جـــــامعة وهـــــران

كليـــــة الحقـــــــــــوق

مذكـــــرة التخـــــرج لنيـــــل شهـــــادة الماجستير في الحقوق

تخصص قانون مدني

المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية

من إعداد الطالبة :

بوزبوجة يمينة

تحت إشراف الأستاذ :

العربي شحط عبد القادر

لجنة المناقشة :

زهذور سهلي	رئيسا
العربي شحط عبذ القادر	مقررا
إيخلف عبد القادر	مناقشا
فاصلة عبد اللطيف	مناقشا

السنة الجامعية : 2011 –2012

بسم الله الرحمن الرحيم

(..من عمل صالحا من ذكر أو أنثى و هو مؤمن
فلنحيينه حياة طيبة و لنجزينهم أجرهم بأحسن ما كانوا يعملون..)

(...و ما أوتيتم من العلم إلا قليلا...)

صدق الله العظيم

اهـــــــــــــــــداء

الحمد لله و الشكر لله على إعانته و توفيقه في اتمام هذا العمل
اما بعـــــــــــد
اهدي ثمرة جهدي و عطائي الى صاحبة العطاء اللامتناهي الى من كانت سندي
أمـــــــي الحبيبـــــــة
الى الذي مهما عظم حبي له ما قل عن حبه و الذي مهما اشكره ولا أوفي حقه
أبـــــــي الغالــــــــي
الى من نشأت و ترعرعت بينهم أخوتي :
حسين ـ اسماعيل ـ رابح و اختي العزيزة نعيمة
و الكتاكيت : اسلام و سيف الدين عبد الرحمن منصف

الى كل من وسعتهم ذاكرتي و لم تسعهم مذكرتي

يمينـة

كلمة شكر

نتوجه بالشكر الجزيل إلى جميع أساتذة بدون استثناء،

وإلى كل من بادر بتقديم يد المساعدة لظهور هذا العمل

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى الأستاذ الفاضل والمحترم **العربي شحط عبد القادر**

على توجيهاته ونصائحه القيمة لنا.

إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد في إنجاز هذا العمل

"يمينة "

قائمـــــــة المختصـــــــرات

اولا: باللغـــــة العربيـــــة

لا ختصار	**الكلمة**
ص.....	الصفحة
ق. ا. م. ا. ج.....	قانون الاجراءات المدنية و الادارية الجزائرية
ق .ت. ج	قانون التجاري الجزائري
ق. م. ج	قانون المدني الجزائري
ق. م. ف	قانون المدني الفرنسي

ثانيـــــا : باللغـــــة الأجنبـــــيـــــة

Abréger	**Mots**
Art ……	article
Bull .civ ……	Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour française de cassation
Cass ……..	cassation
C. civ. Fr ……	code civil français
Civ …….	chambre civil de la cour française de cassation
Comp ……	comparé
éd ……..	édition
J.C.P ……..	Jurisclasseur periodique
P ……	Page
Litec …….	Librairies technique
Op.cit ……..	option citée
N° ……..	Numéro
Rev ……..	Revue
O.C.D.E …….	Organisation de coopération et de Devlopement economique

المقـــدمـــة :

ان الواقع يسبق القانون دائما، و النظم القانونية المختلفة هي وليدة المصلحة و الحاجة و التطور و ليس من أهواء المشرعين و الفقهاء.

و هذا التفاعل الأبدي بين الواقع و القانون يتطور بتطور كافة العوامل الإقتصادية و الإجتماعية و العلمية ، ونجاح النظام القانوني رهين بالمدى استجابته لأصداء هذا التطور و يتم ذلك عن طريق تطوير المبادئ و الأفكار القائمة و المرونة في تطبيقها.

إن التقدم العلمي و التكنولوجي الهائل الذي تشهده البشرية في العصر الحديث يلقي بضلاله و نتائجه على كافة جوانب الحياة و على المراكز القانونية و الحقوق و الحريات و أسس المسؤولية، يبدو ذلك بوضوح بصدد ثورة الاتصالات و المعلومات الذي نعيشها اليوم مما أدى إلى ظهور نوع جديد من التعاملات لم تكن معروفة من قبل ، فهناك الآلاف من المعاملات و العقود التي تبرم يوميا من خلال شبكة الأنترنت و الانعكاسات الهائلة لها نتيجة السرعة و السهولة في التواصل ، مما يفتح أفاقا ضخمة أمام تقدم البشرية ، إلا أنه يحمل في نفس الوقت بين طياته ، مخاطر ضخمة تهدد قيم و حقوق و أمن الأفراد و الجماعة .[1]

لقد بدت الحاجة الماسة لمواجهة تلك المخاطر و التغيرات و عدم الاستقرار ، لعل أول التطلعات في هذا المجال كانت نحو قانون للإستفادة من التقدم العلمي ، دون المساس بالقيم و الحقوق و الحريات الأساسية للأفراد من هنا كانت أهمية ضوابط القانونية التي يعمل في إطارها التطور التكنولوجي ، بدون هذه الضوابط يصبح التقدم العلمي طامة الكبرى على المجتمع و الحقوق و أمن المواطنين.

هذه المستجدات تتطلب معالجة قانونية سريعة تواكب هذا التطور السريع ، لأن التعامل مع هذه التحولات التقنية يترتب عنه مشاكلاً عملية تحتاج إلى نصوص قانونية

---

[1] محمد حسين منصور . المسؤولية الالكترونية. دار الجامعة الجديدة الاسكندرية. 2003 . ص 06

من أجل حماية مستجدات هذا التعامل، فالانترنت ليست منطقة بلا قانون كما قد يتصور البعض بل تتضافر الكثير من القواعد لتحكم هذا النشاط الإلكتروني و تجد مصدرها في القانون المدني ، و قانون حماية المستهلك ، والتشريعات الخاصة .

لقد قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بإعتماد قانون الأونسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي يعتبر كقانون نموذجي استرشدت به العديد من الدول العربية وشرعت فعلا في إصدار القوانين أو إعداد مشاريع قوانين أو إجراء تعديلات على قوانينها حتى تستوعب المعاملات الإلكترونية ، كالأردن و مصر و الإمارات العربية المتحدة ، وتونس.[1]

إن ظهور أحكام المسؤولية بكافة جوانبها هي السلاح البارز الذي تتصدى به الدولة كل خطر يداهم أمن الفرد و حقوقه، و يهدد إستقرار الجماعة .

و لكن قواعد المسؤولية رغم تطورها الدائم ، كشفت عن قصورها النسبي في مواجهة المعاملات و المخاطر الإلكترونية ، مما أدى إلى ظهور الكثير من التحديات القانونية و إختيار أسلوب تشريعي حاسم و شامل لتوفير حماية وقائية للمواطن من تلك المخاطر و ضمانات حماية الحريات و الحقوق للمواطن و إستقرار المعاملات .

و أمام غياب نص تشريعي وطني لتقنين المسألة، مقابل الطابع العالمي للمعاملات الإلكترونية و اختلاف جنسية الأشخاص المتعاملين في النشاط الإلكتروني باتت التشريعات الوطنية بمفردها عاجزة عن التصدي لها والدول حائرة في مواجهة المشكلة لحداثتها و سرعة تطورها .

إن اختيار الأسلوب التشريعي الحاسم و الشامل يبدو منطقيا إلا أنه يثير مشاكلا أحيانا، إذ يمكن أن يكشف عن تبني بعض الحلول غير الملائمة ، و بصفة خاصة في موضوعات حديثة و معقدة و سريعة التطور مثل الإلكترونيات و المسؤولية المنجرة عنها.

---

[1] أحمد سفر ، أنظمة الدفع الإلكترونية ، منشورات حلبي الحقوقية ،الطبعة الأولى ، 2008 ص13

تتجسد هذه التحديات حول إمكانية إصدار تشريع لتقنين المسألة أم ترك الأمر للقواعد العامة على الأقل إلى حين استقرار الأوضاع ، ووضوح الرؤية و تبيان أبعاد المشكلة التي تتسم بسرعة التطور و تعذر تحديد المسؤولية و تحديد دور المتعاملين في الحقل الإلكتروني.

لقد ثارت عدة تساؤولات حول تحديد الطبيعة القانونية و التكييف الصحيح لهذه العقود و كذا المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالإلتزمات الناشئة عن هذه المعاملات الإلكترونية، وكذا تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية لكل متعامل في النشاط الإلكتروني على ضوء الدور القائم به و درجة تدخله في تقديم الخدمة.

السؤال الرئيسي الذي يثيره هذا الموضوع هو تحديد ملامح هذه المسؤولية المترتبة عن هذه التفاعلات الإلكتروني من جهة و النظام القانوني الذي يحكمها من جهة أخرى فهل الأحكام العامة للمسؤولية المدنية كافية لمواجهة هذه المعاملات و كذا الأدوار المختلفة للمتعاملين في النشاط الإلكتروني نظرا لحداثة.

و للإجابة على هذه الإشكالات تناولت هذا الموضوع ضمن البابين التاليين :

الباب الأول : تكييف العقود في مجال المعاملات الإلكترونية و تطبيق أحكام المسؤولية المدنية عن الإخلال بهذه الإلتزامات العقدية الإلكترونية .

الباب الثاني : تحديد المسؤولية حسب دور المتعامل في النشاط الإلكتروني و آثار هذه المسؤولية .

صعوبة إعداد البحث:

إن دراسة في هذا الموضوع تخللها العديد من الصعوبات أهمها :

أولا – من حيث المصادر :

1- نقص مستوى الثقافة القانونية و التقنية التي تنظم المعاملات الإلكترونية و عدم توافر البنية التحتية الضرورية لإجراء هذه المعاملات، وذلك في غياب النصوص التشريعية الوطنية لتنظيمها، كما هو الحال بالنسبة للقانون الأساسي للمعاملات الإلكترونية الأردني، المصري والسعودي، والفلسطيني، وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجد انه اكتفى بموجب مراسيم تنظيم بصفة غير مباشرة المعاملات الالكترونية دون أن يصدر قانوناً خاصاً بها ونذكر من هذه المراسيم على الخصوص :

أ- **المرسوم التنفيذي رقم 98_257 المؤرخ في 25_08_1998 يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات انترنت و استغلالها .**

ب- **التنفيذي المرسوم رقم07_162 المؤرخ في30_05_2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم01_123 المؤرخ في 09_05_2001 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهروبائية وعلى مختلف المواصلات السلكية واللاسلكية .**

هدا يستوجب الاستعانة **بالاتفاقيات الدولية و القوانين النموذجية التي تناولت المسألة و خصوصا القانون الأونسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية لسنة 1996 .**

2) الإختلاف الفقهي في الرأي حول الكثير من المسائل التي تنظمها المعاملات الالكترونية، و عدم الإستقرار على اتجاه معين بشأن الكثير من القضايا، و هذا يتطلب الدراسة و التحليل و البحث المعمق للوصول إلى نتائج صحيحة و دقيقة .

ثانيا : قلة الأبحاث و المراجع باللغة العربية :

يوجد حاليا الكثير من الأبحاث التي عالجت موضوع العقود الالكترونية باللغة العربية و لكنها في أغلب الأحيان تتناول قضايا متكررة، وقد تخلو من المادة العلمية التي تتضمن آخر ما استجد من التطورات حول التنظيم القانوني لهذه المعاملات، لكون هذه الأخيرة لا تزال في مراحلها الأولى رغم كل النجاحات التي حققتها على المستويات الوطنية والدولية .

منهج البحث :

نظرا لهذه الصعوبات و خصوصية الموضوع و أهميته في الوقت الحاضر و تشعب القضايا التي يتطرق لها ، فقد إعتمدنا على عدة مناهج علمية تتكامل فيما بينها بهدف إثراء موضوع البحث و محاولة الإلمام بجميع جوانبه و تفاصيله وتطوراته و من أجل تحقيق هذه الغاية إتبعنا المنهج القانوني التحليلي و كذا التنويع في المصادر والمنهج الوصفي .

***1*- المنهج القانوني التحليلي :**

- استعراض جميع الآراء المتعلقة بأهم المسائل المتعلقة بالبحث، و تحليلها و المقارنة فيما بينها، و ترجيح أحدها أو بيان الأسباب و المبررات التي دفعتني لذلك.

***2*- التنويع في المصادر :**

أ- فيما يتعلق بخصوصيات المعاملات الإلكترونية الإستعانة بالتشريعات المقارنة التي قننت المسألة، و كذا الاتفاقيات الدولية، والمراسيم التنظيمية الوطنية التي تطرقت اليها بصفة غير مباشرة .

ب – أما المبادئ العامة للعقود فإستندت إلى القانون المدني الجزائري و القوانين المكملة له ، كالقانون حماية المستهلك و قمع الغش 09-03 .

3- المنهج الوصفي

المتمثل في وصف وتفسير المستجدات الراهنة، التي أثرت في حياة الأفراد و المجتمعات وأحدثت تغيرات عميقة حتى أفرزت لنا مولودا جديدا يعرف بالتجارة الالكترونية وقفزت بنا عبر مسافات لا تحدها الحدود الجغرافية ، وبدلك أصبح العالم قرية صغيرة يمكن لأي شخص أن يحاور ويبرم تصرفا مع الغير في أي مكان في العالم في لحظات من خلال الحاسب الآلي .

4 – المنهج المقارن:

ان دراسة المعاملات الالكترونية في التشريع الجزائري الوقوف على أحكام والقوانين للعديد من الدول العربية التي سبقتنا إلى إصدار قوانين بشان هذه المعاملات، كالقانون التونسي، والقانون الإماراتي و الأردني .

كما سأتعرض إلى قوانين بعض الدول الأجنبية الخاصة كالقانون الفرنسي، وأحكام التوجه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية للوصول إلى بعض الحلول.

عقبات الدراسة :

تتمحور غالبا المشاكل في نذرة المراجع والدراسات المتخصصة التي تتناول موضوع المسؤولية المدنية للعقود الالكترونية في ظل القانون الجزائري .

بالإضافة إلى انعدام قانون في الجزائر حتى الآن ينظم المعاملات الالكترونية والتجارة الالكترونية ويحدد المسؤولية القانونية لنظام التعاقد عن بعد بوسائل الاتصال الحديثة، إلا بعض المراسيم التنظيمية التي لا توفي بالغرض المطلوب .

الباب الأول : تكييف العقود في مجال المعاملات الإلكترونية و تطبيق أحكام المسؤولية المدنية عليها

إن التكييف هو إضفاء وصف قانوني معين على العقد، يتفق مع حقيقة قصد المتعاقدين، و يترتب على التكييف إنزال الحكم القانوني الصحيح على العقد، ويلتزم القاضي بتكييف العقد حتى يتسنى له معرفة القانون الواجب التطبيق عليه و لا يستطيع الفصل في نزاع معروض أمامه إلا بعد تكيف العقد و إعطائه الوصف الصحيح.

إذا كان هذا الدور الأصيل للتكييف، فإن هذا الأخير له دور هام في تحديد الوصف القانوني للعقود الناشئة عن المعاملات الإلكترونية، و ذلك نظرا لطبيعتها الخاصة فيما يخص المحل و الأطراف، و كيفية إبرامها، وتنفيذها التي تتم عن بعد و كذلك طبيعتها الفنية وأحكامها المستجدة، أمام الطابع الجديد لتلك العقود فقد أثيرت العديد من التساؤلات حول تحديد طبيعتها القانونية وأهمية معرفة التكييف الصحيح لها توصل لإعمال حكم القانون عليها، وإبراز ملامح المسؤولية بشأنها .[1]

[1] سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني نظرية العقد والارادة المنفردة، بدون ناشر، الطبعة الرابعة، 1987، ص30

الفصل الأول: تكييف العقد حسب نوع المعاملة الإلكترونية .

إن الخطوة الأساسية لضمان نجاح التكييف تتمثل في الوقوف على رغبة أطراف التعاقد ووضع موضوع التعاقد في قالب قانوني مما يتم تحديد طبيعة المعاملة، لوضع شروط المناسبة، تحقيقا للغاية المرجوة وضمان الحقوق وإرتباطها بتنفيذ الالتزامات .

إذا كان مبدأ سلطان الإرادة، قد إستقر في التشريعات الحديثة و قد أصبح هذا المبدأ السائد لدى مختلف الشعوب، و لا يزال مقيدا في بعض النواحي، بما له من علاقة بالنظام العام و الآداب، وبما يتصل بكيان المجتمع و الأسرة [1] و قد نص المشرع الجزائري في المادة **59** من **ق.م** "**يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون إخلال بالنصوص القانونية** "

ان مبدأ سلطان الإرادة في مجال الإلكتروني له مركز لا يستهان به، دلك ان العقود الإلكترونية تكرس بوضوح مبدأ حرية التعاقد خاصة في أسلوب إبرامها و تنفيذها عبر الأنترنت.

أما عن دور القضاء في تكييف العقد و تحديد مضمونه، هنا يصح التساؤل عن العوامل التي يسترشد بها القاضي في تحديد العقد.

إن عمل القضاء في هذا المجال يقتصر في تحديد مضمون العقد على ما إتجهت إليه النية المشتركة للمتعاقدين، ويضاف إلى ذلك ما يعتبر من مستلزماته [2]

ويقوم القاضي بهذا العمل إستنادا إلى حقيقة قصد المتعاقدين بعد إستخلاص من واقع شروط العقد، وما إتجهت إليه إرادة المشتركة لهما. فالعبرة بالغرض العملي الذي قصده الطرفان ويستشفه القاضي من طبيعة الإلتزمات الموجودة في العقد، كما يقوم عند التكييف بالمقابلة بين الأثار التي إتجهت إليها نية المتعاقدين المشتركة، ما استخلصه من عبارات العقد و من ماهيته كما نظمه القانون.

---

[1] مروان كساب ، الخطأ العقدي و أثار العقد ، 2000 ، ص 60

[2] المادة107 من قانون المدني الجزائري

إن تكييف العقود الإلكترونية، يختلف بإختلاف طبيعة المعاملات الإلكترونية التي تنطوي على عمليات مركبة مادية و ذهنية، و كذا في أسلوب إبرامها و تنفيذها عبر الأنترنت و نظرا لهذه خصوصيات أدى إلى وجود جدل فقهي في تكييفها فهناك من يعتبرها من العقود المسماة و ربطها خصوصا بعقد البيع وعقد الإيجار، أو عقد المقاولة .

في حين يعتبرها البعض عقودا غير مسماة، و أخضعها لأحكام العقود العامة.

إن الاختلاف في تكييف هذه العقود ناتج عن تنوع صور وأشكال المعاملات في مجال الإلكتروني [1] مما أدى إلى تنوع طبيعة العقود الإلكترونية حسب موضوع المعاملة الإلكترونية المراد تحقيقها.

كما أن هناك جانب آخر من فقه يختلف حول الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية حاول تصنيفها إلى عقود رضائية أو عقود الإذعان.

هذا ما سيتم توضيحه بعد عرض في المبحث الأول صور و أشكال المعاملات الإلكترونية .

ثم في المبحث الثاني تحديد الطبيعة القانونية لهذه العقود الإلكترونية الناجمة عن هذه المعاملات الإلكترونية المتعددة [2].

---

[1] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني

[2] إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الإسكندرية دار الفكر الجامعي، 2006، ص43.

المبحث الأول: أشكال المعاملات الإلكترونية :

إن تنوع و توسع مجالات إستخدام خدمات الأنترنت و الكمبيوتر، و كثرة العمليات التجارية و الصفقات المبرمة عبرها و إقتحامها كافة المؤسسات التعليمية و التجارية، مما أدى إلى تعدد الطابع التعاقدي حسب موضوع المعاملة الإلكتروني كما يثور الجدل فيما يتعلق بتحديد مضمونها، و التحديد القانوني لطرفي العقد.

و يصعب حصرهذه المعاملات في قواعد جامدة، نظرا لسرعة تطورها و تعدد أنواعها، لملاءمة ذلك النشاط المتجدد القائم على أفاق عملية و إقتصادية وإنسانية تتسم بالعالمية و التعقيد في آن واحد مما يصعب الفصل في منازعات الناشئة عنها وبالخصوص المسؤولية المنجرة عنها .

و هذه الصعوبة ترجع لتعدد أشكال العقود المرتبطة بالنشاط الإلكتروني، إلا أنه يمكن استعراض تلك العقود في الوقت الراهن من خلال الطوائف الأربعة:

- الأولى: العقود الإلكترونية
- الثانية: عقود الخدمات الإلكترونية
- الثالثة: عقود المعلوماتية
- الرابعة : عقود الفضائيات و الإتصالات و الإعلان

إلا أنه ليس هناك مجال لدراسة هذه العقود بالتفصيل ونكتفي بالإشارة إليها عند التطرق إلى أساس المسؤولية المترتبة عليها.

المطلب الأول: العقود الإلكترونية:

يعد العقد الالكتروني من العقود التي ظهرت في العصرالحديث نتيجة لإستخدام المعلوماتية و التي دخلت كافة نواحي الحياة، بالرغم من ذلك فإن مثل هذه العقود بالحاجة لدراسة مستفيضة، تستوجب التمعن بالقواعد العامة لنظرية العقد للبحث من خلالها عن أوجه التمييز عن العقود التقليدية و كذلك أوجه التشابه معها، وعليه سنتناول تعريفها و خصائصها.

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني:

تشهد العقود الالكترونية نموا متزايدا وباتت تشكل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية و المحلية، وخاصة في الدول المتقدمة، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرامها وتنفيذها[1].

وقد تطور الأمر إلى أكثر من ذلك فمنظمة التجارة العالمية أصبحت تشترط للتعامل مع أي عميل جديد أن يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني.

وبالرجوع إلى تعريف العقود التقليدية بشكل العام، فهو أحد صور التصرف القانوني الذي بمقتضاه تقوم رابطة الإلتزام بين الدائن و المدين و يسميان بالمتعاقدين و يصعب إيجاد تعريف جامع للعقد، وقد عرفته المادة**54 من ق.م.ج العقد بانه** "إتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص أخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما . "

ويميز بعض الفقهاء بين الإتفاق والعقد، فالإتفاق حسب رأيهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء إلتزام أو نقله، ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون إتفاقا، أما الإتفاق فلا يكون عقدا إلا إذا كان منشأ للإلتزام أو ناقلا له، فإذا كان يعدل الإلتزام أو ينهيه فهو

---

[1] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، الطبعة الأولى 2009، ص 34،22

ليس بالعقد، [1]فالمشرع الجزائري في نفس المادة مذكورة أعلاه لا يميز بين الإتفاق و العقد.

وقد ذهب بعض الفقهاء لتعريفه بأنه (توافق إرادتين على إنشاء إلتزام أو على نقله) بينما ذهب البعض أخر من الفقهاء لتعريف العقد بأنه (إتفاق إلزامي بشكل قانوني بين أثنين أو أكثر بحيث يتضمن هذا العقد حقوقا و إلتزامات على طرفيه و يكون على شكل كتابي أو شفوي) [2]

وعلى الرغم من تعدد التعريفات الفقهية للعقد إلا أننا نجد أنها اتفقت على أن التعاقد هو تلاقي إرادتين للقيام بتنفيذ إلتزامات على طرفي العقد غير مخالفة للنظام العام و الأداب العامة حسب ما يقرره القانون لهذه التصرفات .

بظهور مفهوم ما يطلق عليه التجارة الإلكترونية نتيجة التطور الذي حدث لنظم الإتصالات، و ظهور شبكات الأنترنت أصبحت العقود تبرم بهذه الوسائل، مما ادى إلى تغير المفاهيم السائدة في المعاملات المدنية والتجارية .

والنشاط الإلكتروني، يتسم بالحداثة و التنوع و التي يتم تجسيده عبر الأساليب التعاقدية التي إن إستمدت أركانها من القواعد العام إلا أنها تختلف في طبيعتها وتطورت أحكامها على نحو يضيف عليها الكثير من الخصوصية.

وتختلف العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية بعدم توافر مجلس العقد بالمعنى التقليدي هذا لإختلاف مكان البائعين و المشترين، الأمر الذي يدفعنا لمحاولة وضع تعريف لهذه العقود من خلال دراسة التعريفات التي وردت في قانون التجارة الإلكترونية الصادرة في بعض البلدان العربية والتعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة (الأونسترال) إضافة إلى التعريفات الفقهية في هذا المجال.

---

[1] عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام في القانون اللبناني و القانون المصري، الطبعة الأولى، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة و النشر 1971، ص 35

[2] محمد حسني عباس، العقد و الإرادة المنفردة، دار النهضة المصرية القاهرة 1959، ص 15.

أ- بالرجوع إلى قانون التجارة الإلكترونية (**الأونسترال**)[1] **نجد أنه عرف العقد الالكتروني من خلال تعريفه لرسالة التي يتم البيانات و ذلك في المادة (2/أ) بأنها . المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل الإلكترونية أو ضوئية أو بوسائل متشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس .**

ب-أما **قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت** فقام بتعريفه بأنه " **الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا**[2] " و هذا النص متوافق مع ما جاء به قوانين المعاملات الإلكترونية الصادرة في بعض البلاد العربية[3] .

ج- **التعريفات الفقهية:** فقد تعددت التعريفات التي جاء بها الفقه إلا أنها لا تخرج عما جاء في قوانين المعاملات الإلكترونية الصادرة بهذا الشأن[4] فهناك جانب من الفقه [5]، قام بتعريف هذا العقد من خلال تعريفه التجارة الإلكترونية بإعتبار أن هذا هو المجال الذي يظهر فيه العقد ، فالمقصود **بالتجارة الإلكترونية** عن هذا الجانب من الفقه بأنها:

جميع المعاملات التي تتم عبر الأنترنت حتى و لو لم تتسم بالصفة التجارية و إن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل و الذي غالبا ما يكون تاجرا .

هناك من عرفه بأنه "**إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة أو حركية بفضل التفاعل بين الموجب و القابل** [6]".

---

[1] نص المادة الثانية أ/ من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية .

[2] نص المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت.

[3] قانون المعاملات الإلكترونية التونسي .

[4] إبراهيم خالد ممدوح ، إبرام العقد الإلكتروني ، في دراسة مقارنة الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، دار الفكر الجامعي 2006 ، ص 50

[5] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، سنة 2000 ، ص 34

[6] محمد حسين منصور ، المرجع السابق، ص 48

ويؤخذ على التعريفات السابقة أن **التعريف الأول** قد ضيق نطاق العقود الإلكترونية فاختصرها على العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت، وبالتالي فإنه لم يستوعب ما يستجد من تطورات من وسائل الإتصال الحديثة، إضافة إلى أنه لم يدخل وسائل الإتصال الإلكترونية الأخرى مثل الهاتف و التلكس و التي سبق في وجودها شبكة الأنترنت.

أما **التعريف الثاني** فعلى الرغم من أنه وسع نطاق العقود الإلكترونية من خلال إنعقادها على شبكة دولية مفتوحة إلا أنه حددها بأن تكون بوسائل مسموعة أو حركية و بالتالي فإنه عاد وضيق من نطاقها مما يجعلها لا تستوعب الأساليب الإلكترونية الأخرى التي يمكن إبرام العقد من خلالها[1].

وفي رأينا أن هذا النوع من العقود يخضع للقواعد العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقود. فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني، من الوسيلة التي يتم إنعقاده بها، فالعقد كما درسنا سابقا ينشأ من تلاقي الإيجاب بالقبول بالفضل التواصل بين طرفيه بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة الأنترنت أوغيرها من الوسائل الحديثة للإتصال والذي يميزه أن إتمام هذا العقد يتم بوسائل الإتصال الحديثة و إستخدام التكنولوجيا و تبادل المعلومات .

هذا يعني أن العقود الإلكترونية يتميز بخصائص تميزه عن العقد التقليدي و التي سنحاول التطرق إليها بالتفصيل.

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني :

يتميز العقد الإلكتروني بعدة خصائص أهمها :

أولا –غياب التعاصر المادي بين طرفي العلاقة العقدية :

---

[1] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق ، ص 26 .

إن التعاقد التقليدي بين حاضرين يتطلب وجود طرفيه في مجلس العقد، من أجل الإتفاق على تفاصيل العقد المراد إبرامه كعقد بيع أو إيجار، إضافة إلى ما قد يتطلبه إبرام العقد من مفاوضات، بينما العقد الإلكتروني فلا يوجد فيه مجلس عقد بالمعنى التقليدي، فهو يتم بدون التواجد المادي بين الطرفين من لحظة تبادل التراضي يصدر الإيجاب و يقترن به القبول عن طريق شبكة الأنترنت أو أي وسيلة إتصال حديثة فهو عقد فوري رغم إتمامه عن بعد[1] ، وبالتالي فإنه يعتبر من العقود التي تتم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان. فيتم تبادل عروض السلع و الخدمات عبر الشبكة من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، وذلك بالتفاعل بينهم من أجل إشباع حاجاتهم المتبادلة بإتمام العقد كما أنه قد يتم تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد بنفس الطريقة و دون إنتقال أطرافه إلى مكان معين.

ثانيا **– وجود الوسيط الإلكتروني :**

يعتبر الجانب الإلكتروني هو الوسيط لدى طرفي العقد، والمتصل عادة بشبكة إتصال دولية، التي تقوم بنقل التعبير عن الإرادة لكل من طرفي العقد في ذات اللحظة على الرغم من تباعد المكان الذي يقيمان فيه، وهذا ما عبرت عنه قوانين بعض الدول مثل **قانون المعاملات الإلكترونية الأردني** الذي عرف العقد الإلكتروني على أنه الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا فالوسيط الإلكتروني يعتبر الأساس في مثل هذه العقود [2]

ثالثا – الطابع التجاري للعقد غالبا :

يتسم العقد غالبا بالطابع التجاري، لذا يطلق عليه **عقد التجارة الإلكترونية** " وهو مصطلح مختصر لمجموعة مركبة من التكنولوجيات، والبنية الأساسية والعمليات و

---

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

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الأول حول الجوانب القانونية و الأمنية للعمليات الإلكترونية ، المنعقد في الإمارات العربية المتحدة دبي في الفترة (26 ، 28 أبريل 2003) ، ص 26 .

المنتجات و هي تجمع معا صناعات كاملة و منتجين و مستخدمين ومعلومات متبادلة و نشاط الإقتصادي داخل أسواق عالمية تسمى الشبكة الدولية لمعلومات الإنترنت.[1]

و من الجدير بالذكر أن قانون اونسترال نموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم يورد تعريفا صريحا للتجارة الإلكترونية و إكتفى بتعريف مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية في الفقرة (ب) من المادة 02 بأنه " نقل المعلومات إلكترونيا من جانب إلى جانب أخر بإستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات ".

و يمكن التوصل إلى تعريف لتجارة الإلكترونية :

أنها نظام يتيح عبر الأنترنت حركات بيع و شراء السلع و الخدمات والمعلومات، كما يتيح أيضا الحركات الإلكترونية التي تدعم توليد الفوائد مثل عمليات تعزيز الطلب على السلع والخدمات والمعلومات مما يمكن تشبيهها بسوق الإلكترونية يتواصل فيه البائعون موردون أو شركات أو محلات والوسطاء، السماسرة، المشترون وتقدم فيه المنتجات و الخدمات في صيغة افتراضية ، كما يدفع ثمنها بالطرق الإلكترونية.

فوائد التجارة الإلكترونية :

من فوائد التي يمكن أن يحصل عليها العميل من خلال إستخدام شبكة الأنترنت :

1ــ توفير الوقت و الجهد : تفتح الأسواق الإلكترونية بشكل دائم مما لا يحتاج الزبائن للسفر أو الإنتظار في طابور لشراء منتوج معين.

2- حرية الإختيار : توفر فرصة رائعة لزيارة مختلف السلع و الخدمات عبر الأنترنت ، و بإضافة إلى ذلك فهي تزود الزبائن بالمعلومات الكاملة عن المنتجات .

3- تسويق أكثر فاعلية و أرباح أكثر : إن إعتماد الشركات على الأنترنت في التسويق، يتيح لها عرض منتجاتها و خدماتها في مختلف بقاع العالم دون إنقطاع ، مما يوفر لها الشركات فرصة أكبر لجني الأرباح .

---

[1] تعرف الصفة التفاعلية بأنها الاحتمالات المخولة لمستخدم الشبكة المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له و المعروض عليه من خلال محتوى تري من معلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائل الإلكترونية – إبراهيم خالد ممدوح المرجع السابق، ص 3 .

التجارة الإلكترونية أصبحت حقيقة قائمة، أن أفاقها و إمكاناتها لا تقف عند حد و برغم من كل هذه المؤشرات التي تبشر بمستقبل مشرف لها، إلا أنه من الصعب التنبوء بما ستحمله إلينا هذه التجارة[1].

رابعا :العقد الإلكتروني من قبيل عقد الإستهلاك :

إن عقود الإستهلاك هي عقود عادية تتمثل في توزيع أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات، إلا أن مقدم السلعة أو خدمة يكون منتجا أو مهنيا والمتلقي المنتوج هو المستهلك أي الفرد العادي الذي يبغي إشباع حاجاته الشخصية أو عائلية منقطعة الصلة بنشاطه التجاري أو مهني.[2] هذا ما ورد في **تعريف المستهلك** في **قانون 09-03 متعلق بالحماية المستهلك** و **قمع الغش.**

و يستخلص من هذا النص التشريعي أنه ليست هناك طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم بالمستهلكين لأن كل أفراد المجتمع مستهلكون، و لو بدرجات متفاوتة، حتى من كان منهم يمارس نشاطا إنتاجيا أو مهنيا، وتنطبق تلك الصفة في الحقيقة على العقود التقليدية، كالبيع و الإيجار و مقاولة.

وتثبت الصفة للعقد إذ كان أحد طرفيه مستهلكا لذا كانت الرغبة في حمايته، كطرف ضعيف من خلال التدخل التشريعي والإتجاه القضائي المعاصر في مواجهة ضغط و إستغلال المنتجين له، وإستخدام أساليب الدعاية، والإغراءات المقدمة عبر وسائل الإعلام و الإتصال الحديثة .

إلا أنه ينبغي التذكير بأنه ليس كل العقود الإلكترونية تتسم بالصفة التجارية وتأخذ طابع الإستهلاك، فيمكن إبرام العقد بين الأفراد العاديين أي المستهلكين فقط، ويمكن إبرام العقد بين التجار أو بين المهنيين من جهة أخرى، من تم فإن العقد لا يكون عقد الإستهلاك في الحالتين، إلا أنه يمكن أن يكون تجاريا في الحالة الثانية ولاشك في أهمية تكييف العقد و معرفة الطبيعة القانونية لتطبيق الأحكام الخاص به.

---

[1] لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص30

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 35.

خامسا : الطابع الدولي للعقد الإلكتروني:

إن العقد الإلكتروني يمكن أن يتم بين أطراف من نفس الدولة، و من ثم يأخذ حكم العقد داخلي إلا أنه يتسم في الغالب بالطابع الدولي، فتتم أغلب المعاملات عبر شبكة المعلومات الدولية الأنترنت بين أشخاص يتواجدون و ينتمون إلى دول مختلفة، فيكون أطرافه مستخدم مقيم في دولة ومورد أو مقدم خدمات الإشتراك في الشبكة يقيم في دولة ثانية و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها و تحميلها عبر الشبكة في دولة ثالثة .

إن تلك العقود لا تتصل فقط بأكثر من دولة بل تتصل بمصالح التجارة الدولية [1]

ولاشك أن الطابع الدولي للعقد يثير التساؤلات حول القانون الواجب التطبيق و القضاء المختص بصدد المنازعات الناشئة عنه.[2]

سادسا : خاصية الإثبات و الوفاء بالبدل:

تبرز أهمية العقود الإلكترونية من ناحيتين هما الإثبات و طريقة الوفاء بالبدل، فالبحث بالقواعد العامة بالإثبات[3] نجد أن الكتابة التقليدية هي الأساس ومتضمن إفراغ العقد موضوع الإتفاق على دعامة التي تجسد الوجود المادي للعقد، سواء تمثلت هذه الكتابة في المحررات التقليدية أو في وسائل الإتصال الحديثة كالفاكس و التلكس ولا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي.

وقد اعتبر القانون أن الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامته، المادة 323 **مكرر**[4] **ق.م .ج** مضافة بالقانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005.

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل ،المرجع السابق، ص 26 و 27

[2] سيتم شرحه بالتفصيل في الفصل الثاني

[3] محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دارالهدى ، عين مليلة– الجزائر، ص50 و 60

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق ، ص 59 .

يفهم من نص هذه المادة أن المشرع الجزائري في تعديله الأخير أقر صراحة بإثبات الإلكتروني وأصبح يسمح بتعامل بنوع جديد من الكتابة و التوقيع عليها بأسلوب إلكتروني والذي أطلق عليه **التوقيع الإلكتروني**.

وبصدور **المرسوم التنفيذي 07_162 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية** ، بالرجوع الى **المادة 03** منه :" تدرج ضمن أحكام المرسوم التنفيذي رقم **01_123** المؤرخ في 09_05 _2001..." التي تعدل أحكام المادة **03 مكرر**لتطبيق هدا المرسوم يقصد بما ياتي :

-**التوقيع الالكتروني :** هو معطى ينجم عن استخدام اسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1 من القانون المدني .

- **التوقيع الالكتروني المؤمن :**

-يكون خاصا بالموقع ،

-يتم انشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية

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

- **الموقع:** شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص او لحساب الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يمثله ، ويضع موضع التنفيذ جهاز انشاء التوقيع الالكتروني ...

- **الشهادة الالكترونية:** وثيقة في شكل الالكت تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني و الموقع ،

- **مؤدي الخدمات التصديق الالكتروني :** كل شخص في مفهوم المادة 03 مكرر من قانون رقم 2000_03 الصادر في 05-08-2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية و اللاسلكية هو الشخص الذي يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في المجال التوقيع الإلكتروني ،

- **اهلية مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني :** الوثيقة التي يثبت من خلالها بأن مؤدي الخدمات التصديق الإلكتروني يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة.

وقد اضافت المادة **03 مكرر1** من نفس المرسوم المذكور اعلاه انه تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي الخدمات التصديق الالكتروني مقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب احكام هذا المرسوم اذا كان هذا أخير يتصرف في اطار اتفاقية للاعتراف المتبادل ابرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.

الوفاء الإلكتروني: ببروز المعاملات الإلكترونية فقد حلت النقود الإلكترونية محل النقود العادية من خلال بطاقات الدفع و الائتمان [1]

نستخلص مما سبق إلى أن السمات و الخصائص التي تميز العقود الإلكترونية تؤدي إلى قيام نظامه القانوني على دعامتين أساسيتين :

الأولـــى: تتمثل في القواعد العامة المستمدة من النظرية العامة في الالتزامات و تلك الواردة بصدد العقود المسماة.

الثانيـــة: تتمثل في الأحكام الخاصة بذلك العقد التي تحدد بطبيعته و تنبع من نصوص و تتفق مع ظروف إبرامه و تنفيذه.

المطلب الثاني: عقود الخدمات الإلكترونية

تهتم هذه العقود خاصة بتجهيز و تقديم خدمات الإنترنت و كيفية الاستفادة منها، أي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها، أي موردين الشبكة و العميل. ولتحديد هذه العقود نجد ان **المرسوم التنفيذي رقم 98-**

[1] يتم دراستها بالتفصيل في المبحث الموالي

257 الذي **يضبط شروط وكيفيات اقامة خدمات انترنات واستغلالها** قد وضح بعض المصطلحات المتعلقة بهذا النوع من العقود وبالرجوع الى المادة **01 منه يضبط هذا المرسوم شروط وكيفيات اقامة خدمات انترنت واستغلالها.**

و المادة 02 منه تعرف خدمات انترنت كما ياتي:

- خدمة "واب " الواسعة النطاق (world wide web (w . w.w .web:

خدمة تفاعلية للاطلاع او احتواء صفحات متعددة الوسائط " MULTIMEDIA"

- **البريد الالكتروني *E MAIL***

خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين.

- تلنات TELNET

خدمة النفاذ الى حواسب متباعدة بصيغة المحاكاة الطرفية .

- بروتكول نقل الملفات FTP

خدمة تعبئة الملفات عن بعد بصيغة نقطة الى نقطة

- منبر التحاور " NEWSGROUPS "

خدمة تسمح بتبادل المعلومات بين مجموعة من المستعملين ذوي اهتمام مشترك حول موضوع معين.

باضافة الى ما ورد في نص المادة 03 من نفس المرسوم المذكور اعلاه

يقصد بالموقع اي مكان يحتوي موزعا او عدة موزعات للمعطيات الضرورية لتقديم خدمات " انترنت "

وبهذا يمكن تقسيم عقود الخدمات الإلكترونية حسب الفروع الاتي ذكرها اتباعا :

الفرع الأول: عقد الدخول إلى الشبكة

عقد الاشتراك في الإنترنت، يتم إبرام العقد بين الشركة التي تقدم خدمة الإشتراك service , le serveur , fournisseur de service والعميل الراغب في [1]

[1] محمد حسام لطفي، عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية القاهرة1994، ص 88

إستعمال الشبكة ، يؤدي هذا العقد إلى إلحاقه بالشبكة[1] الا انه من الناحية الفنية يتم توصيل جهاز الكمبيوتر بالشبكة، وتقديم الأدوات اللازمة لذلك، ثم يسجل العميل الجديد ، مقابل سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك.

يختلف مضمون ذلك العقد بحسب الإتفاق، إلا أن إلتزام المورد بتحقيق إتصال العميل بالشبكة هو إلتزام بالتحقيق نتيجة. و غالبا ما يتعهد مقدم خدمة الإشتراك بعدم الدخول على مواقع تقدم مواد غير مشروعة .

الفرع الثاني : عقد خدمة المساعدة الفنية :

هي تلك العقود التي ترمي إلى مساعدة المستخدم الحديث للأنترنت على مواجهة المشاكل الفنية التي قد يواجهها، ويتم التعاقد على تلك الخدمة غالبا بين المورد و العميل، بمناسبة الإشتراك في شبكة الأنترنت و تدخل في الإطار العقدي بإعتبارها عنصرا من العقد الرئيسي و قد يتم الإتفاق عليها بإعتبارها محلا لعقد خاص، يمكن أن يتولى المشروع الذي يبيع المنتج أو يقدم الخدمة بتقديم هذه المساعدة الفنية، كما يجوز أن يتولاها الغير لحساب هذا المشروع.

و يتم تقديم هذه الخدمة تنفيدا لشروط التعاقدية المتفق عليها التي تبين موعد و كيفية أساليب للاستفادة منها.

الفرع الثالث: عقد الإيواء contrat d'hébergement:

يتمثل موضوع العقد في إلتزام مقدم خدمة الأنترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لإستعماله في تحقيق مصالحه[2]

---

[1] PH , le tourneau , les contrats informatique , 1996 , p 115

[2] Lamy , droit de l'informatique et des réseaux 1995 , p 1490

يحدث ذلك من خلال إتاحة إنتفاع الشخص بجزء من إمكانياتالأجهزة، و الأدوات المعلوماتية، كتخصيص مساحة قرص الصلب أوشريط المرور أو مكنة التعامل مع الجهاز، فيستقبل مقدم الخدمة المعلومات والرسائل الخاصة بالمشترك فيتيح لها فرصة الدخول على الشبكة و يضمن للمشترك كيفية إستخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته .

إن إلتزامات مقدم الخدمة التي تم تحديدها في العقد، يمكن أن يلتزم بأداءات إضافية مثل الإلتزام بالمساعدة، وتزويد المشترك بالمعلومات و يلتزم الآخر بدوره بدفع المقابل المتفق عليه بالكيفية و المواعيد المحددة .

يلتزم بعدم تجاوز الإطار المحدد لإستعمال الأجهزة المخصصة له، ووجوب إستخدام الأدوات الصالحة و بالطريقة الصحيحة حتى لا يتسبب في الأضرار بالأجزاء المخصصة له و يتعين على المشترك في النهاية إحترام القوانين و الأعراف السائدة

يتضح من ذلك أن العقد المذكور أقرب في طبيعة القانونية إلى إيجار الأشياء منه إلى المقاولة. [1]

تدور المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة في حالة عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة معيبة أوناقصة، لا يكون مسؤولاً عن الإستعمال الذي يقوم به المشترك أو الأفراد التي يسببها الغيرما لم يثبت أن مقدم الخدمة قد شارك في ذلك أوكان على علم به أو لم يتخلى عن حيازته.

الفرع الرابع: عقود إنشاء موقع contrat de création de site

هو عقد من عقود تقديم الخدمات، فيقوم مقدمة الخدمة المعلوماتية بإنشاء موقع للعميل من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الأنترنت فيتمكن من التعامل عبر هذا الموقع من خلال الجهاز .

---

[1] السند عبد الرحمن بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية " الحاسب الآلي و شبكة المعلومات الإنترنت " ، الطبعة الأولى ، بيروت دار الوراق، 2004، ص 35 .

الموقع هو مكان ثابت خاص بالعميل يمكنه من عرض كل ما لديه من منتجات أو خدمات أو معلومات، لذا فهو وسيلة فعالة للمشروعات والمهنيين، رجال الأعمال، رجال القانون، خبراء.

و ان إنشاء الموقع إما أن يتم أصالة تحت اسم مستغل إما أن يتم من خلال موقع أخر، لاشك أن الأسلوب الأول أكتر كلفة إلا أنه يحقق الاستقلال والاستقرار عبر شبكة الانترنت، ويقتضي إنشاء المواقع إبرام عقد مع الشركة إستفاء إجراءات إدارية.

ملاحظات على عقود الخدمة الإلكترونية :

أولا: إن عقود الخدمات الإلكترونية عديدة و متطورة و متداخلة و مرجع ذلك هو طبيعة المحل ذاته، من تم فإن التعداد السابق ليس جامدا، بل مجرد تمثيل للعقود القائمة في فترة زمنية معينة، يمكن لهذه العقود أن تنشأ مستقلة او مجتمعة في عملية قانونية مركبة، مثل عقد الإيواء الذي يمكن أن يضم معه توفير الموقع و البريد إلكتروني.

ثانيا : إن هذه العقود يتم إبرامها و تنفيذ بنودها من كلا الطرفين عبر الشبكة الأنترنت نفسها دون الحاجة إلى الرجوع إلى الفراغ المادي الخارجي. فهي تخضع لأساليب الدفع و التوقيع الإلكتروني (الذي يتم توضيح في الفصل المقبل)

ثالثا : إن هذه العقود يتمثل موضوعها ، كقاعدة العامة ، في تقديم خدمة و من تم فهي تعتبر بمثابة عقود المقاولة و تخضع بالتالي لأحكامها.

رابعا : إن هذه العقود في مجملها تتسم بالطابع التجاري، فتعد من قبيل عقود الإستهلاك، وأقرب ما تكون إلى عقود الإذعان ذلك إن مقدم الخدمة هو كقاعدة عامة شركات متخصصة، ومحترفة ينطبق عليها وصف التاجر المهني و تتعامل مع أفراد العاديين ينطبق عليهم وصف المستهلك، خاصة و إن تلك الشركات تضع شروط التعاقد في صورة نماذج ثابتة لا تقبل المنافسة ومن تم فهي تخضع لأحكام الخاصة بالعقد التجاري وعقد الإذعان وقواعد حماية المستهلك.

خامسا :هناك قاسم مشترك بين هذه العقود هو أنها ترتبط بشبكة الإنترنت التي تتسم بالعالمية و الإنفتاح و يصعب السيطرة عليها كما يلتزم مقدم الخدمة، كقاعدة العامة، بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتقنية المواد المحملة على الشبكة، بتحديد برامج تصنيف تلك المواد بين الممنوع و المسموح والمحايد، يختار منها صاحب الشأن ما يشاء، والإلتزام بإحترام السرية وتوعية العملاء و منع الدخول إلى المواقع غير مرغوب فيها، و إستبعاد كل مستخدم يخالف الإلتزامات القانونية والعادات، وحق إختيار نوعية المناقشات والأخبار التي ثبت على الموقع.

لكن الواقع العملي، كشف عن إزدهار عمليات القرصنة الفكرية للمعلومات المعالجة إليكترونيا والأموال و الإعتداء على حقوق و مصالح و قيم الغي، مثل التلاعب بحسابات المصارف والتعرض لحرمة الحياة الخاصة و تزوير العلامات التجارية و تخزين البرامج و تدمير المواقع، وبث الأمور التي تهدد الأمن و تخدش الحياء العام مما يسيء إلى قواعد النظام العام و حسن الأداب، مما استوجب تدخل تشريعي لتجريم تلك الأفعال وتحميل المسؤولية الجزائية والمدنية لمرتكبيها.[1]

المطلب الثالث: العقود المعلوماتية:

إن المعلوماتية و برامج الحاسب الألي أصبحت تهيمن على كثير من جوانب حياتنا المعاصرة في أبعادها الإقتصادية والثقافية والإجتماعية، وباتت تشكل ثروة تقنية و

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 97

صناعية و فكرية عالية مما إستدعى التدخل لحمايتها على الصعيد الوطني والدولي و أدت إلى ظهور أنواع جديدة من العقود و المسؤليات .

إن إنجاز العملية المعلوماتية يتم من خلال أداءات متنوعة، ومن تم تتجه إرادة الأطراف إلى إستخدام قوالب قانونية مختلفة، فهناك توريد الأشياء المادية (أجهزة الحاسب الألي)، وهناك أموال المعنوية (البرامج) إلى جانب الخدمات الذهنية (الدراسة و المشورة) ، والخدمات المادية (التركيب) .

نكتفي في هذا المقام باستعراض أهم عقود الخدمات المعلوماتية تم نبين خصائصها.

الفرع الأول: بيع برامج المعلومات:

يمكن أن يلجأ الشخص إلى شراء برنامج المعلومات، و يحدث ذلك عندما يندمج البرنامج في وسيط مادي تم عرضه في الأسواق مثل : الإسطوانات و الكتب، ويبدو ذلك، بصفة خاصة عندما يكون البرنامج جزءا من مكونات الحاسب فيشمله عقد البيع ولكن ينبغي التنبيه إلى الطبيعة الخاصة لذلك البيع، لأن الملكية لا تنتقل إلا بالنسبة للوسيط المادي، فيكون للمشتري إستعماله لنفسه و ليس له أن يبيعه لغيره بل يظل مؤلف البرنامج صاحب الحق في الملكية الفكرية.

ويتمتع هذا الحق بحماية خاصة و من تم لا يجوز للمشتري أن يجري نسخا من ذلك البرنامج أو يستغله تجاريا دون إذن من مالكه[1].

الفرع الثاني: تأجير برامج المعلومات :

يلجأ الشخص أحيانا لتأجير البرنامج عندما يجد نفسه في حاجة لاستعماله مدة معينة و يتم في حالة الاحتياج المؤقت و توفيرا لنفقات الشراء المرتفعة بالنسبة للبرامج

[1] لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص97

المتميزة، فيتم التعاقد مع المالك على تقديم برنامج صالح لإستعمال طوال مدة العقد نظير الأجر المتفق عليه.

الفرع الثالث : الترخيص بإستعمال برامج المعلومات :

يجري العمل على إمكان ترخيص المالك للشخص باستعمال برنامج الحاسب مقابل نقدي يثمثل في مبلغ مقطوع يتم دفعه مرة واحدة، اوعلى دوفوعات دورية شهرية أو سنوية.

ويتحدد نطاق الترخيص طبقا للشروط الواردة في العقد وبصفة خاصة سلطات المرخص له و عماإذا كانت تقتصر على الإستعمال الشخصي أوعمل نسخ أو الإستغلال في إطار معين، ويقترب ذلك من النظام القانوني للترخيص في مجال براءات الإختراع أو إستغلال المصنفات الفكرية دون أن يتطابق معها.

ملاحظات على عقود المعلوماتية:

أولا : إن التصرفات الواردة على برامج المعلومات تثير الكثير من الجدل حول تحديد طبيعتها القانونية، وان كان التكييف الاكثر شيوعا و محل الإتفاق فقها وقضاءا هو إعتبارها من قبيل **عقود المقاولة.**

وينطبق على بعض صورها، عقد الإيجار ولعل التكييف الأكثر جدلا هو عقد البيع لأن مؤلف البرنامج يحتفظ بعدد كبير من الحقوق على البرنامج على نحو يتعارض مع فكرة نقل ملكية الشيء المبيع، أضف إلى ذلك أن مشتري البرنامج لا يمكنه بيعه للغير أو نسخه أو إستغلاله لذلك يثور الجدل كذلك حول فكرة **الإيجار التمويلي.**

ولا تثور صعوبة بطبيعة الحال بالنسبة للتصرفات القانونية الواردة على الجهاز الحاسب الآلي، أو المعدات و التركيبات المادية فهي غالبا ما تتعلق بعقود البيع، و يمكن أن تكون إيجارا أو إيجارا تمويلياً أو عارية.

ثانيا: لعل الصعوبة وراء ما سبق هو دقة تعريف ذلك البرامج، وتحديد طبيعتها و تنوع أنماطها و تعدد المشتركين في أعدادها فهناك معلومات الثابتة على دعائم (وسيط مادي)، وهناك بنوك المعلومات التي يتم إعدادها من خلال معالجة المعلومات إلكترونيا.

برامج المعلومات:

- **برامج تشتغل نظم الحاسب الألي** ، منها البرنامج الرئيسي logiciel de base و برنامج إدارة البيانات و إستغلالها
- **برامج التطبيقية** logiciel de application
- **برامج النمطية** progiciels .

يثور التساؤل حول طبيعة المعلومات عما إذا كانت تعتبر من قبيل الأموال إنطلاقا من قيمتها الإقتصادية، و إستغلالها ماليا و دورها في تحسين أداء المشروعات الإنتاجي، لكن يصعب تطبيق فكرة الملكية المادية عليها نظرا لطبيعتها الذهنية، لأنها لا تندرج ضمن مصنفات الأدبية و الفنية[1].

ثالثا : إن برامج المعلومات أقرب ما تكون إلى المؤلف الجماعي فيترك في إعدادها مجموعة من المتخصصين لحساب الشركات عملاقة تجارية تنسب إليها و تحمل إسمها و ملكيتها، وهي صاحبة الحق في التعاقد عليها، و من تم فإن العقود المبرمة في هذا الصدد تأخذ كقاعدة عامة حكم العقود السابقة من خلال طبيعتها التجارية و إنطباق وصف الإستهلاك و الإذعان و تخضع لنفس أحكامها.

المطلب الرابع : عقود الفضائيات و الإعلانات :

عقود الفضائيات :

[1] M. Vivant , a propos des biens informationnels j.c.p 1984 p ,31 32

و هي تلك العقود التي تبرم مع القنوات الفضائيات بقصد تلقي إرسال تلفيزيوني معين في تخصصات و منوعات مختلفة .

عقود الإعلانات:

هي العقود التي تبرم بقصد بث إعلانات معينة ذات طبيعة تجارية أو مهنية عبر قنوات الإرسال أو شبكة الأنترنت، إذا يتم تقديم مواقع على شبكة المعلومات مجانا ، فيتضمن هذا الموقع برنامجا يساعد المستفيد على التعامل مع الشبكة، و يقوم مؤلف البرنامج بعرض إعلانات التجار على هذا الموقع مما يمكن لكل باحث أو متجول فيه الاطلاع عليها.

عقود المحمول (التليفون النقال) :

هي من عقود الخدمات التي تبرم مع الشركات المقدمة لتلك الخدمة بقصد الحصول على الاتصالات اللاسلكية عبر الشبكات الهوائية.

ملاحظات على هذه العقود :

أولا: إنها تتضمن تقديم خدمات محددة، و من ثم تندرج تحت عقد المقاولة[1]

ثانيا: تتسم بطبيعة التجارية على الأقل بالنسبة لمقدم الخدمة فهو تاجر محترف و غالبا ما يكون متلقي الخدمة شخصا عاديا مستهلكا مما ينطبق عليها نفس الأحكام السابقة.

المبحث الثاني : تحديد الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية [2]:

---

[1] عقد المقاولة م 549 إلى 570 من قانون المدني الجزائري .

[2] الجنهي منير و ممدوح محمد ، المرجع السابق ، ص 151 .

إن الطبيعة القانونية للعقود في مجال المعاملات الإلكترونية مازالت موضوع دراسة و إجتهاد و شرح من المهتمين بهذا المجال .

كما يختلف تصنيف هذه العقود على حسب الزاوية التي ينظر من خلالها.

المطلب الأول : تصنيف العقود الإلكترونية على أنها عقود ملزمة للجانبين :

تجمع تفسيرات فقهاء في أغلبها في إعتبار أن عقود الإلكترونية، تخضع للقواعد العامة التي تنظم العقود الملزمة لجانبين، من خلال مضمونها و أحكامها أي إلى **أحكام المادة 55 من ق.م.ج.**

إلا أن خصوصيتها تكمن في أسلوب إبرامها و تنفيذها عبر الإنترنت، مما يرتب على عاتق المتعاقدين إلتزامات متقابلة و مرتبطة بعضها البعض، مما يجعل كل متعاقد دائنا ومدينا نحو المتعاقد الآخر، ويترتب على هذه الطبيعة أن يكون تنفيذ كل الإلتزام المتعاقد متصلا و مقابل لتنفيذ الإلتزام المقابل الذي يتحمله المتعاقد الثاني، وفي حالة إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية تقوم مسؤوليته العقدية (التي سوف يتم دراستها بالتفصيل في المبحث الثاني)

المطلب الثاني : العقود الإلكترونية عقود مسماة :

حاول غالبية شراح القانون تكييف هذه العقود في إطار العقود المسماة و تندرج خصوصا تحت طائفتي عقد البيع بالنسبة للسلع والمنتجات، و**بالتالي إخضاعها لأحكام المواد** من **351 إلى 412 من ق.م.ج .**

و عقد المقاولة بالنسبة للخدمات أي المواد 549 إلى 570 من ق.م.ج.

تكمن أهمية هذا التكييف في كون أن العقود المسماة تتسع لتشمل جل العقود الإلكترونية رغم حداثتها و أسلوب إبرامها و تنفيذها، و يتم التكييف عبر أحد العقود المسماة أو من خلال عقد مركب منها، لأن ذلك يضعنا في ساحة الأمان القانوني

لإدارجها ضمن أحكامها القانونية و إيجاد الحل المناسب دائما من جهة و تفادي المتاهات في سلطان الإرادة ، الذي يتم على حساب الطرف الضعيف[1] .

المطلب الثالث : إختلاف حول تصنيف العقود الإلكترونية في كونها عقود رضائية أو عقود إذعان

الفرع الأول : العقود الإلكترونية من قبيل عقود الإدعان :

إختلف الفقهاء بين مؤيدين و معارضين لكون العقود الالكترونية عقود إذعان أم لا فذهب إتجاه المؤيد إلى إعتبار البعض منها من قبيل عقود الإذعان و تمثل هذا الإتجاه، في الفقه الإنجليزي و الفرنسي الحديث .[2] كذلك الأمر في التشريعات المنظمة لتجارة الإلكترونية.

كمشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري 2010 الذي نص في المادة 18 منه" تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونيا من عقود الإذعان في مفهوم القانون حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية و يعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه إخلال بالتوازن المالي للعقد و كل شرط يضمن حكما لم يجر به العرف "

كما نجد تعريفاً لعقد الإذعان في المادة **70 من ق.م.ج** " يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم شروط مقررة يضعها الموجب و لا يقبل مناقشته فيها "

و هذا العقد جاء وليد التطور في الحياة الإقتصادية ، الذي أدى إلى زيادة هائلة في العقود التي يجب أن تبرم في أقصى وقت و أقل جهد ، مما ترتب على ذلك وجود عدد كبير من العقود ينفرد الموجب بتحديد شروطها و استحال النقاش عند إبرامها.

---

[1] سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية " مقاولة و البيع " ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1999 ، ص،39.

[2] إبراهيم خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 243.

خصائص عقد الإذعان:

1- أن يكون أحد الطرفين في مركز إقتصادي متفوق لما يتمتع به من إحتكار قانوني أو فعلي يجعل التفوق اقتصادي واضحا و لمدة طويلة. [1]

2- أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعد من أساسيات وقد قضت محكمة النقض المصرية [2] السلع الضرورية هي التي لاغنى للناس عنها و التي لا تستقيم مصالحهم بدونها، فيكون مضطرين إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب و برز لهذا الاتجاه رؤيته بالنسبة للعقود الإلكترونية لإعتبارها بمثابة عقود إذعان لكون القابل، لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المتاحة أمامه و خاصة بالموقع الموجب على الإنترنت و غالب ما تكون شركات متخصصة، فلا تترك للعميل حرية الاختيار بين نموذج و آخر، فهنا القابل لا يملك الخيار الموافقة أو الرفض ولا حتى مناقشة الموجب أو طلب تعديل أي من مواصفات المذكورة فإن الصياغة والتي تم إعدادها سلفا لمصلحة الطرف المحترف على ضوء المنافسة و قواعد السوق التي لا تدع مجالا كبيرا للفروق بين العروض المقدمة .

وهذا يضعنا أمام نوع من عقود الإذعان بالنسبة للمستهلك الإلكتروني مما يستدعي تطبيق قوانين حاسمة في هذا الفضاء الإلكتروني، الذي أفرز أنواعا جديدة من الأخطار التي يمكن أن تواجه هذا الأخير و الذي يعد طرفاً ضعيفاً أمام الشركات العالمية التجارية التي تغزو السوق الإلكتروني فلا بد من تنظيم خاص لتزيد من عامل الثقة التي أصبح هاجس المستهلكين و الشركات التجارية.[3]

---

[1] عبد المنعم فرج، في عقود الإذعان في القانون المصري دراسة فقهية و قضائية مقارنة رسالة دكتوراه، منشور جامعة فؤاد الأول، مطبعة جامعة فؤاد الأول، 1964، ص58.83

[2] أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، إسكندرية منشأة المعارف 1970، ص 66.

[3] محمد سعيد ، أحمد إسماعيل ، أساليب حماية القانونية لمعاملات الإلكترونية، ص 351 .

لكنه يأخذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمراً هامًا و هو التفاوض القائم و خاصة في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، فيرد عليه القابل ببريد آخر برفض العرض أو يفاوض على الثمن.[1]

الفرع الثاني : العقود الإلكترونية عقود رضائية :

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقود الإلكترونية، عبارة عن عقود رضائية بعيدة كل البعد عن عقود الإذعان[2] و ذلك لأن عملية المساومة تسود هذا العقد على إختلاف أنواعه فالقابل لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة.

فإذا كان إبرام العقد عن طريق الإنترنت يمكن للموجب له الإنتقال من موقع إلى أخر و إختيار ما يشاء هذا يعني أن الرضائية تسود هذا العقد و خاصة إذا كانت سلعة محل العقد غير محتكرة من شخص أو من جهة ما ويمكن التفاوض على بنود العقد فيما بين الموجب والقابل، و طالما أن السلعة أو الخدمة ليست أساسية للمستهلك مثل توريد المياه أو الكهرباء.

بالنظر إلى المادة 04 من الفصل السابع لحماية المستهلك من مشروع قانون المعاملات الإلكتروني المصري 2001 و التي تنص على جواز إبطال ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية.

و كذلك المادة 05 منه و التي تنص " إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية"

يلاحظ أن المشرع المصري لا يعتبر كل العقود الإلكترونية من قبيل عقود إذعان بشكل مطلق إنما من ممكن أن تأتي بعضها بصورة عقود إذعان إذا كانت بالطابع النمطي و في هذه الحالة يتم التعامل معها بإلغاء الشروط التعسفية الواردة فيه، و عندها

---

[1] إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، المرجع السابق، ص 63

[2] حمارتة ، رياض وليد ، مرجع سابق ، ص 28 .

يتم تفسيرها لصالح الطرف المدعى و هذا ما ذهب إليه كذلك المشرع في نص **المادة 112** من **ق .م. ج** .

و مما سبق نجد أنه لا يمكن التسليم و إعتبار عقد الإلكتروني عقد إذعان بشكل مطلق أو عقد رضائي، و لكن يجب النظر إلى كل عقد على حدة، و ذلك حسب محله و الطريقة التي يتم إبرامه فيها ، فإذا لم تتوافر جميع الشروط لإعتباره عقد إذعان، يبقى عقد رضائي، و في حالة توافر جميع الشروط السالف ذكرها يعتبر عقد إذعان. كما يجدر التفريق بين الآلية التي ينعقد فيها العقد الإلكتروني على شبكة الأنترنت، فالعقد الذي يبرم عن طريق البريد الإلكتروني يكون رضائيا لوجود تفاوض و مناقشة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية بين العقد وكذلك الأمر في العقود التي تبرم عن طريق المحادثة المباشرة أو المشاهدة، أما العقود المبرمة عبر شبكة المواقع (web) فتكون عادة عقود إذعان ومن جانب آخر فهي ليست كذلك وفقا لمفهوم التقليدي لعدم وجود إحتكار فعلي و قانوني على سلعة محل العقد في غالب أحيان. [1]

الفصل الثاني : صور وتطبيقات أحكام المسؤولية المدنية

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 2000، ص34

بصدد إجراء المعاملات الإلكترونية

إن الثورة الحديثة للإنترنت، و ظهور أسلوب جديد للتعاقد يمثل إضافة غير العادية للإمكانيات المتاحة لمتعاملين في البيئة الإلكترونية و التي يتعين من جهة أخرى تنظيمها بدقة متناهية لتزيد من عامل الثقة لهؤلاء المتعاملين في هذه السوق التي يتخللها العديد من المخاطر [1]

لعل أحكام المسؤولية المدنية كانت و لازالت السلاح البارز الذي يتصدى به رجل القانون سياسات و الممارسات المخادعة و المضللة لتعاملات غير المنصفة، وتوفير الحماية الضرورية ببناء الثقة بين المتعاملين و تأسيس علاقة أكثر توازن بين طرفي العقد مهما كان نوع و طبيعة المعاملة.

فبالرغم من حداثة و أسلوب إبرام و كذا تنفيذ هذه العقود فلا يؤدي إلى إستبعاد أحكام المسؤولية المدنية الناتجة عن الإخلال بالإلتزامات الإلكترونية المترتبة عن هذه العقود[2].

وينبغي أن نشير هنا أن هدف القواعد القانونية سواء تقليدية أو مستحدثة، يجب أن تكون كافياً لتحقيق التوازن في العلاقة العقدية و حماية الطرف الضعيف فيها من كافة الأوجه الإستغلال أو سوء التصرف التي يكون طرف ضعيف مسؤولا عنها .

و تتنوع صور و تطبيقات المسؤولية المدنية، فهي لا تتسم بطبيعة واحدة، تختلف بين ما إذا كانت عقدية أو تقصيرية بحسب المراحل التي تمر بها هذه المعاملات إلى غاية وصول إلى إتفاق بين الأطراف تم يأتي تنفيذ هذا العقد و تتجسد هذه الخطوات بحلقة سير تدور في فلكها التعاملات الإلكترونية.

و هذا ما سنشرحه في مبحثين التاليين: المبحث الاول: المسؤولية عند إبرام المعاملة الإلكترونية و المبحث الثاني : المسؤولية عند تنفيذ المعاملة الإلكترونية .

المبحث الأول : المسؤولية عند إبرام المعاملة الإلكترونية

---

[1] محمد سعيد، أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 169

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 50.

تتميز العقود التي تبرم في العالم الإفتراضي بخصائص مستمدة من البيئة الإلكترونية من أهمها أنها تندرج ضمن عقود الإذعان (كما سبق تحديد طبيعتها) و ذلك لأن مقدم السلطة أو خدمة هو كقاعدة عامة شركات متخصصة و تتعامل مع أفراد عاديين ينطبق عليهم وصف المستهلك، تضع شروط التعاقد في صور نماذج ثابتة لا تقبل المناقشة و من ثم فهي تخضع لأحكام الخاصة بالعقود الإذعان و قواعد حماية المستهلك [1] في مواجهة المهني والمنتج .

إذا كان الغالب أن يكون العرض المطروح على شبكات الإتصال مجرد دعوة إلى التعاقد فلا يستقر التعاقد على الوجه النهائي إلا بعد جولات من المفاوضات يجري من خلالها قبول العرض الذي يتحدد تحديداً كافيا، إلا أنه متى توفر للعرض المقومات التي تجعله جازمًا وكافياً للتعبير على أسس الجوهرية للتعاقد فإنه يشكل إيجابًا صالحًا لترتيب أثره .[2]

و قد فرض الطابع الإلكتروني لتبادل الإيجاب و القبول عبر شبكات الإتصال اجتماعهما لهذه الشروط للتحقق من أن العقد انعقد إلا بعد أن وضحت صورته النهائية وتضع هذه الإلتزامات على عاتق الموجب الذي يجب ان تكون بيانات العرض المطروح على صفحات المواقع الشبكة[3] كافية بذاتها للكشف عن طبيعة المنتج و في حالة الإخلال بهذه الالتزمات السابقة عن التعاقد الالكتروني يترتب عليها قيام المسؤولية و نشوء الحق للمتعاقد المتضرر في التعويض عن الضرر الذي أصابه طبقا للمبدأ " **كل من إرتكب خطأ سبب ضررا يلزم بالتعويض**" و ذلك لتوفير حماية فعالة

---

[1] فضلا على اشتراط تبصير المستهلك بما هو مقدم عليه ، فقد يشترط النظام القانوني الخاضع له التعامل عن بعد اشتراطات أخرى تتعلق بتنفيذ التعامل مثل حق المستهلك في سحب قبوله ، و التزام البائع أو المورد بتنفيذ التعامل خلال مدة محددة ، و يتضمن التعليمات الإتحاد الأوربي 7 /1995 و هذه الأحكام و في هذا السياق قد يشترط النظام القانوني الخاص به التعاقد عن بعد مع المستهلك و خضوعه لقانون دولة ودخول منازعاته في اختصاص المحاكم التي يقع في دائرتها موطن المستهلك

[2] القاعدة أن الإيجاب يجب أن يكون جازما و كافيا وواضحا لا يشوبه غموض بحيث يكفي لقبوله انعقاد العقد.

[3] يجب أن تكون بيانات العرض صحيحة تحت طائلة العقوبات المنصوص عليها في تنظيم الإعلانات الخادعة (م /1/12) من تقنين الاستهلاك الفرنسي

للمتعاقد غير المهني والضعيف نتيجة الضرر الناتج عن عدم تزويده بالمعلومات المتصلة بالعقد أو اعلامه و تبصيره.

المطلب الأول : المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني

عادة " ما يمر أي عقد قبل إنعقاده بفترة أولية تسمى " الفترة قبل العقدية " يكون خلالها في طور التكوين، و تبدأ هذه الفترة عادة منذ اللحظة التي يعلن فيها أحد الطرفين عن رغبته في التعاقد إلى الطرف الأخر، فالمفاوضات مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب النهائي لعقد و تكون عبارة عن مجرد عروض و تنتهي بمجرد صدور الإيجاب .

و بالرغم من أهمية التفاوض في إعداد العقد إلا أن بعض التقنينات المدنية و منها التقنين المدني الجزائري و الفرنسي قد خلا من أي نص ينظم هذه المرحلة مما يجعل هذه المهمة من مهام الدراسات الفقهية و إجتهاد القضائي.[1]

و لا شك في حيوية مرحلة التفاوض اذ يتم فيها الإعداد و التحضير للعقد و بحث كافة الجوانب الفنية و المالية و القانونية ، و التعرف على المتعاقد الآخر، و تحديد مضمون العقد و الإعداد الجيد له على ضوء مصالح و مقاصد الأطراف حتى يكتب له النجاح، و توقي المنازعات التي قد تنشأ عنه وبيان سبل تسويتها و القانون الواجب التطبيق .[2]

---

[1] إبراهيم خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 209 .

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 52.

الفرع الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني [1]

ينصرف ذلك الوصف على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل إلكتروني مثل عقود الخدمات و المعلومات الإلكترونية، وينصرف الوصف كذلك على أداة التفاوض الإلكتروني، فقد وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل إتصال مباشرة بالغة التقدم و خصوصا شبكات إنترنت ولا شك أن هذا النوع من التفاوض يتم بالسرعة دون مشقات الإنتظار و نفقات السفر، إلا أنه لا يسمح بالتعرف على الطرف الآخر بشكل كامل، ولا يوفر نفس الثقة في حالة التفاوض وجها لوجه فلهذا يثار التساؤل حول تحديد زمان و مكان إتمامه و تحديد المسؤولية بالنسبة لما يرتبط به من أضرار، و الفصل بينه و بين مرحلة إبرام العقد، هذا بالإضافة إلى مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق.""

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني

التفاوض من شأنه الحد من الإشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر في المستقبل من جراء عدم الإلتزام بالعقد أو لحدوث جهل لدى أحد طرفيه ، و عليه تبرز أهمية التفاوض الإلكتروني على النحو التالي :

أولا : وضع العقود الإلكترونية في صياغة قانونية صحيحة خاصة به، إلا أن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة مقارنة و أولية للشروط التي يجري تنفيذها و هذه الصياغة لا يمكن أن يتحدد شكلها النهائي إلا بعد مرورها بمفاوضات من شأنها إبراز جميع عناصر العقد وهذه الصياغة مهمة جدا في العقود الإلكترونية خاصة " عندما تكون هذه العقود مركبة يساهم في تنفيذها أطراف متجددة من دول متعددة "

ثانيا : إن العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد مما يثير الغموض و عدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد، و من

---

[1] لورنس عبيدات، المرجع السابق، ص 99.

طبيعة المحل و الضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد، و طرق الوفاء بالالتزامات و هذا ما يمكن التأكد به مبدئيا في مرحلة التفاوض.

ثالثا : التحديد الدقيق للحقوق و الإلتزامات فيعمل طرفي التعاقد على تعيين النقاط التي يجب تحديدها و تعريفها بمنتهى الدقة [1] و الوضوح، و إزالة الإبهام قدر المستطاع فيما يخص الإلتزامات و المبادئ التي تحكم علاقتهم التعاقدية .

و ينبغي بالنسبة للدعوة الخاصة بتلقي العروض أن تتضمن البيانات الواضحة فيما يتعلق بمواعيد التقدم بالعرض و عناصره و مواصفاته و شروطه، حتى يتم التفاوض و المفاضلة على أسس واضحة.

الفرع الثالث: حسن النية في التفاوض

استقر الجميع على وجوب الالتزام بالتفاوض بحسن نية و تتمثل تلك الإلتزامات في التعاون، والنصح ، و الإعلام و المحافظة على الأسرار .

أولا : الإلتزام بالتعاون l'ablégation de coopération

إن إلتزام المتفاوض بالتعاون يعتبر التزاما أساسيا ينبغي أن يحدد أغراضه و أهدافه من العقد الساعي إليه و يبدو ذلك بوضوح في كافة العقود الفنية مثل برامج الحاسب الآلي، و لو أحتاج الأمر الاستعانة بالغير أو الإستلام لدى الشركات المتخصصة، و يمكن للعميل أن يطلب من المورد الإيضاحات الكافية في هذا الشأن وقد قضى بأن تقصير العميل في التحري والاستعلام الذي ويؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع إحتياجاته الحقيقية، فتقوم مسؤوليته عن إخلال بالتزامه [2] و يتحمل العميل مسؤولية

---

[1] يتم التفاوض من خلال عناصر أو إجراءات معينة تبدأ بتحديد الإحتياجات تم وضع كراسة الشروط chier de changes يقوم العميل بوضع كراسة يطرح فيها شروط التعاقد و يبرز من خلالها كافة مطالبه . و تلقي العروض تقترن بتقييم تسهيلات في عمليات التوريد و إقامة المنشآت .

[2] . com . 1 jan 1997 Gp 1998 1,54 note codet

تقصير المقاول في إنجاز مهمته اذا تبث ان هذا التقصير راجع لإخلال العميل بالالتزام بالتعاون

ثانيا : الإلتزام بالنصح conseil والتحذير mise en garde

تبدو أهمية هذا الإلتزام بصدد العقود التي يحتاج فيها أحد الطرفين لمعاونة الأخر بسبب تفاوت الخبرة ، و لا شك أن ذلك ينطبق على كافة العقود محل الدراسة ، نظرا لسرعة التطور و التنفيذات الفنية المتلاحقة و لاشك أن قيام هذا الإلتزام على عاتق المتفاوض المحترف بالنسبة للطرف الأخر، حتى يبين له مدى ملاءمة العقد من الناحية الفنية و المالية [1].

ثالثا : الإلتزام بالمحافظة على الأسرار : obligation de confidentialité

يلتزم المتفاوض بالمحافظة على الأسرار التي يطلع عليها أثناء التفاوض ، فقد تقتضي المفاوضات إفضاء أحد الطرفين إلى آخر ببعض أسراره الهامة الفنية أو المهنية، حتى و لو لم تكن هذه الأسرار تحظى بالحماية القانونية، مثل التكنولوجيا التي هي التطبيقات القائمة على مبادئ علمية و تستخدم في إنتاج السلع و الخدمات و أسرار الأعمال.

[1] Le tonneau , l'obligation de renseignement ou de conseil d .1987 p101

الفرع الرابع: صور الخطأ في التفاوض

ينبغي أن يسود مبدأ حسن النية في التفاوض، فإذا إنطوى سلوك المتفاوض على مخالفة لهذا المبدأ فإنه يكون مخطأ و تقوم مسؤوليته المدنية و لعل أهم التطبيقات في هذا المجال :

أولا : قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع :

من المتفق عليه أن المفاوضات ترتكز على مبدأ الحرية فالمتفاوض له مطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الإستقرار فيها أو قطعها و إختيار الأسلوب المناسب لها و ذلك إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد الذي يهيمن على المرحلة قبل العقدية.[1]

إلا انه يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

أن قطع المفاوضات يجب ان يستند على سبب مشروع، فإذا لم يكن هناك مبرر مشروع فإن قطع التفاوض يكون خطأ منافياً لقواعد حسن النية، أما إذ وجد المبرر فإن القطع لا يعتبر خطأً حتى و لو ترتب عليه ضرر للطرف الآخر .

ومن أمثلة الإنهاء التعسفي تعمد الطرف القاطع ترك الطرف الآخر في حالة الغموض وعدم الوضوح بالنسبة لمصير المفاوضات، في حين يتعين التصريح للمتفاوض بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت المناسب.

ثانيـــا: مخالفة الإلتزامات التفاوضية: التي يعرضها مبدأ حسن النية كما رأينا الإلتزام بالنصح و التعاون.

ثالثـــا: إفشاء الأسرار التي تم الإطلاع عليها : أثناء التفاوض أو إستغلالها دون إذن الطرف الآخر

---

[1] يمكن قطع المفاوضات في أي وقت بقرار من إرادة المنفردة

كما انه تجدر الملاحظة ان إثبات الخطأ في التفاوض يخضع للمبدأ العام، وهو حرية الإثبات، فكل من يدعي الخطأ عليه إثبات ذلك، فالمضرور يلتزم بإثبات خطأ المتفاوض بكافة طرق الإثبات.

الفرع الخامس : طبيعة المسؤولية عن التفاوض

ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي إلتزام في مرحلة التفاوض لإنعقاد العقد، وذهب **الرأي الأول الذي يتزعمه الفقيه الألماني "اهرنج"** على أنها مسؤولية عقدية وأسس رأيه على " نظرية الخطأ عند تكوين العقد " و أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي و بالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه سواء ترتب على هذا الخطأ عدم إنعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه، مما يرتب الحق بالمطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية. و قد قام أهرنج بإفتراض وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد و أن عدم إبرام العقد و بطلانه يعد إخلالا بقصد الضمان المهني.

وبناءاً على ما سبق ذهب قضاة المحكمة العليا في ألمانيا على وجوب قيام المرحلة السابقة على التعاقد على أساس الثقة من طرفيها ومراعاة الحرص و العناية في السلوك كل منهما إتجاه الأخر، مع الزام الطرف الذي تسبب عمدا أو بإهمال ب بإبرام العقد مع علمه التام باستحالة ذلك التعويض على أساس **المسؤولية العقدية** [1].

أما الرأي الثاني فذهب إلى إعتبار أن المفاوضات أعمال مادية غير ملزمة و لا يرتب عليها أي أثر قانوني، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضة دون مسؤولية، و هو غير مطالب بتقديم مبرر لإنسحابه، فعدول المتفاوض لا يصلح بذاته سببا للمسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ الثابت تطبيقا لنص **المادة 124 من ق .م.ج** و يقع على عاتق المدين إثبات هذا الخطأ ،[2]حيث أقرت محكمة النقض المصرية ذلك المبدأ

---

[1] حسن محمد عبد الظاهر، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، دون مكان نشر دون ناشر،2002 ، ص 98

[2])محكمة النقض المصرية 1968/02/9، ص 334

بقولها " إن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، و لا يترتب عن العدول عن المفاوضات أي مسؤولية على من عدل، إلا إذا إقترن بخطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية" .

إن هذا الإتفاق يلزم الأطراف بالدخول في المفاوضات و الإستمرار فيها بحسن النية، ولا يعني الإلتزام بإبرام العقد النهائي، لأن الإلتزام بالتفاوض هو مجرد بدل عناية وليس تحقيق نتيجة، و قد يلجأ الأطراف إلى تضمين الإتفاق بالإلتزامات إضافية لضمان جدية المفاوضات مثل وضع مواعيد، و تنظيم أعباء و نفقات التفاوض و خطر إجراء مفاوضات متوازنة مع الغير وهنا ينقلب التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم، و تنقلب المسؤولية بشأنه من مسؤولية تقصيرية إلى عقدية.

الفرع السادس: التعويض عن الضرر في التفاوض

إذا تبث خطأ المتفاوض، و ترتب على ذلك ضرر مادي أو أدبي، كان للمضرور الحق في إثبات ذلك و المطالبة بالتعويض، هذا التعويض لا يجوز أن يتمثل في الإجبار على التفاوض أو الإلزام بإبرام العقد، انما يقتصر دور القاضي على مجرد الحكم بالتعويض نقدي جابر للضرر طبقا للقواعد العامة تطبيقا لنص **المادة 182 ق.م.ج**[1]. و يدخل ضمن عناصر الضرر نفقات التفاوض، وضياع الوقت والجهد، و كذلك المساس بالسمعة التجارية، كما تعتبر تفويت الفرصة من الأضرار التي قد تحدث بمناسبة قطع التفاوض بصورة خاطئة، أي حرمان المتفاوض المعدول عنه من فرصة لتحقيق كسب احتمالي فيجوز التعويض عن الحرمانه من فرصة إبرام العقد المتفاوض عليه .[2]

---

[1] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية بدون ذكر زمن النشر، ص 74

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 65

المطلب الثاني : المسؤولية في مرحلة تكوين العقد الإلكتروني :

إن إنعقاد العقد الإلكتروني لا يخرج عن نطاق القواعد والأحكام العامة لنظرية العقد التي حددها المشرع في نصوص القانون المدني، على الرغم من أن لم يعالجه مباشرة، كونه لم يكن معروفا أثناء صدور القانون المدني .

إن العقد يقوم على تراضي إرادة طرفي العقد و هذه الإرادة يجب أن تتجه إلى غاية مشروعة و أن يكون سليما خاليا من عيوب الرضا، و بعد توافق الإرادتين و تحديد المحل و السبب ينعقد العقد و بهذا ينتج آثاره القانونية .

وتتدرج المسؤولية عند إنعقاد العقد الإلكتروني بتدرج تكوينه من المسؤولية عند التراضي الإلكتروني أي صدور الإيجاب و إقترانه بالقبول، ثم المسؤولية عن عيوب الرضا في حالة توافر عيب من عيوب الرضا ، ثم تليها المسؤولية عن تحديد مضمون العقد من محل و السبب، و سنقوم في هذا المطلب بدراسة طبيعة المسؤولية بتدرج تكوين العقد الإلكتروني.

و عليه سوف نقسم هذا المطلب على النحو التالي:

الفرع الأول : المسؤولية عند التراضي الإلكتروني

الفرع الثاني : المسؤولية بصدد عيوب الرضا

الفرع الثالث : المسؤولية عن تحديد مضمون العقد الإلكتروني (المحل و السبب)

الفرع الأول : المسؤولية عند التراضي الإلكتروني :

يتم إبرام العقد الإلكتروني بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين و يصدر من أحد الطرفين المتعاقدين التعبير في صورة الإيجاب و يسمى الموجب، و يتخذ التعبير صورة القبول من الطرف الآخر و يسمى القابل و هنا يثور التساؤل عن طبيعة المسؤولية بصدد التراضي الإلكتروني و ما هي الصورة التي يأخذها الخطأ الإلكتروني

في حالة الإخلال بالإلتزمات التي تستوجبها هذه المرحلة و للإجابة على هذيين إشكاليين الهامين لابد من تقسيم هذا الفرع على النحو الثالي :

أولا : المسؤولية عن الإيجاب الإلكتروني .

ثانيا : المسؤولية عن القبول الإلكتروني .

أولا : المسؤولية عن الإيجاب الإلكتروني :

يعرف الإيجاب بأنه : تعبير عن الإرادة في التعاقد يصدر من أحد الأشخاص مفصحا من خلاله عن نيته في إبرام عقد بشروط أساسية ومحددة، و إذا إقترن الإيجاب بالقبول بدون تعديل أو تحفظ إنعقد العقد قانونا[1].

و لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي إلا في وسيلة التعبير عن الإرادة، فهو يخضع لنفس القواعد العامة ، و تثور المسؤولية بالنسبة له من خلال الإلتزمات المرتبطة به ، و ما يمكن أن يترتب عليه من آثار .

إن الإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن الإرادة الراغبة في التعاقد فيتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بوسيلة مسموعة و مرئية ، و يدخل في حكم التعاقد بين غائبين و هذا ما أجمع عليه غالبية الفقه. فيرى البعض أن الموجب و القابل لا يجتمعان في مجلس عقد واحد، و يرى إتجاه آخر أن ما يميز التعاقد فيما بين الغائبين حقاً، ليس هو أن لا يجتمعا في مجلس واحد، إن المميز هو تلك الفترة من الزمن التي تفصل صدور القبول و علم الموجب، و هذه القضية مهمة جدا في تحديد زمان و مكان إنعقاد العقد و للإيجاب عبر الأنترنت صور متعددة، فقد يأخذ صورة الإيجاب عبر البريد الإلكتروني، أو عبر صفحات الشبكة العنكبوتية، و إما عن طريق المشاهدة أو المحادثة، كما أنه قد يكون موجه إلى شخص أو جهة بالذات أو أن يكون موجها للعامة (العالم الطليق عبر شبكة الإنترنت).

---

[1] حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، ص 153.

و قياسًا على العقود العامة في التعاقد فإن الإيجاب الموجه إلى شخص معين بالذات عبر الشبكة الأصل فيه أنه غير ملزم للموجب، إلا إذا حدد هذا الأخير مدة للإيجاب، حتى يكون الايجاب قانونيا لابد أن يكون مستوفيا لشروطه و هي :

1- أن يكون الإيجاب محددا و قاطعا لا يحتمل التأويل أو الغموض.

2- و جود نية جدية لدى الموجب تجعله ملتزما بالعرض المقدم من قبله. [1] [2]

إن المبدأ القانوني السائد في النظام الأنغلوساكسوني لإعتبار مقدم العرض لديه النية حقاً بأن يلتزم تجاه كل إجابة للعرض هي النظرية الموضوعية التي مفادها بأن الشخص المتعاقد سيعتقد بأن العرض المقدم من التاجر يشكل إيجابا قانونيا يدفعه إلى القبول لإبرام العقد[3]، لأن النظام القانوني اللاتيني يعتمد في النظرية الموضوعية على سلوك الرجل المعتاد، وإذا تحددت النية لدى مقدم العرض بعدم الإلتزام فإن الفرصة مازالت لديه في قبول الإيجاب المقدم من المستهلك أو رفضه، بشكل عام فإن الإعلان الإلكتروني عن البضائع أو منتوجات أو الخدمات، يتضمن النص بوضوح على كونها مجرد دعوة للتفاوض، و نادرا ما تكون إيجابا .

و نرى بأن إعتماد التاجر الإلكتروني على دعوة الجمهور للتفاوض، و ترك الكلمة الأخيرة له في قبول الإيجاب أو رفضه، من شأنه أن يضعف ثقة العملاء و المستهلكين

---

[1] حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 184، 189

[2] أشارت المادة 2/13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني إلى إعتبار رسالة المعلومات الإلكترونية إذا كان يقصد من ورائها إنشاء إلتزام تعاقدي فإنها وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول ، و هذا أيضا ما أشارت إليه المادة (11) من قانون الأونسترال في سياق تكوين العقود و صحتها .

[3] Jay Foder , and Patrick quirk , electronic commerce and the law , john Wiley and sons Australia , ltd , Sydney 2001 , p (64-65)

– إن المبدأ القانوني المتعلق بالنظرية الموضوعية ، كان قد طبق لأوامر في قضية مشهورة عرفت بإسم (carlill v.carbolic smoke ball company) ففي سنة 1893 أعلنت الشركة المذكورة بأنها ستدفع مبلغ قدره (100) جنيه أسترليني ، إلى أي شخص يصاب بأنفلونزا بعد تناول سجائر من دخان ball كعلاج وقائي لمدة أسبوعين ، و صرحت الشركة بأنها أودعت مبلغ (1000) جنيه بمصرفها كدليل على إخلاصها ، إشترت السيدة كارلي هذا الدخان و قامت بإستعماله لمدة مناسبة ، و مع ذلك فقد أصيبت بالأنفلونزا ، إدعت السيدة كارلي بحصولها على الجائزة ، فما كان من الشركة إلا أن دعت حافزا للزبائن ، إعتمدت المحكمة للفصل في هذه القضية معيار الرجل المعقول و طبقت الإختيار الموضوعي و إستدلت المحكمة بأن الشركة كان لها النية بأن تجعل من هذا الإعلان ، إيجابا قانونيا و كان ذلك واضحا للشخص المعقول و بشكل خاص في قيام الشركة بإيداع مبلغ معين مخصص للجوائز ، و قد حصلت السيدة كارلي على الجائزة المذكورة .

بالتجارة الإلكترونية، كما أنه يتضح لمن يراجع مصادر البحث قوانين المقارنة من نصوص تشريعية أو إدارية فإنها تتجه إلى توفير حماية فعالة للمستهلك و التأكد من أنه أصدر إرادته (القبول) و هو على بينة من أمره و لذلك فسوف نلاحظ أن معظم الاشتراطات حتى تلك المتعلقة بالإيجاب، لوحظت فيها الحماية الواجب توفيرها لمستهلكين في السوق الإلكتروني[1].

1 – إلتزام الموجب المعلن بتبصير المستهلك :

تستوجب التنظيمات القانونية بشأن التعاقد عن بعد مع المستهلكين تبصيره لكي يصدر قبوله و هو على بينة من أمره، و ذلك بغرض صدور إرادة صحيحة، فإلزاماً على صاحب العرض أن يبين الشروط و كذا كيفية تنفيذ التعاقد بشأنه، والواقع أن الإتحاد الأوروبي في إطار إهتمامه منذ وقت مبكر بتوفير حماية لمستهلكين في التعاقد عن البعد و إلزام الدول المنخرطة في سلكه بإتخاد التنظيم خلال مدة معينة.[2]

أ-تعليمات الإتحاد الأوربي بشأن العقود المبرمة عن بعد :

و كانت التعليمات تستهدف حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد فقد ألزمت الموردين بتزويدهم بمعلومات في التعاقد معهم و تدور هذه المعلومات حول شخصية المورد و عنوانه، الخصائص الأساسية للسلع و الخدمات المعروضة، و كذا أسعارها و تدابير الدفع و التسليم، و مدى حق المستهلك في الرجوع في التعاقد و تكاليف الإتصال و التسليم. فهذا كله حرصًا لحماية المستهلك و كذا تبصيره على ما هو مقدم عليه فتستلزم التعليمات[3] إعادة إخطاره بالمعلومات السابق إبلاغها خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم مع إضافة معلومات أخرى تتصل بكيفيات تكريس حقه في الرجوع في التعاقد.

---

[1] أحمد شرق الدين ، الإيجاب و القبول في التعاقد الإلكتروني ، و تسوية المنازعات مؤتمر دبي ، الجزء الثاني ، ص 7 ، 8

[2] يجب أن تدخل أحكام هذا التنظيم ،وفقا لتعليمات الإتحاد الأوربي رقم 1997/7 حيز النفاد في إقليم أقضائه في 2000/06/04

[3] تضمنة كل من تقنين الإعلانات و تقنين التنمية البيوع طبقا للطبعة السادسة لعام 1995 و رغم أن التقنين الأول ليس له قوة القانون بالمعنى الدقيق إلا أن مخالفة الإعلان لقواعده يسمح بإصدار أمر من السلطات المختصة يمنعه ، وهو ما يمكن تطبيقه على الإعلان الإلكتروني .

ب – الإلتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة الإيجاب و تفرقته على الإلتزام بتقديم النصح أو المشورة و المساعدة الفنية [1]

إن الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت، هو إلتزام عام يشمل جميع أنواع العقود التي تبرم عبر الأنترنت، كالإلتزام بمساعدة الفنية و الإعداد المهني الإلتزام بتقديم النصح و المشورة، إلا أن المساعدة الفنية متغيرة عن الإلتزام بالإعلام طبقاً لمحلها من ناحية. وطبقاً لمصدرها من جهة أخرى، فمحل المساعدة هو المعلومات الفنية و مصدرها دائماً الإتفاق و الغرض منها الوصول بالمتلقي لها إلى إستيعاب حق المعرفة كل ما يدور حول العقد الإلكتروني، بينما الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد هو إلتزام عام سابق على إبرام العقد هدف منه تبصير الموجه إليه لكي يتدبر أمره حتى يكون رضاه سليم .

كما أن الإلتزام بإعلام يلتزم به البائع في العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت سواء كان محترفا أو غير محترف، أما الإلتزام بتقديم النصح أو المشورة فلا يلتزم به إلا من قام الإتفاق معه من أهل الخبرة و المعرفة فالنصح قد يدخل في إطار الإلتزام بالإعلام و لا يجب الفصل بينهما دائما و أبدا .

ج –الهدف من تقرير الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر الشبكة الإنترنت

الهدف من الإلتزام بالإعلام الإلكتروني قبل التعاقد عبر شبكة الأنترنت هو تحقيق المساواة بين الطرفي العقد مما يحقق بالفعل وجود توازن عقدي بين أطرافه .

إن هذا الإلتزام قد أضحى ضرورة عملية تقتضيها طبيعة الحياة المعاصرة في ظل وسائل الإتصال الحديثة [2] و إتجه الفقه و القضاء في فرنسا إلى أخذ بمعيار رجل الحرفة

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية ، مجلس النشر العلمي جامعة الكويت –سنة 2003 ، ص 93 .

[2]) نصيرة بوجمعة سعدي ، عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي ، ديون المطبوعات الجامعية 1992 ، ص 128 و ما يليها

و الخبرة محل معيار الرجل المعتاد أو رب الأسرة في تقدير إلتزام المهنيين و الحرفيين في مواجهة غير المهنيين [1] .

إن إختلال ميزان معرفة لصالح الحرفي والمهني ينتج عنه أن يقدم المتعاقد عديم الخبرة على إبرام العقد و هو يقتضي إلى البيانات و المعلومات الأساسية التي ترشده إلى تحديد أوصاف العقد من سلع أو خدمات، و قد أكد الفقه إلى أن رضا المتعاقد لا يكون مشيرا بصورة كافية إلا عندما تتحقق لديه المعرفة الكاملة بجميع العناصر المتصلة بموضوع التعاقد أثناء الإيجاب الإلكتروني[2].

د- طبيعة المسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام الإلكتروني في مرحلة الإيجاب

اختلف الفقه و القضاء حول الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية في ما إذا كانت عقدية أم تقصيرية، و لكن الرأي الغالب هو القائل بالطبيعة التقصيرية لمسؤولية عن الإخلال بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقد.

و يترتب على قيام هذه المسؤولية نشوء الحق لمتعاقد المتضرر في التعويض عن الضرر الذي أصابه وفقا لحكم القانون المدني " كل من إرتكب خطأ سبب ضررا يلزم بالتعويض " و يتحقق الفعل الضار في حالة كتمان المتعاقد المحترف السلعة أو الخدمة محل العقد إلى المتعاقد الأخر الغير عالم بها، و يستوي أن يكون الكتمان كليا لجميع المعلومات أو جزئيا لبعض المعلومات، كما يتحقق كذلك الفعل الضار في حالة قيام المتعاقد المحترف بالكذب أثناء تقديم البيانات و المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد الذي يرغب في إبرامه .

أما نوع الضرر قد يكون ماديا أو أدبيا ويتمثل **الضرر المادي** بكل نقص مادي يحصل للمتعاقد عديم الجدارة أمام **الضرر الأدبي** فيتمثل في كل مساس بالسمعة، و هذا

---

[1] علي فيلالي ، الالتزامات ، النظرية العامة للعقد ، ص 105 .

[2] فيما يخص أهمية التميز بين الإيجاب و الدعوى إلى المفاوضات فيتمثل في الجزاء المترتب على كل منهما ، حيث يكون الموجب ملزما بالبقاء على إيجابه و ملزما على أخص بالعقد إذا أصدر قبول لهذا الإيجاب في حين يجوز لكل طرف أن يتحلل من الدعوة إلى المفاوضات ، و هذا مالم يتعسف في حقه و يسأل حينئذ تقصيرية

ما يثبت الحماية الفعالة للمتعاقد الغير معفي [1] فيحق له بمجرد إثبات ضرر ناتج عن عدم تزويده بالمعلومات المتصلة بالعقد.

1- <u>تحديد كيفية صدور الإيجاب الإلكتروني و كذا المسائل التي يثيرها:</u>

إن الإيجاب الإلكتروني يتم بإرسال رسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني لشخص او اشخاص معينين، و يكون للمرسل إليه حرية قبول العرض برسالة إلكترونية من جانبه، ان الرسالة لا تكون إيجابا إلا إذا تضمنة جميع الإلتزامات التي يتم التعاقد على أساسه (كما سبق ذكره) في الالتزام الموجب بالتبصير و بإعلام المتعاقد الآخر الذي يكون في غالب عديم الخبرة وقد يكون الإيجاب عامًا للجمهور العالمي، كما لو تم عرضه عبر مواقع الإنترنت على صفحات الشبكة العنكبوتية الخاصة بها، وهنا يجوز لمستعمل الشبكة قبول الإيجاب و ذلك بإرسال بيانات الشخصية و المعرفية بهدف الوفاء.

و الإيجاب في تلك الصورة يكون ملزماً لصاحبه و يمكن أن يترتب عنه مسؤولية عقدية، لهذا يحرص صاحب العرض من العملية على إضافة تحفظات معينة تحرره من الإلتزام و تجعل العرض الصادر منه مجرد دعوة إلى التعاقد أو إعلان عن المنتج أو خدمة كالاحتفاظ بحق الرجوع في العرض، أوالكمية أو تحديد مدة معينة أو إضافة عبارات محددة مثل (دون التزام)، أو بعد التأكيد.

القاعدة أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يقترن بالقبول إلا أن القضاء قرر أن الإيجاب غير محدد المدة يقترن دائما بالمدة معقولة تقدرها المحكمة، يكون فيها ملزما لصاحبه و يتم تقدير هذه المدة طبقا للعادات و الظروف الإقتصادية و الفنية

---

[1] التفرقة بين المفاوضات الإلكترونية و كذا المسؤولية عن الإعلام الإلكتروني أن الإلتزام بإعلام الإلكتروني يقع إلا على عاتق المتعاقد المحترف إتجاه المتعاقد عديم الخبرة و ذلك لتوفير حماية فعالة لهذا الأخير في حين أن مسؤولية في مفاوضات الإلكترونية تقع على كل من متعاقدين سواء أكان من أهل خبرة أو عديم الخبرة (كما سبق ذكره) مما يجعل الإلتزامات طابع مميز عن بعضهما .

للمعاملة و رغبة في حمايةالمستهلك كما نجد ان القضاء اعتبر أن العروض السخية تلزم صاحبها و إلا تعرض لجزاءات خاصة بإعلانات الخادعة [1].

ثانيا – المسؤولية عن القبول الإلكتروني :

إذا صدر الموجب إيجابه و كان هذا الأخير مستوفياً لجميع الشروط التي يتطلبها القانون و كان موجهاً إلى شخص معين بالذات أو إلى العامة فإنه لابد أن يقابل هذا الإيجاب قبولاً أو رفضاً من الطرف الآخر.

بتطابق القبول بإيجاب العارض ينعقد العقد مرتباً لأثاره القانونية وهي تنفيذ الإلتزامات سواء الموجب أو القابل لأنهما يصبحان في حكم المتعاقدان و في حالة الإخلال بهذه الإلتزامات تقوم المسؤولية على عاتق المتعاقد المخل بالواجباته التعاقدية .

1- ماهية القبول الإلكتروني:

يقصد بالقبول[2] كقاعدة عامة، موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها دون تعديل، مما يترتب عليه إنعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب و الإيجاب مازال قائما.

ويرى البعض[3] بأن قبول العرض يعني إعلان القابل الموافقة بدون شروط على كل تعابير ذلك العرض وفقا لإتفاق، و يتصور القبول الإلكتروني، في هذا العالم الإفتراضي، في حالة المشتري الذي يوافق على التعاقد، في الوقت الملائم للإيجاب فيقوم بنقرة الزر أو يقونة يتضمنها حاسبه الشخصي المتصل بالشبكة الأنترنت و التي تشير على أنه مستعد لشراء و التي تكون عادة مرتبطة بالكلمات الملائمة مثل (شراء ، أوافق ، أقبل) التي تتحدد مع تعابير الإيجاب لتشكيل العقد الإلكتروني [4]

---

[1] C.A Grenoble ,08 october 1991 , d 1992 ,p 151

[2] المواد60، 61، 62، 63، 64، من القانون المدني الجزائري

[3] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 112 .

[4] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 123.

2- أشكال القبول الإلكتروني:

يظهر القبول الإلكتروني في عدة أشكال، كما في القبول التقليدي، فيمكن أن يكون شفهيا كالقبول الذي يتم في غرف المحادثة أو الدردشة مباشرة على خط الإنترنت، أو كتابة كما في حالة القبول المرسل بواسطة بريد في شكل رسائل إلكترونية ينبغي أن يأتي القبول بمختلف صوره صريحاً و بدون شروط و أن يتضمن القبول كل تعابير العقد .

للقابل الحرية التامة في رفض الإيجاب أو قبوله، ولا تقع أي مسؤولية عليه عن هذا الرفض أو عدم إتمام التعاقد، و بالتالي يجوز للموجب له رفض أو قبول الإيجاب أو يدعه يسقط و لا يجبر على بيان الأسباب، لكن هناك حالة يعتبر فيها القابل متعسفا في إستعمال الرخصة الممنوحة له في حالة رفض الإيجاب من غير مسوغ قانوني معقول كما لو كان هو من دعا الموجب إلى إصدار إيجابه والتعاقد معه و لكنه رفض الإيجاب لمجرد إيذاء المتعاقد الآخر[1].

3 – فاعلية القبول الإلكتروني في بعض المسائل الهامة :

إذا كان يقصد بالقبول الإلكتروني التعبير عن إرادة القابل بالموافقة على الإيجاب بذات الشروط الواردة فيه عبر وسيط الإلكتروني[2].

و يرى بعض الفقه [3] أن الأصل العام في القبول أن يتم صراحة أو أن يتم ضمنا إلا أنه يصعب أن يتم ضمنا فهو يتم عن طريق أجهزة و برامج إلكترونية تعمل آليا، مما يثير عدة تساؤلات :

أ ــ هل مجرد الضغط على الآلة أو الجهاز تفيد قبول العرض ؟

ب ــ هل يمكن التعبير عن القبول الإلكتروني بالسكوت ؟

---

[1] لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق ، ص 46 .

[2] الوسيط الإلكتروني : يقصد به برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء

[3] إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق، ص 93

أ- **الضغط على الآلة أو الجهاز:**

إذا كان مجرد لمس الشخص لمؤشر القبول أو الضغط على علامة " نعم " الواردة في صفحة الجهاز تفيد العرض أو الإيجاب من ناحية النظرية.

لكن القضاء لا يكتفي بذلك بل يشترط أن يكون القبول واضحاً و محددًا و حاسمًا حتى يرتب أثاره القانونية، كما يمكن تزويد نظام المعلوماتي بما يمنع إرسال القبول من مجرد اللمس أو الضغط بل ينبغي التأكد من أنها تعبير عن الرغبة الجادة المؤكدة كاشتراط الضغط أكتر من مرة، أو بث رسالة تفيد القبول و إبرام العقد لا يكفي إرسال رسالة تفيد وصول الإيجاب أو إرسال قبول مقترن بشرط أو تحفظ.[1]

لحسم تلك الشكوك تذهب التشريعات الحديثة إلى إشتراط وجود وثيقة يحررها العميل على الشاشة تؤكد قبوله أو صدور تأكيد لطلبه يرشد إلى موقع الموجب، أو إشتراط أن يتمثل القبول في دفع مقابل إلكتروني ، يتضح من ذلك أن القبول يجب أن يتم عبر مجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة على نحو يؤكد إرتباط العميل على نحو جازم[2] ولا يعد هذا تقييدا لإرادة المستهلك، لأن القصد منه مبرر لحمايته حتى من نفسه .

ب- **القبول الإلكتروني بالسكوت :**

تقتضي القواعد العامة بأن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعتبر قبولاً، فإذا تسلم الشخص رسالة إلكترونية عبر الأنترنت أو البريد الإلكتروني تتضمن إيجابا ولم يرد عليها أو يعيرها أي اهتمام فإنه لا يعتبر قابلا لها حتى لو تضمنت نصا يقضي بأن عدم الرد يعتبر قبولاً.

لكن من المقرر طبقا لنص المادة **68 من ق.م.ج** أن يعتبر السكوت قبولا في حالات الثلاثة :

---

[1] Hassler ,preuve de l'existance d'un contrat de Internet les petites afiches , 1999 , P 53

[2] أسامة أبو لحسن مجاهد ، المرجع السابق، ص 83

1.من طبيعة المعاملات أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف التي تدل أن الموجب لم يكن لينظر تصريحا بالقبول.

2.إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين

3.إذا تم الإيجاب لمصلحة من وجه إليه

إلا أن الفقه يرى من الصعب إعمال تلك الاستثناءات و الإعتراف بالسكوت كقبول للتعاقد و مبررات التي إستند إليها أنصار هذا الإتجاه[1]، كثيرة منها:

سهولة إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني إلى العملاء مما يؤدي إلى إغراق العميل بمئات العروض في لحظات قليلة، مما يشكل عبئا على العميل في الرد على هذه العروض بالرفض وكذلك فقد إعتاد بعض المستهلكين التعامل مع بعض المتاجر الإفتراضية عبر شبكة الأنترنت، الأمر الذي قد يؤدي إلى فرض التعاقد على العميل في حالة عدم الرد، خلال فترة معينة من هذه العروض.

ثالثا : وقت و مكان إبرام العقد الإلكتروني :

إن تطابق الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين مع القبول الصادر من المتعاقد الأخر يؤدي إلى إبرام العقد، إلا أنه قد يكون هناك فترة زمنية تفصل بين الإيجاب و القبول، فالعقد الإلكتروني من العقود التي تبرم بين غائبين فلا يكون وجود مادي متعاصر لطرفي العقد في مكان واحد مما يثير صعوبة في تحديد الفترة الزمنية التي ينعقد بها العقد نظراً لما تتميز به هذه الاخيرة بأن أطرفها يجتمعون من خلال شبكة الأنترنت، من خلال المحادثة الكتابية أو مشاهدة كل طرف للآخر أثناء الحديث على الشبكة الذي يمكن أن تعتبر معه أن هناك تعاصرا زمنيا بين المتعاقدين في الوقت الذي لا يجمعهم فيه مكان واحد على الرغم من مشاهدتهما لبعضهما البعض[2].

---

[1] محمد سعيد ،أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 200

[2] عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني ، دار النهضة التقافة للنشر التوزيع ، عمان ، 1998، ص 76

على ذلك أدى إلى إنقسام الفقه بشأن تحديد مكان ووقت القبول بالنسبة للتعاقد الذي يتم بين غائبين، و ظهور أكثر من مذهب فقهي بشأن ذلك [1] وهذه المذاهب على النحو التالي :

المذهب الأول: إعلان القبول

ذهب هذا الرأي في تحديد وقت القبول إلى اللحظة التي يعلن فيها القابل عن إرادته من خلال تحريره القبول و إرساله بوسائل إلكترونية تعتبر لحظة الارسال هي وقت القبول، فهذا المذهب يستجيب لمقتضيات الحياة التجارية من سرعة في التعامل، إلا أنه يؤخذ عليه أنه يتعارض في الوقت ذاته مع رؤية المشرع الذي اعتبر أن الإرادة منتجة لأثارها من وقت العلم بها، فإذا تم تحديد رسالة البيانات التي تتضمن القبول دون إرسالها إلى الموجب لا تنتج أثارها لكونها إرادة فردية االتي ليس لها أثر قانوني في إبرام العقود .

المذهب الثاني: إرسال القبول

ظهر هذا المذهب نتيجة لإنتقادات التي وجهت لمذهب إعلان القبول، يرى أصحابه نفس ماذهب إليه أنصارالرأي السابق، لكن مع إحداث بعض التعديلات عليه فيشترطون أن يكون إعلان القبول نهائيا لا رجعة فيه.

فإرسال القابل للرسالة الإلكترونية يجعله مصدرا لقبوله مما لا يمكنه الرجوع فيه، لأنه لا يستطيع إستردادها فتكون قد أرسلت إلى الموجب، كذلك الحال بالنسبة للقبول الذي يصدر من خلال النقر على مكان مخصص للقبول على شاشة الحاسب[2]، إلا أن هذا الرأي تعرض للنقد على إعتبار أنه قد يحدث خلل أثناء إرسال رسالة البيانات التي تتضمن القبول النهائي للإيجاب، مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة، و الذي يعتبر فيه

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلة الأول، دار إحياء التراث، بيروت، ص 229

[2] لورنس محمد عبيدات ، المرجع السابق، ص 50

الموجب أن القابل رفض الإيجاب الموجه إليه و في المقابل يرى القابل أن الموجب أخل بالتزامه و لم يوف بالعقد بالرغم من أن الذي حصل كان خارجا عن إرادة الموجب في أنه لم يتسلم القبول.

المذهب الثالث: تسلم القبول

يقوم هذا المذهب على أن القبول يكون نهائيا في حالة تسلمه من قبل الموجب، و بالتالي يكون العقد أبرم سواء تم من خلال تسلم رسالة البيانات أو النقر في المكان المخصص على شاشات الحاسب، ولا فرق بين أن يكون الموجب عالماً به أم لم يعلم ، و يكون قرينة على علم الموجب بالقبول الذي وصل من خلال التقرير الذي يتم تسليمه إلى القابل .

إلا أنه يؤخذ على هذا المذهب اعتباره أن الوصول قرينة على علم بما تتضمنه رسالة البيانات، فإذا تم إرسال هذه الأخيرة إلى الموجب و ثم إعطاء تقرير بأنه تسلمها فعلاً، وقام هذا الأخير بفتحها و تبين بأنها تحتوي على رموز لا يمكن فهمها، فيثير التساؤل عن هذه الرموز هل أنها تعد قبولا، والإجابة على التساؤل هو أنه بالتأكيد لا و ذلك لعدم إحتواء مضمونها على أي شيء خاص بالقبول[1].

المذهب الرابع : العلم بقبول

– نشأ هذا المذهب لسد الفراغ الناشئ عن إتخاذ المذاهب السابقة وهو يقوم على علم الموجب بالقبول بشكل واضح و صريح ، فإذا تم إرسال رسالة القبول إلى الموجب و تسلمها هذا الأخير تم قام بفتحها و قراءتها و علم من خلالها بإرادة القابل و كانت مطابقة للإيجاب، فيعتبر هذا التصرف هو الأساس في إبرام العقد لكون إرادة طرفي العلاقة العقدية تلاقت بمجرد علم الموجب بالقبول و الذي يعتبر الأساس في إبرام العقد

[1] اسامة ابو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 65

نجد أن المشرع الجزائري في نص المادة **67** من **ق.م.ج** قد وضع قرينة قانونية تدل على إعتناقه لهذا المذهب فنص في هذه م على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك "

و إعمالاً لذلك يمكن تطبيق هذه أحكام العامة على القبول الإلكتروني مادام لا يوجد تشريع خاص يتناول هذه المسألة.

أ- **وقت القبول:**

إن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي، فكلاهما لا يخرجان عن القواعد العامة، و برجوع الى **قانون الأونسترال النموذجي لتجارة الإلكترونية** و التشريعات العربية التي صدرت بشأن التعاملات الإلكترونية نجد أنه لا تثار أي إشكالية في حالة الإتفاق على تحديد مكان و زمان إبرام التعاقد كون المشرع قد أعطى للمتعاقدين الحرية التامة في هذا التحديد أخذا بمبدأ سلطان الإرادة الذي يسود على الجميع بما لا يخالف أحكام القانون لذلك فإننا نرى أن في **قانون اونسترال لتجارة الإلكترونية لعام 1996**

فقد أخذ بالنظرية العلم بالقبول من خلال المادة (2/15) منه[1]

أما **المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة 17** منه، تنص على أنه " تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام المعالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه مالم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك ... " و يتبين من ذلك أن المشرع الأردني فقد أوجب

---

[1] تنص المادة 2/15 من قانون الأونسترال النموذجي " ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت إستلام رسالة البيانات يقع الإستلام : 1 – وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين على النحو التالي : أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام المعلومات لفرض إستلام رسائل البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل و لكن ليس هو النظام المعلومات المعين .

2- وقت إسترجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل و لكن ليس هو النظام الذي تعينه **ب**- إذا لم يعين المرسل إليه نظام المعلومات ، يقع الإستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام المعلومات تابعا للمرسل إليه

إطلاع الموجب على رسالة البيانات الإلكترونية المتضمنة للقبول أي أنه متى إطلع الموجب على هذه الرسالة فإن تاريخ إطلاعه يعد تاريخ إبرام العقد[1].

ومن خلال هذه الأحكام يتضح لنا بأنها أحكام مكملة لإرادة الطرفين في العلاقة العقدية و من تم يجوز الإتفاق على ما يخالفهما بما يتناسب مع قوانين و أعراف التجارة.

ب – مكان إبرام العقد :

تبرز أهمية تحديد مكان إبرام العقد في تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات المتعلقة به، سواء كانت تتعلق بإبرام الإتفاق أو أثاره، ووفقا للقواعد العامة لنظرية العقد فإن الأصل في تحديد الإختصاص القضائي يكون للمحكمة الدولة التي أبرم فيها العقد . هذا ما تناوله المشرع الجزائري في **نص المادة 3/39 ق .ا .م. ا 2008**

إلا أن الصعوبة تثور في العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت فيصعب تحديد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية و مكان إستلامها ، فكلاهما عبارة عن إشارات رقمية عبر الشبكة ليتم إرسالها من خلال الأقمار الصناعية عبر الفضاء الخارجي .

و بالرجوع إلى **قانون أونسترال نموذجي** و بعض التشريعات العربية [2] التي صدرت بشأن التجارة الإلكترونية نجد أنها عالجت تحديد مكان إبرام العقد، و ذلك بتحديدها مقر عمل منشئ الرسالة و مستلمها الموجب و تم إعتبار مكان إرسال الرسالة الإلكترونية هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و مكان إستلامها هو مكان أو مقر عمل المرسل إليه، و ذلك في حالة عدم وجود إتفاق على تحديد النطاق المكاني من قبل طرفي العلاقة العقدية بإعتبار أن لهما الحرية التامة في تحديده .

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ، ص67

[2] تنص المادة 4/15 من قانون الأونسترال النمودجي " ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك ، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه و لأغراض هذه الفقرة :

إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد ، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة ، إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل ، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد " .

إضافة إلى أن التشريعات الخاصة إعتبرت أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الموجب بدون إعطاء أية أهمية مكان نظام المعلومات الذي تم تلقي الرسالة من خلاله كون هذا النظام لا يمكن حصره ضمن مكان محدد . أما إذا كان للموجب أكثر من مقر عمل فإن المشرع في هذه الحالة يأخذ بمقر العمل الرئيسي في حالة عدم وجود مقر عمل مختص بموضوع العقد فإن هذه التشريعات تأخذ بمكان الإقامة المعتاد كون الموجب لا يملك مقر عمل.

رابعا : جواز العدول عن القبول :

رغبة في حماية المستهلك بصدد المعاملات الإلكترونية ظهرت أنماط جديدة للتعبير عن الإرادة ترمي إلى إتاحة الوقت الكافي للعميل للإطلاع على المضمون المنتج محل التعاقد و التعرف على ملاءمته لإحتياجاته الفعلية .

فقد جرى العمل بصدد التعامل على برامج الحاسب الألي على دفع العميل المقابل النقدي اللازم للحصول على البرنامج من المتجر تم يذهب به ليكون لديه الوقت الكافي للقراءاة المتمعنة و الفاحصة للوثائق المصاحبة للبرنامج، فإذا إكتشف العميل عدم ملائمة البرنامج له يمكنه إعادته إلى المتجر و استرداد نقوده[1]، بشرط عدم قص الغلاف وفقا للتعليمات التي يحددها موزع البرنامج ، و من تم فإن تمزيق الغلاف هو وسيلة التعبير عن قبول التعاقد .

و بصدد عقود الإلكترونية لا يكون بوسع المستهلك الحكم الدقيق على المنتج مهما بلغت دقة و أمانة وصف البائع له لذا يجرى العمل، أحيانا على منح المستهلك رخصة الصدور عن العقد خلال مدة معينة تبدأ من تاريخ تسلمه للشيء محل العقد.

---

[1] و تطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن عدم رد المرسل إليه على الخطاب الذي أرسلته الشركة متضمنا عرض القيام بالأعمال الإضافية المتضمنة للبنية الأساسية السابق إتمامها، لا يشكل قبولا لذلك الغرض

الفرع الثاني : المسؤولية عن عيوب الإرادة في المعاملات الإلكترونية :

تلعب نظرية عيوب الإرادة دورا هامًا في نطاق المعاملات الإلكترونية لأنها تتم بالتعقيدات التكنولوجية من جهة و أساليب التعاقد عن بعد من جهة أخرى، أضف إلى ذلك أن هذه العقود تبرم بين طرفين في الغالب غير متكافئين، مما يستحوذ فيهما المنتج ذو خبرة عالية، يصعب على العميل العادي إتباعها .

نظرا لوسائل الحديثة التي ظهرت لحماية المستهلك وعززت لمتعامل إمكانية التمسك بالإبطال في حالة وقوع العميل في عيب من عيوب الإرادة التي تتيح للمتعامل فرصة طلب التعويض في حالة ثبوت التقصير من جانب البائع، كما أنه سوف يستفيد بالمدة المقررة لرفع دعوى الإبطال استنادا إلى عيب في إرادته، أضف إلى ذلك عيوب الإرادة يسهل التمسك بها و أعمالها أمام الإلتزامات التي يفرضها القضاء على المنتج أو الموزع في هذه العقود و تتمثل كما رأينا في الإلتزام بالتبصير و النصح و الإرشاد و التحذير.

1- التدليس :

هو نوعان **إيجابي** يثمتل في قيام بوسائل إحتيالية بقصد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى إبرام العقد ، و **سلبي** إمتناع العمدي على الإدلاء بالبيانات التي لو علم بها الشخص لما كان يبرم العقد .و تناول المشرع أحكام التدليس في **المادتين 86** و**87** ق م غير أنه لم يعرفه [1].

وبالرجوع الى الفقه ان التدليس يتكون من عنصرين عنصر مادي و هي الوسائل المختلفة التي تستعمل لتضليل المتعاقد و دفعه لإبرام العقد و هذه الوسائل كما يتضح من المادة 86 **ق.م** لا تقتصر على الحيل المختلفة و الكذب بل تشمل كذلك بعض

---

[1] علي فيلالي ، المرجع السابق، ص 176 .

حالات السكوت العمدي ويتحقق ذلك في المعاملات الإلكترونية فيبدو التدليس واضحا في حالة استخدام أو اصطناع مستندات و أوراق مزورة.

تنص المادة **86** " **يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه من الجامعة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد ...** " و يشترط أن يكون التدليس مؤثرا في إرادة المدلس عليه و دافعا إلى التعاقد، و تلك مسألة يقدرها قاضي الموضوع على ضوء الظروف و الملابسات و يزداد إتجاه القضاء نحو إعتبار الكذب من قبل التدليس المبطل للعقد و سببا للحكم بالتعويض، كتعمد نشر بيانات أو معلومات غير صحيحة أو إنتحال صفة و الاستعانة بآخرين لتأكيد للإدعاءات و الأكاذيب وكل هذا يدخل في مجال التدليس، كلما كان العميل ضعيف الخبرة[1]، و يعتبر التدليس السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا أثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها، إن الكتمان يتعارض و مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقد تقديم البيانات بإعلام و النصيحة و التحذير على المتعاقد الخبير بهدف حماية الطرف الأقل خبرة [2] .

ثانيا – الإكراه:

لقد أقر المشرع في القانون المدني الجزائري بالإكراه كالعيب من عيوب الإرادة على عكس المتعاقد الذي يقع في الغلط و التدليس، فإن المكره يعلم وقت إبرام العقد أن رضاه معيب[3] ، وهو ضغط غير مشروع يمارس على المتعاقد بوسائل مختلفة فيولد في نفسه رهبة أو خوفا يدفعه إلى إبرام العقد لا يرغب فيه[4]،وإكراه يصعب تصويره في مجال الإلكتروني، إلا أنه يقع أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية، فيضطر المتعاقد إلى

---

[1] C.A Colmar , 5 nov 1993 mis , droit n 05 , 18 16 cass com 24 mai 1994 B.C n 184

[2] محمد سعيد ، أحمد إسماعيل ، المرجع السابق، ص 205

[3] محمود أبو بكرة، نظرية الإكراه في الشريعة الإسلامية دراسة مقارنة مع القانون المدني الجزائري و القوانين العربية أخرى رسالة ماجستير الجزائر 1975، ص 10

[4] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 186 .

إبرام العقد تحت ضغط الحوز الاقتصادي، و يمكن تصور ذلك بصدد كون المنتج يحتكر المنتوج تم يبيع بشروط مجحفة و يضطر العميل إلى قبولها.

ثالثا: الغلط

إن الغلط وهم يقوم في ذهن الفرد يجعله يعتقد الأشياء على غير حقيقتها، وهو تصور خاطئ للأمور و الأشياء، فيتبين للشخص أن للشيء مواصفات معينة إلا أن الحقيقة غير ذلك[1] ،و تطبيقه على المعاملات الإلكترونية يمكن تصوره نظرا لعدم إحتراف أو خبرة المتعاقد في هذا المجال عنصرًا جوهريًا في وقوع هذا المتعاقد في غلط جوهري خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة مثل برامج الحاسب الألي.

إن تلك الصفة تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط و يصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص، و كذلك إذا كانت البيانات التي قدمها الموزع كافية للوقوع في الغلط، و نفس الحكم إذا تبث تقصير المدعي الغلط اي انه لم يقم بالاستعلام و الإفصاح عن رغباته و التعاون مع الموزع للوصول إلى الغاية المرجوة، يجري القضاء على القبول إبطال العقد إذا تبث وقوع المتعاقد في غلط الجوهري سواء في صفة جوهرية [2] ، سواء في ذات المتعاقد، أو في إحدى صفاته الجوهرية كثبوت عدم توافر الخبرة لديه، أو في طبيعة العقد كمن يتعاقد على برنامج معلومات معتقدا أنه بيع تم يتضح أنه مجرد إيجار أو ترخيص بالإستعمال .

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 69

[2] C.A paris 10 juillet 1992 jmis . sat an 022943

الفرع الثالث : المسؤولية عن تحديد مضمون العقد الإلكتروني :

يتم تحديد مضمون العقد من خلال الإتفاق بين المتعاقدين، إلا أن الأمر يثير عدة تساؤولات بالنسبة للعقد الالكتروني.

أولا – اهمية وضوح الصياغة :

يقع على المتعاقدين تحديد نطاق الحقوق والالتزامات كلاهما، كما عرضنا من قبل، ويقع هذا الالتزام على وجه الخصوص على عاتق المتعاقد المحترف أي المنتج أو البائع أو مورد، و أي إبهام أو غموض في تصرف القانوني يفسر في صالح المتعاقد، مادام أن العقد الإلكتروني ذات طبيعة عقود إذعان [1]

ولقد قضى بأن عدم وضوح مضمون إلتزام الشركة فيما يتعلق بتوريد الأجهزة محل التعاقد بعد إخلال بالتزامها بإعلام مما يؤثر على إرادة الطرف المتعاقد الأخر الذي يكون أقل خبرة و ليس له دراية كافية في المجال الإلكتروني التي يتطلب على هذه الشركات تجارية إعلام المتعاقد معها على كل أمور متعلقة بالمضمون العقد المبرم بصدد هذا النشاط .

ثانيا – تكملة العقد:

من المقرر أنه يتم تحديد مضمون العقد على ضوء ما ورد فيه وفقا للإرادة المشتركة لمتعاقدين وما هو من مستلزماته بحسب طبيعة الإلتزام وفقا للقانون و العرف و العدالة[2].

وقد إستقر القضاء على تقرير مسؤولية المحترف عن الإخلال بالإلتزامة بتوجيه المتعامل معه الغير المحترف و نصحه على نحو يساعده في الحصول على محل تعاقدي يتناسب مع إحتياجاته. [3]

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – سنة 2003

[2] المادة 107 من قانون المدني الجزائري

[3] صالح ناصر العتيبي ، دور الشروط الجوهرية و القانونية و الثانوية في العلاقة العقدية ، رسالة د كتوراه مقدمة لكلية الحقوق ، جامعة القاهرة 1999، ص98

و قد سبق القول بأن المتعاقد المحترف يقع عليه الإلتزام بإعلام و النصح و التحذير المتعاقد الأخر.

و تلعب تلك الإلتزامات دورًا هامًا في مرحلة التفاوض فالالتزام بإعلام والنصيحة يعد إلتزامًا مستمرًا يبدأ في مرحلة ما قبل التعاقد و يصاحبه حتى تمام تنفيذه، يترتب على الإخلال بمثل هذه الإلتزامات تعويض الطرف المضرور طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية في مرحلة قبل التعاقدية .

ويجوز للعميل طلب فسخ العقد إذا كان الضرر الناجم عن ذلك الإخلالاً جسيما [1] أو طلب الإبطال إذا كان له تأثيرًا على إرادة المتعاقد على نحو أوقعه في غلط جوهري.

ثالثا- التيقن من أهلية وصفة المتعاقد:

تدور هذه المشكلة بالنسبة للعقود الإلكترونية التي يتم إبرامها عبر الإنترنت، فيصعب على المتعاقد التحقق من أهلية الطرف الآخر.

و المهم هو أهلية الأداء و هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني عنه.

و قد يدعي شخص كمال الأهلية بينما هو ناقص أو عديم (مرض أو جنون مثلا)، كما قد يستولي القاصر على البطاقة المصرفية بأحد والديه ويستعملها في التعاقد، او في حالة سرقة تلك البطاقة[1]، فلهذا لابد من المحافظة على البطاقة المصرفية و الرقم السري لدخول على الشبكة، و في حالة وقوع المحظور يكون أمام المضرور حق الرجوع على الشخص المتسبب في الضرر طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية و ينبغي حماية المتعاقد حسن النية. إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ العقد و اعتبار العقد صحيحا مرتبا لآثاره.[2]

رابعا- تحديد العناصر الجوهرية للعقد الإلكتروني:

---

[1] طبقا للمادة 85 من القانون المدني الجزائري.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص224

يشترط لقيام العقد توافق الأطراف على العناصر الجوهرية له، و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة يجب تحديد كل هذه المسائل خاصة عندما يكون أحد طرفيها مهنيا[1]، وعليه سوف أقوم بالإشارة إلى أهم هذه العناصر مع الرجوع اليها بالتفصيل عند تناول المسؤولية بمناسبة تنفيذ العقد.

1-محل العقد الإلكتروني:

إن المحل هو الالتزامات التي يولدها العقد، فهو بمثابة ركناً في الالتزام، بالتالي فإن ما يعتبر محلا مباشرا للالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا غير مباشر للعقد الذي يولده[2]، و ميز الفقه بين محل العقد، و محل الالتزام فمحل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد.

و محل الالتزام فهو الأداء التي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن و يتمثل في عمل أو امتناع عن عمل أو منح و يمكن إجمال الشروط الواجب توافرها في محل العقد الإلكتروني ليكون عقدا صحيحا و لو بصفة وجيزة.

أ-أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين:

حتى يكون محل العقد الإلكتروني معيناً أو قابلاً للتعين يجب أن يتم وصف الخدمة أوالمنتج عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة و كاملة بعيدا عن الإعلانات الخادعة أو المضللة.

وبالنظر إلى المنتجات المعروضة والتي هي محل للتعاقد فغالبا ما يكون وصفها مصحوبا بصورة مثل ما هو عليه الكتالوج الورقي التقليدي لأنه في التعاقد الإلكتروني لا يمكن رؤية محل العقد مباشرة، و يتسم العرض عادةً بهذه الطريقة بالطابع الإعلاني

---

[1] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 99.

[2] علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية1994 ص95.

أكثر ما من كونه التزاماً قانونياً يقع على مقدم الخدمة أو المنتج و لكنه يتمتع بقيمة قانونية تتمثل في الالتزام مقدم الخدمة أو المنتج بالجودة.

و بالنظر إلى النص المادة **94** من **ق.م.ج** "إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه و مقداره و إلا كان العقد باطلا".

و بالرجوع إلى التشريعات المقارنة فقد نص المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية التونسي في الفصل السابع و تحت عنوان حماية المستهلك في **المادة1** "وضع الشروط والأسعار الخاصة بالإعلان الإلكتروني في السلع و الخدمات" و كذلك **المادة 2** ""إلتزام أطراف التعاقد بالإعلانات و الدعاية عن طريق الوسائط الإلكترونية وإعتبارها وثائق مكملة للعقود التي يتم إبرامها عن هذه السلع والخدمات".

قد أكد **القانون النموذجي الفرنسي لتجارة الإلكترونية** على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع و الخدمات المعروضة[1].

و بالإضافة الى ما يفرضه خصوصية العقد الإلكتروني، وعلى وجه التحديد في البيع عبر الإنترنت نجد أن هناك أشياء لا تصلح محلاً له مثل العقار، و ذلك لأن ملكيته لا تنقل من البائع إلى المشتري إلا بشكلية معينة وهي التسجيل والشهر و بالتالي لا يصلح أن يكون محلا للعقد الإلكتروني إلا المال المنقول سواء كان ماديا أو معنويا.

ب-يكون محل ممكنا:

وفقا للقواعد العامة طبقاً للمادة **92 من ق.م. ج**، يمكن أن يطلب أحد المتعاقدين "المشتري" مثلا عبر الرسالة الإلكترونية من شركة ما برنامجاً معيناً بمواصفات جديدة و يكون رد الشركة عدم وجود البرنامج و لكن من الممكن العمل على إيجاده مستقبلا مع إبداء المشتري موافقة على ذلك[2]، و يتضح مما ذكر سابقا ليس هناك أي خصوصية فيما يخص شرط أن يكون المحل ممكنا في عقود التجارة الإلكترونية.

ج- أن يكون المحل مشروعاً:

---

[1] أثارت الفقرة الأولى من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية أن يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال و الخدمات المعروضة يذكر كميتها و ألوانها و مكوناتها و سماتها الخاصة، و أثارات الفقرة الثانية منه بوجه خاص إلى اشتراط تحديد محل و مضمون الخدمات المعروضة.

[1] أسامة أبو الحسن، المرجع السابق ،ص 118.

يجب أن يكون محل العقد مشروعاً غير مخالف لنظام العام و الآداب ليقوم به العقد و هذا ما أكدته المادة **93 من ق.م.ج** وفقا للقواعد العامة للالتزامات و العقود، و هذا ما ينطبق على المحل في هذا النوع من العقود اذ يشترط مشروعية المحل و عدم مخالفة النظام العام و الآداب.

و يعتبر المحل كذلك إذا ورد بشأنه نص يحرمه و من أمثلة على ذلك خروج الشيء عن التعامل لكونه من الأشياء المحرمة الذي نص الشارع أن التعامل بها مخالفا للنظام العام كالمخدرات فلا يكون جائزا التعامل بها بالأصل إلا لأغراض طبية محددة.[1]

2-<u>السبب في العقد الإلكتروني:</u>

يقصد بالسبب طبقا للقواعد العامة هو الباعث الرئيسي الذي حمل المتعاقد إلى قبول التعاقد كما نصت المادة **97 من ق.م.ج** إذا التزام المتعاقد بسبب غير مشروع أو سبب مخالف للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا.

و فيما يخص إثبات السبب لابد من وجود قاعدتان أساسيتان:

<u>أولهما:</u> افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام لو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على غير ذلك و يكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد.[2]

<u>أما ثانيا:</u> فهي افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقوم دليل على صوريته فإذا أقيم وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية.

و أخيرا فإن العقد الإلكتروني التي تتضمن أفعالا خادشة للحياء تكون باطلة لكون السبب غير مشروع، مع الأخذ بالعين الاعتبار اختلاف مفهوم الآداب العامة من دولة إلى أخرى وفقا تصور المجتمع.

---

[2] محمد نجدب، المرجع السابق،ص 08.

[3] انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، الطبعة الثانية، مصر، دار المعارف، ص245.

كخلاصة لما سبق قوله يتضح أنه على الرغم من الاختلافات التي يمكن أن يختص بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود، إلا أنه يقوم على أساس واحد و هو أصل كافة العقود، وهو تلاقي إرادة طرفي العقد الموجب و القابل على محل العقد وآثاره، أي أنه يقوم على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي من رضا ومحل و سبب.[1]

المبحث الثاني: المسؤولية عن تنفيذ الالتزام الإلكتروني:

الأصل أنه متى انعقد العقد صحيحا، فإنه يتم تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، إلا أنه في بعض الأحيان، لا يتم تنفيذه و ذلك لعدة فرضيات:

[1] أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية القاهرة، سنة 2003، ص 64.

أولا- إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه، مما يثير المسؤولية العقدية و التعويض عن عدم التنفيذ.

الثاني- وقف التنفيذ.

الثالث- زوال أو فسخ العقد.

و نقوم بإعمال تلك المبادئ في مجال المعاملات الإلكترونية.

المطلب الأول: الإخلال بالالتزام الإلكتروني

الفرع الأول: صور الإخلال بالالتزام الإلكتروني

إذا انعقد العقد و تحدد مضمونه، فإنه يصبح واجب التنفيذ، فالقوة الملزمة للعقد تقتضي قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية و هذا ما نصت عليه المادتين **106** من **ق.م. ج** وفقا "للقواعد العامة" "**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه و لا تعديله إلا باتفاق طرفي أو للأسباب التي يقررها القانون**" و تضيف المادة **107** منه "**يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بحسن نية**"، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ الاختياري أمكن جبره على تنفيذ متى كان ممكناً، و هو التنفيذ العيني الجبري، و إذا لم يقم بالتنفيذ كان للدائن حق المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ، هذا هو التنفيذ عن طريق التعويض أو التنفيذ بمقابل وفقاً للمادتين **164و176 ق.م.ج**[1] و تلك هي المسؤولية العقدية التي تقوم نتيجة إخلال المدين عن تنفيذ إلتزامه الناشئ عن العقد. و يتمثل في عدة صور: عدم التنفيذ الكلي، أو عدم التنفيذ الجزئي أو الناقص، التنفيذ المعيب، التنفيذ المتأخر، مؤدى ذلك أن الخطأ يتوافر إذا لم يقم المدين بتنفيذ إلتزامه كله أو بعضه، أو قام بالتنفيذ على نحو يخالف الوجه المتفق عليه أو الذي يوجبه القانون، كتسليم بضاعة معيبة أو صنف أقل جودة أو أنه

[1] علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موقع للنشر الجزائر2008، ص345و 346.

يتأخر في التنفيذ في الموعد المحدد لذلك. فلا تتور الصعوبة في حالة عدم التنفيذ الكلي أو التنفيذ المتأخر فإخلال واضحا ما لم يتمسك المدين بوجود سبب أجنبي أو خطا الدائن حسب **المادة 127** من **ق.م.ج**.

فلا يمكن نفي المدين مسؤوليته العقدية إلا بإثبات السبب الأجنبي.

لكن مشكلة تبدو غالبا بصدد التنفيذ المعيب، وذلك بسبب الطبيعة الخاصة للمحل في العقد الإلكتروني، فتتسم غالباً بالطابع الفني سواء تمثل في منتج أو خدمة، أضف إلى ذلك طابع البعد في إبرام هذه العقود مما ينبغي أن يهيمن على تنفيذه حسن نية خاصة في مواجهة المستهلك غير المحترف.

الأمثلة على ذلك كثيرة مثل إمداد العميل ببرامج حاسب آلي أو أجهزة لا تتفق و احتياجاته، و بالنسبة لعقود المعلومات كثيرا ما يتضح عدم عمق أو دقة المعلومات التي يتم تزويد المشترك بها، وسوء الخدمة بالنسبة لعقود الاشتراك في شبكة الإنترنت و الفضائيات.[1]

الفرع الثاني: طبيعة الالتزام الإلكتروني

الواقع أن عدم التنفيذ تختلف صورته بحسب نوع الالتزام، و طبقا للقواعد العامة هناك نوعان من الالتزام، الالتزام بتحقيق نتيجة و الالتزام بالبدل عناية، ذلك أن بيان عدم التنفيذ يتوقف على عدم تحديد مضمون الالتزام و مداه.

بالنظر إلى طبيعة الالتزامات في هذا النوع من المعاملات نجد أن أغلبها يتم بتحقيق نتيجة، مما يتعين على المدين الوصول إلى غاية معينة هي محل الالتزام.[2]

يتمثل عدم الالتزام في مجرد عدم تحقيق النتيجة، ولو بذل المتعاقد كل جهده في العمل على تحقيقها فهنا يكفي لدائن بالالتزام أن يثبت مصدر الالتزام[3] و على المدين أن يثبت

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 86.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص 2و3 و ما بعدها.

[3] محمد صبري السعدي، المرجع السابق ،ص3 و ما بعدها.

انه قام بالتنفيذ أي تحقيق النتيجة المرجوة، فإذا لم يفلح في ذلك قامت مسؤوليته العقدية و لا يستطيع التخلص من المسؤولية إلا بإثبات أنه بدل كل ما في وسعه، و السبيل الوحيد لنفي مسؤوليته هو إثبات أن عدم تنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، **المادة 127 ق.م.ج** وهي **القوة القاهرة، خطأ الدائن نفسه** و **خطأ الغير**.

بالرجوع الى العقد الالكتروني نجد أن محلها يتسم كقاعدة إما بتسليم شيء أو تقديم خدمة، و لاشك أن الالتزام بتسليم شيء منتج أو سلعة هو الالتزام بتحقيق نتيجة، فيلتزم المدين بالتسليم في الميعاد و المكان و طبقا للمواصفات المحددة.

أما اذا كان محل العقد هو تقديم خدمة، فإن الأمر يختلف بحسب نوع الخدمة، فهناك خدمات يلتزم مقدمها بتحديد نتيجة مثل خدمات القنوات الفضائية والتلفون النقال و شبكة الانترنت ما لم يحتفظ مقدم الخدمة سلفاً بأنه سيبدل العناية لتحقيق أفضل خدمة ممكنة لعملائه هذا ما يحدث غالباً، لأن طاقة تقديم الخدمة تكون غالبا محددة نوعيا و في الزمان والمكان والقدرة، الا أن هذه الشركات تقبل عددا من المشتركين أكبر مما طاقتها مما يزيد الضغط و يقلل من جودة الخدمة هنا ينقلب الالتزام إلى مجرد بدل عناية.

يمكن تحديد ما إذا كان موضوع الالتزام هو تحقيق نتيجة أو بدل العناية بالنظر إلى ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، يتضح ذلك بالنظر إلى النتيجة المرجوة من وراء محل الالتزام، كما إذا كانت هذه النتيجة مؤكدة أو احتمالية، فالصفة المؤكدة أو المحتملة للنتيجة المستهدفة في الظروف التي تنشأ فيها الالتزام يمكن أن تكشف عن طبيعته[1].

فإذا كانت العناية المعتادة تؤدي حسب المجرى العادي للأمور إلى نجاح مؤكد إذا كنا بصدد التزام بتحقيق نتيجة، أما إذا كانت العناية اليقظة لا تكفل بالضرورة الوصول إلى النتيجة المرجوة التي يعتمد تحقيقها على عوامل أخرى مستقلة عن المدين.

بتطبيق تلك القواعد الثابتة على عقود الخدمات الالكترونية نجد أن الالتزام فيها ينبغي أن يكون بتحقيق نتيجة، بحسب ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين من جهة و بدل

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 88.

العناية المعتادة على ضوء التقنيات الحديثة يجعل النتيجة فيها مؤكدة من جهة أخرى، أما تقاعس الشركات عن زيادة النفقات اللازمة لتحديث و تعميق معداتها رغم حرصها على قبول كل المشتركين لا يعفيها من الالتزام بتحقيق نتيجة، حتى و لو تحفظت فيبطل هذا التحفظ كشرط لإعفاء عن المسؤولية لأنه يتسم بالتعسف في مواجهة المستهلك في هذا العقد الذي يتسم بصفة الأذعان.

إن العقود التي يقبل القول بأن الالتزام فيها هو بدل عناية هي عقود تصميم برامج الحساب الآلي فيتمثل الالتزام في القيام بعمل، هذا الانجاز قد لا يحظى بالنجاح رغم بدل المجهود اللازم، كذلك الحال بالنسبة للعقود الالكترونية التي ترد على تقديم خدمة ذهنية كإشارة طبية أو فنية أو عقود المعلومات من خلال الموضوع، فتقديم المعلومة الحديثة الشاملة بمصادرها الصحيحة طبقًا للمعطيات القائمة آنذاك هو التزام بتحقيق نتيجة، أما عن مدى اليقينية و ملاءمتها فهذا التزام ببدل عناية لأن العالم دائم التغير و التطور.[1]

المطلب الثاني: المسؤولية عند الخدمة و التسليم الإلكتروني

إن الالتزام الرئيسي في المعاملات الإلكترونية هو أداء الخدمة أو تسليم منتوج أو سلعة و ما يتبع ذلك من الالتزام بالضمان و الأمان.

الفرع الأول: المسؤولية عن أداء الخدمة

ينبغي أن تكون الخدمة موضوع العقد محدد أوقابلة للتحديد، يتم ذلك في العقد أو في وثيقة إضافية مثل الكتيبات الدعائية التي يوزعها المورد.

---

[1] محمد فواز المطالعة، النظام القانوني للعقود الألكترونية المبرمة عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه الجامعة العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة سنة2004، ص 89.

وقد يفهم نطاق و مضمون الخدمة من طبيعة العقد نفسه مثل عقد الاشتراك في خدمة المحمول أو الفضائيات و بنك المعلومة و شبكة الإنترنت.

و إن كان مضمون الخدمة في تلك العقود لا يثير صعوبة إلا أن مداها أو مضمونها قد يكون محل جدل، و يحرص الملتزم بتقديم خدمة على تحديد و بيان نطاق إلتزامه لأن الغموض و عدم الوضوح يفسر في غير صالحه.

إن الالتزام بتقديم الخدمة يعد التزاما مستمرا يتم تنفيذه فترة طويلة من الزمن، لذا تظل للالتزام بالتعاون أهميته لحسن تنفيذ العقد والوصول إلى الغرض المنشود إن تعاون العميل مع المورد يقابله التزام هذا الأخير بالاستعلام و تقديم النصح.

إن الإخلال بتلك الالتزامات يثير المسؤولية العقدية ويمكن أن يعفي الطرف الآخر من مسؤوليته وتقصير العميل في أداء التزامه بالتعاون يحمله مسؤولية تقصير المورد الناتج عن ذلك.

و على صعيد عقود المقاولات الكبرى (إقامة منشآت برامج المعلومات مثلا) يبدو من الضروري وضع الإجراءات اللازمة لدراسة التطور الأدائي، كإنشاء لجنة متابعة لتدبر و مراقبة مراحل التنفيذ و مواعيده و تدليل الصعوبات، التأكد من سلامة الإنجاز.

وفي النهاية أمام عقد المقاولة يلزم فيه المقاول بإنجاز العمل بطريقته وأسلوبه و ليس لصاحب العمل التدخل في أسلوب التنفيذ، بل عليه التعاون و أداء ما يطلب منه من معلومات و إجراءات إدارية إلا أن يتم المشروع و يأتي دور التسليم و أهميته كما سنرى كقاعدة عامة فإن التزام المورد بأداء الخدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد أو طبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق بتحقيق غاية، لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور كحدوث زلزال أو نشوء حرب أو قطع التيار الكهربائي في كل المنطقة.

الفرع الثاني: المسؤولية عن التسليم الإلكتروني.[1]

أولا: مضمون الالتزام بالتسليم

يتفرع الالتزام بالتسليم عن الالتزام بنقل حق عيني لذا فهو مرتبط بكل العقود الناقلة للحق العيني كالبيع و المقايضة و الهبة و التركة، ويرتبط بالعقود المنشئة لحق شخصي كالإيجار و مقاولة فيقوم البائع أو المؤجر بتسليم الشيء إلى المشتري أو المستأجر حتى يتمكن من حيازته و الانتفاع به أي تسلمه و ممارسة السلطات التي تخولها له حقوقه العقدية عليه وفقا لطبيعة و الغرض المقصود منه[2] و في عقد المقاولة يقوم المقاول بإنجاز العمل و تسليم الشيء الذي تم تصنيعه أو إنتاجه أو المشروع المنجز إلى صاحب العمل.

ويوجد هذا الالتزام في المعاملات الإلكترونية التي يكون محلها تسليم منتج أو سلعة مثل البيع أو الإيجار الإلكتروني، أو إنجاز مشروع معين مثل تصميم أو إقامة برامج و منشآت المعلومات، و يتم التسليم طبقا لطبيعة المحل أما برامج الحاسب الآلي أو المعلومات يتم تسليمها من خلال تجسيدها على وسيط أو دعامة كالأسطوانة، أو عن طريق نقلها كالطاقة عبر شبكة الإنترنت.

و قد يتم التسليم على مراحل متوالية بتمكين العميل من الحصول أولا بأول على كل ما يستجد من معلومات من خلال موجات أثيرية خاصة يتم استقبالها عن طريق جهاز و شفرة معينة كما يشمل التسليم ملحقات الشيء و كل ما أعد بصفة دائمة باستعماله و ذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الأشياء و عرف الجهة و قصد المتعاقدين طبقا لنص المادة **367** من **ق.م.ج.**

لعل أهم الملحقات في المجال الإلكتروني هي تزويد العميل بالمستندات التي توضح كيفية عمل الأجهزة و المعدات و البرامج و أساليب الصيانة و التطوير، و تتمثل هذه

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 96.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح قانون المدني، العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع و المقايضة، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2000 ص 714.

المستندات في صورة الإثبات أو أسطوانات أو معلومات تنقل عبر الشبكة أو دورات تدريبية.[1]

ثانيا: مكان و نفقات التسليم.

إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلق بهذه الأعمال.[2]

تقع نفقات التسليم على المدين، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، فالبائع أو المؤجر أو المقاول مدين بالتسليم ويتحمل نفقاته و المشتري مدين بالتسليم و يتحمل نفقاته ما لم يتفق على غير ذلك.

و يحرص المدين بالتسليم دائما في المعاملات الإلكترونية على تحديد مكان التسليم و نفقاته و شروطه و أحكامه لحيوية هذا الالتزام و أهميته و ما قد يثيره من منازعات.

و لا ننسى الإشارة إلى أن هناك التسليم الإلكتروني عبر الإنترنت برامج المعلومات (كما رأينا سابقا).

يشمل الاتفاق رسوم الشحن و الرسوم الجمركية و إلا تحملها البائع سواء كانت تجنى وقت خروج البضاعة من بلده أو أثناء عبورها الطريق أو عند وصولها إلى بلد المشتري أما عن رسوم الاستهلاك تجنى عند تسليم المبيع فهي على المشتري .

ثالثا: ميعاد التسليم

طبقا للقواعد العامة يتم التسليم في الموعد المحدد في العقد، فإذا لم يحدد العقد وقت لذلك وجب إتمامه فور إنشاء العقد، هذا مع مراعاة المواعيد التي تقتضيها طبيعة المحل أو يقتضيها العرف.

---

[1] محمد حسن منصور، المرجع السابق ص 98.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 65.

ان أهمية تحديد مدة التسليم في هذه المعاملات لحماية مصالح الطرفين و تدعيم الثقة بينهما و تحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير و لكن يصعب تحديد المدة في بعض العقود، اذ يتوقف الأمر أحيانا على الظروف الخارجية مثل إجراءات الشحن و الجمارك، و إعداد الإمكانيات المناسبة لتلقي الخدمة.[1]

و يجري العمل في مثل هذه الحالات على تحديد موعد تقريبي، ينبغي كقاعدة عامة الالتزام به، ما لم يقدم المدين مبررات معقولة للتأخير يقدرها قاضي و يتوقف الأمر على طبيعة الالتزام و تعقيداته الفنية، و صفة المدين به فالمهني المحترف لا يقبل منه التنصل من المسؤولية عن التأخير في التنفيذ.[2]

تثور مسؤولية المدين بالتسليم عن التأخير في تنفيذ التزامه و يصعب القول بإمكان طلب التنفيذ العيني جبري لعدم ملائمته للمعاملات الالكترونية و من تم لعل السبيل الأمثل هو كما ذكرنا الدفع بعدم التنفيذ أو الفسخ مع التعويض أو طلب التعويض عن التأخير[3].

وينبغي التذكير أن الالتزام بالتسليم يتمثل في الالتزام بتحقيق نتيجة و بالتالي فإن عدم تحققه يكفي لإثبات خطأ المدين به و لا يكون أمامه متخلص من المسؤولية سوى محاولة إثبات السبب الأجنبي طبقا للقواعد العامة التي تقتضيها المادة **127** من **ق .م.ج** في الحالات الثلاثة هي: **القوة القاهرة، خطأ الغير** و **خطأ الدائن.**[4]

رابعاً: مطابقة المحل للمواصفات[5]

يتعين للوفاء بالالتزام بالتسليم أن يكون المحل المسلم مطابقا لمواصفات المتفق عليها، أو التي تقتضيها قواعد المهنة و عرف التعامل، و غالبا ما ترد المعاملات الإلكترونية

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي و القانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية و الأمنة للعمليات الإلكترونية، المنعقد في الإمارات العربية، دبي في الفترة 26،28 فبراير لعام 2003 ص 15.

[2] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 97.

[3] C.A lyon 30 juin 1995 data n°049783.

[4] المادة 353 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بأحكام عقد البيع.

[5] محمد سعيد ، أحمد إسماعيل، المرجع السابق ، ص 322.

على أشياء أو خدمات تتسم بالطبيعة الفنية التي ينبغي أن تتناسب وأوضاع معينة، و تقي باحتياجات محددة، كبرامج الحاسب الآلي، و الأدوية و المواد الكيماوية، و من هنا يبدو التسليم ليس كمجرد عمل مادي بل ينبغي أن يكون المحل صالحا للاستخدام وفقا لطبيعته و الغرض التي تم تخصيصه له أو التعاقد عليه من أجله.

قد يتم تحديد المواصفات و المطابقة من خلال اشتراط تقديم شهادة جودة، فقد أصبح هناك حد أدنى من الصفات العالمية التي يتعين توافرها في المنتوج المعد للتصدير للخارج و هناك منظمات تتولى إصدار شهادات الجودة لكل من يطلبها و يقع على عاتق الملتزم بالتسليم للحصول على هذه الشهادة لإثبات مطابقة المنتوج للمواصفات العالمية، و تعتبر المنظمة مسؤولة تعاقديا، في مواجهة المتعاقد معها، عن إصدار هذه الشهادة و للغير أن يرجع عليها بدعوى المسؤولية التقصيرية متى أثبت إصابته بضرر نتيجة إصدار هذه الشهادة.[1]

وكقاعدة عامة فان هذا الالتزام يتمثل في تحقيق نتيجة ما لم يتعهد المدين بأنه سيبذل العناية الكاملة كي يكون المنتج مطابقا للمواصفات أو ملبيا للإغراض منه كالالتزام بتركيب وابتداع مادة كيميائية معينة لغرض محدد أو تصميم برنامج حساس لمهمة ما.

إن الحكم على مدى مطابقة المحل للمواصفات يقتضي أحيانا التسلم والتشغيل أي تجربته فترة معينة للتعرف على صلاحيته و سلامته ولا يكفي مجرد الفحص الظاهري أو قراءة الخصائص والصفات المدونة عليه ولعل عمل محضر تسليم يفيد التحفظ وإبداء الملاحظات على النظرة المبدئية و التشغيل الأولى ومدى وجود المطابقة يبدو على درجة كبيرة من الأهمية فينبغي تسجيل النتائج الاختبارات التي تم إجراءها خلال فترة الضمان.

خامساً- الالتزام بالتسلم

[1] Bensoussan , l'informatique et le droit 1994 p 520

متى قام المدين بالتسليم بوضع الشيء تحت تصرف الدائن وجب عليه المبادرة إلى تسلمه في اقرب وقت ممكن بحسب الجاري به العمل في هذا النوع من المعاملات فادا امتنع دون مبرر مشروع عن التسلم رغم دعوته إلى ذلك بإنذار رسمي اعتبر أن التسليم قد تم[1] .

التسليم يعني كقاعدة عامة القبول و مطابقة الشيء للمواصفات ويتأكد دلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص و اجراء التجارب السابقة ولكن الأمر يختلف في الحالات التالية:

1/ رفض الاستلام إذا وجد أن الأشياء المسلمة إليه غير مطابقة للمواصفات أو بها عيب ظاهر أو اتضح عدم ملاءمتها للمطلوب عند تجربتها و تشغيلها.

2/ إذا تم التسليم على مراحل جزئية يصعب القول بتوافر القبول مالم تكتمل كافة مراحل العملية واختبار الأجزاء مجتمعة.

3/ إذا كان العميل غير متخصص بصدد المسالة الفنية موضوع التسليم،وكان الأمر يحتاج إلى خبرة لا تتوفر لديه هنا يجوز الرجوع عند اكتشاف عدم المطابقة بعد التسليم، و على المورد دفع التعويض اللازم و إلزامه بإصلاح على الذي يجعل الشيء مطابقا للشروط المتفق عليه.[2]

4 /الأصل أن الاستلام لا يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف دلك ونظرا لأهمية عملية التسلم و القبول في المعاملات الالكترونية ولما تثيره من مشاكل خاصة فانه غالبا ما يتضمن العقد شرطا يوضح كيفية التسلم و يتمثل في اغلب الأحوال في التوقيع مستند خاص بذلك، إن مثل هدا التوقيع يفيد القبول ما لم يقترن بتحفظات معينة أو كان العميل غير متخصص في المسالة الفنية و يقتضي الأمر فحصا معينا.[3]

<u>سادساً- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسلم</u>

---

[1] Cass.com. 3 jan 1995 lamy p 05

[2] Aix. En. Provence. 14 des 1990 juni DTA n° 50917

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 100.

إن الالتزام بالتسلم هو كقاعدة عامة التزام بتحقيق نتيجة، يتحقق الإخلال به بمجرد عدم إتمامه أو التأخير فيه أو إتمامه بطريقة معيبة، يؤدي الإخلال بالالتزام بأي وجه إلى اعمال القواعد العامة التي تقضي بأنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للطرف الآخر بعد أعذار المدين أن يطالب بالتنفيذ العيني أو بالفسخ مع التعويض،[1] وفي الحالتين إن كان له مقتضي و إن كان المقابل كله أو بعضه مستحق الدفع في الحال، كان للمدين أن يحبس الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له.[2]

بنظرة فاحصة على المعاملات الإلكترونية نلاحظ أن المتتبع في عقد الإلكتروني هو تزامن التسلم و الوفاء في نفس الوقت كما سنرى،[3] أي اللجوء إلى الدفع بعدم التنفيذ أو الحق في الحبس، أما بالنسبة لعقود الخدمات فإن مقدم الخدمة يشترط دفع المقابل بداية قبل تسليم الخدمة أو إنجازها.

الفرع الثالث: المسؤولية عن الضمان الإلكتروني.

يولد عقد البيع إلى جانب التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري التزاما آخر بضمانه له، أي ضمان ملكيته و الإفادة منه بطريقة هادئة و كاملة و ينشأ الالتزام بالضمان عن كل العقود الناقلة للحق بعوض كالمقايضة و الشركة و يستقر الفقه و القضاء على وجوده في عقد المقاولة[4].

أولا: المسؤولية عن ضمان العيب الخفي.

يلتزم البائع بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت تسليم الصفات التي تكفل المشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو نفعه

---

[1] المادة 119 من القانون المدني الجزائري.
[2] الحق في الحبس أحكام المواد 202،200 من القانون المدني الجزائري.
[3] محمد سعيد، أحمد إسماعيل، المرجع السابق ص 324.
[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ص 800.

بحسب الغاية المقصودة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له.

يضمن البائع هذا العيب و لو لم يكن عالما بوجوده و مع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه، و لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه.

إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به من خلال مدة معقولة، فإذا لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه للمشتري، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره و إلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب.[1]

إذا أخطر المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع بالضمان و يتمثل ذلك في إما رد المبيع في حالة العيب الجسيم أو الاحتفاظ به مع التعويض عن كل ما لحقه من خسارة و ما فاته من كسب.

تبقى دعوى الضمان و لو هلك المبيع بأي سبب كان، وتسقط الدعوى بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع و لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول على انه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت به تعمد إخفاء العيب غشا عنه.

يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيد في الضمان أو ينقص منه أو أن يسقط هذا الضمان على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه و لا ضمان للعيب في البيوع القضائية و لا في البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد.

---

[1] أحكام المواد 372، 373 من القانون المدني الجزائري

تنطبق تلك القواعد العامة على معاملات الإلكترونية إلا أن وجه الخصوصية يبدو من خلال الملاحظات التالية:

1)- أن ضمان العيوب الخفية يجد المجال الطبيعي في العقود التقليدية عقد البيع و المقايضة و الإيجار و الشركة و العارية، إلا أنه امتد أيضا إلى عقد المقاولة سواء تعلق الأمر بعمل المادي أو بعمل ذهني[1] مثل تصميم برامج الحساب الآلي و يؤدي ذلك إلى اتساع مجال هذا الضمان في هذه المعاملات التي ترد غالبا على توريد سلعة أو منتج أو خدمة وتتسم بالطابع الفني أو التقني و مع ذلك فإن فرصة اللجوء عملا إلى هذا الضمان تتضاءل نسبيا في البدائل الحديثة مثل الالتزام بالمطابقة و الأمان و ضمان الصلاحية.)

2- يشترط للتمسك بالضمان أن نكون بصدد عيب خفي يمثل قدرا من الجسامة موجودا وقت التسليم، إن تقدير الخفاء العيب يتوقف على مدى تخصص و خبرة العميل التي تمكنه من اكتشاف العيب بفحص العادي أم دقيق.

وتثور الصعوبة الفنية أحيانا بالنسبة لتحديد سبق وجود العيب على التسليم أي بداية وجوده، و هل يتعلق الأمر بفعل طارئ نتيجة الاستعمال أم بأمور ترتبط بالتركيب الداخلي المنتج مثل ظهور فيروس الحاسب الآلي و تتوقف جسامة العيب بحسب النتيجة المرجوة من السلعة أو الخدمة و مدى تأثيره على الجودة و الكفاءة و لا شك أن أمر يختلف من عمل لآخر.

إن إعمال تلك الشروط يبدو يسيرا في الأشياء التقليدية محل التعاقد إلا أن الأمر يزداد صعوبة و دقة بصدد المنتجات و الخدمات الفنية الحديثة المعقدة التي يغلب التعامل عليها إلكترونياً مثل برنامج الحاسب الآلي و المعلوماتية.

3)- ان التفرقة بين ضمان العيب الخفي و الالتزام بتسليم المنتج مطابق لطلبات العميل و ملبيا لاحتياجاته التي أفصح عنها عند إلزام العقد تتمثل في أن العيب الخفي هو آفة كامنة في مادة المنتج **أو** تشغيله بينما يتمثل عدم المطابقة في تخلف الصفة أو

---

[1] أنظر في تطبيق ضمان العيب الخفي على أشياء المعنوية كبراءة الاختراع.

عدم تحقيق نتيجة المتفق عليها في العقد، و مدة رفع دعوى الضمان أقصر من مدة دعوى المطابقة التي تقدر بثلاثة سنوات.

4)- إذا توافرت شروط الضمان كان من حق العميل طلب الفسخ أو إصلاح العيب أو استبدال المنتج، أو المطابقة باسترداد جزء من الثمن، هذا بإضافة إلى أحقية تعويض الأضرار التي حلت به.

5)- يجوز الاتفاق على زيادة الضمان أو إنقاصه أو إسقاطه و لكن يبطل كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه في حالة تعمد إخفاء العيب على سبيل الغش[1]، و كثيرا ما يلجأ المورد المهني المحترف إلى استعمال مثل هذه الشروط التي يقبلها العميل العادي قليل الخبرة مما يخلع عنه الحماية القانونية المرجوة.

ثانيا: المسؤولية عن ضمان الصلاحية:

إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل في مدة معلومة ثم ظهر خلل في المبيع فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل في مدة شهر من ظهوره و أن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الإخطار و الا سقط حقه في الضمان كل هذا ما لم يتفق على غير ذلك و هذا ما أكدته نص المادة **386** من **ق .م. ج** .

لقد نظم القانون هذا الضمان إلا أنه دو طبيعة اتفاقية محضة سواء في نشأته أو في مضمونه، وقد جاء التطور التقني الحديث و ما صحبه من تغير في نظام الإنتاج والتوزيع ليبرز أهمية هذا الضمان فاحتل مكانة هامة في عمليات بيع و توزيع الأجهزة و الآلات الحديثة التي غالبا ما يجد المشتري لها نفسه عاجزا عن تفهم مكنونها خاصة إذا كان المشتري مستهلكا عاديا استغلت فيه شركات الإنتاج و التوزيع هذا القلق قدمت له الضمان المذكور كميزة استثنائية على سبيل الدعاية التي تغري بشراء السلعة، علما بدفع مقابل هذه الميزة ضمن الثمن المتفق عليه.

إن الطابع الاتفاقي للضمان يجعله قابلا للوجود في أي عقد من عقود المعاوضة للبيع، إيجار، مقاولة، و بصدد أي منتج أو سلعة أو خدمة كبرامج الحاسب الآلي، و عن

---

[1] المادة 384 من القانون المدني الجزائري.

حدوث أي خلل خلال تلك الفترة و طبقا للشروط المتفق عليها، و يغلب اللجوء إليه في المعاملات الحديثة لجذب المستهلك، فيتعهد المنتج أو الموزع بإصلاح الخلل أو استبدال المنتج.

إن هذا الضمان يتميز عن القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية التي لم تعد تسعف في تقرير حماية الفعالة للمستهلك و الأجهزة و الآلات و الخدمات الحديثة المعقدة.

الفرع الرابع: المسؤولية عن الوفاء الإلكتروني

أولا: تحديد المقابل

يتم تحديد مقابل المنتج أو الخدمة أو السلعة في العقد، و يحظى الاتفاق على تحديد المقابل و تنظيمه باهتمام بالغ في المعاملات الإلكترونية فيعد ركنا جوهريا في العقد من جهة و مناط الوفاء بالالتزام المقابل من جهة أخرى، خاصة و أن الوفاء بالالتزامات يتم غالبا عن بعد عبر الطرق الحديثة.[1]

ويكون المقابل عادة مبلغا من النقود بعملة معينة، هذا المقابل يعد ركنا جوهريا في عقد البيع لا يقوم بدونه،[2] أما في العقود الأخرى الإيجار أو المقاولة فإن عدم التحديد لا يبطل العقد بل يكون قابلا للتحديد عن طريق القضاء، الذي يملك سلطة مراقبة التعسف في تحديد من قبل المورد و إبطال الشروط التعسفية لحماية المستهلك التي تقتضي تحديد المقابل عند التسليم.[3]

و يشمل التحديد كقاعدة عامة المقابل الفصلي بالإضافة إلى رسوم الشحن و التوصيل و الضرائب المستحقة و الجمارك ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك.

---

[1] أحمد سفر، أنظمة الدفع الإلكترونية، منشورات علي الحقوقية ص 5-6-7.

[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص 718.

[3] CASS. CIV.DEC 1995.I.C.P 1996 N°22566 NOTE GHESTIM

فإن لم يتم الاتفاق على تلك المسائل فإنه يتم الرجوع إلى القواعد العامة، يتم الالتزام كقاعدة عامة بالأسعار المحددة وقت إبرام العقد أو الطلب، إلا أنه يمكن إجراء تعديل في عدة حالات:

الأولى: إذا احتفظ المورد بحقه بتغيير الأسعار فمثلا قد ينص في دليل المركز التجاري الإلكتروني على أننا نحتفظ بالحق في تعديل الأسعار في أي وقت، أما بالنسبة للطلبات التي تم قبولها فإننا نلزم بأسعار المحددة وقت الطلب.

الثانية: طلب العميل إدخال تعديلات معينة أو إضافة طلبات جديدة أو تسبب بخطأ في زيادة النفقات.

الثالثة: يحتفظ مقدم الخدمة في عقود الخدمات مثل الاشتراك في قواعد المعلومات أو شبكة الإنترنت أو المحمول أو الفضائيات بحقه في إعادة تقدير المقابل على ضوء المستجدات أو تقديم خدمات إضافية في نفس الوقت يحتفظ العميل بالحق في فسخ العقد عند زيادة مقابل الاشتراك.

ثانيا- أحكام الوفاء

يتم الوفاء بالعملة المتفق عليها و في حالة عدم الاتفاق، فإن الوفاء يتم بعملة دولة المدين وينبغي تفسير الشك لصالحه و يتحمل الدائن تبعته عدم التحديد.

ويتم الوفاء في المكان والزمان المحددين في الاتفاق، ويجرى العمل على تحديد ذلك بدقة بالغة، وإلا تم إعمال القواعد العامة التي تقضي في حالة عدم وجود اتفاق بوجوب الوفاء بالثمن في الوقت الذي يتسلم فيه المبيع[1].

ويتعين دفع المقابل عند تسليم العمل، يجب دفع الأجرة في المواعيد التي يعينها العرف وقد يتم الوفاء جملة واحدة أو على دفعات أو أقساط متتالية.

ويكون الثمن مستحق الوفاء في مكان تسليم المبيع أو في مكان موطن المشتري وقت استحقاق الثمن، أو موطن العميل أو موطن المستأجر إعمالا لمبدأ الدين مطلوب و ليس محمول فيتم الوفاء في موطن المدين، ما لو يتم الاتفاق على عكس ذلك.[1]

---

[1] المادة 387 من القانون المدني الجزائري.

ثالثا- ضمانات الوفاء:

1/ بالإضافة إلى الضمانات التقليدية للوفاء بالثمن المتمثلة في التنفيذ العيني و الفسخ و التأمينات العينية و الشخصية ، فإنه يتم اللجوء إلى ضمانات أخرى مثل شرط الاحتفاظ بالملكية لحين الوفاء بالثمن أو البيع الإيجاري أو التأجير التمويلي.

و لعل السبيل الأكثر فعالية في المعاملات لإلكترونية هي أساليب الدفع الإلكتروني[2] التي يتوقف عليها أداء الالتزام المقابل لتسليم السلعة أو أداء الخدمة أي الحق في الحبس أو الدفع بعدم التنفيذ، فيقوم البائع بحبس المبيع لحين استيفاء الثمن و يمتنع المورد في أداء الخدمة حتى يتم دفع المقابل.[3]

2/ مفهوم الوفاء أو الدفع الإلكتروني:

اتسع نطاق التجارة الإلكترونية و تشعبت أنواعها و مجالاتها و تعددت التشريعات الدولية المنظمة لها، و أصبحت صناعة المعلومات المجال الخصب لجذب الاستثمارات خصوصا مع تحقيق التزاوج بين المعلوماتية و أدوات الاتصال اللاسلكية، و لعبت المعلوماتية دورا هاما في تغيير محل التجارة ووسائل تحقيقها، فتم استبدال الوثائق التقليدية اليدوية المكتوبة بالوثائق الإلكترونية والتوقيع و تضائل دور النقود الورقية و الدفع التقليدي أمام ازدهار النقود و الدفع الإلكتروني.[4]

إن النقود هي الوسيلة الرئيسية لتسوية المعاملات المالية و قد يتم دفع النقود في صورة سائلة أو بوسيلة بديلة كالشيك، و لا تصلح تلك الوسائل المادية في تسهيل التعامل التي يتم عن بعد في بيئة غير مادية، كالعقود الإلكترونية التي تبرم عبر الإنترنت و ضرورة ابتكار سداد يتفق مع هذه المعاملات لهذا كان الدفع الإلكتروني و تدور العديد من الأسئلة حول أنظمة الدفع الإلكترونية و سأتناول هذه القضايا في جزأين متتاليين:

3/ خصائص الدفع الإلكتروني:

يتميز الدفع الإلكتروني بعدة خصائص أساسية و هي:

---

[1] عرب يونس ،التعاقد و الدفع الإلكتروني و التحديات الضريبية الجمركية، 2002 ،ص 65.
[2] أحمد سفر ،أنظمة الدفع الإلكترونية منشورات الحلبي الحقوقية ، ص 13-14-15 و ما بعدهما.
[3] محمد سعيد، أحمد إسماعيل، المرجع السابق ص 297.
[4] أحمد سفر المرجع السابق ص 13 إلى 23.

الخاصية الاولى: يتم الدفع الإلكتروني بالطبيعة الدولية فيعتبر وسيلة مقبولة في جميع الدول.

الخاصية الثانية: يتم الدفع من خلال استخدام النقود الالكترونية و يستخدم مصطلح النقود الإلكترونية للإشارة إلى الأنظمة الحديثة المؤمنة و المؤسسة على برامج حاسوبية لتبادل المعلومات و تحويل الوحدات النقدية الإلكترونية بشكل رقمي عبر شبكة الإنترنت.[1]

و قد اختلف الفقهاء في تحديد **مفهوم النقود الإلكترونية** في اتجاهين:

<u>الأول: الاتجاه الموسع:</u> و يرى أنصار هذا الاتجاه بأن النقود الإلكترونية تشتمل كل أنظمة الدفع الإلكترونية وإن اللجنة المختصة بالحقوق المواطنين والشؤون القانونية التابعة للمفوضية الأوروبية قد عرفت وحدات النقود الإلكترونية كقيمة للعملة بأنها:

– تكون مخزنة على وسيلة إلكترونية مثل الرقائق الإلكترونية أو نقود الحاسب.

– تكون مقبولة كوسائل للدفع بواسطة شخص عادي أو شخص اعتباري يتمتع بسلطة قانونية من غير المؤسسة المصدرة للنقود الإلكترونية أو من يتبعها.

– تكون قابلة للإتنقال و التحويل و تعتبر كبديل إلكتروني عن العملات الورقية المعنية و الأوراق التجارية.

<u>الثاني–الاتجاه الضيق:</u> يرى الفقه المؤيد لهذا الاتجاه بأن النقود الإلكترونية، قيمة نقدية مخزنة على وسيلة إلكترونية مدفوعة مقدما وغير مرتبطة بحساب بنكي وتحضى بقبول واسع، وتستعمل كأداة للدفع للتحقيق أغراض مختلفة[2] وتتخذ النقود الإلكترونية أحد النظامين:[3]

النظام الأول:– يتطلب وجود حساب رقمي يدفع نقدا ويخزن على نظام حاسوبي امن ليتم السحب منه على شبكة الإنترنت مباشرة (on line) أو بدون اتصال مباشروذلك بواسطة المستهلك.

---

[1] شريف محمد غنام، محفظة النقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة 2003، ص 07.

[2] أحمد سفر، العمل المصرفي الإلكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس ص 22.

[3] تقوم مؤسسات مختصة بتشغيل الأنظمة مختلفة للنقود الإلكترونية و إن أول مؤسسة قامت بالتعامل بالنقود الإلكترونية سنة 1995 هي الشركة الهولندية(Digit- cash- cash) و بعد ذلك ظهرت العديد من الشركات(cyber cash) مثل و أيضا (net cash)

وان رؤوس الأموال التي يتم إيداعها مصرفيا ملائمة لمثل هذه الطريقة ومن المحتمل أنها ستكون كودائع بنكية ويطلق على هذه الطريقة بالنقود الرقمية أو محفظة النقود الافتراضية.

النظام الثاني:- يتطلب أن يكون هناك حسابا خاصا يتم فتحه ليضمن داخله الأموال التي ستستخدم في الصفقات الدفع الرقمي فقط والتي يتم إيداعها من قبل المستهلك.

وإن رؤوس الأموال يتم تحويلها إلى جهة ما بناءا على توصية المستهلك للجهة المصدرة للنقود الرقمية ويطلق على هذه الطريقة (محفظة النقود الإلكترونية).

الخاصية الثالثة: يلزم تواجد نظام مصرفي معد لإتمام ذلك أي توافر أجهزة تتولى إدارة هذه العمليات التي تتم عن بعد لتسهيل تعامل الأطراف وتوفير الثقة فيما بينهم، وتتولى البنوك بصفة أساسية عبء القيام بهذه المهمة،بالإضافة إلى منشات أخرى يتم إنشائها خصيصا لهذا الغرض.[1]

الخاصية الرابعة: يتم الدفع الالكتروني من خلال نوعين من الشبكات

الأول:- شبكة خاصة يقتصر الاتصال بها على الأطراف التعاقد ويفترض ذلك وجود معاملات وعلاقات تجارية ومالية مسبقة بينهم.

الثاني:- شبكة عامة، فيتم التعامل بين العديد من الأفراد لا توجد بينهم قبل ذالك روابط معينة.[2]

الخاصية الخامسة: تأمين الدفع الالكتروني

---

[1] محمد إبراهيم الشافعي، الآثار النقدية و الاقتصادية و المالية للنقود الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون المنعقد في الفترة ما بين 10-12 ماي 2003 ص 133-134.

[2] Huent aspects juidispenes de paiement, jcp 1991,P434

أصبحت البطاقات الذكية ذات القيمة المخزنة أكثر شهرة في أوروبا و اليابان و الولايات المتحدة، حيث تستخدم هذه البطاقات في حرم الجامعات و كذلك للدفع الإلكتروني لدى آلات البيع أو التصدير و المحمولة و الحسابات.

إن الدفع الالكتروني، عملية مصرفية دولية متعددة الأطراف، تتم عبر الفضاء ألمعلوماتي مفتوح، وتتعدد صور الاعتداء وإساءة الاستعمال في هذا الصدد ولعل أبرز هذه الصور في الوقت الراهن.

1) إساءة استعمال حامل البطاقة لها كالحصول عليها بناء على مستندات مزورة، استعمالها رغم انتهاء مدتها، أو إلغاء البنك لها.

2) إساءة استعمال البطاقات البلاستكية من قبل الغير، وذالك في حالة سرقة أو ضياع البطاقة أو الرقم السري الخاص بها.

3) قد يتم التلاعب بين موظفي البنك المصدر للبطاقة أو عن طريق التجار أو عن طريق شبكة الانترنت، كتخليف أرقام البطاقات وخلق مواقع وهمية لاستقبال المعاملات المالية الخاصة بالموقع الحقيقي.

– لكل ذلك يتم اللجوء إلى وسائل الأمان فيه لتوفير الثقة بين المتعاملين وضمان فعالية تلك الوسيلة في الدفع لتسيير وازدهار التجارة الإلكترونية، وتتولى الجهة التي تقدم خدمة الدفع الالكتروني هذه المهمة، فيتم تحديد الدائن مدين أطراف العملية التي تتم بطريقة مستقرة من خلال برنامج معد لهذا الغرض فلا يظهر الرقم البنكي على الشبكة ويتم عمل أرشيف يسهل الرجوع إليه للمبالغ التي يتم السحب عليها بهذه الطريقة وهذا ما يطلق عليه نظام معاملات الالكترونية الآمنة.

ويحقق هذا النظام عدة ضمانات أساسية أهمها:التكاملية، أي ضمان أن الرسالة المرسلة هي الرسالة المستقلة عن طريق البصمة الرقمية، وسرية المعاملة من خلال تشفير محتوى الرسالة والتحقق من شخصية صاحب بطاقة الائتمان وشخصية البائع ويقوم البنك باتخاذ الإجراءات المالية المصرفية و إخطار المصرفين بإتمام المعاملات

رابعا–الوسائط الالكترونية المصرفية:

1) **الهاتف المصرفي :phone Bank:** وهو نوع من التطور الخدمات المصرفية المقدمة للعملاء يعمل 24ساعة طوال العام يستطيع العميل برقم سري خاصة سحب مبالغ من حسابه وتحويلها لسداد الكمبيالات و الفواتير المطلوبة، وكذالك الحصول على

قروض وفتح إعتمادات مستندة و يوجد اتصال مباشر بين الكمبيوتر الخاص بالعميل والكمبيوتر البنك،ويعمل بواسطة شاشة لدى العميل في منزله.

و هكذا يختفي المفهوم التقليدي للبنك الثابت و يصبح عبارة على عنوان إلكتروني على شبكة الإنترنت العالمية و من تم يطلق عليه البنك المحمول أو الهاتف المصرفي.

2) **خدمات المقاصة الإلكترونية المصرفية:**[1] حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية وظهر نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي التي يتم فيه خدمات مقاصة ا الإلكترونية للتسوية الإلكترونية في المدفوعات بين المصارف، و ذلك ضمن نظام المدفوعات الإلكترونية المقاصة(chaps) و ينطوي هذا الاخير على عنصر اليقين و تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير.

خامسا- نظرة عامة و توقعات مستقبلية لأنظمة الدفع الإلكترونية:

إن العديد من أنظمة الدفع الإلكترونية التجريبية الخاصة بالمستهلك قد تم إعلانها و الإعلان عن الحملة الترويجية لهذه الوسائل الحديثة قد جذبت انتباه المستثمرين أصحاب رؤوس الأموال، و كان الهدف من هذه العملية اختبار مقومات الربح و النمو على المدى المتوسط الأجل و القريب الأجل من خلال (نظام الند للند) (p2p) و هو اختصار ل (Peer to Peer) للمدفوعات.

فانظمة الدفع مثل البطاقات الذكية، و البطاقات الائتمانية، و أنظمة الدفع الإلكترونية للوفاء بالتزامات المستهلك بإخلاص، والغرض الإلكتروني للفاتورة، و الدخول الإلكتروني للحسابات المصرفية من قبل المورد بنظام القيمة المخزنة لدى البنوك الإلكترونية.

و إن كل هذه الأنظمة تعتمد على تقنيات الإتصالات الإلكترونية و شبكة الإنترنت العالمية لتأدية خدمات كثيرة أهمها:[2]

1/ تنظيم و توثيق إجراءات المدفوعات الإلكترونية.

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 128.

[2] قيس عنيزان، محمد الشيرايري، الحماية القانونية لبطاقة الائتمان، رسالة ماجستير، جامعة الدول العربية، قسم الدراسات القانونية، القاهرة سنة 2001 ص 30.

2/ التعرف على هوية المستهلك.

3/ تسيير انتقال و تحويل رؤوس الأموال الإلكترونية.

4/ الاحتفاظ بالسجلات الإلكترونية وتوثيقها لاستخدامها في إثبات المدفوعات الإلكترونية.

و يوماً ما فإن النقود الإلكترونية والأشكال الأخرى لوسائل الدفع الاخرى في هذا المجال ستحل بالفعل محل النقود التقليدية و إن شك البعض في ذلك، و لقد دلت الدراسات إلى أن 95% من المدفوعات الخاصة بالصفقات التجارية عبر شبكة الإنترنت في عام 2000 تمت باستخدام بطاقات الائتمان، كما أكدت الدراسات الحديثة أن حياة القليل من الناس اليوم في الولايات المتحدة و الدول المتقدمة لا تعتمد إطلاقا على المدفوعات الإلكترونية.

و إن العملية الأكثر تكرارا هي السحب النقدي من حسابات البنوك أو بطاقات الائتمان بواسطة أجهزة السحب الآلي للنقود، و إن المخاطر بالنسبة للاستخدام الواسع لوسائل الدفع الإلكترونية يجب أن تؤخذ بالإعتبار لتأكيد أمن و سلامة هذه الأنظمة الحديثة للمدفوعات الإلكترونية و زيادة الثقة لدى المستهلكين و التجار.[1]

أما عن مستقبل هذه الأنظمة فإنها لا تقف عند حد معين و تستمر بالتطور و التقدم إلى ما لا نهاية.

و في الواقع العلمي فقد منح مكتب براءة الاختراع و العلامة التجارية في ولايات المتحدة الأمريكية تقريبا مئة من تراخيص و الحقوق التجارية التي تشمل أنظمة الدفع الإلكتروني، و يتم حاليا تحديث الكثير من القوانين المتعلقة بها في ولايات المتحدة الأمريكية أو خارجها لتأمين الحماية المطلوبة للمستخدمين[2].

---

[1] محمد سعيد، أحمد إسماعيل، المرجع السابق ، ص 78.

[2] ممدوح محمد خيري هاشم ، مشكلة البيع الالكترونية عن طريق الانترنيت في القانون المدني دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية القاهرة 2000 ، ص49

و هذا من شأنه تسهيل عملية تجديد والتطوير لهذه الأنظمة والاستفادة من التقدم التكنولوجي والامتيازات التي تمنحها الحكومات للبنوك المهني قدما في مسيرة التحديث والتطوير.

المبحث الثالث: صورو تطبيقات المسؤولية في معاملات الإلكترونية الأخرى

بعد تبيان في المبحثين السابقين صور و تطبيقات المسؤولية في العقود الإلكترونية الذي يتميز بطابعه التجاري، بالإضافة إلى كونه يندرج من عقودالادعان و ذلك لعدم توازن طرفي العقد الإلكتروني.

و توصلنا كنتيجة أولية إلى أنه يخضع لأحكام عامة للمسؤولية في عقد البيع بالإضافة إلى بعض القواعد الخاصة بحماية المستهلك و ذلك لكونه يخضع لأحكام عقد الاستهلاك بغية تزويد المستهلكين بالحماية الفعالة و تجنب المخاطر المحتملة لتنفيذ الصفقات التجارية الإلكترونية.

إن المعاملات الإلكترونية لا تتوقف على عقود التجارة الإلكترونية فحسب، إنما هناك عدة صور و أشكال من عقود الخدمات و عقود المعلوماتية و عقود الفضائيات.

إن كانت الأحكام العامة للمسؤولية لها نفس التطبيقات التي سبق شرحها في العقود الإلكترونية إلا أنه هناك بعض الخصوصيات الناتجة عن طبيعة محل هذه العقود و هذا ما سنوضحه بالتفصيل في المطلبين التاليين.

سأتناول في المطلب الأول: طبيعة المسؤولية في العقود المعلوماتية.

و في المطلب الثاني: المسؤولية فن فيروس الحاسب.

المطلب الأول: طبيعة المسؤولية عن العقود المعلوماتية.

تطورت المعلومة و احتلت مكانة هامة في كافة نواحي الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية و أصبحت محلا للعديد من صور التعامل بين الأفراد و الهيئات و الشركات على نحو يشكل موضوعا لمسؤولية العقدية وخارج العلاقات التعاقدية يمكن أن ترتب المعلومة أضرارا تستوجب المسؤولية التقصيرية.[1]

الفرع الأول: المعلومة و عقد البيع.[2]

إن المعلومة كشيء غير مادي تقبل التصرف فيها بالبيع و لا تثور صعوبة بالنسبة للمعلومات التي تعتبر محلا لحق ذهني، فالمعلومة التي يكشفها الصحفي يمكن بيعها لوكالة الأنباء أو التلفاز أما بالنسبة للمعلومة موضع الحق الذهني فإنه نظرا لعدم جواز التنازل عن ذلك الحق، فإن التصرف يرد على دعامة مادية التي يتجسد فيها الحق مثل الكتاب، و في كلتا الحالتين فإن المعلومة المبيعة سواء كانت غير صحيحة أو ناقصة أو خطيرة يمكن أن تسبب أضرارا للمشتري مما استوجب إعمال القواعد المسؤولية العقدية مثل شراء كتاب به معلومة خاطئة.

الفرع الثاني: المعلومة و العقود الأخرى

إن المعلومة يمكن أن تكون محلا للعديد من صور المعاملات مثل الإيجار و الترخيص بالاستعمال أو الاستغلال و الإيجار التمويلي.

و بصفة عامة فإن المعلومات باتت تشكل موضوعا لعمليات تجارية معقدة.

و إذا كانت طبيعة العلاقات القائمة بين المؤلف و الناشر و صاحب المكتبة (البائع) والمشتري لا يثير الآن صعوبات معينة، إلا أن هناك بعض الفروض التي تدور بصددها العديد من تساؤلات ، و بصفة خاصة في مجال نقل المعلومات من المورد إلى

---

[1] عادل أبو شهيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة ،2004، ص 80.

[2] ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم بالمبيع و تطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة ،1998، ص68.

العميل المستهلك، يتم ذلك عبر عقود الإمداد أو الاشتراك [1] التي تتسم بالكثير من التعقيدات بسبب تدخل الغير في العقد.

مثال ذلك تعهد الخادم بتوصيل أو نقل المعلومات إلى العميل كدور الوسيط بين قاعدة البيانات أو البنك المعلومات والمستهلك، هنا تدور الصعوبة بصدد تحديد المركز القانوني لذلك الوسيط، وطبيعة علاقته بالطرفين، هل يتعلق الأمر بوكالة أو عمولة أو امتياز، الواقع أنه يصعب إدراج العلاقة تحت أي من تلك الأوصاف، بسبب ما تتسم به من خصوصية تجعلها أقرب إلى العقد غير مسمى ذي الطبيعة الخاصة الذي انبتق عنه الواقع العملي، فيتضمن عدة عناصر أساسية:

– وضع المنتج البيانات والمعلومات تحت تصرف خادم بنك المعلومات ليتولى تسويقها تجاريا، والتزام الموزع بدفع المقابل للمنتج.

بالمقارنته بعقد توريد المعلومات الورقية العادية ينقلب من مجرد عقد تسليم بحث للمعلومة إلى عقد مشورة أو نصح وتبدو أهمية ذلك بصدد تحديد المسؤولية في مثل هذه الحالات، و الواقع أن الأمر يختلف بحسب طبيعة المعلومة.

فإذا كانت المعلومة المقدمة مماثلة لتلك التي كان يتسم تقديمها بالأسلوب الكتابي التقليدي، فإننا نكون بصدد مسؤولية عقدية بالمعنى التقليدي تجد مصدرها في عقد توريد المعلومات.

اما إذا كانت المعلومة المسلمة هي استجابة لمشكلة المطروحة فإننا نكون بصدد عقد مقاولة موضوعه تقديم النصح.

وهنا يثور التساؤل عما إذا كان هذا الالتزام يتمثل في مجرد بذل العناية أو تحقيق نتيجة، فيتعين الرجوع إلى القواعد العامة في العقد التي تقوم بالتفرقة بين نوعي الالتزام على معيار الاحتمال ومن ثم فإن الالتزام بتقديم النصيحة يتمثل في بذل عناية

[1] مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج معلومات، دار النهضة العربية، القاهرة 2001 ص 30.

إذا اتسمت بالطابع الاحتمالي، أما إذا تخلف عنصر الاحتمال فإن الالتزام بالتقديم المعلومة يتمثل في تحقيق نتيجة.[1]

ومن المسلم به حالياً أن المعلومات تعد من قبيل المال، فالمال هو كل شيء له قيمة نقدية ويقبل التملك ويبدو ذلك بوضوح في حالة تجسيد المعلومة في صورة كتاب أو شريط عرض.

المطلب الثاني:المسؤولية عن فيروس الحاسب

إن من أخطر صور الاعتداء التي تتعرض لها مواقع على الانترنت والحاسبات و البرامج هو ما يسمى بالفيروس الذي يتسبب في تدمير الأجهزة و البرامج والمعلومات،إن هذا الاعتداء يثير بالإضافة إلى المسؤولية الجزائية كما عرضنا المسؤولية المدنية بنوعيها العقدية و التقصيرية[2].

الفرع الأول:مفهوم الفيروس :

- اولا – تعريف الفيروس:

–إن استخدام لفظ الفيروس في مجال الحاسب يعد من قبيل المجاز انما يتعلق الأمر ببرنامج للحاسب الآلي مثل أي برنامج أخر إلا أنه يتسم بالقدرة التدميرية و الوظائف التخريبية، كالإتلاف والحذف و التعديل و النسخ فهو ليس فيروسا بالمعنى العضوي أو البيولوجي، الا أنه يشترك معه في نفس الخصائص تقريبا،فهو يهدف إلى إحداث أكبر ضرر بنظام الحاسب الذي يعمل عليه وأي نظام أخر متصل به في أي مكان في العالم.

تانيا–خصائص الفيروس:

يتميز الفيروس الحاسب بعدة خصائص أهمها:

---

[1] · أسامة ابو الحسن المجاهد ، المرجع السابق، ص103

[2] فاروق علي الحفناوي، موسوعة قانون الكومبيوتر و نظم المعلومات الكتاب الثاني، الجزء الأول، عقود البرمجيات، دار الكتاب الحديث، ص 980.

1-العدوى: فهو برنامج يتم تسجيله أو زرعه على الأقراص أو الأسطوانات الخاصة بالحاسب وعند تحميل البرنامج ينتقل الفيروس من جهاز إلى آخر بسرعة فائقة، وينشر داخل الذاكرة وينسخ نفسه بسرعة غير عادية وتساعد وسائل الاتصال الحديثة على انتقال الفيروس من جانب إلى اخر داخل الشبكة،مهما كانت المسافة بينهما ويمكنه العمل على عدد كبير من الأجهزة بسبب توافقها، ويؤدي نسخ البرامج المصابة بالفيروس إلى سرعة انتشاره.

2-الاختفاء: هو برنامج يتميز بقدرة الارتباط بالبرامج الأخرى و التخفي من مستخدم الجهاز كالدخول في ملفات مخفية أو موضع الذاكرة ويظل في هذا المكان حتى توقيت أو إشارة معينة، فيقوم بتشغيل نفسه ويمارس نشاطه التدميري.

3-الاختراق: يتمتع الفيروس بقدرة فائقة على دخول النظام و التسلسل إليه واختراق كل سبل الحماية التي يضعها المستخدم.

4-التدمير: لعل أهم أعراض الإصابة بالفيروس هو بطء تشغيل النظام الإلكتروني فعامل السرعة هو اكثر اصابة و هذه أهم ميزة في النظام تم يقوم بمسح البيانات المخزنة على وسائط التخزين ويؤدي إلى شغل ذاكرة الجهاز على نحو يتعذر التعامل مع البيانات أو المعلومات وتتوقف الاستجابة لنظام التشغيل و يؤدي الفيروس إلى التشويش على المعلومات وإدخال أخرى خاطئة.

ثالثا- أعراض الفيروس:

يتم استخدام فيروس الحاسب بقصد تحقيق عدة أهداف:

1/ حماية النسخ الأصلية للبرامج من مخاطر النسخ غير المصرح به، حيث ينشط الفيروس بمجرد القيام بعملية النسخ.

2/ يقوم المنتج بوضع الفيروس على البرامج الذي يسلمه العميل لكي ينشط في وقت معين لتدمير البرامج و ذاكرة الحاسب إذا لم يفي العميل بالتزاماته في المواعيد المحددة، و في حالة الوفاء يقدم له المنتج الوسيلة المناسبة لوقف الفيروس و تدميره.

3/ تقوم مجموعة غير سوية من خبراء الحاسب بإنشاء الفيروس و استخدامه بهدف إثبات الذات أو مجرد التدمير و الإيذاء.

4/ يتم استخدام الفيروس أحيانا بغرض عدواني للإطلاع على إمكانيات الخصم أو المنافس و إضعافها و تكبيده خسائر مالية ضخمة، سواء تم ذلك لأغراض سياسية أو عسكرية أو اقتصادية.[1]

رابعاً- الحماية من الفيروس:

نظرا لخطورة الفيروس الجسيمة و آثاره المدمرة على النشاط المعلوماتي و التجارة الإلكترونية، ظهرت حملة لمقاومته من خلال أساليب الوقاية أو العلاج و تمثل في:

1/ اتخاذ الإجراءات الاحتياطية لمنع الإصابة بالفيروس أو انتشاره فينبغي توخي الحيطة و الحذر بصفة دائمة نظرا لكثرة و تعدد و تطور أنواع الفيروس.

و من أهم تلك الاحتياطات الحذر عند شراء البرامج أو نسخها أو قبولها من الأشخاص فقد تكون محملة بالفيروس، و كذلك الحال بالنسبة للأقراص المستعملة على جهاز آخر، و الحذر عند فتح البرنامج أو الملف أو البريد الإلكتروني وقت انتشار الفيروس و عند الشك يفضل غلقها لحين التأكد.

2/ مراجعة نظام التشغيل و الملفات بشكل دوري و مستمر بحثا عن الفيروسات، و مراجعة الأجهزة من وقت لآخر درءاً لخطر الفيروس.

3/ ظهرت وسائل كثيرة لمقاومة الفيروسات و هي متطور بتطور الفيروس، فهناك برامج للحماية منه يتم تحميلها على الحساب الشخصي مثل المصل Vaccin 2 :0 الذي يحتوي على ملفات ثلاثة للكشف عن الفيروس، و مشاهد القرص disk switchers الذي يقاومه كلب الحراسة grand dog الذي يمنح أي شخص أجنبي من التعامل مع الملف و يصدر صوتا تحذيريا مميزا عند حدوث ذلك.

4/ و هناك برامج لقتل الفيروس و مقاومته، تقاوم برامج الفيروس من النظام و منع انتقال عدواه إلى البرامج الأخرى، مثل برنامج VirusScan الذي يعمل على اكتشاف

1محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 178.

و التخلص منه عن طريق اختبار القرص و التعرف على أي فيروس غازي والقضاء عليه، و إبلاغ المستخدم بضرورة استبدال النسخ المصابة بأخرى نظيفة.[1]

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية عن فيروس الحاسب

إن أجهزة و برامج الحاسب تكون محلا للتعاقد بين المنتج أو الموزع و البائع من جهة و المستخدم أو العميل من جهة أخرى، و رأينا أن العقد يؤخذ عدة صور أهمها البيع و الإيجار و المقاولة يلقى هذا العقد على عاتق منتج البرنامج أو بائعه و المؤجر و المقاول التزاما بالضمان و حسن النية في تنفيذ العقد، و إذا كان مهنيا فإنه يقع عليه بالإضافة إلى ذلك الالتزام بالسلامة و الالتزام بالإعلام.

فإذا تبين أن الأجهزة أو البرامج مصابة بالفيروس كان للعميل حق الرجوع على من حصل منه على البرامج (البائع أو الموزع أو المؤجر أو المقاول) أو على المنتج أو كلاهما معا طبقا لأحكام المسؤولية العقدية استنادا لإخلاله بأحد التزاماته السابقة النابعة من العقد، و نعرض لذلك على التوالي:

أولا –فيروس الحاسب و الالتزام بضمان عدم التعرض:

يقوم البائع المهني[2] أحيانا بزراعة الفيروس بالبرامج أو الأجهزة المبيعة سواء قبل التسليم أو أثناء الصيانة أو عن بعد عن طريق جهاز المودم أو كلمة المرور، يظل ساكنا في مكان معين إلى أن يلتقي الأمر بالنشاط أو عند حلول ميعاد محدد، و قد يقوم البائع بإفشاء كلمة مرور العميل إلى شخص آخر منافس له أو له مصلحة في الإضرار بالبرامج، و يتم ذلك عند عدم وفاء العميل بما تبقى عليه من مستحقات أو عند مخالفته الالتزام بعدم النسخ أو عدم إفشاء السر لآخرين أو السماح لهم بالإطلاع عليه، فهل يعد ذلك من قبيل التعرض غير المشروع؟[3]

---

[1] عبد الفتاح صديق عبد أللاه، و الدكتور طه عبد الجواد مصطفى صقر: مبادئ الحاسب الآلي بدون ناشر، القاهرة 1998

[2] نستخدم لفظ البائع مجازا للتعبير عن كل العروض الأخرى من منتج أو موزع أو بائع أو مؤجر أو مقاول.

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 299.

لاشك أننا أمام صورة حديثة للتعرض لا تأخذ الشكل المادي الملموس، بل تتم من خلال كيان معنوي هو فيروس الحاسب و من شانه أن يحول بالتأكيد دون انتفاع العميل، كليا جزئيا بالبرامج أو الجهاز و من تم فإنه يترتب مسؤولية البائع العقدية و التزامه بالتعويض العيني أو النقدي عن الأضرار الناجمة عن تعرضه.

و لا يحدي البائع القول أنه فعله يسند إلى حقه في الحبس[1] أو الدفع بعدم التنفيذ[2] لأن ذلك الحق يقضي وجود شيء في حيازة الحاسب أو التزام يتعين عليه أداؤه فيمتنع عن ذلك حتى ينفد الطرف الآخر التزامه،[3] و هو أمر غير متوفر في حالتنا ومن ثم فان سلوكه غير مشروع لأنه يحاول أن يقضي حقه بنفسه و لا يجديه الاستناد إلى وجود شرط في العقد بعدم ضمان تعرضه للعميل بالفيروس لبطلان مثل هدا الشرط،[4] أضف إلى دالك أن استخدام الفيروس يعرض العميل لمخاطر كبيرة و إضرار فائقة تتجاوز بكثير أحقية البائع في الحصول على حقه.

إلا انه يجوز للبائع قياسا على شرط الاحتفاظ بالملكية ان يحتفظ لنفسه بحق حبس البرنامج العميل المتقاعس عن الوفاء بالتزاماته، بوسيلة فنية مضمونة و لو كان ذلك من خلال الفيروس.بشرط أن لا يسبب أضرارا أخرى له و أن ينص على ذلك صراحة في العقد.

<u>ثانيا – فيروس الحاسب أو الالتزام بضمان العيب الخفي:</u>

يرتب عقد البيع على عاتق البائع التزاما بخلو المبيع من العيوب الخفية التي تنتقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه، هذا بالإضافة إلى توافر الصفات التي تكفل البائع توافرها في المبيع للمشتري، و يشترط العيب الموجب للضمان أن يكون خفيا لا يعلمه المشتري، و قديما و مؤثرا.[5]

---

[1] حق الحبس المادة 200 من القانون المدني الجزائري المادة 164 من القانون المدني الجزائري الدفع بعدم التنفيذ.
[2] علي فيلالي، المرجع السابق ، ص 444 و ما يليها.
[3] المادة 378 من القانون المدني الجزائري حيث يقضي ببطلان شرط عدم الضمان بالنسبة للتصرف الشخصي.
[4] عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، رسالة دكتوراه، القاهرة 1994 ،ص 76.
[5] المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

و لاشك أن فيروس الحاسب يعتبر عيبا خفيا يصعب الكشف عنه بالفحص المعتاد، ويسري الضمان على العيب الخفي الموجود في المبيع قبل تسلمه، و إن لم يطرأ عليه إلا بعد البيع أما العيب الطارئ على المبيع بعد التسليم فلا يضمنه البائع [1]و ينطبق ذلك على الفيروس الذي يلحق البرنامج أثناء الإنتاج و التسويق أي قبل التسليم، حتى و لو لم يظهر نشاطه و تأثيره إلا في فترة لاحقة و من المؤكد أن الفيروس يعتبر عيبا مؤثرا نظرا لآثاره المعدية و المدمرة، فلو علم المشتري بوجوده لم يكن ليقدم على التعاقد.[2] يستفيد من هذا الضمان المشتري و خلفه العام و الخاص في مواجهة البائع و البائعين السابقين (المنتج و الموزع العام و الموزع الجزئي) و يترتب على الضمان أنه إذا كان العيب جسيما يكون المشتري للخيار بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض عن العيب طبقا لما تقضي به القواعد العامة، فيعوض المشتري عما أصابه من خسارة و ما فاته ما كسب بسبب العيب، و إذا لم يكن العيب جسيما فلا يكون للمشتري إلا التعويض، هذا بالإضافة إلى حق المشتري الثابت طبقا للقواعد العامة في طلب الفسخ أو التنفيذ العيني، فللمشتري أن يطلب إصلاح المبيع أو استبداله كليا أو جزئيا متى كان ذلك ممكنا.[3]

ثالثا – فيروس الحاسب و ضمان صلاحية المبيع للعمل:[4]

إن ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة يعد التزاما إتفاقيا بالضمان يحدد نطاقه و معالمه التصرف القانوني المنشئ له، إنه ضمان إضافي لا ينشأ إلا بالنص عليه صراحة، فهو ذي طبيعة اتفاقية.

ويجرى العمل على إعطاء المشتري أو المستخدم شهادة ضمان صلاحية البرامج أو الجهاز وخلوه من الفيروس مدة معينة، وتستغل شركات الإنتاج و التوزيع قلق العملاء إزاء الفيروسات، وتقدم لهم هذا الضمان كميزة استثنائية،على سبيل الدعاية التي تغرى بشراء السلعة، علما بأنه يدفع مقابل هذه الميزة ضمن الثمن المتفق عليه، وتتضمن

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 300.
[2] ممدوح محمد علي مبروك، المرجع السابق، ص 54.
[3] المادة 375 من القانون المدني الجزائري.
[4] محمد حسين منصور، ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة، الإسكندرية 2003 ص 12 و ما يليها.

قسيمة الضمان شروطا مطبوعة ومعدة سلفا وأمام الطبيعة الاتفاقية والاستثنائية لضمان الصلاحية للعمل يقع عبء إثباته على من يتمسك به.[1]

ويبدأ سريان فترة الضمان عادة من وقت البيع أو التسليم ويلزم البائع بالضمان بمجرد اكتشاف الفيروس قبل نهاية فترة الضمان، أو بعد ذالك طالما تبث وجوده من قبل، ويقع عبء إثبات بداية الفيروس على عاتق المشتري، إن مجرد حدوث الخلل أثناء فترة الضمان يعد قرينة على أن هذا الخلل مرتبط بعيب في صناعة البرنامج أو الجهاز أو تصميمه أو مادته، و هنا يتعلق الأمر بقرينة بسيطة يستطيع البائع إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، و يقيم الدليل على أن الخلل راجع إلى سبب أجنبي كخطأ المشتري في عدم إتباع التعليمات أو خطأ الغير أو القوة القاهرة.[2]

يترتب على الضمان التزام المنتج بإصلاح الخلل واستبدال الأجزاء المعينة بأجزاء جديدة سليمة وإعادة الجهاز أو البرنامج لأداء وظيفته المألوفة، وهو التزام تعاقدي بتحقيق نتيجة و لا يتم تنفيذ الالتزام بمجرد تحقق الإصلاح أو القضاء على الفيروس، بل ينبغي أن يتم ذلك على النحو المعتاد والذي يتفق مع جسامة الخلل وطبيعة الجهاز والاستعمال المرجو منه كيفًا وكماً، وبصفة خاصة مع عمره الافتراضي،

فلا يعد وفاءا بالالتزام بالضمان إصلاح الجهاز أو البرنامج على نحو يكفل استمراره بقيمة مدة الضمان يظهر العيب أو الخلل بعد ذلك، بل يلزم إنجاز ذلك بالطريقة التي تتفق مع مشملات العقد وما يوجبه حسب النية.[3]

وقد يكون الخلل جسيما على نحو يؤثر على صلاحية الجهاز أو البرنامج بأكمله ويصعب معه إعادة إصلاحه على النحو المرجو، هنا لا مغزى من استبدال الجهاز كله حتى يفي المدين بالتزامه بالضمان، وإلا كان للعميل حق طلب الفسخ و التعويض، طبقا للقواعد العامة، عن كل الأضرار المادية و الأدبية التي تحققه في هذا الصدد.

---

[1] المادة 386 من القانون المدني الجزائري فيما يتعلق بضمان صلاحية المبيع للعمل.
[2] المادة 127 من القانون المدني الجزائري.
[3] المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

ويكشف الواقع العملي عن أن هذا الضمان، المقدم كميزة للعميل، يتم استغلاله لتحديد مسؤولية البائع أو المنتج ويحصرها في أضيق نطاق من خلال الشروط التي ترد في وثيقة الضمان، فغالبا ما يقتصر الضمان على مدة الأمان التي نادرا ما تتاح فيها الفرصة لظهور العيب أو الفيروس، ويحرص المنتج على استبدال الخلل الراجع إلى الإهمال اليسير للعميل في الاستعمال أو اتباع التعليمات و الإرشادات، لذا رفض القضاء الأوروبي إعمال هذا التحديد على إطلاقه وأيده المشرع بنصه على بطلانه و التدخل بقانون حماية المستهلك وإبطال الشروط التعسفية أو تلك التي تنقص أو تسقط من أحكام الضمان،كما سنرى في الباب الثاني.

رابعا – فيروس الحاسب ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقد:[1]

إن حسن النية مبدأ عام يهيمن على كافة مراحل العقد سواء في مرحلة التفاوض أو الإبرام أو التفسير أو التنفيذ، وتبدو أهمية هذا المبدأ لأنه يصلح لتحديد المسؤولية عن الفيروس الحاسب، فينبغي أن يكون مقدم البرامج أمينا مع المتعاقد معه في الحرص على سلامته وخلوه من الفيروس، سواء في مرحلة إنتاجه أو تسويقه أو استعماله، إن حسن النية في تنفيذ العقد و تفسيره يصلح أيضا كأساس للالتزام بالأمان و التبصير و التحذير، و إن إخلال بهذا المبدأ يستوجب المسؤولية العقدية.

[1] المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

الفرع الثالث: المسؤولية التقصيرية عن فيروس الحاسب

تقوم المسؤولية التقصيرية عن الفيروس في الحالات التي لا يرتبط فيها المضرور بعلاقة عقدية سابقة بالمسؤول، و كذلك إذ كان الفعل الذي ارتكبه المتعاقد يشكل جريمة أو يعد غشا أو خطأ جسيما، و المسؤولية عن الفيروس يمكن أن تكون عن الفعل الشخصي أو عن فعل الغير أو فعل الشيء.

أولا: المسؤولية الشخصية عن فيروس الحاسب:

تقوم المسؤولية عن الفيروس طبقا للقواعد العامة عن الفعل الشخصي القائم على الخطأ الواجب الإثبات[1] بسبب الضرر المطالب بالتعويض عنه، و تتعدد صور الخطأ في مثل هذه الحالة وتشترك كلها في استخدام الفيروس لتحقيق أغراض متنوعة و غير مشروعة و تشكل تعديا على حقوق الآخرين.

كزراعة الفيروس في نظام المعلوماتي الخاص بالغير أو مؤسسات سرقة المعلومات أو البيانات أو التلاعب بها أو تشويهها أو تدميرها أو نقل البرامج أو التجسس على الأسرار الشخصية و الهامة.

قد يجري استخدام الفيروس على سبيل الدعابة و لمجرد إثبات الذات للتباهي بالذكاء ألمعلوماتي، و لاشك أن استخدام الفيروس في الحالات المذكورة يعد خطأ لأنه

---

[1] المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

يشكل تعديا على حقوق الغير مما يستوجب المسؤولية التقصيرية عن الأضرار الناجمة عن ذلك طبقا للقواعد العامة.[1]

ثانيا: فيروس الحاسب و المسؤولية عن فعل الغير:

تتور المسؤولية عن فيروس الحاسب بمناسبة فعل الغير في حالتين: مسؤولية المتبوع ومسؤولية متولي الرقابة.

1/ تتور مسؤولية المنتج عن الفيروس الذي يحدث بفعل أحد العاملين لديه أو نتيجة خطأه، إعمالا لمسؤولية التابع عن فعل المتبوع المادة **136** من **ق.م.ج**.

لذا يتعين عليه التدقيق في اختبار العاملين و مراقبتهم و إحكام نظم الاختبار و وضع نظم دقيقة للتحكم في الدخول.

2/ تتور مسؤولية متولي الرقابة عن الفيروس الناجم عن فعل الصبي أو القاصر في الحالات النادرة التي يمكن أن يحدث فيها ذلك.

ثالثا: فيروس الحاسب و المسؤولية عن فعل الشيء:

تطبيقا لنص **المادة 138 ق م ج** فإنه كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أو وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يدله فيه.[2]

ينطبق ذلك الحكم بوضوح على فيروس الحاسب الآلي فتتور مسؤولية حارس التقصيرية عن الأضرار التي يسببها للغير لتوافر كل الشروط الواردة في النص:[3]

1/ إن فيروس الحاسب يدخل في عداد الأشياء فهو برنامج من برامج الحاسب الخاصة بالتطبيقات، يتم تصميمه لأهداف تخريبية و هو كيان منطقي يتمثل في نبضات أو إشارات إلكترونية ممغنطة داخل الشرائح الموجودة في ذاكرة الحاسب، و يشتغل حيزا

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ص 307.

[2] المادة 127 من القانون المدني الجزائري.

[3] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة سنة 2002 ،ص 205.

فيها و ينسخ نفسه إلى أن يملأها، و هو يسببه الكهرباء الذي استقر الفقه و القضاء على اعتبارها شيئا يمكن أن يثير مسؤولية الحارس.

2/ إن الفيروس يعد شيئا خطرا بطبيعته نظرا لآثاره الخطرة و قوته المدمرة على الثروة المعلوماتية و أجهزة الحاسب التي أصبحت تدير أكبر الآلات في المصانع و تتحكم في تسيير الطائرات و القطارات و تشغيل الأجهزة الطبية و عمليات البنوك.

3/ تتمثل الحراسة في السيطرة الفعلية للشخص على الشيء في الاستعمال و التوجيه و الرقابة لحساب نفسه، فالحارس هو صاحب القرار في استعمال الشيء و توجيهه و التصرف فيه.

لو لم يمارس كل ذلك بنفسه بل عن طريق الآخرين، و الأصل أن الحراسة أثبتت للمالك شخص طبيعي أو معنوي، فتقوم قرينة بسيطة على أن المالك هو الحارس إلى أن يثبت العكس.

تتبث حراسة الفيروس لمصممه أو منتجه[1] الذي يتولى توجيه استعماله و رقابته لحساب نفسه، و من ثم فإن الحراسة لا تثبت في الحالات الآتية:

أولا: لا تتبث حراسة الفيروس للتابع و لو كانت له السيطرة المادية عليه، لأنه يعمل لحساب متبوعه، ويأتمر لأوامره لذا فهو يفقد العنصر المعنوي للحراسة، مثال ذلك الخبير المعلوماتي الذي يعمل لدى إحدى الشركات أو المؤسسات و يستولي أبحاث برامج الفيروس و بدل الوقاية منها و مقاومتها.

يستقر القضاء[2] على أنه تحقيق مسؤولية المتبوع كلما كان فعل التابع قد وقع منه أثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته هذه الوظيفة على إتيان فعله غير المشروع، أو بأي طريقة كانت فرصة ارتكابه سواء ارتكبه لمصلحة االمتبوع أو عن باعث شخصي، و سواء كان الباعث الذي دفعه إليه متصلا بالوظيفة أو لا علاقة له بها، و سواء وقع الخطأ بعلم المتبوع أو بغير علمه

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 309.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 389

– يتضح من ذلك مسؤولية المتبوع عن خطأ التابع أثناء العمل أو بسببه أو بمناسبته، إن هذا المعيار الواسع الذي تبنته محكمة النقض المصرية حرصا على مصلحة المضرور و ضمان حقه في التعويض، من قبل صاحب العمل يفيد كثيرا في حالة الفيروس مما يستغل بعض العاملين إمكانيات و ظروف العمل لإنتاج فيروس و استخدامه لأغراض شخصية، و من تم تقوم المسؤولية صاحب العمل عن ذلك و لكن تنتفي هذه المسؤولية إذا كان خطأ التابع أجنبيا عن الوظيفة.

أي منقطع الصلة تماما بالعمل أو المهمة الموكولة إليه، أو بالوسائل المعمول إليه بها لإنجاز وظيفته و ألا يكون قد وقع في غير زمان و مكان العمل، كما لو قام المعلوماتي باستخدام الفيروس لحساب نفسه خارج إمكانيات و زمان و مكان العمل.

ثانيا: ينبغي التفرقة بين حراسة الاستعمال و حراسة التكوين و ذلك بالنسبة للأشياء للتي يستعملها الشخص دون أن يكون له دخل في تركيبها أو تكوينها أو مفردات عناصرها حيث يظل ذلك الجانب للمالك أو المنتج.

ينطبق ذلك بوضوح على فيروس الحاسب، فتظل حراسة التكوين بصدد الجهاز أو البرنامج المحمل بالفيروس لمالكه أو منتجه، و تنتقل حراسة الاستعمال للمشتري أو المستأجر أو المرخص له في استخدامه.

ثالثا: تقوم الحراسة للشخص طالما انعقدت له السيطرة الفعلية عليه و لو لم تستند إلى حق، أي حتى و لو كانت السلطة على الشيء الغير مشروعة، كما في حالة سرقة الجهاز أو البرامج.

رابعا: كثيرا ما يحدث أن يفلت الفيروس من زمام سيطرة صاحبه و ينطلق لأداء نشاطه دون عدم القدرة للتحكم فيه، هنا يظل الحارس مسؤولا عما يحدثه من ضرر فالتسرب هو قمة إفلات الشيء من حارسه و يعد ذلك خطأ في الحراسة، و نفس الحكم إذا ترك المالك الفيروس دون رقابة.

خامسا: تقوم المسؤولية على أساس خطأ المفترض وقوعه من حارس الفيروس افتراضا لا يقبل إثبات العكس، و لا ترتفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت الحارس أن

وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه، و هذا السبب لا يكون إلا قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.[1]

الباب الثاني: تحديد المسؤولية حسب دور المتعامل في النشاط الإلكتروني و آثار هذه المسؤولية.

إن تحديد المراكز القانونية في النشاط الإلكتروني والأدوار المتبادلة بين هؤلاء و مدى مسؤوليتهم في هذه السلسلة المعلوماتية المتواصل يعتبر أمرا صعبا.[2]ذلك نظرا للطابع الفني المعقد لشبكة الإنترنت فهي عالمية النشاط فلا تخضع لهيمنة منظمة أو حكومة معينة كما لا توجد إدارة مركزية، مما يترتب عليها تنازع القوانين.

أن استغلال البيئة الإلكترونية يتطلب تضافر جهود عدة أشخاص و هؤلاء هم الوسطاء[3] في تقديم الخدمة أي تمكين العميل من الدخول إلى الشبكة والاطلاع على ما يريد لذلك فمنهم من ينقل الخدمة، منهم من يقوم بتوصيل العميل إلى الموقع، منهم من يخزن المعلومات أو يوردها ، كذلك الحال بالنسبة لتجارة الإلكترونية تعتمد على نظام معلوماتي عبر الشبكة يشارك في إعداده الكثير من الأشخاص لعل أهم هؤلاء الوسطاء هم: متعهدي الوصول و الإيواء و الخدمات و المنتج و ناقل المعلومات و موردها.

فأمام هذا الكم الهائل من متدخلين في خضم الشبكة، دون مكنة التعرف بالدقة على ما يفعل؟ و ماذا أو كيف؟ فإننا أمام ظاهرة حديثة لم تتضح بعد معالمها و أن تحديد مسؤوليات هؤلاء المتعاملين في النشاط الإلكتروني يعد من أدق الموضوعات.

نظرا لكون معاملات الإلكترونية تتسم بعدم توازن بين المراكز القانونية العقدية، ووجود متعامل ذو مركز ضعيف الذي غالباً ما يجهل هذا المحيط المعلوماتي وهو المستهلك الإلكتروني الذي يتطلب حماية بالغة.[4]

---

[1] المادة 138 من القانون المدني الجزائري.

[2] أسامة أبو الحسن المجاهد، مرجع سابق ، ص 55-56.

[3] حيث يرتبط هؤلاء الوسطاء بعميل عن طريق ما يعرف "عقد استخدام الشبكة" و الذي يكون محله السماح للطرف الآخر الانتفاع بالشبكة من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة و التجول بها.

[4] محمد سعيد، أحمد إسماعيل، مرجع السابق، ص 355 و ما بعدها.

ذلك لأن ازدهار هذه المعاملات يتوقف على مدى وضوح النظام القانوني لمتعاملين في هذا النشاط بصفة عامة و المستهلك بصفة خاصة، و كذا تحديد مسؤوليتهم بصفة دقيقة و الآثار القانونية المترتبة على قيام هذه المسؤولية و كيفية تسوية المنازعات الناشئة عن هذا التعامل الإلكتروني؟

للإجابة على هذه الإشكالات المعقدة فقد ارتأينا تقسيم هذا الباب إلى الفصلين التاليين:

الفصل الأول: تحديد المسؤولية حسب دور المتعامل في نشاط الإلكتروني.

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة على قيام المسؤولية الإلكترونية و كيفية تسوية المنازعات الناشئة عن هذا التعامل الإلكتروني.

الفصل الأول: تحديد المسؤولية حسب دور المتعامل في نشاط الإلكتروني.

تقف الدولة حائرة في مواجهة المشكلة لحداثتها وسرعة تطورها وتشعب أبعادها تعارض مصالحها، أي مصالح القوى الضاغطة بشأنها كما عرضنا آنفا و من تم تنوعت الآراء و تعددت الاتجاهات في هذا المقام.

لقد ثار تساؤل حول مدى ملائمة إصدار تشريع لتقنين المسألة أم ترك الأمر للقواعد العامة، على الأقل إلى حين استقرار الأوضاع و وضوح الرؤية و تبيان أبعاد المشكلة التي تتسم بسرعة التطور و تعذر تحديد الأدوار فيها.

لاشك في صعوبة تحديد المسؤولية و تقنيتها بدقة في هذا المجال[1]،فلا يمكن الركون إلى مبدأ البحث عن مسؤول تقريبي، مما يتعين إقامة مسؤولية كل شخص على ضوء الدور القائم به و درجة تدخله في تقديم الخدمة أو المنتوج.

فلا يمكن لأحد أن ينكر مبدأ قيام المسؤولية بالنسبة لكل متعامل في النشاط و لهذا تقوم مسؤولية كل متعامل في النشاط الإلكتروني إلا أن الخلاف يثور حول طبيعة هذه المسؤولية ونطاق تطبيقها.

ما يزيد المسألة صعوبة هو أن المعاملات الإلكترونية تتم عبر وسائط إلكترونية في العالم الافتراضي بين أطراف قد لا يعرف أحدهما الآخر، لذلك فإن الحاجة إلى إيجاد تنظيم قانوني للمعاملات الإلكترونية تبدو ملحة في الوقت الراهن لتأمين الحماية القانونية لحقوق المستهلك الإلكتروني.

و سنتناول هذا الفصل ضمن المبحثين التاليين:

المبحث الأول: تحديد مسؤولية مقدمي الخدمات الوسيطية.

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق ،ص 310 .

المبحث الثاني: المسؤولية في مواجهة المستهلك الإلكتروني و سرية التعاملات المالية الإلكتروني من خلال أنظمة المعلوماتية المتطورة.

المبحث الأول: تحديد مسؤولية مقدمي الخدمات الوسيطية.

تتعدد سلسلة الأشخاص المتدخلين في الحلقة الإلكترونية من متعهد الخدمات إلى ناقل، فمورد المعلومات إلى متعهد الإيواء لتصل إلى متعهد الوصول.[1]

مما يتعين علينا في هذا الصدد التطرق لمسؤولية كل من متعهد الخدمات، و الناقل، والمورد المعلومات و متعهد الإيواء و متعهد الوصول.

المطلب الأول: مسؤولية متعهد الخدمات

قبل التعرض لمسؤولية متعهد الخدمات بوجه عام، نعرض طائفة معينة تتولى تقديم خدمات نوعية.

الفرع الأول: مقدم الخدمة النوعية.[2]

إن هذا المصطلح ليس له وجود رسمي بل استخدمناه من باب المجاز لتغطية بعض الأنشطة الدقيقة التكميلية التي يتم تقديمها لتسهيل و زيادة جودة الخدمة، يدخل عمل تلك الطائفة في المرحلة ما بين مقدم المعلومات والمستفيد منها، من أهم تلك الخدمات تزويد العميل بنظام الباحث الآلي الذي يسهل له السباحة عبر الشبكة والتقاط المواد المبتغاة و تجنب المواقع و المعلومات غير المرغوب فيها و كذلك خدمة إنشاء خطوط دقيقة تسهل الربط المباشر و السريع بالشبكة و المادة المعلوماتية المطلوبة.[3]

لم تتعرض التوجهات الأوروبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية للموضوع كما لم يتم تشكيل لجنة لتقديم تقرير بالمقترحات اللازمة لتحديث هذه التوجهات وتطويرها طبقا للتغيرات القانونية والفنية و الاقتصادية في مجال خدمة المعلومات،

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة 2004 ص 54 و ما بعدها.

[2] أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية ،ص 27-28.

[3] محمد حسين منصور، المرجع السابق. ص359

و يتناول هذا التقرير بصفة خاصة المقترحات المتعلقة بمسؤولية بمقدمي الخدمات المذكورة، وإجراءات الأخطار و سحب ومدى قيام المسؤولية بعد هذا السحب.

الفرع الثاني: مسؤولية متعهد الخدمات

إن متعهد الخدمات « fournisseurs de services » هو مصدر التدفق المعلوماتي فهو بمثابة ناشر الموقع، لأنه المسؤول الأول عن المعلومات التي تعبر الشبكة فهو الوحيد صاحب السلطة الحقيقية لمراقبة المعلومات التي يتم بثها.[1]

الواقع أنه يمكن أن يتولى القيام بوظائف عدة بالإضافة إلى الوظيفة الأصلية كمنتج معلومات و منبع لها، فهو يمتلك أيضا أجهزة خدمة الوصول.

يعتبر كمحترف إنتاج وبث المعلومات يمكن أن تثور مسؤوليته التعاقدية و التقصيرية بحسب الأحوال، عن المعلومات المزيفة و الناقصة و المشينة التي يعدها و ينشرها على موقعه.[2]

إن مرجع مسؤوليته يمكن في قدرته الفعلية في السيطرة على المعلومات والتحكم في نشرها، من تم فهو يلتزم بتوريد معلومات مشروعة و حقيقية، فيقع على عاتقه الالتزام بفحص مشروعية وحقيقية المعلومات و مضمون الرسائل التي يتم إعدادها و نشرها على مواقعه.

المطلب الثاني: مسؤولية ناقل المعلومات.

إن ناقل المعلومات opérateur transporteur يتولى مهمة النقل المادي لها بوسائله الفنية، يقوم بالربط بين الشبكات تنفيذا لعقد نقل المعلومات بين الحسابات المرتبطة بمواقع الإنترنت أو بمستخدمي الشبكة وتتولى عادة تلك المهمة الكبرى الهيئة العامة

---

[1] عادل أبو هشيمة محمود حوتة، المرجع السابق ،ص 56.

[2] Chaud, responsabilité civile et internent, lamy 1996 p 03.

للاتصالات، فتتعاقد عادة مع موردي خدمات الانترنت و المشروعات و المنظمات صاحبة الاشتراكات على الشبكة العامة أو تستأجر خطوطا متخصصة.[1]

ينحصر دور الناقل في تأمين نقل المعلومة والربط بين الوحدات المختلفة لذلك فمن المفترض، كقاعدة عامة، عدم مراقبته أو علمه بالمعلومات التي تعبر الشبكة بواسطته، من تم لا تثور مسؤوليته عما قد يشوبها من أوجه عدم المشروعية، بل أنه يلتزم بالحفاظ على سرية المراسلات التي تتم عبر شبكة الاتصالات و الحياد التام تجاه مضمون الرسائل المنقولة[2].

يستقر القضاء كقاعدة عامة على عدم مسؤولية ناقل المعلومات عن مضمونها و تقوم تلك المسؤولية في حالة إخلاله بالتزامه كناقل فتنطبق عليه في هذه الحالة قواعد المسؤولية العقدية.[3] وتثور بالنسبة لناقل المعلومة مشكلة هامة تتعلق بالنسخ المؤقت للمضمون، كخطوة أولية ولازمة لنقله الالكترونياً، و هذا ما يطلق عليه التصوير الفني الإلكتروني فثار جدل حول مدى جواز ذلك تلقائيا، أم يقتضى الأمر الحصول على التصريح. و يتجه الرأي إلى السماح بذلك كاستثناء على حق المؤلف و الحقوق الأخرى المجاورة له.

المطلب الثالث: مسؤولية مورد المعلومات.

إن مورد المعلومة « fournisseurs de contenu » هو شخص طبيعي أو معنوي يتوسط بين مؤلف مضمون الموقع و مستخدم الإنترنت الذي يرغب في إطلاع على ذلك الموقف، فهو يقوم بتحميل النظام المعلومات التي قام بجمعها أو بتأليفها حول

---

[3] LeD tane, lamy droit 2000, n° 25000.

[2] إلا في الحالات التي يلزمه فيها القانون بغير ذلك.

[2] Art :9 de la proposition modifiée de directive du parlement européen du 14 juillet 2000

موضوع معين فيتولى الاختيار والتوريد للمادة المعلوماتية مشابهة بخدمة بوسائل الاتصال المرئية و المسموعة الموجهة إلى الجمهور.[1]

أولا: الالتزامات:

يتعين عليهم إخطار المجلس الأعلى للإعلام المرئي والمسموع بالنشاط وتحديد رئيس التحرير والمسؤول عن تامين تنفيذ الالتزامات المتعلقة بممارسة حق الرد، لكن اعمال تلك الالتزامات في عالم الانترنت كان محل الاعتراض بسبب الرغبة في توسيع مبدا حرية التجارة الالكترونية، هذا ما عبرت عنه بوضوح التوجهات الأوربية، هذا بالإضافة إلى صعوبة ذلك من الناحية العملية والفنية النابعة من طبيعة الانترنت كنشاط مفتوح غير مركزي يصعب التحكم فيه والسيطرة عليه من سلطة رئاسية تتولى الهيمنة عليه.[2]

ثانيا: المسؤولية

يطبق نظام المسؤولية المتوالية، وهي تلك المطبقة في عالم النشر والصحافة، مما يترتب على الواقعة مسؤولية مرتكبها و مسؤولية من هو مسؤول عنه، وهكذا يقوم نظام المسؤولية عن فعل الغير على قرينة الرقابة التي يلزم مدير النشر أو رئيس التحرير بمراقبة المادة المحررة في وسيلة الإعلام ولا يقوم هذا النوع من المسؤولية إلا في التزام بالرقابة على عاتق شخص معين.[3]

بالنظر إلى النظام التقني للإنترنت، وبصفة خاصة طبيعة العلاقات بين القائمين و المتعاملين على الشبكة، فإن ذلك يبعدنا تماما عن نظام المسؤولية السابق، فلا يوجد نظام مركزي و تسلسل رئاسي وحتى ان فرضنا وجود مدير للنشر فإنه لا يستطيع

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص324

[2] ابراهيم الدسوقي أبو الليل ،الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ،مجلس النشر العملي،جامعة الكويت سنة 2003 ،ص123.

[3] مقالة عن "الإعلان على شبكة الإنترنت"، الموقع الإلكتروني، الإمارات للإنترنت و الوسائط المتعددة سنة 2001 .

مراقبة المضمون، أوالتحكم في الرسائل المتبادلة على الشبكة مما يتوقف الأمر على الأفراد المشاركين، كما في حلقات المناقشة بصدد موضوعات معينة.[1]

المطلب الرابع: مسؤولية متعهد الإيواء.[2]

الفرع الأول : تعريفه :

إن متعهد الإيواء هو شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين التطبيقات و السجلات المعلوماتية لعملائه، و يمدهم بالوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى ذلك المخزون عبر الإنترنت خلال 24 ساعة، مما يبدو المتعهد بمثابة مؤجر لمكان على الشبكة، يعرض الإيواء صفحات web على حساباته الخادمة مقابل أجر فيكون للمستأجر حرية نشر ما يشاء من نصوص أو صور أو تنظيم مؤتمرات و حلقات مناقشة، أو إنشاء مواقع معلوماتية مع المواقع الأخرى.

لقد شهدت مسؤولية متعهد الإيواء جدلا كبيرا في صفحات الفقه و أحكام القضاء، فهي من أكثر المسؤوليات تطبيقا في الحياة العملية و تطورت بشكل ملحوظ، مما استدعى التدخل التشريعي لتقنينها في كثير من الدول.

الفرع الثاني: موقف التشريع المقارن

يبدو من الاتجاه العام للنصوص في هذا المقام أن تميل إلى إعفاء متعهد الإيواء من المسؤولية عن فعل الغير و يتحمل فقط نتيجة خطأه الثابت.[3]

جاءت في التوجهات الأوروبية الصادرة في **08 يونيو 2000** بشأن **ت.الإلكت** لتضع نظاما مشابها، فهي توجب على الدول الأعضاء مراعاة عدم مسؤولية مقدم خدمة الإيواء إلا بشروط معينة.[1]

---

[1] أحمد سعيد شرف الدين، مشاكل عقود التجارة الإلكترونية، ندوة الجوانب الأخلاقية و القانونية و المجتمعية للمعلومات، القاهرة من 4-6 ماي 1999 الصادر عن مركز المعلومات و اتخاذ القرار، مجلس الوزراء المصري.

[2] مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دار النهضة العربية القاهرة ،2001 ،ص 137.

[3] المسؤولية عن الأفعال الشخصية طبقا للمواد 124 و 124 مكرر و 125 و 126 من القانون المدني الجزائري.

1/ ثبوت علمه الفعلي بالمضمون غير المشروع للموقع الذي يؤويه هذا بالنسبة للمسؤولية الجنائية، أما عن طلب التعويض فيكفي أن يكون النشاط غير المشروع ظاهرا.

2/ أن تكون لديه الوسائل التي تمكنه من غلق الموقع الذي يتولى إيوائه أو منع الوصول إليه أو سحب المعلومة غير المشروعة.

3/ اتخاذ موقف سلبي رغم علمه و إمكانياته في اتخاذ ما يلزم على النحو السابق.

مقصود بذلك عدم وجود المسؤولية عن تحمل التبعة أوالمخاطر، فتقوم فقط في حالة ثبوت الخطأ فيلتزم مورد الخدمة بمجرد بدل العناية لمنع تداول المضمون أو المعلومات المخالفة للقانون، ذلك من خلال الجهود التي تتناسب و إمكانياته لكن مضمون هذه الجهود و مداها يظل أمرا مبهم، ذلك ان التوجهات الأوروبية تمنع دول الأعضاء بأن تفرض على مقدم الخدمة التزاما عاما بمراقبة المعلومات التي يتولى نقلها أو تخزينها، والبحث عن الوقائع و الظروف التي تكشف عن أنشطة غير مشروعة.[2]

الفرع الثالث: المشرع الفرنسي

حاول المشرع الفرنسي **في قانون 01 أوت 2000** فرض على مقدم الخدمات الوسيطية في الإنترنت الالتزام بتحديد دور و هوية كل منهم، و يقضي القانون بعدم قيام المسؤولية المدنية و الجنائية لأي شخص طبيعي أو معنوي، يقوم بمقابل أو بدون مقابل بالتخزين المباشر و الدائم ليضع تحت تصرف الجمهور إشارات أو كتابة أو صور أو صوت أو وسائل أي كانت طبيعتها، ذلك عن محتوى أو مضمون هذه الخدمات، إلا إذا أخطر من قبل السلطة القضائية ولم يقع بعمل الإجراء اللازم لمنع الجمهور من الوصول إلى المضمون أو موضوع الخطر.

لاشك أن هذا التحديد ضروري لكل من الجمهور و مقدمي الخدمات إلا أنه يتعارض مع الاتجاه السائد في عالم الإنترنت بتركه مجال مفتوح للحرية الشخصية والتجارية

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق،ص 203.

[2] إبراهيم االدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 130 و ما بعدها.

دون قيود و التصرف دون التعرف على هويته،[1] هذا بالإضافة إلى الخوف من استغلال المعلومات الشخصية في أغراض أخرى.

المطلب الخامس: مسؤولية متعهد الوصول[2]

إن متعهد الوصول « fournisseurs d'accès » هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم للعملاء الراغبين من الجمهور خدمة الوصول إلى الإنترنت.

يقوم بتزويد العميل بمقتضى عقد اشتراك وبمقتضى الوسائل الفنية التي تمكنه من الالتحاق بالشبكة و الوصول إلى المواقع التي يرغب فيها، و ذلك من خلال توصيله بمقدمي الخدمات.

الفرع الأول: الالتزام بتبصير العميل.

توجب بعض التشريعات على متعهد الوصول أن يقترح على عملائه وسيلة فنية لمنع الدخول إلى بعض المواقع، فالمشرع الفرنسي يلزمه بتزويد عميله إذا رغب في ذلك بإجراء الذي يتيح له فرض نوع من الرقابة الذاتية[3] على نفسه و أسرته في هذا المجال.

و يوجب القضاء على متعهد الوصول تبصرت لعملائه بالمخاطر التي تتعرض لها في حالة الدخول على مواقع معينة أو التعامل معها.[4]

الفرع الثاني: حالات مسؤولية متعهد الوصول

أولا: إذا أخل بالتزاماته التعاقدية مع العملاء المشتركين لديه، هنا تثور المسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة، كما لو حدث خلل أو عيب في الأداء الفني لارتباط العميل بالشبكة، و إن كان من الملاحظ أن متعهد الوصول كثيرا ما يحرصون في العقود

---

[1] Deprez, responsabilité des fournisseurs de revete sur internet expertise, 1997 p 183

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق الإشارة، ص 60.

[3] Loi du 1er aout 2000

[4] أنور أحمد الفزيع، عقد المستورة في مجال الحصول على أنظمة الحسابات الإلكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت، العدد الثاني سنة 1994، ص 134-135.

المبرمة من طرفهم بادراج الشروط المخففة أوالمقيدة من المسؤولية، وهي صحيحة ما لم تتسم بالتعسف أوتنطوي على غش.

ثانيا: إذا كان يقدم خدمات إضافية إلى جانب عمله الأصلي، مثل اقتراح المادة المعلوماتية التي يتم بثها، هنا يكون بمثابة متعهد معلومات أو منتج و يسأل بالتالي عن عدم مشروعية تلك المادة و كذلك الحال في حالة التعهد بالإيواء أو التخزين أو نقل المعلومات أو ترحيل مؤتمرات المناقشة، هنا تثور المسؤولية طبقا لأحكام الدور الجديد الذي يقوم به كما عرضنا من قبل.

ثالثا: إذا تعهد صراحة بمراقبة المضمون المعلوماتي، فهنا تقوم مسؤوليته، وهذا ما أعلنته صراحة الشركة الأمريكية (A.O.L) بأنها مسؤولة عن مراقبة شبكة العنكبوتية و رفضت مسؤولياتها عن المعلومات التي يتولى المشتركين بأنفسهم البحث عنها من خلال الندوات و حلقات المناقشة.

المبحث الثاني: المسؤولية في مواجهة المستهلك الالكتروني وحمايته في إطار العقد الالكتروني

تمثل قضية حماية حقوق المستهلكين احد المشاكل الرئيسية في التجارة الالكترونية، والتي تؤثر في أداء قطاعات الأعمال عند تحويلها إلى انظمة إلكترونية لذا كان من الواجب حماية هذه الحقوق بصورة واضحة وفي إطار من الشفافية الكاملة وفي نظام ما تسمح به من أدلة الإثبات الإلكترونية، وقد يكون من المناسب إنشاء الجمعيات المتخصصة لتلك الحماية وتفعيل دور المنظمات غير الحكومية في هذا الصدد .[1]

والمستهلك هو كل شخص يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف إشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية و العائلية.[2]

و لاشك قي استقلال طبيعة المعاملات الإلكترونية و بروز سماتها الذاتية من خلال أسلوب الإعلان عنها و التفاوض بشأنها و كيفية إبرامها و تنفيذها، و نمط التسليم و الدفع و الإثبات فيها، أضف إلى ذلك فإن هذه المعاملات تتم عبر شبكة دولية للإنترنت لا تعرف الحدود، لهذا كان من الطبيعي بروز الحاجة لتوحيد النظام القانوني لتلك المعاملات و التنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين و اتساع نطاق الحماية الخاصة بالمستهلكين.[3]

المطلب الأول: الطابع الدولي للحماية[4]

تتجه النظم القانونية المعاصرة إلى حماية المستهلك في مواجهة المهني أي كان صفته، منتج، بائع، موزع، من خلال تشديد المسؤولية من جهة و زيادة التزاماته من جهة

---

[1] رأفت رضوان، عالم التجارة الإلكترونية، 1999، ص 223-224.
[2] محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ص 09.
[3] عاطف عبد الحميد حسن، حماية المستهلك، دار النهضة العربية القاهرة، 1996 ،ص 18.
[4] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه سنة 2002، ص 32.

أخرى. لهذا الغرض تبنت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولي(CNUDCI) في **16 ديسمبر 1996** نموذج قانون تجارة الإلكترونية وآخر عن الغرفة التجارية الدولية (CCI)، وأخيرا التعليمات الأوروبية الصادرة في **20 ماي 1997** فيما يتعلق بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، و التعليمات الصادرة في **13 ديسمبر 1999** لوضع نموذج أوروبي بشأن أحكام التوقيع الإلكتروني.

ينبغي الإشارة بصفة خاصة إلى الإرشادات التوجيهية لضمان حماية المستهلك الإلكتروني أو ما يطلق عليه **cyber consommateur**.

الصادر عن l'OCDE في **1999/12/9**، ليس لهذه الإشارات قوة إلزامية، و لكنها تسعى ببساطة لتشجيع الجهود المبذولة من قبل ممثلي المستهلكين و إبراز أهمية التعاون بين الحكومات و المستهلكين على الصعيد الوطني و الدولي.[1]

الفرع الأول: طبيعة القواعد الحمائية.

أصبح موضوع حماية المستهلك ذا أولوية مطلقة، و يبدو ذلك بوضوح في التقرير الصادر عن مجلس الدولة بشأن الإنترنت و التجارة الإلكترونية، فقد حظيت حماية المستهلك باهتمام بالغ فيه، ذلك أن ازدهارهذه الأخيرة يتوقف على وضوح النظام القانوني للمعاملات الإلكترونية و قدرته على توفير الثقة للمتعاملين بصفة عامة و المستهلك بصفة خاصة، و لاشك في وجود أسس هذا النظام و ركائزه، و لا يمكن الادعاء بوجود فراغ قانوني في هذا المجال،فالتنظيم القانوني القائم قابل للتطبيق على كافة هذه المعاملات.[2]

و تتسم التشريعات الخاصة بحماية المستهلك في هدا الصدد بالطبيعة الآمرة وتتعدد أوجه ومجالات تطبيقها، فيما يتعلق بتامين المعاملات الإلكترونية في مجال الوفاء والتسليم و الإثبات، وفي مجال حماية البيانات الشخصية للأفراد و المتعاملين، وفي

---

[1] organisation de coopération et de développement économique j.o.c.e (L) 144 -4 juin 1997, 01319 jan 2000, 128 .

[2] سمير عبد السميح الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مطبعة الدلتا، ص 98.

مجال الدعاية و الإعلان عن السلع والخدمات بصفة عامة، و بعض المنتجات كالأدوية بصفة خاصة، بالنسبة للقانون الواجب التطبيق و القواعد التي تحكم تنازع القوانين بصدد العقود الإلكترونية.

لقد تم تقنين نظام القانون الفرنسي لحماية المستهلك منذ عام **1993**، و لقد اتبعه المشرع الجزائري بإصداره قانون 89-02 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك، الملغى بموجب القانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

في الغياب في التشريع الجزائري قانون متعلق بتنظيم المعاملات الإلكترونية، فإنه يتم إعمال هذه القواعد العامة على المستهلك الإلكتروني.

أمام ظهور وسائل الاتصال الحديثة و بصفة خاصة الإنترنت ثار تساؤل عما إذا كان المستهلك في التجارة الإلكترونية يتمتع بنفس الحماية التي يحظى بها على صعيد التجارة التقليدية، و بعبارة أخرى هل يلاءم قانون المستهلك التجارة الإلكترونية.

أ- **على الصعيد الأوروبي:** عملت اللجنة الأوربية على تقريب النصوص التشريعية و اللائحية و الإدارية للدول الأعضاء، دفعت تلك المجهودات البرلمان الأوروبي و مجلس الاتحاد الأوروبي إلى إصدار توجهات في 20 ماي 1998 بصدد حماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد، يتعين على دول الأعضاء تعديل و تقدير تقرير تشريعاتها الداخلية لتتفق و أحكام تلك التوجهات.[1] و قد تدخل المشرع الفرنسي مستجيبا للتوجه الأوروبي رقم 97/7 (ec) ز وبمقتضى المرسوم رقم (2001/741) تاريخ 2001/08/23 كرس بوضوح حماية المستهلك في التعاقد عن بعد من خلال رسائل الاتصال الحديثة وقد أدمجت النصوص التي يتضمنها هذا المرسوم في تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر بقانون (1993/949) بتاريخ 1993/07/02 و بذلك أصبح هذا المرسوم جزأ لا يتجزأ من **قانون الاستهلاك الفرنسي**.[2]

---

[1] رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني، مقالة منشورة بمجلة الحقوق الكويت.ص 98

[2] Ordonnance n°2001-741 du 23 aout 2001 portant transposition de directives, communautaire en matière et adaptation droit communautaire de droit de la communautaire.

أولا- تحديد مقصود المستهلك:

بالرجوع للتوجه الأوروبي 97/71 فإن تعبير المستهلك يعني "أي شخص طبيعي يبرم عقدا و يكون خاضعا لهذا التوجيه، لتحقيق الأهداف التي لا تدخل في نطاق تجارته أو أعماله التجارية أو النشاط المهني".

أما بالنسبة للمشرع الجزائري في تعريفه للمستهلك في مادته **03** من **قانون حماية المستهلك و قمع الغش 09-03** "المستهلك هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بالمقابل أو مجانا سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو تلبية حاجات شخص آخر أو حيوان يتكفل به".

يمكن الاستعانة بهذا التعريف للمستهلك **الإلكتروني** الذي يعتبر مستهلكا بغض النظر عن وسيلة التعاقد.

ثانيا- تحديد المقصود بالمهني أو المورد:

إن التوجه الأوروبي يعرف الشخص الذي يتعامل مع المستهلك في التعاقد عن بعد من خلال وسائل الاتصال عن بعد، بتعبير مورد و هو كل شخص طبيعي أو قانوني (معنوي) يبرم عقدا و يكون خاضعا لهذا التوجيه وهو يتعامل في إطار قدراته المهنية أو التجارية.[1]

و هو ما يبرم تصرفا تجاريا للوفاء باحتياجاته المهنية، أما أن خرج التصرف عن مجال تخصصه البحث فإنه يكون بمثابة مستهلك.

غير أنه يتضح من القضاء الحديث لتلك المحكمة أنها تبنت تعريفا أضيق فاستبعدت من نطاق حماية المستهلك كل المهنيين، حتى و لو أبرموا تصرفات خارج نطاق اختصاصهم، طالما أن التصرف له صلة مباشرة مع النشاط المهني.[2] فصاحب مصنع الأدوية التي يتعاقد على شراء برنامج معلومات لإدارة مصنعه لا يعتبر مستهلكا، أما إذا اشترى البرنامج لأولاده بالمنزل فإنه يعتبر كذلك.

---

[1] Article 2/3 de directive 97/07/ec.

[2] Cass. Civ. 1995 m B.C.I p 510.

يتفق هذا التطور القضائي مع التعريف التي تبثه المجموعة الأوروبية للمستهلك وكذا المشرع الجزائري في تعريفه للمستهلك في **المادة 03** من **قانون 09-03** لحماية المستهلك و قمع الغش.

أي أن المعيار لتحديد المستهلك و تميزه عن المهني هو أن يبرم تصرفا منقطع الصلة عن نشاطه المهني.

تعريف المهني في ظل القانون الجزائري:

لا يوجد تعريف مهني في القانون الجزائري فقد نص المشرع في المادة **03**[1] **فقرة07** المتعلق بالتعاريف جاءت بمصطلح جديد و هو المتدخل.

" و هو كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك".

و يستخلص من هذا التعريف فإن المتدخل هو كل شخص يتدخل في دورة المنتوج إلى غاية عرضه النهائي للاستهلاك قبل اقتناء من طرف المستهلك.[2]

وكالنتيجة لهذا إن الشخص الذي يقدم سلعة أو خدمة عبر الشبكة الإلكترونية يدخل في حكم المتدخل لأنه ساهم في عرض المنتوجات للمستهلك و يدخل في حكم المهني المحترف. هذا ما أكدته المادة **02** من المرسوم التنفيذي 90-266 المتعلق بضمان المنتوجات و الخدمات الصادر في 1990/09/15 بقولها "المحترف هو منتج أو صانع أو وسيط أو حرفي أو التاجر أو مستورد أو موزع و على العموم كل متدخل ضمن إطار مهنته في عملية عرض المنتج أو خدمة للاستهلاك"

يتضح من هذه التعاريف أن العقود الإلكترونية كما سبق ذكره هو عقد استهلاك مبرم بين **المستهلك** و الطرف الثاني يسمى **مهني** أو **محترف** أو **متدخل**

المطلب الثاني: ضمانات المستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية.[3]

لقد حظي المستهلك باهتمام بالغ في اغلب القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية سواءاً في قانون اونسترال نموذجي للتجارة الإلكترونية، و القوانين الصادرة في بعض

---

[1] قانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

[2] علي فيلالي، المرجع السابق، ص372.

[3] خالد عبد الفتاح محمد خليل، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، رسالة دكتوراه سنة 2003، ص 34.

الدول العربية كالأردن و مصر و تونس، التي منحت لهذا الاخير الحماية و ضمانات خاصة في مواجهة البائع خلال التعامل التجارة الإلكترونية.[1]

سوف نتعرض في هذا المطلب الضمانات المخولة للمستهلك الإلكتروني خلال المعاملة الإلكترونية من خلال البحث في النقاط التالية:

أولا: الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني.[2]

ثانيا: حق المستهلك في الانسحاب.

ثالثا: شروط صلاحية العقد الإلكتروني لصالح المستهلك.

رابعا: التنظيم الخاص ببعض السلع و الخدمات لصالح المستهلك.

الفرع الأول: الالتزام بإعلام المستهلك الإلكتروني

معظم المعاملات التجارة الإلكترونية تتم بين مهنيين محترفين للعمل التجاري والمستهلك العادي ليس لديه الخبرة و المعلومات الكافية عن السلع والخدمات التي يرغب التعاقد عليها عن بعد، وبذلك يزيد الأمر صعوبة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني.

إن التزام المهني بإعلام و تبصير المستهلك ينشأ من أجل حماية المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، و بموجبه ينبغي على البائع أن يعلم المشتري بكل ما يمكن أن يؤثر على قراره في إبرام العقد الإلكتروني من عدمه.

و يختلف مضمون الالتزام المهني بإعلام و تبصير المستهلك وفقا للقوانين التي سنتناولها على النحو التالي:

أولا: التوجه الأوروبي رقم (ec/97/07)

---

[1] عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون، والمنعقد في الفترة (9-11) ماي 2003 في الجامعة العربية المتحدة.ص47

[2] عبد الله حسن علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري و الصناعي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية القاهرة 2002، ص 121.

لقد وضع الاتحاد الأوروبي التزاما مشددا على عاتق المورد بإعلام المستهلك مما يستوجب تزويده في الوقت المناسب قبل إبرام العقد بالبيانات الآتية: الشخص المورد و عنوانه (خاصة إذا كان العقد يقتضي الرفع مقدما)، مع بيان العنوان الجغرافي للمؤسسة التي يمكن للمستهلك التوجه بطلباته إليها، حتى أن المجلس الوطني للمستهلك قد رفض تقنين الإجراءات اللازمة لتحديد هوية المواقع و شفافية و أمانة العروض التجارية عبر الإنترنت، أن يكون تحت تصرف المستهلك كافة المعلومات المتعلقة بالتجار و الوسطاء المعروضين على الشبكة ذلك عن طريق إعداد سجل ببيان الشركات الوطنية و الأوروبية أو العالمية حتى يتيسر على المستهلك الرجوع إليه قبل الدخول في العلاقة التعاقدية.[1]

أما المضمون الثاني: فهو يقوم على بيان السلعة أو الخدمة بيانا كافيا نافيا للجهالة و ذلك يقتضي الالتزام بمبدأ حسن النية الذي يتضمن بدوره محورين:

الأول: الالتزام بعدم كتمان الحقيقة عن المستهلك.

الثاني: الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات المتعلقة بالسلعة أو خدمة و كيفية استخدامها.

أ- **تأكيد المعلومات:** يقصد بتأكيد المعلومات تلك البيانات التي يجب أن تستلم من قبل المستهلك بعد إبرام العقد سواء أكان ذلك بكتابة أو أي وسيلة أخرى متاحة, و يكون لها صفة القابلية للاستمرار (أي يمكن حفظ المعلومات أو البيانات لمدة معقولة تتلاءم مع الغرض الذي أنشئت من أجله[2]

ثانيا: قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993.[3]

---

[1] سمير عبد السميع الأردن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف ،2005 ،ص 123.

[2] الفقرة 20 من الأسباب الموجبة للتوجه الأوروبي (07/97/ec) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، المرجع السابق ص 49.

[3] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 368.

حرص المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك سنة 1993 على أن يؤكد في المادة (L. 121-18) هو النص الجديد المضاف بموجب المرسوم رقم (2001/741) على التزام المهني بإعلام المستهلك في مرحلة المفاوضات التي تسبق التعاقد.

1/ المعلومات المسبقة:

" يتوجب على كل مهني محترف و على كل شخص ملزم بتقديم الخدمة أن يضع أمام المستهلك كل الصفات الأساسية للسلعة أو الخدمة" يقصد بالخصائص الأساسية للسلعة أو خدمة تلك التي يتحدد بمقتضاها رضا المستهلك التي تسمح باستعمال الصحيح للسلعة أو الخدمة وذالك كما حددها الفقه الفرنسي.

2/مضمون المادة(L 113/3):

"على كل مهني منتج أو شخص ملزم بتقديم خدمة أن يعلم المستهلك بالأسعار و التحديات المحتملة للمسؤولية التعاقدية و الظروف الخاصة بالبيع...."

كما أوجبت المادة(L121-18) المضافة إلى تقنين المستهلك الفرنسي ضرورة إعلام المستهلك بالمعلومات الآتية:

1-اسم وعنوان المهني أو الشخص المقدم للخدمة ومركز شركة الشخص الاعتباري.

2- نفقات التسليم عند الاقتضاء.

3-طرق الدفع و التسليم و التنفيذ.

4-وجود حق الرجوع باستثناء تلك الحالات التي يكون فيها ممارسة حق مستبعدا بمقتضى نصوص هذا القانون.

إن هده المعلومات التي تظهر فيها الصفة التجارية يجب أن تصل المستهلك بدون غموض و بطريقة واضحة بكل الطرق المستخدمة للاتصال عن بعد.[1]

ثالثا -قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لسنة 2000:

[1] محمد حسام الدين لطفي، "استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود و إبرامها"، دار النهضة العربية ،2000،ص85

عالج هذا القانون مسائل حماية المستهلك في الباب الخامس وحرص على تأكيد التزام البائع بتوفير المعلومات المسبقة للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل التعاقد[1].

فقد تبنى القانون التونسي، بعض الأحكام التي تخرج عن المبادئ العامة للتوجه الأوروبي، فيما يتعلق بتأكيد المعلومات بعد إبرام العقد أو جب القانون التونسي في **الفصل29** انه يحدد "**مدة عشرة أيام بعد إبرام العقد**" لتأكيد المعلومات المسبقة بإضافة إلى كافة المعطيات المتعلقة بعملية البيع دون تحديد لهذه المعلومات.

– يجب على البائع في المعلومات التجارة الالكترونية أن يوفر المستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

– هوية وعنوان وهاتف البائع أو مقدم الخدمات.

– وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة.

– طبيعة وخاصيات وسعر المنتوج.

– كلفة تسليم المنتوج ومبلغ تأمينه والادعاءات المستوجبة.

– طرق وإجراءات الدفع وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة.

– طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد و نتائج عدم انجاز الالتزامات.

– إمكانية العدول عن الشراء .

– شروط فسخ العقد، إذا كان لمدة غير محدودة أو تفوق السنة.

– المدة الدنيا للعقد، وفيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بالسلعة أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية يتعين توفير هذه المعلومات الالكترونية ووضعها على ذمة المستهلك للاطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة التي قد تختلف من قانون إلى آخر، وان البائع غير ملزم بتأكيد هده المعلومات إلا إذا طلب منه المستهلك القيام بذلك، ان القانون التونسي قد شدد على البائع بتحديد مدة العشرة أيام بينما التوجه الأوروبي لم يحدد مدة معينة وجعلها كالحد الأقصى عند التسليم.

1- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار المنهج،2009،ص23

يتبين لنا من النصوص السابقة وجود بعض أوجه الخلاف بين **القانون التونسي والتوجه الأوروبي** على النحو التالي:

أ- يوجب التوجه الأوروبي على المهني تأكيد المعلومات ما بعد البيع للمستهلك باستثناء بعض الحالات (مثل البيع بالكتالوج)، أما القانون التونسي فإنه لا يلزم البائع بتأكيد المعلومات بعد البيع إلا إذا طلب من المستهلك ذلك.[1]

ب- يتطلب التوجه الأوروبي من المهني أن يوفر الوسيلة تمكن المستهلك من الإطلاع على المعلومات المسبقة، في حين يجب أن يثبت البائع في القانون التونسي حصول الإعلام المسبق للمستهلك.

يبدو لنا بوضوح تأثر المشرع التونسي بالتوجه الأوروبي رقم (ec97/7) بشأن حماية المستهلك في التعاقد عن بعد باعتباره قانونا نموذجيا.

الفرع الثاني: حق المستهلك في الانسحاب

يعتبر حق المستهلك في الانسحاب أو العدول عن التعاقد الالكتروني من أهم مظاهر الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني، نظرا لأن هذا الأخير، لا تتوافر له الإمكانيات الفعلية أو الحقيقية لمعاينة السلع و التحقيق من الأداء المناسب للخدمات قبل إبرام العقد عبر الوسائل الاتصال الحديثة.[2]

ويرى جانب من الفقه بأن المستهلك الالكتروني يتمتع بحق خيار الرؤية ويعرف هذا الحق بأنه "إثبات حق المشتري في إمضاء العقد أو فسخه عند رؤية المعقود عليه إذا لم يكن قد رآه من قبل، فالمستهلك الالكتروني الذي يشتري السلعة عن طريق الانترنت لم يكن قد رأى البضاعة وانما رأى صورتها أو علم بأوصافها المكتوبة على الشاشة أمامه فإذا ما استلم السلعة يكون له حق خيار الرؤية في إمضاء العقد أو فسخه[3].

أولا – موقف التوجه الأوروبي رقم (ec7،79):

---

[1] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 385.

[2] محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، 2007 ،ص 128.

[3] عبد الحق حميش، المرجع السابق ، ص79.

إن المادة السادسة من التوجه الأوروبي الصادرفي **20 ماي 1998** تنص على حق المستهلك في أن يرجع عن العقد خلال فترة (سبعة أيام) وبدون إعطاء أي سبب و بدون أن يتعرض لأي جزاء، و الالتزام الوحيد الذي يقع على عاتقه هو تحمل أعباء تكاليف إرجاع السلع إلى المهني.

وقد اضافة نفس المادة المذكورة اعلاه "بأن **تاريخ بداية تلك الفترة يمكن تحديدها من خلال التميز بين السلع** و **الخدمات.**

حالة السلع: تبدأ هذه الفترة من اليوم الذي يستلم فيه المستهلك (تأكيد المعلومات كتابة) أو السلع تنفيذا للالتزامات المنصوص عليها في **المادة05.**

حالة الخدمات: تبدأ هذه الفترة من اليوم الذي يتم فيه إبرام العقد أو من اليوم الذي تنفد فيه الالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة.

و يشترط ألا تتجاوز هذه الفترة الثلاثة أشهر وذالك على النحو الأتي: – إذا أخفق المورد(المهني) في تنفيذ التزاماته المذكورة في **المادة 05** فإن هذه الفترة ستكون **ثلاثة أشهر**، ويبدأ سريان كما يلي:

أ– في حالة السلع: من يوم الاستلام من قبل المستهلك.

ب– في حالة الخدمات: من يوم إبرام العقد.

فإذا قام المهني بتسليم المستهلك تأكيدا للمعلومات ضمن فترة الثلاثة شهور فان فترة السبعة أيام عمل المشار إليه في الفقرة الأولى ستبدأ من نفس هده اللحظة فاذا استعمل المستهلك حقه في الانسحاب طبقا لهذه المادة، فان المورد سيكون ملزما بان يعوضه ما كان قد دفعه من مبالغ أو نفقات وما تحمله من خسائر، ويستثنى فقط تلك التكلفة المباشرة لإرجاع السلع[1].

ان مثل هذا التعويض يجب أن ينفد بأسرع ما يمكن ولا بد أن يتم خلال **30يوما** من تاريخ الانسحاب.

---

[1] راجع الفقرة الثانية من المادة 06.

تنص التوجهات مع ذلك على انه في حالة عدم وجود اتفاق مخالف فان حق العدول لا يمكن ممارسته بالنسبة لعقود توريد الخدمات التي بدا تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل **السبعة أيام** وعقود توريد السلع والخدمات التي يتحدد الثمن فيها طبقا لتباين أسعار السوق المالي التي ليس بوسع المورد السيطرة عليها، وعقود توريد التسجيلات الصوتية والمرئية وبرامج الحاسب المصممة بناء على طلب المستهلك .

يذكر مجلس الدولة، من جهة أخرى في تقريره حق العدول يجب ألا يسمح للمستهلك بالاستفادة من الخدمة دون أن يدفع مقابلها كإعادة برامج المعلومات والأعمال الأدبية والفنية للبائع بعد إعادة إنتاجها أو نسخها، لذلك فإن التوسع في هذا الحق ينبغي قصره على الخدمات التي لم يبدأ استهلاكها قبل نهاية مدة **السبع أيام** بعد إبرام العقد، لهذا فإن حق الاسترداد أصبح قاصرا في القانون الفرنسي على الأموال دون الخدمات.[1]

الا انه يتعين النص بوضوح على مدى وجود الحق في العدول ونطاق استعماله حتى يكون المستهلك على بينة من أمره، لعل الأساليب الفنية الحديثة تقدم الحل المناسب في هذا المقام كتمكين العميل من تجربة المنتج والحكم عليه بالطريقة التي لا تؤدي إلى المساس به أو استغلاله، أي التوفيق بين حقوق المستهلك و حق الموزع.

ثانيا: قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي سنة 2000

تناول قانون المبادلات و تجارة الإلكترونية التونسي حق المستهلك في العدول عن الشراء في **الفصل 30** الذي يقضي بأنه: "مع مراعاة مقتضيات الفصل **(25)** من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء من أجل عشرة أيام عمل تحتسب

بالنسبة **للبضائع** بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.

بالنسبة **للخدمات** بداية من تاريخ إبرام العقد.

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص98 .

و يتم الإعلام عن العدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد في هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع الى المستهلك من أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أوالعدول عن الخدمة كما يتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

يتبين لنا من هذا النص بأن القانون التونسي (وكما ذكرنا سالفا) قد تأثر بالتوجه الأوروبي رقم (ec/97/7) و سأتناول أهم المسائل التي يتميز بها القانون التونسي عن التوجه الأوروبي:

1/ يلاحظ أن المدة التي يسمح فيها للمستهلك بممارسة حق العدول عن الشراء هي عشرة أيام عمل (و بذلك فقد استفاد المشرع التونسي من المبدأ الذي أعلن التوجيه الأوروبي بإجازته تبني قواعد أكثر صرامة لحماية المستهلك، بدلا من سبعة أيام عمل قد نص عليها التوجه الأوروبي المذكور).

- يستثني القانون التونسي في **الفصل 32** بعض الحالات التي لا يمكن فيها المستهلك العدول عن الشراء و ذلك عن النحو الآتي:

أ- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء و يوفر البائع ذلك.

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

ت- عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية البصرية أو البرمجيات.

ث- شراء الصحف و المجلات.

ج- يلاحظ بأن القانون التونسي عمل على تخفيض الحالات التي لا يسمح فيها للمستهلك بالعدول عن الشراء إلى أربع حالات فقط، بدلا من ستة حالات التي حددها التوجه الأوروبي.

الفرع الثالث: شروط صلاحية العقد الإلكتروني لصالح المستهلك.[1]

تكمن المشكلة من إشتراط الكتابة أحيانا كدليل إثبات أو كشرط لصحة العقد لصالح المستهلك، فمن المقرر أن الكتابة لها وظيفتان الأولى لإثبات التصرف، و الثانية وجود التصرف و بعد صدور قانون الفرنسي في 2000/03/13 بصدد تطوير قانون الإثبات لمواكبة تكنولوجيا المعلومات و التوقيع الإلكتروني، أصبحت المادة 1/131 من القانون المدني تتحدث عن الكتابة الإلكترونية كالوسيلة للإثبات فقط و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري حين تعديله للقانون المدني في **2005** أصبحت **المادة 323 مكرر (1)** منه تتكلم عن الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات فقط.

مما يثير التساؤل حول مدى صلاحية تلك الكتابة الحديثة بدلا من الكتابة العادية في حالة اشتراطها كركن في التصرف أي شرط لصحة أي هل يعد العقد المكتوب إلكترونيا صحيحا في هذه الحالة تزداد أهمية هذا التساؤل بالنسبة لعقود الاستهلاك، مثال العقود التي تتم من خلال السعي إلى المستهلك في منزله، فيشترط قانون ضرورة تضمين العقد جزءا قابلا للانفصال يستطيع المشتري عن طريقه ممارسة حق العدول عن الصفقة، ويتعين أن تكون كل النماذج موقعة و مؤرخة من العميل، هذا الإجراء الضروري لصحة التصرف، فكيف يتم إعماله في التصرفات التي تتم عبر الإنترنت.

إن مواجهة تلك المشكلة يتم من خلال تطوير مفهوم الكتابة كشرط لصحة التصرف خاصة إن التوجهات الأوروبية بصدد التجارة الإلكترونية توجب على الدول الأعضاء العمل على تطوير تشريعاتها لإقرار المعاملات الإلكترونية، وإلا يترتب على تطبيق النظام القانوني المساس بصحة هذه المعاملات أوآثارها لمجرد إبرامها بالأسلوب الإلكتروني، فإذا رفض القانون منح الكتابة الإلكترونية قوة ترتيب كافة الآثار

1-محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص256

القانونية، فإنه سيكون بذلك مخالفا لمقتضيات الجماعة الأوروبية أضف إلى ذلك أنه يكون مناقضا للتوجهات الصادرة لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.[1]

من الملاحظ كذلك أن التوجهات الأوروبية لا تضع أي شرط لترتيب كل الآثار القانونية على العقود التي يتم إبرامها الإلكترونياً. بينما يضع المشرع الفرنسي شرطان للاعتراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات.

الأول: أن تسمح الكتابة بالتحديد الواضح للأطراف للتصرف.

الثاني: وجود الكتابة و حفظها بالشروط و الظروف التي تضمن سلامتها و بقائها.

الفرع الرابع: التنظيم الخاص ببعض السلع و الخدمات لصالح المستهلك.

يقوم القانون المدني مبدأ حرية تداول الأموال والخدمات وحرية المعاملات التجارية بصدد كل ما لم يحظره القانون، وكقاعدة عامة يبطل كل تصرف متعلق بأمر أو شي غير مشروع أو مخالف لنظام العام، أضف إلى ذلك وجود بعض السلع والخدمات والنشاط التجاري الخاضع لتنظيم قانوني خاص.

ففي مجال الصحة يحظر بيع الأدوية إلا من خلال صيدلية مرخصة ولا يجوز السعي لتسويق الأدوية من خلال حث الجمهور على شرائها، ويحظر التعامل في النظارات و العدسات المصححة للبصر إلا من خلال الأماكن المرخصة.

و توجب سلسلة من النصوص التي تحد من الإعلانات عن تسويق الأدوية و الدخان و الكحول و الأسلحة و من تم فإن أي تعامل بشأنها إلكترونيا بالمخالفة التنظيم القائم يعتبر باطلا.[2]

يتبين لنا من خلال استعراض أهم التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك الإلكتروني، بأن التشريع المتطور لحماية المستهلك يمكن أن يعزز و يشجع الثقة المستهلك في نطاق هذة التعاملات، ومن ناحية أخرى فإن ذلك يؤدي إلى رد فعل تشريعي " بدون

---

[1] سمير عبد السميع، الأردن، المرجع السابق،ص 99.

[2] Du 21 mai 1934.L13 juill 1992 code de assurances.

دراسة أو تفكير جدي"[1] الأمر الذي يمكن أن يحد من نمو التقنيات الحديثة لحماية المستهلك الإلكتروني و يعيق التطورات المستقبلية، و في الحقيقة فإن الحكم على التشريعات الجديدة لحماية هذا الاخير لا يمكن النظر إليها من الجانب القانوني فقط وإنما هناك بعض العوامل التي يجب مراعاتها و إعطائها الفرصة لكي تساهم في عملية حماية و أهمها:

أولا: دور التعليم

إن المستهلكين و التجار المتعاملون الالكترونياً يجب أن يكونوا مدركين بكل المزايا و الوظائف الخاصة بالأنظمة القانونية، وبكل المخاطر الخاصة بالخسارة المالية المحتملة وآلية حمايتهم القانونية فيما يتعلق بمثل هذه الأخطار، فيحتاجون إلى التعليم لكي يكونوا مطلعين على مسؤولياتهم القانونية الناجمة عن المعاملات الإلكترونية، و تعتبر من أهم الوسائل التي يمكن أن تساعد في تثقيف المستهلكين و التجار، تلك الحملات الإعلانية التي تنظمها منظمات وجمعيات حماية المستهلكين عبر وسائل الإعلام المسموعة و المرئية وغيرها، كما تحتل الأبحاث القانونية التي يقوم بها المتخصصون في مجال حماية المستهلك دورا بارزا في رفع المستوى القانوني للجمهور العام.[2]

ثانيا: دور الحكومات و السلطات الرقابية

إن الحكومات و السلطات الرقابية يجب أن تتابع أهداف السياسة المتعلقة بحماية المستهلك للتأكد من أن إطار العمل القانوني الحالي يزود المستهلك بالحماية المناسبة لظروف التعاملات التجارة الإلكترونية ويجب أن تضمن الجهات الحكومية و السلطات الرقابية بأن القوانين الحالية تخضع للرقابة بصورة دائمة ومنتظمة، وأخيرا فإن دور الحكومات الوطنية يجب أن يحقق نوعا من التوازن بين الحاجة إلى تنظيم المعاملات

---

[1] محمد سعيد، أحمد إسماعيل، المرجع السابق ،ص 150.
[2] عبد الحق حميش، المرجع السابق ، ص56.

الإلكترونية، و ضمان الحماية الحقيقية الشفافة للمستهلك الإلكتروني، وعدم الوقوع في الفخ الذي طالما سعت إلى تجميله تلك الشركات الكبرى بإصدار القوانين التي تحقق أهدافها الاقتصادية و لو كان ذلك على حساب الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.[1]

ويبدو لنا بوضوح أن انتشار شبكة الإنترنت قد أدى إلى تكوين مجتمع المعلومات و إيجاد مراكز التسوق الافتراضية العالمية و بالتالي فإن ثورة التسويق الإلكتروني المثيرة للإعجاب و غير المطيعة قد بدأت، لذلك فإن التكنولوجيا لها الدور الأول الذي ينبغي عليها أن تأذيه في تطوير ثقة المستهلك لأنها يمكن أن تزوده بالوسائل التقنية لتأمين الحماية بالشكل الأمثل، كما يجب أن تتفاعل التشريعات الوطنية مع الوسائل التقنية لتحقيق التعاون، بما يزيد الثقة لدى المتعاملين التجارة الإلكترونية و يشكل حافرا لتطوير و ازدهار المعاملات التجارة الإلكترونية.

الفصل الثاني: الآثار القانونية المترتبة على قيام المسؤولية الإلكترونية و كيفية تتسوية المنازعات الناشئة عن هذا التعامل الإلكتروني.

بعد عرضنا فيما سبق بالتفصيل كيفية قيام المسؤولية المدنية الناجمة عن العقود الإلكتروني، و بينا بأنها تتنوع حسب الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، و حسب المركز القانوني لمتدخل في هذا النشاط، فيما إذ كان منهي محترف أو مستهلك غير محترف.

[1] محمد السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت و بعض الجوانب القانونية1998، ص 118.

إلا أنها تخضع جميعها إلى أحكام المسؤولية المدنية بوجه عام بأنها المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن إخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، والتي قد تكون عقدية، او تقصيرية فإذا كان مصدر الالتزام هو القانون فيما يفرضه من تكليفات عامة يستقبل بتعيين حكمها وتحديد مداها كانت المسؤولية تقصيرية أما إذا كان مصدر هذا الالتزام هو العقد المبرم بين المسؤول و المضرور من جهة و القواعد الخاصة بالمسؤولية العقدية من جهة أخرى،[1] وأن كلتا المسؤوليتين تشترك في الأركان الثلاثة ألا وهي الخطأ و الضرر و علاقة سببت بين الخطأ و الضرر.

بقيام المسؤولية الالكترونية، ينشأ للمتعاقد المتضرر من هذا التعامل الحق في التعويض، إذا أثبث الضرر الذي لحقه الإخلال بالالتزامات، لأن الهدف الأول والأخير للمسؤولية طبقا للقواعد العامة هو جبر الضرر وذالك بإعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوث الضرر أي إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر، وذلك على نفقة المسؤول الذي يكون في الغالب المتعاقد المهني(المحترف) أي شركات التجارية الكبرى التي تغزو السوق الالكتروني.

إلا أنه تبقى المعضلة الأخيرة تثور في معرض الحديث و عن المسؤولية الالكترونية كيفية إثبات التعامل الالكتروني. المشكل الثاني هو مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظرها و القانون الواجب التطبيق عليها وذالك نظرا لأن النزاع يتسم بالطابع الدولي ففي أغلب الأحوال تشتمل على عنصر أجنبي سواء فيما يتعلق بالأطراف أو مكان الإبرام أو التنفيذ.

وعليه سوف أقسم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: الآثار القانونية لقيام المسؤولية الالكترونية.

المطلب الأول: إثبات المسؤولية الالكترونية.

المطلب الثاني: تعويض الضرر الالكتروني.

المبحث الثاني: كيفية تسوية المنازعات الالكترونية.

---

[1] لورنس عبيدات ، المرجع السابق ،ص95

المطلب الأول: الاختصاص القضائي الدولي للنظر في منازعات الالكترونية.

المطلب الثاني: التحكيم الالكتروني.

المطلب الثالث: القانون الواجب التطبيق.

المبحث الأول: الآثار القانونية لقيام المسؤولية الالكترونية

من الثابت أن الآثار القانونية لقيام المسؤولية المدنية بوجه هام و المسؤولية العقدية بوجه خاص التي تهم موضوعنا، هو تقرير التعويض في ذمة المسؤول محل التزام اتجاه من أصابه الضرر كل ما على هذا الأخير إلا إثبات أركان المسؤولية من خطأ و ضرر و علاقة سببية.[1]

[1] المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

بإثبات أركان المسؤولية يتقرر له التعويض وفقا لما هو مقرر في القواعد العامة قانون المدني ألا و هو ثلاثة أنواع:

أ- قد يتفق عليه المتعاقدان، فيسمى تعويضا إتفاقيا أو شرطا جزائيا.

ب- قد يقدره القاضي و يسمى تعويضا قضائيا.

ت- قد يقدره القانون و يسمى تعويضا قانونيا.

هذه الأحكام العامة للقانون المدني هي التي سوف نطبقها في المسؤولية الناجمة عن للعقود الإلكترونية التي تتسم بالحداثة و التطور.

عليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: إثبات المسؤولية الإلكترونية.

المطلب الثاني: تعويض الضرر الإلكتروني.

المطلب الأول: إثبات المسؤولية الإلكترونية.

بالرغم مما سمحت به المبادئ العامة حرية التعاقد و رضائيتها في التسهيل على الأفراد في مجال إبرام التصرفات، إلا أنه في نفس الوقت حملت في طياتها الكثير من المشاكل تتعلق بكيفية إثبات هذه التصرفات القانونية في حال حدوث أي نزاع بشأن إثباتها.

و كنتيجة للتطورات التكنولوجية واتساع نطاق الإلكتروني التي تعتمد على التوقيع الإلكتروني الذي يختلف في بنيته عن المحرر التقليدي، كما أنه يحتاج النجاح في مجال الإلكتروني إلى تطوير التشريعات القائمة التي صيغت نصوصها على أساس استخدام الأوراق في كتابة العقود و ضرورة التوقيع عليها من المتعاقدين مما يستلزم وضع الضوابط القانونية، حتى يمكن تهيئة المناخ الملائم لنمو تلك التجارة و إزالة ما يفرضها من صعوبات قانونية.[1]

لما كانت المعاملات الإلكترونية تعتمد أساسا على وسائل الاتصال و أجهزة الكمبيوتر، فقد اهتمت الدول بوضع تنظيم قانوني لتلك المعاملات[2]، كما اعتمدت لجنة الأمم المتحدة **قانون التجارة الدولي** المسمى **(بالأونسترال)**، لسنة **1996** وأوصت الدول بالأخذ بعين الاعتبار عند تطوير التشريعات الوطنية المنظمة لاستخدام بدائل الأشكال الورقية للاتصال، ببدائل رقمية و تخزين المعلومات.

ما يهمنا في هذا الصدد كيفية إثبات المسؤولية الناشئة عن العقود الإلكترونية أي التصرفات القانونية الثابتة في المحررات الإلكترونية.

علينا في هذا المطلب تبيان كيفية إثبات عناصر المسؤولية الإلكترونية.

- تحديد تعويض الضرر الإلكتروني.

الفرع الأول: إثبات عناصر المسؤولية الإلكترنية.

إن عناصر المسؤولية من خطأ، وضرر، وعلاقة سببية، تتنوع صورهم و تطبيقاتهم فهم لا يؤخذون طبيعة واحدة بل تختلف طبيعتهم بحسب المجال الإلكتروني و نوعيته.

---

[1] سمير عبد السميع الأردن، المرجع السابق ص 147.

[2] اتفاقيات المنظمة للتجارة العالمية في مراكش- المغرب في 1994/04/15.

و تقتضي القواعد العامة بأن المدعي المضرور هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية، و عليه يتعين دراسة كل عنصر من عناصر المسؤولية على حدى و تحديد كيفية إثباته[1].

أولا: إثبات الخطأ الإلكتروني

يتمثل الخطأ في العقد المبرم عبر شبكة الإلكترونية في عدم تنفيذ المتعاقد لالتزام ناشئ عن العقد أو التأخر في تنفيذه، كما اذا أخل البائع بالتزامه بتسليم الصفقة محل التعاقد في الموعد المحدد أو تأخر بائع الخدمة عبر الإنترنت، كما لو تراخت شركة سياحية في تقديم السيارات اللازمة لرحلة ما كانت قد تعهدت فيها بذلك حتى فات ميعاد الرحلة مثلا.

باستعراض المعاملات الإلكترونية نجد أن محلها يتسم كقاعدة إما بتسليم شيء أو تقديم خدمة، و لاشك أن الالتزام بشيء منتج أو سلعة هو التزام بتحقيق نتيجة، مما يلتزم المدين بالتسليم في الميعاد و المكان و طبقا للمواصفات المحددة، كالتزام المهني (البائع) بتسليم الشيء المبيع للمستهلك فإذا ما أثبت هذا الأخير عدم دخول الشيء المبيع في حيازته، فإن المسؤولية تقوم في مواجهة البائع عن خطأ عقدي لا يستطيع أن يتخلص فيه إلا إذا أثبت السبب الأجنبي في العلاقة السببية، وإلا فالخطأ قائم من جانبه و مسؤوليته العقدية متحققة.[2]

و من المتفق عليه علما و اجتهادا أن الوصف الذي يمكن إضفاؤه على الخطأ، إنما ينعكس بأثره على مبدأ الحق بالتعويض لجهة توسع نطاق هذا المبدأ أو تضييقه، باعتباره أنه في ضوء هذا الاعتبار يجد الدائن نفسه مضطرا لإثبات الخطأ الحاصل من جانب المدين، و يلاحظ أنه تمت نظرية قديمة تقسم الخطأ التعاقدي غير إلى ثلاثة أقسام:

---

[1] محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق ،ص 159.
[2] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 220 و ما بعدها.

1/ **الخطأ الجسيم:** و هو الخطأ الذي لا يرتكبه حتى الشخص المهمل و هو الخطأ أقرب ما يكون إلى العمد.

2/ **الخطأ اليسير:** و هو الخطأ الذي لا يرتكبه الشخص المعتاد.

3/ **الخطأ التافه:** و هو الخطأ الذي لا يرتكبه شخص حازم حريص.

و هذه النظرية تقسم العقود إلى طوائف ثلاثة، عقد وديعة لمنفعة الدائن وحده و فيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ الجسيم.

و عقد لمنفعة المتعاقدين معا كالإيجار و فيه لا يسأل المدين إلا عن الخطأ اليسير، والعقد لمنفعة المدين وحده، و فيه يسأل عن الخطأ التافه.[1]

أما من ناحية العموم فهي لا محل لتطبيقها في الالتزام، فإذا لم ينفد المدين التزامه ولم يحقق الغاية المتفق على تحقيقها.

فهنا خطأ عقدي في جانبه أي كانت درجة تقصيره فقد يكون متعمدا أن لا ينفد التزامه فقد يكون مقصرا تقصيرا جسيما، او مقصرا تقصيرا يسيرا، فالخطأ العقدي قائم ما دام المدين لا ينفد التزامه فهو مسؤول عن خطأه في جميع الأحوال.

أن الخطأ في العقود الإلكترونية يتوافر سواء تعمد المتعاقد أو أهمل في عدم تنفيذ التزاماته أو تأخر في تنفيذها.

و الأصل أن يتم إثبات الخطأ بكافة الطرق لتعلق الأمر بالواقعة مادية و من تم يقع على عاتق المضرور عبء إثبات خطأ المسؤول أي انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي.[2]

من ثابت أن استخلاص الخطأ الموجب للمسؤولية العقدية يعد من المسائل الموضوعية التي تدخل في حدود السلطة التقديرية لما في الموضوع بغير المعقب عليه مادام تقديره مستمدا من عناصرالقانونية .

---

[1] مروان كساب، المرجع السابق، ص 31.

[2] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 120.

و لكن للمحكمة العليا أن تراقب قاضي الموضوع في تكييف الفعل بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف، لان هذا من المسائل القانونية التي يخضع فيها قضاء المحكمة الموضوع إلى رقابة المحكمة العليا.

ثانيا: إثبات الضرر الإلكتروني: المبادئ العامة للضرر

الضررهو الركن الثاني في المسؤولية المدنية و يقصد به المساس لمصلحة المضرور و ما يتحقق بالمساس بوضع قائم أو فيصبح المضرور في وضع أسوء مما كان عليه قبل وقوع الخطأ.[1]

و الضرر هو إخلال بمصلحة محققة مشروعة للمضرور في ماله، أو شخصه، اي كل الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له والضرر هو الركن الجوهري والأساسي في المسؤولية المدنية، لأنه محل الالتزام بالتعويض.

فالتعويض يستهدف جبر الضرر و يحدد مقدار التعويض بقدر الضرر.

و وقوع الضرر مسألة موضوعية لا رقابة فيها للمحكمة العليا، ولكن الشروط الواجب توافرها في الضرر مسالة قانونية تخضع لرقابتها.

و الضرر قد يكون ماديا متمثلا في المساس بالمصلحة المالية، و قد يكون أدبيا يصيب المضرور في قيمة غير مالية[2] كشعوره أو عاطفته أو سمعته أو غير ذلك من القيم، و يشترط لتعويض الضرر المادي أن يكون محققا فاحتمال الضرر لا يصلح أساسات لطلب التعويض بل يلزم تحققه.

و يجوز للمضرور لأن يطالب بالتعويض عن الضرر المستقبل متى كان محقق الوقوع ولا يمنع القانون من أن يدخل في عناصر التعويض ما كان للمضرور من من محتمل كسبه.

الا ان الضرر المحتمل فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق فاستحقاق التعويض معلق حدوثه على إمكانية تحول هذا الاحتمال إلى ما هو منطبق عليه وفق الضرر المحقق الوقوع.[3]

---

[1] محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء و الفقه، مصادر الالتزام، 2003،ص 73.
[2] المادة 182 من القانون المدني الجزائري.
[3] مروان كساب، المرجع السابق، ص 31.

2/ طبيعة الضرر الإلكتروني و تطبيقاته:[1]

تتنوع صور و تطبيقات الضرر في مجال الإلكتروني، فهولا يتسم بطبيعة واحدة بل تختلف طبيعته بحسب مجاله و نوعيته، لعل القاسم المشترك هو ارتباط بعالم التكنولوجيا الحديثة ويتسم في الغالب بدقة في تقديره و تحديده.

ينبغي التذكرة في البداية إلى أن المسؤولية الإلكترونية قد تكون عقدية أو تقصيرية، وتبدو أهمية ذلك في أن التعويض في **الأولى** يقتصر على **الضررالمتوقع**، إلا في حالتي الغش و الخطأ الجسيم فيشمل التعويض **الضررغيرالمتوقع** بينما في **المسؤولية التقصيرية** فإن التعويض يشمل كل الضرر الناجم عن العمل غير المشروع سواء كان **متوقع** أو **غير متوقع**، مادام الضرر مباشرا.

و لا تثور صعوبة في هذا الصدد لاننا نطبق القواعد العامة التي تحكم ركن الضرر، مما يقع عبء إثبات الضرر على المتعاقد المضرور في المعاملة الإلكترونية لأنه هو الذي يدعي الضرر، و لا تقوم المسؤولية لمجرد الإخلال بالالتزام، بل يتعين إصابة المتعاقد بضرر نتيجة عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو الناقص أو التأخير فيه.

ويتمثل الضرر المادي في الخسارة التي تلحق المضرور و ما فاته من كسب بل والأضرار المستقبلة طالما كانت مؤكدة.

أما الضرر الأدبي فيتمثل في المساس بسمعة المنتج و قوته التنافسية.

فإن وقوعه في نطاق المسؤولية العقدية لا يزال ناذرا و لكن هذا لا يمنع من أن يكون هناك مصلحة أدبية للمتعاقد في تنفيذ العقد.

ثالثا: علاقة السببية في المسؤولية الإلكترونية

لا يسأل المتعاقد عن خطئه إلا إذا كان هذا الخطأ هو السبب في الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر والمفروض في هذا الضرر أن يكون ناشئا عن الخطأ أي أنه لا يكفي أن يكون هناك خطأ و ضرر لكي تقوم المسؤولية في مواجهة من تسبب في الضرر، بل يجب أن تكون هناك علاقة سببية قائمة بين الخطأ و الضرر.

---

[1] محمد حسين، المرجع السابق ص 400.

فقد يكون هناك خطأ من المدين و ضرر أصاب الدائن دون أن يكون هذا الخطأ هو السبب في ذلك الضرر.[1]

فمثلا في عقد البيع الإلكتروني لا يكلف الدائن (المشتري)، بإثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر بينما المدين (البائع) يستطيع أن ينفي علاقة السببية بإثبات أن الضرر لم ينشأ عن خطأه و إنما نشأ عن سبب أجنبي.

1/ نفي العلاقة السببية:

تنتفي العلاقة السببية إذا كان الضرر راجعا إلى سبب أجنبي، كما تنتفي أيضا إن لم يكن الخطأ هو السبب المباشر أو السبب المنتج، و طبقا لنص المادة 127 من **ق. م** يتوفر السبب الأجنبي إذا كان الضرر راجعا إلى قوة القاهرة أو الحادث الفجائي[2]أو خطأ المضرور أو خطأ الغير.

تحديد الرابطة السببية في المجال الإلكتروني يعد من الأمور الشاقة نظرا لتعقد المسائل الإلكترونية، وتغير حالاته و خصائصه و عدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة، فقد ترجع الأسباب الضرر إلى عوامل خفية مرادها إلى تركيبة الأجهزة، وتداخل المعلومات و الأدوار مما يتعذر معه تحديد العامل الفعال.

أ)- القوة القاهرة:

لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة لكنه نص عليها في المادتين 127-2/138 من **ق.م.ج** و ترك مجال تعريفها للفقه والقضاء، فنجد بعض الفقه عرفها بأنها "أمر غير متوقع حصوله و لا يمكن دفعه، يودي مباشرة إلى حصول الضرر و **يعرفها البعض الآخر** بأنه أمر لا ينسب إلى المدين، ولا يمكن توقع حصوله وغير ممكن دفعه و يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام".

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ،ص 287.

[2] يلاحظ من النص القانوني المشار إليه أعلاه وظف مصطلحين هما الحادث المفاجئ و القوة القاهرة، بحيث ذهب غالبية الفقه الحديث إلى اعتبارهما شيء واحد رغم محاولات البعض التمييز بينهما، فكلاهما يتميز بعدم إمكان نسبه إلى مدعى عليه و بعدم إمكان توقعه و استحالة دفعه و هو ما ذهب إليه الفقه و القضاء في فرنسا و الجزائر.

أما القضاء فذهب إلى تعريفها بأنها حادثة مستقلة عن إرادة المدين لم يكن في وسعه توقعها أو مقومتها.[1]

و بهذا فإن القوة القاهرة أو الحادث الفجائي يؤدي إلى قطع الرابطة السببية إذا كان غير متوقع او يستحيل دفعه، أو التحرر منه و يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة، فلا يكون هنا محل للتعويض و تقدير ما إذا كانت الواقعة المدعى بها تعتبر قوة قاهرة، هو تقدير موضوعي من اختصاص محكمة الموضوع، مادامت قد أقامت حكمها على أسباب سائغة.[2]

من أمثلة ذلك توقف الأجهزة و البرامج نتيجة صاعقة أو زلزال أو نشوب حرب عسكرية، أو ذات طابع اقتصادي تطلق فيها الدولة العدو فيروسات جديدة مدمرة ليست بوسع المنتج توقعها أو مقاومتها أو يترتب على ذلك استحالة تنفيذ المتعاقد عبر الإنترنت أو مقدم الخدمة لالتزامه.

ب)-خطأ المضرور:

تنص المادة **177** من **ق .م.ج** على ما يلي:""يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض، أولا يحكم بالتعويض إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر أو زاد فيه."

يستخلص من أحكام هذه المادة أنه إذا ساهم فعل المضرور أو خطئه في إحداث الضرر اللاحق به أو زاد منه ، فإنه يتحمل تبعة أخطائه ومن غير المستساغ قانونا منح تعويض على من تدخل بخطئه في ترتيب الضر[3].

ويبقى خطأ المضرور رابطة السببية[4]، إذا كان هو وحده السبب في إحداث الضرر، أما إذا كان قد ساهم مع خطأ المسؤول في وقوع الضرر فإن ذالك يؤدي إلى انتقاص التعويض المحكوم به بقدر نسبة الخطأ، والأصل أن خطأ المضرور لا يرفع المسؤولية

---

[1] سليمان المرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الفعل الضار و المسؤولية المدنية، المجلد السادس، المنشورات الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الخامسة، 1998 ،ص110.

[2] ينبغي لقيام القوة القاهرة أن تكون الواقعة معلومة، فإن لم يتضح سبب الضرر لبقاء بعض الظروف التي أحاطت بوقوعها مجهولة، فإن المدعي عليه مسئولا لا يستطيع التمسك بالسبب الأجنبي لدعم مسؤوليته.

[3] قادة شهيدة"المسؤولية المدنية للمنتج" دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، بدون طبعة 2001، ص 11.

[4] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، سنة2003، ص 95.

و إنما يخففها و لا يعفى المسؤول، استثناء من هذا الأصل إلا إذا تبين من ظروف الحادث أن هذا الخطأ هو العامل الأول في إحداث الضرر الذي أصابه.

ومن أمثلة خطأ المضرور عدم تعاون المتعاقد أو المستخدم الالكتروني مع المنتج أو مقدم الخدمة في تنفيذ الالتزام أو عدم تقديم المعلومات الكافية لذالك ، وكذالك مخالفة تعليمات استخدام الجهاز أو البرنامج إذا كانت واضحة محددة غير تعسفية، واستخدام خدمات الانترنت بطريقة مخالفة للقانون، والسماح للغير باستخدام بطاقة الدفع الخاصة به في الحصول على الأموال.[1]

ج)- خطأ الغير:

يقطع خطأ الغير الرابطة السببية، وينفي مسؤولية المدعى عليه، إذا كان هو السبب الوحيد في إحداث الضرر ولا يعتبر من الغير الأشخاص الذي يسأل عنهم المدعى عليه مدنيا، مثل التابع طبقا لأحكام **المادة 136** من **ق.م.ج** التي تناولت مسؤولية المتبوع عن الأفعال تابعه، و من يتولى المسؤول رقابتهم تطبيقا لنص **المادة 134 ق. م .ج**

و من أمثلة عن خطأ الغير في معاملات الإلكترونية كما لو تم شحن البضائع المتفق على بيعها في المواعيد المحددة و في السفن المخصصة ، غير أن هذه البضائع قد غرقت أو تلفت بسبب تصادم بحري ، ففي هذه الحالة تنتفي مسؤولية المدين[2]

د)- في حالة تعدد الأخطاء:

قد يكون الخطأ مشتركا في حالة وقوع الضرر نتيجة أكثر من خطأ، فإذا تعددت الأخطاء التي تقوم بينهما و بين الضرر و رابطة السببية، ولم يكن من بينهما خطأ أقوى من أخطاء أخرى يتم توزيع المسؤولية بين المخطئين بنسبة خطأ كل منهما طبقا لنص المادة **126** من **ق. م.ج** "إذا تعدد المسؤلون عن الفعل الضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

---

[1] شريف محمد غالب، محفظة النقود الالكترونية ، ص50-52.

[2] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق ،ص 165.

أما إذا ساهم المضرور في الخطأ فإن حقه في التعويض قبل المدعى عليه يتم إنقاصه بقدر مساهمته في إحداث الضرر.

من أمثلة ذلك إهمال حامل البطاقة الإلكترونية في المحافظة عليها أو سرية رقمها مما يمكن الغير من استعمالها بطريقة غير مشروعة و العبث عبر المواقع، أو الدومين و استعمال برامج منسوخة[1]

القاعدة أنه إذا استغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر لم يكن للخطأ المستغرق من أثر، فإذا استغرق خطأ المدعى عليه خطأ المضرور قامت مسؤولية هذا الاخير كاملة، ولا يؤثر فيها خطأ المضرور أما إذا استغرق خطأ المضرور خطأ المدعى عليه انتفت السببية و يدخل في حكم السبب الأجنبي طبقا لنص المادة **127من ق .م. ج.**

كما يمكن أن يؤدي الخطأ الواحد إلى سلسلة من الأضرار المتعاقبة واحدا بعد الآخر، هنا يثور البحث حول مدى مسؤولية المدعى عليه مرتكب الخطأ عن هذه الأضرار المتوالية، هل يسأل عنها جميعا أم تقتصر مسؤوليته على البعض منها فقط

يستقر الفقه و القضاء المقارن على أن المسؤول يلتزم بتعويض الضرر المباشر فقط[2]، وينطبق ذلك المبدأ على كل المسؤولية العقدية و المسؤولية التقصيرية.

ينبغي تعويض الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي أحدثه، أما إذا لم يكن الضرر نتيجة طبيعية للخطأ فإن علاقة السببية تنقطع ولا يجب إلزام المخطئ بتعويض و يحدث ذلك كثيرا في المجال الإلكتروني فتتعاقب وتتوالى الأضرار عن نفس الواقعة بسبب التداخل الشديد بينهما، مثال ذلك تدمير نظام المعلومات الخاصة بالشركة فتتوقف الأجهزة والإنتاج ولا يستطيع الوفاء بالتزاماتها تجاه المستهلكين، ويتولى عليها الدعوى و تسوء سمعتها و يشهر إفلاسها، و تقديم بيانات خاطئة للعميل فيعتمد عليها في ممارسة نشاطه التجاري مع الآخرين فينجم عن ذلك الأضرار مادية وأدبية متوالية.

---

[1] محمد حسين، المرجع السابق، ص 403.
[2] مروان كساب، المرجع السابق، ص 34.

القاعدة أن المستخدم الحريص يتعين عليه عقب وقوع الحادث والضرر، سرعة التصرف واتخاذ التدابيرالمناسبة، فإن تقاعس المضرور ينتج عنه تحمله لوحده الأضرار الناجمة عن ذالك، ولا يتحمل المسؤول سوى الأضرار التي لا يتمكن المضرور من توقيها.[1]

قد يقع الضررالالكتروروني، بفعل شخص غير محدد من بين مجموعة معينة من الأشخاص ويحدث ذالك كثيرا في مجال الانترنت ونظم المعلومات و البرامج، فيمكن بيان المكان أو الجهة التي وقع منها الخطأ دون تحديد الشخص المسؤول بالذات. كما لا تثور صعوبة في حالة توافر المسؤولية عن فعل الغير فتقوم المسؤولية المتبوع عن وقوع الضرر من أحد التابعين، ولو لم يتم تحديده مثال ذالك قيام أحد العاملين بشركة لمعلوماتية بإفشاء الأسرار[2]، يمكن أن يشترك أكثر من شخص في استعمال البرامج، في إطار شركة واحدة هنا يعتبر الجميع من شارك في النشاط مسؤولون مسؤولية تضامنية.

2/ عبء إثبات الرابطة السببية:

يقع عبء إثبات الرابطة السببية على عاتق المضرور إلا أن القضاء يتساهل في هذا الصدد ويقيم قرينة لصالح المضرور إذا كان من شأن الخطأ أن يحدث عادة مثل هذا الضرر، وعلى المسؤول لنفي هذه القرينة فمتى أتبت المضرور الخطأ و الضرر، وكان من شأن ذالك الخطأ أن يحدث عادة هذا الضرر فإن القرينة على توافر علاقة القرينة بإثبات أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه.

ان قيام الرابطة السببية بين خطأ و الضرر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع بغير معقب عليها يشترط أن تورد الأسباب السائغة المؤدية إلى ماانتهت إليه[3].

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص165.

[2] عجال زهية حورية، المسؤولية المذنية للمنتج، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه دولة في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو 2006، ص 323

[3] علي علي سليمان، دراسات في المسؤولية المدنية في قانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثالثة،1994، ص 105 إلى102.

الفرع الثاني: وسائل اثبات المعاملات الالكترونية:

أولا-إثبات العقد الالكتروني بالنظر للشروط المتعلقة بالسند الكتابي[1]:

يعطي نظام الإثبات في **القانون المدني** اهمية للكتابة على باقي طرق الإثبات الأخرى، و ما يشترطه القانون لقيام سند كتابي في أن يكون مكتوبا و أن يكون موقعا .

1-وجوب أن يكون الدليل مكتوبا:

هذا الشرط الأساسي ينص على ضرورة أن يكون الدليل مدونا كتابة وهو ما سنحاول الإجابة عنه من خلال الإحاطة بمفهوم الكتابة الالكترونية.

يقصد بالكتابة اللازمة بإثبات حسب الفقه، المستند الأصلي، فهذا المستند قد يكون الورقة رسمية، وقد يكون ورقة عرفية، وينحصر الفارق الرئيسي بينهما في شكلهما فالأولى تصدر عن موظف عام اوشخص مكلف بخدمة عامة، وأن يكون مختصا في إنشائها من حيث الموضوع و المكانّ، أما الأوراق العرفية فهي التي لا تتوافر فيها مقومات الورقة الرسمية فهي لا تصدر من موظف عام.

الا ان الدليل الكتابي سواء اكان رسميا أو عرفيا يجب ان يتضمن الشروطين الازمين وهما :**الكتابة** و**التوقيع**.

[1] مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة و النشر و التوزيع، عين مليلة الجزائر،2008، ص 179،188

فالاعتبار الوثيقة الناتجة عن المعاملات الإلكترونية دليلا كتابيا فإن ذلك يستلزم مبدئيا تركيبة للعناصر السالفة، فإننا سنعرض لمفاهيم الموضوعية للكتابة و التوقيع لنرى مدى استيفاء الوثيقة المعلوماتية لها.

لقد جرى العرف على تدوين المحررات الرسمية والعرفية على الأوراق بالحروف الخاصة باللغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمد أنها لتحرير العقد، فإن اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط الإلكترونية من خلال ومضات كهربائية و تحويلها على اللغة التي يفهمها الحاسب الآلي يثير التساؤل عن مدى اعتبار المحرر الإلكترونية من قبيل الكتابة

من أجل حسم هذه المسألة فقد أضاف المشرع الفرنسي في شأن الإثبات عن طريق الوسائل الإلكترونية نص المادة **1316** من **ق.م** والذي تم تعريف المحرر المستخدم **في الإثبات** بأنه: "كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها و يستطيع الغير أن يفهمها

أما المشرع الجزائري أورد في المادة 323 مكرر من ق.م تعريف للكتابة بالنص على أنها[1].

ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف و أوصاف و أرقام و أية علامة أو رموز ذات معنى للمفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها"، فقد استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها"، و الصحيح هو أيا "كانت الدعامة التي يتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص

« Quels que soient leur support »

بالتالي يجب أن تكون هذه الأحرف أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز أو الأرقام لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة، بمعنى آخر هذا المحتوى المعلوماتي للكتابة المعبر عنها في الشكل الالكتروني مشفرا مما لا يمكن إدراك معاينته الا من قبل الحاسوب

---

[1] برني نبيل، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر للفترة التكوينية 2006/2003 الجزائر ص 47-48.

فقط فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة النزاع.[1]

فالاعتراف بالكتابة في الشكل الإلكتروني قد أدى في الحقيقة إلى تعويض ثنائية المحتوى والوعاء (support- contenu)، التي كانت تشكل إحدى أهم خصائص الكتابة التقليدية ولكن الفصل بين مضمون الكتابة و الشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، و يصيب قيمتها القانونية بالنقصان.

فالكتابة في الشكل الإلكتروني على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل و للتحوير مما يمس قوتها الثبوتية، الشيء الذي جعل المشرع يحيطها بعدة ضمانات مخصصة للقوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني.

أ/ القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني في القانون المدني الجزائري:

نصت المادة **323 مكررة1** من **ق.م.ج** على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة و محفوظة في ظرف تضمن سلامتها".

لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي الدعامة الورقية و هو نفس المبدأ الذي كرسه **قانون اونسترال نموذجي تجارة الإلكترونية** في **المادة السادسة** منه التي تنص: "عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات الواردة فيها، على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

ب/ شروط قبول الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات:

وضع المشرع شرطين لقبول الكتابة في الشكل الإلكتروني للإثبات، وهما إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن

[1] منائي فراح، المرجع السابق، ص 173.

سلامتها، سبب وضع المشرع لهذين الشرطين يرجع إلى المحيط التي تتم فيه معاملات الإلكترونية كونه محيط افتراضي.

ا–صعوبة التعرف على هوية الطرف الآخر في العلاقة العقدية.

ب – اصطدام استخراج الكتابة في الشكل الإلكتروني من ذاكرة الحامل ببعض العوائق التقنية.

ج–إمكانية تعرض الكتابة الإلكترونية للتغيير من دون أن يترك هذا التبديل أثرا محسوسا.

و سنتطرق للشرطين المذكورين أعلاه فيما يلي:

إمكانية التأكد من الشخص الذي أصدرها:

إن التعاقد الإلكتروني يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد المتعاقد عن هوية المتعاقد معه، أي تاكد من الشخص الذي يخاطبه هل هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه و عنوان بريده الإلكتروني، قد يمتد هذا الإشكال في حالة المنازعة حول حجية هذا العقد فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص فعلاً

في هذا المجال حاول المختصون إيجاد بعض الحلول التقنية لهذه الإشكالية باستعمال وسائل تعريف الشخصية عبر كلمة السر أو الأرقام السرية وسائل التشغيل أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام و المفتاح الخاص ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا و سمات الصوت.

هي وسائل الغرض منها اساساً ضمان تأكيد الاتصال من جهة، إثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة أخرى، لكن تأكد بعد تجربتها أن لكل منها ثغرات أمنية و لذلك تعد غير كافية.

هذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية أو يسمى سلطات التوثيق prestataire de service de certification électronique و هي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدا بأن الطلب

أو الجواب قد صدر من الموقع المعني و تحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، و حتى تضمن هذه الجهات تأكيد شخصية المخاطب، تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر و انتهاء بتقنيات التشفير.

بصدور المرسوم التنفيذي رقم **07-162الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللا سلكية .**

وضح المشرع في المادة 03 منه ان التوقيع الالكت المؤمن :هوالذي يفي بالمتطلبات الآتية :

-يكون خاص بالموقع

-يتم انشاؤه بوسائل يمكن ان يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية

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

- **الموقع:** شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاصا او لحساب الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يمثله،ويضع موضع التنفيذ جهازز انشاء التوقيع الالكتروني.

<u>أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها:</u>[1]

مع تطور التقنيات الإلكترونية وتحركها المستمر أصبح من الصعب ضمان الوجود المستمر للوسائط الإلكترونية اللازمة لقراءة السند الإلكتروني المنظم منذ مدة وفقا لتقنيات قديمة، كما أن السندات الإلكترونية هي عمليا" معرضة للتلف بعد مدة حتى ولو حفظت في الشروط الملائمة، و لذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكتروني من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها أو من كان لهم حقوق ثابتة.

[1] منائي فراح، المرجع السابق، ص 180.

يمكن حفظ هذه الوثيقة على الحامل الإلكتروني ويسمى الوسيط أيضا، وهي وسيلة قابلة للتخزين وحفظ و استرجاع المعلومات بطريقة إلكترونية كأن تحفظ في ذاكرة الحاسب الآلي نفسه في أسطواناته الصلبة disques durs أو على الموقع في شبكة الإنترنت أو على شبكة داخلية تخص صاحب الشأن، و قد تمثل في قرص مدمج cd rom أو قرص مرن disquette informatique أو قرص فيديو رقمي DVD.

فالأصل في التدوين على الوسائط الإلكترونية هو قدرة كل طرف من الأطراف على تعديل مضمون المحرر و إعادة تنسيقه بالإضافة أو الإلغاء أو المحو بدون أن يظهر لهذا التعديل أي أثر مادي يمكن ملاحظته أو اكتشافه، و يترتب على هذا الاختلاف المادي بين الأوراق و الوسائط الإلكترونية أن المحرر الإلكتروني يفتقر بحسب الأصل على شرط من أهم الشروط التي تتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات والتي تهدف إلى تحقيق الثقة في البيانات المدونة في المحرر و مع ذلك فإن التطور التكنولوجي قد أدى إلى حل هذه المشكلة أيضا عن طريق استخدام برامج حاسب ألي بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة تابثة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها ويعرف هذا النظام باسمdocument image processing .

لذالك فقد أصبح يمكن حفظ المحررات الالكترونية في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التبديل من خلال حفظها في الصناديق الالكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص يهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة، مما تؤدي محاولة الأطراف التعامل تعديل هذه الوثيقة إلى إتلافها أو محوها تماما.

ثانيا- أن يكون الدليل موقعا:

يشكل التوقيع العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المتطلب قانونيا لمصلحة المحررات الكتابية ، وهو ما تؤكده المادة 327 من **ق.م .ج.**

1/ فكرة التوقيع الالكتروني:[1]

[1] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التعرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، ص 32

أصبح التوقيع التقليدي لا يتفق مع المعاملات التي تتم بواسطة آلية المعلومات أو معالجة المعلومات بطريقة آلية، جعلت التعامل يتم عن طريق كتابة المعلومات أو البيانات بطريقة رموز أو أرقام، ويتم التوقيع عليها بما يسمى" التوقيع الرقمي".

ويختلف التوقيع الالكتروني عن التوقيع الكتابي فضلا عن الشكل الكتابي من ناحية الوسيط أو الدعامة التي يوضعان عليها.

ولفهم فكرة التوقيع الالكتروني لا بد من التطرف إلى كل من:

أ-القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الالكتروني.

ب-موقف القانون الفرنسي.

ج-موقف المشرع الجزائري

أ)- موقف القانون النموذجي الموحد الخاص بالتوقيع الالكتروني (قانون الاونسترال بشان التوقيع الالكتروني)

باستقراء نص المادة السادسة من قانون اونسترال الخاص بالتوقيع الالكتروني، نجد انه لا يميز بين المحررات[1]الورقية فيما يخص الحجة في الإثبات ما دامت النتيجة القانونية المترتبة على استخدام التوقيع الالكتروني الموثوق فيه على رسالة البيانات المنقولة عبر شبكة الانترنت هي نفس النتيجة المترتبة على استخدام التوقيع الخطي على المحرر الورقي التقليدي.

وقد اعتبرت المادة السابقة التوقيع الالكتروني حجة في الإثبات إذا كانت الوسيلة المستخدمة في إنشاء التوقيع الالكتروني مرتبطة في السياق الذي استخدم فيه بالموقع ذاته دون أي شخص آخر. أيضا إذا كانت الوسيلة المستخدمة لإنشاءه خاضعة في وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

[1] أن نص المادة السادسة من قانون الأنتسترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني، مستوحى من المادة الخامسة من قانون الأنتسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية.

أخيرا إذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونيا هو تأكيد سلامة المعلومات المشار إليها في رسالة البيانات التي تتعلق بها التوقيع، وكان أي تغير يجرى في هذه المعلومات أو في التوقيع قابلا للاكتشاف.[1]

– من هنا نخلص إلى حل مفاده أنه تترتب كافة الآثار القانونية على أي طريقة توقيع الإلكتروني تدون بعرض التوقيع على رسالة البيانات شريطة أن تكون هذه الطريقة ذات ثقة كافية، كما يمكن لهذه الثقة أن تتوافر إذا كانت تقنية التوقيع تتم تحت المراقبة محكمة، أوأي جهة أخرى معتمدة من سلطات الدولة ذات سلطة و مصداقية يمكنها التدخل بأثر رجعي و لو بعد وقت طويل من استخدام التوقيع الإلكتروني.

عليه فّإن استخدام أحد تقنيات التوقيع الإلكتروني[2] المعترف بها على المحرر الإلكتروني تترتب عليه كافة الآثار القانونية التي تترتب على التوقيع الخطي، كما أنه يعتبر حجة في الإثبات إذا توافرت فيه كافة الشروط التي سبق الإشارة إليها.

فمنشئ الرسالة الالكترونية يكون ملزما بها متى تبث أنه وافق على ربط هويته بتلك الرسالة عند تزينها ببصمته الالكترونية.

كما أن منشئ الرسالة يلتزم بها ولو تم إرسالها من شخص أخر تكون له صلاحية التصرف نيابة عنه،

وكذالك لو تم الإرسال من نظام معلوماتي مبرمج على يد المنشئ أو من ينوب عنه للتعامل تلقائيا [3].

ويثار التساؤل حول ما إذا كان هناك أثر قانوني يترتب على استخدام تقنيات التوقيع الالكتروني التي قد يستخدمها الموقع دون أن تكون لديه نية واضحة للالتزام القانوني بالموافقة على رسالة البيانات التي يجري التوقيع عليها الالكترونياً.

يجيب عن هذا التساؤل **قانون اونسترال نموذجي لتوقيع الالكتروني** الذي جاء في مادته السادسة أن "الآثار القانونية المترتبة على استخدام التوقيع الخطي ينبغي أن

---

[1] منير و ممدوح الجنبيهي، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مؤلف مشترك، دار الفكر الجامعي 2004،ص 12

[2] حيث أنه هناك عدة أنواع للتواقيع الإلكترونية أهمها: التوقيع اليدوي المرقم، و التوقيع الإلكتروني بواسطة الرقم السري، و التوقيع الإلكتروني البيومتري، التوقيع الإلكتروني الرقمي بالتفصيل –مناني فراح- المرجع السابق ص 190.

[3] محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية 2002، ص 130.

تتكرر في البيئة الالكترونية ولهذا يفترض في الموقع عند قيامه بتنزييل بيانات معينة بتوقيعه سواء أكان هذا التوقيع خطي أم الكتروني فإنه يكون قد وافق على هذه البيانات وألزم نفسه بما تحمله الرسالة من قيود و التزامات وليس له بعد ذالك التنصل من هذه الالتزامات لارتباط التوقيع بكيان الموقع ما لم يتبث انفصال الصلة بين التوقيع ، وشخص الموقع".

معاملات الالكترونية بصفة خاصة تحتاج لقدر كبير من الحيطة و الحذر[1]

لتحقيق ذلك في المعاملات الالكترونية، ولإيجاد وسائل حيوية وفعالة تجعل من التوقيع الالكتروني حجة في الإثبات يظهر دور الدولة جليا في إنشاء أي كيان يؤكد صحة استعمال التوقيعات الالكترونية لتدعيم التجارة

الالكترونية وتوفير اليقين والثقة و الأمان في المعاملات عن بعد فضلا عن منح التوقيع الالكتروني شكلا من أشكال الاعتراف القانوني.

هذا وقد أشار نفس قانون في **المادة السابعة** منه إلى هيئات الاعتماد أو (هيئات التوثيق الالكتروني) – هي عبارة عن هيئة أو سلطة أو جهة تعتمدها الدولة التي تمنح لها ترخيص بمزاولة نشاطها يكون لها بمقتضاه صلاحية إصدار قرارات بشأن استخدام أنواع معينة من تقنيات التوقيع الالكتروني، كما يكون لها صلاحيات التأكد من صحة التوقيع الالكتروني للأطراف، فقد نصت هذه المادة فقرة(1)" يجوز لأي شخص مختص أو هيئة مختصة سواء أكانت عامة أو خاصة تعينها الدولة المشرعة تحديد التوقيعات الالكترونية التي تفي بأحكام المادة السادسة...."[2].

ب)– موقف القانون الفرنسي:

بالنظر لقواعد الإثبات في القانون الفرنسي نجد أن هذه القواعد لم تكن تعطي المحررات الالكترونية أي حجة في الإثبات على خلاف المحررات الورقية التي كانت

---

[1] قانون اونسترال الوثيقة(iv/wp.82) الفقرة 42.

[2] أنظر وثائق الأنسترال (a.cn.p/465) الفقرة الأولى أنظر في النصوص السابعة أ /منير وممدوح الجنبيهي "المرجع السابق" مؤلف مشترك ص 42 وما بعدها .

تتمتع بهذه الحجة إذا ما استوفت شروطها وقد قام القضاء الفرنسي مدعماً بتأييد رجال الفقه الا انه يستوجب الشروط الآتية :

1-أن يكون المحرر ممهورا بتوقيع الالكتروني موثوق في صحته و في انتسابه لمن حرره محددا فيه شخص الموقع بما يفصح عن قبوله لمضمون المحرر.[1]

2-أن يكون المحرر الالكتروني محفوظا بطريقة آمنة وتحت سيطرة أطراف العقد أو لدى شخص من الغير موثوق فيه.

نظرا لما قام به الفقه و القضاء الفرنسي من جهود في الصدد و التي بدورها إلى تدخل المشرع الفرنسي بإجراء تعديلات على قواعد الإثبات بما يسمح قبول المحررات الالكترونية كحجة في الإثبات مثلها مثل المحررات العرفية وذالك بموجب القانون رقم 230 لسنة2000 الذي اعترف بحجية المحررات والتوقيع الإلكتروني مما يعادل بالمحررات الورقية و التوقيع اليدوي.

بقراءة نص **المادة 1316** من **ق.م.ف** نجد أن المشرع قد انتهى إلى أن المحرر المكتوب اتسع مفهومه ليشمل الكتابة على الورق و الكتابة الإلكترونية ليشمل كل تدوين لحروف، و علامات أو رموز ذات دلالة واضحة و مفهومة.

كما نجد المشرع الفرنسي قد انتهى أيضا إلى أن طريقة الكتابة لا تتحدد بنوع الوسيط المادي المستخدم و لا بالطريقة التي تنتقل بها في حالة الاتصال أو المراسلة بين من لا يجمعها مكان واحد، أي أن الدليل المكتوب ينفصل تماما عن المستند أو الدعامة التي يحويه و دون النظر للطريقة التي انتقل بها[2].

كما تشترط نفس المادة في **الفقرة الأولى** أن المحررات الإلكترونية تتمتع بحجية المحررات الكتابية في الإثبات بشرط أن تكون واضحة بما يكفي للإفصاح عن شخص محررها.

---

[1] يرى بعض الفقه الفرنسي أن التوقيع الالكتروني هو في حقيقته إجراء الي يتضمن الطبيعة الإرادية للتوقيع التقليدي، وأن التوقيع الالكتروني ينتج عن إرادة الموقع ولمزيد نجوى أبو هيبة، المرجع السابق، ص81.

[2] محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 197.

ج –موقف المشرع الجزائري:

ان المشرع الجزائري في تعديله الاخير للقانون المدني **2005** اقرصراحةً في **المادة 323 مكرر1 منه** بقبوله هذه المعطيات التقنية الحديثة في الإثبات، واعترف بها وإسباغ الحجية عليها ومساواتها بالمحررات التقليدية و التوقيع التقليدي، الا انه لم يوضح معناه بدقة ولا مضمونها ولا حتى كيفية التاكد منها مما جعل المادة المذكورة اعلاه جامدة وصعبة التطبيق في المجال العملي من قبل المتعاملين في مجال القانون وحتى العامة الجمهور لعدم الثقة في هذه المحررات والتوقيع الالكتروني.

نظراً لهذه المشكلة وانتقدات التي وجهت الى المشرع الجزائري قام هذا الاخير بموجب مرسوم تنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 -05-2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 والمتعلق بنظام استغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

نص في المادة 03 مكرر منه لتطبيق هذا المرسوم يقصد بما ياتي :

التوقيع الالكتروني :هو معطى ينجم عن استخدام اسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في **المادتين 323 مكرر** و **323 مكرر1.**

التوقيع الالكتروني المؤمن :

- يكون خاص بالموقع
- يتم انشاؤه يمكن ان يحتفظ بها الموقّع تحت مراقبته الحصرية
- يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلاً للكشف عنه .

_وتناولت هذه المادة مختلف التعريفات حول المتدخلين في هذا التوقيع المتولد عن التكنولوجيا الحديثة التي تستوجب سرعة مواكبتها لاعطاء ضمانة اكبر للمتعاملين به ومن هذه التعريفات :

الموقع: شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص او لحساب الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يمتله ، ويضع موضع التنفيذ جهازانشاء التوقيع الالكتروني

_ **الشهادة الالكترونية:** وتيقة في شكل الكتروني تتبت الصلة بين معطيات الفحص التوقيع **الالكتروني و الموقع**

– **مؤدي خدمات التصديق الالكتروني:** كل شخص في مفهوم المادة 08–8 من القانون رقم 2000–03 يسلم الشهادات الالكترونية او يقدم خدمات اخرى في مجال التوقيع الالكتروني

_ **اهلية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني** : الوتيقة التي يتبت من خلالها بان مؤديا لخدمات التصديق الالكتروني يقدم خدمات مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة .

وفي خلاصة هذا القول يمكن القول ان المشرع الجزائري بموجب المرسوم التنفيذي المذكور اعلاه استطاع نوعاً ما ازالة البس الذي كان يحوم حول هذه التقنية الجديدة للاتبات، مما يمكن الاشخاص استخدامها وهم على بينة من امرهم حول هذا التصرف ومدى حجيته في الاتبات في ظل التشريع الجزائري ،

كما يجعل القاضي يحكم بحجيتها بالإثبات في النزاع المعروض عليه، دون أن يكون له سلطة تقديرية في ذالك، إلا أن ذالك لا يمنع من أن تخضع المحررات الالكترونية بالنظر إلى طبيعتها لبعض قواعد الإثبات التقليدية التي تحكم حجية المحرر الورقي.

ثانيا– وسائل الإثبات الأخرى:

إن لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في استنباط القرائن القضائية التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته، فإذا كان من السهل على القاضي أن يتبين الخطأ بنفسه فيما يتعلق بالأعمال العادية، إلا أن ذالك يبدو عسيرا بالنسبة للأعمال و التصرفات في المجال الالكتروني، لذالك فإن للقاضي أن يستعين في هذا الصدد بأهل الخبرة، فله أن يندب خبير أو أكثر لإبداء الرأيه في المسألة الفنية التي تصعب عليه في هذا المجال الذي

يتطلب اختصاصات تقنية و تكنولوجية قد يجهلها القاضي المعروض عليه النزاع ، الا ان راي الخبير غير ملزم وانما يحضع لسلطة التقديرية للقاضي شانه شان باقي أدلة الاتبات الاخرى ذات القوة التبوتية النسبية .

المطلب الثاني: تعويض الضرر الالكتروني:

يترتب على قيام المسؤولية التزام المسؤول بتعويض المضرور عن الضرر الذي لحقه، فالتعويض هو جبر الضرر الذي يلحق بالمضرور وذالك بعد إثباته لعناصر المسؤولية من خطأ و الضرر وعلاقة السببية بينهما، ويمارس هذا الحق عن طريق دعوى المسؤولية فسأحاول من خلال هذا المطلب تقسيمه إلى فرعين نتناول في

الفرع الأول: مفهوم وصور التعويض.

وفي الفرع الثاني: تقدير التعويض.

الفرع الأول: مفهوم وصور التعويض

أ ولا – مفهوم التعويض:

إن الحق في التعويض، وفقا للقواعد العامة هو الحق في إصلاح الضرر ينشأ مند استعمال أركان المسؤولية، وبصفة خاصة مند وقوع الضرر، إلا أن هذا الحق لا يتحدد إلا بصدور الحكم القضائي، فهذا الحكم لا ينشئ الحق بل يكشف عنه، و الحكم وإن لم يكن مصدر الحق في التعويض إلا أن له أثر محسوسا في هذا الحق، فهو الذي يحدد عناصره وطبيعته ويجعله مقوما بالنقد.[1]

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص413.

فقد نصت **المادة 182من ق.م.ج** على أنه"إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد أو في القانون، فالقاضي هو الذي يقدره ويشمل التعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بشرط أن يكون هو نتيجة الطبيعة لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببدل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بالتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة "وقت التعاقد."

وأضافت **المادة** 182مكرر **ق.م** التي تحدثت على نوع آخر من الأضرار القابلة التي نصت على ما يلي:" يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الترف أو السمعة".

1-<u>تعويض الضرر المباشر:</u>

المبدأ العام في المسؤولية المدنية عقدية كانت أم تقصيرية يقتضي بعدم التعويض عن الأضرار غير مباشرة مهما كانت جسامه الخطأ الذي ارتكبه المسؤول، أما الضرر المباشر فيجب التعويض عنه سواء أكان ماديا أو أدبيا حالا أو مستقبلا ما دام محقق الوقوع[1].

ومعيار التفرقة بينهما يكمن في وجود علاقة السببية بين فعل المسؤول وما نجم عنه من ضرر للمضرور(كما سبق شرحه)

فكلما توفرت هذه العلاقة فيصبح الضرر نتيجة حتمية أو محققة للخطأ فنكون بصدد الضرر مباشر، وإذا تخلف نكون بصدد ضرر غير مباشر، إلا أن الأمر ليس بهذه السهولة، فالمعيار الذي أورده المشرع الجزائري في المادة **1/182** من **ق م** بأن الضرر المباشر يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، أي نتيجة طبيعية، إذا لم يستطيع الدائن أن يتوقاه ببدل الجهد المعقول.

---

[1] علي علي سليمان، المرجع السابق، ص204.

وهو معيار غير كاف وعلى القاضي أن يؤخذ به على سبيل الاستدلال فقط ويبحث عن معيار آخر حسب طبيعة وظروف النزاع المطروح عليه، وخصوصا إذا كنا بصدد المعاملات الالكترونية التي يتنوع فيها الضرر الالكتروني الذي تختلف طبيعته بحسب مجاله ونوعيته.

2-**تعويض الضرر المباشر المتوقع وغير المتوقع:**

يختلف مقدار التعويض عن الضرر المباشر في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية، وذالك أن المدين في المسؤولية العقدية لا يلتزم كقاعدة عامة بتعويض كل الضرر وإنما يقتصر إلزامه على التعويض المباشر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد إلا في حالة ارتكابه غشا أو خطأ جسيم فإنه يسأل عن الضرر المباشر المتوقع، وغير المتوقع.

ثانيا- صور التعويض طبقا لقواعد العامة الواردة في القانون المدني:

لقد أشارت المادة **132** من **ق.م.ج** إلى أهم طرق التعويض و يتعلق الأمر بالتعويض العيني و التعويض بالمقابل.

1/ **التعويض العيني:**

هو الأصل في التعويض، القاضي ملزم بالتعويض العيني إذا كان ممكنا و طلبه الدائن أو تقدم به المدين، ولا يجوز للدائن أن يطلب التنفيذ بمقابل، إذا كان المدين مستعدا للتنفيذ العيني، وإذا طالب بالتنفيذ بمقابل ولم يكن التنفيذ العيني مرهقا للمدين، وللقاضي أن يقضي بتنفيذ العيني بصرف النظر عن طلب الدائن ولا يعتبر ذالك منه حكما بغير ما طلب الخصوم أو أكثر مما طلبوا. والتنفيذ العيني هو الأصل في

المسؤولية العقدية بصدد المعاملات الالكترونية يلتزم المنتج أو مقدم الخدمة بتنفيذ التزامه مثل تقديم البرنامج المناسب أو السلعة أو الخدمة المتفق عليها أو إزالة الفيروس.[1]

2-**التعويض بالمقابل: la réparation pécuniaire**

التعويض بمقابل، و هو الأصل في مجال المسؤولية التقصيرية. وبالتالي ليس للمدين أن يعرض على الدائن بدلا من التنفيذ العيني إذا كان ممكننا.

و هو يتفق و طبيعة الضرر و خاصة في حالة الضرر الأدبي والجسماني فيستحيل التنفيذ العيني و تلك هي الصورة الغالبة في المسؤولية الإلكتروني كاختراق الجهاز المعلوماتي أو تدميره أو تعدي على حقوق الملكية الفكرية أو حقوق الشخصية مثل إفشاء الأسرار و المساس بالحق في الخصوصية.[2]

و قد يرى القاضي بالإضافة إلى التعويض النقدي الإلزام المسؤول بنشر تصحيح أو اعتذار بنفس الطريقة التي تم بها التعدي.[3]

الفرع الثاني : تقدير التعويض

يتعين على القاضي في المرحلة الثانية بعدما يكون قد حدد الضرر المستحق للتعويض في إطار المسؤولية أن يقوم بتقدير التعويض، و هو ما جاء في نص **م 131** من **ق .م. ج.**

والتي نصت " يقدر القاضي مدى التعويض عن الضرر الذي لحق المصاب طبقا لأحكام المادتين **182** و **182 مكرر** مع مراعاة ظروف الملابسة، فإن لم يتيسر له وقت

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 410.

[2] محمد حسن رفاعي، المرجع السابق ص 158.

[3] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري" الجزء الثاني، الواقعة القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية الطبعة 2001، الجزائر، ص 271.

الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية فله أن يحفظ المضرور بالحق في أن يطلب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

يتضح من استقراء أحكام هذه المادة أن القاضي الموضوع هو الذي يقدر مبلغ التعويض.

في هذا الشأن قضت المحكمة العليا في حكم صادر لها بما يلي "حيث أن الضرر المشار إليه في القرار لم يوجد أي نص يقدر تعويضه، و بالتالي فإن تقديره يدخل ضمن السلطة التقديرية للقاضي، وعليه فإن مراقبة غير خاضعة لسلطة المحكمة العليا، وأن تعيين خبير من أجل تقدير التعويض غير ملزم للقاضي إذا كانت عناصر التعويض كافية في الملف تسمح للقاضي بتقدير الضرر الناتج ولهذا فإن القرار المطعون فيه جاء على أساس القانوني و مسببا لما يستوجب رفض هذا الوجه ورفض الطعن[1] فلا يوجد في القانون نص معين يلزم بإتباع معايير معينة لتقدير التعويض، لذالك فإن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تقديره بشرط أن يكون هذا التقدير قائما على أساس قانونيا، وتقدير التعويض يعد من مسائل الواقعية التي يستقل بها قاضي الموضوع، لكن عناصر الضرر التي يعتمد عليها في حساب التعويض من مسائل القانونية تخضع لرقابة المحكمة العليا.

يجب على القاضي وفقا لنص القانوني **131** من **ق. م.ج** أن يرعي عند تقديره، مدى التعويض " الظروف الملابسة" ويقصد بها[2] الظروف الخاصة بشخص المضرور التي تلابسه كوضعه الثقافي، أو مركزه الاجتماعي أو الحالة الصحية أو جنسه أو سنه أو مهنته أو ظروفه العائلية.

و في حالة تعدد الأضرار فإنه يجوز للقاضي أن يقضي بتعويض إجمالي عن جميع الأضرار التي لحقت المضرور، لكن يشترط أن يبين عناصر الضرر التي قضى

---

[1] قرار المحكمة العليا، المؤرخ في 1995/05/24 ،ملف رقم 109568 ، المجلة القضائية سنة 1997 ، العدد01 ، ص123.

[2] بالحاج العربي، المرجع السابق، ص 271.

بموجبها بهذا التعويض، و يجوز كذلك الحكم بتعويض إجمالي للمدعين عند تعددهم، أو تحديد نصيب كل واحد منهم بحسب الضرر الذي أصابه.

مثال ذلك إلزام المنتج بإزالة الفيروس من البرنامج و تحمل تكاليف إدخال البيانات التي تتم مسحها منه، بإضافة عن تعويض عن كل ما أصابه من ضرر و ما فاته من كسب نتيجة لإصابته بالفيروس وعلى القاضي أن يراعي في ذلك الظروف الملابسة للمضرور ،كمهنته، وموارده و مدى تأثير الإصابة عليه، و طبقا لمصادر دخله وإمكانياته الاقتصادية.

تبدو أهمية ذلك في مجال التعويض عن الضرر الأدبي الذي يتفاوت تقديره بحسب الوضع المادي و الاجتماعي للمضرور، كما في حالة اختراق الجهاز المعلوماتي للبنك والتلاعب بحساباته و التأثير البالغ لذلك على مركزه المالي، وسمعته، وثقة العملاء فيه

يثير تقدير التعويض في الضرر الإلكتروني أحيانا صعوبات خاصة فيما يتعلق بالوقت الذي يتم فيه هذا التقدير، إذ أن الضرر الواقع قد يكون متغيرا و قد لا يتيسر تعيين مدته تعيينا نهائيا وقت النطق بالحكم.

لذلك من المقرر أنه إذ لم يتيسر للقاضي وقت الحكم أن يعين مدى التعويض تعيينا نهائيا، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بإعادة النظر في التقدير، وإذا كان الضرر متغيرا فإنه يتعين على القاضي النظر فيه عند تاريخ الحكم، ولا يكتفي بالحالته عند وقوعه انما يتعين ان يراعي التغير في الضرر ذاته، من زيادة راجع أصلها إلى خطأ المسؤول أو نقص مهما كان سببه.

مراعيا كذلك تغير قيمة الضرر بارتفاع ثمن النقد، و انخفاضه و بزيادة أسعار المواد اللازمة لإصلاح الضرر أو نقصها.

ذلك أن زيادة في ذات الضرر التي يرجع أصلها إلى الخطأ أو النقص أيا كان سببه غير منقطع الصلة به، أما التغيير في قيمة الضرر فليس تغيرا في الضرر ذاته.

فحق المضرور و إن كان ينشأ من يوم تحقق إلا أن تجسيده في حق دائن مقدرا بالنقد تقديرا دقيقا لا يتم إلا من يوم الحكم.[1]

المبحث الثاني: كيفية تسوية المنازعات الإلكترونية و القانون الواجب التطبيق.

إن المشكلة الأخيرة التي تثور في معرض الحديث عن المسؤولية الناجمة على المعاملات الإلكترونية، ألاوهي مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظرها و القانون الواجب التطبيق عليها من بين القوانين التي تتنازع على حكمها، و إن كانت لا تثور هذه المشكلة إذا كان أطراف التعاقد في بلد واحد إذ سوف يطبق قانون هذا البلد، و لكن نظرا لأن المعاملات الإلكترونية تتسم في الغالب بالطابع الدولي نظرا لعالمية شبكة الإنترنت و الطابع الطليق لها، و من تم فهي تشمل في أغلب الأحوال على طرف أجنبي، و لذلك تثور مسألة هامة و هي مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع و القانون الواجب التطبيق.

و عليه ارتأيت تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب حيث أتناول في:

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي في نظر في منازعات الالكترونية

المطلب الثالث:التحكيم الالكتروني

---

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 413.

المطلب الأول: القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية:

نظرا للطابع الدولي للعقودالإلكترونية التي تتم أغلبها عبر شبكة المعلومات الدولية الإنترنت بين أشخاص يتواجدون و ينتمون إلى دول مختلفة، و يكون أطرافها المستخدم المقيم في الدولة و المورد أو مقدم خدمات الاشتراك في شبكة في دولة ثانية و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيم في دولة ثالثة.

و أمام هذا الوضع تثير عدة تساؤلات حول القانون الواجب التطبيق في المنازعات الناشئة بصدد هذه العقود الإلكترونية ذات طابع دولي أو ما يسمى بتنازع القوانين.[1]

و السؤال الهام الذي يثار في هذه المسألة هل قواعد الإسناد الداخلية تسمح لتنظيم روابط التجارة الدولية الإلكترونية، أو لابد من وضع أحكام خاصة موضوعية لتنظيم هذه التعاملات تتناسب و طبيعة هذه التعاملات الحديثة ؟.

يرى البعض أن العقود الإلكترونية تخصص لنفسها مكاناً مميزاً، و يرجع ذلك إلى أن هذه العقود لا تتلاءم مع قواعد الإسناد الإقليمية التي تعتمد على الحلول العادية لتنازع القوانين، فضلا على أن التعامل من خلال الشبكات ينشئ عالما خاضعا لقانونه الخاص.

أضف إلى ذلك أن مبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه في العالم الافتراضي إذا أصبح العالم مجرد قرية تكنولوجية على الإنترنت، كما أن المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي

---

[1] أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2000 ،ص 09.

و القضائي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول و أقاليم يفصل بينها حدود سياسية و جغرافية لا تتلاءم مع المجتمع الإلكتروني الذي يقسم إلى شبكات اتصال، و مجالات الدومين .

و يبدو أن قواعد القانون الدولي الخاص أصبحت غير كافية لمواجهة تطورات التكنولوجيا الراهنة، ذلك لأن العقود الدولية الإلكترونية لها معطياتها الخاصة التي تتطلب قوانين تتضمن حلولا تتلاءم و طبيعة تلك المعطيات و تتوافق مع هذه الذاتية.

من تم يتعين البحث على حلول أخرى تتناسب و حالة عقود الإلكترونية تتمثل في إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية بغرض إيجاد نوع من التوحد أو الاتفاق الدولي بشأن الأحكام الواردة في هذا الصدد.[1]

أمام هذا الاختلاف الفقهي وجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أتناول في:

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد المحلية أو الوطنية.

الفرع الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق وفقا لقواعد الإسناد المحلية أو الوطنية.

أولا: قانون المسؤولية العقدية الإلكترونية

1/ تجمع النظم القانونية على خضوع العقود الدولية لقانون الإرادة أي القانون الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمنا.

و هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في نص **المادة 18** من **ق .م.ج** المعدل بموجب القانون رقم 05-10 فقد نصت هذه المادة على أنه:

" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد".

[1] محمد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، مصر- الطبعة الأولى، 2007، ص68

" و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك، أو الجنسية المشتركة، و في حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد. يمكن تطبيق هذا المبدأ المذكور أعلاه على كافة صور المعاملات الإلكترونية ذات الطابع الدولي، يمكن أن يتم اختيار عبر الشبكة من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة.

و يتم اختيار قانون العقد الدولي عادة عند إبرام العقد و يمكن أن يتم ذلك بعد الإبرام، أو بمناسبة النزاع عند التنفيذ و يجوز تعديل هذا الاختيار.

و اختيار الأطراف للقانون يمكن أن يستشف ضمنا من ظروف الحال و ملابسات العقد أو القرائن المستمدة منه، مثل تقرير لمحكمة معنية الاختصاص بنظر المنازعات و عملة الوفاء و مكان التنفيذ و لقاضي الموضوع سلطة استخلاص النية الضمنية للمتعاقدين دون الخضوع لرقابة المحكمة العليا طالما استند في حكمه إلى أسباب سائغة.

ولا يشترط الاتجاه الحديث وجود أي علاقة بين القانون المختار و العلاقة القانونية القائمة لأن الأطراف هم الأقدر في تحديد مصالحهم المشتركة.[1]

2/ كما يفضل الأطراف أحيانا في مجال تجارة الدولية الإلكترونية بصفة خاصة الإفلات من قوانين الدول ووضع الأحكام و الشروط الخاصة لتسوية كل المنازعات المتوقعة، أي تضمين العقد حلولا للمسائل التي يمكن أن تثور بينهم، و يستعين الأفراد في ذلك في العقود النموذجية المطبوعة في صيغ المعدة سلفا، و تضم الشروط المتعارف عليها في مجال سلعة أو خدمة معينة، و تقابلها أوساط التجارة الدولية و أصبح ذلك أمرا مألوفا في مجال تجارة الإلكترونية [2] .

3/ يقوم القاضي بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقد في حالة غياب الاختيار الصريح أو الضمني من المتعاقدين، ويعتمد في ذلك على فكرة الأداء المميز التي تعطي الاختصاص لقانون الطرف المدين لهذا الأداء، فهنا يلجأ القاضي إلى توطين

---

[1] Mayer, droit international privé, 1999, p 288.

[2] Hunet, commerce électronique, loi applicable j.c.d, 1999, p 160.

العقد في الدولة التي ينتج فيها أغلب آثاره و يطبق قانونها، و في مجال هذه المعاملات يغلب أن يكون الأداء المميز و التوطين في الدولة التي بها مقر أو مركز الشركة المقدمة للخدمة.[1]

4/ و تتجه التشريعات الحديثة نحو توفير حماية معينة للمستهلك بصفة عامة و في المجال الإلكتروني بصفة خاصة، لذلك يكون للمستهلك الخيار بين قانون العقد التي يتم اختياره أو قانون الدولة التي يقيم فيها.[2]

و تأييدا للوجهة السابقة نجد أن **اتفاقية روما لعام 1980** والتي تتعلق بالعقود الدولية قد أقرا خضوع جميع العقود لقانون الإرادة بما فيها عقود الاستهلاك، إلا إذا كان هذا القانون يحرم المستهلك من الحماية القانونية المقررة له في قانون الدولة التي بها موطنه العادي.

لهذا يرى غالبية الفقه القانوني ضرورة الأخذ بقواعد الحماية للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقود التي تبرم بطريق الإنترنت، فإذا كان للأطراف مطلق الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق كان من الواجب عليهم إدراج بند في العقد ينص على القانون المراد تطبيقه بما لا يخالف القواعد الآمرة المتعلقة بحماية المستهلك في قانونه الوطني الخاص.[3]

بخصوص العقود الإلكترونية التي يتم فيها عرض السلعة أو الخدمة عن طريق شاشة الإنترنت لجمهور المستهلكين، أو على طريق قيام البائع بإرسال رسائل لبعض المستهلكين عن طريق بريدهم الإلكتروني ، فالعرض هنا يتم باستقباله في محل الإقامة العادية للمستهلك متى كان الأخير قد دخل إلى الموقع المعلن به السلعة أو الخدمة هو في محل إقامته العادية، أو إذا قام البائع بإرسال رسالة إلكترونية ذات طبيعة إعلانية

---

[3] Gaillon, lamy, contrats internationaux 1997, p 158.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، "النظرية العقدية و الإدارة المنفردة"، دراسة متعمقة مقارنة بالفقه الإسلامي 1984،ص85

[3] أحمد عبد الكريم سلامة، نظرية العقد الدولي الطليق، دار النهضة العربية، بدون تاريخ،ص 98

لذات بلد المستهلك، أوقام بتصميم صفحة إعلانية توجه تحديدا إلى البلد الذي يقيم فيه ذلك المستهلك.[1]

و عليه فإن عقود الاستهلاك الإلكتروني تكون وثيقة الصلة بقانون دولة محل الإقامة العادية للمستهلك.[2]

و نخلص مما سبق إلى أن العبرة بقانون بلد محل الإقامة العادية للمستهلك المتعامل عبر شبكة الإنترنت و ذلك لدرء الغش أو التحايل نحو تطبيق قوانين قد لا يتوفر على الحماية الكافية له.

الفرع الثاني: القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي.

إن منهج تنازع القوانين الدولي لا يتناسب مع طبيعة التجارة الدولية فقاعدة الإسناد تحدد قانونا داخليا لدولة معينة ليحكم علاقة ذات طابع دولي، و القواعد القانونية المحلية موضوعة أصلا لتنظيم العلاقات الداخلية الوطنية، ومن تم فهي لا تصلح لتنظيم التجارة الدولية و تبدو تلك الحقيقة بوضوح عبر معاملات الإلكترونية التي تتجاوز الحدود السياسية من خلال شبكة الإنترنت، التي يصعب التعرف على المتعاملين فيها و أماكن تواجدهم الجغرافي، لذا كانت الحاجة لقواعد موضوعية تتميز بخصوصية فنية و مصطلحات تقنية قابلة للتطور لمواكبة التقدم السريع في هذا العالم الحديث.[3]

تشكل تلك القواعد القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي الذي يتضمن تنظيما وحلولا مباشرة، ذات طبيعة خاصة للعلاقات الإلكت الدولية و يستمد هذا القانون مصادره من الممارسات التعاقدية الإلكترونية والأعراف والعادات و الممارسات المستقرة في الأوساط المهنية لذلك العالم الرقمي للمعلومات و الاتصالات، و القواعد التي يتم تدوينها من قبل الهيئات والمؤسسات المهتمة بتنظيم المعاملات الإلكترونية ،

---

[1] عبد الفتاح بيومي، المرجع السابق، ص 118.
[2] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 222.
[3] حسين ماحي، نظريات قانونية في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية، ص125

هذا بالإضافة إلى قواعد موضوعية ذات طابع اتفاقي الدولي و التوجيهات الأوروبية وتوصيات الأمم المتحدة كما هو الشأن بالنسبة قانون اونسترال نمودجي الخاص بتجارة الإلكترونية **1996**.

و يتسم هذا القانون بالطابع الطائفي و النوعي و يخاطب طائفة المتعاملين في المجال الإلكتروني ، و هوقانون تلقائي النشأة نابع من هذا المجتمع ، ولا يحتاج تطبيقه إلى تدخل السلطة العامة و هو قانون دولي موضوعي يحكم المعاملات التي تتصل بأكثر من دولة و يقدم الحل للمسألة محل النزاع مباشرة، و ينظم العلاقات و الروابط الإلكترونية.[1]

و لكن القانون الموضوعي الإلكتروني ليس نظاما قانونيا بالمعنى الدقيق نظرا لعدم وجود مجتمع منظم متماسك يجمع كل المتعاملين في هذا العالم الافتراضي، ولا تتوافر لقواعد هذا النظام صفة الإلزام و لا يتضمن الجزاء الذي يكفل احترامها، بل لابد من تدخل الدولة لإقامة توازن بين المتعاملين في هذه البيئة الإلكترونية التي تحتوي على كثير من المخاطر.

المطلب الثاني: الاختصاص القضائي الدولي بالنظر في المنازعات الإلكترونية

الفرع الأول: الاختصاص بمنازعات العقود الدولية الإلكترونية

أولا– نظرا للطبيعة المعقدة للمعاملات الإلكترونية و تصعيباتها الدولية و من هذا المنطلق يصعب على المتضرر أو المدعي تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعواه، وإذا كان المبدأ العام أن المنازعات الخاصة بالمعاملات الدولية في المجال الالكتروني

[1] محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 426.

تخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم[1] ، حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه.

– وطبقا للقاعدة العامة الواردة في قانون الجزائري أنه يحدد الاختصاص للمحاكم الجزائرية، إذا كان المسؤول مؤسسة أجنبية فرعا أو مكتبا في الجزائر، ولكن إذا كان المسؤول ليس له فرعا أو مكتبا في الجزائر، وقيام مسؤوليته، فيثير المتضرر دعوى طبقا للمادتين **41و42** من **ق.ا.م.ا** الصادرة مؤخرا بموجب القانون رقم 08-09 ،فقد أعطت هاتين المادتين الحلول المناسبة لمثل هذه النزاعات فقد نصت المادة **41** على ما يلي "يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين.

كما تنص **المادة 42** على ما يلي: "يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي، حتى ولو كان مع أجنبي". هذا تماشيا مع اتفاقية **بروكسل الموقع عليها** في 1968/09/27 و المتعلقة بالاختصاص القضائي، وتنفيذ الأحكام في مواد المدنية و التجارية وكذا الحلول المناسبة لمسألة الاختصاص الدولي في مجال منازعات عقود الاستهلاك [2] ولهذا الغرض حاول المشرع الجزائري مطابقته مع النصوص السالفة الذكر.[3]

ثانيا: يجوز الخروج على القاعدة السابقة بالاتفاق بين الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة أخرى، وهذا ما يطلق عليه بمبدأ الخضوع الإرادي أو ألاتفاقي على الاختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي.

---

[1] أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية ،ص 94.

[2] باعتبار أن العقود الالكترونية تدخل ضمن عقود الاستهلاك فإنها تخضع لأحكامها.

[3] قادة شهيدة" المسؤولية المدنية للمنتج" دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، ص 200 -247.

لكن يشترط لصحة هذا الاتفاق توافر رابطة جدية بين النزاع و القضاء المختار لنظره أو قيام مصلحة مشروعة للأطراف من وراء هذا الاختيار، وألا ينطوي هذا الاتفاق على غش.

يمكن أن يتم الاتفاق على الاختصاص، قبل قيام النزاع أو بعده صراحة في العقد أو في وثيقة مستقلة أو ضمنا، كرفع الدعوى أمام محكمة معينة و عدم اعتراض المدعي عليه و على من يدعي وجود هذا الاتفاق عبء إثباته بالكتابة العادية أو بالمحررات الإلكتروني .[1]

ثالثا: و في حالة عدم وجود أحد الضابطين السابقين نلجأ إلى الضابط الاحتياطي، ألا و هو مكان إبرام العقد أو تنفيذه و يتحدد الإبرام بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.[2]

يتم تحديد معنى التنفيذ طبقا لقانون القاضي، ويسترشد في ذلك بنية الأطراف، وطبيعة العقد، و العرف و العادات التجارية.

رابعا- استثناءا من الأحكام السابقة فإن المنازعات الخاصة بالعقود الاستهلاك الإلكتروني، تختص بنظرها محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك، هذه القاعدة تم تبنيها من التشريعات المعاصرة التي تحرص على وضع أحكام خاصة بحماية المستهلك، وهي قاعدة ملزمة لصالحه وليس ضده، بمعنى أنه له الاختيار بين المحكمة موطنه أو محل إقامته أو محكمة موطن أو محل الإقامة المدعى عليه أو المحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها، أو محكمة محل إبرام أو تنفيذ العقد ولا يجوز الاتفاق مقدما على عدم اختصاص محكمة موطن المستهلك أو محل إقامته.

<u>الفرع الثاني: الاختصاص القضائي للنظر في المنازعات المسؤولية التقصيرية</u>

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 108.
[2] المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

أولا- تخضع المنازعات الخاصة بدعوى المسؤولية التقصيرية **الالكت** للضابط العام للاختصاص الدولي ألا وهو محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه تطبيقا لنص **المادة 37** من **ق.ا. م.اج** و التي تنص على القاعدة العامة لاختصاص الإقليمي.

ثانيا- كما أنه تطبيقا لنص **المادة 39** من نفس القانون التي تقرر الاختصاص لمحكمة محل وقوع الفعل الضار.

المطلب الثالث: التحكيم الالكتروني:

ان **ت. الالكت** تستوجب البحث عن آليات أخرى تكون قادرة على حل المنازعات الناشئة عنها بطريقة أسرع وأكثر فاعلية، لعل من أكثر هذه الآليات شيوعا وفاعلية في العصر الحديث هي "نظام التحكيم" والذي يتمثل في عرض نزاع معين بين طرفين على محكمين تتوفر فيهم شروط خاصة ومؤهلات محددة ، فيتم الفصل في النزاع طبقاً لقواعد التحكيم.[1]

أن الدولة الحديثة لم تحتكر وحدها سلطة الفصل في المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين مواطنيها، وإنما سمحت لهم بالالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم القائمة و المحددة أو المحتملة وغير المحددة لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم، دون الالتجاء إلى القضاء العام في الدولة، والاختصاص بالفصل في جميع منازعات الأفراد إلا ما استثنى بنص خاص وفقا لإجراءات الثقافي.

التحكيم هو إجراء قضائي من نوع خاص، ويتم بأسلوب مشابه للقضاء ويكون لحكم التحكيم قوة إلزامية على الأطراف بخصوص النزاع المطروح أمام هيئة التحكيم، وإن إجراءات التحكيم تتم وفقا للقواعد الإجرائية التي يضعها مركز التحكيم أو المؤسسة التي تقدم خدمة الفصل في النزاع و الالتزام باتفاقيات الدولية ويتم ذالك بإشراف المحاكم الوطنية فيما يتعلق بالإجراءات التحكيم وعلاقته بالقانون الوطني لمكان التحكيم.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي،ص75

يجري التحكيم ضمن الإطار القانوني الدولي يتيح للأطراف حرية الاتفاق على تقديم النزاع إلى هيئة أو محكمة التحكيم، واستبعاد اختصاص المحاكم الوطنية فيما يتعلق بالنزاع، واختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، ويكون للحكم التحكيم حجية الحكم المقضي به، ويمكن الاعتراف به دوليا استنادا إلى اتفاقية نيويورك للاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها لسنة 1958.

يمتاز التحكيم التجاري الدولي بالعديد من المزايا التي أدت إلى زيادة ثقة الأفراد بالتحكيم وتفصيله على القضاء ومن أهمها:[1]

1-حرية المحكم و عدم تقييده بقانون معين، مما يجعله أكثر قدرة على تغليب اعتبارات العدالة على أحكام التشريعات الوطنية.

2-سهولة التحكيم وسرعته في الفصل في المنازعات عند مقارنته بالقضاء العادي.

3-المحكم يمكن أن يكون خبيرا أو فنيا و ليس قانونيا، وذلك يساعد على إيجاد الحلول المناسبة و الملائمة للنزاع المعروض على هيئة التحكيم.

4-يتمتع التحكيم بالسرية التي تسمح للأطراف بعدم طرح نزاعاتهم بشكل علني أمام الجمهور وفقا لمبدأ علانية المحاكم أمام القضاء.

5-عدم التزام الأطراف بالانتقال من دولة إلى أخرى لحضور الجلسات و تبادل المستندات، و في حالة التحكيم الإلكتروني فإن البيانات و الوثائق يتم تبادلها عبر شبكة الإنترنت.

6-إذا كان أطراف النزاع ينتمون إلى عدة دول، فإن التحكيم سيحمي الأطراف من فرضية تحيز القاضي الوطني.

كان لهذه المميزات دورا كبيرا في ازدهار التحكيم و انصراف الأطراف خصوصا في منازعات التجارة الدولية عن اللجوء عن السلطة القضائية الوطنية.

---

[1] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة سنة2000 ،ص5.

ظهور الحاجة لتسوية النزاعات على شبكة الإنترنت

إن الصفة الدولية للتسوق الإلكتروني ترتبط معها العديد من المشاكل التي تتعلق بالتنفيذ الدقيق لشروط العقد و مدى الالتزام بالتكلفة و الوقت و غيرها، و بالتالي فإنه قد يصعب فرض الالتزام بمثل هذه الحقوق عن طريق المحاكم أو حتى التحكيم بشكله التقليدي، أو في آلية تسوية النزاعات بالوسائل البديلة (ADR)،[1]

و كان لابد من تطوير أساليب تسوية النزاع التقليدية لتتناسب مع الشكل الجديد للتعاملات و خصوصا في الميدان الإلكتروني، و ظهور نزاعات جديدة لم تكن معروفة من قبل و هكذا فقد اقتضت السوق العالمية تجارة الإلكترونية الاتجاه للتحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات الناشئة عن هذه المعاملات الجديدة، ولكن يجب أن يتم ذلك بأسلوب جديد يتناسب مع الثورة التقنية لوسائل الاتصالات الحديثة، فكان التحكيم الإلكتروني.[2] الوسيلة المناسبة لتحقيق هذا الغرض و سأتناول في هذا المطلب موضوع التحكيم الإلكتروني في الفروع التالية.

الفرع الأول: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني.

الفرع الثاني: أهم المشكلات التي تواجه التحكيم الإلكتروني.

الفرع الثالث: إجراءات التحكيم الإلكتروني.

الفرع الأول: الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني.[3]

سأتناول في الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني فيما يتعلق الخصوصية الإلكترونية و ليس القصد هو دراسة قواعد التحكيم لذلك فإننا سنتعرض:

---

[1] (ADR) و هي اختصار لـ (alternative dispute résolution)

[2] مثل محكمة التحكيم الإلكترونية التابعة لجامعة مونترال بكندا أو تلك التابعة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، و كذلك الولايات المتحدة الأمريكية.

[3] إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 264.

أولا: فكرة التحكيم الإلكتروني.

أن ورود كلمة(الكتروني) وارتباطها بالتحكيم فهذا يؤدي إلى عدة نتائج محتملة:

1-إما أن الإجراءات تسوية النزاع تتم عبر شبكة الانترنت أو وسائل الاتصال الحديثة المشابهة.

2- أن الإجراءات لا تتم بوسائل الاتصال الحديثة ولكن يتم التعامل مع النزاعات التي تستند الى المعاملات الالكترونية .

3-أو أن يكون الأمرين معا.

-لذالك لا بد من تحديد دقيق لماهية **التحكيم الالكتروني:**

إن "التحكيم" هذا المصطلح القانوني الذي يعبر بالشكل التقليدي عن آلية تسوية النزاع بالاستناد إلى ضمانات حق رفع الدعوى ويؤدي إلى إصدار حكم ملزم الذي يتمتع بحجية وقوة ملزمة للأطراف و الغير بالتساوي مع أحكام القضاء الوطنية (التحكيم بالمفهوم الضيق)[1]

إلا أن المقصود بالتحكيم الالكتروني هو عبارة عن نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف إلى إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثابت محايد(مقدم خدمة التسوية الالكترونية)، لتعيين شخص أو عدة أشخاص(هيئة التحكيم الالكتروني) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذالك لإصدار حكم ملزم للأطراف.[2]

ثانيا – تحليل عناصر التحكيم الالكتروني: [3]

1-إن إجراءات التحكيم التقليدية يجب أن يسمح لها بالدخول إلى العالم الافتراضي عبر شبكة الانترنت ويكون ذالك:

أ-**تقنيا:** يتم تقديم طلب التحكيم والرد عليه بشكل الالكتروني أي مكتوبة على دعامة ومرسلة بشكل الكتروني إلى الجهة المختصة بنظر النزاع، وكذالك الاتصال بين

---

[1] مصطفى محمد الجمال، عكاشة محمد عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية و الداخلية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، 1998، ص 06.

[2] محمد سعيد أحمد اسماعيل، المرجع السابق، ص492.

[3] نبيل زيد مقابلة، التحكيم الالكتروني، الجمعية العربية لقانون الانترنت 2007،ص95

الأطراف وهيئة التحكيم سواء كان ذالك بالبريد الالكتروني، أو الهاتف، أو حتى بالشكل التقليدي.

كما تزود الوثائق و المستندات التي يقدمها الأطراف بالتواقيع الرقمية التي تجعل الأطراف أكثر جدية في أطروحاتهم، على أنهم لن يستطيعوا التنصل منها في المستقبل، ستقلل هذه التقنية من مخاطر التحيز أو عدم الحيطة بالنسبة لأعضاء هيئة التحكيم مما يمكن من الاطلاع على معظم الاجراءلت التي تقوم بها هيئة التحكيم وكذالك الاطلاع على الوثائق و المستندات المقدمة من طرف الآخر، و الأطراف الأخرى المحايدة مثل(الخبراء) وسيتمكن أطراف النزاع من الرد مباشرة على أي إجراء يرونه مناسب، وتتيح التقنية عبر شبكة الانترنت بالإضافة إلى تبادل الرسائل البريدية الالكتروني[1]، الاستفادة من وسيلة مهمة تتمثل في عرض المؤتمرات المرئية غير الفيديو التي ستسمح للأطراف والشهود والخبراء بحضور جلسات التحكيم بدون حاجة إلى التواجد المادي في مكان انعقاد هذه الجلسات التحكمية.

ب-**تنظيميا:**

أن القواعد المنظمة لتسوية النزاعات بالتحكيم التقليدي يجب تطويرها لتتناسب مع نظام التحكيم الالكتروني، ويتطلب هذا الأسلوب إيجاد قواعد جديدة تؤدي إلى إصدار حكم تحكيمي له قوة ملزمة للأطراف ومعترف به دوليا.

وهكذا فإن التحكيم الالكتروني وإن كان مشابها لتحكيم بالشكل التقليدي إلا أنه يتميز عن هذا الأخير بالعديد من المزايا التي تنعكس بشكل إيجابي على نمو التجارة الالكترونية .[2]

---

[1] يعرف البريد الالكتروني" طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات".

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ، ص304 وما بعدها.

الفرع الثاني: أهم المشكلات التي تواجه التحكيم الالكتروني:

إن التحكيم الالكتروني سيواجه العديد من المشاكل ومنها:

هل ستعترف المحاكم الوطنية بأحكام التحكيم الالكتروني؟ وما هو الوضع في قوانين الوطنية و المعاهدات الدولية مثل اتفاقية نيويورك، وأين سيحدث التحكيم الالكتروني؟ وأين حكم التحكيم؟ وإن تضمن العقد الالكتروني شرط الخضوع للتحكيم الالكتروني ، هل مثل هذه الاتفاقية يجب أن تكون مكتوبة(شرط الكتابة) وكيف سيتم توقيع الاتفاقية على شبكة الانترنت لتلبية متطلبات القوانين الوطنية المختلفة واتفاقية نيويورك.

وهل التبليغ الذي يتم على شبكة الانترنت لبيان وقت ومكان جلسة سيكون له فاعلية مقبولة من ناحية العملية .

وهل سيطلب من الأطراف تقديم الأدلة (الوثائق و المستندات) المتعلقة بالنزاع الالكتروني؟ وكيف يمكننا التأكد من سلامة وتوثيق المستندات المرسلة الكترونيا؟

كيف يستطيع الأطراف الحفاظ على سربه الإجراءات على شبكة الانترنت؟ وكيف سيقوم أعضاء هيئة التحكيم بالتوقيع على حكم التحكيم.

إن الإجابة على هذه التساؤلات وغيرها ضروري لكي يطمئن الأفراد من هذه الوسيلة الحديثة لتسوية منازعاتهم، المتعلقة بالمعاملات التجارية الالكترونية.

وسنتناول أهم المشكلات التي تواجه التحكيم الالكتروني على النحو التالي:

أولا: شرط الكتابة لاتفاق التحكيم:[1]

تستلزم العديد من التشريعات الوطنية ضرورة كتابة اتفاق وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في **المادة** 1002 **من ق.ا.م.ا** فيما يتعلق باتفاق التحكيم، فقد نصت على ما يلي " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا...".وهذا الاتجاه مستند إلى اتفاقية نيويورك في المادة الثانية فقد اشترطت بأن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا.

فهل يجب أن يكون اتفاق التحكيم الالكتروني مكتوبا بالشكل الخطي التقليدي؟

---

[1] أحمد شرف الدين، الجوانب الثانوية للتجارة الالكترونية، المرجع السابق إليه الإشارة، ص 43.

لقد أوجبت اتفاقية جنيف لسنة1961 المبدأ بأن يتم إثبات اتفاق التحكيم بالشكل الخطي ولكنها أجازت أن يتم إثبات بغير المستندات الخطية، إذا كان المتعاقدان أو أحدهما ينتمي إلى دولة لا توجب الاتفاق الخطي، أو إذا أبرم اتفاق التحكيم وفقا لقوانين هذه الدولة.[1]

وأن المفهوم المستند الخطي هو لدلالة على الكتابة بمعناها العام ولا تقتصر على المعنى التقليدي لها، بل تشتمل كل وسائل الاتصال الحديثة الأخرى التي من شأنها إثبات المعلومات التي تتضمنها إلى شخص معين ويتعين الأخذ بهذا المفهوم الواسع للكتابة أمام التطور المعاصر وبصفة خاصة بصدد المعاملات الالكترونية، و الوسائل الحديثة الكثيرة ومتطورة مثل(رسائل التبادل الالكترونية، البرقيات، والبريد الالكتروني،....)وغيرها من الوسائل الحديثة للاتصال التي تتطور باستمرار و التي تسمح بحفظ المعلومات المتبادلة وإبقاء على مضمونها في الوثيقة ذات أثر مادي ويمكن استرجاع هذا المضمون و الاحتكام إليه عند الخلاف .[2]

ثانيا- التركيز المكاني للتحكيم الالكتروني:

تعترف معظم القوانين التحكيم الوطنية، و الاتفاقيات الدولية للتحكيم وقواعد المؤسسات التحكيم الخاصة بالحرية الكاملة للأطراف في اختيار مكان أو مقر التحكيم، وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد مكان التحكيم فإن هيئة التحكيم ستقوم باختيار المقر طبقا لقواعد القانونية الواجبة التطبيق.

وتبدو أهمية تحديد مكان التحكيم لارتباطه بتحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم وموضوع النزاع، وقد يترتب على عدم الالتزام بقانون مكان التحكيم رفض تنفيذ حكم التحكيم طبقا لاتفاقية نيويورك التي تنص في المادة الخامسة" رفض الاعتراف بحكم التحكيم وتنفيذه لعدم مطابقة إجراءات التحكيم لاتفاق الأطراف أو لقانون الدولة التي تم فيها التحكيم في حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف."

---

[1] عدم قابلية المحرر الالكتروني المكتوب للكشط و المحو و الاضا فة ، محمد أحمد محمد نور جشنية، مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، ص 165-169.

[2] إبراهيم، أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص131.

اختلف الفقه و القضاء في تحديد مكان التحكيم الالكتروني والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات إلى عدة اتجاهات وذالك على نحو الأتي ذكره.

-**الاتجاه الأول: مكان وجود المحكم:** [1]

يتجه أنصار هذا الاتجاه إلى تحديد مكان التحكيم التقليدي أو الالكتروني بمكان وجود المحكم، ولكن يبدو أن هذا المعيار غير كاف لتحديد مقر التحكيم، وسيؤدي تطبيقه إلى إثارة العديد من الصعوبات، فهل سنعتبر مكان المحكم هو مكان محل إقامته، أو سكنه؟ وفي حالة تعدد المحكمين كيف سيتم تحديد مكان التحكيم.

الاتجاه الثاني: الموقع الجغرافي لمزود الخدمة على شبكة الانترنت:

يرى أنصار هذا الاتجاه بأن الموقع الجغرافي لمزودي الخدمات المعلوماتية على شبكة الانترنت هو المكان الأنسب لمقر التحكيم الالكترونية ، الا أن هذا المعيار يبدو غير واقعي لعدة أسباب منها:

1/قد يشترك العديد من مزودي الخدمة على شبكة الانترنت في معاملة واحدة وقد يختلف الموقع الجغرافي لكل مزود خدمة فأي من مواقع سيكون مقرالتحكيم الالكتروني ؟

2/قد يكون المحكم أو هيئة التحكيم في مكان و الموقع الجغرافي لمزود الخدمات في مكان آخر، وليس لهذا الموقع أي صلة بموضوع النزاع أو أطراف النزاع ، أو حتى هيئة التحكيم.

الاتجاه الثالث: نظرية التحكيم غير المرتبط بمكان معين (نظرية المكان الطليق):

يرى أنصار هذه النظرية بأن التحكيم الالكتروني غير محدد المكان وغير وطني، لذالك فإنه لا يرتبط بقانون مكان التحكيم، ويكون في هذه الحالة تحكيما طليقا غير مرتبط بمكان معين، وهذا ما أخد به قانون التحكيم الانجليزي الصادر سنة 1996 ولا تتوافق هذه النظرية مع اتفاقية نيويورك، مما سيترتب على الأخذ بها عدم تطبيق أحكام التحكيم في الدول الأخرى و بتالي فلن يتم الاعتراف بحكم التحكيم دوليا.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق، ص 286.

يبدو لنا أن مشكلة التركيز المكاني للتحكيم الالكتروني لن تقف كحجرة عثرة في طريق التطوير و الإزهار لهذه الوسيلة الجديدة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية، و السبب أن حل هذه المشكلة لن يكون صعبا في ظل الإمكانيات التقنية التي تتيحها وسائل الاتصال الحديثة وكان بعض الفقه[1] قد تبنى معيار " موقع القضية على شبكة الانترنت مكانا للتحكيم الالكتروني، وتطبق قواعد التجارة الالكترونية على هذه الإجراءات."

ان الحل الأنسب لمسالة التركيز المكاني للتحكيم الالكتروني، هوالرجوع إلى القواعد العامة لتحكيم التقليدي أي أن هيئة التحكيم هي التي تحدد المكان الأنسب للتحكيم الالكتروني.[2]

الفرع الثالث: إجراءات التحكيم:

تتضمن مجموعة المبادئ المنظمة للإجراءات المتبعة في إتمام التحكيم[3] وتتعلق بالمواجهة و الدفاع و الإثبات واحترام النظام العام ويضاف إلى ذالك المبادئ الخاصة بالتحكيم الالكتروني، ومن أبرزها كيفية التواصل بين متخاصمين و المحكمين عن بعد عبر شبكة الانترنت، وكيفية تقديم المستندات وأهمية الحفاظ على سرية المعلومات التجارية و الصناعية التي تهم الأطراف موضوع النزاع.

والقاعدة أنه يجوز للأطراف تحديد إجراءات التحكيم ضمن الاتفاق عليه مباشرة، كما نص المشرع الجزائري في نص **المادة 1043** من **ق.ا.م.ا** في فصل خاص بالتحكيم التجاري الدولي على أنه :

" يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الاجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا إلى نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الاجراءات التي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم إذا لم تنص الاتفاقية على ذالك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام التحكيم.

---

[1] عادل أبو هشيمة، محمود حوته، المرجع السابق، ص315.

[2] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 111.

[3] أنظر مجلة المحكمة العليا، عدد خاص، الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة، والتحكيم، 15،16 جوان 2008 ، ص 536.

والغالب أن يتم بيان بعض الإجراءات التي يهتم بها الأطراف مع الإحالة فيما لم يرد به نص إلى قانون أو اتفاقية معينة، ان أهم ما يحرص عليه المتخاصمون هو مواجهة المسائل الفنية المرتبطة بالانترنت ووضع ضمانات للمحافظة على سرية المعلومات المطروحة وذالك كوضعها في صورة مستقرة مما لا يمكن الوصول إليها إلا ممن يسمح به بذالك.[1]

لكن المشكلة تثور عند ما لا يتفق الأطراف على تحديد إجراءات التحكيم وتطبق الإجراءات الواردة في قانون مكان التحكيم كما سبق ذكره في المادة المذكورة أعلاه أي قانون الدولة التي تنعقد محكمة التحكيم على إقليمها، ولكن هذا الحل يصعب إعماله في مجال التحكيم الالكتروني الذي لا يرتبط بإقليم معين ويتم إبرام المعاملات وتنفيذها عبر الانترنت .[2]

أ-تعيين المحكمين في التحكيم الالكتروني:

من المسلم أن إرادة الأطراف في اتفاق التحكيم هي المرجع في شأن اختيار وتشكيل هيئة التحكيم، فإذا اتفق الأطراف على طريقة معينة، لاختيار المحكمين فإنه يتعين الالتزام بهذا الاتفاق ويعبر عن ذالك بمبدأ " سمو اتفاق التحكيم".[3]

قد يعهد المتعاقدين إلى طرف ثالث للقيام بتعين محكمة التحكيم.

كما قد يحيل للأطراف إلى القواعد المنظمة لمؤسسة التحكيم و بالتالي إختيار المحكمين من بين المدرجين، داخل قائمة تلك المؤسسة.

قد يتم الإحالة إلى محكمة تحكيم معينة وتتولى سكرتاريتها تعين الأعضاء وقد تترك للأفراد جدية اختيار المحكمين و لا تتدخل مؤسسة إلا عند اختلاف الأطراف.

ب-فيما يتعلق بالرد المحكم:

---

1 Gaillard , traite de labitrage , commercial international 1994 p 195.

2 محمد حسين المنصور ، المرجع السابق، ص 420.

3 المادة 1004 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية لسنة 2008 صادر بموجب القانون رقم 08-09.

يجوز للأطراف رد المحكم عن طريق إرسال إعلان كتابي إلى السكرتارية أو بأي وسيلة أخرى مناسبة، مالم يتفق الأطراف على شكل محدد ذلك.

كما نظمت المادة (10) من لائحة المحكمة الالكترونية إجراءات رد المحكمين.

وهذا الرد يجب أن يكون مؤسسا إما على عدم حيطة المحكم أو عدم استقلاليته، ويجب أن يقدم طلب الرد خلال 10 أيام من تاريخ تعيين المحكم أو من تاريخ علم الطرف طالب الرد بالأسباب التي بني عليها طلب الرد،ولا يلتفت إلى طلب الرد الذي يقدم بعد فوات الميعاد، وتفصل المحكمة في طلب الرد المقدم بقرار نهائي غير قابل للطعن عليه.

هكذا فإن تسوية منازعات تجارة الالكترونية باستخدام نظام التحكيم الالكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة يتمتع بالعديد من المزايا أهمها:

يسمح نظام التحكيم الالكتروني باستفادة من المزايا العديدة التي تمنحها شبكة الانترنت.

تسير الاتصالات بين الأطراف المعينة في إجراءات التحكيم.

سيقلل هذا النظام من طول فترة اجراءات التحكيم.

يستطيع الأطراف في التحكيم(المدعي، والمدعى عليه، وممثليهم و الخبراء وأعضاء لجنة التحكيم) الحصول على كلمة السر للدخول إلى الموقع الخاص بلجنة التحكيم على شبكة الانترنت (internet)، ويساعد ذالك في الحفاظ على السرية و الخصوصية بالنسبة لأطراف النزاع.

كل طرف معني بالاجراءات التحكيم سيكون قادرا على إرسال الوثائق المطلوبة و الإطلاع على الإجراءات و الوثائق التي تم تقديمها إلى لجنة التحكيم بواسطة هذا النظام الالكتروني ، عبر شبكة الانترنت.

يتطلب نظام التحكيم الالكتروني قبول الأطراف المعينة بالنزاع الخضوع لهذه الوسيلة الجديدة في تسوية النزاع بشكل صريح، وفي حالة رفض أحد الأطراف استخدام وسائل الاتصال الحديثة، فإن إجراءات التحكيم ستتم بطريقة تقليدية، وسيكون هناك صعوبة في نسخ الوثائق وإرسالها إلى الأطراف المعنية.

يستوجب وفقا لمتطلبات قانونية بمقتضى القوانين الوطنية و اتفاقية نيويورك لسنة (1958) بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، القيام بنسخ الوثائق الرئيسية في إجراءات التحكيم مثال ذالك: الطلبات و الشروط و النصوص القانونية، والقواعد التي استند إليها أعضاء اللجنة و الأحكام الصادرة عن لجنة التحكيم وغيره.

وأخيرا فإن التحكيم الالكتروني سيكون بمثابة السلطة القضائية شبكة الانترنت.

الخاتمة :

إن الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية الذي يعد من الأمور الحديثة التي فرضت نفسها بقوة خلال الآونة الأخيرة من القرن العشرين، لأن هذه المعاملات تواجه عدة مشكلات وخصوصاً ما يترتب عنها من مسؤولية.

إن اللجوء إلى التعاقد الإلكتروني و إنتشاره يتوقف على أمرين : **الاول** وهو توافر الأمن التقني للوسائل المستخدمة بالتعاقد الإلكتروني، وذلك بإشتراط إستخدام تقنيات ذات معايير محددة لإبرام هذا التعاقد وإنشاء جهات محايدة تؤدي إلى ضمان سلامة المعلومات المنقولة، اما **الأمر الثاني** هو الإعتراف من جانب الدول بهذا النوع من التعاقد و هو ما تم بالفعل في العديد من الدول .

و نظرا لغياب أطراف العقد الإلكتروني عن المكان التعاقد يتعين البحث عن مدى ضمانات الممنوحة للمتعاملين في هذه السوق الإلكترونية و على وجه الخصوص المستهلك الإلكتروني.

و قد توالت التوجيهات و القوانين الأروبية التي تؤكد على ضرورة حماية المتعاملين الإلكترونياً مع إعطاء القيمة القانونية للبيانات و التعاملات الإلكترونية.

إن المشكلة في المنظومة القانونية الجزائرية أنه لم يصدر حتى الآن تشريع خاص بمعاملات الإلكترونية. و هذا ما يحتم البحث على حلول هذه المسألة في النظم القانونية المقارنة التي قننت المسألة، و كذلك تطبيق أحكام العامة لقانون المدني الجزائري.

إن المشرع الجزائري اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني في المادة **327** فقرة 2 من **ق.م.ج** وايضا اعترف بالحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني تماشيا مع العهد التجارة الإلكترونية ، الا انه لم يحدد مفهومه بدقة ولا كيفية إستخدامه او تعامل به مما جعل هذه المواد جامدة.

وتخوف الجمهور منها وخصوصاً المتعاملين الاقتصادين، ولتدارك هذا المشكل اصدر المشرع الجزائري المرسوم التنفيذي رقم 07_162 المؤرخ في 30-05-2007 الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01- 123 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية

الذي حدد بموجبه المفاهيم واللبس الذي كان يدور حول التعامل بالتوقيع الإلكتروني مما منحه نوع من الضمانة.

وختاماً نعرض الإستنتاجات و الإقتراحات التي توصلت إليها :

<u>أولا – الاستنتاجات:</u>

بعد تناول العقد الإلكتروني من ناحية التعريف به، و قد تبين لنا أن أهم ما يميزه عن غيره من العقود التي تبرم بالطرق التقليدية هو الطابع الغير المادي في إبرامه ، فيعتمد أساساً على إستخدام دعائم إلكترونية وهو الأمر الناتج عن إنعدام التواجد المادي لطرفي العقد.

من خلال بحثنا في القانون الواجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية والتي تندرج ضمن العقود الدولية، بينا أن هناك إتجاهاً يحذر من تطبيق القوانين الوطنية لعدم ملاءمة تلك الأخيرة لحل منازعات المرتبطة بهذه العقود، ويتعين البحث عن حلول أخرى تتمثل خصوصاً في إنشاء نظام قانوني مستقل عن القوانين الوطنية، وتلك بالرجوع إلى العادات و الأعراف التجارية التي نشأت بين الأطراف المتعاملة في نطاق المعاملات التجارية الدولية، و من أهم هذه الحلول وضع قانون موضوعي على غرار القانون الموضوعي المتعلق بالتجارة الدولية بالإضافة إلى التحكيم الإلكتروني .

إن ضمانات المستهلك في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني و حمايته من الإعلانات الخادعة و المضللة وخصوصاً أمام الشركات الكبرى التي تنشط في هذا المجال الذي يستوجب اعلام المستهلك عديم الخبرة حول التصرف المراد إبرامه .

من خلال معالجة هذا الموضوع يمكن الإجابة على التساؤول الذي طرحه بعض مهتمين بهذا الموضوع : هل الأنترنت منطقة بلا قانون أو تخضع للعديد من الأنظمة القانونية و للقضائية و ذلك نظراً لطابعها الدولي .

إن النظام القانوني للعقود الإلكترونية والمسؤولية المترتبة عنها لا تزال في طور الإعداد وهذا راجع إلى الطبيعة الخاصة لهذه العقود التي تتضمن مسائل التي لم تسعف في علاجها القواعد العامة بشأن تنظيم العقود على المستوى الوطني ، وأنها بحاجة إلى قواعد تحقق نوعاً من التنسيق على المستوى الدولي.

ومما سبق يتبين أن المعاملات الإلكترونية غير خاضعة لسيطرة أية سلطة حكومية، لذا نأمل أن يتواحد تضافر دولي لتوحيد أسس هذه المعاملات.

من جانبنا نرى أن نقطة البداية هي جهات التوثيق الإلكتروني و التي تضفي الثقة و الطمأنينة بين أطراف العلاقة الإلكترونية، وهذا يتحقق إلا من خلال تضافر دولي لتحديد و توحيد الأسس التي تقوم عليها تلك الجهات في أداء دورها تجاه تلك المعاملات، ولتكن تلك الجهود في شكل إتفاقية و تدعيمها من قبل الدول بالموافقة عليها و الإلتزام بما جاء فيها، بعدما تلاشت الحدود الجغرافية بهذه المعاملات، فيتعين أن تتلاشى كذلك في الواقع العملي بين قوانين الدول.

هذا ونوصي في ختام موضوعنا بأمور التالية :

1 - يستوجب على المشرع الجزائري سرعة إصدار قوانين للمعاملات الإلكترونية على غرار اغلب قوانين الوطنية الحديثة في مختلف دول العالم، نظراً لوجود العديد من المشكلات مرتبطة بها وكذلك أهميتها في الوقت الحاضر والمستقبل، فلا نكتفي بإضافة بعض التعديلات في القانون المدني و قانون التجاري أو في بعض القوانين الأخرى، بإضافة إلى التعديلات الواجبة في التشريعات القائمة كي تتفق ومتطلبات تلك المعاملات .

2- تعديل قانون العقوبات والإجراءات الجزائية، للنص بوضوح على تجريم النصب و الغش و الاحتيال والقرصنة المعلوماتية، مع توضيح أساليب جمع الاستدلالات و التقنين

و التحقيق و الأدلة الجزائية في الجرائم المعلوماتية، تحديد المسؤولية الجزائية و حماية المعاملات الإلكترونية.

3- إذا كان الواقع العملي يفرض ضرورة وضع القوانين المناسبة للمعاملات الإلكترونية إلا أنه قد تتور صعوبة في تطبيق هذه القوانين لأن رجال القضاء والفقه و المتعاملين في مجال العقد الإلكتروني ليس لديهم غالبا، المعرفة الكافية بتقنيات شبكة الأنترنت و إستخدام إمكانيتها متل البريد الإلكتروني و البروتوكولات المنظمة لها، هو ما يتطلب ضرورة عقد دورات تدريبية لرجال القضاء، و خبراء وزارة العدل ، لدراسة التعامل مع الكمبيوتر و شبكة الإنترنت ووسائل و أدوات التجارة الإلكترونية و لفهمها و إستعبها .

4- ضرورة تفعيل دور الجامعات الجزائرية لتقرير منهج لدراسة المعلوماتية القانونية التجارة الإلكترونية، المعاملات الإلكترونية، الحكومة الإلكترونية ، التحكيم الإلكتروني، و كل ما يرتبط بحقل المعلومات من مواضيع قانونية ، لتوسيع التقافة القانونية و نشر الوعي المعلوماتي و محو الأمية المعلوماتية .

قـــائـــمـــة المـــراجـــع

ا- المؤلفات العامة :

- **ابراهيم الدسوقي ابو الليل**، العقد والارادة المنفردة، جامعة الكويت، الطبعة الاولى، 2000

- **احمد حشمت ابو ستيت**، نظرية الالتزام في القانون المدني، مكتبة عبد الله وهبه، 1975

- **انور سلطان**، الموجز في مصادر التزام، بدون ناشر، 2003

- **بلحاج العربي**، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الاول، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، طبعة 2001 .

-**برهام محمد عطا الله**، اساسيات نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، بدون ناشر، 2000 .

- **توفيق فرج**، نظرية العامة للالتزامات، بدون ناشر، 1995.

- **سليمان مرقس**، الوافي في شرح القانون المدني -نظرية العقد والارادة المنفردة ، بدون ناشر، الطبعة الرابعة، 1987 .

- **سميحة القليوبي**، القانون التجاري، دار النهضة العربية، 2000 .

- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام النهضة العربية ، 1981 .

-**عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني مصادر الحق، دار النهضة العربية، 1981 .

- **عبد الرزاق السنهوري**، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، 1981 .

- **علي علي سليمان**، دراسات في المسؤولية المدنية، في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة التانية،1994.

- **علي فيلالي**، التزامات النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008 .

- **فرحة زراوي صالح**، الكامل في القانون التجاري الجزائري، العمال التجارية – التاجر – الحرفي، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، النشر التاني، 2003 ، نشر والتوزيع ابن خلدون وهران ، 2003

- **محمد ابراهيم دسوقي**، القانون المدني الالتزامات، طبعة 2001 .

- **محمد حسين منصور**، مصادرالالتزام – العقد والارادة المنفردة ، الدار الجامعية ، 2000 .

- **محمد لبيب شنب**، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية ،1988 .

- **محمد صبري السعدي**، الواضح في شرح القانون المدني، الاتبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، 2009 .

- **محمود السيد عبد المعطي خيال**، الحدودالفاصلة بين المسؤولية التقصيرية والعقدية، بدون ناشر،2000 .

- **فراح مناني**، ادلة الاتبات الحديثة في القانون، دار الهدى للطباعة و النشر والتوزيع، عين مليلة الجزائر، 2008.

ب – المؤلفات الخاصة:

- **ابراهيم الدسوقي ابو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر الاجهزة الالكترونية الحديثة التراسل الالكتروني، مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت، 2003 .

- **ابراهيم احمد ابراهيم**، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة ، القاهرة، 2006 .

- **احمد جامع**، اتفاقا ت التجارة العالمية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

- **احمد خالد العجلوني**، التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة، دار الثقافة الاردن، 2002.

- **احمد سفر**، انظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2008 .

- **احمد شرف الدين**، عقود التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

- **احمد شرف الدين**، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالتكرونية، دار النهضة العربية، 2000 .

- **احمد عبد العال ابو القرين**، ضمان العيوب الخفية وجدواه في مجال المنتجات الصناعية دراسة تطبيقية في البيوع الحاسب الالي، المواد الخطرة، منتجات الصيادلة والمنتجات الطبية ، بدون ناشر، 1996.

-**احمد عبد الكريم سلامة**، القانون الدولي الخاص النوعي الالكتروني – السياحي دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، 2002.

- **احمد محمود سعد**، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، دار النهضة العربية، الطبعة الاولى، 2001 .

- **احمد مخلوف**، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية المنازعات الالكترونية، دار النهضة العربية، 2001 .

- **اسامة ابو الحسن مجاهد**، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية 2000.

-**اسامة احمد بدر**، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر

- **السيد محمد السيد عمران**، حماية المستهلك اتناء تكوين العقد، منشاة المعارف بالاسكندرية، 1987 .

- **المغربي، محمد نجدب**، اسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني، الطبعة الاولى، القاهرة، دار النهضة، 2006 .

- **ايمان مامون**، احمد سليمان، ابرام العقد الالكتروني و اتباته، دار الجامعة الجديدة لبنان، 2000 .

- **ثروت عبد الحميد**، التوقيع الالكتروني، مكتبة الجلاء الجديدة، 2001 .

- **جمال عبد الرحمن علي**، الخطا في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، بدون سنة.

- **جمال عبد الرحمن محمد**، المسؤولية المدنية للتفاوض – نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المفاوض عبر الانترنت، دار النهضة العربية، 2003 .

- **حازم الصمادي**، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار النهضة العربية، 2000

- **حسن عبد الباسط جميعي**، اثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، 2000 .

- **رمضان صديق**، الضرائب على التجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، 2001

- **سعيد عبد السلام**، التوازن العقدي في نطاق العقود الادعان، دار النهضة العربيه، 1998 .

- **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر التقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة التانية،2007

- **شريف محمد غانم**، محفظة النقود الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

- **نبيل محمد احمد صبيح**، وسائل تسوية منازعات التجارة الدولية الكترونيا، كتاب الاهرام الاقتصادي ، 2004 .

- **عادل ابو هشيمة، محمود حوته**، عقود الخدمات المعلومات الالكترونية في قانون الدولي الخاص ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008 .

- **عباس العبودي**، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاتبات المدني، دار التقافة للنشر و التوزيع ، الاردن، 1998 .

- **عبد الفتاح بيومي الحجازي**، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2008.

- **محمد ابراهيم ابو الهجاء**، التحكيم بواسطة الانترنت، دار التقافة، الاردن ، 2002.

- **محمد السعيد رشدي**، الانترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت، 1998.

- **محمد حسام محمود لطفي**، الاطار القانوني للمعاملات الالكترونية، دراسة في قواعد الاتبات، بدون ناشر، 2002 .

- **محمد حسن قاسم**، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الاشارة الى القانون الاروبي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005 .

- **محمد حسين عبد العال**، ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية، دار النهضة العربية، 1999.

- **محمد حسين منصور**، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003

- **محمد سعيد احمد اسماعيل**، اساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2000 .

- **محمد عبد الظاهر حسين**، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة العلم للطباعة والنشر، 2002 .

- **محمد محمد ابو زيد**، تحديث قانون الاتبات ، مكانة المحررات الالكترونية بين ادلة الاتبات، دار النهضة العربية، 2002.

- **محمود عبد الرحمن محمد**، الاستغلال والغبن في العقود، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2002.

- **مدحت عبد الحليم رمضان**، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

- **مدحت محمد محمود عبد العال**، الالتزامات الناشئة عن العقود قديم برامج المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة 2000.

- **ممدوح محمد خيري هاشم**، مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2000.

- **مناني فراح**، العقد الالكتروني، وسيلة اتبات حديثة في القانون المدني الجزائري دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2009.

- **نبيل محمد احمد صبيح**، وسائل التسوية منازعات التجارة الدولية الكترونيا، كتاب الاهرام الاقتصادي، 2000.

- **نبيلة اسماعيل رسلان**، المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات، مطبعة جامعة طنطا، بدون سنة.

- **نجوى ابو هيبة**، التوقيع الالكتروني، تعريفه - مدى حجيته في الاتبات، دار النهضة العربية، 2003.

- **هشام صادق**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، اسكندرية، 1997

- **لزهر بن سعيد**، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار المناهج، اسكندرية ،2009.

- **لورنس محمد عبيدات**، اتبات المحرر الالكتروني، دار التقافة لنشر والتوزيع ، عمان، الاردن، 2009.

(ت) _ ابحاث و مقالات :

-**ابراهيم الدسوقي ابو الليل**، ابرام العقد الالكتروني في ضوء احكام القانون الامارتي والقانون المقارن، بحت مقدم للمؤتمر العلمي الاول حول الجوانب القانونية والامنية للعمليات الالكترونية، المنعقد في الامارات العربية، دبي في الفترة 26 ، 28 فبراير لعام 2003 .

- **الياس ناصيف**، التحكيم الالكتروني، بحت مقدم الى ندوة القوانين والتشريعات في العمل المصرفي الالكتروني، اتحاد المصارف العربية ، بيروت 18 ، 20 يناير 2001 .

-**ايهاب الدسوقي**، الابعاد الاقتصادية والمالية للتجارة الالكترونية، بحث مقدم لمركز المعلومات ودعم اتخاد القرار رئاسة مجلس الوزراء، 2001.

- **بلال بدوي**، البنوك الالكترونية، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية، المنعقد بدبي ماي 2003.

- **عبد الحق حميش**، حماية المستهلك الالكتروني ، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المنعقد الفترة 9- 11 ماي 2003

- **نصر الدين سمار والياس بن ساسي**، محاولة تاهيل النظام القانوني للتجارة الالكترونية في الجزائر، الملتقى الدولي حولى التجارة الالكترونية في الجزائر.

- **يونس عرب**، ندوة التقاضي في البيئة الالكترونية، المركز العربي للقانون والتقنية العالية المركز العربي للملكية الفكرية وتسوية المنازعات ، عمان الاردن، 2002.

(ث) _ الرسائل والمذكرات:

- **احمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك الالكتروني، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس، 2004

- **بلال عبد المطلب البدوي**، مبدا حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في العقود الدولية، جامعة عين الشمس، 1996.

- **خالد عبد الفتاح محمد خليل**، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاصسالة دكتوراه حقوق ، جامعة عين شمس ، 2003

- **صالح ناصر العتيبي**، دور الشروط الجوهرية والتانوية في العلاقة الالكترونية، رسالة الحقوق عين الشمس، 2001 .

- **عبد الله بن السليمان بن صالح الميمني**، التنظيم القانوني للمسؤوليةعن الاضرار المنتجات ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة طنطا، 2000.

- **عجال زهية حورية**، المسؤولية المدنية للمنتج ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه دولة في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2006

(ج) – المجلات والدوريات:

- **المجلة المحكمة العليا** ، عددخاص، الطرق البديلة لحل النزاعات الصلح والوساطة والتحكيم ، جوان 2008

- **انور احمد الفزيع** ، عقد المشورة في مجال الحصول على انظمة الحسابات الالكترونية ، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن جامعة الكويت ، العدد التاني 1994

- **الصالحين محمد ابو بكر العيش**، الشكلية في عقود الانترنت والتجارة الالكترونية البوابة القانونية، مصر شركة خدمات المعلومات التشريعية ومعلومات التنمية.

- **نور الدين الناصري**، حجية وسائل الالكترونية في الاتبات، دراسة في القانون المغربي والمقارن، شبكة المعلومات العربية القانونية، الابحات القانونية.

(خ) – الاتفاقيات الدولية والقوانين الوطنية والاجنبية:

1- الاتفاقيات الدولية حسب تسلسلها الزمني:

- اتفاقية نيورك بشأن تنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية والاعتراف بها لسنة 1958.

- القانون النموذجي الخاص بالتحكيم التجاري الدولي لسنة 1986

- اتفاقية فينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.

- القانون الاونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الالكترونية لسنة 1996.

- القانون النموذجي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة 2001.

ب- الاتفاقيات الاقليمية:

- التوجه الاوربي رقم 7 لسنة 1997 بشأن حماية المتعاملين و المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد.

- التوجه الاوربي رقم 93 لسنة 1999 الخاص بالتوقيع الالكتروني.

2- القوانين الوطنية:

ا- القوانين:

- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم على التوالي بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 والقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007.

-الامر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري،المعدل والمتمم بموجب قانون رقم 05 -02 مؤرخ في 06 فبراير2005.

- الامر رقم 03-11 مؤرخ في 26 اوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض.

- قانون رقم 08-09 مؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الاجراءات المدنية و الادارية.

- قانون رقم 09 -03 المؤرخ في 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.

ت-المراسيم التنظيمية:

– مرسوم التنفيذي 90–266 مؤرخ في 15 سبتمبر 1990 المتعلق بضمان المنتوجات والخدمات

– مرسوم تنفيذي رقم 98–257 مؤرخ في 25 اوت 1998 ، يضبط شروط وكيفيات اقامة خدمات انترنت واستغلالها.

– مرسوم تنفيذي رقم 07–162 مؤرخ في 30 ماي 2007 ، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01–123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من انواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

3–التشريعات الاجنبية:

– قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 –93 لسنة 1993.

– قانون الولايات المتحدة الامريكية الموحد للمعاملات الالكترونية لسنة 1999.

– القانون التونسي الخاص بالمبادلات و التجارة الالكترونية، العدد 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 اوت 2000.

– قانون الفرنسي719 –2000 المؤرخ في 01 اوت 2000 المعدل للقانون 86 – 1067 المؤرخ في 30 سبتمبر 1986 الخاص بحرية الإتصالات .

– قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في11 ديسمبر2001.

– قانون الفرنسي الخاص لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد رقم 2001/741 لسنة 2001.

– قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي رقم 02 لسنة 2002.

د: المؤلفات الاجنبية:

1- باللغة الفرنسية :

- Bensoussa (A), le commerce electronique aspects juridiques – edition – Paris, 1999.

- Patrick Thieffry, commerce électronique, droit international et europèen, litec, Paris.

-Thibout (V), la protection juridiques de cyber consommateurs lites, Paris, 2002.

- Vivant (M), les contrats du commerce èlectronique, éd. Litec Paris 1996.

2- باللغة الانجليزية:

- David (w) , e. commerce, strtegy technolocies and application , england , 2001

د – مواقع الانترنت:

www. Arbiter. Wipo . int.

www. Cybertribunal. Org.

www. Wto. Org.

الفهرس

الصفحة

المقـــدمـــة: ..... 5..

الباب الأول : تكييف العقود في مجال المعاملات الإلكترونية و تطبيقات أحكام المسؤولية المدنية عليها . ..... **11.**

الفصل الأول: تكييف العقود حسب نوع المعاملات الإلكترونية..... 12

المبحث الأول: أشكال المعاملات الإلكترونية..... ... 14

المطلب الأول: العقود الإلكترونية..... 15

الفرع الاول: تعريف العقود الالكترونية 15

الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني 19

المطلب الثاني: عقود الخدمات الإلكترونية..... 25

الفرع الاول: عقد الدخول الى الشبكة 26

الفرع الثاني: عقد خدمة المساعدة الفنية 26

الفرع التالث: عقد الايواء 27

الفرع الرابع : عقد انشاء موقع 28

المطلب الثالث: عقود المعلوماتية..... 30

الفرع الاول: بيع برامج المعلومات 30

الفرع الثاني: تأجير برامج المعلومات 31

الفرع الثالث: الترخيص بالاستعمال برامج المعلومات..... 31

المطلب الرابع: عقود الفضائيات و الإعلانات..... 33

المبحث الثاني: تحديد الطبيعة القانونية لعقود الإلكترونية..... 34

المطلب الاول: تصنيف الالكترونية عقود ملزمة لجانبين 34

المطلب الثاني : عقود مسمات 34

المطلب الثالث: اختلاف حول تصنيفها عقود رضائية

اوعقود اذعان 35
الفرع الاول: العقود الالكترونية عقود اذعان 36
الفرع الثاني: العقود الالكترونية عقود رضائية 37
الفصل الثاني : صور و تطبيقات أحكام المسؤولية المدنية بصدد إجراء المعاملات الإلكترونية 39
المبحث الأول : المسؤولية عند إبرام المعاملات الإلكترونية 40
المطلب الاول : المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني 41
الفرع الاول : ماهية التفاوض الالكتروني 42
الفرع الثاني : اهمية التفاوض الالكتروني 42
الفرع الثالث : حسن النية في التفاوض 43
الفرع الرابع : صور الخطا في التفاوض 45
الفرع الخامس : طبيعة المسؤولية عن التفاوض 46
الفرع السادس: التعويض عن الضرر في التفاوض 47
المطلب الثاني : المسؤولية في مرحلة تكوين العقد الالكتروني 48
الفرع الاول : المسؤولية عن التراضي الالكتروني 48
اولا : المسؤولية عن الايجاب الالكتروني 49
ثانيا : المسؤولية عن القبول الالكتروني 55
الفرع الثاني : المسؤو لية عن عيوب الاردة في المعاملات الالكترونية 64
الفرع الثالث : المسؤولية عن تحديد مضمون العقد الالكتروني 67
المبحث الثاني : المسؤولية عند تنفيذ المعاملات الإلكترونية 73
المطلب الاول : الاخلال بالالتزام الالكتروني 73
الفرع الاول : صور الاخلال بالالتزام الالكتروني..... 73
الفرع الثاني : طبيعة الالتزام الالكتروني 74
المطلب الثاني : المسؤولية عن الخدمة والتسليم الالكتروني..... 77
الفرع الاول : المسؤولية عن اداء الخدمة 77
الفرع الثاني : المسؤولية عن التسليم الالكتروني 78
اولاً: مضمون الالتزام بالتسليم 78

تانياً: مكان ونفقات التسليم 79
ثالثاً: ميعاد التسليم 80
رابعاً: مطابقة المحل للمواصفات 81
خامساً: الألتزام بالتسليم 82
سادساً: جزاء الاحلال بالالتزام بالتسليم 83
الفرع الثالث : المسؤولية عن الضمان الالكتروني 84
اولا : المسؤولية عن ضمان العيب الخفي 84
تانيا : المسؤولية عن ضمان الصلاحية 87
الفرع الرابع : المسؤولية عن الوفاء الالكتروني 88
اولاً: تحديد مقابل 88
تانياً: احكام الوفاء 89
المبحث الثالث : صوروتطبيقات المسؤولية في المعاملات الالكترونية الاخرى 96
المطلب الاول : طبيعة المسؤولية في العقود المعلوماتية 96
الفرع الاول: المعلومة وعقد البيع 97
الفرع التاني : المعلومة والعقود الاخرى 97
المطلب التاني : المسؤولية عن فيروس الحاسب 99
الفرع الاول: مفهوم الفيروس 99
الفرع الاول : المسؤولية العقدية عن فيروس الحاسب..... 102
الفرع التاني : المسؤولية التقصيرية عن فيروس الحاسب 107
اولاً: مسؤولية الشخصية 107
تانياً: فيروس الحاسب والمسؤولية عن فعل الغير 107
ثالثاً :فيروس الحاسب والمسؤولية عن فعل الشيء 108
الباب الثاني : تحديد مسؤولية حسب دور متعامل في نشاط الإلكتروني.....111
و أثار هذه المسؤولية
الفصل الأول : تحديد مسؤولية حسب دور المتعامل في نشاط الإلكتروني 111
المبحث الأول : تحديد مسؤولية كل من مقدمي الخدمات الوسيطية 113

المطلب الاول : مسؤولية متعهد الخدمات 114
المطلب الثاني : مسؤولية ناقل المعلومات 116
المطلب الثالث : مسؤولية مورد المعلومات 117
المطلب الرابع : مسؤولية متعهد الايواء 118
المطلب الخامس: مسؤولية متعهد الوصول 120
المبحث الثاني : المسؤولية في مواجهة المستهلك الإلكتروني 122
المطلب الاول : الطابع الدولي للحماية 122
المطلب الثاني : ضمانات المستهلك في المعاملات الالكترونية 127
الفرع الاول: الالتزام بالاعلام المستهلك الالكتروني 127
الفرع الثاني : حق المستهلك في الانسحاب 131
الفرع الثالث : شروط صلاحية العقد الالكتروني لصالح المستهلك 135
الفرع الرابع : التنظيم الخاص لبعض السلع والخدمات 136
***الفصل الثاني:* الأثار القانونية المترتبة على قيام المسؤولية الإلكترونية..... 139**
و كيفية تسوية المنازعات الناشئة عن هذا التعامل الإلكترونية
***المبحث الأول :* الأثار القانونية المترتبة على قيام المسؤولية الإلكترونية 141**
المطلب الأول : إثبات المسؤولية الإلكترونية 142
الفرع الاول : اتبات عناصر المسؤولية الالكترونية 143
اولا : اتبات الخطا الالكتروني 143
تانيا : اتبات الضرر الالكتروني 145
تالثا : اتبات العلاقة السببية في المسؤولية الالكترونية 147
الفرع التاني : وسائل اتبات المعاملات الالكترونية 152
اولاً: اتبات العقد الالكتروني بالنظر الى الشروط المتعلقة بالسند الكتابي 152

تانياً: وسائل اتبات الاخرى 164
المطلب الثاني*:* تعويض الضرر الإلكتروني..... 165
الفرع الاول: مفهوم وصور التعويض..... 165
اولاً: مفهوم التعويض 165

ثانياً:صور التعويض 167
الفرع الثاني: تقدير التعويض 168

المبحث الثاني: كيفية تسوية المنازعات الناشئة عن 171
هذا التعامل الإلكتروني

المطلب الاول : القانون الواجب التطبيق..... 172
الفرع الاول : قانون المسؤولية العقدية الالكترونية 173
الفرع الثاني : قانون الموضوعي الالكتروني الدولي 176
المطلب الثاني : الاختصاص القضائي الدولي بنظر المنازعات الإلكترونية 177
الفرع الاول: الاختصاص بالمنازعات الدولية الالكترونية 177
الفرع الثاني: الاختصاص القضائي بالنظر في المنازعات المسؤولية التقصيرية 179
المطلب الثالث : التحكيم الإلكتروني 180
الفرع الاول: الاطار القانوني لتحكيم الالكتروني 182
الفرع الثاني: اهم المشكلات التي تواجه التحكيم الالكتروني 185
الفرع الثالث: اجراءات التحكيم 188
الخاتمة 192
الاستنتاجات 193
التوصيات 194
قائمة المراجع 196
الفهرس 207

الملخص :
إن الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية الذي يعد من الأمور الحديثة التي فرضت نفسها بقوة خلال الآونة الأخيرة من القرن العشرين، لأن هذه المعاملات تواجه عدة مشكلات وخصوصاً ما يترتب عنها من مسؤولية.
إن اللجوء إلى التعاقد الإلكتروني و إنتشاره يتوقف على أمرين : **الاول** وهو توافر الأمن التقني للوسائل المستخدمة بالتعاقد الإلكتروني، وذلك بإشتراط إستخدام تقنيات ذات معايير محددة لإبرام هذا التعاقد وإنشاء جهات محايدة تؤدي إلى ضمان سلامة المعلومات المنقولة، اما **الأمر الثاني** هو الإعتراف من جانب الدول بهذا النوع من التعاقد و هو ما تم بالفعل في العديد من الدول .
و نظرا لغياب أطراف العقد الإلكتروني عن المكان التعاقد يتعين البحث عن مدى ضمانات الممنوحة للمتعاملين في هذه السوق الإلكترونية و على وجه الخصوص المستهلك الإلكتروني.
و قد توالت التوجيهات و القوانين الأروبية التي تؤكد على ضرورة حماية المتعاملين الإلكترونياً مع إعطاء القيمة القانونية للبيانات و التعاملات الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية:

العقد الإلكتروني؛ الإيجاب و القبول الإلكتروني؛ المسؤولية العقدية الإلكترونية؛ الإثبات الإلكتروني؛ المعاملات الإلكترونية؛ المسؤولية التقصيرية الإلكترونية؛ قانون اليونسترال النموذجي؛ التوقيع الإلكتروني؛ الكتابة الإلكترونية.