر .

المستخدمة عبر الأنترنت ، فيستطيعون الفهم الجيد للمعطيات باستخدامها أو استخراجها أو تحليلها حتى يؤدي الغرض المطلوب وهو إثبات الصلة بين المعطيات و الموقع ونسب ماورد فيها إليه .

3 – طرق إرسال التوقيع الإلكتروني

تختلف طريقة إرسال معطيات التوقيع الإلكتروني باختلاف طرق الإرسال المعروفة عبر شبكة الأنترنت باستخدام المعلوماتية و رغم احتلال شبكة الأنترنت حاليا مركز الصدارة في المعاملات الإلكترونية فإن الوسائل التقنية المعروفة هي الأخرى يمكن استعمالها كوسيلة للتوقيع الإلكتروني مثل البطاقة الذكية ومفتاح USB ، و القرص المرن ، وهي كلها أجهزة إلكترونية تحول المعطيات إلى نبضات كهربائية إلكترونية [1].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد على سبيل المثال لا الحصر وسائل الإتصال و الإعلام والإرسال المعروفة في هذا المجال ، و التي هي في تطور وتغير مستمر ، ويكون بذلك قد توسع في مفهوم صور التوقيع الإلكتروني . فتبنى مفهوما واسعا له سواء من حيث الوسيلة المستعملة أو من حيث تطبيقاته متى كان قادرا على تحقيق وظيفة التوقيع في البيئة الإلكترونية .

وفي الحقيقة أن هذا النوع من التوقيع الإلكتروني العام أو البسيط الذي لا يعتمد على تقنية مؤمنة وقوية، فهو توقيع إلكتروني يستعمل وسيلة من الوسائل الإلكترونية المعروفة كالرسائل الإلكترونية المتنوعة التي تتم عبر البريد الإلكتروني. وقد أدى انتشار استعمال شبكة الأنترنت في المعاملات اليومية بين الأفراد إلى تبيان هذا النوع من التوقيع أو بما يسمى التوقيع الإلكتروني الغير مؤمن .

[1] – نرى أن التوقيع الإلكتروني المبرم بوسائل الإتصال القديمة يأخذ وصف التوقيع الإلكتروني ، وفي هذه الحالة يكون بسيطا مثل رسائل SMS عندما تثار مسألة السلامة ، وإلا اعتبر توقيع تقليدي يثبت بالورقة التقليدية المكتوبة كما جرت العادة .

الفرع الرابع: التوقيع الإلكتروني المؤمن

اختلفت المصطلحات بشأن التوقيع الإلكتروني المؤمن حيث سمي بالتوقيع الإلكتروني المحمي كما ورد في نص المادة 02 فقرة 14 من قانون الإمارات العربية المتحدة الصادر سنة 2004 ، أما المشرع الجزائري فقد تبنى هذا النوع من التوقيع وحدد مفهومه في نص الفقرة 02 من المادة 03 من المرسوم 07-162 المذكور سلفا[1] بقوله : " أنه التوقيع الإلكتروني الذي يفي بالمتطلبات الآتية :

أ – أن يكون خاصا بالموقع .

ب- يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع لرقابته الحصرية .

ج- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف .

حيث ومن جهة أخرى، فإن المشرع الجزائري وتحديدا في المادة 07 فقرة 04 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين نص على أن " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية: " 2- أن يرتبط بالموقع دون سواه، ... 5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع ، 6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات " .

وانطلاقا من هذه النصوص يلاحظ أن هناك تطابق وتوافق بين قانون 15-04 و المرسوم التنفيذي رقم 07-162 ، إلا أن قانون 15-04 أضاف شروطا أخرى في المادة 07 المذكورة ، ويتعلق الأمر بضرورة أولا أن ينشأ التوقيع الإلكتروني على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ، وثانيا أن يمكن من تحديد هوية الموقع ، وثالثا أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني .

[1]- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 01-123 والمؤرخ في 09 ماي 2001 ، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية .

حيث يمكن حصر شروط التوقيع الإلكتروني المؤمن في ثلاث نقاط أساسية ، سنتطرق فيها للشرط الأول وهو أن يرتبط بالموقع دون سواه ، و الشرط الثاني الذي مفاده هو أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع ، و ثالثا سنستعرض الشرط الثالث المتمثل في أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات .

1- التوقيع: خاص بالموقع دون سواه

إن أهم شرط للتوقيع الإلكتروني المؤمن هو أن يكون خاصا بموقعه ، ومعنى هذا أنه علامة مميزة لشخصية الموقع ، حيث يعد رمزا معينا يشير إلى شخصيته ، فيحدد هوية صاحبه ويعرفه تعريفا دقيقا ومميزا، وقد عرفت المادة 02 من قانون 15-04 [1] الموقع : " أنه شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي " ، وهو يقارب التعريف المنصوص عليه في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 ، فالموقع هو دائما شخص طبيعي يوقع لمصلحته الخاصة أو لمصلحة غيره ، وفي هذه الحالة نكون بصدد التمثيل فإن ممثل الموقع يكون إما شخصا طبيعيا أو معنويا .[2]

وبصفة عامة فإن التوقيع سواء كان تقليديا بمعنى أنه على دعامة مادية أو إلكترونيا مبني على دعامة إلكترونية فهو أسلوب يمكن من تحديد هوية الشخص الموقع و يميزه عن غيره ، وكذلك نسب ما تضمنه التوقيع إليه بمعنى إلتزامه بالسند الذي وقع عليه بكامل محتوياته [3].

---

[1]- المادة 2 من القانون 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2009 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ،ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

[2]- عرفت المادة 1 فقرة د من قانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية " UN CITRAL" الموقع على أنه : " يعني شخصا حائزا على بيانات إنشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه وإما نيابة عن الشخص الذي يمثله " .

[3]- قدري عبد الفتاح الشيهاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 398 .

2- التوقيع: وسائل خاصة بالموقع

إن التوقيع الإلكتروني المؤمن يكون بوسائل خاصة بموقعه ، بمعنى أن التوقيع الإلكتروني الذي يعتمد على وسيلة تقنية مؤمنة ، تكون تحت الرقابة الخاصة و الحصرية لصاحبها .

ويوجد عدة وسائل تمكن الموقع من ذلك في المعاملات التجارية و المالية أو غيرها ، مثل إعداد برنامج يوضع في القرص الصلب لجهاز الحاسوب ، أو باستعمال تقنيات تستخدم فيها نظام التشفير الذي يتميز بأنه يوفر الرقابة الحصرية لصاحبه على توقيعه ، أو باستعمال نظام بيومتري يعتمد على الصفات الذاتية للموقع ، ومع ذلك لا يمكن الجزم بأنه توجد تقنية مؤمنة كاملة لأن كل الأنظمة التأمينية لها ثغرات يستطيع للمخترقين استغلالها [1].

إن الوسائل الخاصة بالموقع بمعنى الوسائل التقنية و الإجراءات المناسبة المستخدمة في معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني تضمن السرية المطلوبة ، إذ لا يمكن الوصول إليها من خلال الإستنتاج فتجعل التوقيع الإلكتروني محميا من أي تزوير من قبل الغير .

3- التوقيع: سهولة كشف التعديل

يهدف التوقيع المؤمن إلى تأكيد الصلة بين صاحبه و بين المعلومات الواردة فيه، هذا يعني أن النظام التأميني المستخدم في تضمين المعاملة يسمح بإثبات العلاقة بين صاحب التوقيع ومضمونه، حيث أن أي تحريف أو تزييف أو تعديل يكون قابلا للكشف.

كما ويتم إثبات هذه الصلة بواسطة تدخل شخص ثالث يقوم بالمصادقة الإلكترونية التي تختص بها جهات تحترف مهنة المصادقة التي يعهد إليها منح شهادات التصديق الإلكتروني ، وتتحقق في صحة

[1]- رغم قوة تقنية التشفير في تضمين وحماية المعاملة إلا أن هذا لا يجعلها تقنية آمنة بصفة مطلقة ، بل هناك نقائص وثغرات تقنية يمكن أن تلحق بها . كما ثبت في دراسة أجراها باحثين من ألمانيا حيث قدما في محاضرة التي تمت تسميتها Euro crypt 2005 نتائج أبحاثهم ، وبينا أنهما استطاعا إحداث تغيير في التوقيع الإلكتروني المؤمن .

البيانات الواردة في التوقيع الإلكتروني أو عدم صحتها ذلك كما قلنا سابقا ، لا يوجد نظام تأميني كامل بل أن كل أنظمة التشفير لها ثغرات تمكن الكثير من المخترقين للبيانات الإلكترونية لإختراقها ، لكن النظام التأميني الموثوق به يمكن من الكشف عن أي تزوير خارجي كما يكشف عن مصدره ، عندئذ يتمكن من استبعاد التوقيع الإلكتروني المزور ، ومتابعة الجهة التي صدر عنها الإختراق [1].

الفرع الخامس: صور التوقيع الإلكتروني

لم ينص المشرع الجزائري على صور التوقيع الإلكتروني وهذ ا على غرار أغلب التشريعات الأوروبية أو العربية مع أن تنظيمها يعد من الوسائل الضرورية في ميدان المعاملات الإلكترونية ، وفي الحقيقة صور التوقيع الإلكتروني تتعلق بمسألة أنظمة توثيق التوقيع الإلكتروني و المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات و الإتصالات التي أوجدت عدة أشكال من أنظمة التوقيع الإلكتروني ، وهذا باستعمال تقنيات مختلفة تمكن من زيادة مستوى الأمن في المعاملة للحفاظ على سرية المعلومات الواردة فيها ، وعدم قدرة أي شخص آخر للإطلاع عليها ، أو تعديلها أو تحريفها ، كما يمكنها أن تحدد شخصية وهوية كل من الموقع المرسل أو الموقع المستقبل ، وأن تؤكد من صحة هوية شخصيتهما مع سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني ، حينئذ ورغم صدوره في شكل إلكتروني غير مادي وغير مرئي ، يمكن القول أنه مرتبط بالموقع دون شخص آخر لأنه خضع لسيطرته دون سواه ، كما كان محميا من أي تزوير أو تحريف أو تغيير ، وإذا وقع ذلك يمكن الكشف عنه بسهولة .

إن أبرز صور التوقيع الإلكتروني هو التوقيع البيومتري الذي يستخدم فيه تقنية البيومترا القائمة على الخواص البشرية للموقع و التوقيع الإلكتروني الرقمي القائم على التشفير [2] أو مايسمى التوقيع الإلكتروني بالمفتاح العام ، والمفتاح الخاص ، لكن التوقيع الإلكتروني الأكثر استخداما هو التوقيع الإلكتروني الرقمي

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 194 .

[2]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 144 .

القائم على المفتاح العام و الخاص ، وهو ماسنتناوله ضمن هذه الدراسة حيث سنستعرض أولا التوقيع الإلكتروني البيومتري ، وثانيا التوقيع الإلكتروني الرقمي القائم على مفتاحين .

1- التوقيع الإلكتروني البيومتري

يوجد عدة صور للتوقيع الإلكتروني البيومتري وهي تقنية لا تعتمد على التشفير أو بمعنى أنها لا تعتمد على المفتاح العام أو الخاص المستخدم في التوقيع الرقمي وإنما تعتمد على الخصائص الذاتية للشخص الموقع ، إذ تكون العلامات الشخصية للموقع محل اعتبار في إنشاء التوقيع الإلكتروني [1].

ويعني مصطلح بيومترا علم المقاييس الحيوية القائمة على الأجساد البشرية حيث يتم تخزين العلامات الشخصية للفرد ومعالجتها معالجة آلية ، ومن ثمة وبفضل هذه الوسائل التقنية المستخدمة فيها يمكن التعرف على هوية الأشخاص تلقائيا ، ويمكن إنشاء التوقيع الإلكتروني بهذه التقنية حيث يكون للموقع السيطرة الكلية عليه . هذا وتتنوع تقنية التوقيع الإلكتروني البيومتري التي يمكن تصنيفها إلى صنفين ، الأول يمثل التوقيع البيومتري العادي ، أما الثاني فهو التوقيع الإلكتروني القائم على العلامة .

ولهذا سندرس ضمن هذه النقطة الأولى الأصناف المذكورة إذ سنستعرض أولا مسألة التوقيع البيومتري العادي وثانيا التوقيع الإلكتروني الصادر في شكل علامة إلكترونية .

أ- التوقيع الإلكتروني البيومتري العادي

يقوم نظام التوقيع الإلكتروني البيومتري على الخواص الكيميائية و الطبيعية للأفراد [2]، فيقوم على أساس التحقق من شخصية المتعامل بمعنى الموقع بالإعتماد على الصفات الجسمانية التي تميزه عن غيره ،

[1]- نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 197 .

[2]- قاشي بلال ، نفس المرجع السابق ، ص 180 .

وهي الخواص الذاتية له مثل البصمة الشخصية ، مسح العين البشرية ، أو التعرف على الوجه البشري ، أو خواص اليد البشرية ، أو النحقق من نبرة الصوت التي يتم تخزينها باستعمال كود سري في ذاكرة الحاسب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة، بمعنى أن صاحب التوقيع البيومتري يحصل على البيانات الأساسية باستعمال بصمته المخزونة في الكمبيوتر بحيث في حالة عدم مطابقة بصمته للبصمة المخزنة يمنع عليه استعمال تلك البيانات .

و لا يعتد بهذه الطريقة إلا إذا مكنت من تحديد هوية الموقع، لأن لهذا النظام العديد من النقائص والثغرات منها أن صورة التوقيع يتم وضعها على القرص الصلب للحاسب و من ثمة يمكن تحريفها أو نسخها بواسطة الطرق المستخدمة في القرصنة الإلكترونية، كذلك عدم إمكانية استخدام هذه التقنية مع جميع الحواسيب المتوفرة ، و يحتاج هذا النوع من التوقيع إلى إجراءات مطولة في استخدام الخصائص الذاتية للشخص الموقع مما يكلف مصروفات باهضة على عاتق هذا الأخير [1] .

ب – التوقيع الإلكتروني الصادر في شكل علامة إلكترونية

إن تقنية التوقيع الإلكتروني عن طريقة الترقيم marquage أو وضع علامة أو سمة تقوم أساسا على التقنية المسماة الستغنوغرافية steganographie و هي عموما تعني إخفاء البيانات في بيانات أخرى ، و له عدة أنواع مثل (watermarking أو fingerprinting) الذي يقوم أساسا على تخزين علامة من علامات المستخدم في علامة أخرى ، يتم وضعها بعد ذلك في قرص يوضع في الحاسب الآلي تكون بمثابة علامة لتوقيعه حيث يتمكن الموقع بواسطتها السيطرة على عناصر إنشاء توقيعه بصورة حصرية، عندئذ يمكن من خلالها التوصل إلى تمييز صاحب التوقيع عن غيره بشكل موثوق به إلى درجة كبيرة بحيث تمتاز بسهولة الكشف عن أي تزوير أو تحريف عليها لكن تبقى عرضة للتغيير و التحريف .

1– إن النظام البيومتري لا يقوم على نظام التشفير بالمفتاح العام و الخاص وإنما يقوم التشفير فيه على أساس الشخص الموقع . أنظر . ماجد راغب الحلو ، العقد الإداري الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 ، ص 85 .

2 – التوقيع الرقمي

يعد التوقيع الإلكتروني الرقمي من أهم التوقيعات الإلكترونية المستخدمة عبر الأنترنت [1]، إذ هو توقيع يعتمد على استعمال أرقام و رموز سرية من قبل المستخدم من خلال الحاسب الآلي باستعمال علم التشفير القائم أساسا على المفتاح العام و المفتاح الخاص قصد تضمين سرية البيانات و المعطيات وسلامتها و تحديد مصدر مراسلها .

و لقد كان علم التشفير خاصا بالمجال العسكري و الأمني . و ظهرت ضرورة استعماله في المعاملات الإلكترونية خصوصا في التجارة الإلكترونية و في الوفاء الإلكتروني لتأمينها من أخطار التزوير و السرقة من متخصصي السرقة عبر شبكة الأنترنت ، و كذا استعماله من قبل الغير ، مما استدعى تنظيمه بقواعد قانونية تبين مجال استخدامه مع تحديد مفهومه و أنواعه و كيفية استعماله .

و قد سبق و أن قلنا أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة الحساسة ، لهذا يؤمل في المستقبل القريب أن يقوم بتنظيمه ضمن قواعد قانونية واضحة خصوصا و أن استخدامه ضروري بالنسبة للمعاملات المالية التي تتم عبر الشبكة بين المحترف و المستهلك أو بين المؤسسات فيما بينها.

[1] – يعتبر التوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الإلكتروني ، نظرا لما يتمتع به من قدرة فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديدا دقيقا ومميزا ، إضافة لما يتمتع به أيضا من درجة عالية من الثقة و الأمان في استخدامه وتطبيقه عند إبرام العقود ، جاء التوقيع الرقمي من خلال فكرة الرموز السرية و المفاتيح المتماثلة و غير المتماثلة ، من حيث اعتماده على اللوغارتميات و المعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية ، وذلك باستخدام برنامجا محددا . بحيث لا يمكن لأحد كشف الرسالة إلا الشخص الذي يحمل مفتاح فك التشفير و التحقق من أن تحويل الرسالة قد تم باستخدام المفتاح الخاص إضافة إلى تحققه من أن الرسالة الواردة لم يلحقها أي تغيير أو تعديل .
و التوقيع الرقمي هو عبارة عن رقم سري أو رمز ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب ويسمى الترميز و الذي يقوم على تحويل الرسالة إلى صيغ غير مفهومة ثم إعادتها إلى صيغتها الأصلية حيث يقوم التوقيع الرقمي على استخدام مفتاح الترميز (التشفير) العمومي و الذي ينشئ مفتاحين مختلفين ولكنهما مترابطان رياضيا حيث يتم الحصول عليهما باستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية أو الخوارزميات غير المتناظرة . أنظر . لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ص 146 .

لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري رغم ذلك أعطى تعريفا قانونيا في المادة 02 الفقرتين 08 و 09 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين لمفهوم مفتاح التشفير الخاص و العمومي اللذان يعتمد عليهما التوقيع الرقمي في حد ذاته ، وذلك بالقول في الفقرة 08 أن " مفتاح التشفير الخاص : هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط ، وتستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني ، ويرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي " ، و الفقرة 9 تنص على أن " مفتاح التشفير العمومي : هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني ، وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني " .

هذا و تقتضي الدراسة تحديد مفهوم التشفير و كذا الأنظمة التي يقوم عليها، و عليه سنستعرض في النقطة الأولى تعريف التشفير. وأما النقطة الثانية فسنستعرض فيها أنظمته.

أ - تعريف التشفير

لم يعرف المشرع الجزائري التشفير في حد ذاته ولكنه أجازه ضمنيا عن طريق إعطاء تعريفات لمفتاح التشفير الخاص و العمومي كما سبق وأن بينا ، وبالمقابل لقد أجازت أغلبية التشريعات الأجنبية استعمال التشفير في مجال المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت ، و نظمته بنصوص قانونية في إطار قانون التجارة الإلكترونية أو في إطار قانون التوقيع الالكتروني أو ضمن مراسيم تنفيذية .

و في هذا الصدد عرفه المشرع التونسي في الفصل الثاني من قانون التجارة الإلكترونية لسنة 2000 أنه : "استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لايمكن الوصول إلى المعلومة دونها " .

أما المشرع الفرنسي فقد عرفه ضمن المادة 28 من قانون رقم 90-1170 المؤرخ في 1990/12/29 المتعلقة بتنظيم الإتصالات التي جاء في مضمونها أنه يفهم من خدمات التشفير كل الخدمات التي ترمي إلى تغيير البيانات أو الإشارات الواضحة إلى بيانات أو إشارات غير مفهومة من قبل

الغير أو العكس بفضل معدات أو برامج مصممة لهذا الغرض، يتضح إذا أن التشفير هو تقنية خاصة تهدف عموما إلى إخفاء المعلومات و البيانات، حتى لاتكون معلومة في متناول الغير وهذا لضمان سلامتها وسريتها.

كما تناول الفقه تعريفا للتشفير نظرا لأهميته [1] ، حيث عرفه ابراهيم الدسوقي أبو الليل فيقول : "بأنه تغيير في البيانات عن طريقها إلى رموز أو إشارات لمنع الغير من معرفتها أو تعديلها "

وعرفه ماجد راغب الحلو "بأنه عبارة عن أرقام مطبوعة لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة نفسها باستعمال مفاتيح سرية" [2]

أما اليزابيت فولي باسون " فجاءت في مجمل قولها ، أنه دراسة متمثلة في مجموعة من التقنيات التي تضمن سرية البيانات و سلامتها و توثيق مصدرها " [3]

و يرى ليونال بوشرباغ " بأنه مجموعة من التقنيات التي تهدف إلى حماية المعلومات ، بفضل استعمال بروتوكولات سرية ، تجعل البيانات مشفرة غير مفهومة لدى الغير، بواسطة البرامج المخصصة لذلك" [4].

و اعتبره بانجمان فراجي " بأنه فرع من فروع الرياضيات يهدف إلى تغيير البيانات أو المعلومات و جعلها غير مفهومة و صعبة القراءة بالنسبة للغير " [5].

و يتضح أن كل هذه التعاريف الواردة سواء في التشريع أو الفقه تتفق على اعتبار التشفير بأنه عملية تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة لمنع الغير من الإطلاع عليها أو فهمها، لهذا تنطوي عملية

---

[1]– نظرا لأهمية التشفير في التجارة الإلكترونية العالمية ، ظهرت جمعية عالمية لكريبتولوجيا الأبحاث المسماة " AICR " تهدف إلى إيجاد أحسن تطبيقات التشفير في المعاملات الإلكترونية ، التي تمر عبر شبكة الأنترنت حيث تقوم بإلقاء محاضرات عبر العالم . أنظر موقع الجمعية التالي :www.iacr.org

[2]- ماجد راغب الحلو، نفس المرجع السابق ، ص 87 .

[3] - Elisabeth FOLY-PASSANT,l'écrit confronté aux nouvelles technologies,LGDJ ,2006,p265 .

[4] - Lionel BOUCHURBERG,Internet et commerce éléctronique, 2ème édition, DELMAS ,2001,p155 et 156.

[5] - Benjamin FARRAGI,Commerce éléctronique et moyens de paiments,1ère édition,Dunod,1998, p 65 .

التشفير أساسا على تحويل النصوص العادية إلى نصوص مشفرة، و من المعلوم أن الأنترنت تشكل في هذه الأيام الوسط الأضخم لنقل المعلومات ولابد من نقل المعلومات الحساسة مثل الحركات المالية بصيغة مشفرة للمحافظة على سلامتها و تأمينها و تستخدم بذلك المفاتيح في تشفير (encryption) الرسالة الإلكترونية ، وفك تشفيرها (decryption) .

و تستند هذه المفاتيح إلى صيغ رياضية معقدة المسماة بالخوارزميات و تعتمد قوة و فعالية التشفير على عاملين أساسيين هما الخوارزمية ، و طول المفتاح (مقدرا بالبت bits) ، و من ناحية أخرى فإن فك التشفير هو عملية إعادة تحويل البيانات إلى صيغتها الأصلية ، و ذلك باستخدام المفتاح المناسب لفك الشفرة .

ب – أنظمة التشفير

تعتمد تقنية التشفير على نظامين ، النظام الأول هم النظام المتماثل "السيمتري" و الثاني هو النظام اللامتماثل "أسيمتري" و سنتناول في الحين هذين النظامين.

– النظام المتماثل:

يقوم النظام المتماثل symetrique على أساس وجود مفتاحين لدى المرسل أو المرسل إليه ، بحيث يكون لكليهما مفتاح يحمل رقما سريا ، و يكون معلوما لديهما ، فيتم إرسال المعطيات في شكل مجمع (block cipher) له حجم ثابت في الغالب يحمل مفتاح (64 bits) بحيث أن عملية تشفير المعطيات أو فك التشفير عنها سواء عند الإرسال أو الإستقبال تكون نفسها لدى الطرفين .

و من مزايا هذا النظام أنه لا يحتاج إلى حواسيب ذات قوة كبيرة كما أن فك الشفرة لا يستغرق وقتا طويلا لكن من عيوبه أنه يستعمل عدة مفاتيح تكون معلومة لدى العديد من الأشخاص .

– التشفير اللامتماثل :

يقوم التشفيير اللامتماثل Asymétrique على أساس طريقتين مختلفتين لتشفير المعطيات عند الإرسال و فكه عند الإستقبال باستعمال المفتاح العام و المفتاح الخاص.

والمفتاح العام يكون معروفا لدى الجميع ، و لا يحتفظ به سرا ، أما المفتاح الثاني فهو مفتاح خاص بصاحبه عليه أن يحتفظ به ليظل سرا في حيازته الذي بفضله تتم عملية تفريم "hachage" البيانات المراد إخفائها للحفاظ على سلامتها و سريتها ، و كذلك فك التشفير و قراءة ماورد في المعطيات ، و تسمى كذلك هذه التقنية بـ RSA نسبة لمخترعيها[1] .

و يمتاز هذا النظام أن كل من المفتاح العام يعمل بطريقة معاكسة للمفتاح الخاص، و هي التقنية المستعملة بشكل واسع و نالت نجاحا كبيرا ، وهو التشفير الذي عرفه المشرع الجزائري بشكل غير مباشر عند تعريفه لمفتاح التشفير الخاص و العمومي ، وتعريف هذا الأخير يتماشى تماما مع نظام التشفير اللامتماثل .

الفرع السادس: حجية التوقيع الإلكتروني

لقد استجاب المشرع الجزائري للتغيرات التي طرأت على وسائل الإتصالات و الإعلام واستعمالها في المعاملات حيث سار على ما نهجته تشريعات العالم في الإعتراف بالكتابة الإلكترونية [2] التي دعت الأمم المتحدة إليه من خلال لجنة" أونيسترال " التابعة لها .

و في هذا الصدد نص المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم05-10 اصلادر في 2005/07/20 على أنه :" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" .

---

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 140 و 141 .

[2]– الكتابة المقصودة في مفهوم التشريع الجزائري ، هي الكتابة العرفية دون الكتابة الرسمية التي بقيت تخضع لنظام التوثيق التقليدي .

كما جاء في نص 327 من نفس القانون ما يلي:" يعتبر العقد العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينطر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء....ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه " .

ومن خلال هذين النصين يكون المشرع الجزائري قد تبنى صراحة الكتابة الإلكترونية وأقر المساواة بين الكتابة التي تقوم على دعامة ورقية أو على دعامة إلكترونية ، واعترف لها بنفس الحجية المقررة للكتابة على ورق عندما تستجيب لمتطلبات المادة 323 مكرر وهي أن تكون محددة الهوية وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها،هذا يعني أن الكتابة لا تعتبر دليلا إلا إذا اشتملت على توقيع صاحبها .

ولقد أصبح مدلول الكتابة الإلكترونية مرتبطا بالتوقيع الإلكتروني الذي تناولناه حيث لا يعتد به إلا إذا توفرت فيه الشروط المذكورة و المتمثلة أساسا في ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره وأن يكون تحت سيطرته الحصرية وأن أي تعديل أو تغيير في بياناته يكون قابلا للكشف ولكي تتحقق تلك الشروط يجب أن يتم إنشاء التوقيع الإلكتروني وفقا للبيانات المحددة و المتمثلة في إجراءات توثيق التوقيع منها استخدام تقنيات خاصة التي تجعله توقيعا موثوقا به فتصدر بشأنه شهادة تصديق إلكترونية من جهة مختصة بذلك و الموثوق بها حينئذ يمكن القول أنه يكتسي حجية في الإثبات شأنه شأن الكتابة التقليدية .

وقد سبق و قلنا أن المشرع الجزائري قد تبنى ازدواجية التوقيع الإلكتروني أي التوقيع الإلكتروني العام (العمومي) أو البسيط و التوقيع الإلكتروني المؤمن أو المتقدم و من جهة أخرى اعترف بحجية التوقيع الإلكتروني كورقة عرفية دون الورقة الرسمية التي تبقى خاضعة للقواعد العامة التقليدية ،إلا أن بعض التشريعات الأجنبية لم تضع هذا التمييز و اعترفت بحجية الكتابة الإلكترونية العرفية و الرسمية معا هذا وتقتضي منا الدراسة التطرق إلى مصداقية التقنية وارتباطها بالحجية في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسنستعرض فيه التنازع بين التوقيع الإلكتروني و الورقة التقليدية .

1- مصداقية التقنية وارتباطها بالحجية

اتضح لنا أن المشرع الجزائري قد اعترف بحجية الكتابة الإلكترونية وأعطى لها حجية الورقة العرفية أما الورقة الرسمية فإنها لا تكون إلا بورقة مكتوبة صادرة وفقا لإجراءات التوثيق التقليدي المقرر قانونا ، ويعتد بالتوقيع الإلكتروني كدليل في الإثبات بنفس المنزلة المقررة للدليل التقليدي .

لكن سبق وأن رأينا المشرع الجزائري و كمعظم المشرعين في العالم قد اشترط لتمتع التوقيع الإلكتروني الحجية جملة من الشروط المحددة في المادة 3 من المرسوم07-162 المذكورة و الموافقة للمادة 11 من قانون 15-04 [1]اللتان تؤكدان على مصداقية التقنية المستعملة في التوقيع الإلكتروني و هي أن يكون التوقيع الإلكتروني خاصا بالموقع و أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية و أن تضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابل للكشف .

ومن ناحية أخرى فإن المشرع الجزائري وتحديدا في المادة 8 من قانون 15- 04 قد حسم الموقف وهذا بدليل نصها على أن " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب ، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي " ، فالحجية حسمت هنا على أساس أن التوقيع الإلكتروني الموصوف فقط هو الذي يوازي ويماثل حجية التوقيع التقليدي وهذا حصريا فقط .

ولقد قلنا أن المشرع الجزائري اعتمد نوعين من التوقيع الإلكتروني توقيع عام أو بسيط وتوقيع إلكتروني مؤمن أو متقدم أو موصوف حسب ارتباطه بالتقنية المستخدمة هذا يعني أن الحجية في الإثبات تتأثر مباشرة بالتقنية المستخدمة و المرتبطة بها ارتباطا وثيقا لهذا سنستعرض في أولا حجية التوقيع الإلكتروني العام و المؤمن أما ثانيا فسنتناول تأثير التقنية على الحجية .

[1]- المادة 2 من القانون 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2009 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ،ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

أ – حجية التوقيع الإلكتروني العام و المؤمن

رغم أن معظم تشريعات العالم أخذت بمبدأ الحياد تجاه التقنيات التكنولوجية المتاحة لتحقيق شروط حجية التوقيع الإلكتروني إلا أن الأمر استقر على وجود نوعين من التوقيع الإلكتروني العام بمعنى البسيط الذي كما سبق أن رأينا لا يخضع للشروط المنصوص عليها في التوقيع الإلكتروني المؤمن و التوقيع الإلكتروني المؤمن هو الذي يستجيب للشروط المنصوص عليها قانونا لكن هذه الإزدواجية نتج عنها إشكالية متمثلة في مدى مساواة التوقيع الإلكتروني العام بالتوقيع الإلكتروني المؤمن [1].

حيث أن الإشكالية تكمن في أن هذا الأخير يصدر بشأنه شهادة التصديق الالكتروني التي تقر بصحة التوقيع الإلكتروني وسلامته من أي تعديل أو تزوير وتؤكد ارتباط الموقع ببيانات إنشائه في حين أن التوقيع الإلكتروني العام لا يستجيب لكل هذه الشروط مع أنه يشمل في مضمونه دلالة في الإثبات .

ولقد عالج المشرع الجزائري إشكالية المساواة في الحجية بين الكتابة التقليدية و الكتابة الإلكترونية حيث منح لهذه الأخيرة الحجية نفسها في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني ، و المادة 8 من قانون 15–04 ومن ثمة فإن إشكالية مساواة التوقيع الإلكتروني العام بالتوقيع الإلكتروني المؤمن تبقى قائمة خصوصا عند تحديد ما يحققه كلا التوقيعين من مزايا حتى تمنح لهما الحجية الكاملة لهذا سنستعرض ضمن النقطة الأولى حجية التوقيع الإلكتروني العام في الإثبات أما الثانية فسنخصصها لحجية التوقيع الإلكتروني المؤمن أو الموصوف .

قد يكون التوقيع الإلكتروني توقيعا عاما بمعنى بسيطا لا تستخدم فيه تقنية خاصة لتأمينه وتوثيقه كما سبق وأن بينا [2] و بالرجوع الى نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري التي جاء فيها:" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف او أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس امرجع السابق ، ص 156 .

[2]– إلى جانب الشروط المذكورة في المادة 3 من المرسوم 07–162 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ، ،هو أن التوقيع الإلكتروني العام أو البسيط لا يتوافر على المصادقة الإلكترونية المطلوبة في التوقيع الإلكتروني المؤمن .

الوسيلة التي تتضمنها أو طرق إرسالها" وتقابلها المادة 9 من قانون 15-04 التي تنص " بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه ، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1 – شكله الإلكتروني ، أو ،

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

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

إن المادتين المتقابلتين جاءتا متوافقتين من حيث المبدأ ، ومن ثمة فإن التوقيع الإلكتروني الذي يتخذ هذه الأشكال و التي يمكن فهمها وقرائتها هو التوقيع الإلكتروني العام و البسيط بمعنى ذلك التوقيع الذي لم يتم وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 3 من المرسوم 07-162 المذكورة سابقا ولا في الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من قانون 15-04 و بالتالي فهو لا يستفيد من القرينة المنصوص عليها في هاتين المادتين في أنه خاص بالموقع وأنه يمكن من تحديد هوية الموقع وأن إنشائه يكون بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع وأنه يكون مرتبط بالبيانات الخاصة بالموقع بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات .

كما أن التوقيع الإلكتروني العام أو البسيط هو التوقيع الذي لم يصدر بشأنه شهادة مصادقة إلكترونية من الجهة المؤهلة لذلك أو صدرت بشأنه شهادة مصادقة عامة حينئذ يكون لمن يتمسك به أن يثبت شروط الأمان و الحفظ و السلامة المطلوبة منه.

تجدر الإشارة إلى أن هناك تطبيقات قضائية أجنبية على غرار القضاء الفرنسي الذي في بداية الأمر لم يعترف بحجية التوقيع الإلكتروني العام حيث رفض في قرار صادر عن مجلس الإستئناف" لبسنزو" الذي قضى فيه برفض الوفاء الإلكتروني الصادر عن إحدى المؤسسات لأحد عمالها و بالتالي القضاء عليها من جديد بدفع المبالغ التي كانت مطالبة بها، لأن الوفاء الذي تدعيه المؤسسة يحمل توقيعا إلكترونيا تعذر تحديد

مصدره ومصداقية مضمونه وقد قامت المؤسسة بالنقض في هذا القرار إلا أن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ2003/04/30 رفضت طعن المؤسسة الطاعنة مؤيدة في حيثياتها قرار مجلس الإستئناف "لبسنزو" بمعنى أن محكمة النقض الفرنسية لم تعترف بحجية التوقيع الإلكتروني العام [1].

كما صدر قرار في 2006/05/18 عن مجلس قضاء الإستئناف لـ " أكس أنبروفانس " قضى فيه بعدم الإعتراف بدين تم عبر تحويل بنكي إلكتروني بحجة أن التحويل البنكي الإلكتروني لا يحمل توقيعا خطيا من الدائن ، لكن بعد نقض ذوي الشأن له صدر قرار عن الغرفة الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ2008/08/13 قضت فيه بنقض القرار الصادر في 2006/05/18 عن مجلس قضاء الإستئناف "لأكس انبروفانس" وقد جاء في حيثيات القرار أن التوقيع الذي يشمل الإلتزام لا يشترط فيه أن يكون بخط اليد ، وأن التوقيع الوارد في القضية المطروحة هو توقيع إلكتروني ينتج جميع آثاره إذا تم إنشاؤه وفق إجراءات تمكن من تمييز صاحبه و المصادقة على مضمونه [2].

ويعتد بالتوقيع الإلكتروني العام أو البسيط متى كان صادرا من الشخص محدد الهوية و في حالة النزاع عليه إثبات أن توقيعه كان معدا ومحفوظا في ظروف سليمة وآمنة و في كل الحالات تعود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حجية التوقيع الإلكتروني البسيط و على عكس التوقيع الإلكتروني المؤمن أو الموصوف الذي يحقق سرية البيانات ووحدتها وعدم القدرة على إنكارها بما في ذلك تحديد هوية الموقع وتاريخ التوقيع ، ومن ثمة فإن التوقيع الإلكتروني البسيط يحقق ما يلي:

- سرية البيانات، إن التوقيع الإلكتروني البسيط يحقق قدرا من السرية في البيانات الواردة فيه بفضل التقنية المستخدمة و المقصود بها هنا الرقمية التي ينشأ من خلالها لأن الرقمية في حد ذاتها تشفر بيانات التوقيع

[1]- قرار صادر عن الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية تحت رقم 467.46-00 بتاريخ 2003/04/30 ، (Bulletin 2003.11.N118,p101).

[2]- قرار صادر عن الغرفة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2008/08/13 تحت رقم 534.17-06 . (Bulletin 2008. 1.N73)

الإلكتروني وتضمن له قدرا من السرية بحيث لا يتمكن الغير من الإطلاع عليه طالما كان يحتفظ به صاحبه ولا يقوم بإفشائه للغير أو يفقد الوسيلة التي تشمله .

– تحديد هوية الموقع،يمكن التوقيع الإلكتروني البسيط من تحديد مصدر التوقيع ، بمعنى أنه يعمل على تحديد هوية الموقع و التأكد منها لأنه أصبح من الممكن حاليا تحديد هوية الموقع بوسائل تقنية بسبب التطور التكنولوجي الحاصل في علم المعلوماتية بغض النظر عن التقنية المستخدمة في التوقيع الإلكتروني .

ب – حجية التوقيع الإلكتروني المؤمن (الموصوف)

منح المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني المؤمن الحجية الكاملة في الإثبات مثله مثل التوقيع التقليدي كورقة عرفية يرتب جميع الآثار القانونية عندما تتوافر فيه الشروط القانونية المطلوبة ، وهذا على غرار نص المادة 8 من قانون 15–04 التي تنص على " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب ، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي " .

وبذلك يستفيد التوقيع الإلكتروني المؤمن من الحجية بأنه خاص بالموقع وحده دون غيره وأن إنشائه قد تم بوسائل احتفظ بها تحت رقابته الحصرية دون سواه وأن يضمن مع الفعل المرتبط به صلة و بحيث يكون أي تعديل أو تغيير لاحقا للفعل قابلا للكشف عنه ، ولو أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها لكن ما يلاحظ من هذا أن مسألة حجية التوقيع الإكتروني من حيث قوتها مرتبطة بدرجة الوسائل التقنية المستعملة وبمدى نجاحها في توفير الأمان وصحة التوقيع الإلكتروني وسلامته حيث أصبح التوقيع الإلكتروني المؤمن يحقق وظائف أقوى من الوظائف التي يحققها التوقيع اليدوي ففضلا عن السرعة و التوقيع عن بعد فإن التوقيع الإلكتروني المؤمن يحقق كذلك المزايا الآتية:

– سرية المعلومات، تتمكن الأنترنت من خزن واسترجاع وتحليل كميات هائلة من البيانات الشخصية التي يتم تجميعها من قبل المؤسسات و الحكومات و المواقع ضمن قاعدة بيانات ضخمة يمكن نقلها من بلد إلى

بلد في ثوان وبتكاليف منخفضة الأمر الذي يشكل تهديدا لمبدأ الخصوصية الشخصية الذي يعد من المبادئ الأساسية الخاصة بالحقوق الدستورية الملازمة للشخص [1].

لهذا كان من اللازم أن يحقق التوقيع الإلكتروني المؤمن وظيفة سرية وخصوصية البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها عبر الشبكة مثل البيانات الخاصة بملفات السرية المتعلقة بالنشاط الإقتصادي أو غيره فيتم حماية كل هذه البيانات ضد أي استخدام خارجي غير مشروع بفضل مفتاح الشفرة العام والمفتاح الخاص يكون تحت السيطرة الكلية لصاحبه [2].

وسرية المعلومات كانت الشغل الشاغل بالنسبة للجميع مما أدى بالمنظمة الدولية للمعايير (ايزو iso) إلى الإهتمام بالموضوع واعتبرت أن مسألة السرية هي السبب الرئيسي في وجود أنظمة التشفير cryptosystemes وأنها تتعلق بأخلاقيات التعامل عبر الأنترنت .

وخرق تلك السرية يعد عملا إجرائيا ضمن ما يسمى بالجريمة المعلوماتية أو الجريمة الإلكترونية يعرض صاحبه للمتابعة الجزائية وقد اهتم المشرع الجزائري بمسألة سرية البيانات حيث عاقبت المادة 394 مكرر من قانون 04-15 المؤرخ في 2004/11/10 المعدل و المتمم للأمر رقم 66-156 المتضمن قانون العقوبات كل شخص يمس أو يحاول المساس بالمعطيات الشخصية المتعلقة بمنظومة المعالجة الآلية ونصت كذلك المادة 2 من قانون 09-04 [3] الموافق لسنة 2009/08/05 الخاص بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها ، أنه يقصد في مفهوم هذا القانون من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال:" جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المحددة في قانون العقوبات وأي جريمة أخرى ترتكب أو يسهل ارتكابها عن طريق منظومة معلوماتية أو نظام للإتصالات الإلكترونية " .

---

[1]- نبيل محمد أحمد صبيح ،نفس المرجع السابق ، ص 251 .

[2]- لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 162 .

[3]-المادة 2 من القانون 09-04 المؤرخ في 05 أوت 2009 ، المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها ، ج ر العدد 47 ، الصادر في 16 أوت 2009 .

– وحدة البيانات، يهدف نظام تأمين المعاملة عبر الأنترنت إلى تحقيق وحدة البيانات من أي تغيير أوتحريف ، فتحقق القدرة في بقاء البيانات الأصلية كما هي دون أن يعترضها أي تعديل أو تغيير سواء الحذف أو الزيادة أو الإستبدال ، من بداية إرسالها إلى غاية وصولها فيتلقى المرسل إليه تلك البيانات باستعمال تقنية تشفير البيانات من خلال مقارنة بصمة الرسالة المرسلة ببصمة الرسالة المستقبلة وإذا حصل و أن هذه البيانات قد تم تغييرها فإن التقنية المستعملة تكون لها القدرة في الكشف عن هذا التغيير بصورة واضحة .

– الإستيثاق من مصدر المعلومة، لما كانت المعاملات عبر الأنترنت تتم عن بعد غالبا تكون هوية الأطراف مجهولة خصوصا في المعاملات التجارية فكان من اللازم إيجاد تقنية لتحديد هوية المتعامل ويمكن للتوقيع الإلكتروني المؤمن من تحقيق ذلك فبفضله يتم التعرف على مصدر البيانات و التحقق من هوية الشخص صاحب تلك البيانات سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا وتتولى جهة المصادقة الإلكترونية المختصة القيام بذلك بواسطة إصدار شهادة المصادقة الإلكترونية .

– عدم القدرة على الإنكار، متى كان التوقيع الإلكتروني يعتمد على تقنية خاصة مؤمنة بحيث تحقق أمن وسلامة وسرية البيانات من بدايتها عند إرسالها الى غاية استقبالها ، حينئذ لا يستطيع الموقع كونه مصدر تلك الرسالة إنكار ما تتضمنه من بيانات أو مستقبل الرسالة إنكاره استقبال الرسالة خصوصا عندما يتم التحقيق بأن الرسالة لم يعترضها أي تغيير أو تعديل خارجي بفضل عملية التشفير التي تحمي التوقيع الإلكتروني .

– إثبات تاريخ البيانات، يتيح التوقيع الإلكتروني المؤمن تحديد التاريخ الذي أنشأت فيه البيانات الخاصة به ، ولا شك أن لتاريخ البيانات أهمية كبيرة حيث لا يمكن الأخذ بالتوقيع الإلكتروني كتوقيع دون شموله على تاريخ دقيق ومحدد وتبدو أهمية التاريخ من حيث انعقاد العقد التجاري الإلكتروني وترتيب الإلتزامات بين

المتعاقدين إلى جانب الحجية ذلك أن التوقيع الإلكتروني سواء كان بسيطا أو مؤمنا لا يتمتع بحجية الورقة العرفية إلا اذا كان ثابت التاريخ وكذلك بالنسبة للآجال القانونية المنصوص عليها قانونا التي يبدأ سريانها من ذلك التاريخ وتبدو كذلك أهمية التاريخ بالنسبة لشهادة المصادقة الإلكترونية التي يجب أن تصدر خلال مدة سريان صلاحيتها ويتم تحديد التاريخ وفقا للإسناد الدولي المعمول به في خطوط الطول و العرض للكرة الأرضية حسب خط غرنيتش وهناك جهات خاصة مؤهلة لتحديد تاريخ التوقيع الإلكتروني تسمى بسلطة ضبط الوقت التي تختص بتحديد تاريخ مؤمن كالبريد و المواصلات كما هو واقع في الجزائر و فرنسا أوتونس.

كما يوجد هيئات خاصة تحترف تحديد التاريخ في المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت مثل CERTID@TE لكن غالبا تقوم جهات المصادقة الإلكترونية بهذه المهمة في إطار اختصاصها المتعلق بعملية التصديق الإلكتروني .

2 - ارتباط الحجية بالتقنية

من المعلوم أن القانون يعترف بحجية المعاملة التي تتم بالوسيلة الإلكترونية بغض النظر إن كانت وسيلة مؤمنة أم لا [1] ، لكن ما هو واضح أن الحجية في التوقيع الإلكتروني مرتبطة بالتقنية المستخدمة .

حيث اشترط المشرع جملة من الشروط يتعين توفرها في وسيلة إنشاء التوقيع الإلكتروني حتى يؤخذ به مما يجعلنا نعتقد أننا بصدد تدرج من حيث قوة التوقيع الإلكتروني ومن ثمة السؤال الذي يطرح نفسه هو : هل ظهر تدرج جديد في الحجية الخاصة بالإثبات الإلكتروني ؟ بمعنى هل النظام التأميني القوي يحقق أكثر أمانا وضمانا للمعاملة الإلكترونية ؟ هل يعد أكثر حجية في الإثبات من النظام التأميني الأقل منه ؟ ومن دون شك أن الحجية في التوقيع الإلكتروني مرتبطة بالتقنية المستخدمة فيه، وما تحققه من سلامة وأمان، خصوصا مسألة حفظ الوثيقة الإلكترونية وهو الشرط الأساسي لإضفاء الحجية على الكتابة

[1]- عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 230 .

الإلكترونية عندئذ يتحدد مدى تأثير التقنية على الحجية ، وهو ما سنحاول توضيحه من خلال النقاط الآتية حيث سنتناول في النقطة الأولى مسألة حفظ الوثيقة الإلكترونية أما النقطة الثانية نتناول فيها مدى تأثير التقنية على الحجية .

أ – حفظ الوثيقة الإلكترونية

اشترط المشرع الجزائري للإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني ككتابة إلكترونية ، أن يكون محفوظا وأن يحقق هذا الحفظ سلامته وأمنه وترتبط مسألة الحفظ بالآلية المستخدمة فهي عنصر خارجي عن الكتابة الإلكترونية إلا أن المشرع الجزائري قد جعل منها شرطا من شروط حجيتها ويثير حفظ الكتابة الإلكترونية مسألة وسيلة حفظ الوثيقة الإلكترونية أي الحامل الإلكتروني الذي يشمل الوثيقة المتعددة و المتنوعة كالقرص اللين ، و القرص الصلب و القرص المضغوط وغير ذلك من الوسائل لأن حفظ الوثيقة الإلكترونية يتطلب تحديد تلك الوسيلة وكذلك جدارة الوسيلة في حفظ الوثيقة الإلكترونية بصفة دائمة حاضرا ومستقبلا وكذا سلامتها بمعنى حفظ المعلومات من تاريخ إرسالها إلى غاية إستلامها حتى يمكن الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها و الرجوع إليها عند وقوع تنازع عندئذ يمكن أن تؤدي الوثيقة الإلكترونية وظائفها المتمثلة في قدرتها على تحديد الشخص الموقع الذي صدرت عنه ، ويعبر عن قبول للإلتزامات الناتجة عن التوقيع الإلكتروني .

ب – مدى تأثير التقنية على الحجية

يبدو واضحا أن التقنية المستخدمة في تأمين التوقيع الإلكتروني قد أثرت على الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني حتى نعتقد أن هناك تدرجا في حجية التوقيع الإلكتروني فالتقنية القوية مثل تقنية المفتاح العام هي أقوى من تقنية البيومترا ، إلا أن هذا الإعتقاد لا يمكن الأخذ به في التوقيع الإلكتروني المؤمن أوفي التوقيع الإلكتروني الذي يستعمل تقنية أحسن من تقنية أخرى ، ذلك أن الإعتراف بالتوقيع الإلكتروني

يجب أن يكون مجردا من أي تقنية مستعملة . وفي هذا الصدد تقول " إليزابات جولي باسون" أنه كان من الأحسن أن يقوم المشرع بذكر شروط التقنية الواجب توافرها لتوثيق التوقيع الإلكتروني بدلا من أن يخترع نوعا جديدا للتوقيع الإلكتروني [1] .

3- تنازع بين التوقيع الإلكتروني و الورقة التقليدية

نظم المشرع الجزائري أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها فلكل منها حجيتها المحددة قانونا، فكانت المحررات الرسمية الأقوى من الأدلة الأخرى ، عندئذ لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات فيما بينها قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر رقم 05-10 الصادر في 2005/06/20 لكن بعد اعتراف المشرع لحجية التوقيع الإلكتروني في إثبات العقود و التصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينها لأنه قد يقع نزاع حول إثبات حق فيتمسك طرف بالدليل الورقي بينما يتمسك الطرف الآخر بالدليل الإلكتروني ، فأي دليل يتبنى القاضي؟ وحتى يمكن تصور التنازع لا بد أن تحقق الكتابة الإلكترونية وظائف الكتابة الورقية حتى تكون معادلة لها في الحجية، لأن التوقيع الإلكتروني ينشأ في بيئة غير مرئية و غير ملموسة ومن دون شك أن هذا الأمر يثير مدى ثقة القضاء في هذا النوع الجديد من أدلة الإثبات عندها يلعب مبدأ مصداقية الورقة الدور الأساسي و الحاسم لهذا سنتناول أولا وظائف التوقيع الإلكتروني بعد ذلك سنتناول ثانيا مبدأ التعادل في الحجية بين التوقيع الإلكتروني والورقة التقليدية أما النقطة الثالثة فنستعرض فيها مبدأ مصداقية التوقيع .

أ- وظائف التوقيع الإلكتروني:

إذا وقع تنازع بين الكتابة الإلكترونية و الكتابة الورقية فلا بد أن تكون الكتابة الإلكترونية قد حققت الوظائف نفسها التي تحققها الورقة العرفية ذلك أن قبول الكتابة الإلكترونية كدليل للإثبات لا يتم إلا إذا

[1] -« N'était-il pas aussi simple de lister les critères téchniques de fiabilité sans inventer une nouvelle catégorie de signature éléctronique ? » .Voir .Elisabeth JOLY-PASSANT, Op.cit,p261 .

حققت وظائف الدليل الورقي يعني أنها علامة خاصة بصاحبها فتحدد هويته وانصراف إرادته إلى مضمون توقيعه، حيث ينسب إلى الموقع ماورد فيه ، لأن القانون استوجب في الدليل بشكل عام سواء كان تقليديا أو إلكترونيا أن يكون موقعا ويشترط في التوقيع بصورة عامة استخدام طريقة خاصة تحدد هوية الموقع حتى ينسب ما ورد فيها له [1] ، فبالنسبة لتحديد الشخص الموقع فإن التوقيع الإلكتروني يحقق عموما أثرا هاما وهو أنه يحدد شخصية موقعه الذي أبرم التصرف عن بعد في عالم لا مادي ، فهو علامة مميزة يمكن من خلالها تحديد هوية الموقع [2]، وإذا كان التوقيع اليدوي يعتمد في ذلك على الإسم و اللقب فإن التوقيع الإلكتروني يعتمد بالإضافة إلى الإسم و اللقب استعمال وسيلة تقنية خاصة بالموقع كتقنية المفتاح العام والخاص من خلال استعمال تشفير البيانات التي تضمنها التوقيع أو باستعمال تقنية البيومترا بواسطة الخواص الذاتية للموقع .

فالتقنية المستخدمة تجعل الموقع يسيطر على توقيعه سيطرة حصرية تمكنه من الكشف عن أي تغيير أو تحريف واقع من الغير . و يتم تثبيت هذا كله كما ذكرنا سابقا من خلال شهادة المصادقة الإلكترونية التي تصدرها الهيئة المختصة نتيجة فحصها لصحة وسلامة التوقيع و التي تكون لها القدرة في إثبات ذلك حينئذ تتحقق عملية تحديد شخصية الموقع بمعنى أن التوقيع قد صدر عنه دون شخص آخر هذا وقد يكون الموقع قد وقع بإسمه الشخصي أو ممثلا عن شخص آخر ينسب إليه آثار التوقيع فيكون إما وكيلا أو وصيا أو وليا على قاصر أو ممثلا لشخص معنوي و في كل الحالات يتم تحديد وتوضيح مصدر التمثيل أو التوكيل [3] .

[1]– جاءت تعريفات متعددة للتوقيع الإلكتروني كما سبق ذكره ، لكن في مجملها تتفق على وظائفه في أنه يحدد شخصية الموقع ، وينسب له ماصدر عنه .

[2]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 150 .

[3]– إلياس ناصيف ، المرجع السابق ، ص 247 .

يعد التوقيع الإلكتروني تعبيرا عن إرادة الموقع في الإلتزام بما وقعه ، فيلتزم بالتصرف الذي تضمنه ذلك التوقيع . فالتوقيع الإلكتروني لا يعد وسيلة لتحديد الشخص الموقع فقط ، وإنما هو وسيلة لإثبات موافقة الموقع على مضمون توقيعه المتمثل في تصرف قانوني معين، وبما أن دراستنا تنصب على العقد التجاري الإلكتروني فسيكون التوقيع الإلكتروني شاملا على هذا النوع من العقود إذ سيكون عموما البائع قد التزم ببيع الشيء وبكل الآثار المترتبة عنه و الشيء نفسه بالنسبة للمشتري أو المستهلك حيث يلتزم بشراء ذلك الشيء و بالآثار المترتبة عنه و بعبارة أخرى إن إيجاب الموجب وهو البائع قد تم التعبير عنه بواسطة التوقيع الإلكتروني وكذلك المشتري يكون قد عبر عن قبوله عبره قصد إنشاء إلتزام تعاقدي فيما بينهما .

ب- مبدأ التعادل في الحجية بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الخطي:

لقد تبنى المشرع الجزائري مبدأ التعادل في الحجية بين التوقيع الإلكتروني و التوقيع الخطي صراحة وأزال أي غموض أو خلاف يمكن أن يحدث من الناحية القانونية بشأن تطبيق نص المادة323 مكرر مدني جزائري ، وما يقابلها بالمادة 9 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين فيما أثار الإشكال الواقع : هل الكتابة الإلكترونية تعادل الكتابة الورقية ؟

وكنتيجة لإضفاء الحجية على الكتابة الإلكترونية فإن الأحكام المقرر تطبيقها هي الأحكام المقررة في الكتابة العرفية متى استوفت الكتابة الإلكترونية الشروط المطلوبة قانونا تصبح حجة فيما بين أطرافه أوبالنسبة للغير سواء تعلق الأمر بالحجية من حيث صدوره ممن وقعه أو الحجية من حيث صحة الوقائع الثابتة به ، أو حجيته من حيث صحة تاريخه ، وبذلك يمكن إثبات العقود و التصرفات القانونية سواء في المعاملات المدنية أو المعاملات التجارية ، باستثناء بعض التصرفات التي تبقى خاضعة لطرق الإثبات التقليدية [1] .

1-عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 233 .

و يلاحظ أن المشرع الجزائري نظم التعاقد الإلكتروني بموجب قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية وفضلا عن ذلك اعترافه بالدليل الإلكتروني في الحجية يثير مشكلة جواز إبرام الكثير من التصرفات عبر الشبكة، مع أن هناك تصرفات لا يمكن إجراؤها إلا بطرق الإثبات التقليدية الموافقة للعقود التقليدية دون سواها ، وهذا لأسباب مختلفة إما كونها تصرفات خطيرة تستوجب شكلية تقليدية كبيع العقارات و السفن و الطائرات و الشركات أو التصرفات التي تتسم بالطابع الشخصي تستوجب حضور الأطراف بشكل مادي مثل الوصية و الهبة والوقف أو الإلتقاء بين المتعاقدين كالزواج و الطلاق .

لهذا استثنى المشرع الجزائري التصرفات التي لا يمكن إجرائها إلكترونيا كما سبق وأن وضحنا سابقا بموجب المادة 3 من قانون 18-05 ، كما تنص المادة 5 من نفس القانون على أنه " تمنع كل معاملة عن طريق الإتصالات الإلكترونية في العتاد و التجهيزات و المنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به ، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام و الأمن العمومي ".

وطبقا لما سبق سنستعرض ضمن هذه الدراسة التصرفات التي يمكن إجرائها عبر شبكة الأنترنت ونقصد بها المعاملات الإلكترونية المدنية و المعاملات التجارية ، حيث سنتناول في النقطة الأولى حجية التوقيع الإلكتروني في المعاملات المدنية ، وأما النقطة الثانية فسنتناول فيها حجية التوقيع الإلكتروني في المعاملات التجارية .

- حجية التوقيع الالكتروني في المعاملات المدنية ، يتسع نطاق تطبيق التوقيع الإلكتروني فعليا للمعاملات المدنية التي يجوز إجرائها إلكترونيا[1]، وذلك وفقا لما هو منصوص عليه في القانون المقارن إذ أن المشرع الجزائري لم ينظم هذا النوع من المعاملات وهو مايحيلها مباشرة إلى القواعد العامة على غرار القانون المدني وقانون 15-04 الخاص بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين على الأرجح ، وتشمل المعاملات المدنية

[1]- عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 234 .

الإلكترونية كل معاملة إلكترونية ذات طابع مدني سواء بالنظر إلى طرفيها أو إلى أحد الطرفين فقط و التي تخرج عن مفهوم المعاملات التجارية وهي متنوعة و متعددة تشمل العديد من المعاملات القانونية التي يرغب الأشخاص باجرائها باستخدام الوسائل الإلكترونية، وكما سبق و أن ذكرنا أن المشرع الجزائري لم يستثني أي تصرف في المعاملات المدنية ، حيث جاء النص مطلقا لكن الواقع أن هناك تصرفات لا يمكن إجرائها عبر الوسيلة الإلكترونية .

و تنظيم هذه المسألة أمر ضروري وهو جواز إبرام التصرفات المدنية عبر الوسيلة الإلكترونية إلا إذا وجد نص صريح في القانون يقضي بغير ذلك كما هو الشأن في نص المادة 6 من قانون التجارة الإلكترونية الأردني الذي استثنى بعض المعاملات المدنية من نطاق تطبيق التوقيع الإلكتروني ، مثل إنشاء الوصية أو الوقف أو التعامل في العقار أو التصرفات الخاصة بالأحوال الشخصية أو الدعاوى القضائية أو المعاملات ذات شكلية معينة التي يتطلب القانون إفراغها في شكل خاص ، إلا أنه يلاحظ أن المشرع الجزائري ومن خلال قانون 18-05 في مادته 3 الفقرة 8 استثنى " كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي "، ويفهم من الخدمة احتمال أن تكون معاملة مدنية ما .

– حجية التوقيع الإلكتروني في المعاملات التجارية، وهذا مايصب في مجال بحثنا، فمن المعلوم أن إثبات المعاملات التجارية قائم على مبدأ حرية الإثبات بمعنى أنه مبدأ ينطبق على المعاملات التي تجري بين التجار باستثناء المعاملات التي استوجب القانون خضوعها لشكلية معينة كتأسيس شركة المساهمة وفقا لنص المادة 592 ومايليها من القانون التجاري الجزائري ، وقد نص المشرع الجزائري على مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في نص المادة 333 من القانون المدني المعدلة بقانون رقم 05-10 ومن ثمة لا مانع من إثبات المعاملات التجارية من خلال التوقيع الإلكتروني ما دام القانون اعتمد مبدأ حرية الإثبات .

ويبدو أن تطبيق التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات التجارية أوسع من تطبيقه في نطاق المعاملات المدنية حيث كما رأينا من قبل أن التعاقد الإلكتروني ارتبط مفهومه بالتجارة الإلكترونية [1] القائمة أصلا على العقود التجارية الإلكترونية ، وقد كانت البنوك تنفذ معاملاتها التجارية مع التجار إلكترونيا و هذا منذ فترة طويلة من الزمن عبر نظام EDI .

وقد أدخل قانون النقد و القرض وسائل الدفع الإلكترونية عندما تبنى جميع وسائل الدفع الإلكتروني في نص المادة 69 من القانون 03-15 المؤرخ في 2003/10/15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض و التي جاء فيها ما يلي:" تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل" هذا يعني أن المشرع الجزائري قد تبنى وسائل الدفع الإلكترونية بمختلف أشكالها ، كما أدخل بطاقة الدفع و السحب الإلكترونية بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 من القانون التجاري في عنوان السندات التجارية وذلك في المادة543 مكرر 23.

ت- مبدأ مصداقية التوقيع:

يتعلق مبدأ مصداقية التوقيع بمسألة تنازع الدليل الورقي و الدليل الإلكتروني ، الذي لم يتطرق إليه المشرع الجزائري عند قيامه بتعديل القانون المدني، واعترافه بالحجية للتوقيع الإلكتروني ، إلا أنه رجع عن ذلك واعترف بحجيته عند إصداره لقانون 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين الصادر بتاريخ 2015/02/01 . [2]

[1]- عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 211 .

[2]- نصت المادة 8 من قانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 ، والذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين على أنه " يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب ، سواء كان لشخص طبيعي أومعنوي " ، وهذا مايثبت أن المشرع الجزائري حسم حجية ومصداقية التوقيع الإلكتروني الموصوف أو مايسمى بالمؤمن ، وأعطى له بذلك نفس حجية التوقيع المكتوب .

وهذا على غرار المشرع الفرنسي الذي عالج هذه المسألة في قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2000 حيث اعتمد لحل هذا النزاع على مبدأ اتفاق الطرفين، أو على مبدأ مصداقية التوقيع كما هو مبين في نص المادة 1316-2 المستحدثة بموجب قانون التوقيع الإلكتروني رقم 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000 و التي جاء في مضمونها أنه عندما لا ينص القانون على قواعد أخرى خاصة أو عندما لا يكون هناك اتفاق صريح و صحيح بين الطرفين يقوم القاضي بالفصل في النزاعات المتعلقة بالأدلة الوثائقية ، وذلك من خلال استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه من أجل تحديد السند الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته .

وقد يتفق الأطراف على الأخذ بحجية التوقيع الإلكتروني دون حجية التوقيع الورقي أو العكس في هذه الحالة ينبغي الرجوع إلى إرادة الطرفين، لكن في حالة غياب هذا الإتفاق فإن القاضي يتولى تحديد تلك الحجية لكن ما هي الوسائل التي يستخدمها القاضي الجزائري لحسم النزاع بينهما ؟

إن الوسائل التي يتمكن من خلالها القاضي الجزائري حسم نزاع محتمل بين الدليل التقليدي و الدليل الإلكتروني لا تخرج في اعتقادنا عن حالتين، إما الأخذ بإرادة الطرفين في حالة الإتفاق وهو الأصل ، وأما في حالة انعدام إتفاق بينهما سيكون مبدأ مصداقية التوقيع هو الحاسم و الفيصل ، ولتوضيح هذه المسألة سنتناول في النقطة الأولى حالة الإتفاق بين الطرفين و نخصص النقطة الثانية لسلطة القاضي التقديرية .

- حالة الإتفاق بين الطرفين:

قد يتفق طرفا العقد على تحديد قيمة التوقيع الإلكتروني من حيث الإثبات و ترجيح الدليل الورقي على الدليل الإلكتروني أو ترجيح هذا الأخير على الدليل الورقي ، و في الحالة يتم اعتماد هذا الإتفاق من قبل القاضي لأنه كما هو معلوم أن تحديد القواعد الموضوعية في الإثبات هي من النظام الخاص ، ويجوز الإتفاق على خلافها عكس القواعد الإجرائية التي تتعلق بالنظام العام فلا يجوز الإتفاق على مخالفتها .

لكن ما يلاحظ أنه في حالة الخلاف و إذا كان للموقع سلطة إنكار ما كتبه أو توقيعه أو بصمة أصبعه لاستبعاد الورقة العرفية بموجب نص المادة 337 من القانون المدني الجزائري[1] فإن الموقع في التوقيع الإلكتروني لا يتمتع بهذه السلطة لأن الوثيقة الإلكترونية لا تحمل كتابة يده أو توقيعه أو بصمة يده وإنما تشمل على بيانات رقمية صادرة عن سلطة المصادقة الإلكترونية ، هذا يؤدي بنا إلى القول أن التوقيع الإلكتروني اكتسب حجية تفوق حجية الورقة العرفية لأن تدخل المصادقة الإلكترونية تمكن من حل هذا النزاع وتعيين حقيقة ما التزم به الموقع في التوقيع الإلكتروني .

و بالنسبة للمانع المادي المعروف في الورقة التقليدية و الذي يحول دون الحصول على الدليل الكتابي، فإن هذا المبدأ يتعين النظر فيه ، و تحديد مفهومه في ظل المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد دون الإلتقاء المادي للأطراف ، خصوصا و أن الرسالة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت هي ثابتة على الموقع يمكن استخراجها عند الحاجة في أي زمان و مكان [2] ولا يستحيل الحصول على ذلك الدليل بالطرق الإلكترونية الحديثة .

- السلطة التقديرية للقاضي :

حسم المشرع الفرنسي الخلاف في الحجية الذي قد يقع بين الورقة الإلكترونية و الورقة التقليدية في حالة غياب اتفاق بين الطرفين على أساس السلطة التقديرية للقاضي لما له من حرية في تقدير عناصر الإثبات ، ويستند في تقديره لهذه العناصر على مبدأ مصداقية الدليل ، هذا يعني أن المشرع الفرنسي قد سهل للقاضي في حل النزاعات المحتملة بين الدليل الورقي و الدليل الإلكتروني من خلال منحه مسبقا سلطة

[1]- المادة 337 من الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

[2]-نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 200 .

الأخذ بالوثيقة الأكثر مصداقية من حيث صحتها واكتمال عناصرها ، سواء كانت على دعامة ورقية أودعامة إلكترونية مستعينا بكل الوسائل المتاحة له في هذا المجال حيث إذا كان الدليل إلكترونيا ، يستند عندئذ إلى ثقة الجهاز المستخدم و جدارته في حفظ الوثيقة الإلكترونية وسلامتها سواء بالنسبة لتخزين المعلومات وإرسالها و استرجاعها عند الحاجة و يتأكد القاضي من هذه العناصر بواسطة جهة المصادقة الإلكترونية المختصة في ذلك ، لكن ما يلاحظ بالنسبة للقضاء الفرنسي فإن بنائه لمبدأ الإعتراف بالحجية للكتابة الإلكترونية بدأ في الظهور مؤخرا فقط [1] .

المطلب الثاني: التصديق الإلكتروني

لما كان التعامل بين الأطراف يتم في عالم لا مادي و غير محسوس و على شبكة مفتوحة يستطيع الغير الكشف عنها و تزويرها و السطو عليها ، فأصبح من الضروري إيجاد حلول لضمان تلك المعاملة و سلامتها و هو ما يحققه التصديق الإلكتروني [2] في أنه يلعب دورا أساسيا في توثيق المعاملات الإلكترونية ، فلا يمكن تحقيق مستوى ثقة تلك المعاملات إلا من خلال المصادقة عليها .

و في الحقيقة يفهم من التصديق الإلكتروني مجموعة من التقنيات المستعملة المتمثلة في الأدوات والوسائل الآلية التي تستخدم للتأكد من صحة و أصالة طرفي المعاملة و هي تختلف في مستوياتها من حيث الأمان و التعقيد و التكلفة ، فتقنيات التصديق الإلكتروني المستخدمة تشمل العديد من الأدوات و الوسائل

[1] – صدر قرار عن الغرفة الثانية المدنية لمحكمة النقض الفرنسية بتاريخ 2008/12/04 (رقم القضية 17622) وشكل حجر الأساس لهذا الإنشاء و التشييد القضائي ، إذ أكد هذا القرار على أن الإعتراف بالحجية الإلكترونية لا يكون إلا بتوافر الشروط المنصوص عليها قانونا ، فيجب أن يكون محدد التاريخ بالإضافة إلى لزوم توثيق الوثيقة عبر أرشفتها الخاصة بمعنى توثيق العملية اللامادية بواسطة سياسة الأرشيف أو التصديق الإلكتروني لتحسين المعالجة القضائية لهذا النوع من النزاع .

[2] – اختلفت المصلحات القانونية في التشريعات العربية بشأن المصادقة الإلكترونية ،فمنهم من يسميها بالمصادقة ، والبعض يسميها بالتصديق كما هو وارد في القانون الجزائري ، أما البعض الآخر يسميها بالتوثيق الإلكتروني .

التي يتم من خلالها إنشاء التوقيع الإلكتروني [1] كما وضحنا سابقا، و عليه و لإتمام إنشاء التوقيع الإلكتروني و ضمان سلامته و أمنه ، بمعنى أنه تتوافر فيه كل الشروط القانونية المذكورة ، و هي كما سبق و أن ذكرنا أن يكون خاصا بالموقع و أن يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها هو (الموقع) تحت رقابته الحصرية، فيضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه .

و يلعب التصديق الإلكتروني أيضا الدور المحايد في العلاقة بين المتعاقدين فهو طرف ثالث خارج عن العلاقة بين المرسل و المستقبل يؤكد صحة تلك الشروط القانونية في التوقيع الإلكتروني من خلال إصدار شهادة المصادقة الإلكترونية، و لقد اختلفت المصطلحات بشأن الجهات المختصة في التصديق الإلكتروني فمنها من يطلق عليها مصطلح"مؤدي الخدمة" كما هو وارد في النص المادة 03 من المرسوم 07-162 الجزائري ، أو " مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني " طبق لنص المادة 2 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين أو "مزودة الخدمة " كما ورد في نص الفصل الثاني من القانون التونسي أو "جهات التصديق " كما جاء في نص المادة 01 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري ، أو "جهة التوثيق" كما جاء في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

و لتحديد مفهوم مؤدي خدمات المصادقة الإلكترونية تقتضي الدراسة أن نتناول تعريف مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية، و كذلك شهادة المصادقة الإلكترونية التي يصدرها. لهذا سنستعرض أولا شرح مؤدي خدمات المصادقة الإلكترونية، أما النقطة الثانية فسنستعرض فيها شهادة المصادقة الإلكترونية.

[1]- لإثبات الصلة بين الموقع والمفاتيح التي استعملها هذا الأخير ، يصدر مزود خدمة المصادقة شهادة يثبت فيها أن التوقيع الرقمي أنشئ باستخدام مفتاح الموقع ، حيث يتم التحقق من معرفة المفتاح العام و الخاص المستعمل من قبل الموقع ، هذا وإن المفاتيح المشفرة تصدرها تلك السلطات التي تحافظ على سريتها .

الفرع الأول: مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

يعد مؤدي خدمات التصديق الالكتروني من الغير ، أي أنه طرف أجنبي عن العلاقة التعاقدية التي تربط الأطراف المتعاقدة خاصة و في المعاملات الإلكترونية عامة ، حيث يعد الوسيط الضامن إذ يضمن سلامة و سرية البيانات التي يتلاقاها منهم [1]، فيسند له مهام توثيق المعاملة الإلكترونية بدءا من الإلتزام بضمان صحة و سرية البيانات الإلكترونية الواردة عن أطراف المعاملة و التأكد من هويتهما و حفظ الشهادات الإلكترونية ، و بذلك تعد خدمة التصديق الإلكتروني ضرورية في توثيق المعاملة الإلكترونية .

و بهذا الصدد يمكن القول أن التصديق الإلكتروني هو شرط لصحة التوقيع الإلكتروني ، و الدليل على ذلك أن المشرع الجزائري لم يقر وجود وسيلة أخرى لتوثيق المعاملة الإلكترونية إلا بواسطة التصديق الإلكتروني، و التي تسهل على القضاء الأخذ به حتى يحقق الحجية المرجوة منه بشكل كامل و هو تحديد شخصية الموقع و تأكيد ارتباطه ببيانات توقيعه ، هذا رغم أن التقدم التكنولوجي في مجال المعلوماتية قد أوجد برامج جديدة تضمن درجة عالية من الأمان دون تدخل الغير في المصادقة الإلكترونية، لكن ينبغي تبني الكتابة الإلكترونية بشكل عام و منحها الحجية التامة رغم انعدام شهادة المصادقة .و بهذا الصدد أوصى الإتحاد الأوروبي بتاريخ 1999/11/30 بعدم إنكار الحجية على التوقيع الإلكتروني غير المدعم بالتصديق الإلكتروني . ويعد مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني إما شخصا طبيعيا أو معنويا ، و يتعين أن يكون أهلا في ممارسة التصديق الإلكتروني بمعنى أنه مؤهل للقيام بذلك ، وهذا بأن يفي بمتطلبات فنية وتقنية وقانونية من خلال استعمال نظام تأمين للمعلومات يضمن سلامتها و سريتها و صحتها. و لتحديد مفهوم مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني، سنعمل على تقديم كل من تعريفه و أهليته وأخيرا الشهادة التي يصدرها.لهذا سنتناول في العنصر الأول تعريف مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني.أما في الثاني سنتناول فيه تحديد أهلية مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني و نخصص العنصر الثالث لاختصاصه.

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 205 .

1 – تعريف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

لقد نصت المادة 29 من قانون 15-04 الجزائري الخاص بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[1] على أن " تعين السلطة المكلفة بضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية في مفهوم هذا القانون ، سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني " ، كما عرفت الفقرة 10 من المادة 03 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 07-162 المؤرخ في 2007/05/30 الجهات المختصة في التصديق الإلكتروني بما يلي: "مؤدي خدمات التصديق هو كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من قانون رقم 2000-03 المؤرخ في 2000/08/05 يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني " .

و بالرجوع إلى نص المادة 8 فقرة 8 من قانون رقم 03-2000 المؤرخ في 2000/08/05 المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية [2]فقد عرفت موفر الخدمة بأنه:" كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمة مستعملا وسائل المواصلات السلكية و اللاسلكية " .

وقد نظم المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المذكور نشاط التصديق الإلكتروني بإخضاعه لنظام الترخيص المنصوص عليه في المادة 39من القانون 03-2000. و قد نصت المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 على أنه" يخضع لترخيص تمنحه سلطة الضبط للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية إنشاء استغلال خدمات التصديق الإلكتروني " .

و بالرجوع إلى نص المادة 39 من قانون رقم 03-2000 المؤرخ في 2000/12/05، فإنها تنص على أنه "يمنح الترخيص لكل شخص طبيعي أو معنوي يلتزم باحترام الشروط التي تحددها سلطة الضبط في

[1]– المادة 29 من القانون 15-04 المؤرخ في أول فبراير 2009 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ،ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

[2]– المادة 8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد و بالمواصلات السلكية و اللاسلكية ، ج ر العدد 48 ، الصادر في 6 أوت 2000 .

مجال إنشاء و استغلال الشبكات و/أو تقديم الخدمات الخاضعة لنظام الترخيص ". هذا و طبقا لنص المادة 3 من المرسوم نفسه رقم 162/07 فقد يكون مؤدي خدمات التصديق أجنبيا أي من جنسية أجنبية ، لكن عليه أن يستجيب للشروط الطلوبة قانونا، و من أهم هذه الشروط الترخيص بممارسة نشاط التصديق الإلكتروني .

وقد أوجب المشرع الجزائري الشروط اللازم توفرها في مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني ، وهذا تحديدا في نص المادة 33 التي تنص على " يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى ترخيص تمنحه السلطة الإقتصادية للتصديق الإلكتروني " ، كما تنص المادة 34 على أنه " يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية : – أن يتمتع بقدرة مالية كافية ، – أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام و الإتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي ، – أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني " .

2 – أهلية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني

يشترط في مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أن يكون أهلا للقيام بخدمة التصديق الإلكتروني ، والأهلية qualification المقصودة هنا تعني أن مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يتمتع بمتطلبات وإمكانيات و كفاءات تقنية و قانونية و مادية و مهنية تؤهله للقيام بذلك [1]، لأنه سيكون بمثابة الطرف الحاسم في إثبات مدى صحة أو عدم صحة المعاملات الواقعة بين الأطراف فهو محل ثقة لضمان مدى صحة التوقيعات الإلكترونية ، و غالبا لاكتساب تلك الأهلية تشترط بعض تشريعات الدول مؤهلات متنوعة وتختلف تلك المؤهلات من بلد إلى آخر حسب توجيهات و متطلبات تلك الدول .

هذا و لقد أوجب المشرع الجزائري جملة من المؤهلات المتنوعة فبداية من المرسوم 07–162 ، الذي تمت الإشارة فيه على مستوى المادة 3 فقرة 11 منه بقوله أن "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني يقدم

1- خالد ممدوح إبراهيم ، نفس المرجع السابق ، ص 196 .

خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة " ويقصد بالنوعية الخاصة مجموعة المؤهلات المذكورة و التي تحدد في الغالب من خلال التنظيم.

و بالرجوع إلى المواد 38 ، 39 ، 42 ، 43 من قانون 15- 04 فإننا نجد ضرورة أن يرفق دفتر شروط يحدد شروط وكيفيات تأدية خدمات التصديق الإلكتروني ، وأن تمنح شهادة التأهيل و الترخيص بصفة شخصية ، ولا يمكن التنازل عنها ، وضمان الحفاظ على سرية البيانات و المعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة ، فضلا عن ضمان موافقة الموقع الصريحة .

هذا وفضلا عن ذلك فإن المادة 34 المذكورة سابقا توضح أن المؤهلات الهامة المنصوص عليها هي ضمان أن يتمتع مؤدي خدمات التصديق بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والإتصال .

حيث وعلى سبيل المقارنة وبخصوص القانون الفرنسي مثلا نجد أن المادة 6 فقرة 2 من المرسوم 2001-272 المؤرخ في 2001/03/30 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني قد حددت تلك المؤهلات منها أن تكون خدماته موثوقا بها ، و أن يمسك سجلا إلكترونيا بقيد كل شهادات المصادقة الإلكترونية ، أن يوظف إطارات مختصة في ميدان المصادقة الإلكترونية بما في ذلك استعمال تقنيات مخصصة و مناسبة في توثيق المعطيات و سلامتها ، و أن اتخاذ كل الاجراءات التي من شأنها تجنيب كل التحريف و التزوير ، ضمان سرية المعطيات الواردة في التوقيع الإلكتروني ، الحفاظ على الشهادة الإلكترونية لإمكانية تقديمها في حالة نزاع أمام القضاء ، استعمال تقنيات من أجل المحافظة على شهادات المصادقة الإلكترونية و الإشراف عليها مع ضمان عدم الإستعمال السيء لها .

ومتى توفرت كل المؤهلات في الجهة التي تريد مزاولة الخدمات الإلكترونية تستفيد حينئذ من شهادة تأهيل للقيام بخدمات التصديق الإلكتروني[1]. و قد عرفت المادة 3 فقرة 11 من المرسوم التنفيذي الجزائري

[1]- خالد ممدوح إبراهيم ، نفس المرجع السابق ، ص 197 .

أهلية مؤدي الخدمات الإلكترونية بأنه " الوثيقة التي تثبت من خلالها بأن مؤديا لخدمات التصديق الإلكتروني يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة".

ولقد نصت المادة 35 من قانون 15-04 على أن " تمنح شهادة التأهيل قبل الحصول على الترخيص لمدة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة، وتمنح لكل شخص طبيعي أو معنوي لتهيئة كل الوسائل اللازمة لتأدية خدمات التصديق الإلكتروني ".

و لم يعرف المشرع الجزائري تلك الوثيقة على عكس المشرع الفرنسي الذي جاء في مجمل تعريفه لها في نص المادة 1 فقرة 12 من المرسوم رقم 2001-272 بأنها قرار صادر عن الغير ، و هو هيئة التأهيل ، تصرح أو تشهد بأن مؤدي خدمة المصادقة الإلكترونية يزود الخدمات الإلكترونية بالشروط المطلوبة والخاصة بالتأهيل .

و هيئة التأهيل هي غالبا هيئة تابعة للدولة تختلف من بلد إلى آخر فهي سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية و اللاسلكية في الجزائر ، و هي في فرنسا المديرية المركزية لأمن الأنظمة الإعلامية والتي تعمل تحت وصاية الوزير الأول ، أما في تونس هي الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية ، و قد تم في مصر إنشاء هيئة عامة تسمى " هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات " تتمتع بالشخصية الإعتبارية يسند إليها مهام متنوعة في مجال تكنولوجيا المعلومات أهمها الإعتراف بأهلية مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني .

وقد أوجبت المعاملات الإلكترونية في مجال التصديق الإلكتروني أن يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني متمتعا بكفاءة عالية ، و هذا من خلال الإعتراف بالثقة و الجودة (علامة الجودة) في ممارسة تلك الإختصاصات تنال ثقة المتعاملين على الشبكة ، لزرع الثقة و الإستقرار في المعاملات الإلكترونية مهما كان نوعها، و في القانون الفرنسي يمر الإعتراف بذلك من خلال تقييم و تقدير من جهات مختصة هي جهات معتمدة ، تمنح الإعتراف بالثقة في أهلية مؤدي خدمات المصادقة الإلكترونية، فبالإضافة إلى شهادة

تأهيل مؤدي خدمات المصادقة الإلكترونية تصدر شهادة أخرى تسمى بشهادة الثقة التي تهدف إلى منح الثقة في مؤدي خدمة المصادقة و التي يثبت فيها أن كل الشروط القانونية و التقنية الضرورية لمزاولة المصادقة الإلكترونية هي متوافرة في مؤدي تلك الخدمات.

و أما في الجزائر فتنص المادة 30 على " أنه تكلف السلطة الإقتصادية للتصديق الإلكتروني بمتابعة ومراقبة مؤديي خدمات التصديق الإلكتروني الذين يقدمون خدمات التوقيع و التصديق الإلكترونيين لصالح الجمهور " .

3 – اختصاصات مؤدي خدمات التصديق

إن أهم اختصاص يسند لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني هي عملية التصديق الإلكتروني، التي تهدف إلى ضمان صحة البيانات الإلكترونية و سلامتها، و تغطي مجالات عدة مثل التجارة الإلكترونية والإدارة و الخدمات البنكية [1] .

ويتم إصدار و تسليم شهادات التصديق الإلكتروني التي تضمن فيها سلامة و صحة تلك البيانات ، و جاء في نص المادة 3 فقرة 10 من المرسوم التنفيذي الجزائري رقم 07–162 مايلي:" يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني " ، وهو نفس إطار الإختصاصات المنصوص عليها في المواد 42 ، 43 ، 44 ، 45 من قانون 15–04 ، بمعنى أن مؤدي خدمات التصديق إلى جانب تسليمه لشهادات المصادقة الإلكترونية فهو يقوم بأداء خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الإلكتروني و هي متنوعة مثل حفظ الوثائق الإلكترونية، و اتخاذ التدابير اللازمة لتوفير الحماية لها وفقا للشروط و الضوابط المنصوص عليها قانونا، بمعنى أدق أن يقوم بالتحقق من أن التوقيع الإلكتروني قد تم تنفيذه من شخص معين و محدد، أو أن يثبت التغييرات و الأخطاء التي قد تحدث بعد إنشائه، بما في ذلك استخدام وسائل

[1] - Olivier D'AUZON,Le droit du commerce éléctronique, Edition du puits fleuri ,2004 ,p 15 .

التحليل للتعرف على الرموز و الكلمات و الأرقام و فك التشفير أو أي إجراء من إجراءات التحقق من معطيات التوقيع الإلكتروني و الحفاظ عليها.

ويعد التصديق الإلكتروني عاملا أساسيا من عوامل نجاح منظومة أمن المعطيات الإلكترونية ، فلا يمكن تحقيق نتائج نجاح المعاملات الإلكترونية دون رفع مستوى ثقة المستخدم أو المتعاقد بأمن النظام المعمول به ، و كذلك بمستوى الحماية القانونية للمعاملات الإلكترونية التي تنفذ عبر الشبكة الإلكترونية . فبفضل التصديق الإلكتروني يمكن تحديد هوية المتعامل ، و ربط معطيات تعامله به مع ضمان سلامة هذه المعطيات و صحتها بواسطة شهادة التصديق الإلكتروني .

و يتعين كذلك على مزود خدمة التصديق الإلكترونية مسك سجل إلكتروني تدون فيه تلك الشهادات و ما تشمله من معلومات و بيانات سواء عند إصدارها أو إلغائها أو تحديد مدتها مع اتخاذ كل الإجراءات الضرورية لحمايتها من التقليد أو التزوير ، و نص المشرع الجزائري على هذه المسألة تحديدا في المادة 44 الفقرة 3 من قانون 15-04 بقوله " وفيما يخص الأشخاص المعنوية ، يحتفظ مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بسجل يدون فيه هوية وصفة الممثل القانوني للشخص المعنوي المستعمل للتوقيع بشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ، بحيث يمكن تحديد هوية الشخص الطبيعي عند كل استعمال لهذا التوقيع الإلكتروني " .

إلا أنه يلاحظ بأن المشرع الجزائري ومن خلال المواد 42 ، 43 ، 44 ، 45 ، 46 ، 47 ، من قانون 15-04 [1]نص على إلتزامات واختصاصات مؤدي خدمات التصديق على غرار إلغاء شهادة التصديق في حال ماقد تم منحها على أساس معلومات خاطئة أو أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق أو عند إعلامه بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني ، وغيرها من الإختصاصات ، وبالمقابل فإن هذه الإختصاصات تنتج عنها مسؤولية على عاتق مؤدي هذه الخدمات .

[1]- المواد 42 ، 44 ، 45 ، 46 ، 47 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

حيث تنص المواد 53 ، 54 ومابعدها من قانون 15-04 وتحديدا تحت القسم الثاني الخاص بمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وصاحب شهادة التصديق الإلكتروني ، فتنص المادة 53 على أن " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ، مسؤولا عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي ، اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني وذلك فيما يخص :

1- صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، في التاريخ الذي منحت فيه، ووجود جميع البيانات الواجب توفرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة،

2- التأكد عند منح شهادة التصديق الإلكتروني ، أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ، يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة و/أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني ،

3- التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع ، و التحقق منه بصفة متكاملة ،

إلا في حالة ماإذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال " .

حيث وبالموازاة مع ذلك فإن المادة 54 من نفس القانون[1] أيضا تنص على " يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ، مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه ، و الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة ، إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال " .

حيث تنص المادة 55 أيضا إلى إمكانية الإشارة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إلى الحدود المفروضة على استعمال هذه الشهادة ، ومن ثم انتفاء

[1]- المادة 56 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

المسؤولية عن هذا الأخير ، كما تنص المادة 56 أنه يمكن لهذا الأخير الإشارة إلى الحد الأقصى لقيمة المعاملات التي يمكن أن تستعمل في حدودها هذه الشهادة ، ومن ثمة أيضا إمكانية انتفاء مسؤوليته ، كما تنص المادة 57 على أنه لا يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن الضرر الناتج عن عدم احترام صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة لشروط استعمال بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني .

حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري أولى أهمية كبيرة لتحديد مسؤولية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من عدمه ، وهذا كله في سبيل إرساء الثقة في التعاملات التجارية الإلكترونية بوجه عام وفي إبرام وتكوين العقود التجارية الإلكترونية بوجه خاص ، وهذا على غرار الكثير من التشريعات الأجنبية .

أنه و بالرجوع إلى التشريع التونسي مثلا نجد أن الفصل 13 و 14 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي قد نظمت مسألة مسك السجل الإلكتروني ، حيث أوجبت أن يكون هذا السجل مفتوحا بطريقة مستمرة يمكن لذوي الشأن الإطلاع عليه في أي وقت و طبقا للفصل 15 و 16 من القانون نفسه يتعين على مزود هذه الخدمة أن يحافظ على سرية البيانات الواردة فيه و يمنع عليه استعمالها خارج المصادقة الإلكترونية كما يمنع عليه جمع المعلومات ذات الطابع الشخصي أو استعمال معلومات لاتكون ضرورية لتسليم الشهادة .

و بصدد هذه المسألة فقد حدد المشرع التونسي مسؤولية مزود خدمة التصديق الإلكتروني على غرار المشرع الجزائري ، حيث جاء في الفصل 22 من قانون التجارة الإلكترونية أن يكون مزود خدمات التصديق الإلكتروني مسؤولا عن أي ضرر أصاب شخص ائتمن و صدق عن حسن نية في الضمانات التي يضمنها مزود الخدمة . و قد شدد المشرع التونسي على مسؤولية مزود الخدمة عندما اعتبره مسؤولا عن الأضرار الناتجة عن أي استعمال أجنبي للشهادة ، و أن أي استعمال لها يعد صادرا منه حتى و لو استعملت من قبل جهة أخرى غير صاحب الشهادة . و يكون كذلك مزود خدمة التصديق الإلكتروني مسؤولا طبقا للفصل 22 فقرة 3 عن الضرر الحاصل لكل شخص نتيجة عدم تعليق الشهادة بسبب إلغاء إذا استوجب إلغاؤها عندما

تحتوي على معلومات خاطئة أو كاذبة أو تم انتهاك منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني ، أو أن الشهادة استعملت بغرض التدليس ، أو تم تغيير المعلومات الواردة فيها أو بطلب من صاحب الشهادة أو عند وفاته أو عند انحلال الشخص المعنوي صاحب الشهادة .

الفرع الثاني : شهادة التصديق الإلكتروني

عرفت المادة 3 فقرة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية [1]، شهادة التصديق الإلكتروني بقولها أنها وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني و الموقع ، كما عرفتها المادة 2 من قانون 15-04 على أنها" وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني و الموقع " وهو نفس التعريف تقريبا .

ولقد اختلفت كذلك المصطلحات بشأن الشهادة متأثرة بالمصطلحات المستعملة في عالم الأنترنت وتكنولوجيا الإعلام فقد تسمى "بالشهادة الإلكترونية " أو " بالشهادة الرقمية" أو " بشهادة الثقة الرقمية " أو"شهادة التوثيق" كما ورد في نص المادة 2 فقرة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني . فكل هذه المصطلحات تؤدي المفهوم نفسه على أساس أنها شهادة التصديق الإلكتروني التي هي في الحقيقة وثيقة إلكترونية على شكل شهادة رقمية ، تصدر عن جهة التصديق الإلكتروني تثبت نسبة المعطيات للموقع.

و يتم إثبات تلك الصلة بواسطة جهاز فحص التوقيع الإلكتروني المنصوص عليه في المادة 3 مكرر 7 من المرسوم 07-162 المذكور، وأيضا المادة 2 فقرة 5 من قانون 15-04 و بالرجوع إلى نص المادة 3 مكرر 7 من المرسوم الجزائري رقم 07-162 فإن شهادة المصادقة الإلكترونية هي وثيقة تصدرها

[1]- المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 01-123 والمؤرخ في 09 ماي 2001 ، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية .

جهة التصديق الإلكتروني ، تدل على الربط بين صاحبها و مضمونها ، فتكون تلك الوثيقة في شكل إلكتروني مخزن في شكل بيانات رقمية حسب تقنية محددة تضمن سلامتها من التغيير أو التزوير أواستعمال الغير لها ، و تقوم شهادة التصديق الإلكتروني بتقديم الدليل على أن صاحب الشهادة هو الشخص صاحب المفتاح العام ، و تؤكد المعطيات التي تحتويها عن هوية الشخص الموقع و عن سلطة التصديق التي أصدرتها، و المفتاح العام للموقع و تاريخ إصدارها وانتهاء صلاحيتها ، و حدود مسؤولية مصدرها ومعلومات أخرى حسب مستوى الشهادة مع تبيين الغرض من إصدارها و حجم و نوع المعاملة التي تضمنتها.

هذا و يتعين أن تحتوي شهادة التصديق الإلكتروني على بيانات إلزامية ، كما تأخذ نموذجا معينا ، و تستعمل لمدة محددة و في مجالات مختلفة قصد تحقيق وظائف محددة و هذا ما سنستعرضه ضمن هذه الدراسة، حيث سنستعرض في العنصر الأول البيانات الخاصة بالشهادة الإلكترونية ، أما العنصر الثاني فسنبين فيه النموذج الذي تتخذه الشهادة ، و سنتناول في العنصر الثالث مجالات استخدامها و مدتها ، أما العنصر الرابع سنخصصه لوظائفها.

1 – البيانات الإلزامية لشهادة التصديق أو المصادقة الإلكترونية

لقد نص المشرع الجزائري على البيانات التي يجب أن تشملها شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في المادة 15 من قانون 15-04 [1]وهذا بقولها " شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي شهادة تصديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1 – أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصديق إلكتروني، طبقا لسياسة التصديق الإلكتروني الموافق عليها،

2– أن تمنح للموقع دون سواه،

[1]– المادة 15 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

3 – أن تتضمن على الخصوص :

أ – إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة ،

ب – تحديد هوية الطرف الثالث الموثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص له المصدر لشهادة التصديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه ،

ج – إسم الموقع أو الإسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته ،

د – إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الإقتضاء ، وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني ،

هـ – بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني، وتكون لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني،

و – الإشارة إلى بداية ونهاية مدة صلاحية شهادة التصديق الإلكتروني ،

ز – رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني ،

ح – التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني،

ط – حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني ، عند الإقتضاء ،

ك – الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر ، عند الإقتضاء " .

2 – نموذج شهادة التصديق الإلكتروني

أبرز شكل لشهادة التصديق الإلكتروني هو نموذج x509 [1] المعمول به عالميا في خدمات الدليل السنوي الإلكتروني X500 الخاص بشبكات الكمبيوتر الضخمة ، حيث أن كلا من النموذجين ينضم إلى

[1]– بخصوص شهادة التصديق الإلكتروني x509 ، ورد مايلي على الموقع الإلكتروني الآتي :
www.adesium.com/index.php?...electronique...certeficat
" Les certeficats éléctroniques à la norme x 509 se distinguent des solutions de simple cryptographie (signature et chiffrement) comme Open PGP (normailsé dans le RFC 2440) par le fait qu'ils contiennent des champs d'information certifiés par des autorités de certification reconnues .Ces champs sont visibles en cliquant sur le petit cadenas d'un navigateur web".

سلسلة "X" المتبناة من قبل منظمتين عالميتين UIT و ISO و المستخدمة في مجالات المعاملات الإلكترونية، فيتم التحقيق في مصدر التوقيع و في مدى سلامة المعطيات الصادرة عنه من خلال التقنية المستعملة التي تمكن من الفحص و التدقيق في المعطيات التي تضمنها التوقيع الإلكتروني ، حيث تمكن من الربط بين تلك المعطيات و الموقع و تمكن أيضا من تأكيد صحة تلك المعطيات و سلامتها .

3 – مجال الشهادة و مدة استخدامها

يتعين كذلك أن تتضمن شهادة المصادقة الإلكترونية الغرض من إنشائها و مجال استعمالها ، فقد تكون بغرض إثبات وفاء إلكتروني أو بغرض إثبات دين تم بطريقة إلكترونية أو بغرض إثبات تعاقد تجاري إلكتروني ، فمجال استعمالها يكون في التصرفات التي يمكن إجرائها عبر الشبكة و بطريقة إلكترونية .

و من جانب آخر فإن شهادة المصادقة الإلكترونية هي شهادة محددة من حيث المدة حيث تتضمن معلومات تخص مدة صلاحية الشهادة لأن الشهادة الإلكترونية ليست شهادة غير محددة المدة ، و إنما صلاحية استعمالها محددة بمدة زمنية معينة فتبدأ من تاريخ معين و تنتهي بتاريخ معين .

4 – وظائف شهادة التصديق الإلكتروني

تحقق شهادة المصادقة الإلكترونية وظائف متعددة ، فإلى جانب وظيفة تحديد هوية صاحبها identification نجد أنها تحقق وظيفة المصادقة على إثبات ارتباط الموقع ببيانات التوقيع الإلكتروني أو مايسمى بالاستيثاق authentification [1] ، و سلامة ماتضمنه integrité فيثبت عندئذ هوية صاحب الشهادة ، و قد تكون هويته في هذه الحالة هوية إلكترونية ، إذ لا يشترط بالضرورة أن تكون هويته المدنية فشبكة الأنترنت تتيح إمكانية إنشاء هوية إلكترونية خاصة به كما قلنا سابقا فتكون هوية الموقع مرتبطة بها إذ يتأكد من خلالها أن البيانات الصادرة هي صادرة عن الموقع .

[1]– لورنس محمد عبيدات ، نفس المرجع السابق ، ص 136 .

إلا أنه في بعض المعاملات الخاصة نجد أن الهوية المدنية هي التي يجب إثباتها كمسألة الوفاء الإلكتروني حيث يثبت أن الوفاء صادر من صاحب البطاقة شخصيا ، و تثبت صحة البيانات الواردة فيه بأنها سليمة و صحيحة من بدايتها إلى نهايتها و لم يطرأ عليها أي تعديل أو تغيير .

الفرع الثالث : أنواع شهادة التصديق الإلكتروني

سبق و أن رأينا أن المشرع الجزائري قد تبنى مفهومين للتوقيع الإلكتروني ، و هما التوقيع الإلكتروني العام المسمى أيضا بالبسيط و التوقيع الإلكتروني المؤمن و نتيجة لذلك يوجد شهادة المصادقة الإلكترونية العامة أو البسيطة و شهادة المصادقة الإلكترونية المؤمنة التي سماها المشرع الجزائري بالشهادة الموصوفة ، و من ثمة فإن شهادة التصديق الإلكتروني هي الأخرى تكون إما شهادة تصديق إلكتروني عامة ، و هو ما سنستعرضه في العنصر الأول و إما أن تكون شهادة تصديق مؤمنة و هذا ماسنتناوله في العنصر الثاني .

1 – شهادة المصادقة الإلكترونية العامة

إن شهادة المصادقة الإلكترونية العامة أو البسيطة هي الشهادة المنصوص عليها بدقة في المادة 3 مكرر من المرسوم 07-162 [1] حيث سميت بالشهادة الإلكترونية و قد ورد في نص هذه المادة مايلي: "الشهادة الإلكترونية : وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع" إذ هي شهادة صادرة من جهات المصادقة الإلكترونية المتنوعة تثبت الصلة بين معطيات التوقيع الإلكتروني و الموقع فتحدد هوية الشخص الموقع ، و تثبت ارتباط معطيات التوقيع الإلكتروني به، بمعنى أنه يسند بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني إليه و التي كانت معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وفي هذه الحالة فإن على الجهة التي تصدر تلك الشهادة إثبات أن التوقيع الإلكتروني قد تم في تلك الظروف مهما

[1] – المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 01-123 والمؤرخ في 09 ماي 2001 ، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ، ج ر العدد 37 ، الصادر في 7 يونيو 2007.

كانت الطرق الإلكترونية المستعملة، سواء كان ذلك في ذاكرة الكمبيوتر أو في الأسطوانة الصلبة ، أو على الموقع في شبكة الأنترنت أو في قرص مدمج cd-rom أو قرص مرن disquette informatique أو قرص فيديو رقمي DVD ، و في الحقيقة فإن شهادة المصادقة الإلكترونية العامة أو البسيطة هي شهادة لا تفي بالمتطلبات المحددة المستوجبة في شهادة المصادقة الموصوفة إذ أنها تصدر من أي جهة تكون مختصة في إثبات هوية الموقع لا غير في حين أن شهادة المصادقة الإلكترونية الموصوفة تصدر عن جهة التصديق الإلكتروني المختصة في هذا المجال و الموثوق بها .

2 – شهادة المصادقة الإلكترونية الموصوفة

نصت المادة 3 مكرر 9 من المرسوم نفسه وأيضا المادة 15 من قانون 15-04 [1]على شهادة المصادقة الإلكترونية الموصوفة بأنها : " الشهادة الإلكترونية الموصوفة شهادة إلكترونية تستجيب لمتطلبات محددة " ، بمعنى أن شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة هي الناتجة عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يستجيب لمتطلبات محددة وهي المتطلبات المنصوص عليها في المادة 3 فقرة 3 فتقوم بتقديم الدليل بطريقة موثوقة fiable ، و قد سبق و أن قلنا أن المشرع الجزائري نص وأوجب على البيانات التي يجب أن تحتويها شهادة المصادقة الإلكترونية سواء كانت عامة أو خاصة ، وهي البيانات المذكورة سابقا في إطار ذكر نص المادة 15 من قانون 15-04 .

وتعد هذه البيانات إلزامية حسب القانون الجزائري المذكور الذي أوجبها في صيغة الإلزام باستعمال مصطلح " يجب " إلا أنه لم يبين جزاء تخلف أحد البيانات ، لكن إذا تخلف بيان من البيانات

[1]– المادة 15 من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 ، المحدد للقواعد العامة للتوقيع و التصديق الإلكترونيين، ج ر العدد 6 الصادر في 10 فبراير 2015 .

الإلزامية المذكورة تفقد شهادة المصادقة الإلكترونية صفتها كشهادة مؤمنة [1] ، كما لا يعترف لها بالوظائف المذكورة حينئذ يعد التوقيع الإلكتروني توقيعا بسيطا أو عاما و أخيرا ، و متى صدرت شهادة المصادقة الإلكترونية عن مزود خدمة المصادقة الإلكترونية ، فإنها تسلم لصاحبها عندئذ و حسب المادة 61 من قانون 15-04 الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين الجزائري " يعتبر صاحب شهادة التصديق الإلكتروني فور التوقيع عليها المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع ،

وفي حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع ، أو في حالة ما إذا أصبحت هذه البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الإلكتروني ، فإنه يجب على صاحب الشهادة أن يعمل على إلغائها من طرف مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ،

لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني عند انتهاء صلاحيتها أو عند إلغائها استعمال بيانات إنشاء التوقيع نفسها من طرف مؤد آخر لخدمات التصديق الإلكتروني "

كما تنص المادة 62 من قانون 15-04 على " لا يجوز لصاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة استعمال الشهادة لأغراض أخرى غير تلك التي منحت من أجلها " .

---

[1]- نصت المادة 45 من قانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين الجزائري على أنه " يلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة التصديق الإلكتروني في الآجال المحددة في سياسة التصديق ، بناءا على طلب صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة الذي سبق تحديد هويته ، ... ، ويلغي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أيضا شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة و عندما يتبين :

1- أنه قد تم منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة ، أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني غير مطابقة للواقع ، أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع ،

2- أنها لم تصبح مطابقة لسياسة التصديق ،

3- أنه تم إعلام مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني،

... يجب على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إخطار صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة بإلغاء هذه الأخيرة مع تسبيب ذلك.

- كما تنص المادة 46 الفقرة 2 من نفس القانون على أنه يحتج بالإلغاء تجاه الغير ابتداءا من تاريخ النشر ، وفقا لسياسة التصديق الإلكتروني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني .

المبحث الثاني: الوفاء الإلكتروني

يعد الوفاء الإلكتروني أهم ميزة أدت إلى نجاح التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت حيث مكنت من تسديد قيمة المبيعات من خلال وضع أرقام خاصة على شاشة الكمبيوتر، لكن هذا الوفاء شكل في الوقت نفسه أهم المشكلات التي واجهت التجارة الإلكترونية لإمكانية الحصول على المعلومات الشخصية الخاصة بشخص المستخدم كالمعلومات الخاصة ببطاقته البنكية ، أو المعلومات الخاصة برصيده الحسابي، أو المعلومات الخاصة بهويته ، حيث يكون في استطاعة فئة المخترقين أو غيرهم السطو عليها واستنساخها واستعمالها لمصلحتهم الخاصة أو فقط العبث بها، لأن شبكة الأنترنت شبكة مفتوحة متاحة للجميع، كما ذكرنا سابقا، حيث أصبحت تتيح في الآونة الأخيرة برامج يمكن الحصول عليها مجانا على الشبكة تمكن من الجوسسة و التلصص على المواقع أو عناوين البريد الإلكتروني لرصد جميع الحركات و المعلومات المتداولة بداخلها، فتمكن بالتالي من سرقة الأموال المتداولة عبرها من أصحابها مع سهولة تدمير كل البيانات حتى لا يترك أي أثر لها .

لهذا كان من الضروري إيجاد حلول تتمثل في وضع استراتيجية تأمينية للحيلولة دون تعرض المواقع لتلك الأخطار فتتيح إجراء المعاملة الإلكترونية في طمأنينة وارتياح و بالأخص تلك المتعلقة بالمعاملة المالية أي الوفاء الإلكتروني .

وينطوي الوفاء الإلكتروني ، على مفهوم جديد للنقود [1] ، فبعد أن كانت النقود معادن ثم أوراقا نقدية ثم أوراقا مالية ثم أوراقا إلكترونية أصبحت الآن نقودا رقمية تتمثل في بيانات رقمية تعالج كسائر البيانات الأخرى المتعلقة بالعقد وتواجه التحديات نفسها التي تواجه البيانات عبر الشبكة ، فالمعلوماتية جعلت النقود هي الأخرى معلومة من المعلومات التي يعالجها الحاسب الآلي عبر شبكة الأنترنت وتتيح إمكانية الوفاء عبر الشبكة ذاتها ، فأضحت وسيلة من وسائل الوفاء شأنها شأن النقود الأخرى . لهذا سنركز دراستنا على

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 230 .

أهم المسائل المتعلقة بالوفاء الإلكتروني ، حيث سنستعرض في المطلب الأول تحديد مفهوم النقود الرقمية والبطاقة البنكية كأبرز وسيلة للوفاء الإلكتروني وأوسعها انتشارا ، أما المطلب الثاني فسنتناول فيه دراسة أهم الأنظمة المختلفة لتأمين الوفاء الإلكتروني عبر الشبكة .

المطلب الأول : تحديد مفهوم النقود الرقمية و البطاقة البنكية

لقد ارتبط تطور النقود بتطور البشرية و الإقتصاد العالمي الذي عرف هذا الأخير فترات متتالية بدءا بفترة ما قبل النقود و هي فترة الإكتفاء الذاتي إلى فترة المقايضة ، وأخيرا فترة النقود . وحسب المؤلف "دوف زيرا" فإن النقود لها دور ثلاثي فهي أولا أداة لقياس القيم ، و ثانيا هي وسيط للمبادلة وثالثا تحافظ على قدرة الشراء .

و في الحقيقة أن النقود ورغم أنها تؤدي وظائف إقتصادية إلا أنها مرتبطة بالحياة الإجتماعية والسياسية لأي دولة فبعد المقايضة أو ما يسمى بنقود البضائع ظهرت النقود المعدنية التي كانت في بدايتها من الذهب و الفضة ، ثم أصبحت من المعادن العادية فيما بدأت النقود تأخذ شكلا غير مادي حيث ظهرت النقود الورقية تلتها النقود المصرفية إلى غاية النقود الإلكترونية التي تطورت بفضل المعلوماتية إلى نقود رقمية .

ويرى الفقه أيضا فيما يتعلق بتحول وتطور صفة النقود من صفة المادية إلى صفة اللامادية ، أن خاصية لامادية النقود بدأت بظهور النقود الورقية التي كانت محل ثقة بالنظر إلى مصدرها بينما يرى البعض الآخر أن الصفة اللامادية للنقود هي ضرورية ولازمة للإنسان [1] .

ويبدو أن المعلوماتية ما هي إلا حلقة من حلقات تطور النقود من حيث لا ماديتها ، لهذا ستتركز دراستنا على النقود الرقمية التي تتم عبر شبكة الأنترنت أي التي تتلائم مع التجارة الإلكترونية وبهذه المناسبة

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 231 .

قد يطلق على هذه النقود مصطلح النقود الإلكترونية لكن هناك اختلاف بين النقود الإلكترونية و النقود الرقمية .

فالنقود الإلكترونية هي نقود متنوعة و مختلفة كبطاقة الدفع بأنواعها المختلفة ، و التي يتم استخدامها بوسائط مختلفة كالهاتف أو بواسطة جهاز الصرف الآلي "موزع الأوراق أوتوماتيكا" ATM–DAB التي تسمح إلى جانب الوفاء بها سحب النقود الورقية في نفس الوقت . في حين أن النقود الرقمية هي نقود إلكترونية التي باستعمال الأنترنت تتحول إلى معلومة من المعلومات الرقمية عبر الشبكة شأنها شأن كل البيانات الرقمية التي تمر عبرها، ولا تسمح بسحب النقود الورقية فهي عبارة عن نوع جديد من النقود[1] .

لهذا أثيرت مسائل قانونية و تنظيمية لم تكن معروفة من قبل أهمها أمانة وسرية هذه البيانات من أخطار سرقة البيانات واختراقها و تغييرها و نعلم أن الجزائر تفتقر إلى حد ما لوسائل الدفع الإلكتروني سواء كانت عبر أجهزة الوفاء الإلكتروني TPE أو عبر شبكة الأنترنت لكن يستدعي القول أن تبادل البيانات الرقمية بشأن النقود قد نشأ قبل ظهور التجارة الإلكترونية المرتبطة بشبكة الأنترنت وهو النظام المعمول به من قبل البنوك الجزائرية، لهذا تقتضي الدراسة تحديد مفهوم الوفاء الإلكتروني الذي يغلب عليه الطابع التقني.

ومن دون شك أن تحديد مفهوم الوفاء الإلكتروني يستدعي هو الآخر تحديد مفهوم النقود الرقمية، لهذا سنتناول في الفرع الأول تعريف النقود الرقمية، أما الفرع الثاني فسنتناول فيه نظام التبادل البيانات الإلكترونية أو ما يسمى EDI ، ونخصص الفرع الثالث لدراسة البطاقة البنكية كأشهر وسيلة للوفاء الإلكتروني .

[1]- نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 231 .

الفرع الأول: تعريف النقود الرقمية

تعرف شركة "ايرنست أند يونغ" النقود الرقمية [1] بأنها " مجموعة من البروتوكولات و التوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعليا محل تبادل العملات التقليدية" [2] ، إذا هي النقود التي تحولت بفضل المعالجة الرقمية إلى أرقام أو معلومات أو معطيات من خلال تسجيل معلومات البطاقة البنكية على الكمبيوتر المتصل بشبكة الأنترنت فتأخذ شكل الرسالة الإلكترونية، وتصيح تلك النقود رقمية تؤدي غالبية الوظائف التي تقوم بها النقود الإلكترونية أو الورقية باستثناء السحب ، بمعنى أن تلك الأرقام تعبر عن قيمة نقدية حقيقية و محددة مخزونة في تلك البطاقة تصلح كوسيلة للوفاء أو التبادل المالي، وقد أصبحت هذه التقنية هي الوسيلة الأكثر انتشارا لإجراء العمليات المالية المتنوعة عبر شبكة الأنترنت .

ويرى بعض الفقهاء أن النقود الرقمية كمعلومة رقمية تتميز بالذرية بمعنى أنها تأخذ شكل حجم أصغر ما يمكن الوصول إليه عند تقسيم الأجسام و هي الذرة و كذلك بالحقيقية بأنها موجودة و متماسكة كما تتميز بالإنعزال، بمعنى أنها تعالج على انفراد و أخيرا تتميز بالإستمرارية حيث يمكن الرجوع إليها في أي مرحلة من المراحل [3] .

---

[1]– يوجد العديد من المصطلحات للنقود الرقمية ، منها النقود الإلكترونية ، والنقود الإفتراضية ، وأهم آلة مستعملة في النقود الإلكترونية هو آلة الصراف الآلس أو موزع الأوراق الأوتوماتيكي ، الذي يعد بمثابة جهاز إلكتروني مبرمج بين البنك وزبائنه ، وتحفظ فيه النقود وبكمية محدودة يوزع على مستخدميه عند الحاجة وعلى مدار 24 ساعة يمكن سحب النقود إلى غاية الحد الأقصى المقرر . وللصراف الآلي مزايا متعددة منها تقليص وقت الإنتظار في الطوابير المعروفة في البنوك ويقدم الخدمات المصرفية من سحب ومعرفة الرصيد على مدار الساعة أيضا وفي كل الأماكن الموجود فيها ، وتخفيض كلفة نفقات القيام بعمليات السحب التي تتطلب موظفين ووقت وأموال . أنظر . أحمد سفر ، العمل المصرفي في البلدان العربية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2006 ، ص 163 .

[2]– تعد " إرنست ويونغ " (Ernst & Young) هي إحدى أكبر الشركات المهنية في العالم تقوم بتحديد المعايير العالمية ومراقبة السياسات العالمية المالية و التجارية و الجبائية لشركات عالمية . أنظر . الموقع :

http:// fr.wikipedia.org/wiki/Ernst_&_Young

[3] - Mostapha Hashem Sherif et Ahmed SERHOUNI ,La monnaie éléctronique , system de paiement sécurisé , edition Eyrolles , 2000 , p51 et 52 .

وقد أثارت النقود الرقمية مخاوف ومخاطر تختلف عن تلك المعروفة في النقود الإلكترونية أو الورقية أهمها ، توثيقها و تأمينها عبر شبكة الأنترنت ، [1] لذلك كان من اللازم إيجاد تقنيات تضمن سلامتها وأمنها وقد ظهرت عدة أنظمة تقنية تخص توثيق عملية الوفاء المالي عبر الشبكة تضمن سلامتها من أي سرقة واختراق أو تغيير أو تزييف و التي سنتناولها لاحقا ضمن هذا المطلب . هذا و أهم وسيلة للنقود الرقمية المستعملة عبر شبكة الأنترنت بين المحترف و المستهلك للوفاء بثمن السلعة أو الخدمة هي البطاقة البنكية التي سنخصص لها فرعا خاصا بها و سنتناول بإيجاز أهم أشكال النقود الإلكترونية المعروفة في الجزائر وهي المقاصة الإلكترونية و التحويل الإلكتروني و أيضا الشيك الذي يخضع للمعالجة الإلكترونية ومن ثمة يكتسب الصفة الإلكترونية .

أما أنواع النقود الإلكترونية الأخرى وإن كانت كلها غير معمول بها في الجزائر لكن لا مانع من ظهورها واستخدامها خصوصا وأن المشرع الجزائري قد تبنى مفهوما واسعا في وسائل الدفع الإلكترونية مهما كان شكلها كما جاء في النص المادة 69 من القانون 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المذكورة سابقا وأيضا المادة 27 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، لهذا سنتناول في النقطة الأولى الشيك الإلكتروني أو الرقمي أما النقطة الثانية الثاني فسنستعرض فيها التحويل الإلكتروني وسنخصص النقطة الثالثة للمقاصة الإلكترونية .

1- الشيك الإلكتروني أو الرقمي

الشيك الإلكتروني أو الشيك الرقمي هو دفتر رقمي يحتوي على بيانات رقمية تماثل البيانات الموجودة في الشيك الورقي لكنه محرر على دعامة إلكترونية يصدره البنك ويكون على شكل رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك أو حامله ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر شبكة

[1]- باطلي غنية ، وسائل الدفع الإلكترونية ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر ، 2018 ، ص 16 .

الأنترنت ، ثم بعد ذلك يقوم البنك بتحويل قيمة الشيك و إعادته إلكترونيا إلى مستلمه أو حامله ليكون دليلا على أنه قد تم صرف الشيك فعلا [1] .

ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد عبر الشبكة من أنه قد تم بالفعل تحويل المبلغ وفي الجزائر يعمل بنظام المعالجة الإلكترونية للشيك التي تتم عبر استنساخ الشيك الورقي لتتم عملية المقاصة الإلكترونية للشيكات من خلال الشبكة الإلكترونية المملوكة للبنك ، أما الشيك الرقمي غير معمول به عندنا لأنه كما ذكرنا يعد ملفا رقميا من أصله و يعالج إلكترونيا في كل المراحل عبر شبكة الأنترنت, و الشيك الإلكتروني أو الرقمي أقل استعمالا في المعاملات المالية عبر الشبكة مقارنة بالبطاقة البنكية ، إلا أنه يستعمل بشكل واسع لدى بعض البنوك "كستي بنك" أو "بوسطن بنك".

2 – التحويل الإلكتروني للأموال

يتيح نظام التحويلات المالية الإلكترونية، نقل النقود من حساب بنكي إلى حاسب بنكي آخر، بطريقة إلكترونية ، فيتم نقل المعلومات المتعلقة بهذه التحويلات من حساب بنكي إلى حساب بنكي آخر بطريقة إلكترونية آمنة ، وهذا باستخدام تقنيات التوثيق الإلكتروني المعروفة عبر شبكة الأنترنت ، هذا وتتيح بعض المواقع على الأنترنت إمكانية تحويل الأموال عبر الشبكة ، حيث يقوم المحول بملء استمارة على موقع بنكه يدون فيها كل المعلومات الخاصة به ، وبحسابه من إسم و لقب ورقم الحساب و الرقم السري، ليقوم بعد ذلك البنك بتحويل المبلغ عن طريق قيده آليا من حساب المحول [2] .

وغالبا ما يكون المحول مدينا إلى حساب المحول له و هو الدائن ، وقد يتم التحويل المالي عبر البنوك الوطنية أو عبر البنوك الدولية وبهذا الصدد تعد شركة "ويسترن يونيون" أكبر شركة توفر خدمات الإرسال و استلام الحوالات المالية الفورية في أنحاء العالم، و هي متواجدة في الجزائر منذ 2001/05/19

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 244 .

[2]– باطلي غنية ، نفس المرجع السابق ، ص 21 .

حيث توفر خدماتها عن طريق البريد و المواصلات الجزائرية أو عبر البنوك الجزائرية أو الأجنبية المعتمدة في الجزائر .

3 – المقاصة الإلكترونية

إن الوفاء الحاصل عن طريق الشيكات و الكمبيالات يتم عن طريق المقاصة الإلكترونية كنقود رقمية والمقاصة الإلكترونية هي إجراء يتم فيه تصوير الشيكات و الكمبيالات بطريقة إلكترونية ما بين البنوك عن طريق البنك المركزي وعن بعد باستخدام شبكة خاصة تكون غالبا شبكة مشتركة تملكها مجموعة من البنوك لإجراء تلك المقاصة الإلكترونية و المقاصة تعني مقاصة الديون فيما بين البنوك عندما تكون دائنة و مدينة اتجاه بعضها البعض [1] .

وفي الجزائر و حرصا منها على تطوير النظام المصرفي و المالي جاءت التعليمة الصادرة عن بنك الجزائر رقم 05–06 المؤرخة في 2005/12/15 التي أقرت الإعمال بالمقاصة الإلكترونية ما بين البنوك للشيكات و الأوراق التجارية الأخرى مثل الكمبيالات و السندات التي تقل قيمتها عن 1.000.000دج ليتم إعمال نظام المقاصة الإلكترونية بواسطة الشركة الجزائرية المتخصصة في مجال الوساطة و التعاملات البنكية الآلية المسماة ساتيم (SATIM) و التي بدأت في مشروع إعداد بنية تقنية لإنشاء أرضية تكنولوجية للدفع المالي عبر شبكة الأنترنت لزبائنها الحاملين للبطاقات البنكية ، هذا وتقوم هذه الشركة بالإشراف ومراقبة مركز المعالجة النقدية بين المصارف ، و تعمل على ربط مراكز التوزيع مع مختلف المؤسسات المشاركة لوظيفة السحب النقدي ، فيتولى هذا المركز ربط الموزع الآلي بمقدم الخدمة بواسطة خطوط عبر الشبكة الوطنية ومركز للإعتراض على البطاقات الضائعة أو المسروقة أو المزورة .

[1]– تعتبر المقاصة الإلكترونية أنها منظومة التعويض مابين البنوك ، تضمن التبادل الإلكتروني للقيمة المراد تعويضها ، والمقاصة منصوص عليها في المادة 297 من القانون المدني الجزائري ، حيث يتم تبادل المعطيات الخاصة بالقيمة المراد تعويضها إلكترونيا ، فالصكوك و الكمبيالات أو السفاتج يتم تصويرها بالسكانير ، وإرسالها عبر شبكة الإتصالات ، وفي هذا الإطار تلعب شهادة المصادقة الإلكترونية دور الضامن لسلامة المعطيات الخاصة بالقيمة المراد تعويضها و التي تمر عبر الشبكة . أنظر الموقع : http://www.aazs.net/t2239

الفرع الثاني: نظام تبادل البيانات الإلكترونية

سبق و أن قلنا أن البنوك الجزائرية كانت تنفذ معاملاتها التجارية مع التجار إلكترونيا وهذا منذ فترة طويلة من الزمن عبر نظام EDI . إن نظام تبادل البيانات إلكترونيا هو نظام يهدف إلى تبادل المعلومات والبيانات الخاصة بالمعاملات التجارية و المالية بين الأجهزة الإلكترونية التابعة لتلك المؤسسات سواء دوليا أو محليا بطريقة آلية عبر الرسائل المستخدمة ، فيها معايير محددة ، فيتم تبادل كل المعلومات الخاصة بالعقود مثل طلبات الشراء و جدولة المواعيد، و الشحن، و الإستقبال ، ودفع الفواتير و يعد نظام تبادل البيانات الإلكترونية أقدم نظام معمول به في العالم لهذا سنتناول في النقطة الأولى نبذة تاريخية لنظام تبادل البيانات أما النقطة الثانية فسنتناول فيها أهم المعايير المستخدمة في هذا النظام .

1 – نبذة تاريخية

لقد تبين في أوساط الستينات للعديد من الشركات في العالم مثل شركات الطيران ، وشركات الشحن و السكك الحديدية ضرورة تبادل المعلومات بطريقة سريعة و منخفضة التكلفة لتجنب المماطلة في تنفيذ الصفقات المتنوعة التي كانت تعيق العمل و على إثر ذلك ظهرت في الولايات المتحدة لجنة (TDCC) التي أوجدت أنظمة رسائل تعمل بمعايير موحدة تدعى "مجموعات الحركة ، وقام المعهد الوطني الأمريكي للمعايير (Amaerican National Standards Institue)(ANSI) سنة 1979 بإنشاء لجنة سميت بلجنة X–12 [1] ، وقد تألفت هذه اللجنة من مختصين من الحكومة الأمريكية وقطاع النقل و قطاع الشركات المصنعة لأجهزة الكمبيوتر ، و كانت غايتها تطوير معيار يتفق عليه البائعون و المشترون لتبادل البيانات الخاصة بالتعامل فيما بينهما عبر الإتصالات الإلكترونية .

[1] - Voir Claude DRAGON, Didier GEIBER , Daniel KAPLAN , Gilber NALLARD , Les moyens de paiements : des éspèces à la monnaie éléctronique , Banque éditeur , 1999 , p 361 .

2 – معايير نظام تبادل البيانات الإلكترونية

يقصد بمعايير نظام تبادل البيانات الإلكترونية ، مجموعة من المقاييس المحددة و المتفق عليها لما ينبغي أن يكون عليه تبادل البيانات الخاصة بالمعاملات التجارية و المالية ويتم تحديد تلك المقاييس وفقا لعمليات رياضية بحتة من قبل المختصين في هذا المجال ويعمل نظام تبادل البيانات بالمعيار العالمي المعروف بـ X–12 [1] .

وهذا المعيار يعتمد على نماذج موحدة لتبادل البيانات المرسلة و المستقبلة، حيث يتمكن المتعاملين فيما بينهم فهم و تفسير كل البيانات المتبادلة التي تتعلق بالمعاملات التجارية الواقعة بينهم بطريقة إلكترونية.

لكن ما يعاب على هذا النظام أنه يتطلب المحافظة على نماذج معيارية مختلفة لأنواع الرسائل التي تتبادلها مع كل شريك تجاري و في عام 1986 طورت مجموعة من الشركات في الولايات المتحدة الأمريكية التي تنتمي إلى قطاعات مختلفة معيارا متفقا عليه دوليا لتنقل المعلومات بين الشركاء التجاريين وسمي هذا المعيار نظام تبادل بيانات الإدارة و التجارة و النقل إلكترونيا) (UN/EDIFACT) .

وقد تعايش معيار ANSI X–12 مع معيار UN/EDIFACT لفترة طويلة و حاليا يعتمد عدد هائل من الشركات الدولية أحد هذين المعيارين أو كليهما و ذلك رغم وجود العديد من المعايير الأخرى لتبادل البيانات إلكترونيا و التي أصبحت تستخدم في كل قطاع وحسب الدول. عندئذ يتم الوفاء المالي للمنتوجات المختلفة حسب كل قطاع وفقا لهذه المعايير المعتمدة .

الفرع الثالث : البطاقة البنكية

تعد البطاقة البنكية أهم إختراعات القرن الماضي التي أصدرتها شركة WESTERN UNION بالولايات المتحدة الأمريكية سنة 1914 حيث ظهرت نتيجة للمتطلبات التجارية السريعة و ازدهار ورفاهية

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 235 .

الحياة المعيشية آنذاك ، وفي بداية الأمر كانت البطاقة البنكية على شكل بطاقة معدنية تمنح لبعض العملاء المميزين للبنك تمكنهم من إجراء بعض المعاملات المالية الخاصة ، ثم عممت في مجالات متنوعة غير مصرفية فظهرت بطاقات أخرى مقصورة على بعض الخدمات كدفع وجبة الغداء أو دفع البنزين أو الفندق .

وقد قامت البنوك الأمريكية سنة 1958 بإصدار بطاقة بنكية موحدة و أول من قام بإصدارها هو بنك أمريكا (BANK OF AMERICA) التي أصبحت مقبولة في كل أنحاء أمريكا ، وشكلت الأصل الأول لبطاقة فيزا كارد المعروفة دوليا في يومنا هذا [1] .

وقد انتشرت البطاقة البنكية في العالم بشكل واسع وسريع ، حيث عرفت فرنسا عدة أنواع من البطاقات أشهرها البطاقة البنكية الزرقاء CARTE BLEUE أو انجلترا التي أصدرت شركة باركليي بنك بطاقة سميت باركلي كارد بترخيص من بنك أمريكا . بينما شهدت الجزائر تأخرا شديدا في استعمال البطاقة البنكية الذي بدأ استخدامه في سنة 1997 و هي بطاقة بنكية تمكن حاملها من سحب النقود في كل أنحاء الوطن و تستحوذ اتصالات الجزائر على الحصة الكبيرة منها ، وحاليا تم اعتماد بطاقات بنكية CIB ، وبطاقة البريد (الذهبية) [2] .

وإذا كانت هناك أنواع مختلفة من بطاقات الدفع كالبطاقات التي تصدرها المؤسسات التجارية مثل الفنادق أو المحلات التجارية ، فإننا نخص بدراسة البطاقة البنكية المصرفية أي البطاقات التي تصدرها البنوك لعملائها الذين لهم حسابات خاصة بها تمكنهم من الوفاء لمختلف إلتزاماتهم بشكل سريع وبفعالية محققة .

---

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 233 .

[2]– عرفت بطاقات الدفع في الجزائر تطورا ملحوظا ، خاصة بعد استحداث المقاصة الإلكترونية وتعميمها عبر مختلف الوكالات البنكية وكانت بداية فكرة الإنطلاق لنظام السحب مابين البنوك في سنة 1998 (SATIM) ، وكانت سنة 2006 أول سنة استخدمت فيها بطاقة الدفع مابين البنوك، في حين عممت استخدام بطاقة السحب للبريد و المواصلات على كل أنحاء الوطن ابتداءا من سنة 2007 . أنظر . الموقع الآتي :
http://forum.univbiskra.net/index.php?topic=2450.0

و البطاقة البنكية هي بطاقة صادرة عن مؤسسة مصرفية تتضمن بيانات إلكترونية محددة منها بيانات ظاهرة على وجه البطاقة ومنها بيانات سرية مخزونة بداخلها وفقا لمعايير محددة عالميا ، أهما رقم البطاقة و التي تحمل غالبا 16 عشر رقما، وإسم العميل أو المستفيد الشخصي من البطاقة وتاريخ إصدارها مع تاريخ صلاحية البطاقة ، وإسم البنك المصدر و المرخص له بإصدارها من طرف تلك المنظمة العالمية، مع رقم خاص به ، وكذلك شعار الهيئة الدولية التي رخصت للبنك إصدار البطاقة و الشريط المغناطيسي الذي يحتوي على المعلومات السرية الخاصة بالعميل مثل رقم رصيده و التي يتم قراءتها من طرف الصراف الآلي وكذلك الصورة المجسمة الثلاثية الأبعاد و هي العلامة المميزة للهيئة الدولية التي تمنح الترخيص كعلامة الطائر بالنسبة لبطاقة فيزا كارد أو علامة الكرة الأرضية بالنسبة لبطاقة ماسترر كارد ، وكذلك المكان الخاص بتوقيع صاحب البطاقة ، ورقم التمييز الشخصي له المسمى بـ PIN .

إن هذه المعايير غالبا ما تكون محددة من قبل مجموعة كبيرة من البنوك العالمية بمعنى أن جميع البنوك على مستوى العالم تشارك في إصدارها تحت إشراف البنوك الدولية التي تملك العلامة التجارية للبطاقة مثل بطاقة فيزا كارد التي تتولاها منظمة فيزا كارد و التي تعد الأكثر انتشارا وقدما في العالم أو "امريكان أكسبرس " أو " ماستر كارد" [1].

هذا و تقوم البطاقة البنكية بعدة وظائف مثل الوفاء بالمبيعات أو سحب النقود أو الإئتمان لكن سنخص دراستنا على بطاقة السحب و الوفاء المعروفة في الجزائر دون بطاقة الإئتمان التي لا تصدرها البنوك الجزائرية وبهذا الصدد عرف المشرع الجزائري بطاقة الدفع في المادة 543 مكرر 23 من القانون التجاري المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 و التي تنص على ما يلي: "تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال".

[1]- باطلي غنية ، نفس المرجع السابق ،ص 22 .

ويبدو أن المشرع الجزائري من خلال المادة المذكورة تناول بطاقة الدفع بالتعريف دون أن يتدخل في تنظيمها ليفتح المجال للمؤسسات المالية المختصة في إصدارها كالبنوك أو مصالح البريد في الجزائر وتصدر هذه البطاقات حسب التطور الحاصل في البيئة التجارية و المصرفية وهذا ما أكدته المادة 71 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 2003/08/26 و التي تنص على أنه:" لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى " .

وقد تطورت البطاقة البنكية من حيث طريقة تصنيعها فبدأت بطاقة معدنية ثم بلاستيكية ، ثم بطاقة ذات شريط ممغنط على بطاقة ذات رقائق [1]، وبما أن موضوع الدراسة يخص الوفاء الإلكتروني عبر الشبكة فإن البطاقة البنكية تمكن المشتري بصفة عامة من أن يقوم بالوفاء بقيمة ما اشتراه من مبيعات عبر الأنترنت فيقوم بكتابة رقم حساب بطاقته البنكية الصادرة عن بنكه في المكان المخصص لذلك على شاشة الكمبيوتر فترسل تلك البيانات إلى بنك البائع الذي يقوم و بطريقة إلكترونية بإرسال كل البيانات إلى بنك المشتري الذي يقوم بدوره بالتحقق من صحة البيانات الواردة في البطاقة البنكية و صلاحيتها مع التحقق من وجود رصيد كاف لسدادا القيمة النقدية المطلوبة ، ثم بعد ذلك تتم عملية المقاصة بين البنكين [2] .

وإذا كان للوفاء عبر شبكة الأنترنت مزايا متعددة منها إمكانية إجراء الوفاء دون تنقل المحترف أو المستهلك من مكانه حيث يمكن إجرائه من المنزل أو من مكان العمل أو من أي مكان آخر و على مدار الساعة و بسرعة فائقة .

إلا أنه لا يخلو من أخطار متعددة كما ذكرنا سابقا مثل اختراق البيانات الخاصة بالحساب البنكي للمتعاقدين سواء المحترف أو المستهلك من قبل قراصنة متخصصين في ذلك ، الشيء الذي يسهل لهم

1- باطلي غنية ، نفس المرجع السابق ،ص 23 .
2- نادر عبد العزيز شافي ، المصارف و النقود الإلكترونية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2007 ، ص 92 .

سحب مبالغ مالية من أرصدتهما مع تخريب البيانات الخاصة بحسابهما بنشر فيروس خاص بذلك [1] لهذا كان من الضروري على البنوك اعتماد تقنيات صارمة متمثلة أساسا في الأنظمة التقنية المشفرة تكفل الأمان و الحماية لتلك النقود عبر الشبكة وهو ما نتناوله لاحقا و سنستعرض في النقطة الأولى أهم أنواع البطاقات البنكية ، أما النقطة الثانية فسنتناول فيها طبيعتها القانونية .

1 – أنواع البطاقات البنكية

بما أنه هناك العديد من أنواع البطاقات البنكية فإننا نخص بهذه الدراسة الأنواع الرئيسية للبطاقة البنكية المعروفة في الجزائر من حيث الوظائف التي تؤديها و هي السحب و الوفاء دون الإئتمان . هذا ويوفر استخدام البطاقة البنكية عبر شبكة الأنترنت باعتبارها نقود رقمية مزايا متعددة متمثلة في انخفاض تكلفتها و سهولة وسرعة استخدامها و تجاوزها للحدود الجغرافية .

ففيما يخص انخفاض تكلفتها فإن تكلفة تداول البطاقة البنكية عبر شبكة الأنترنت جد منخفضة عن تلك المستخدمة في الأنظمة البنكية التقليدية حيث لا يتم استخدامها ماديا كما لا تعتمد على الورق و لا على موظف المتطلب عادة في النقود الورقية و إنما تستخدم فقط أرقامها من خلال ملأ الخانة الموجودة على شاشة الكمبيوتر المخصصة لهذا الغرض و تشكل في الوقت نفسه قاعدة بيانات متنقلة تثبت هوية صاحبها و هذه الخاصية جعلت استخدام البطاقة البنكية كنقود رقمية منخفضة التكلفة مما زاد انتشار استعمالها ونجاحها [2].

أما سهولة وسرعة استخدامها فتتمثل في سهولة تداول النقود الإلكترونية فيما بين البنوك إلى حد كبير فهي تمكن من القيام بالعمليات المالية المطلوبة بطريقة جد سهلة باستعمال تقنية الإعلام حيث تستعمل على أساس أنها معلومة من المعلومات التي تسهل معالجتها في بضعة ثوان .

1– هذه الأخطار تشكل الجرائم الإلكترونية المصرفية التي استوجبت تحديات قانونية من قبل الحكومات . أنظر . نبيل صقر، جرائم الكمبيوتر و الأنترنت في التشريع الجزائري ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال ، 2005 ،ص 44 .

2– محمد محبوبي ، أساسيات في أدوات الدفع و الإئتمان ، دار أبو رقراق للطباعة و النشر ، الرباط ، 2012 ، ص 173 .

كما أنها توفر السرعة في عمليات الدفع و التنسيق المالي ما بين البنوك، حيث تجري حركة التعاملات المالية بشكل سريع عبر تبادل المعلومات الخاصة بها فورا في الزمن المحدد دون الحاجة إلى أية وساطة عبر طرق الدفع الآمنة المستخدمة من قبل البنوك التي تتعامل بأجهزة بروتوكول الحركات المالية الآمنة ، كما تستخدم مواقع الواب التي أجريت فيها المعاملة بروتوكول الطبقات الأمنية ، مما يجعل عمليات دفع النقود الإلكترونية أكثر أمنا و هو ما نتناوله لاحقا .

ومن المزايا الأخرى للبطاقة البنكية أنها لا تخضع للحدود الجغرافية ، حيث يمكن تحويل النقود الإلكترونية من أي مكان إلى مكان آخر في العالم و في أي وقت كان وذلك لاعتمادها على الأنترنت وشبكاتها التي لا تكتفي بالحدود الجغرافية أو بالحدود السياسية حيث تسهل حركة تنقل رؤوس الأموال من بنك المشتري إلى بنك البائع دون أي إجراءات إدارية أو جمركية .

وسنتناول بطاقة السحب و بطاقة الدفع أو الوفاء لكن قد تتوحد في بطاقة واحدة فتصبح بطاقة سحب ووفاء في آن واحد ، حيث تؤدي الوظائف المذكورة في الوقت نفسه ، ونقوم باستعراض كل بطاقة على حدى حيث سنتناول في العنصر الأول بطاقة السحب و في العنصر الثاني بطاقة الوفاء .

أ - بطاقة السحب

لقد عرفت المادة 543 فقرة 23 من القانون التجاري الجزائري المعدل و المتمم بموجب قانون 05-02 المؤرخ في 2005/02/06 بطاقة السحب بأنها:" البطاقة التي تعتبر بطاقة السحب كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها بسحب أموال" بمعنى أنها بطاقة تصدرها هيئة مختصة هي غالبا مؤسسات مصرفية و مالية [1] .

و في الجزائر تصدرها البنوك وبريد الجزائر بعد أن يتم فتح حساب بإسم الشخص يودع فيه مبالغ مالية محددة فيخول له بعد ذلك استخدامها إذ يقوم بسحب النقود الورقية بواسطة إدخال تلك البطاقة ورقمه

[1]- باطلي غنية ، نفس المرجع السابق ، ص 157 .

السري في الأماكن المخصصة لذلك و هي الآلات الخاصة لهذا الغرض أو ما يسمى بالصراف الآلي ATM أو DAB التي تستطيع توزيع النقود المطلوبة مع إجراء عملية خصم المبلغ إلكترونيا من حساب العميل .

و غالبا و بفضل النظام الآلي المصرفي يتم خصم المبلغ المسحوب بشكل فوري لهذا سميت هذه البطاقة ببطاقة السحب الفوري أو القيد الفوري ، و قد يتم الخصم بطريقة مؤجلة و تسمى في هذه الحالة ببطاقة السحب المؤجل ومن البديهي أن هذه العملية لا يمكن إجرائها عبر شبكة الأنترنت .

ب – بطاقة الوفاء

لقد تضمنت المادة 543 فقرة 23 المذكورة تعريفا لبطاقة الوفاء أو الدفع وجاء فيها ما يلي:" تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك و الهيئات المالية المؤهلة قانونا و تسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال" و تسمى بطاقة الوفاء البنكية كذلك ببطاقة الدفع .

و في الحقيقة كلا من هذه المصطلحات يؤدي المعنى نفسه لأن كل من الدفع و الوفاء يعني سداد المبلغ المستوجب على المدين وهو أحد الأسباب التي ينقضي بها الإلتزام ، وتعد بطاقة الدفع بطاقة تصدرها المؤسسة المختصة لحاملها تتيح له سهولة الوفاء النقدي دون استخدام الأوراق النقدية و الإستغناء عن حملها، وبالتالي تجنب فقدانها [1].

و في الجزائر تصدرها البنوك و البريد الجزائري فهي تقدم للعميل بعد أن يقوم بفتح حساب لدى البنك وإيداع فيه مبلغ مالي محدد عندئذ تصبح تلك البطاقة أداة للوفاء لما عليه من ديون وبذلك تمكنه من الوفاء النقدي ، حيث يقدم المشتري البطاقة للتاجر أو مقدم الخدمة ، ويستلزم الأمر في هذه الحالة أن يكون التاجر أو مقدم الخدمة مجهزا بجهاز خاص متصل بمركز البطاقات بالبنك مصدر البطاقة يسمى بمحطة الدفع الإلكتروني TPE ، وتمرر البطاقة في الجهاز فيتم قراءة بياناتها من خلال الشريط الممغنط الموجود خلف البطاقة ويتم الإتصال بمركز البطاقات عبر هذه المحطة الإلكترونية للدفع بطريقة آلية بعدها يتم

[1] – محمد مومن ، أحكام وسائل الأداء و الإئتمان في القانون المغربي، المطبعة و الوراقة الوطنية ، الطبعة الأولى ، المغرب، 2013 ، ص 163.

الإتصال بالحساب الخاص بالفرع ويتم الإطلاع على رصيد العميل ، فإن كان يسمح بالخصم بمعنى له رصيد كاف ، عندها يتم خصم المبلغ آليا وتضاف القيمة لحساب التاجر أو البائع وبذلك تتم عملية الوفاء والشراء معا .

أما الوفاء عبر شبكة الأنترنت فإن المشتري بعد أن يكون قد قام بالتسوق على الموقع و اختياره السلعة المرغوب فيها أو الخدمة المطلوبة ، ونظرا لأن الدفع معرض لأخطار السرقة ، فإن المشتري في هذه الحالة يتمكن من التأكد من مدى توفر الثقة و الأمان من الموقع الذي يتعامل معه ، و ذلك من خلال المعايير التأمينية التي يعمل بها الموقع و المقصود منها خدمات التوثيق و التشفير الخاصة ببطاقة الدفع [1].

حيث يظهر في الغالب على أسفل الشاشة قفل ذهبي يشير إلى الأمان و الثقة التي يقدمها هذا الموقع ، وعادة يبدأ إسم الموقع بالحروف Https فالحرف S يعني sécurité عندئذ يستطيع المشتري ملء البيانات الخاصة ببطاقته وهي الأرقام 16 الستة عشر إضافة إلى إسمه ولقبه و كذا الرقم السري للبطاقة في المكان المخصص على شاشة الكمبيوتر ، إلى جانب رقم بريده الإلكتروني .

فمن خلال كل هذه المراحل تنفذ عملية الوفاء عبر شبكة الأنترنت ، إلا أن الأمر يتطلب قبل هذا أن يكون كل من بنك البائع و المشتري قد قبل الوفاء عبر الشبكة ، لأنه يتطلب تجهيز موقع البنك بتقنيات تأمين أهمها تقنية التشفير لضمان وسلامة أمن العملية المالية ، وكذلك ينبغي توفر رصيد كاف لتغطية قيمة عملية الوفاء .

حيث تنص المادة 27 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه " يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به، عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي

[1] - Paul LE CANNU , Thierry GARNIER , Richard ROUTIER , Droit commercial , Instrument de paiement et de crédit ,DALLOZ, 8 ème Edition , Paris ,2010,p206 .

نوع من أنواع محطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية و اللاسلكية "، وهي المادة القانونية التي تثبت وتدعم وتؤكد ماسبق شرحه .

2 – الطبيعة القانونية للبطاقة البنكية

يقصد بالطبيعة القانونية للبطاقة البنكية تكييفها القانوني ، فهي من دون شك تنشأ عن عقد يربط كل من البنك مصدر البطاقة و العميل حامل البطاقة و المستفيد منها على أن يلتزم بمقتضاه البنك بفتح حساب بمبلغ معين لمصلحة الحامل (المشتري) يستطيع بواسطتها الوفاء بإلتزاماته المالية اتجاه الغير (التاجر)، عندئذ يمكن القول أنها تنشأ علاقات تعاقدية متعددة و متداخلة فيما بينها.

هذا ولايوجد وصف دقيق ومحدد للطبيعة القانونية للعقد الخاص بالبطاقة البنكية ، لأنه تضاربت الآراء الفقهية حول تحديد تلك الطبيعة التي تربط البنك بالعميل إن كان وكالة أو حوالة حق ، أو كفالة ، أو عقد يتضمن اشتراط لمصلحة الغير ، لكن من المؤكد أنها عقد خاص قد يشمل كل العقود المذكورة [1]، وفي الحقيقة أنها تخضع لأحكام نظام الصرف و النقد لكل دولة . وفي الجزائر فإنها تخضع للقانون 90–10 المؤرخ في 1990/04/14 الخاص بالنقد و الصرف .

ويتولى بنك الجزائر بتنظيم السوق المالية المصرفية في الجزائر وبهذا الصدد صدرت عنه التعليمة رقم 05–04 المؤرخة في 2004/08/02 عن بنك الجزائر تشمل توحيد الضوابط الخاصة بالبطاقة البنكية ، أما بالنسبة لشروط استعمال البطاقة البنكية بين البنك و العميل فإن كل بنك يضع الشروط التي يراها مناسبة له . لكنها في المجمل هي شروط عامة ، حيث تنظم العلاقة بين البنك و العميل الذي يتعامل مع الغير ، عندئذ تنشأ علاقة أخرى قانونية بين البنك و الغير ، حيث يلتزم البنك اتجاه الغير باداء مبلغ معين ، لهذا عموما تكيف العلاقة أنها ثلاثية تربط البنك و العميل ثم العميل و الغير ، واخيرا البنك و الغير، وهو ما سنتناوله بإيجاز في العناصر التالية حيث سنتناول في العنصر الأول العلاقة بين البنك و المستفيد

[1]– محمد مومن ، نفس المرجع السابق ، ص 162 .

(المشتري) ، وسنتناول في العنصر الثاني العلاقة بين المستفيد و الغير ، أما العنصر الثالث فسنستعرض فيه العلاقة بين البنك و الغير (البائع) .

أ – العلاقة بين البنك و العميل

يبدأ إنشاء هذه العلاقة من تاريخ إبرام عقد الحصول على البطاقة البنكية ، ويتم الحصول على البطاقة البنكية من خلال طلب يتقدم به الشخص الذي له حساب مفتوح لدى البنك . ومهما توصف العلاقة بين البنك و المستفيد فعلى العموم البنك المصدر لها ضامن للبيانات المتواجدة في البطاقة لحاملها أمام قابل البطاقة (التاجر)، وحامل البطاقة مضمون عنه ، وقابل البطاقة مضمون له [1] . وغالبا تكون البطاقة البنكية محدودة تجدد في خلال سنة أو سنتين وتتضمن رمزا سريا جديد ، وعلى الطرف الذي يرغب في إنهاء العقد أن يعلم الطرف الآخر بذلك .

ب – العلاقة بين العميل و الغير

بخصوص العلاقة بين العميل المنتفع من البطاقة البنكية و البائع المحترف المتمثل عادة في التاجر، فإنها تعد عموما علاقة بيع وشراء بينهما لمختلف المبيعات التي يحتاج إليها هذا الأخير سواء من المحلات التجارية أو المطاعم ، أو غيرها المجهزة بالأجهزة الآلية المصرفية الخاصة بالوفاء أو علاقة إيجار في الفنادق وغير ذلك من المعاملات اليومية حيث يحيل حامل البطاقة التاجر على مصدر البطاقة لإستيفاء الثمن . وتخضع العلاقة العقدية القائمة بينهما لأحكام تلك العلاقة حينها تطبق أحكام البيع إن كانت المعاملة بيعا ، أو أحكام الإيجار إن كانت إيجارا [2] .

---

[1]– باطلي غنية ، نفس المرجع السابق ، ص 140 .

[2]– كيلاني عبد الراضي محمود ، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان ،رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1996 ، ص 579 ،580 .

ج – علاقة البنك بالغير

يتعين غالبا على التاجر بمعنى البائع المحترف قبول الدفع الآلي بواسطة البطاقة البنكية . وفي هذا الصدد يقوم التاجر بتأكيد ذلك كتابة عن طريق ملء استمارة معدة لهذا الغرض للبنك ، يضع فيها هويته وعنوانه ونوع تجارته ، وإذا كان التاجر شخصا معنويا بمعنى شركة تجارية ، فيتعين ذكر شكلها القانوني ومقرها الإجتماعي وموضوعها وهوية ممثلها القانوني ورقم حسابها البنكي ، وحين تتم الموافقة من قبل البنك على ذلك يقع إبرام العقد الذي بمقتضاه تنشأ العلاقة بينهما ، ويمكن تكييف العقد عموما وهو الذي يجمع المصدر بالتاجر بأنه عقد قائم على أساس الوكالة بأجر ، حيث يعد البنك المصدر للبطاقة ، وكيلا للتاجر في قبض مستحقاته المالية المتمثلة في قيمة المنتوجات من حاملي البطاقات وتثبيتها في حسابه .

المطلب الثاني: أنظمة تأمين الوفاء الإلكتروني

لقد وضحنا أن الوفاء الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت يتم وفقا لتكنولوجيا المعلوماتية التي تحول عملية الوفاء النقدية إلى معلومة من المعلومات تنقل عبر قنوات الشبكة ، عندئذ تواجهها جملة من الأخطار التي تواجه أي معلومة من المعلومات الرقمية لأن عملية الدفع عبر الشبكة تتطلب معرفة هوية الشخص ومعلوماته ورصيده ، فيكون سهلا لمحترفي المعلوماتية في الإختراق و السطو و الحصول عليها واستخدامها بطريقة غير قانونية .

لهذا كان من الضروري إيجاد أنظمة تقنية للوفاء الإلكتروني تضمن سلامة وأمن المعاملة من بدايتها إلى نهايتها عبر الشبكة. ومن المؤكد أن حماية الدفع الإلكتروني هي تقنية وقانونية لكن ما يلاحظ أن القانون استنجد بالتكنولوجيا لتوفير الحماية و الوقاية له .

هذا وأخطار الدفع الإلكتروني متنوعة ومتعددة لهذا تعددت أنظمته التقنيةو الأمنية ، ولهذا سنتناول في الفرع الأول أهم الأخطار التي تواجه الدفع الإلكتروني . أما الفرع الثاني فسنستعرض فيه أنواع الأنظمة التقنية للوفاء الإلكتروني .

الفرع الأول: أخطار الدفع الإلكتروني

تعد الأخطار المتنوعة التي يتعرض لها الدفع الإلكتروني عبر الشبكة من أهم التحديات التي تواجهه، حيث ينبغي للبنوك الإلكترونية أن تتصدى لهذه الأخطار المتنوعة و المتعددة ، سواء كانت أخطار عامة ، أو أخطار تقنية[1] ، وذلك باستخدام الوسائل الضرورية في هذا المجال مثل التقنيات الخاصة والملائمة في مجال تأمين الدفع الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت أو حتى عبر وسيلة إلكترونية أخرى كالهاتف النقال ، من أجل ضمان سلامة وأمن الدفع الإلكتروني عبر الشبكة ، لوقايته من تلك الأخطار حتى تتمكن من السيطرة على آثارها السلبية و إدارتها بطريقة سليمة لتجنب الخسائر .

ومن دون شك أن هذه الأخطار كان لها تأثير على الصعيد القانوني . حيث سمحت معظم التشريعات الأجنبية استخدام التشفير الذي كان حكرا على الحكومات ونظمته بأحكام خاصة كما سبق وأن بينا ، لأن وقاية الدفع الإلكتروني يمر حتما عبر التشفير . لهذا سنتناول ضمن هذا الفرع أهم الأخطار التي تواجه الدفع الإلكتروني إذ سنتناول في النقطة الأولى الأخطار العامة أما النقطة الثانية فسنخصصها للأخطار التقنية .

1 – الأخطار العامة

يقصد بالأخطار العامة ، الأخطار الطبيعية مثل الحريق والكوارث الطبيعية أو الأخطار العادية المألوفة كقطع التيار الكهربائي أو قطع خدمة الإتصال بالشبكة ، ويتعين على البنوك مواجهة الأخطار

[1]– باطلي غنية ، نفس المرجع السابق ،ص 14 .

الطبيعية أو الأخطار العامة من خلال توفير الموارد المالية اللازمة من إيجاد أجهزة كهربائية بديلة و إجراء إختبارات استعادة النشاط الكهربائي و الإتصالي باستمرار وإعداد خطة طوارئ .

2 – الأخطار التقنية

لقد ازدادت الأخطار التقنية بظهور شبكة الأنترنت لكونها صادرة عن فعل إجرامي كنشر الفيروس [1] أو ديدان الأنترنت [2] قصد الإضرار بالمعلومة الرقمية سواء كان تنفيذ الهدف تدميرها أو السطو عليها أو تحريفها و تزييفها أو فقط العبث بها ، وتتم مواجهة الأخطار التقنية الناتجة عن الفعل الإجرامي عبر توفير أنظمة تقنية وقائية وحمائية تضمن سلامة وأمن وسرية المعلومة عموما ، و الوفاء المالي الإلكتروني خصوصا ، وكذلك توفير أنظمة قانونية خاصة بتنظيم أهم الجوانب المتعلقة بالمعاملة المالية سواء في تحديدها ، وجواز استخدام التشفير ومعاقبة مجرميها ، لهذا كان من اللازم أن تكفل الأنظمة التأمينية قدرا عاليا من الضمان و الأمان وسرية عملية الوفاء الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت من كل خطر محتمل وقد ظهرت بهذا الشأن عدة تقنيات تأمين الدفع الإلكتروني و أخذت أشكالا متنوعة ومختلفة كما سبق توضيحه سلفا .

الفرع الثاني: الأنظمة التقنية للوفاء الإلكتروني

إن أهم ما استحدثته العديد من الشركات العاملة في تكنولوجيا المعلومات و تأمين الشبكات والمعلومات ما يسمى بـ " الحوائط النارية " Fire Walls و هي من أهم الأدوات الأمنية المستخدمة في

[1] – يعتبر الفيروس برنامج صغير مكتوب بأحد لغات الحاسب ، ويقوم بإحداث أضرار في المعلومات الموجودة فيه ، إذ أنه مصمم على أن يقوم بإعادة كتابة نفسه على الملفات الموجودة على الحاسب أو أي حاسب آخر يتم تبادل المعلومات بينه وبين الحاسب حامل الفيروس .

[2] – ديدان الأنترنت هي مثل الفيروس: برنامج صغير مكتوب بأحد لغات الحاسب ، ولكنها متميزة بكونها ترسل نفسها منفردة إلى قائمة البريد الإلكتروني أو إلى كل جهاز بالشبكة ، وهي تنتشر بسرعة فائقة وتأتي في الغالب من رسائل إلكترونية أوالمواقع http فتؤدي إلى توقيف الحاسوب عن العمل.

تأمين الشبكات ، ومنع الإتصالات الخارجية المشكوك فيها من الوصول إلى داخل المواقع المقصودة ، فضلا عن قيامها بغربلة الإتصالات الخارجية لبعض الخدمات المتوفرة على الشبكة الدولية [1].

وبالرغم من الدور البارز الذي تلعبه الحوائط النارية في تأمين الشبكات أثناء إتمام المعاملات التجارية ، فإنها ليست وحدها حلا كافيا لصد الهجمات الخارجية . وفي هذا السياق تم الإعتماد على تقنية أخرى في العديد من الدول التي تسعى لزيادة تعاملاتها التجارية على شبكة الأنترنت الذي درسناه من قبل ، و الذي يعد أبرز وسيلة لتأمين المعاملة الإلكترونية خصوصا عملية الوفاء الإلكتروني ، حيث يوفر موثوقية مصدر المعلومة وسريتها وسلامتها من بداية إرسالها إلى غاية وصولها .

وقد سبق وأن درسنا صور التوقيع الإلكتروني وخلصنا إلى أن أكثر صوره انتشارا هو التوقيع الرقمي و البيومتري . وبهذا الصدد حاولت البنوك رفع مستوى تأمين نظمها الخاصة بالوفاء المالي عبر مواقعها على الشبكة منعا من الإختراق و القرصنة من خلال اللجوء إلى وسيط ضامن موثوق به يضمن سلامة الوفاء المالي مع ضمان صحة المعلومات الصادرة عن البطاقة البنكية باعتماد أنظمة موثوق بها عالميا . وأبرز هذه الأنظمة التأمينية للدفع الإلكتروني نظام الشبكات الإفتراضية الذي سنستعرضه في النقطة الأولى، ونظام SSL الذي سنتطرق إليه في النقطة الثانية، ونظام PGP في النقطة الثالثة ، ونظام SET في النقطة الرابعة ، ونظام تشفير القرص الصلب في النقطة الخامسة .

1 - نظام الشبكة الافتراضية

يعتمد نظام الشبكة الإفتراضية VPN على إنشاء شبكة افتراضية خاصة بالمستخدم الذي يتعامل عبر شبكة الأنترنت ، يقوم بتخصيصها له من أجل خدمته و ذلك من خلال تزويده بالإحتياطات التأمينية

[1]- كيلاني عبد الراضي محمود ، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان ،رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، 1996 ، ص 588 .

المطلوبة لإرسال واستقبال البيانات و المعلومات بشكل آمن بواسطة تشفير جميع البيانات أثناء سير المعلومات من نقطة الإرسال إلى غاية نقطة الإستقبال ، فيتم ربط أجهزة المستخدم أو المؤسسة المتعاملة بشبكته وهي في الغالب شبكة محلية الذي يرمز لها بـ LAN بشبكة الأنترنت العالمية عبر قنوات خاصة ، وعند إبرام العقد التجاري الإلكتروني غالبا ما يتصل المشتري بالشبكة المذكورة التي تمكنه بعد ذلك بكلمة السر التي يحتفظ بها للتعامل مع الشركة ، لكن بالنسبة لدفع ثمن السلعة أو الخدمة فإنه يمنح له رقما سريا آخر عبر الهاتف يستخدمه عند الوفاء عبر الأنترنت بمعنى أنه يستعمل كودا خاصا يسمح للبائع بالتحقق من البيانات الصحيحة الخاصة بالبطاقة البنكية من خلال تلك الشبكة الوسيطة الإفتراضية [1] .

2 – نظام نت سكيب Netscape

يعد نظام نت سكيب المعروف أيضا بـ SSL (Secure Socket Layers) الذي يشمل على طبقات أمنية للمعلومات أحد البروتوكولات التأمينية المبتكرة من قبل شركة نت سكيب الأمريكية عام 1995 بتعاون مع الشركة البنكية الأمريكية "ماستر كارد" الذي لقي نجاحا واسعا في الوفاء المالي عبر الشبكة [2] ، حيث بفضل هذا النظام يتم تشفير كل البيانات الصادرة عن نوافذ الشبكة أو بما يسمى ببرامج التصفح ، والمواقع المتواجدة عبر الشبكة ، فعند إرسال البيانات الخاصة بالبطاقة البنكية يستطيع المشتري استعمال الطريقة الآمنة للقيام بعملية الوفاء على ذلك الموقع وهذا بفضل ظهور مفتاح مقفل يظهر على الركن الأيسر لشاشة الكمبيوتر ، كما يتغير مقر المعلومات من http إلى https مما يبين أن البروتوكول SSL هو مستخدم بين برنامج التصفح وخادم الشبكة ، عندها تشفر كل المعلومات الخاصة بالعملية التعاقدية بما في ذلك المعلومات الخاصة بالبطاقة البنكية عبر قنوات إتصال مؤمنة .

---

[1] – الشبكة الإفتراضية المسماة VPN virtual private network ، هي لاوجود لها في الواقع ، وإنما أنشأت لتأمين البيانات عبر الأنترنت ، تعتمد على بروتوكول أمن يسمى vpn أي قنوات خاصة تربط نقطة الإتصال و الإستقبال باستعمال أنظمة التشفير الموثوق بها و القوية لضمان سرية البيانات .

[2] – نتسكيب (Netscape communications) ، هي شركة خدمات حاسوب أمريكية اشتهرت على خلفية مستعرض الواب ، الذي طورته تحت اسم (Netscape Navigator) و الذي سيطر لفترة من الزمن على سوق مستعرضات الواب .

ورغم أن هذا النظام هو أكثر انتشارا في العالم إلا أن أهم مايعاب عليه هو أن أرقام البطاقة البنكية الخاصة بالمشتري تخزن على نظام آلي وتكون عرضة للوصول إليها من قبل الغير ، بمعنى آخر ، أن هذا النظام يقوم بتأمين قنوات الإتصال دون حماية البيانات في حد ذاتها عند انتقالها .

3 – نظام الخصوصية القوية PGP

يعود اختراع هذا النظام لفليب زيمارمان أخصائي في علم الإعلام حيث قام سنة 1995 بايجاد برنامج تأميني محكم يهدف بالخصوص إلى حماية الرسائل الإلكترونية للبريد الإلكتروني الخاص بالأفراد، حيث يتم تشفير كل المعلومات المتواجدة في الرسالة الإلكترونية باستخدام تقنية المفتاح العام وكذا المفتاح الخاص و ما يتميز به هذا البرنامج هو سهولة استخدامه مع قوته في عدم اختراق بيانات الرسالة الإلكترونية. [1]

وقد طور " فيليب زيمارمان" هذا البرنامج الذي يعتمد على تقنية التشفير بالمفتاح العام و الخاص وعرضه على مستخدمي الأنترنت مجانا حيث يمكن تعبئته و استعماله من قبل الجميع حرصا منه على احترام الحياة الخاصة للأفراد .

وقد واجه هذا النظام في بداية الأمر معارضة شديدة من قبل الحكومة الأمريكية لصعوبة الكشف عن محتوى الرسالة التي قد يحتمل أن تكون محمولة بمسائل الجوسسة المضادة لمصلحتها ، لكن سرعان ما تم اعتماده من قبل الحكومة نفسها .

[1]– بي جي بي (PGP) أو نظام الخصوصية المتوفقة جدا (Pretty Good Privacy) ، هو برنامج حاسوبي يقدم تشفيرا للخصوصيات و التوثيقات ، يستخدم عادة لتوقيع وتشفير وفك تشفير البريد الإلكتروني لزيادة سرية الإتصالات عبر البريد الإلكتروني . أنظر الموقع :

www.wikipedia.org/wiki/pretty_good_privacy

4 – نظام تأمين المعاملات الإلكتروني SET

يعد نظام تأمين المعاملات الإلكترونية **SET** من أقوى الأنظمة التأمينية الموثوق بها في المعاملات الإلكترونية وخصوصا عملية الوفاء الإكتروني عبر شبكة الأنترنت أو ما يسمى بالوفاء عبر الخط وهو يعتمد على بروتوكولات تأمينية مركبة تم تطويرها من قبل شركة فيزا كارد وماستر كارد ، إذ يعالج كل البيانات الصادرة عن البائع و المشتري و البنك ، فيقوم بتشفيرها في آن واحد باستعماله سلسلة من الإجراءات التشفيرية على مراحل مختلفة تلائم كل معاملة إلكترونية ، وهكذا يضمن هذا النظام عدم تخزين التاجر لبطاقة المشتري .

كما يضمن صحة وسلامة البيانات الصادرة عن كل الأطراف المتعاملة من خلال شهادة المصادقة الإلكترونية التي تمنح لكل أطراف هذه المعاملة بمعنى أنه يضمن أن المشتري هو صاحب البطاقة البنكية ، و أن البيانات بداخلها مرتبطة به ويضمن أن حسابه يسمح بالوفاء بثمن المبيع دون أن يعطي للبائع إمكانية معرفة رقم حساب المشتري أو المستهلك الإلكتروني ، ويضمن كذلك من جهة أخرى تحديد هوية البائع و أن البيانات الصادرة عنه مرتبطة به [1] .

ورغم قوة هذا النظام في تأمين المعاملة التجارية و المالية من بدايتها إلى نهايتها مع اعتبار البنك هو الضامن لأطراف المعاملة ، فإن مايعاب عليه أنه نظام معقد وأن تكلفة اعتماده جد مرتفعة لهذا فقد تم هجره كليا من طرف البنوك الأمريكية " فيزا كارد" و " ماستر كارد" ابتداءا من سنة 2000 ، واستبدل بنظام تأميني آخر يسمى بـ 3-D Secure .

5 – نظام تشفير القرص الصلب:

لم يقتصر التشفير على البيانات فقط بل وصل الأمر إلى القيام بتشفير القرص الصلب لجهاز الحاسب الآلي ، فالقيام بعملية تشفير القرص الصلب تتسم بغاية في البساطة و السهولة ، وتحقق أمانا أكثر من أية

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 232 .

عملية تشفير أخرى ، فاستخدام هذه الطريقة يوفر أكبر قدر ممكن من الأمن و الحماية لمستخدمي الشبكة من خلال عدم إتاحة الفرصة للغير للقيام باقتحام البيانات المتوافرة على أجهزة الحاسب الآلي والإطلاع عليها و الإعتداء على خصوصية طرفي العلاقة اللذين قاما بتشفير البيانات المتبادلة بينهما .

و هذه الطريقة سهلة الإستخدام و لا تحتاج إلى متخصص في البرمجة ليقوم بعملية التشفير ، فيتم التشفير من خلال القيام بحجز مساحة معينة من القرص الصلب المتوافر على جهاز الحاسب ، ومن ثم عمل قرص إفتراضي منفصل عن القرص الأصلي ، يتم إدراج كافة البيانات الضرورية بالمستخدم بحيث لا يتمكن الغير من الدخول إلى هذا القرص الإفتراضي و الإطلاع على البيانات التي يحتويها هذا القرص ، ويتم تحديد مساحة القرص الإفتراضي بحسب احتياجات الشخص ، بعد القيام بعمل قرص إفتراضي .

و يتم وضع كلمة سر لهذا القرص من قبل المستخدم بحيث لا يتمكن الغير من استعماله لأن مفتاح التشفير الخاص (أي كلمة السر) تكون مع المستخدم فقط، و القيام بعملية تحديد كلمة السر لا تستغرق من المستخدم أكثر من خمس ثوان لإعدادها [1].

[1]– محمد مومن ، نفس المرجع السابق ، ص 173 .

الفصل الثاني

النزاعات الناشئة عن أركان العقد

الفصل الثاني : النزاعات الناشئة عن أركان العقد

لقد رأينا كيف ينعقد العقد التجاري الإلكتروني عبر شبكة الأنترنت وأبرزنا القواعد المنظمة له وفقا للتشريع الجزائري، إلا أنه قد تنشأ نزاعات فيما يتعلق بأركان هذا العقد في حد ذاتها أثناء مرحلة التكوين ، وهو ما يستدعي منا بحث القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة في فصل هذه النزاعات سيما أمام اعتبار أن العقد التجاري الإلكتروني هو عقد دولي بطبيعته كما سبق و أن بينا ، فضلا عن أنه اتضح لنا من خلال دراسة هذا العقد أن من البيانات الإلزامية التي يتعين على المحترف تقديمها للمستهلك هي البيان الخاص بحق الرجوع عن العقد في مدة محددة لصالح المستهلك ، هذا يعني أن هذا العقد لما ينعقد وفقا للمراحل المدروسة يستطيع المستهلك في خضام ذلك أو بعده الرجوع عنه في المدة المحددة قانونا ، وهو ما يحتم علينا دراسة هذه النقطة بالذات و الخوض في تفاصيلها باعتبارها استثناء من القاعدة العامة التي تتمثل في القوة الملزمة للعقد وهي امتياز منح لصالح المستهلك عبر الشبكة في شكل حماية استثنائية له .

إن إقرار حق الرجوع عن العقد للمستهلك يعد بمثابة الخصوصية التي تميز العقد الإلكتروني ، وقد أوجبتها الضرورة في المعاملات الإلكترونية التي تتم عن بعد [1] ، في فضاء لا مادي ، حيث تتحقق معرفته للعقد عبر بيانات رقمية من خلال شاشة الكمبيوتر لا غير ، عندئذ يكون عرضة لأخطار الغش في المنتوج الذي يكون غير مطابق للحقيقة ، لهذا كان لازما حمايته بواسطة هذا الحق .

لهذا سنقوم في هذا الفصل بتناول في المبحث الأول القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن أركان العقد التجاري الإلكتروني مع بحث مسألة المحكمة المختصة في ذلك أو بما يسمى الإختصاص القضائي ، و في المبحث الثاني تحديد مفهوم حق الرجوع عن العقد بصفة عامة ثم تحديد مفهومه في العقد

[1]– يقول " جون كالي أولي " بصدد فكرة الرجوع عن العقد بمايلي :
« Si le contrat est proposé par démarchage ou le téléachat le consommateur est victime de méthodes dites agréssives , rétracer , renoncier, désister , repentir , c'est une faculte accordé seule à la partie faible servent à corriger les abus liés à une inégalité croissante entre les parties ».
- Jean calais AULOY , Les ventes agréssives, DALLOZ, 199, p37 .

التجاري الإلكتروني و في هذه الحالة سنلجأ لقانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي أجاز الرجوع عن هذا العقد لصالح المستهلك ، وفي تحديدنا لمفهوم الرجوع عن العقد سنتطرق للمبدأ العام في العقد وهو القوة الملزمة و الوصول إلى أن الرجوع هو الإستثناء .

المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة

إن التطور الهائل والرهيب لمجال تقنيات المعلوماتية الذي أضحى يفرض مبادئه في فضاء الأنترنت، أدى إلى جعل العقد التجاري الإلكتروني عقدا افتراضيا لا يأبه بالحدود الجغرافية ، ولا يخضع لمبدأ الإقليمية ، وبالتالي لا يمكن معرفة مكان إبرام هذا العقد ، خاصة إذا ماعلمنا أن هناك بعض السلع و الخدمات أصبحت تسلم عن طريق الأنترنت في حد ذاتها ، وعن طريق تحميلها من طرف المشتري وغيرها من التطبيقات الغير مألوفة في العقود التقليدية وعلى رأسها عقد البيع[1] .

وسنستعرض بالنتيجة في المطلب الأول مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق ، وأما المطلب الثاني سنخصصه للمحكمة المختصة أو الإختصاص القضائي .

المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق

لا يوجد أي إشكال عندما يكون طرفا العقد التجاري الإلكتروني مقيمين في الجزائر ، ففي حالة حدوث نزاعات حول أركان العقد يتم التصدي لها وفقا لما بيناه سابقا ، إلا أن الإشكال يثار عندما يكون أحد أطراف العقد أجنبي ، ففي هذه الحالة ولدى حدوث أي نزاع يمس أحد أركان هذا العقد سواء ركن التراضي أو المحل ، السبب ،أو الشكلية في حد ذاتها ، تثور إشكالية القانون الواجب التطبيق على ذلك. فكل هذه المستجدات أدت إلى اعتبار القواعد التقليدية التي تحكم القانون الدولي الخاص التقليدي لا تنطبق على هذا النوع من العقود ، والذي أدى بالفقه الدولي و الوطني و كذا التشريعات الدولية والوطنية على حد سواء ، إلى محاولة إيجاد حلول واقتراحات ، تشكل الأرضية الجديدة التي من خلالها يمكن إيجاد والبحث عن القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة في حال نشوب نزاع بين طرفي أو أطراف هذا العقد حول أركان العقد

[1]– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2006 ، ص 309 .

عندما يكون هذا الأخير عابرا للحدود وذلك وفقا لما نصت عليه المادة 8 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية الجزائري .

الفرع الأول: قانون الإرادة

يعتبر قانون الإرادة، القانون الذي يختاره الطرفان ليحكم علاقتهما العقدية، وليكون مصدرا للقواعد التي تحكمها، ولو كان قانون آخر هو الواجب التطبيق عند عدم اختيار الطرفين لذلك القانون، وعلى ذلك يجوز للطرفين الإتفاق على إخضاع علاقتهما العقدية لقانون آخر غير قانون بلد إبرام العقد أو قانون بلد تنفيذه، أوقانون موطنهما المشترك أو لأي قانون آخر واجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص[1].

استقرت القواعد القانونية و التشريعات على إخضاع العقود الدولية لقانون إرادة المتعاقدين، بمعنى القانون الذي يحدده طرفا العقد سواء أكان ذلك بشكل صريح أم ضمني ليكون هو واجب التطبيق على العقد، وقانون الإرادة ينطبق على العقود التجارية الإلكترونية وعلى كافة المعاملات الإلكترونية التي تتسم بالطابع الدولي ، حيث يتم الإختيار من خلال شبكة الأنترنت أو الرسائل الإلكترونية التي يتم تبادلها من قبل طرفي العقد لتحديد قانون العقد ، وذلك ماتم استخلاصه من خلال دراسة القواعد العامة ورأي الفقه الخاص بالقانون الواجب التطبيق [2] .

إلا أن أغلب أطراف التعاقد في مجال التجارة الإلكترونية يفضلون وضع شروط خاصة لتسوية المنازعات المتوقع حدوثها ، منعا لإهدار الحقوق و للحفاظ على ديمومة العقد ، لأن هنالك تشريعات تبيح بعض التصرفات الممنوعة أو غير المشروعة في قوانين أخرى ، فيسعى أطراف التعاقد لتضمين العقد الحلول

[1]- غول سليمة، ميهوب علي ، القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، العدد1 ، 2020، جامعة الطارف، الجزائر،ص 52.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر، 2006 ، ص 310 .

الواجبة لبعض المشكلات التي من الممكن أن تثور بين طرفي العقد . و في حال عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد وعدم التمكن من تحديد إرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، فتظهر هنا سلطة القاضي في توطين العقد و البحث عن القانون الأنسب بين القوانين الوطنية التي تم توطين العقد بها ، إلا أن الأغلب يوطن العقد في الدولة التي ينتج العقد فيها أغلب آثاره ويطبق قانونها ، أو في الدولة التي يقع فيها المقر الرئيسي للشركة مقدمة الخدمة[1] .

ويرى البعض أن العقود التجارية الإلكترونية تنتبذ لنفسها مكانا قصيا ، وتنأى عن الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص ، و يرجع سبب ذلك إلى أن هذه العقود لا تتلائم مع قواعد الإسناد الإقليمية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين ، فضلا على أن التعامل من خلال الشبكات ينشئ عالما افتراضيا لا ماديا ولا محسوسا وغير مشخص وهو خاضع لقانونه الخاص .

ويبدو أن قواعد القانون الدولي الخاص بصفة عامة أصبحت غير كافية لمواجهة تطورات التكنولوجيا الراهنة ، ذلك لأن العقود التجارية الإلكترونية الدولية أو العابرة للحدود لها معطياتها الخاصة التي تتطلب قوانين تتضمن حلولا تتلائم وطبيعة تلك المعطيات وتتوافق مع هذه الذاتية ، ومن ثم لزم البحث عن حلول أخرى تناسب حالة العقد التجاري الإلكتروني و التي تتمثل في إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية بغرض إيجاد نوع من التوحد أو الإتفاق الدولي بشأن الأحكام الواردة في هذا الصدد [2] .

ولقد تم التوصل من طرف الفقه إلى ستة حلول أو اقتراحات، من أجل وضع قانون مناسب يحدد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المتعلقة بهذا العقد.

---

[1]–خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع السابق ، ص 312 .

[2]– صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2006 ، ص 108 .

الفرع الثاني: الإقتراحات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق

1- وضع قانون موضوعي إلكتروني موحد Lex électronica

ذهب كثير من الفقهاء إلى أن وجود قانون موضوعي خاص بالمعاملات التجارية الإلكترونية سوف يكون له ميزة إزالة المشاكل الخاصة بإختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني وتنظيمه بوضع قانون موحد للمعاملات ، أو بمايسمى بحركة التجارة الدولية الإلكترونية .

فالقواعد المادية للتجارة الإلكترونية تتكون إذا مما درج عليه العمل في التجارة الإلكترونية من عادات وممارسات ، طورتها منظمات ذات طابع دولي ، حكومية وغير حكومية ، مثال ذلك ، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، وغرفة التجارة الدولية ، ومنظمة التعاون والتنمية الإقتصادية، إلا أن الخلاف قد ثار حول حقيقة ومكونات تلك القواعد ، وعما إذا كانت تشكل نظاما قانونيا قائما بذاته ، أم أنها مازالت مجرد قواعد تدخل ضمن عموم قانون التجار[1] .

2 - توحيد اختيار القواعد القانونية

ويتم ذلك عن طريق توحيد القواعد القانونية التي بها نختار القانون الواجب التطبيق على الخلافات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، وذلك عن طريق المنظمات و الهيئات الدولية المعنية ، ونقصد هنا توحيد اختيار القواعد القانونية وليس توحيد القوانين .

وقد قام معهد القانون الأمريكي بوضع قواعد قانونية محددة ، عن طريقها يستطيع أطراف المعاملة الإلكترونية اختيار قواعد قانونية عامة قابلة للتطبيق لإختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات التي تنشأ عن المعاملات الإلكترونية الدولية ، ومن ضمن هذه القواعد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون محل إقامة المدعي أو المدعي عليه حسب الإتفاق ، أو قانون محل إقامة المهني أو المحترف الذي بدأ

[1]- صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 109 .

بعملية الإتصال عبر الأنترنت ، ولكن مع مراعاة القواعد القانونية الخاصة بحماية المستهلك التي تنص على تطبيق قانون محل إقامة المستهلك وليس التاجر.[1]

ولكن وفق هذا الإقتراح يجب أن نستبعد القواعد القانونية المرنة ، كالتي تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على أساس قانون الدولة الأوثق صلة بالروابط العقدية أو حسب مركز الثقل في المعاملة الإلكترونية ، وذلك لأن الطبيعة الغير جغرافية للأنترنت والتي تجعله غير مرتبط بحدود الدول تجعل القواعد المرنة أسلوب غير مناسب ولايصلح استخدامها في اختيار القانون الواجب التطبيق على معاملات الأنترنت .

ومن القواعد المرنة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية مكان إبرام العقد أو تنفيذه ، فإذا أخذنا بهذا المعيار فإنه يصعب إعماله لأنه إذا نظرنا إلى مكان إبرام العقد أو تنفيذه فإنه يبرم في فضاء إلكتروني، كما أن محل التنفيذ قد يكون عبر شبكة الأنترنت في حالة التسليم الرقمي، أو الإفتراضي للسلعة ، مثل الموسيقى والأفلام فهذه يتم تسليمها عن طريق إنزالها وتحميلها من على الشبكة.

وإذا نظرنا إلى معيار العملة المستخدمة في الدفع فلا يجدي هذا أيضا إذ يتم الدفع في أغلب عقود التجارة الإلكترونية بواسطة بطاقات إئتمان أو بواسطة النقود الرقمية أو التحويلات البنكية الإلكترونية .

وأما عن اللغة المستخدمة فإن معظم التعاقدات الإلكترونية والإعلان عن السلع والخدمات عبر شبكة الأنترنت تتم باستخدام اللغة الإنجليزية وإن كان في بعض الحالات القليلة والنادرة تصحبها لغة قومية حيث تشترط بعض القوانين ذلك .

[1] - Eric A.CAPRIOLI , Droit international de l'économie numérique , Litec ,2ème édition , Paris, 2007, p79.

3 – قضاء التحكيم الإلكتروني

ظهرت بعض الآراء التي تنادي بوجوب إنشاء هيئة تحكيم إلكتروني خاصة للنظر في المسائل والنزاعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية والذي لا يزال الطريق إليها بعيدا إلا أننا نجد إحدى المنظمات تحاول أن تفعل ذلك وهي مشروع القاضي الإفتراضي تحت رعاية إحدى الجامعات الأمريكية [1] .

وهي تقوم بالوساطة في الخلافات الناتجة عن المعاملات و التعاقدات الإلكترونية ، حيث يختار المحكم وتقدم الأدلة و المستندات ويصدر الحكم من خلال شبكة الأنترنت ، وعملية التحكيم الإلكتروني هذه إختيارية ولا يمكن إجبار أحد الخصوم عليها وذلك تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة .

وتجدر الإشارة هنا إلى أن جمعيات التحكيم الإلكتروني ، وفي ظل عدم نشر الأحكام فلا يوجد قضاء تحكيمي ، ناهيك عن أن أنظمة التحكيم الإلكتروني المعدة من قبل الهيئات المتخصصة لم تصل بعد إلى معالجة كافة المسائل القانونية ، علاوة على وجود العديد من الصعوبات التي تظهر عند التطبيق ، ونتيجة لذلك دعا التوجيه الأوروبي الصادر في سنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء إلى تشجيع وضع تنظيم قضائي خاص بالمنازعات الإلكترونية ، وطالب اللجنة الأوروبية بأن تنقل كل المعلومات التي تتعلق بأعراف المعاملات التجارية الإلكترونية .

4 – العقود النموذجية

تذهب مدرسة قانون التجارة الدولية إلى تعظيم دور الإرادة الفردية في إنشاء هذا القانون ، ومن هذا المنطلق جعلت للعقد دورا مهما في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي ، ونتيجة لذلك اتجهت معظم المنظمات المهنية إلى إعداد عقود نموذجية الطابع تتضمن العديد من العادات الجارية ، وتوجد العديد

[1] – محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2006 ، ص 107 ، 108 .

من نماذج العقود النمطية التي تبرم بين الموردين والمستهلكين، تتناول العديد من المسائل الفنية و القانونية التي يجب احترامها من الطرفين [1] .

5 – قواعد السلوك

تعد قواعد السلوك من المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي للعقود الإلكترونية ، ويرجع ذلك إلى أن تنوع أنماط المتعاملين مع شبكة الأنترنت يتعارض مع وضع تنظيم آمر ومحكم ، وبهذه المثابة تأتي ضرورة وجود قواعد السلوك التي تتضمن حدا أدنى من المبادئ و الأحكام المشتركة التي يجب أن يراعيها كافة المتعاملين و المستفيدين من التعامل في هذا العالم الإفتراضي واللامادي .

وتتمثل أهم هذه المبادئ و الأحكام في عدم استخدام الحاسب في إلحاق الأذى بالآخرين أو التدخل في العمل المعلوماتي للآخرين ، أو استخدامه في السرقة ، أو انتحال مصنفات الغير ، أو التفتيش و البحث في البطاقات الإئتمانية الخاصة بهم [2] .

6 – العرف

ويذهب البعض إلى أن من بين المصادر المهمة لقواعد القانون الموضوعي للعقود الإلكترونية العرف، على أساس أن المتعاملين في العالم الإفتراضي و اللامادي قد ساهموا في إنشاء تلك القواعد وذلك بطريقة تلقائية من خلال مااستقر عليه من عادات وأعراف وممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم الإفتراضي ، بالإضافة إلى أن العرف يتلائم مع التطور السريع و المتلاحق في مجال العقود الإلكترونية ، على خلاف القوانين الوضعية التي تتسم بالبطء في التكيف مع المعلوماتية و التكنولوجيات المعقدة . [3]

[1]– صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 125 ، 126 ، 127 .

[2]– صالح المنزلاوي ، نفس المرجع السابق ، ص 130،131 .

[3]– عصام عبد الفتاح مطر ، نفس المرجع السابق ، ص 363 .

المطلب الثاني: الإختصاص القضائي

أدى انتشار عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت إلى إثارة العديد من المشكلات القانونية التي تتعلق بهذا النوع من التجارة ، من أهمها مسألة تحديد الإختصاص القضائي الدولي في المنازعات الناشئة عنها، ومعرفة القواعد و الضوابط التي تساعد في الكشف عن المحكمة المختصة بنظر النزاع، خاصة وأن أغلب ضوابط تحديد الإختصاص لها طابع مكاني مثل الموطن أو مكان إبرام العقد ، وهومايتعارض قطعا مع خصوصية المعاملات الإلكترونية التي ترفض التعامل غالبا مع كل ماهو مادي ومحسوس[1] .

قد يتعذر في أغلب حالات المنازعات الناجمة عن العقود المبرمة عبر شبكة الأنترنت إعمال الضوابط المكانية المعروفة خاصة فيما يتعلق بضابطي الموطن ومحل الإقامة ، وبالتالي نصبح أمام حتمية البحث عن ضوابط أخرى من أجل تدارك النقائص التي تعتري الضوابط الأخرى، وهو الأمرالذي تفطن له الفقه القانوني فخلص إلى وجوب الإعتماد على ضوابط اختصاص نوعية تتمثل تباعا في ضابطي محل نشأة الإلتزام (إبرام العقد)أو تنفيذه، بالإضافة إلى تحديد كيفية اللجوء إلى المحكمة المختصة عن طريق اللجوء إلى فكرة القاضي الإفتراضي أو محكمة الفضاء [2] .

الفرع الأول: ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه

أثارت محاولة توطين العقد من أجل تحديد مكان إبرامه أو تنفيذه في مجال العقود التقليدية العديد من الصعوبات ، وازدادت هذه الأخيرة تعقيدا فيما يتعلق بمكان إبرام العقد في النطاق الرقمي العالمي للتجارة الإلكترونية ، ويرجع أساس هذه الصعوبة و التعقيد إلى أن العالم الشبكي لايقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد باعتباره عالما افتراضيا .

[1]– بلاق محمد، ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الإتجاهين التقليدي والحديث،مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية، العدد4، 2016، جامعة تيارت، الجزائر، ص 14 .

[2]– بلاق محمد، نفس المرجع السابق ، ص 20.

1- ضابط محل إبرام العقد

يعتبر تحديد مكان إبرام العقد مسألة متعلقة بتفسير قاعدة اختصاص وطنية، مما يلزم الرجوع بشأنها إلى قانون القاضي المعروض أمامه النزاع ، ويختلف موقف الدول بشأن تحديد هذا المكان في العقود التجارية الإلكترونية، على أساس مدى تبنيها لنظريات مختلفة حاولت تحديد المكان الحقيقي لإبرام العقد في تعاقد من نوع خاص . ومهما كان وجه الخلاف بين هذه النظريات، فالمتفق عليه أنها في مجملها حاولت تحديد لحظة نشوء الإلتزام، كون أن هذه الأخيرة تعتبر من أهم التحديات التي تواجه المعاملات الإلكترونية بوصف عام ، وأمام هذه الإختلافات الفقهية و القانونية و التشريعية الدولية و الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية و القائمة على المنهج الإفتراضي الذي يعتد غالبا بمقر عمل المرسل إليه كمكان لتسلم القبول وبالتالي كمكان لإبرام العقد، فإن الغالب في الفقه تأييد أن يبقى لأطراف العقد حرية الإتفاق على تحديد مكان إبرام العقد من خلال الشروط التي يتفقان عليها في العقد كأصل واستثناءاللجوء إلى المنهج الإفتراضي ومايقوم عليه من احتمالات[1] .

2- ضابط مكان تنفيذ العقد

تظهر أهمية هذا الضابط في أنه المكان الذي تتجسد فيه الإلتزامات التعاقدية ، كما أنه يحقق مصالح المتعاقدين على اعتبار أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين و الغاية التي يسعيان إلى تحقيقها ، إلا أن هذه الضوابط التي تقوم على ركائز مكانية هي من دون فائدة وليس لها أي دور في شأن التنظيم القانوني الدولي للعمليات المبرمة في البيئة الإفتراضية ، وبالنظر إلى هذه الصعوبات ازداد اتجاه أطراف العقد التجاري المبرم إلكترونيا نحو تسوية النزاعات التي تنشأ بينهم عبر وسائل التسوية البديلة، بل إن بعض التشريعات بدأت تلزم الأطراف المتنازعة باللجوء إلى واحدة أو أكثر من هذه الوسائل في نزاعات معينة، فضلا على أن

[1]- بلاق محمد ، نفس المرجع السابق ، ص 21.

السنوات الأخيرة شهدت ظهور وسائل بديلة تستخدم التقنيات الحديثة كوسيط لتسوية المنازعات وفض الخصومات الواردة على أركان العقد فيما بين الأطراف المتعاقدة، بالنظر إلى الخصوصيات التي تميزها عن نظيرتها التقليدية من حيث سرعة الإجراءات وقلة التكاليف وقصر مدة الفصل في النزاع، فأصبح لها بذلك قواعد ثابتة في مجال الإختصاص.

الفرع الثاني: الجهود الدولية لتحديد الإختصاص القضائي

لقد ساهمت أراء الفقه و القضاء في عرض محاولات لتحديد المحكمة المختصة بنظر النزاعات الناشئة عن أركان عقود التجارة الإلكترونية ، إلا أنها لم تحدد للأفراد واقعيا كيفية اللجوء إليها ، وهو الأمر الذي تولت استدراكه بعض الدول وبخاصة دول الإتحاد الأوروبي عبر تقديم توصيات ومبادئ فعلية ومتنوعة نستعرضها فيما يلي :

1- مشروع المحكمة الإفتراضية أو القاضي الإفتراضي

هذا المشروع هو التجربة الأولى في مجال تسوية الخصومات عبر الفضاء الإلكتروني ، وتم إرساء دعائمه في مارس 1996 ، وتولى إدارته و الإشراف عليه عدة جهات وهي معهد قانون الفضاء، وجمعية التحكيم الأمريكية ، المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية ، ومركز القانون وقواعد المعلومات[1] .

و الهدف الرئيسي لهذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالأنترنت عن طريق وسيط يتمثل في قاضي محايد يكون خبيرا في التحكيم و القوانين التي تحكم أنشطة الأنترنت أو قانون الفضاء الإلكتروني ، وآلية تحقيق هذا الهدف تتم عن طريق قيام مستخدم الشبكة بإرسال شكواه إلى الهيئة عن طريق البريد الإلكتروني ،وبعد ذلك تقوم الهيئة باختيار قاضي محايد ليفصل في النزاع ، أما عن القيمة القانونية للقرارات التي يصدرها هذا القاضي فإن مايجدر الإشار إليه أن هذا القرار يكون مجردا من هذه

[1]- بلاق محمد ، نفس المرجع السابق ، ص 22.

القيمة إلا إذا قبله الأطراف ، وهو ما سبق وأن تناولناه في الإقتراحات الموجودة لحل مسألة القانون الواجب التطبيق .

2- محكمة الفضاء cyber Tribunal

نتيجة لاتجاه التفكير للإستفادة من الإمكانات التي تنتجها شبكات الإتصال الإلكترونية نحو إنجاز نظم جديدة لتسوية المنازعات من خلال الشبكات ، كان من أهم هذه النظم المحكمة الفضائية التي تتجه لتقديم الوساطة و التحكيم عبر قنوات ووسائط إلكترونية . ووفقا لهذا النظام تتم الإجراءات بطرق إلكترونية على الموقع الشبكي للمحكمة ، بداية من ملء النموذج الإلكتروني لطلب التسوية و مرورا بالإجراءات التي تفرغ في أشكال إلكترونية وانتهاءا بإصدار حكم ، ومن ثم قيده على الموقع الشبكي الإلكتروني الخاص بالمحكمة[1].

وهدف هذه المحكمة الذي طورته هيئات غير حكومية هو وضع قواعد سلوك تستجيب لطبيعة عقود التجارة الإلكترونية وتضمن سلامة بياناتها من ناحية ، و من ناحية أخرى تسوية منازعاتها بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الإلكترونية ، وينضم إليه أطراف النزاع ويحقق الإرتباط بينهم بموجب إطار تعاقدي[2] ، وذلك من خلال إيجاد حلول للمشكلات و النزاعات التي تثور حول أركان العقد التجاري الإلكتروني، بالإضافة إلى توحيد القواعد القانونية المطبقة على المعاملات الموجودة على شبكة الأنترنت.

ولكي تؤكد هذه المحكمة ثقة المتعاملين عبر الشبكة في نظامها فإنها تقوم بإصدار شهادة المصادقة أوالتصديق على الموقع الإلكتروني التي تتحقق فيه الشروط الطلوبة ، وهذه الشهادات تجيز لأصحاب المواقع أو المسؤولين عنها تسوية منازعتهم وفقا لإجراءات المحكمة ، ولذلك يجب أن يكون هؤلاء على علم تام بالمبادئ التي يكفلها هذا النظام من أجل احترامها و الإلتزام بقواعد السلوك التي تتضمنها.

[1]- بلاق محمد ، نفس المرجع السابق ، ص 23.

[2]- نفس المرجع السابق ، نفس الصفحة .

المبحث الثاني: حق الرجوع عن العقد

تعددت المصطلحات بخصوص التعبير عن فكرة الرجوع عن العقد ، إلا أن المصطلح الأكثر استعمالا في الفقه هو حق الرجوع عن العقد ضمن مايسمى بحق الخيار ، ونرى أن حق الرجوع هو أدق المصطلحات القانونية ، إذ يحمل في معناه إزالة العقد وآثاره بإرادة منفردة بعد انعقاد العقد باعتبار أن العقد يرتب آثاره بمجرد انعقاده .

إن مبدأ الرجوع عن العقد هو استثناء من المبدأ العام في العقود المتمثلة في القوة الملزمة للعقد [1] ، فتقتضي الدراسة أن نحيط بكل مايتعلق بالمبدأ العام الخاص بالقوة الملزمة للعقد ، وأن نحيط أيضا الإستثناء الوارد على هذا المبدأ أيضا في المطلب الأول ، وأما المطلب الثاني فنخصصه لكيفية ممارسة حق الرجوع في هذا النوع من العقود وآثار ذلك .

المطلب الأول: حق الرجوع استثناء من القاعدة العامة

يعتبر الحق في الرجوع عن التعاقد التجاري الإلكتروني إحدى الآليات القانونية الحديثة التي لجأ إليها المشرع الجزائري بقصد بسط حماية فعالة لرضا المستهلك الإلكتروني المتعاقد عن بعد بوسائل الإتصال الحديثة ، وعلى رأسها الأنترنت ، وهذا الحق يعتبر خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد غير أن هذا الخروج يجد مبرره الأساسي في ضرورة حماية المستهلك الإلكتروني ، باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المورد الإلكتروني المحترف،فالمستهلك لا تتوافر لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة و التحقق من جودتها أثناء إبرام العقد عبر الأنترنت، لذلك منحت التشريعات المنظمة للتعاملات الإلكترونية المستهلك الحق في الرجوع عن عقد أبرمه عندما يأتي تعاقده متسرعا متأثرا بوسائل الدعاية و الإعلان التي قد تؤثر على صحة إرادته التعاقدية.

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 216 ،217 .

ومن خلال ماتقدم سنخصص الفرع الأول لمبدأ القوة الملزمة الذي يفيد عدم جواز نقض أو تعديل العقد ، وأما الفرع الثاني فسنخصصه لإلزامية تنفيذ ماورد فيه . وبخصوص الفرع الثالث سندرج فيه مايقتضيه مبدأ حسن النية ، وأخيرا الفرع الرابع سنخصصه للإستثناء الوارد على المبدأ العام للقوة الملزمة للعقد التجاري الإلكتروني في حد ذاته .

الفرع الأول: عدم جواز نقض أو تعديل العقد بإرادة المتعاقد

يمنع المبدأ العام على المتعاقد نقض العقد أو تعديله إلا استثناءا ، فمتى انعقد العقد صحيحا ورتب آثاره يكتسب القوة الملزمة ، حيث يمنع المتعاقدان من تعديله بطريقة انفرادية سواء بالنقص أو الزيادة إلا باتفاقهما.ويسري ذلك المنع في حق التقاضي ، فلا يحق له المساس بشروط العقد الموضوعة من قبل المتعاقدين سواء بتعديلها أو نقضها حتى ولو تبين له أنها لا تتفق مع مبادئ العدالة ، فهو ملزم بإجبار تنفيذ العقد من خلال التنفيذ الجبري بتدخل السلطة العامة ، وهذه القاعدة نتيجة مباشرة لسلطان الإرادة ، حيث أن الإرادة هي الأساس في إنشاء العقد وتحديد آثاره بها .

الفرع الثاني: إلزامية تنفيذ ما ورد في العقد

يتعين على المتعاقدين تنفيذ ما ورد في العقد، بمعنى أنهم ملزمان بما تضمنه العقد من شروط وقيود منصوص عليها في العقد ، حسب الإتفاق و التي تم من خلالها تعيين وتحديد إلتزاماتهما وحقوقهما اتجاه بعضهما البعض ، كما هو منصوص عليه في نص المادة 107 من القانون المدني الجزائري[1] التي جاء فيها أنه " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فحسب ... " ، ومن جهة أخرى يتعين على المتعاقدين تنفيذ ماهو من مستلزمات العقد وفقا للقانون و العرف و العدالة حسب طبيعة الإلتزام ، ففي كثير من الحالات يعد القانون المرجع الأساسي لاستكمال ماهو ناقص في العقد إذا كان هذا النقصان راجعا لإغفال المتعاقدين

[1]– المادة 107 من الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

بعض من تفاصيل العقد . ويعد العرف هو الآخر مصدرا في تحديد الإلتزامات و حقوق المتعاقدين التي لم يأت بشأنها اتفاق صريح عندئذ يتم تطبيق ماإعتاده الناس و ألفوه وساروا عليه في التعاقد ، كما يمكن الرجوع لمبادئ العدالة لتحديد مستلزمات العقد . وفي هذه الحالة يحيلنا مبدأ العدالة إلى الإنصاف والإستقامة و المساواة في العلاقة العقدية .

الفرع الثالث: حسن النية

ينبغي أن تسود حسن النية في العقد ، ومبدأ حسن النية مفترض لدى المتعاقدين [1] مالم يثبت عكس ذلك ، ويقصد بحسن النية الثقة و الإخلاص و النزاهة و الصراحة و الإنصاف التي تقتضيها العلاقة التعاقدية ، وماتحمله من تعهد حيث ينبغي للمتعاقد الإتصاف بكل الصفات الحميدة التي من شأنها أن تجعل الإلتزام يسيرا وفقا لما تعهد به المتعاقدان ، عندئذ يتجسد عنده مبدأ حسن النية ويمنع عليه التدليس و الغش و الخداع واستغلال ظروف إرادة الطرف الآخر ووضعيته لإرهاقه ، وهي الصفات التي تجعل تنفيذ الإلتزام عسيرا فتؤدي إلى إجحاف حقوق طرف على حساب آخر .

الفرع الرابع : الإستثناء : الرجوع في العقد

إذا كان المبدأ العام في العقد هو القوة الملزمة له ، ولا يمكن بأي حال من الأحوال الرجوع فيه ، ولا يزول إلا بالطرق المقررة قانونا كالتنفيذ ، أو البطلان أو الفسخ ، فإنه مع ظهور العقد التجاري الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الأنترنت و الإتصالات الإلكترونية الحديثة ، ظهرت الحاجة إلى حق الرجوع عن العقد ، فأصبح المبدأ العام له استثناء وهو قابلية الرجوع عنه لمصلحة المستهلك بنص القانون [2] . وهو

[1] – هذا المبدأ هو نتيجة رتبها سلطان الإرادة و الحقيقة أن القانون هو الذي يكسب العقد قوته الإلزامية ، أنظر .تقية محمد بن أحمد ، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، ماجستير ، الجزائر ، 1977 ، ص 123.

[2] - Philipe MALAURIE et Laurent AGNES, Les obligations en droit civil , 3èmè édition , Défrenois, 2007 , p376.

ماسنتناوله في النقطة الأولى على أن الإستثناء يكون بنص قانوني ، وأما النقطة الثانية فسنتناول فيها حق الرجوع في العقد التجاري الإلكتروني حسب القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري.

1 - الإستثناء يكون بنص القانون

ماهو ثابت أن مبدأ سلطان الإرادة قد شهد منذ القرن الماضي تقلصا بسبب فرض مبدأ النظام العام و الآداب العامة عليه ، كما ظل يتلقى تأثيرات متنوعة أدت كذلك إلى تقييده بسبب تدخل المشرع في تنظيم العقود لأسباب مختلفة أهمها اللامساواة العقدية بين المتعاقدين كالعقود المبرمة بين أرباب العمل و العمال ، أو عقود الإذعان ، مما نتج عنه إعادة النظر في مبدأ القوة الملزمة للعقد ، حيث أصبح هذا المبدأ محدودا في دائرة التوازن مع العدالة العقدية و النظام العام و الآداب العامة .

وقد ظهرت في فرنسا الحاجة لحق الرجوع عن العقد في بعض العقود على غرار عقد البيع بعد انتشار الشروط التعسفية في العقد بسبب عوامل عديدة أهمها تفوق البائع المحترف أو المورد في العلاقة التعاقدية وانفراده بوضع شروط العقد.

وقد أصبحت الحاجة لهذا الحق ضرورية في العشرية الأخيرة بعد التطور الصناعي و التكنولوجي خصوصا بعد استعمال وسائل الإشهار في ترويج المتوجات و الخدمات و ماتتضمنه من تضليل إعلامي حول وصف المنتوجات التي تؤثر على إرادة المستهلك ، الذي أصبح تحت ضغط وإغراء مستمر في إبرام العقد دون أخذه للوقت الكافي للتفكير في العقد المقدم عليه بما يلائمه . هذا وقد أصبح الإغراء الإعلامي يشكل خطرا من نوع جديد على إرادته [1] ، وإن كانت غير معيبة بعيوب الإرادة التقليدية فإنها تكون في كثير من الأحيان غير سليمة قد لا تحتويها مفاهيم النظرية العامة لعيوب الإرادة أو حتى مفاهيم النظام العام .

وتزداد خطورة تعرض الإرادة للغش و الخداع عند التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، ولو أن العقد ينعقد بفضل التفاعلية التي تمكن الرؤية و الإتصال إلا أنه يبقى في فضاء إفتراضي ، حيث تقتصر رؤية

[1]- نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 219 .

المستهلك للمنتوج على شاشة الكمبيوتر ، فيرى مجرد صورة مزينة تحمل كثير من الأحيان للمبالغة . لهذا فرضت الضرورة الناتجة عن طريقة التعاقد الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت إفادة المستهلك بحق الرجوع .

2 – حق الرجوع في العقد التجاري الإلكتروني حسب قانون 18-05

يرى رأي في الفقه أن الرجوع عن العقد هو الرجوع عن الإرادة المعبر عنها من قبل ، وسحبها كأن لم تكن ، مع منعها ترتيب آثارها ، بمعنى أنها تعبير عن إرادة مضادة . في حين رأي آخر يرى في الرجوع عن العقد إرادة جديدة مخالفة للأولى المتراجع عنها ، تحل محلها وتكون صادرة عن الشخص نفسه ، فيحل التعبير عن إرادة جديدة محل الإرادة القديمة ، و التي يترتب عنها محو الإرادة القديمة عبر الإرادة الجديدة .

بينما يرى رأي آخر في حق الرجوع ضرورة لمواجهة الشروط التعسفية التي تربط المحترف بالمستهلك الإلكتروني لإتساع حجمها في هذه العلاقة .

ويشبه حق الرجوع عن العقد بحق الرجوع عن الإيجاب منتقدا فكرة تطابق الإرادتين . وانتقد رأي آخر في الفقه فكرة الرجوع عن العقد خصوصا في عقد البيع الذي يتصف بالقوة الإلزامية بين طرفيه ، لأن من خصائصه أنه عقد ملزم للجانبين و بالتالي منح حق الرجوع عن العقد للمستهلك هو مناقض لطبيعة العقد .

ويتضح لنا أن فكرة الرجوع عن العقد مهما كانت تحمل من تناقض ومخالفة لمبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه تبرز التغيير و التطور المستمر ليس فقط بسبب التطورات الإقتصادية و السياسية و الإجتماعية ، بل أيضا بسبب التطور التكنولوجي حيث أن استعمال هذا الحق من قبل المستهلك عبر شبكة الأنترنت كان بسبب استخدامه لها .

أدى استعمال المعلوماتية في تكوين العقد التجاري الإلكتروني وماترتب عنه من أخطار تهدد مصلحة المستهلك سواء أخطار التعاقد عن بعد ، أو أخطار الشروط التعسفية ، إلى تقوية هذا الحق ، فأصبح هذا العقد يتميز بحق الرجوع عنه من جانب المستهلك كإستثناء لقاعدة إلزامية العقد حتى ولوتم

تنفيذه، وبدون أن يكون هناك سبب للرجوع ، فللمستهلك الحرية المطلقة في الرجوع عن عقده إلا أن هذا الرجوع يمارسه المستهلك في أجل محدد يسقط بإنتهائه .

وقد أقر هذا المشرع الجزائري ومن خلال قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، فتنص المادة 15 منه [1]على " لا يمكن أن تكون الطلبية المسبقة محل دفع إلا في حالة توفر المنتوج في المخزون ،... بمجرد توفر المنتوج تتحول الطلبية المسبقة إلى طلبية مؤكدة ، ... ، دون المساس بحق المستهلك الإلكتروني في التعويض ، يجب على المورد الإلكتروني إرجاع الثمن في حالة دفعه قبل توفر المنتوج في المخزون " ، كما تنص المادة 22 من نفس القانون على " في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه 4 أيام عمل ابتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج " .

كما أقر المشرع الجزائري أيضا في المادة 23 من قانون 18-05 على أنه " يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته في حالة تسليم غير مطابق للطلبية أو في حالة ماإذا كان المنتوج معيبا ... يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي ، خلال مدة أقصاها أربعة (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج " .

حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري أقر حق الرجوع للمستهلك الإلكتروني وفي عدة حالات على غرار المنتوج الغير مطابق ، وأو بسبب التأخر في التسليم ، ظهور عيب على السلعة أو المنتوج في حد ذاته ، وكل هذا حماية له وفي نفس الوقت الأخذ في عين الإعتبار المخاطر الواردة في العقود المبرمة عبر الخط، والتي توجب الحماية اللازمة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية .

[1]-المادة 15 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

لكن يلاحظ أن المشرع الجزائري حتى وإن أقر حق الرجوع للمستهلك وألزم بالمقابل المورد الإلكتروني بإرجاع الثمن وتسلم المنتوج الغير مرغوب فيه، إلا أنه أورده في حالات خاصة فقط دون إعطاء الحرية المطلقة للمستهلك في استعمال حق الرجوع بشكل مطلق ، وهذا بالرغم من إقراره حق الفسخ أو الإبطال أو حتى التعويض عن طريق اللجوء إلى القضاء.

مما لا شك فيه أن المشرع الجزائري وبخصوص إقراره لحق الرجوع للمستهلك الإلكتروني ، فإنه ساير بتحفظ بعض التشريعات المقارنة التي أعطت السلطة التقديرية المطلقة للمستهلك ، فنجد المشرع التونسي على سبيل المثال وتحديدا في الفصل 30 من قانون التجارة الإلكترونية ينص على " أنه يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل 10 أيام " ، وكما أقر أيضا المشرع الفرنسي على حق الرجوع لفائدة المستهلك في نص المادة 121-20 من قانون حماية المستهلك المعدلة بقانون رقم 841-2005 المؤرخ في 2005/07/26 حيث جاء فيها أن للمستهلك أجل 7 أيام كامة لممارسة حق الرجوع عن العقد دون سبب ودون دفع أي مبالغ باستثناء مصاريف الإرجاع . ويتضح من كل هذه النصوص المذكورة مايلي :

- يكون حق الرجوع في العقد الصحيح و المنتج لجميع آثاره القانونية
- ينفرد المستهلك بحق الرجوع الذي يعد حقا خاصا به .
- يخضع حق الرجوع للسلطة التقديرية الواسعة للمستهلك في بعض القوانين المقارنة.
- يمكن للمستهلك التمسك بحق الرجوع حتى ولو نفذ العقد.
- يتم توقيع حق الرجوع من قبل المستهلك، وذلك دون الحاجة إلى رفع دعوى قضائية.
- تتحدد ممارسة حق الرجوع في أجل معين تسري عليه مهلة السقوط .
- يزيل حق الرجوع العقد بأثر رجعي .

ومن جهة أخرى ، فإن حق الرجوع يتشابه مع بعض الأنظمة القريبة المعروفة ، ويتعلق الأمر بالبطلان ، وقابلية الإبطال و الفسخ ، والتي تجدر الإشارة إلى أن قانون 18-05 المتعلق بالتجارة

الإلكترونية الجزائري أشار إليها في عدة مواد مضافة لحق الرجوع الذي تم إقراره من طرف المشرع الجزائري مثل مابيناه سابقا .

إن التمييز بين حق الرجوع و البطلان هو أن هذا الأخير هو وصف قانوني للعقد وهو أيضا جزاء يرتبه القانون على تخلف ركن من أركان العقد كانعدام الرضا أو المحل أو السبب أو أنه جاء مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، كما أنه يعتبر حق مخول التمسك به لكل من لديه مصلحة ، وهو بذلك يتصل بالمصلحة العامة . بينما يتميز حق الرجوع عن العقد في كون أن العقد يكون منعقدا وقد ترتبت عنه آثار إلا أنه لا يزال متحكما فيه بإرادة المستهلك [1] فضلا عن أن هذا الحق يتعلق بهذا الأخير حصريا و دون سواه، وهو لا يتعلق بالمصلحة العامة إنما منوط فقط بالمصلحة الخاصة للمستهلك .

من جهة ثانية ، فإن التمييز بين حق الرجوع عن العقد وقابلية العقد للإبطال هي أن هذا الأخير يكون عندما تصبح إرادة أحد المتعاقدين معيبة بعيب من عيوب الإرادة كالغلط أو التدليس أو أنه ناقص الأهلية أو الإكراه ، ويتعين على صاحب المصلحة مباشرة دعوى قضائية أمام المحكمة المختصة ، بينما حق الرجوع عن العقد يكون فيه رضا المستهلك صحيحا إلى جانب الأركان الأخرى المعروفة ، وهو لا يتطلب أي إجراء قضائي من طرف المستهلك . [2]

وأما تمييزه مع الفسخ ، فهذا الأخير قد يكون بحكم قضائي أو بإتفاق الطرفين بسبب الإخلال بإلتزام تعاقدي ، ومن ثم يزول العقد بأثر رجعي ، مع إعادة الأطراف إلى الحالة الأصلية ، وحق الفسخ يكون بسبب عدم تنفيذ أحد إلتزامات المتعاقدين ، وهذا الحق لا يتقرر إلا بناءا على حكم قضائي ماعدا حالة الفسخ الإتفاقي ، بينما حق الرجوع عن العقد هو حق مطلق يستعمله المستهلك دون سبب ، وهو يتقرر من طرف صاحبه فقط (المستهلك) . [3]

1– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ،ص 223 .

2– فس المرجع السابق ،ص 225 .

3–نفس المرجع ، ص226 ، 227 .

المطلب الثاني: آليات ممارسة حق الرجوع و آثاره

نص المشرع الجزائري في المواد 15 و 22 و 23 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية ، وحتى بعض التشريعات الأجنبية على غرار التشريع التونسي و الفرنسي كما سبق وأن بينا ، على كيفية ممارسة حق الرجوع ، إذ تم تحديد الحالات التي يمكن للمستهلك التمسك بها ، وأيضا الأجل الذي ينبغي عليه استعماله ، إذ يستطيع المستهلك ممارسته في كل العقود التجارية الإلكترونية ، باستثناء البعض منها والمنصوص عليها قانونا كما يتعين على المستهلك ممارسة حقه في أجل ومدة محددة .

لهذا سنستعرض في الفرع الأول كيفية استعمال هذا الحق ، وأما الفرع الثاني فسنتطرق فيه إلى الإستثناءات الواردة عليه ، وأما الفرع الثالث سنتناول دراسة أجل ممارسة هذا الحق ، وندرس في الفرع الرابع الآثار المترتبة عنه ، وأما الفرع الخامس نخصصه لمسألة زوال العقد .

الفرع الأول: كيفية استعمال حق الرجوع

لم ينص قانون 18-05 على الوسائل المستخدمة عند استعمال حق الرجوع من طرف المستهلك ، سوى قيام هذا الأخير بإعادة إرسال المنتوج على حالته أو في غلافه الأصلي خلال مدة أقصاها 4 أيام عمل ابتداءا من تاريخ الإستلام الفعلي للمنتوج ، وبالرجوع إلى المادة 11 [1] فقرة 14 و 17 فإنها تلزم أن يتضمن العقد التجاري الإلكتروني بيانات إلزامية من بينها " ... – شروط وآجال العدول ، عند الإقتضاء، ... – طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه " ، وبالرجوع أيضا إلى المشرع التونسي في الفصل 30 فقرة 4 نجد أنه يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد .

[1]– المادة 11 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

ومن البديهي أن يستعمل هذا الحق بأي طريقة تناسب المستهلك ، فله إعلام المحترف برجوعه عن عقده كتابيا سواء كانت الكتابة على الورق أو كتابة إلكترونية أو بولسطة الهاتف أو بأية وسيلة من وسائل الإتصال الأخرى ، مادام هناك حرية في استعمال وسائل الإتصال . إلا أنه يجب على المستهلك أن يبدي رغبته في الرجوع عن العقد بطريقة صريحة لا تدع أي مجال للشك ، ويستطيع المستهلك ممارسة حق الرجوع في أجل محدد قانونا .

الفرع الثاني : الإستثناءات الواردة على هذا الحق

لم ينص المشرع الجزائري على الإستثناءات الواردة على ممارسة هذا الحق ، وبالرجوع إلى بعض التشريعات الأجنبية نجد أن المشرع التونسي وفي نص الفصل 3 من قانون التجارة الإلكترونية التونسي " 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 أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك .

– إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية ، أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها ، أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لإنتهاء مدة صلاحيتها .

– عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات و المعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

– شراء الصحف و المجلات ".

و يرجع السبب في امتناع ممارسة الحق في الرجوع في الفقرتين الأخيرتين إلى المحافظة على حقوق الملكية الفكرية الثابتة على التسجيلات و البرامج باعتبار أنها من الأعمال أو المصنفات التي يمكن نسخها بعد فتحها ، مما يؤدي إلى الإعتداء على حقوق المؤلف [1] .

---

[1]– نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ،ص 224 .

مما لا شك فيه ، أن المشرع الجزائري و فضلا عن أنه أغفل ذكر الإستثناءات التي ترد على ممارسة حق الرجوع عن العقد ، إلا أنه لم يولي اهتمام كاف لتغطية العمليات الخاصة بالتجارة الإلكترونية الواردة على المنتوجات الرقمية ، وهي منتوجات موجودة وفعلية في فضاء لا مادي وافتراضي ، ومن ثمة غياب ما ينظم استثنائها من ممارسة حق الرجوع على العقد التجاري الإلكتروني الخاص بها ، بالرغم من ضرورة ذلك منطقيا في بعض الحالات التقنية .

الفرع الثالث: أجل الرجوع عن العقد

حدد المشرع الجزائري في المادتين 22 و 23 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية[1] الأجل الذي يمكن للمستهلك ممارسة فيه حق الرجوع بأربعة (4) أيام عمل ابتداءا من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، فللمستهلك 4 أيام كاملة تحسب كما هو موضح في المادتين كاملة بمعنى لا تحسب أيام العطل ونهاية الأسبوع ، و على المستهلك التمسك بهذا الحق طيلة المدة دون أن يكون مطالبا طبقا للمادة 22 بتسبيب قراره أو بدفع أي مبلغ إضافي ، بل وتكون مصاريف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني ، حتى ولو تسلم البضاعة في حد ذاتها ، بينما و تحديدا في المادة 23 من نفس القانون يلاحظ أن المشرع الجزائري اشترط على المستهلك الإشارة إلى السبب بقوله " ... مع الإشارة إلى سبب الرفض ، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني " .

مما لاشك فيه أيضا أن المشرع الجزائري أولى أهمية كبيرة لإشكال التأخر في تسليم المنتوج بحيث أعفى المستهلك من تبرير السبب في حال وصول السلعة أو المنتوج لديه خارج آجال التسليم المتفق عليها ،

[1]- المواد 22 ، 23 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

بينما ألزمه بذكر سبب الرفض في حال ورود منتوج غير مطابق ، وهو إشارة منه لأهمية عامل الوقت في هذا النوع من التجارة الإلكترونية .

إلا أنه يستنتج من خلال نص المادتين المشار إليهما من القانون الجزائري ، أنه إذا لم يستعمل المستهلك حق الرجوع عن العقد في الآجال المحددة بأربعة 4 أيام سقط حقه وأصبح ملزما بالعقد وأوجب عليه تنفيذه . بمعنى وجوب دفع الثمن المتفق عليه وكذا المصاريف الأخرى إن وجدت ، وإلا اعتبر مخلا بالتزامه .

أما إذا تمسك المستهلك بحقه في الرجوع أثناء الأجل الممنوح له زال العقد ويعاد المتعاقدان إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد.

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن ممارسة حق الرجوع عن العقد

إذا تمسك المستهلك بحق الرجوع عن العقد فإن هناك آثارا تترتب بالنسبة للمستهلك و المحترف أو المورد الإكتروني وحتى العقد .

حيث سنستعرض في النقطة الأولى آثار الرجوع بالنسبة للمستهلك المتمثل في رد المنتوج [1] ، وسنخصص النقطة الثانية لآثار الرجوع بالنسبة للمحترف المتمثل في رد الثمن ، أما النقطة الثالثة فسنخصصها إلى آثار الرجوع بالنسبة للعقد وهو زواله .

[1]– يكون للمستهلك الحق في رد الشيء واسترداد الثمن أو طلب تغييره بآخر ، وهذان هما وجها ممارسة حق الرجوع . ويتحدد ذلك على ضوء مصلحة المستهلك ، فقد يرى مصلحته في استبدال المبيع دون رده ، كما لو تكلف الكثير من الجهد و النفقات في سبيل إبرام العقد ، خاصة أنه إذا اختار الرد فسوف يلتزم بمصاريف إعادة تصدير المنتوج إلى البائع (في بعض التشريعات) ، ويمارس هذا الأخير هذا الحق بإرادته المنفردة ودون الرجوع إلى القضاء ، وبغض النظر عن موقف الطرف الآخر ودون الحاجة إلى تقديم أسباب أو مسوغات تبرر ذلك ، ويجب على البائع رد الثمن للمستهلك في الأجل المنصوص عليه قانونا . أنظر . نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص226 ، أنظر أيضا .
Voir aussi .Jérome PASSA , Commerce éléctronique et protéction du consommateur , DALLOZ,2002, p559.

1- رد المنتوج

إذا استعمل المستهلك حقه في الرجوع عن العقد وجب عليه رد المنتوج الذي يكون قد استلمه في ظرف 4 أيام تسري ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي له .

ويعد بذلك المستهلك غير ملزم برد أي مبلغ أو تعويض ولا حتى مصاريف وتكاليف إرجاع المنتوج للمورد الإلكتروني أو بما يسمى المحترف ، وهذا بسبب ضرورة تعويض هذه المصاريف من قبل هذا الأخير في أجل لا يتعدى 15 يوما ، وهذا حسب مانصت عليه المادتين 22 الفقرة الأخيرة و 23 الفقرة 2 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية .

وأما إذا أتلف المنتوج من طرف المستهلك بسبب خطئه فإن القواعد العامة في المسؤولية التقصيرية هي التي تصبح واجبة التطبيق .

2- رد الثمن أو استبداله أو إصلاح المنتوج المعيب أو التسليم الجديد

إذا استعمل المستهلك حقه في الرجوع يتعين على المورد الإلكتروني رد الثمن الذي قبضه منه في أجل أقصاه 15 يوما ، تحسب من تاريخ استلامه المنتوج المعاد له ، وإذا تجاوز المورد الإلكتروني هذه المدة يصبح مسؤولا فضلا عن إرجاع المبالغ المدفوعة له بأن يعوض المستهلك في حال ثبوت ضرر عن التأخير ، وفقا للقواعد العامة . وهذا مانصت عليه المادتين 22 و 23 من قانون 15-08 المنوط بالتجارة الإلكترونية .

إلا أن نص المادة 23 الفقرة 3 [1] من نفس القانون ألزمت المورد الإلكتروني قبل الوصول إلى رد الثمن ، باتباع خطوات عملية مذكورة على سبيل الترتيب ، فنصت على " ... ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي :

[1]- المادة 23 من القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 ، المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

– تسليم جديد موافق للطلبية ، أو

– إصلاح المنتوج المعيب ، أو

– استبدال المنتوج بآخر مماثل ، أو

– إلغاء الطلبية و إرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر " .

الفرع الخامس: زوال العقد

يتضح من النصوص المذكورة أن المستهلك يحق له التمسك بحق الرجوع حتى في حالة تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني ، كما يظهر أن المشرع الجزائري كان حاسما في حماية المستهلك لدرجة إعفائه حتى من مصاريف إرجاع المنتوج ، ويترتب عن الرجوع عن العقد التجاري الإلكتروني زوال العلاقة التعاقدية بين الطرفين بإرادة أحادية هي إرادة المستهلك لوحده .

وبذلك يعاد الأطراف إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد ، إذ يتعين على المورد الإلكتروني أو المحترف إرجاع الثمن و يتعين على المستهلك إرجاع المنتوج كما ذكرنا سلفا ، وإذا أصاب المنتوج تلف أو هلاك تطبق القواعد العامة ، فزوال العقد الذي أبرم صحيحا وأنتج آثاره يزول بإرادة منفردة التي تتمثل في إرادة المستهلك و التي خول لها القانون ذلك بنصوص صريحة وقد تكون ضمنية ، بإعطاء المستهلك صلاحية إبقاء العقد أو إزالته خلال أجل محدد وهذا لحمايتها بإعتبارها الإرادة الأكثر ضعفا .

إن الرجوع بإرادة منفردة عن العقد حتى ولو أن هذه الإرادة قد أنتجت آثارها تجعل العقد يزول وتمحو كل آثاره ، ومن ثمة فإن حق الرجوع في العقد التجاري الإلكتروني ، هو استثناء من القاعدة العامة ويمكن القول أنه يخالف مبادئ القوة الملزمة للعقد .

إن زوال العقد عن طريق حق الرجوع زوال من نوع خاص ، لهذا أصبح الرجوع عن العقد يشكل نظاما فريدا متميزا ومستقلا بذاته ، أصبحت له قواعد وأحكام خاصة به التي بدأت تترسخ شيئا فشيئا على

غرار الفسخ و الإبطال و البطلان ، حيث أصبح سببا من أسباب زوال العقد ، لذلك وجب دراسته وتوضيحه على حدى وتناول كل إطاره القانوني مستقبلا و تجدر الإشارة إلى أن الأحكام أو القرارات القضائية سواء الوطنية أو الأجنبية تكاد أن تكون شبه نادرة في هذا الخصوص [1] .

[1]– ذهبت المحاكم الفرنسية إلى استبعاد رخصة الرجوع في حالة عقود تقديم الخدمات ، ومنها خدمة النقل ، فقد رفضت إعطاء المستهلك الذي قام بإبرام عقد استئجار سيارات من شركة Easy group عبر الأنترنت ، الحق في الرجوع في تعاقده مع هذه الأخيرة .أنظر . نبيل محمد أحمد صبيح ، نفس المرجع السابق ، ص 228 .

الخاتمة

الخاتمة:

إن العقد التجاري الإلكتروني له مفهوم مثقل بجوانب تقنية التي هي مصدر عديد من الإلتباسات ، فيجب التذكير بأن هذا العقد مبني ومحاط بعدد من التجهيزات الإلكترونية الخاصة التي تخص معالجة و/ أو تخزين البيانات التي تجسد اللامادية و عدم التشخيص و عدم الإقليمية في تكوين هذه المعاملات الإلكترونية. فالإقتران بهذه الظواهر يؤدي إلى اعتبار أن العقد التجاري الإلكتروني هو عقد بمعايير عابرة للحدود الإقليمية ، فهو يبرم عن بعد وعن طريق دعامة إلكترونية ، و التي استبدلت في حد ذاتها الدعامة الورقية التقليدية ، والمثال الأشهر على ذلك هو الأنترنت .

يتضح من خلال هذه الدراسة أن التطور التكنولوجي أدى الى استحداث وسائل جديدة مغايرة لتلك المستعملة من قبل ، وهذا لأجل ضمان الإتصال المستمر مع الطرف الآخر من أجل التواصل و التفاعل معه . و اكتشاف شبكة الأنترنت كشبكة اتصال مميزة في حد ذاته مكن من التواصل القوي بين الأشخاص فأصبحت وسيلة للإلتقاء و تبادل المعارف و المعلومات ، وجعلت التعاقد قصد تبادل السلع و الخدمات عن بعد يتم على مدار الساعة دون الحاجة للإلتقاء المادي ، الأمر الذي أدى إلى نشأة التجارة الإلكترونية، والتي بادر فيها المشرع الجزائري – وعلى الرغم من تأخره نسبيا – بتنظيمها عن طريق قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 2018/05/10 ، وهذا على غرار العديد من الدول . فتنظيم هذه التجارة الجديدة يعتبر ضرورة حتمية و حساسة بسبب مساسها بكيان إقتصاد الدولة بالدرجة الأولى .

إن التجارة الإلكترونية في الجزائر أصبحت حقيقة لا يمكن تجاهلها خصوصا و أن الجزائر تشهد عملية عصرنة أجهزتها في كل المجالات وأصبحت الأنترنت متاحة للجميع و أضحى من السهل أن يتعامل أي شخص مع شخص آخر سواء في الوطن أو خارجه ، ولا شك أن هناك وجود مبادلات متنوعة ومتعددة تبرم يوميا بين جزائريين فيما بينهم أو بينهم وبين متعاملين أجانب خارج الحدود الإقليمية الجزائرية .

إن المشرع الجزائري بإصداره قانون التجارة الإلكترونية الجزائري يكون قد أكد تنظيمها بقوانين خاصة هي تعتبر أكثر دقة واتساعا وانسجاما من القواعد العامة المتواجدة من قبل التي أصبحت لا تحل كل المشاكل و الوضعيات الناتجة عن استعمال وممارسة هذه التجارة المستحدثة حديثا ، كما يلاحظ أن المشرع الجزائري وبالرغم من تأخره عن إصدار هذا القانون إلا أنه لم يستفيد جيدا من التجارب الأجنبية و الإنتقادات الموجهة للتشريعات المقارنة ، ومن ثمة فهذا الأخير لم يوفق فعلا في إرساء القواعد اللازمة التي تحكم التجارة الإلكترونية بوجه سليم ، على غرار إغفاله بعض الجوانب القانونية و التقنية الهامة .

إن محاولة إنشاء قواعد التجارة الإلكترونية في الجزائر على ضوء قانون 18-05 كان بمراعاة خصوصية هذه التجارة ، وفي ذلك حدد المشرع الجزائري في المادة 2 منه تعريف مصطلح التجارة الإلكترونية و العقد الإلكتروني باعتبارها مصطلحات جديدة ، وهذا بالقول أن التجارة الإلكترونية " هي النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني بإقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني ، عن طريق الإتصالات الإلكترونية " ، وأما العقد الإلكتروني بالقول أنه " هو العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 2004/06/23 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، ويتم إبرامه عن بعد ، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني " .

ولما كان العقد التجاري الإلكتروني قوامه التجارة الإلكترونية فهو عقد يختلف في خصوصيته عن العقد التقليدي وهو الأمر الأساسي الذي جعل المشرع الجزائري يتدخل بقانون خاص للتجارة الإلكترونية والذي أخذ فيه بعين الإعتبار فعلا الطبيعة اللامادية لهذا العقد على غرار التشريعات المقارنة.

وطبقا لذلك فإن هذه الدراسة تناولت تحديد الإطار المفاهيمي للعقد التجاري ذو الطبيعة الإلكترونية مع توضيح خصائصه ونقاط تمييزه عن العقود المشابهة له في نفس البيئة ، وهو الأمر الذي يؤدي بالنتيجة إلى إثارة مسألة تحديد الفاعلين في هذا النوع من العقود ، ويتعلق الأمر بأطراف التعاقد الإلكتروني الذي يتم

عن بعد وبواسطة وسيلة اتصال إلكترونية ، وهو ما أوصلنا إلى تحديد الهوية الإلكترونية وصفة المتعاقدين في هذا الفضاء اللامادي أصلا .

ومن أبرز ما توصلت إليه هذه الدراسة إلى أنه شاع لدى الجميع مسألة إدراج العقد التجاري الإلكتروني في خانة أو مجموعة العقود المبرمة عن بعد لعدم الحضور المادي للمتعاقدين في مجلس واحد ووصفه بعقد مبرم بين غائبين بينهما ، لكن الحقيقة غير ذلك ، وكان من الأحسن الرجوع إلى معيار وحدة الزمان و المكان حيث بالرغم من التباعد المكاني للمتعاقدين فشبكة الأنترنت مكنت من توحيد الزمان والمكان معا ، وبالتالي توحيد مجلس العقد بصورة حكمية فأصبح العقد التجاري الإلكتروني عقدا اعتباريا حضوريا ، لكن الحضور هو حضور من نوع خاص يتصف باللامادية ، و لا يمكن أن تطبق عليه قواعد الحضور المادي ، وهو ما أكده المشرع الجزائري بوصف هذا العقد أنه يتم حصريا باللجوء لتقنية الإتصال الإلكتروني التي تؤكد الحضور الخاص المتصف باللامادية عن طريق التقنية المذكورة .

وككل عقد فإنه مرتكز على أربعة أركان وهي الرضا و المحل و السبب و الشكلية ، وهو ماتناولنا دراسته في هذا العقد انطلاقا من دراسة إرادة الأطراف و التراضي وصولا إلى إيجاب المحترف أو كما سماه المشرع الجزائري المورد الإلكتروني و الذي اتضح لنا أنه في الكثير من الحالات يمر عبر الإشهار، حيث أصبح الإشهار يكتسي أهمية قصوى من الناحية القانونية ، فهو وسيلة لترويج المنتوجات وإيجاب في الوقت نفسه عندما يحتوي على العناصر الكافية لقيام هذا العقد ، وهو مانظمه المشرع الجزائري بالمادة 30 من قانون 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية وأوضح شروطه اللازم توافرها فيه وتحديد قيمته القانونية ، فضلا على التشديد أن لا يكون إشهار مضلل ولا غامض .

ومن خصوصية الإيجاب عبر الشبكة أنه غير مقيد بالمدة كونه يتصف بالإستمرارية على مدار الساعة، وهو أيضا غير مقيد بالمكان كونه موجه للجميع . ومن المعروف أن القواعد العامة لم تتعرض إلى

هذه الحالة ولو أن من البديهي جدا أن يبقى الموجب ملزم بإيجابه طيلة المدة وملزم بأي مكان يصدر عنه القبول ، إلا أن المشرع الجزائري تدخل عن طريق قانون التجارة الإلكترونية الجزائري الذي تطرق لتنظيم هذا النوع من الإيجاب من خلال المادة 12 من نفس القانون التي توجب على المورد الإلكتروني تقديم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة ، وأن تتضمن عدة شروط أخرى منها توضيح صلاحية العرض .

أما فيما يخص قبول المستهلك عبر الأنترنت فهو يتصف بالسرعة و الآلية ، فجاء نظام النقر مرتين على الأيقونة ليصحح المستهلك ما ورد عنه من أخطاء ناجمة بسبب تلك السرعة و الآلية مميزا بينه وبين التعاقد عبر البريد الإلكتروني الذي يمنح لصاحبه مهلة للتفكير . و الذي ألزمت فيها المادة 11 من نفس القانون المورد الإلكتروني عند تقديم عرضه أو إيجابه أن يوضح طريقة تأكيد الطلبية ومن ثمة توضيح طريقة القبول ، وهو ما يشكل حرصا من المشرع الجزائري لضمان سلامة رضا المستهلك عبر الشبكة .

كما تطرقنا إلى وسائل التعبير عن الإرادة و طرق و صور التعبير عنها ، ومسألة الأهلية في ذلك مع تفصيل مسألة عيوب التراضي ، وتناول وسائل التحقق من الأهلية في العقد التجاري الإلكتروني ، مع الخوض في دراسة مراحل إنشاء التراضي الإلكتروني انطلاقا من التفاوض الإلكتروني كأهم مرحلة تسبق إبرام العقد ، مرورا بنقطة تطابق الإرادتين ، وإشكالية مجلس العقد الإلكتروني ، مع توضيح عنصر إثبات التراضي عن طريق كتابة التوقيع الإلكتروني .

كما اتضح من خلال الدراسة أن المحل الخاص بالعقود التجارية الإلكترونية قد يكون واقعا في إطار القواعد العامة التقليدية على غرار السلع و الخدمات المتنوعة و المادية في حد ذاتها ، كما أنه يمكن أن يكون المحل وارد أصلا على منتوجات رقمية مثل البرمجيات أو الخدمات الرقمية المعالجة ، أو فيديوهات ، وهي بذلك تعتبر سلع وخدمات تتصف باللامادية كما تسلم في بيئة رقمية عبر شبكة الأنترنت، وفي هذا

الصدد توصلنا إلى أن المشرع الجزائري أغفل تنظيم هذا النوع من السلع و الخدمات الرقمية ، بالرغم من تواجدها الفعلي في التجارة الإلكترونية ، خاصة إذا تم العقد التجاري الإلكتروني مع مورد إلكتروني أجنبي ، وهذا بالرغم أيضا من اعتراف المشرع بهذه السلع و الخدمات الرقمية المحملة أصلا على دعامة إلكترونية ، وذلك من خلال نصه في المادة 7 من قانون التجارة الإلكترونية " ... يعفى من إجراءات مراقبة التجارة الخارجية و الصرف شراء السلع و /أو الخدمات الرقمية الموجهة حصريا للإستعمال الشخصي من قبل مستهلك إلكتروني مقيم بالجزائر لدى مورد إلكتروني موجود في بلد أجنبي " . حيث يلاحظ أن المشرع الجزائري وبإغفاله هذا المحل الذي يرد على الخدمة أو المنتوج الرقمي سيصعب من إيجاد الحلول القضائية في حال نشوب نزاع ما بين طرفي العقد حول أركان العقد ، وفي هذا الإطار يؤمل من المشرع تدارك ذلك عن طريق تعديل جزئي يمس هذا الإشكال ، وهذا على غرار تشريعات بعض من الدول القليلة التي تطرقت لهذا النوع من السلع والخدمات .

وبالنسبة لمسألة التأمين المعلوماتي للعقد التجاري الإلكتروني ، فإنه كان لازما في ذلك الإعتراف بالوثيقة الإلكترونية الممضاة إلكترونيا في شكل التوقيع الإلكتروني على أنها وثيقة تمكن صاحبها من إثبات قيام علاقة تعاقدية بين طرفين ، لكن يشترط فيهما السلامة و الحفظ حتى تتحقق حجيتها .

و بالنسبة لمسألة حفظ الوثيقة أو توثيقها ، فإن المشرع الجزائري ألزم حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في المادة 3 من القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين الجزائري ، وذلك بأن نصت على أنه " تحفظ الوثيقة الإلكترونية الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي "، والمقصود بالحفظ هنا هو التوثيق الخاص بالسند ، بمعنى تحديد أدوات إنشاء الوثيقة الإلكترونية والجهة التي أنشأتها و الوسائل التقنية التي تضمن عدم التحريف أو التغيير أو التلف و الزوال في تلك الوثيقة حتى تكتسي قيمة الوثيقة الورقية ، ورأينا في هذه الدراسة أن السلطة الإقتصادية للتصديق الإلكتروني تتمثل في السلطة المكلفة بالضبط للبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية في الجزائر طبقا لنفس القانون

الذي بموجبه تدارك المشرع فعلا التأخر الحاصل في هذا الشأن بالرغم من وجود قواعد سابقة تشير إلى ذلك، و التي جاءت متوافقة معها بشكل يخدم التناسق بين القوانين الخاصة و القواعد العامة حتى في حالة صدورها في شكل نصوص تطبيقية أو مراسيم تنفيذية على غرار المرسوم المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية .

وقد تبين من خلال هذه الدراسة أيضا أن التوقيع الإلكتروني يحقق وظيفتين ، أولاهما تتمثل في تحديد الموقع ، وثانيهما هي صحة المعلومات الصادرة منه ، لكن تبين أن المشرع الجزائري قد أحاطه بعدة شروط أخرى ، وهي ضرورية للإعتراف به حتى يرتب الآثار القانونية التي يرتبها التوقيع اليدوي أو المكتوب، وهذا ليرقى إلى نصاب ماسماه التوقيع الإلكتروني الموصوف ، وذلك تحديدا بالمادة 7 من قانون 15-04، وأول هذه الشروط هي استعمال منظومة موثوق بها و ثانيها أن تضمن تلك المنظومة الصلة بين التوقيع الإلكتروني و الموقع . لكن المشرع الجزائري لم ينص على تحديد تلك المنظومة بشكل صريح ومباشر ، بل اكتفى باشتراط أن تكون موثوق بها . ولم يحدد القانون ولا المرسوم التنفيذي07-162 الصادر في 2007/3005 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 ولامؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية ، للقواعد التي تحكم المواصفات التقنية لمنظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني المتبناة من قبل معظم تشريعات الدول ، ألا وهي منظومة التشفير اللاتماثلي ، لكن القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 ، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، وباعتباره قانون خاص ، فإنه أجازه ضمنيا عن طريق إعطاء تعريفات لمفتاح التشفير الخاص و العمومي في المادة 2 من نفس القانون وهو التشفير الذي عرفه المشرع الجزائري بشكل غير مباشر عند تعريفه لمفتاح التشفير الخاص و العمومي ، وتعريف هذا الأخير يتماشى تماما مع نظام التشفير اللامتماثل، حيث أن هذا التشفير اللاتماثلي يعتبر من أشهر و أبرز

البروتوكولات العالمية في هذا المجال ، وأكثرها استخداما . لهذا يتوجب على المشرع أن يقوم وعن طريق تعديل بإقرار قواعد تبين أليات تطبيق هذا التشفير في حد ذاته كعملية تقنية ضرورية ، وكذا إرفاقه أيضا بتنظيم إطاره القانوني ونظمه وضوابطه وأنواعه وأهدافه في مجال التجارة الإلكترونية .

ولقد توصلنا في هذه الدراسة أيضا أن استعمال منظومة توثيق التوقيع الإلكتروني التي تضمن صلة التوقيع الإلكتروني بالرسالة الإلكترونية المرتبطة بها يمر عبر التصديق الإلكتروني . وفي هذا الشأن اشترط المشرع الجزائري استعمال منظومة توثيق التوقيع الإلكتروني التي تضمن بصفة حقيقية وقوية الصلة بين الوثيقة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني ، من خلال تدخل طرف ثالث ومحايد وموثوق به ، وهو جهة التصديق الإلكتروني التي تسمح بضمان الصلة بين منظومة توثيق التوقيع الإلكتروني و الموقع بصورة تكفل لكل طرف من الأطراف أن يكون التوقيع الموجود بالمراسلة الإلكترونية يتعلق بشخص معين دون سواه .

و بالمقابل فإن خدمات التصديق الإلكتروني هي خدمات ضرورية لتضمين أمن وسلامة المعاملة الإلكترونية برمتها ، ويلاحظ أن المشرع الجزائري يحاول تدارك التأخر الشديد الحاصل مقارنة بدول العالم وحتى المجاورة منها ، على غرار تونس التي كانت السباقة في تنظيم التجارة الإلكترونية في الدول العربية وذلك مع بداية سنة 2000 ، فالمشرع تدخل بقانون 15-04 الذي وضع هيكل قانوني معتبر أرسى الأرضية الأولى للقواعد العامة و التي تحكم التوقيع و التصديق الإلكترونيين في انتظار المراسيم التنفيذية لبعض النقاط التقنية أو النصوص التطبيقية المرافقة ، وتجدر الإشارة كماسبق و أن بينا أن سلطة التصديق الإلكتروني هي سلطة ضبط البريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية التي سماها المشرع السلطة الإقتصادية للتصديق الإلكتروني، هذا وقد حدد لها القانون القواعد العامة بما فيها الإلتزامات و الحقوق الخاصة ومسؤولية كل مايتعلق بالعلاقة المتضمنة بالتصديق الإلكتروني .

ولقد توصلنا في بحثنا إلى أن نشاط مزود خدمات التصديق الإلكتروني يتمثل في جمع المعلومات الشخصية الخاصة بأصحابها ، وهو الأمر الذي أثار إشكالية حماية المعطيات الشخصية للمتعاملين عبر شبكة الأنترنت ، وقد شكل هذا التعارض صعوبات اعترضت تشريعات الدول إلى حد ما ، و أما بخصوص المشرع الجزائري فقد أقر في قانون 15-04 الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين الجزائري تعريف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في المادة 2 منه على " أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة ، و يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني " . وقد نظم مهام تأدية هذه الجهة المكلفة بتأدية هذه الخدمات وخصص لها مساحة معتبرة من التأطير القانوني .

وقد تناولنا أيضا في هذه الدراسة مسألة الوفاء الإلكتروني كأهم عنصر في مرحلة تنفيذ العقد التجاري الإلكتروني ، فلقد تناوله المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري وتحديدا في المادة 17 منه ، وهذا بالقول أنه يتم الدفع في المعاملات التجارية الإلكترونية إما عن بعد وإما عند تسليم المنتوج ، وهذا عن طريق وسائل الدفع المرخص بها ، وهذا عبر منصات خاصة منشأة ومستغلة حصريا من طرف بنك الجزائر و هي موصولة بمحطات الدفع الإلكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية . كما تناول المشرع الجزائري مسألة الوفاء الإلكتروني فيما يخص المعاملات و العقود التجارية الإلكترونية الدولية أو بما سماها العابرة للحدود بتأكيد على ضرورة أن يكون الدفع الإلكتروني عن بعد وعبر اتصالات إلكترونية حصريا .

ويلاحظ هنا أن المشرع الجزائري أحال تطبيق نظام الدفع أو الوفاء الإلكتروني إلى التشريع المعمول به ، وهذا التشريع يخص بالدرجة الأولى أنظمة بنك الجزائر وقانون النقد و القرض و القانون التجاري .

ومن زاوية أخرى أيضا توصلنا إلى أن الوفاء بالثمن في التعاقد التقليدي يتحدد باتفاق الطرفين بينما في العقود التجارية الإلكترونية ينفرد المورد الإلكتروني أو المحترف بتحديد الثمن ولا يبقى للمستهلك عبر الخط سوى الموافقة عن طريق الدفع الآلي أو الرقمي عبر الشبكة أو الرفض ، وهنا نرى أن هذا العقد يشكل نوع من أنواع عقود الإذعان إلى حد ما ، لهذا من ضروريات التعاقد الإلكتروني هو وجوب المورد الإلكتروني على قيامه بإعلام المستهلك مسبقا بثمن المنتوج أو الخدمة . وفي هذا الصدد المشرع الجزائري أوجب جملة من القواعد في سبيل حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الإلكترونية، وهذا سواء في القوانين الخاصة المذكورة الصادرة حديثا أو حتى في ماهو موجود ومثمن في القواعد العامة أو القوانين المجاورة لها المهتمة بحماية المستهلك .

إن الدفع الإلكتروني أو الوفاء عبر الأنترنت يعتبر الركيزة الأساسية لنجاح التجارة الإلكترونية في العالم بأسره ، ومع ذلك ظهر مايسمى بالنقود الرقمية ، التي أصبحت تكتسي مفهوما جديدا إذ أنها تعتبر بيانات رقمية كسائر البيانات التي تعبر قنوات الشبكة العنكبوتية ، مما أثارت تحديات قانونية وأخطار من نوع جديد لم تكن معروفة في السابق . فأثيرت مسألة إثبات النقود الرقمية و الإعتراف بحجيتها و التي اعترف بها المشرع الجزائري على أساس الوثيقة الإلكترونية ومنح لها نفس حجية الوثيقة التقليدية ، وأما الأخطار فتبين أنها تمثلت في تعرض البطاقة البنكية الإلكترونية الحاملة لهذه النقود إلى خطر التزوير والسرقة عن بعد ، ونرى أنه من واجب المشرع الجزائري أيضا دعم الحماية أكثر عن طريق إصدار قوانين جديدة تضيف الفعالية لنظيراتها الموجودة حاليا .

ومن جانب آخر تناولنا دراسة مسألة القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن أركان العقد و المحكمة المختصة في ذلك ، ومن جانب مقابل وبالرغم من إحاطة المستهلك عبر الشبكة أثناء مرحلة التعاقد بالحماية عبر الإلتزام بالإعلام ، اقتضى التعاقد عن بعد توفير حماية إضافية واستثنائية لإرادة الأطراف في هذا العقد، و التي تتمثل في إقرار حق الرجوع عن العقد في حد ذاته وهو حق مميز وجديد ،

وأن للمستهلك الإلكتروني استعمال حقه هذا حتى ولو كان المنتوج مطابقا للأوصاف المتفق عليها ، فلو تم التأخير في التسليم فقط يمكن الرجوع عن العقد وهو حق بيد المستهلك في مدة محددة قانونا كما رأينا ، ومن آثاره إعادة الأطراف إلى حالة ماقبل التعاقد ، وقد نظمه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية وفي عدة مواد متفرقة ، وهو في حقيقة الأمر حماية إضافية لصحة إرادة المستهلك عبر الشبكة .

وفي الأخير، ومما يجدر تقديمه كنتائج وتوصيات هو أن المشرع الجزائري لم يوفق في تأطير العقود الإلكترونية من كل الجوانب سواء القانونية أو العملية ، فعليه أولا تقرير القواعد القانونية العملية لتوفير ضمانات إبرام هذا العقد بالشكل الذي يتناسب و طبيعة التعاقد في البيئة الإفتراضية ، وعليه أيضا إقرار الإجراءات بالتفصيل لهذا التعاقد لما له من خصوصيات في هذه البيئة الإلكترونية الغير مادية ، كما يتوجب عليه أيضا تقرير نصوص أخرى في سبيل تدارك الفجوات التي تركها في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على غرار التشفير الذي لم يعالجه هذا الأخير سوى بتقديم بعض التعريفات البسيطة الغير كافية.

لا بد أيضا من تظافر جهود معمقة تعمل فعليا على إنشاء هيئات تصديق إلكتروني حقيقية وواقعية ، وهذا عن طريق إيجاد أرضية مشتركة بين القانونيين و التقنيين في مجال المعلوماتية و غيرها من التخصصات التقنية اللازمة لتأمين هذا النوع من العقود، مع مواصلة إقرار أيضا قوانين خاصة تعالج مسألة الدفع الإلكتروني الذي ولحد الآن تعاني من فراغ تشريعي معتبر ، بسبب أن قانون النقد و القرض وأنظمة بنك الجزائر لا تكفي وحدها لسد الفراغ الحاصل ، مع ضرورة توفير بنية تقنية قوية ومتماسكة ومكيفة مع هذا النوع من الدفع عبر الشبكة، وفي المجمل وكنتيجة للتطور المذهل للتجارة الإلكترونية المرتبط بالتطور السريع لتكنولوجيا المعلوماتية و الرقمية ، فإن المشرع الجزائري مطالب أكثر من أي وقت مضى بالمواكبة السريعة و الفعالة و الميدانية في تنظيم كل ماهو جديد في طبيعة هذه التجارة ، وضمان أمنها المعلوماتي وسيرها الحسن، لأجل إرساء الثقة في التجارة الإلكترونية لضمان مساهمتها الفعالة للإقتصاد الوطني وتنويع مداخيله.

قائمة المراجع

- **قائمة المراجع :**

- **المراجع باللغة العربية**

أولا : المراجع العامة

1- أبو السعود ، أصول الاثبات في المواد المدنية و التجارية ، النظرية العامة في الاثبات ، الدار الجامعية، بيروت ، 1993 .

2- أنور طلبة ، المسؤولية المدنية ، المسؤولية التقصيرية ، الطبعة الأولى، المكتب الجامعي الحديث، 2005 .

3- خليل أحمد قدادة شرح القانون المدني الجزائري مصادر الإلتزام الجزء الاول ، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، 1991.

4- سمير تناغو ، النظرية العامة في الإثبات دار المطبوعات الجامعية ، الجزائر, 1997.

5- عبد الحليم عبد اللطيف القوني ، مبدأ حسن النية وأثره في التصرفات في الفقه الإسلامي و القانون المدني المصري و الفرنسي ، كلية الحقوق جامعة المنوفية ، 1997 .

6- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقد ، الطبعة الثالثة، دار النهضة، القاهرة ، 1981 .

7- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في الإثبات ، الجزء الثاني ، المجلد الأول ، مطبعة نادي القضاة ، 1982 .

8- عبد المنعم موسى ابراهيم ، حماية المستهلك ، دراسة مقارنة منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2007 .

9- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الطبعة الثالثة ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1990 .

10- محمد حسنين ، نظرية البطلان في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة بالقانون الوطني ، المؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر ، 1988 .

11- محمد عبد الله عبد الرحيم ، العلاقات مع المستهلكين ، كلية التجارة جامعة القاهرة ، 1978 .

ثانيا : المراجع المتخصصة

1- ابراهيم العيسوي ، التجارة الإلكترونية ، المكتبة الأكاديمية ، 2007 .

2- أحمد سفر ، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2006 .

3- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، دار الكتب القانونية ، 2005 . .

4- أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، مصر ، 2005 .

5- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2009 .

6- باطلي غنية ، وسائل الدفع الإلكترونية ، دار هومة للطباعة و النشر والتوزيع ، الطبعة الأولى ، الجزائر، 2018 .

7- حازم نعيم الصمادي ، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر، 2003 .

8- خالد عبد التواب عبد الحميد ، نظام بطاقات الدفع الإلكتروني من الناحية القانونية ، لا يوجد دار النشر، 2006 .

9- خالد ممدوح ابراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، بدون طبعة ، جمهورية مصر العربية ، 2006 .

10- رضوان فايز نعيم ، بطاقات الوفاء ، المطبعة العربية ، القاهرة ، 1990 .

11- صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2006 .

12- عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني ، مكتبة الثقافة للنشر و التوزيع ، 1997.

13- عبد الفتاح بيومي حجازي ، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية ، بدون طبعة ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2007 .

14- عبد الفتاح بيومي حجازي ، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .

15- عصام عبد الفتاح مطر ، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية و الأجنبية ، بدون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2009 .

16- عبد الله نوار شعت، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية ، مكتبة الوفاء القانونية ، مصر،2017 .

17- قدري عبد الفتاح الشهاوي ، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية و التجارة الإلكترونية في التشريع المصري و العربي و الأجنبي ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2005 .

18- لورنس محمد عبيدات ، إثبات المحرر الإلكتروني ، بدون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن، 2005 .

19- ماجد راغب الحلو ، العقد الاداري الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، 2007 .

20- محمد الصيرفي ، البيع و الشراء عبر الأنترنت ، المكتب الجامعي الحديث ، 2009 .

21- محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، الطبعة الأولى ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، مصر ، 2004 .

22- محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني ، دار الكتب القانونية ، 2008 .

23- محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، جمهورية مصر العربية ، 2006 .

24- محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2003 .

25- محمد خالد رستم ، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الإلكتروني في العالم ، منشورات الحلبي الحقوقية، 2006.

26- محمد محبوبي ، أساسيات في أدوات الدفع و الإئتمان ، دار أبو رقراق للطباعة و النشر ، الرباط ، 2012 .

27- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الثالثة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، مصر ، 2008 .

28- محمد مومن ، أحكام وسائل الأداء و الإئتمان في القانون المغربي ، المطبعة و الوراقة الوطنية ، الطبعة الأولى ، المغرب ، 2013 .

29- نادر عبد العزيز شافي ، المصارف و النقود الإلكترونية ،المؤسسة الحديثة للكتاب ، 2007 .

30- نبيل زيد المقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن ، 2009 .

31- نبيل صقر ، جرائم الكمبيوتر و الأنترنت في التشريع الجزائري ، موسوعة الفكر القانوني ، دار الهلال، 2005 .

ثالثا : الأطاريح و المذكرات

• أطاريح الدكتوراه

1- العيد حداد ، الحماية القانونية للمستهلك في ظل اقتصاد السوق ، دكتوراه دولة ، الجزائر، 2002 .

2- حامق ذهبية ، الإلتزام بالإعلام في العقود ، دكتوراه دولة ، الجزائر ، 2010 .

3- شويرب خالد ، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ، دكتوراه علوم ، الجزائر، 2010 .

4- عجالي بخالد ، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري ، دكتوراه علوم ، الجزائر، السنةالجامعية 2014 .

5- كيلاني عبد الراضي محمود ، النظام القانوني لبطاقات الوفاء و الضمان ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، مصر ، 1996 .

• مذكرات الماجستير

1- بلعيور عبد الكريم نظرية فسخ العقد في القانون المدني الجزائري ماجستير الجزائر 1983.

2- تقية محمد بن أحمد ، الإرادة المنفردة كمصدر للإلتزام في القانون الجزائري و الشريعة الإسلامية ، ماجستير ، الجزائر ، 1977 .

3- مازوني كوثر ، الرقمية و علاقتها بالملكية الفكرية ، ماجستير ، جامعة الجزائر ، بن عكنون ، 2007 .

4- معروف عريبي محمد ، نظرية محل العقد بين الشريعة و القانون ، ماجستير ، الجزائر ، 1973 .

ثالثا : المقالات

1- أبو قلبين محمد نائل، الإطار القانوني الناظم للعقد الدولي الإلكتروني على ضوء التشريع الأردني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال ، العدد 3 ،2021 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر.

2- أحمد كمال رمضان جمعة شاهين، مجلس العقد الإلكتروني في ظل أزمة كورونا، مجلة الدراسات القانونية، العدد2 ،2021 ، جامعة المدية ، الجزائر .

3- أقرس صفاء الدين رشيد البياتي، التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني ، دراسة قانونية مقارنة،المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 1 ، 2016، جامعة بجاية ، الجزائر.

4- بعجي نور الدين، إشكالات التراضي في العقد الإلكتروني، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و السياسية، العدد 3 ، 2014، جامعة الجزائر، الجزائر .

5- بلاق محمد، ضوابط تحديد الإختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونية بين الإتجاهين التقليدي و الحديث ، مجلة البحوث في الحقوق و العلوم السياسية ، العدد 4 ، 2016، جامعة تيارت، الجزائر.

6- بوطوطن آسيا، إشكالية عيوب الإرادة وآثارها على عقد الإستهلاك الإلكتروني وفقا لقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ، مجلة المعيار ، العدد62 ، 2021، جامعة قسنطينة ، الجزائر.

7- خلدون عيشة ، جعفر خديجة ، العقد الإداري الإلكتروني –دراسة مقارنة- ، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية، العدد2 ، 2021، جامعة الجلفة ، الجزائر.

8-سنقرة عيشة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، مجلة الميدان للدراسات الرياضية و الإجتماعية والإنسانية، العدد 8 ، 2019 ، جامعة الجلفة ، الجزائر.

9- غول سليمة ، ميهوب علي ، القانون الواجب التطبيق في منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الباحث القانوني، العدد 1 ، 2020، جامعة الطارف، الجزائر.

10- فائزة لبيض، التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الشريعة و الإقتصاد، العدد9 ، 2016 ، جامعة قسنطينة ، الجزائر.

11- - قاشي علال ، التوقيع الإلكتروني ، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية و الإقتصادية و السياسية ، العدد 01 ، جامعة المدية 2007 .

12- قلواز فاطمة الزهراء، الوكيل الإلكتروني آلية حديثة للتعبير عن الإرادة ، مجلة الدراسات القانونية المقارنة ، العدد 1 ، 2020 ، جامعة الشلف، الجزائر.

13- كوسام أمينة، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر رسائل الإتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد6 ، 2015، جامعة باتنة،الجزائر.

14- معزوز دليلة، التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد(دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية و السياسية ، العدد 1 ، 2020 ، جامعة المسيلة ، الجزائر.

15- نبيل محمد أحمد صبيح ، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة ، مجلة الحقوق ، العدد الثاني ، جامعة الكويت ، الكويت ، 2006 .

16- نواصرية الزهراء، الحماية القانونية للمتجر الإلكتروني ، مجلة العلوم الإنسانية، العدد 1، 2022،جامعة قسنطينة ، الجزائر.

17- هدى المقداد ، العقد الإلكتروني ، مجلة الدراسات القانونية، العدد 2، 2017 ، جامعة المدية ، الجزائر.

رابعا : النصوص القانونية

أ- الدساتير

1- الدستور الجزائري الصادر بموجب المرسوم الرئاسي المؤرخ في 7 ديسمبر 1996 المعدل و المتمم بموجب المرسوم الرئاسي 20-442 المؤرخ في 30 ديسمبر 2020 المتضمن التعديل الدستوري ، الجريدة الرسمية ، العدد 82 امؤرخة في 30 ديسمبر 2020 .

ب- الإتفاقيات والمواثيق الدولية

1- إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع .

2- إتفاقية فيينا المتعلقة بالعقود الدولية لسنة 1980 .

3- إتفاقية بروكسل بشأن الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المجال المدني و التجاري لسنة 1968 .

3- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية .

4- التوجيه الأوروبي رقم 07/97 بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد ، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ 1997/05/20 .

5- التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص بتنظيم المعاملات الإلكترونية على المستوى الأوروبي ، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ 2000/06/08 .

6-قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 .

7-التوجيه الأوروبي رقم 2011/83 المتعلق بحقوق المستهلكين على المستوى الأوروبي ، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ 2011/10/25 .

8- التوجيه الأوروبي رقم 2011/93 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه من جانب البائع المحترف ، الصادر عن المجلس الأوروبي بتاريخ 2011/04/05 .

9- التوجيه الأوروبي رقم CEE 84/45 المؤرخ في 1984/09/10 المعدل بالتوجيه الأوروبي رقم CE/29/2005 و المؤرخ في 2005/05/11 .

10- اللائحة رقم CE44/2001 الصادرة عن المجلس الأوروبي بتاريخ 2000/12/22 .

9- الإتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف لسنة 1964 .

ت- القوانين

1- الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، ج ر عدد 78 الصادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975 ، المعدل والمتمم .

2- القانون 18-05 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، ج ، ر العدد 28 ، الصادر في 16 ماي 2018 .

3- القانون 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 ، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين ، ج . ر العدد 06 ، الصادر في 10 فبراير 2015 .

4- القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر عام 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 ، المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش ، الجريدة الرسمية العدد 15 ، الصادر في 8 مارس 2009 .

5- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق يونيو سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية العدد 41 ، الصادر في27 يونيو 2004 .

6- القانون رقم 04-08 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1425 الموافق 14 غشت سنة 2004 ، يتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية ، الجريدة الرسمية العدد 52 ، السنة 2004 .

7- القانون رقم 03-11 الصادر في 26 غشت 2003 المتعلق بالنقد و القرض ، ج . ر عدد 52 الصادر في 27 غشت 2003 .

8- القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 ، المتعلق بالقواعد العامة المرتبطة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية ، ج ر العدد48 ،الصادر في 6 أوت 2000 .

9- القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فبراير 2005 المعدل و المتمم للقانون التجاري .

10- القانون رقم 90-10 المؤرخ في 14 أفريل 1990 المتعلق بالنقد و الصرف .

11- القانون رقم 09-04 المؤرخ في 05 غشت 2009 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها ، ج ر العدد 47 ، الصادر في 16 أوت 2009 .

12- القانون رقم 18-07 المؤرخ في 10يونيو 2018 ، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي .

13- القانون رقم 03-05 المؤرخ في 19 جويلية 2003 يتعلق بحق المؤلف و الحقوق المجاورة و الحقوق الذهنية أو الحقوق المعنوية .

ث-المراسيم التنفيذية

1-المرسوم التنفيذي رقم 90-266 المؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات، ج.ر العدد 40 الصادر في 19 سبتمبر 1990 .

2- المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 جانفي 1990 يتعلق برقابة الجودة و قمع الغش .

3- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الأنترنت واستغلالها على البريد الإلكتروني .

4- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007 ، المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي 01-123 و المؤرخ في 09 ماي 2001 ، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية .

ج - القوانين الأجنبية الوطنية

1- قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي الصادر في 09 أوت 2000 .

2- القانون الفرنسي رقم 2001-272 المؤرخ في 30-03-2001 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني .

- **المراجع باللغة الأجنبية**

1- Alain HOLLANDE, Xavier Linant de BELLEFONDS avec la collaboration de CeliaZOLYNSKI et Sandrine ALBRIEUX, Pratique du droit de l'informatique et de l'internet ,6 èmé édition,DELMAS,2008

2- Amor Zahi , l' éxigence et le droit , Mélanges en l'honneur du Professeur Mohand ISSAD , AJED édition, 2011 .

3- Benjamin FARRAGI,Commerce éléctronique et moyens de paiments,1ère édition,Dunod,1998 .

4- Claude DRAGON, Didier GEIBER , Daniel KAPLAN , Gilber NALLARD , Les moyens de paiements : des éspèces à la monnaie éléctronique , Banque éditeur, 1999.

5- Etienne WERY, Droit de la preuve, vers une preuve éléctronoique, Eyrolles,1999 .

6- Elisabeth FOLY-PASSANT,l'écrit confronté aux nouvelles technologies,LGDJ , 2006.

7- Eric A.CAPRIOLI , Droit international de l'économie numérique , Litec ,2ème édition , Paris, 2007 .

8- Florence MAS , La conclusion des contrats du commerce éléctronique, LGDJ, 2006 .

9- Gilles TAORMINA, Théorie pratique du droit de la consommation,aspects généraux et contrats spéciaux,Librairie de l'université d'Aix en provence,2004.

10- Jean CALAIS – Aulay et Frank STEINMETZ , droit de la consommation , Dalloz,è édition , 2006.

11- Jérome PASSA , Commerce éléctronique et protéction du consommateur , DALLOZ,2002.

12- Jean calais AULOY , Les ventes agréssives, DALLOZ, 199 .

13- Lionel BOUCHURBERG,Internet et commerce éléctronique, 2ème édition, DELMAS ,2001.

14- Moreau-Michel LECERF, Droits des consommations et obligations de services publics, Édition d'organisation,1999 .

15- Mostapha Hashem Sherif et Ahmed SERHOUNI ,La monnaie éléctronique , system de paiement sécurisé , edition Eyrolles , 2000 .

16- Murielle ISABELLE CAHEN , La formation des contrats de commerce éléctronique , Juriscom.net , revue de droit de technologies et de l'information , 1999 .

17- Michel Zola , Gazette du palais , 17 juillet 2001 N 198 .

18- Olivier D'AUZON , Le droit du commerce éléctronique, 2dition du puits fleuri,2004 .

19- Paul LE CANNU , Thierry GARNIER , Richard ROUTIER , Droit commercial , Instrument de paiement et de crédit ,DALLOZ, 8 èmè Edition , Paris ,2010 .

20- René DEMOGUE, Les notions fondamentales du droit privé:essai critique pour server d'introduction à l'étude des obligations,Paris,Rousseau,1911.

21- Régis FABRE , Droit de la publicité et de la promotion des ventes , Dalloz,1996.

22- Thibault VERBIEST ,La protéction juridique du cyberconsommateur , edition jurisclasseur , Publicité et contrats contentieux , 2002 .

23- Thibault VERBIEST , Le nouveau droit du commerce éléctronique , Larcier LGDJ , 2005 .

24- Xavier Linant de bellefonds , Le droit du commerce éléctronique , Edition PUF , 2005 .

فهرس المحتويات

مقدمة.....1

الباب الأول: إبرام العقد التجاري الإلكتروني 10

الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعقود التجارية الإلكترونية 13

المبحث الأول: مفهوم العقد التجاري الإلكتروني 15

المطلب الأول: تعريف العقد التجاري الإلكتروني 16

الفرع الأول : التعريف الفقهي 17

الفرع الثاني : التعريف القانوني (التشريعي) 18

الفرع الثالث : التعريف الدولي(الإتفاقيات الدولية) 21

المطلب الثاني : خصائص العقد التجاري الإلكتروني 24

الفرع الأول : التعاقد عن بعد 25

الفرع الثاني : الطابع الدولي 28

الفرع الثالث : الطابع التجاري 31

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية 36

الفرع الأول : العقد التجاري الإلكتروني من عقود الإذعان 36

الفرع الثاني : عقد رضائي 39

الفرع الثالث : عقد ذو طبيعة خاصة.....39

المطلب الرابع : تمييزه عن غيره من العقود 40

الفرع الأول : تمييزه عن العقود المصاحبة له 41

الفرع الثاني : تمييزه بحسب طريقة انعقاده 46

الفرع الثالث : استبعاد بعض العقود التي لا تتسم بالصفة التجارية 51

المبحث الثاني : أطراف التعاقد في العقد التجاري الإلكتروني..... 52

المطلب الأول : الهوية الإلكترونية 53

الفرع الأول : هوية البائع المحترف 55

الفرع الثاني : هوية المشتري 58

المطلب الثاني : صفة المتعاقدين.....60

الفرع الأول : العارض 61

الفرع الثاني : متلقي العرض 68

الفصل الثاني : أركان العقد التجاري الإلكتروني 73

المبحث الأول : التراضي الإلكتروني 74

المطلب الأول : وجود الإرادة وضرورة التعبير عنها 74

الفرع الأول : وسائل التعبير عن الإرادة 77

الفرع الثاني : الطبيعة القانونية للإرادة 77

الفرع الثالث : طرق التعبير عن الإرادة 78

الفرع الرابع : صور التعبير عن الإرادة 82

المطلب الثاني : صحة التعبير عن الإرادة 84

الفرع الأول : الأهلية 84
الفرع الثاني : عيوب التراضي 85
الفرع الثالث : وسائل التحقق من الأهلية في العقود التجارية الإكترونية.....88
المطلب الثالث: مراحل إنشاء التراضي في التعاقد التجاري الإلكتروني.....89
الفرع الأول : التفاوض أساس تكوين التراضي 90
الفرع الثاني: تطابق الإرادتين 98
الفرع الثالث: إشكالية مجلس العقد الإلكتروني 135
الفرع الرابع : كتابة التوقيع الإلكتروني لإثبات التراضي 143
المبحث الثاني: المحل و السبب و الشكلية في هذا العقد.....144
المطلب الأول : ركن المحل 144
الفرع الأول: المحل الوارد في القواعد العامة 145
الفرع الثاني : المحل الوارد على المنتوجات الرقمية 157
المطلب الثاني : ركن السبب 161
الفرع الأول : أن يكون السبب موجودا 161
الفرع الثاني : أن يكون السبب صحيحا 162
الفرع الثالث : أن يكون السبب مشروعا 162
المطلب الثالث: ركن الشكلية 163
الفرع الأول : الكتابة الإلكترونية 164

الفرع الثاني : التصرفات المستبعدة من الخضوع لقواعد التجارة الإلكترونية 165

الباب الثاني : تأمين العقد التجاري الإلكتروني.....167

الفصل الأول : التوقيع و التصديق الإلكترونيين 169

المبحث الأول : التوقيع والتصديق الإلكترونيين كوسائل للتحقق من الأهلية..... 170

المطلب الأول : تعريف التوقيع الإلكتروني و حجيته.....171

الفرع الأول: تقنية إنشاء التوقيع الإلكتروني.....174

الفرع الثاني: شروط التوقيع الإلكتروني.....179

الفرع الثالث: التوقيع الإلكتروني العام.....182

الفرع الرابع: التوقيع الإلكتروني المؤمن 185

الفرع الخامس:صور التوقيع الإلكتروني 188

الفرع السادس:حجية التوقيع الإلكتروني 195

المطلب الثاني: التصديق الإلكتروني 214

الفرع الأول: مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني 216

الفرع الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني 225

الفرع الثالث: أنواع شهادة التصديق الإلكتروني 229

المبحث الثاني: الوفاء الإلكتروني 232

المطلب الأول: تحديد مفهوم النقود الرقمية و البطاقة البنكية 233

الفرع الأول: تعريف النقود الرقمية 234

الفرع الثاني: نظام تبادل البيانات الإلكترونية 239

الفرع الثالث: البطاقة البنكية 240

المطلب الثاني: أنظمة تأمين الوفاء الإلكتروني 250
الفرع الأول : أخطار الدفع الإلكتروني 251
الفرع الثاني: الأنظمة التقنية للوفاء الإلكتروني.....252
الفصل الثاني : النزاعات الناشئة عن أركان العقد 258
المبحث الأول: القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة.....260
المطلب الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق 260
الفرع الأول: قانون الإرادة 261
الفرع الثاني: الإقتراحات الخاصة بالقانون الواجب التطبيق 263
المطلب الثاني : الإختصاص القضائي.....267
الفرع الأول: ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه.....267
الفرع الثاني: الجهود الدولية لتحديد الإختصاص القضائي.....269
المبحث الثاني: حق الرجوع عن العقد.....271
المطلب الأول: حق الرجوع استثناء من القاعدة العامة.....271
الفرع الأول: عدم جواز نقض أو تعديل العقد بإرادة المتعاقد.....272
الفرع الثاني: إلزامية تنفيذ ماورد في العقد 272
الفرع الثالث: حسن النية.....273
الفرع الرابع: الإستثناء:الرجوع عن العقد.....273
المطلب الثاني : آليات ممارسة حق الرجوع وآثاره.....279
الفرع الأول: كيفية استعمال حق الرجوع 279
الفرع الثاني:الإستثناءات الواردة على هذا الحق.....280

الفرع الثالث:أجل الرجوع عن العقد.....281

الفرع الرابع: الآثار المترتبة عن ممارسة حق الرجوع عن العقد.....282

الفرع الخامس: زوال العقد.....284

الخاتمة 286

قائمة المراجع.....296

فهرس المحتويات.....308

الملخص:

يتميز العقد التجاري المبرم عبر شبكة الأنترنت، بخاصية اللامادية المنبثقة من هذا الفضاء الإفتراضي، وهو ما أثار عدة تحديات قانونية لأجل احتواء مسألة تكوينه، خاصة أمام التطور السريع والمستمر للمعلوماتية، ولعل أول تحدي هو ضمان سلامة تحقق إرادة المتعاقدين في هذه البيئة الرقمية ومدى قدرة القوانين على التأمين المعلوماتي لهذا العقد ، خاصة في حال ورود المحل على منتوج رقمي وغير مادي بطبيعته ، وهو ماانبثق عنه عدة اتفاقيات دولية وتشريعات وطنية تعزز هذا التأمين عن طريق إقرار مايسمى بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين، كما يتميز هذا العقد بالطابع الدولي، وهوما نتج عنه نشأة نزاعات واردة على أركانه أدت إلى بحث القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة، فضلا عن منح المشرع للمستهلك حق الرجوع عن هذا العقد كحماية إضافية لإرادته باعتباره طرف ضعيف أمام مورد إلكتروني محترف.

الكلمات المفتاحية : مستهلك إلكتروني ، مورد إلكتروني ، توقيع إلكتروني ، تصديق إلكتروني ، تشفير.

Abstract:

The commercial contract concluded through internet is characterized by the immaterial feature emanating from this virtual space, which raised several legal challenges in order to contain the issue of its formation, especially in the face of the rapid and continuous development of informatics. On the informational security of this contract, perhaps the first challenge is to ensure the integrity of the fulfillment of the will of contractors in this digital environment and the extent of the ability of laws to secure the information of this contract, especially in the event that the shop comes with a product that is digital and intangible in nature. which is what emerged from it several international agreements and national legislation that enhance this security by approving what is called electronic signature and certification, and this contract is also characterized by its international character, This resulted in disputes arising over its elements, which led to the examination of the applicable law and the competent court, in addition to the legislator granting the consumer the right to withdraw from this contract as an additional protection for his will as he is a weak party before a professional electronic supplier.

Keywords: Electronic consumer, Electronic Supplier, Electronic Signature, Electronic certification, Encryption.