

جامعة الجزائر 1 . كلية الحقوق

ملتقى وطني افتراضي عبر تقنية التحاضر المرئي عن بعد

الموسوم بعنوان

الاليات القانونية للعقود الالكترونية

يوم 3 مارس 2011

مداخلة بعنوان

حجية المحررات الالكترونية في الاثبات الجنائي

اعداد الدكتور دريسي جمال

أستاذ محاضر أ بكلية الحقوق – جامعة الجزائر 1

djameldrici@yahoo.fr

مقدمة:

شهد العالم عدة تغيرات وظروف مست العديد من جوانب الحياة مما زادت معها الحاجة الى الاعتماد على الوسائل التكنولوجية الحديثة، فظهر شكل حديث للكتابة التي تتخذ شكل المحررات عن طريق استخدام تقنيات وسائل الاعلام والاتصال الحديثة والتي تتميز بخصوصية مقارنة بالنمط التقليدي، وهذا التطور ألقى بضلاله على قواعد الإثبات الجنائي بالوسائل الحديثة ومحاولة مقاربتها بالطرق الإثبات التقليدية، الامر الذي دفع بالتشريعات الى سن قوانين مسايرة وتماشيا مع التطور.

ان الموضوع يطرح إشكالية تتمحور حول دور المحررات الالكترونية في تكوين قناعة القاضي الجزائي؟

للإجابة على الإشكالية المطروحة ستركز دراستنا في هذه المداخلة حول عنصرين وهما

اولا- تبيان الاطار العام للمحرر الالكتروني

ثانيا- تبيان دور المحررات الالكترونية في الإثبات الجنائي

أولاً/ الاطار العام المحررات الالكترونى

يعتبر المحرر التقليدي علامة خطية وشخصية يمكن من خلالها تحديد هوية الموقع، وتترجم في شكل كتابات او علامات تميز شخصية الموقع عن غيره، ويعد التوقيع من العلامات المميزة ودليلاً على رضا الموقع بالالتزام بمضمون المحرر وإقراره له .

يقصد بالتوقيع الالكتروني البيانات التي تتخذ في هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل الكترونى أو رقمى أو ضوئى أو أى وسيلة أخرى مماثلة فى رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذى وقعها، ويأخذ التوقيع الالكتروني عدة صور أهمها التوقيع بالقلم الالكتروني اي باستخدام قلم الكتروني ضوئى يمكن من الكتابة على شاشة الكمبيوتر والتوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السرى (P.I.N) كما يوجد التوقيع البيومترى بحيث يأخذ الحاسب الآلى صورة دقيقة لشكل التوقيع ثم تخزينها بطريقة مشفرة فى ذاكرة الحاسوب، كما يوجد التوقيع الرقمي باستخدام شفرة المفتاحين، والمحرر الالكتروني عموماً هو رسالة بيانات تتضمن معلومات تخزن أو ترسل بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية، ويقصد بالكتابة الالكترونية كل حروف وأرقام أو رموز أو أى علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية وتعطي دلالة قابلة للادراك، والتوقيع الالكتروني هو ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ عدة اشكال، ويكون له طابع

منفرد يسمح بتحديد الشخص الموقع، كما تسمى أدوات انشاء التوقيع الالكتروني
بالوسيط الالكتروني¹

ولعل من بين اهم مميزات المحرر الالكتروني هو فعاليته في تحديد هوية
محرره عند اتصال التوقيع به والقدرة في تحديد مضمونه والوظائف التي يرمي الى
تحقيقها.

ثانيا/ حجية المحررات الالكترونية في الاثبات الجنائي

يعرف الاثبات الجنائي بانه اقامة الدليل لدى السلطات المختصة
بالاجراءات الجزائية على حقيقة واقعة ذات اهمية قانونية، وذلك بالطرق التي
حددها القانون والقواعد التي اخضعها لها²، فضلا عن كونه وسيلة من الوسائل
التي تنير القاضي الجزائي وتسمح له ببناء اقتناعه حول حقيقة الواقعة الاجرامية
وتحديد مسؤولية مرتكبها.

بالرغم ما تقدمه الوسائل الالكترونية في مجال الاثبات بصفة عامة وما
تكتسبه من أهمية في مجال الاثبات الجنائي بصفة خاصة لا سيما كونها وسيلة
تسهل مهمة الكشف عن الحقيقة وملابسات الجريمة ومرتكبيها، الا ان الدليل
المستمد منها يثير مسألة بالغة الالهمية تتعلق بمدى حجيتها في تكوين قناعة
القاضي الجزائي

¹ - د. قدري عبد الفتاح الشهاوي، حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري والقانون المقارن " دون رقم الطبعة،
منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص 248

² - د. نصر الدين مروك، محاضرات في الاثبات الجنائي، الجزء الاول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،
2003، ص 168، انظر أيضا د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجزائية، الطبعة 3، دار النهضة العربية،
1998، ص 767

ان الاثبات الجنائي يحكمه مبدأ الاثبات الحر وفي بعض الحالات مبدأ
الاثبات المقيد او القانوني التي يستلزم فيه طريقة معينة لاثبات الجريمة وفقا
للمنموذج الذي حدده المشرع

ومن هذا المنطلق تقضي المادة 212 من قانون الإجراءات الجزائية انه :
يجوز اثبات الجرائم باي طريق من طرق الاثبات ما عدا الأحوال التي ينص فيها
القانون على غير ذلك وللقاضي ان يصدر حكمه تبعا لاقتناعه الخاص كما لا
يسوغ للقاضي ان يبني قراره الا على الأدلة المقدمة له في معرض المرافعات والتي
حصلت المناقشة فيها حضوريا امامه

كما نجد ان قانون الإجراءات الجزائية اضى قاعدة عامة بالنسبة للمحاضر
والتقارير المثبتة للجنايات والجنح حيث تعد مجرد استدلالات تخضع لمبدأ الاقتناع
الشخصي للقاضي الجزائي³ وهو ما يخول له أن يطرح الدليل الذي لم يطمئن اليه،
وعدم اطمئنان القاضي الجزائي بقيمة هذا الدليل راجع إما لضعف دلالاته على
الحقيقة وعدم تعزيزه بأدلة أخرى أو أن هناك أدلة أخرى تدحضه أو أنه منتج في
الاثبات ولكن لدى القاضي الجزائي الأدلة الكافية لتكوين اقتناعه الشخصي⁴ كما
ان له حرية الأخذ بالأدلة المستمدة من المحررات متى اطمئن اليها

ان حرية القاضي في تكوين اقتناعه بالأدلة المطروحة أمامه تخضع لقواعد
وضوابط، منها ما تفرضه القواعد العامة للاثبات فيمارسها القاضي هذه الحرية في
اطار المشروعية وتحت مظلة القانون فلا تكون مخالفة لأحكامه ولضمان ذلك

³ - انظر المادة 215 من قانون الإجراءات الجزائية

⁴ - العربي شحط عبد القادر والأستاذ نبيل صقر، الاثبات في المواد الجزائية على ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دار
الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 44.

تتولى المحكمة وضع ضوابط التسبب ومراقبة احترامها⁵، ومنها ما تفرضه القواعد الخاصة للاثبات الجنائي، وهو ما تؤكد المادة 215 (ق.ا.ج) بقولها "لا تعتبر المحاضر والتقارير المثبتة للجنايات والجرح الا مجرد استدلالات مالم ينص القانون على خلاف ذلك"، والاستثناء هنا يتعلق الامر ببعض المحاضر التي تتمتع بحجية خاصة بما يكفي لتكوين قناعة القاضي الجزائي نذكر منها تلك المحاضر التي تكتسي حجية خاصة ما لم يثبت عكسها تشمل المحاضر التي جاء النص عليها صراحة في المادة 216 ق.ا.ج بقولها "في الاحوال التي يخول القانون فيها بنص خاص، لضباط الشرطة القضائية أو أعوانهم أو للموظفين وأعوانهم الموكولة اليهم بعض مهام الشرطة القضائية سلطة اثبات جنح في محاضر أو تقارير تكون لهذه المحاضر أو التقارير حجيتها مالم يدحضها دليل عكسي بالكتابة أو شهادة شهود

كما أضفت المادة 218 من قانون الاجراءات الجزائية حجية خاصة لبعض المحاضر التي لا يمكن استبعادها الا بسلوك طريق الطعن بالتزوير فيها⁶ هذا النوع من المحاضر تعد من أقوى أنواع محاضر حجة، بحيث يعتبر ما جاء فيها حجة لحين الطعن فيها بالتزوير وثبوت ذلك بحكم قضائي، فمتى وجدت هذه المحاضر ولم يطعن فيها بالتزوير فانها تكتسي حجية من امثلتها المحاضر

⁵د/أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية، طبعة معدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص230.

⁶ تنص المادة 218 من قانون الإجراءات الجزائية "ان المواد التي تحرر عنها محاضر لها حجيتها الى أن يطعن فيها بالتزوير تنظمها قوانين خاص،

وعند عدم وجود نصوص صريحة تتخذ اجراءات الطعن بالتزوير وفقا لما هو منصوص عنه في الباب الاول من الكتاب الخامس،

المحررة من قبل عونين جمركيين على الأقل وفقا لما تقرره المادة 254 ف 1 من قانون الجمارك وهو استقر عليه قضاة المحكمة العليا⁷

ومن بين القيود الخاصة التي تفرضها قواعد الاثبات الخاصة تتعلق بالحالات التي اخذ فيها المشرع بنظام الادلة القانونية كاستثناء على نظام الاثبات الحر ويعمد القاضي الجزائي في هذه الحالات على اعمال النص القانوني تطبيقا لارادة المشرع فيها، ومن بين تلك الحالات ما يرتبط بطرق اثبات جريمة الزنا، حيث حدد المشرع الدليل الذي يقبل للاثبات بصريح نص المادة 341 من قانون العقوبات التي جاء فيها " الدليل الذي يقبل عن ارتكاب الجريمة المعاقب عليها بالمادة 339 من قانون العقوبات يقوم إما على محضر قضائي يحرره رجال الضبط القضائي عن حالة التلبس أو بإقرار وارد في رسائل أو مستندات صادرة من المتهم وإما بإقرار قضائي

الخاتمة:

وفقا لما سبق يتضح ان المحررات بصفة عامة والمحرر الالكتروني بصفة خاصة تحكمه عدة قواعد وضوابط تتماشى مع طبيعته حتى يكون مقبولا في مجال الإثبات، وان حجيته في مجال الاثبات الجنائي لا يختلف عن القواعد التقليدية للإثبات بالكتابة المقرر في مواد قانون الإجراءات الجزائية

فبتقرير المشرع قاعدة عامة بخصوص دور المحررات والتقارير في الاثبات الجنائي فان الحكم يسري على المحررات الالكترونية مما يخول للقاضي الجزائي

⁷ - قرار المحكمة العليا رقم 30282، المؤرخ في 22 ماي 1984، المجلة القضائية، العدد الثاني، سنة 1989، ص 301

الاستناد اليها على سبيل الاستدلال فله الاخذ بها او استبعادها من مجال الاثبات
ما لم يرد حكم خاص يقرر لها حجية خاصة حسب الأحوال المحددة قانونا

قائمة المراجع

أولا/ الكتب

– قدري عبد الفتاح الشهاوي، حجية الاعتراف كدليل إدانة في التشريع المصري
والقانون المقارن" دون رقم الطبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005

– العربي شحط عبد القادر والأستاذ نبيل صقر، الاثبات في المواد الجزائية على
ضوء الفقه والاجتهاد القضائي، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،
2006

– أحمد فتحي سرور، الشرعية الدستورية وحقوق الانسان في الاجراءات الجنائية،
طبعة معدلة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995

– محمود نجيب حسني، شرح قانون الاجراءات الجزائية، الطبعة 3، دار النهضة
العربية، 1998

– نصر الدين مروك، محاضرات في الاثبات الجنائي، الجزء الاول، دار هومة
للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2003

ثانيا/ النصوص القانونية:

– الامر 155/66 المتضمن قانون الاجراءات الجزائية المعدل والمتمم

ثالثا/ الاجتهاد القضائي:

– قرار المحكمة العليا رقم 30282، المؤرخ في 22 ماي 1984، المجلة
القضائية، العدد الثاني، سنة 1989

مداخلة بعنوان: تنفيذ العقد الإلكتروني

تنقسم العقود الإلكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين، منها ما يبرم عبر الأنترنت وينفذ خارجها، حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية، والنوع الآخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الإتصال ذاتها، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات، ومنها عقود الإشتراك في الأنترنت وعقود الإشتراك في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها. وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات أيضا، لذلك سوف يقتصر حديثي في هذا البحث على دراسة اثار العقد من حيث التزام المعلن على شبكة الأنترنت بتسليم السلعة أو أداء الخدمة، والتزام المتعاقد معه بدفع الثمن المقابل لها إلكترونيا، كما يلي:

المطلب الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة.

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

الفرع الأول: إلتزام المتعاقد بتسليم السلعة.

تنص المادة 167 من القانون المدني على أن: " الإلتزام بنقل حق عيني يتضمن الإلتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم"، ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني، كعقد البيع مثلا¹، ونظرا لأن الإلتزام بالتسليم يتفرع عن الإلتزام بنقل الملكية، فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم ولو لم تكن الملكية قد انقلت إليه فعلا من

¹ ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يشترط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد، وهذا ما لا يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية، كما رأينا ذلك في المبحث الأول من الفصل الأول أعلاه.

البائع، ومرد ذلك هو أن الإلتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فقط الإلتزام ببذل عناية، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون البائع قد نفذ التزامه².

في موضوع التسليم، تنص المادة 364 من القانون المدني على أنه: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع" وحسب هذه المادة فإن موضوع التسليم هو الشيء المبيع، والذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات والأجهزة الكهربائية، وقد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية وغيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الإلكترونية، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات إلكترونيا إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم³.

وفيما يتعلق بحالة المبيع، ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع، فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي وكان المبيع شيئا معينا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته، أما إذا كان المبيع معينا بنوعه فيرجع لاتفاق المتعاقدين على درجة جودة الشيء، فإن لم يتفقا ولم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف آخر إلتزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.

أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلا، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي

² د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص118.

³ تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية، وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من تحديات التجارة الإلكترونية وتظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الإلكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة و المخزنة داخل النظم التقنية ، كجزء من المبيع، وتثور أيضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع، وكذلك حقوق الملكية الفكرية في ميدان النشر الإلكتروني خاصة مع تزايد الاستلاء على التصاميم التي يستخدمها موقع ما، وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع، وعلى ملكية المواقع نفسها، وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع والأسماء التجارية، وكذلك حقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الإلكترونية، ان كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع والخدمات.

لمزيد من التفصيل، أنظر، المحامي يونس عرب، التجارة الإلكترونية، www.arablaw.org

يهتم به المتعاقد الذي من أجله أقدم على إبرام العقد، من جهة، كما عليه أن يغطي تماما مجال محل العقد.

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة، يلتزم بموجبه المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة. أما فيما يتعلق بمقدار المبيع، فقد عالج المشرع حالة نقص المبيع أو الزيادة فيه في المادة 365 من القانون المدني التي تنص على أنه: "إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولا عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف، غير انه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

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

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

الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الأنترنت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على

القرص الصلب الخاص به أو قيامه بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الأنترنت، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته⁴.

أما زمان التسليم، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم، فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في أجل معين أو في آجال متتالية، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم، فيجب أن يتم التسليم فور الإنهاء من إبرام العقد، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف وطبيعة المبيع⁵.

وبخصوص مكان التسليم، فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه: " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"، فطبقا لهذا النص فإن التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة، ويترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع وليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد⁶، ويمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية ويتم الإتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني.

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

⁴ نص العقد النموذجي على ضرورة تحديد كيفية التسليم في الفقرة السابعة من البند الرابع منه وإذا ما كان سيتم عن طريق البريد أو بواسطة وسيلة نقل أو على الخط أو الشبكة نفسها

Caractéristiques essentielles des bien et services offerts: - Mode de livraison: livraison d'un bien par envoi postal ou via un moyen de transport, livraison d'un bien ou service en ligne en temps réel ou non".

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

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

⁵ كما ورد في البند 11 من العقد النموذجي ضرورة تحديد تاريخ التسليم ويقترح أن يتم مثلا خلال 30 يوما، وإلا جاز إنهاء العقد ورد المبالغ المدفوعة.

Livraison: - date limite de livraison;

- livraison dans les 30 jours, à peine de résiliation du contrat et du remboursement des sommes versées, sachant que la livraison peut aussi être effectuée en ligne, en temps réel ou non, pour les produits de type logiciel ou base de données".

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

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

⁶ لذا فقد حرصت العقود المتداولة على تنظيم هذه المسألة فنص البند 12 عقد Infonie على أن: " يتم تسليم السلع في موطنك أو في أي عنوان آخر تختاره في الإقليم الفرنسي وتذكره في طلبك، ولن تتحمل أية نفقات من أجل التسليم بخلاف نفقات التصدير المذكورة سالفا".

د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 101 و 102.

فإذا أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما اتفق عليه، يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني⁷، والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.

الفرع الثاني: إلتزام المتعاقد بتقديم الخدمة.

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الأنترنت ومن ذلك على سبيل المثال تقديم الإستشارات القانونية من قبل المحامين، أو الإشتراك في بنوك المعلومات، ويلاحظ أن هذا الإلتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن، فعقد الإشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة⁸، وتتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون والمورد قصد الإستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها، ومثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الإتصال والتفاعل بينه وبين بنك المعلومات، ومن الأمثلة أيضا إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية من خلال شبكة الأنترنت.

وكقاعدة عامة فإن إلتزام المورد بأداء خدمة هو التزم بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد وطبيعة الإلتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.

⁷ نص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في الفقرة 8 من البند 4 منه على ضرورة تحديد ضمانات وخدمات ما بعد البيع كما كرر ذلك في البند 12 بعنوان الضمانات وخدمة ما بعد البيع، وذلك بالنص على ضرورة تحديد كيفية تقديم خدمة ما بعد البيع، وذكر الضمانات التجارية والقانونية والإتفاقية تحديدا.

Garanties et services après-vente: -modalités de services après-vente et mention précise des garanties commerciales légales et contractuelles".

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

⁸ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 107 و108.
د/فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 87 وما يليها.

ويجب كما سبق القول، أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع التزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له⁹.

المطلب الثاني: الإلتزام بالوفاء إلكترونيا.

يترتب عن التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة، إلتزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة، وتكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الإلكترونية التي تتم في شبكة الأنترنت أين تزول المعاملات الورقية، ومن هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الأنترنت، ومن هنا ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الإلكتروني¹⁰، وسوف تتم دراسة هذا النمط الجديد في الوفاء من خلال فرعين، يخص الأول لدراسة خصائص الدفع الإلكتروني أما الثاني فيخصص لدراسة طرق الدفع الإلكتروني:

الفرع الأول: خصائص الدفع الإلكتروني:

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

الفقرة الأولى: من حيث طبيعته

يتميز الدفع الإلكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد، ويكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الأنترنت وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي

⁹ د/ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 125.
¹⁰ د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 97 و 98.

العقد، وبهذه الصفة يعتبر الدفع الالكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الالكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد، أين يغيب التقائم المادي على مائدة مفاوضات واحدة¹¹.

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

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

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

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

- توفير الإمكانيات الفنية والتقنية لتسهيل هذه العمليات¹².

وبتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية، وقد كانت أنظمة الدفع الالكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك، عن طريق موقعه على شبكة الأنترنت إذ يمكنه الدخول إليه وإجراء ما تنتجه له الخدمة، إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الأنترنت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الأنترنت، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الالكترونية¹³ التي تعرف بأنها " تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه و أية

¹¹ د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 100.

¹² تشير الإحصائيات في الجزائر أن 80% من التعاملات التجارية تتم نقدا وهذا راجع على تخوف البنوك من نظام الدفع الإلكتروني، إذ أن أقل من 250 ألف شخص من بين 10 ملايين مالك لحساب يملك بطاقة للدفع فقط، وهو عدد قليل بالمقارنة مع الدول المجاورة، في حين وصلت فيه الدول المتقدمة إلى تخفيض نسبة استعمال النقد إلى 20 بالمائة وهي نسبة في انخفاض مستمر.

راجع تعليق على مداخلة الدكتور يابسي فريد في الملتقى المنظم بمركز تطوير التكنولوجيات الحديثة بالتعاون مع الشركة الكندية لمحطات الدفع الالكتروني المباشر- الجزائر في 2005/12/14، جريدة الخبر الصادرة يوم 15 ديسمبر 2005، ص 6.

¹³ استخدم تعبير البنوك الالكترونية (Electronic Banque) أو بنوك الأنترنت كتعبير منطور وشامل للمفاهيم التي ظهرت مع مطلع التسعينات كمفهوم الخدمات المالية عن بعد أو البنوك الالكترونية عن بعد أو البنوك المنزلية أو البنوك على الخط.

لمزيد من التفصيل، أنظر المحامي، بونس عرب، أنظمة الدفع و السداد الالكتروني www.arablaw.org

معلومات يريدها، والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى " فالبنوك الالكترونية بمعناها الحديث ليست مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل هي مواقع مالية تجارية شاملة لها وجود على الخط والشبكة، و يلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الالكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرًا على أطراف العقد Mono-fournisseur وهنا يفترض تواجد معاملات وعلاقات تجارية ومالية سلفًا بين الأطراف، غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الالكتروني عن طريق البنوك، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشائها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم رابطة من قبل Multi-fournisseur وتتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الالكتروني خاصة أو عامة¹⁴.

الفقرة الثالثة: من حيث وسائل الأمان الفنية

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

¹⁴د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 101.

على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين، وذلك بتسوية الديون و الحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما. وهذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل ويضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية¹⁵.

الفرع الثاني: أنواع الدفع الالكتروني

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما اما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين، أو طرق الوفاء المباشرة وذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر Télématicque¹⁶، وهذا ما يعرف بالدفع الالكتروني، ولهذا الأخير عدة طرق أهمها:

الفقرة الأولى: الدفع عن طريق التحويل الالكتروني

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين الى حساب الدائن-Télé-virement ، دون اللجوء الى استعمال بطاقات الدفع فالعملية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الالكترونية، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على ادارة عملية الدفع الالكتروني، ومن أمثلتها استعمال الوسائط الإلكترونية المصرفية، التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الأنترنت، حيث يتم الإتصال بالبنك بواسطة الهاتف (الهاتف المصرفي)¹⁷.

¹⁵ د/ فاروق محمد أحمد الأياصيري، المرجع السابق، ص 102.

¹⁶ أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في بنده العاشر بعنوان الوفاء إلى جواز الوفاء بطرق ثلاثة: فإما أن يتم الوفاء فورا ببطاقة مصرفية Paiement immédiat par carte bancaire، وإما أن يتم الوفاء فورا بواسطة حافظة نقود الكترونية Paiement par porte-monnaie électronique، وإما أن يؤجل الوفاء لحين التسليم Paie-ment différé à livraison rechargeable.

Voir, Miche Vivant, Op, cit

¹⁷ وهناك خدمة ظهرت حديثا وهي شراء السلع والخدمات وإضافة ثمنها على فاتورة الهاتف النقال.

د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 142.

م / يونس عرب، البنوك الخلوية، التجارة الخلوية، المعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبئ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات. www.arablaw.org
Voir aussi, Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphone mobil (m-commerce): un cadre juridique mal défini, www.droit-technologie.org.

الفقرة الثانية: الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par carte

تعرف البطاقة المصرفية بأنها "عبارة عن بطاقات بلاستيكية (Plastic money) ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود، و يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع وخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو بشيكات"¹⁸ ، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل. البنكية في بعض

غير أن هذه الوسائل لا تخلوا من المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة على الشبكة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطات التي تضمن سرية، وأهم هذه البطاقات ما يلي:

1- بطاقات الوفاء carte de payment.

تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع وخدمات، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من حسابه إلى حساب التاجر، ولا تعد هذه البطاقات ائتمانية إنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة والتاجر، وإن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة¹⁹.

2- بطاقة الائتمان Carte de crédit.

¹⁸ د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 130.

¹⁹ ويتم ذلك بطريقتين، إحداهما مباشرة والأخرى غير مباشرة.

ففي الطريقة غير المباشرة يقدم الزبون بطاقته التي تحتوي على بياناته وبيانات البنك المصدر لها إلى التاجر الذي يدون بيانات مفصلة عن المشتري وبياناته، ويقوم الأخير على فاتورة من عدة نسخ ترسل نسخة منها إلى البنك الخاص بالزبون أو الجهة المصدرة للبطاقة لسداد قيمة المشتريات، ثم الرجوع على حامل البطاقة بعد ذلك. أما الطريقة المباشرة فتتم بقيام الزبون بتسليم بطاقته إلى مورد السلعة أو الخدمة الذي يمررها على جهاز للتأكد من وجود رصيد كاف لهذا الزبون في البنك الخاص به، ولا يتم ذلك إلا بعد إدخال رقمه السري في الجهاز، فإن قام الزبون بهذه العملية فيكون قد فوض البنك تحويل المبلغ من حسابه إلى حساب التاجر عند طريق عمليات حسابية بين بنك كل منهما، وتعد هذه البطاقات ضمانا وافية للتجار للحصول على مستحقاتهم سواء عن طريق الدفع المباشر أو المؤجل، ومن أمثلة بطاقات الوفاء في فرنسا بطريقة الدفع غير المباشر بطاقة La carte bleue. ولمزيد من التفصيل أنظر د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 113 و 114.

يرى الأستاذ جمال جودي أن استعمال هذه البطاقة يعتبر وفاء عن بعد لفائدة تاجر انطلاقا من جهاز آلي نهائي متصل بشبكة.

" L'utilisation de la carte de payment: c'est un paiement à distance émis à l'ordre d'un commerçant à partir d'un terminal connecté à un réseau".

L'Internet ou le défi au paiement sécurisé, Extrait gazette du palais, juillet 2004, 124° année, N° 182 à 183 remis par Dr Djamel Djoudi aux élèves Magistrat de deuxième année à l'Ecole supérieure de la Magistrature, Alger; juin 2005. P05.

تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول على تسهيل إئتماني من مصدر هذه البطاقة لحاملها، حيث يقدمها للتاجر ويحصل بموجبها على السلع والخدمات، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة، ويجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه، وبذلك تمنح حاملها أجلا حقيقيا وهو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة.

والجهات المصدرة لهذه البطاقة تحصل على الفوائد مقابل توفير اعتماد لحاملها، ولذلك هذه البطاقات أداة إئتمان حقيقية، فضلا عن كونها أداة للوفاء.

غيرا أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملاءة الزبون أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية²⁰.

3- بطاقات الشيكات chèque garante card.

تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات ويضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها، وعليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار من إبراز البطاقة وتدوين رقمها على ظهر الشيك وعلى التاجر أن يتحقق من طبيعة والبيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك²¹.

الفقرة الثالثة: الدفع بالنقود الالكترونية Monnaie électronique

²⁰ ذهب جانب من فقهاء القانون المدني إلى أن هذه البطاقة تشبه ذات النظم القانونية التي تحكم حوالة الدين أو الحق، أو تلك التي تحكم الإشتراط لمصلحة الغير، وهي نوع من الكفالة أو الوكالة، وانتهى هذا الرأي إلى أنها ليست نظاما من هذه الأنظمة لكن لها الطبيعة الخاصة بها والتي يجب البحث عليها وتأهيلها في ضوء النصوص المتاحة والتشريعات المقترحة.

ومن أمثلة هذه البطاقات carte passe chez carrefour, Visa, Master card, Access. لمزيد من المعلومات راجع د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 114 و 115.

و د/محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 138 و 139.

²¹ وبذلك تختلف عن الشيك الإلكتروني أو الشيك الافتراضي Chèque virtuel، الذي هو عبارة " عن بيانات يرسلها المشتري إلى البائع عن طريق البريد الإلكتروني المؤمن، تتضمن البيانات التي يحتويها الشيك البنكي من تحديد مبلغ الشيك واسم المستفيد واسم من أصدر الشيك وتوقيع مصدره"، ويعتمد هذا النوع من الشيكات على وجود وسيط بين المتعاملين (ويطلق عليه جهة التخليص)، ويتم استخدام هذا الشيك في عمليات الوفاء بأن يقوم كل من البائع والمشتري بفتح حساب لدى بنك محدد، ويقوم المشتري بتحرير الشيك الإلكتروني وتوقيعه إلكترونيا، وبهذه العملية يندمج التوقيع في الشيك ويصبح كل منهما شيئا واحدا لا يمكن الفصل بينهما.

Voir, Dr Djamel Djoudi, Op,cit

يُصطلح على تسميتها أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمة ()
 (Cybermonnaie – E-mony) وتعرف بأنها " سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة
 تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات
 bits كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على الهاردرايف ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم
 التي تتم عن طريقه²²، ولقد تم ابتكار هذه الطريقة في الوفاء نتيجة للعيوب التي ظهرت على
 طريقة الدفع بواسطة البطاقات المصرفية، وترتكز هذه التقنية على تجميع وحدات قيمة في أداة
 مستقلة عن الحسابات المصرفية، وتتمثل في فكري حافظة النقود الإلكترونية porte
 monnaie électronique (PME) و حافظة النقود الافتراضية porte monnaie
 virtuel (PMV) ، اذ يتم شحنهما مسبقا بوحدات لها قيمة مالية عن طريق البنك، ويتم تسجيل
 هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافظة النقود الإلكترونية أو على القرص الصلب
 لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة النقود الافتراضية²³، وبهذه الطريقة يستطيع
 الزبون أن يشتري أية سلعة أو خدمة على شبكة الانترنت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر
 الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الإلكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر
 الخاص به، وذلك دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية الزبون، وبمجرد إصدار الأمر
 للكمبيوتر بدفع ثمن المشتريات بالنقود الإلكترونية للبائع يتم نقل العملات الإلكترونية من خلال

²² د/ فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 105.

وفي هذا الإطار يقول الأستاذ جمال جودي ما يلي:

« cette monnaie, encore controversée repose en fait sur un mécanisme de prépaiement. Il ne s'agit pas d'unités monétaires liquides et fongibles mais d'un substitut électronique des pièces et billets, stocké sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur. Mais quel qu'en soit le support de stockage' la monnaie électronique n'est pas constituée des signes monétaires' scripturaux ou fiduciaires' en contrepartie desquels on l'émet. En réalité' il s'agit d'unités de conversion qui circulent de

compte à compte' selon le schéma d'une opération carte en monnaie scripturale »

Voir, Dr Djamel Djoudi, Op,cit,P07.

²³ رغم ما تقدمه فكرة النقود الإلكترونية أو الافتراضية من تيسير للتجارة عبر الانترنت، فإن هذه التقنية لا تخلو من المخاطر، فمن ناحية فإن حائز هذه النقود الإلكترونية ليس في مأمن من حادث فني يترتب عليه مسح ذاكرة جهازه وهنا سوف يفقد كل نقوده التي بحافظة النقود الإلكترونية دون رجعة، ومن ناحية أخرى فإنه في حالة إفلاس من أصدر هذه النقود الإلكترونية، فإن العميل يتعرض لخطر عدم استرداد قيمة الوحدات التي لم يستعملها بعد، كما يتعرض التاجر لخطر عدم استيفاء الوحدات التي حولها له العميل.

د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 100 و 101.

د/ سليمي وليد

جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق

البنك المصدر لها ويقوم بتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالبائع، ويستطيع البائع بعد ذلك أن يحول النقود الإلكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق البنك.

جامعة الجزائر - 1 - بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق - سعيد حمدين

تنظم

ملتقى وطني افتراضي حول:

الآليات القانونية للعقود الإلكترونية

بتاريخ: 03 مارس 2022

د/ بدري جمال

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة - كلية الحقوق .

dj.badri@univ-alger.dz

حق العدول في العقود الإلكترونية

Right of retraction in electronic contracts

ملخص:

لا أحد ينكر ما يتعرض له المستهلك من ضغوط نفسية وتعدد الخيارات عندما يريد أن يتعاقد إلكترونيا على سلعة ما أو خدمة معينة، فيكون من المنطقي أن يصبح رضائه واقع لا محالة تحت تأثير تلك الضغوطات ولوقرر في الأخير إتمام العملية العقدية.

من أجل ذلك، كان لزاما على المشرع التدخل لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، وذلك من خلاله إقراره آلية تسمح للمستهلك الضعيف بأن ينهي العقد بإرادته المنفردة خلال فترة زمنية محددة، تبدأ مباشرة بعد انعقاد العقد صحيحا، ويطلق عليها بالحق في العدول عن العقد.

لقد ثار جدال فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية لحق العدول عن العقد، أفرز ظهور فئة جديدة من الحقوق أطلق عليها "الحقوق الإرادية" الكلمات المفتاحية: الحق في العدول، الحق الشخصي، الحق العيني، الحق الإرادي، حماية المستهلك، العقد الإلكتروني.

Abstract:

No one denies that a consumer is subjected to psychological stress and multiple choices when he wants to contract electronically a particular commodity or service. It would make sense for his or her satisfaction to become an inevitable reality under the influence of these pressures, even if he or she decides at last to complete the contract process.

To that end, the legislator had to intervene to rebalance the contractual relationship by approving a mechanism that would allow a vulnerable consumer to terminate the contract unilaterally within a specified period of time, commencing immediately after the contract was valid, and called the right to renounce the contract.

There has been a doctrinal debate about the legal nature of the right to renounce the contract, which has resulted in the emergence of a new category of rights called "voluntary rights".

Keywords: right of retraction, potestatif right, potestativity, consumer, personal right, real right, consumer protection, electronic contract.

المؤلف المرسل*:

د/ بدري جمال

مقدمة

يعرف العقد الإلكتروني على أنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"¹. ويعرفه آخر على أنه "ذلك العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد انشاء التزامات تعاقدية"².

على الرغم من تسهيل التعاقد عن بعد لعملية التعاقد إلا أنها ساهمت كذلك باختلال التوازن بين مراكز المتعاقدين خاصة في مجال العقود الاستهلاكية التي تبرم عن بعد، أين جعلت المتعاقد المهني أو المحترف في مركز قوة من جهة، والمتعاقد المستهلك في مركز ضعيف من جهة أخرى.

لا أحد ينكر ما يتعرض له المستهلك من ضغوط نفسية وتعدد الخيارات عندما يريد أن يتعاقد إلكترونياً على سلعة ما أو خدمة معينة، فيكون من المنطقي أن يصبح رضائه واقع لا محالة تحت تأثير تلك الضغوطات ولو قرر في الأخير إتمام العملية العقدية. من أجل ذلك، كان لزاماً على المشرع التدخل لإعادة التوازن للعلاقة التعاقدية، وذلك من خلال إقراره آلية تسمح للمستهلك الضعيف بأن ينهي العقد بإرادته المنفردة خلال فترة زمنية محددة، تبدأ مباشرة بعد انعقاد العقد صحيحاً، ويطلق عليها بالحق في العدول عن العقد³.

يعرف حق العدول⁴ بأنه "مكنة يمنحها القانون للطرف الضعيف في العقد تسمح له خلال أجل معين أن يرجع بإرادته المنفردة عن رضائه الذي كان قد أبداه وقت إبرام العقد من غير حاجة لبيان أسباب ذلك العدول"⁵.

يظهر لأول وهلة أن الاعتراف بحق العدول عن العقد يعد تعدد صاخر على مبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكن المتمعن في ظروف وملابسات ذلك الاعتراف، يتوصل إلى نتيجة مفادها، ضرورة حماية المتعاقد الضعيف ولو عبر الخروج عن القواعد العامة أحياناً، ولن يكون ذلك إلا من خلال أعمال منطوق الإستثناءات من جهة، وضرورة تأطير تلك الاستثناءات من جهة أخرى.

يأتي السماح بحق العدول عن العقد كآلية جديدة تضاف إلى عدة آليات أخرى اهتدى إليها المشرع، وتأتي في سياق عملية سد الفراغ في قواعد الحماية التقليدية، نظراً لتطور الواقع وضرورة مواكبة القوانين لهذا التطور.

ترتبط المدة المحددة للعدول عن العقد ارتباطاً وثيقاً بحق الخيار الممنوح للمستهلك خلال تلك المدة، والتي يجب أن يستعمل حقه وخياره خلالها، وإلا فلن يكون لهذه الممارسة أي مفعول قانوني بعد انقضائها، ويبدأ نطاق الحق في العدول واستعمال حق الخيار بإبرام العقد إلكترونياً ويستمر إلى غاية نهايته،

لقد شهد حق العدول جدلا بين الفقهاء بسبب صعوبة تحديد طبيعته القانونية، بحيث نظر إليه كل فريق من زوايا معينة، ومن ثم محاولة تكيفه وفقا لما يغلب عليه من خصائص وصفات.

من خلال اعتراف بعض القوانين بحق العدول والنص عليه في قوانينها، فإنها ترسم له حدودا معينة، تجعله يتميز بخصوصيات ضمن العقد الذي ترتب عنه، تبقى ما بقي ذلك العقد وتنتهي حتما بزواله، تبعا للطبيعة القانونية التي يتجسد فيها، الأمر الذي يفرض حتما التساؤل عن هذه الطبيعة القانونية، والجدل الذي ثار حولها.

في سبيل الإجابة عن التساؤل السابق، يمكن اقتراح خطة بحث تشمل محورين، يتضمن المحور الأول حق العدول عن العقد الإلكتروني: تجاوز التكيف التقليدي، ويتناول المحور الثاني، حق العدول عن العقد الإلكتروني: تكيف قانوني حديث.

المحور الأول: حق العدول في العقد الإلكتروني: تجاوز التكيف التقليدي

صنف البعض حقّ العدول على أنه حق شخصي (أولا)، بينما ذهب رأي آخر إلى اعتباره حقًا عينيا (ثانيا). واعتبره آخرون مجرد رخصة قانونية (ثالثا).

أولا: حق العدول: حق شخصي

بعد تعريف الحق الشخصي (1)، نحاول إسقاط التعريف على حق العدول في العقد الإلكتروني (2).

1: تعريف الحق الشخصي

يُعرف الحق الشخصي على أنه "رابطة قانونية بين شخصين تُخوّل أحدهما وهو الدائن حقّ مطالبة الطرف الآخر المدين، بإعطائه شيئا ما، أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل"⁶.

يعرفه آخر بأنه: "حالة قانونية أو وضع قانوني يلتزم بمقتضاه شخص بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله"⁷.

يعتبر هذا الحقّ عنصرًا إيجابيًا في ذمّة الدائن المالية، إلاّ أنّه على عكس ما هو عليه الحال في الحقّ العيني، فإنّ الحقّ الشخصي يكون في شكل دائم عنصرًا سلبيا في ذمّة المدين المالية.⁸

2: مدى اعتبار حق العدول حقا شخصيا

مضمون الحق الشخصي حق الدائن بمطالبة المدين بمنحه شيئا ما، أي أن الأمر يتعلق باقتضاء دين من خلال إعطاء أو منح شيء ما أو من خلال عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء ما. بإسقاط عناصر هذا التعريف على حق العدول عن العقد نجد بأنه في هذا الأخير، لا يطلب المستهلك من المتعاقد الآخر المني منحه أي شيء، كما أنه لا يطلب منه عمل شيء أو اقتضاء دين معين، لكن، بالنسبة لعدم عمل شيء ما، يمكن تصور الالتزام الواقع على عاتق المتعاقد المني طيلة مدة الخيار الممنوحة للمستهلك، حيث يتعين عليه أن لا يأتي بأي عمل من شأنه إعاقة هذا الأخير من استعمال حقه بكل حرية، الأمر الذي يقرب حق العدول من الحق الشخصي في هذه النقطة دون أن يتطابقا تماما.⁹

ثانيا: حق العدول: حق عيني

بعد تعريف الحق العيني (1)، نحاول إسقاطه على حق العدول في العقد الإلكتروني (2).

1: تعريف الحق العيني

الحقّ العيني هو "سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، هذه السلطة المباشرة تُخوّل لصاحب الحقّ الإفادة من هذا الشيء مباشرة ودون توقّف على إرادة أحد غيره، فصاحب الحقّ العيني يُباشر حقه دون وساطة من أحد آخر".¹⁰

وعرفه آخر بأنه "سلطة مباشرة يقررها القانون لشخص معين على شيء معين بالذات، ويمكن الاحتجاج به في مواجهة الكافة".¹¹

2: مدى اعتبار حق العدول حقا عينيا

يفرض حق العدول عن العقد أن يصبح مصير العقد في يد المستهلك طيلة مدة الخيار المحددة، وبمجرد إبداء هذا الأخير قراره العدول خلالها ينتهي العقد.

يبدو من خلال التحليل السابق، أن حق العدول عن العقد يمنح بدوره سلطة للمستهلك بإنهاء العلاقة العقدية بإرادته المنفردة خلال المدة المقررة، وهو ما يجعل الأمر يشبه السلطة الممنوحة في الحق العيني لشخص على

شيء معين، غير أن هذه الأخيرة معروفة ولا تثير إي غموض أو إشكال، بينما تثير السلطة الممنوحة للمستهلك من خلال ممارسة حق العدول، بعض الغموض والإرتياب، والأكد أنها تختلف كلياً عن مفهوم السلطة أو التسلط المعروفة في الحق العيني.

في العقود التي يعترف فيها المشرع بحق العدول لأحد المتعاقدين، لا يتعلق الأمر فيها بسلطة المتعاقد على شيء معين، والأكد أيضاً أن تلك السلطة ليست على شخص المتعاقد الآخر، باعتبار أن ذلك لا يجوز ابتداءً من جهة، كما لا يمكن للمتعاقد أن يصير شيئاً من جهة أخرى.

كنتيجة لما سبق، يمكن القول بأن حق العدول ليس حقاً عينياً ولا يمنح للدائن سلطة مباشرة على شيء معين، بل بالعكس من ذلك، يمنح له هذا الحق سلطة "إتمام العقد أو التحلل منه فقط دون ترتيب أية مسؤولية عليه"¹².

ثالثاً: مدى اعتبار حق العدول رخصة قانونية

من خلال استبعاد أن يكون حق العدول عن العقد حقاً شخصياً أو حقاً عينياً، يأتي التساؤل حول مدى اعتباره رخصة قانونية؟ بعد تعريف الرخصة القانونية (1)، نحاول مقارنتها مع حق العدول عن العقد الإلكتروني (2).

1: تعريف الرخصة القانونية

انطلاقاً من معارضة الآراء السابقة لتكييف خيار العدول على أنه حق، ظهر رأي آخر يرى بأنه رخصة منحها المشرع للمتعاقد الضعيف يستعملها في مواجهة المني، من خلالها يتمكن من إنهاء الرابطة العقدية دون أن يقدم أي تبرير ودون أن يكون محلاً للمساءلة القانونية.¹³ تعرف الرخصة القانونية بأنها "الخيار الممنوح لشخص معين، والذي بمقتضاه يسمح له القانون بأن يعدل من مركزه القانوني وفقاً لمصلحته، وفي حدود هذه المصلحة"¹⁴.

يعرفها آخر على أنها "مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة أو هي إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة"¹⁵.

كما يعرفها آخر بأنها "رغبة من صاحب الحق في الحصول على الحق، وبذلك تحتل الرخصة منزلة وسطى بين الحرية والحق، وتختلف الرخصة عن الحق في أنها إجراء أو مرحلة للوصول إلى الحق، كما أنها تحتل مرتبة أدنى من الحق، بمعنى أنها لا تخول للشخص مكنة الاستثناء والتسلط"¹⁶.

يوجد كذلك من يسوي بين الحرية والرخصة "واعتبرهما مرادفين لنفس المعنى، غير أن هذا الرأي لم يسلم هو الآخر من النقد، لأنّ "الرخصة لا تمنح لشخص معين على سبيل الانفراد من جهة، كما أنها تثبت لجميع الناس وتتقرر بنص تنظيمي"¹⁷ من جهة أخرى، وهذا لا ينطبق أصلا على حق العدول.

2: مقارنة الرخصة القانونية بحق العدول

الملاحظ في التعريفات السابقة أنه لا يكاد يوجد اتفاق على تعريف جامع مانع للرخصة القانونية، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال التعاريف المختلفة، أين يظهر تارة الخلط الواضح بينها وبين تعريف الحق وخصائصه، وتارة أخرى، بين الحرية وخصائصها.

وسط هذا الجدل حول تكييف حق العدول عن العقد، حيث يصنف تارة بأنه حق شخصي، وتارة أخرى باعتباره حقًا عينيا، ويذهب من يصنفه على أنه مجرد رخصة قانونية، ظهر مؤخرا من ابتعد كل البعد عن تلك التصنيفات التقليدية، وذهب إلى حد القول بانتماء حق العدول عن العقد إلى طائفة جديدة من الحقوق، وذلك بالنظر إلى الموضوع من زاوية أخرى تختلف كلياً عن المقاربات السابقة، فأصبح الأمر لا يتعلق باقتضاء دين كما هو الحال في الحق الشخصي، ولا بسلطة شخص على شيء معين كما هو الحال في الحق العيني، كما أنه يبتعد عن مفهوم الرخصة القانونية باختلاف مفاهيمها، الأمر الذي أدى إلى التساؤل عن حقيقة طبيعته القانونية وما عساها تكون؟

المحور الثاني حق العدول في العقد الإلكتروني: تكييف قانوني حديث

إذا كان حق العدول ليس حقاً شخصياً ولا حقاً عينياً بسبب عدم تخويله صاحبه السلطات التي يمنحها أي من الحقيين السابقين، فإنه أيضا يختلف عن مفهوم الرخصة القانونية التي يعترف بها القانون ويمنحها في حدود معينة، فحق العدول عن العقد يتعدى كل المفاهيم والأنظمة السابقة¹⁸.

لقد ظهر اتجاه حديث يذهب إلى القول بأن حق العدول عن العقد ينتهي إلى طائفة جديدة من الحقوق، سنحاول تسليط الضوء عليها من خلال التعرض لمفهومها (أولاً)، ثم التعرف على أهم خصائصها (ثانياً).

أولاً: الحق الإرادي: مفهوم قانوني حديث

بعد ضبط مصطلح الحق الإرادي (1)، نتطرق إلى تعريفه (2).

1: ضبط مصطلح الحق الإرادي

لقد شهد الحقّ الإرادي تطوّراً كبيراً في عدّة قوانين أهمّها القانون الإيطالي، والقانون السويسري، وكذا القانون الألماني، وظهرت حوله عدة أبحاث قانونية اتسمت بالتفصيل والتحليل في كثير من الأحيان، ويأتي منشأ هذا المفهوم الجديد نتيجة عجز كل من مفهوم الحق الشخصي ومفهوم الحق العيني عن تفسير هذا الحق¹⁹. فالسلطة الممنوحة لصاحب الحقّ الإرادي لا تحتاج لشخص آخر كما هو الحال في الحقّ الشخصي، كما أنّها ليست سلطة على شيء معين كما هو الحال في الحقّ العيني²⁰، بل هو مرتبط بمركز قانوني²¹ قابل للتغيير بفعل إرادة صاحب الحقّ المنفردة²².

لقد استعملت عدة مصطلحات في التشريعات المختلفة التي عالجت هذه المسألة في قوانينها، وما يلاحظ عن هذه المصطلحات أنّها تتشابه في ما بينها وتؤدي نفس المعنى وإن اختلفت في شكلها²³.

استعمل القانون الإيطالي مصطلح "diritti potestativi" تعبيراً عن الحقّ الإرادي، أمّا في ألمانيا فقد استعمل مصطلح "Rechte de rechtlichen Könnens" و "KanRechte"، وهي تعبير عن حق الشخص القانوني في الفعل، أما القانون السويسري فقد استعمل مصطلح "droit formateur" أو الحقّ المولّد²⁴. والحقيقة أنّه مع اختلاف تلك المصطلحات في الشكل، فإنّها توجي جميعاً بمفهوم قانوني واحد تظهر من خلاله الصبغة الإرادية بوضوح²⁵.

يعود الفضل في ظهور دراسة شاملة للحقّ الإرادي في فرنسا للأستاذ (M.NAJJAR)، وذلك عبر أطروحة دكتوراه تحت عنوان: "Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral"، فقد أكّد في دراسته هذه أن حق الخيار المعترف به في بعض العقود، ما هو إلّا حقّ إرادي²⁶.

الحقوق الإرادية ليست نوعا واحدا²⁷، فقد تنتج عن اتفاق أو من خلال نصوص تشريعية، كما قد يكون منشؤها القضاء. كأمثلة على ذلك، حقّ الشفعة، حقّ الخيار الناتج عن عقد الوعد²⁸، حق العدول عن العقد في العلاقة بين المستهلك والمنتج²⁹.

لا يظهر مصطلح "الإرادية" (Potestativité) عند البحث في المصطلحات القانونية لأتّه حديث نسبيا، ومع ذلك يثبت الواقع تقبل جانب من الفقه لهذا المصطلح.³⁰ يعود أصل هذا المصطلح إلى اللغة اللاتينية "Potestas (is)" وتعني القدرة والسلطة والسيطرة، فصفة الإرادي (Potestatif) تُعبّر عن فكرة السلطة والسيطرة المتضمنتين في فكرة الحقّ الإرادي والشرط الإرادي³¹.

يتعلق الأمر في الشرط الإرادي بسلطة ممنوحة لأحد الأطراف يستطيع من خلالها التأثير على حادث يتعلّق به الالتزام³²، أما في الحقّ الإرادي، فيتعلّق الأمر بسلطة معترف بها لشخص ما يستطيع من خلالها التأثير على مركز قانوني بهم الغير³³.

يهدف المشرع عادة عند نصه على مثل هذه الحقوق إلى حماية طرف ما في العلاقة العقدية، كما هو الحال في قانون حماية المستهلك، أو في العقود التي تبرم عن بعد، ومنها العقود الإلكترونية، أو في إطار مصلحة اجتماعية، كما هو الحال في حقّ الشفعة³⁴. أمّا بالنسبة للقضاء، فإنّه قد يهتدي إليها في إطار إيجاد حلول لمسائل معيّنة، كما هو الحال بالنسبة لمنع تأييد الالتزامات، كما هو الحال بنقض العقد بالإرادة المنفردة في بعض العقود غير محددة المدة³⁵.

2: تعريف الحقّ الإرادي

ظهرت عدّة تعاريف للحقّ الإرادي أشهرها ذلك الذي قدّمه الأستاذ (M.NAJJAR) في أطروحته، فقد عرفه بأنّه "مكّنة³⁶ أو سلطة يستطيع من خلالها شخص بإرادته المنفردة، التأثير على مركز قانوني قانوني قائم، وذلك بتغييره أو إنهائه، كما يمكنه إنشاء مركزا قانونيا جديدا من خلاله"³⁷.

يفرض منطلق الحقّ الإرادي وجود رابطة خضوع أو تسلط يمارسها صاحب الحقّ الإرادي على الدائرة القانونية للمتعاقد الآخر، فينهي بها مركزه القانوني أو يعدله، أو ينشئ من خلاله مركزا قانونيا جديدا³⁸.

تظهر تلك السلطة بوضوح في حق العدول عن العقد الإلكتروني، أين يكون للمستهلك وحده دون المتعاقد الآخر، حق في الخيار³⁹ بين عدوله عن العقد أو الإبقاء عليه⁴⁰، على شرط ممارسة ذلك الحق خلال المدة التي حدّدها النص القانوني.⁴¹

ثانيا: الحق الإرادي: سلطة وخضوع

من خلال التعريف السابق للحق الإرادي⁴²، فإنّ حق العدول يمنح للمستهلك سلطة التأثير على مركز قانوني، وذلك من خلال إنهائه بمجرد ممارسة حقه خلال المدة المحددة قانونا، فتنتهي العلاقة التعاقدية، وينتهي المركز القانوني للمتعاقد الآخر.

تتمثل أهم خصائص الحق الإرادي، في سلطة على مركز قانوني (1)، وظهور رابطة خضوع (2).

1: سلطة على مركز قانوني

يقتضي حق العدول المقرر في العقد الإلكتروني إنهاء العقد بإرادة المستهلك المنفردة عندما يستعمل حقه في العدول خلال المدة المقررة، ويترتب على ذلك رد السلعة أو المنتج أو التنازل عن الخدمة إلى المتعاقد المهني، دون أن تترتب عليه أي جزاءات أو مصروفات، فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة.⁴³

كما قد يكون قرار المستهلك هو الإبقاء على العقد من خلال تركه للمدة المقررة تمر دون أن يستعمل حقه خلالها، وهذا دون تدخل من المتعاقد المهني، وما على هذا الأخير، إلا انتظار ذلك القرار طيلة المدة المحددة⁴⁴، ويبرز من خلال ما سبق، نوع من السلطة يمارسها أحد المتعاقدين على المركز القانوني للمتعاقد الآخر⁴⁵.

يبدأ نطاق السلطة الممنوحة للمستهلك بمجرد انعقاد العقد الإلكتروني ويستمر طيلة المدة المحددة، الأمر الذي يبرز من خلاله مفهوم السلطة على المركز القانوني للمتعاقد الآخر طيلة تلك المدة.

يجد المتعاقد المهني نفسه في حالة انتظار لقرار المتعاقد المستهلك طيلة المدة المحددة، وما إذا كان ذلك القرار هو العدول عن العقد، أم الإبقاء عليه، وذلك، بترك تلك المدة تمر دون إبداء أي قرار. وعليه، يجد المتعاقد

المهني نفسه في وضع يلزمه بقبول أي من تلك الخيارات، وأكثر من ذلك، يجد نفسه مجبرا بالألا يعيق المستهلك أو يقف في طريق استعماله لذلك الخيار.

2: ظهور رابطة خضوع

كما أشرنا سابقا، يجب ممارسة حق العدول عن العقد خلال مدة المقررة قانونا، وتختلف تلك المدة من تشريع إلى آخر، وما يميزها، هو حق العدول الممنوح للمتعاقد المستهلك ليستعمله بكل حرية، شريطة أن يكون ضمنها وأن لا يتجاوزها، كما تتميز أيضا بضرورة خضوع المتعاقد المهني للقرار الذي سيستخدمه المستهلك .

تنشأ تلك الرابطة مباشرة بعد انعقاد عقد الوعد الإلكتروني، وتستمر إلى غاية استعمال المستهلك حقه في العدول خلال المدة المحددة، أو عدم استعماله له بترك تلك المدة تنتهي، وتعرف رابطة الخضوع بأنها " الحالة التي يتعدى فيها شخص ما على الدائرة القانونية لشخص آخر دون أن يكون لهذا الأخير الاعتراض على ذلك"⁴⁶.

ممارسة حق العدول المعترف به للمستهلك خلال المدة المقررة، يكون خارجا تماما عن إرادة المتعاقد المهني، ومن هنا، تظهر رابطة الخضوع الناتجة عن ممارسة ذلك الحق. بمعنى آخر، يمثل ممارسة ذلك الحق تعدى على الدائرة القانونية الخاصة بالمتعاقد المهني، ويجد هذا الأخير نفسه واقعا تحت تأثير الخيار الممنوح للمستهلك طيلة المدة المقررة، وهذا ما يعبر بوضوح عن رابطة الخضوع⁴⁷.

خاتمة

يظهر من خلال تعريف حق العدول في العقد الإلكتروني أنه ليس حقا شخصيا على الرغم من وجود علاقة دائنية بين شخصين دائن ومدين، كما لا يمكن اعتباره حقا عينيا ولو نتجت عنه بعض آثار السلطة أو التسلط من شخص على شيء محدد، كما لا يمكن اعتبار حق العدول من قبيل الرخصة القانونية على الرغم من التشابه بينهما في بعض العناصر.

لأجل ذلك، ظهر اتجاه جديد يقول بانتماء حق العدول إلى طائفة جديدة من الحقوق أطلق عليها "طائفة الحقوق الإرادية"، وبالتالي النظر إليه نظرة ذاتية محضة، خالية من أي اعتبار شخصي أو مادي.

يستطيع المستهلك بإرادته المنفردة التأثير على مركز قانوني قائم مسبقا، فيهيئه بإرادته المنفردة دون تدخل من المتعاقد الآخر المهني. ومن هنا، تظهر فكرة التسلط أو السلطة التي يمارسها المستهلك، والتي تسمح له بأن يتعدى على الدائرة القانونية للمتعاقد الآخر المهني، بحيث تتقلص حريّة هذا الأخير طيلة المدة المحددة.

في الأخير، تبقى طائفة الحقوق الإرادية مثيرة للجدل وميدان خصب للبحث والتعمق أكثر في ماهيتها وخصائصها وشروطها، وهو ما سيسمح للباحثين من فتح باب جديد قد يغير كثيرا من المفاهيم والنظم القائمة المتعلقة بهذه الحقوق.

1- راجع: عبد الرحمان بن عبد الله، الأحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية، دار الوراق، ط 1، بيروت، لبنان، 2004، ص 01.

2- راجع: خالد ممدوح براهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، ط 1، الإسكندرية، مصر، ، 2006، ص 5.

3- جاء في التشريع الجزائري النص على حق العدول عن العقد في مجال النقد والقرض، أين استعمل المشرع مصطلح "الرجوع عن العقد". تنص المادة 119 مكرر 1 المضافة بالمادة 13 من الأمر رقم 04-10: "يمكن أي شخص اكتبب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد". الأمر رقم 04-10 مؤرخ في 16 رمضان عام 1431، الموافق 26 غشت سنة 2010، يعدل ويتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 27 جمادى الثانية عام 1424، الموافق 26 غشت سنة 2003 والمتعلق بالنقد والقرض، (ج رع 50، ص 11). كما جاء النص عليه في مجال القرض الاستهلاكي، أين استعمل المشرع مصطلح "العدول عن العقد".

- تنص المادة 11 من المرسوم التنفيذي الذي يتعلق بكيفيات وشروط العروض في مجال القرض الاستهلاكي: "لا يلزم البائع بتسليم أو تمويل السلعة موضوع العقد إلا بعد إخطار من طرف المشتري بتحصله على القرض. غير أنه يتاح للمشتري أجل للعدول مدته ثمانية (8) أيام، تحسب من تاريخ إمضاء العقد، طبقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما". مرسوم تنفيذي رقم 15 - 114 مؤرخ في 23 رجب عام 1436، الموافق 12 مايو سنة 2015، يتعلق بكيفيات وشروط العروض في مجال القرض الاستهلاكي. (ج رع 24 مؤرخة في 13 مايو 2015).

- 4- يرى الدكتور علي فيلاي أن المصطلح الأصح هو ما أشار إليه المصطلح بالفرنسية le droit de rétractation، وهو حق التراجع وليس حق العدول. راجع: د.علي فيلاي، الالتزامات – النظرية العامة للعقد، ط 3، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص 377.
- 5- راجع: أحمد رباحي، المبادئ العامة لحق العدول عن العقد وفق التوجيه الأوروبي رقم 83-2011، المتعلق بحقوق المستهلكين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الأغواط، العدد 03، 2016، ص 136.
- 6- راجع: محمد أحمد شحاته، القانون – دراسة مقارنة بالشرعية الإسلامية – المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 340.
- 7- راجع: محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 18.
- 8- راجع: جورج ن ش دراوي، تقسيمات الأموال، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2005، ص 130.
- 9- راجع عكس هذا الرأي: نقاش حمزة، سايعي أسماء، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، جامعة منتوري قسنطينة، العدد 07، 2019، ص 24. راجع أيضا: سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة تلمسان، المجلد 07، العدد 02، 2018، ص 17.
- 10- راجع: مصطفى الجمال، دننيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للقانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 456.
- 11- راجع: محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، دمشق، 1980/1970، ص 599. ذكره علي فيلاي، نظرية الحق، موفم للنشر، الجزائر، 2011، ص 59.
- 12- راجع: نقاش حمزة، سايعي أسماء، المرجع السابق، ص 25.
- 13- راجع: سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.
- 14- راجع: عبد الحي حجازي، نظرية الحق في القانون المدني، مكتبة سيد عبد الله وهبة، بدون مكان نشر، بدون سنة طبع، ص 22.
- 15- راجع: عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج 01، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1967، ص 9.
- 16- راجع: علال آمال، محاضرات في نظرية الحق، جامعة تلمسان، السنة الجامعية 2020/2019، ص 24.

- 17- راجع: نقاش حمزة، سايغي أسماء، المرجع السابق، ص 25. راجع أيضا: سي يوسف زاهية حورية، المرجع السابق، ص 17.
- 18- راجع: موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011، ص ص 232.
- 19- David BOSCO, Le droit de rétractation, (pour l'obtention du DEA de droit privé de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille), France, 1999. p : 51.
- 20- Ibid.
- 21 - يُعرّف الأستاذ (M.NAJJAR) المركز القانوني: "الوضعية التي يمكن وصفها بدقّة وهي قانونية لأنّه ينتج عنها آثار يعترف بها القانون أو الاتفاق". راجع: M.NAJJAR, le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral, thèse, Paris, 1966, L.G.D.J., 1967, spéc, p 16.
- 22 - Aurélien SIRI, LA RÉSILIATION UNILATÉRALE DU CONTRAT, (M É M O I R E pour le D.E.A, DROIT PRIVÉ, FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE, soutenu le 9 septembre 2003, France, p 128.
- 23 - Aurélien SIRI, op-cit, p : 124, Voir aussi : Arnaud DUCROCQ, recherche sur la notion de droit potestatif, (mémoire de D.E.A, fac. des sciences politiques, juridiques et sociales, université de Lille 2), 1999-2000, p: 7
- 24 - M.NAJJAR, op-cit, p 102.
- 25 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p 8.
- 26 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p : 8. Voir aussi : M.NAJJAR, op-cit, p 103.
- 27 - مع تعدّد هذه الحقوق عبر مصادر مختلفة، فإنّها تختلف عن بعضها البعض في بعض الخصائص والآثار، كما هو الحال مثلا بين حقّ الموعد له في الوعد بالتعاقد، وحقّ فسخ العقد بالإرادة المنفردة.
- " Le droit d'option se distingue des autres droits potestatifs par la mutation qu'il opère une fois que le choix s'est exprimé, qui fait cessé cet état d'attente de suspension. Or, le droit de rompre exercé par la résiliation unilatérale s'écarte du droit d'option dans la mesure où il a un effet créateur d'une situation juridique nouvelle par extinction, destruction alors que le droit d'option a en général un effet créateur d'une situation juridique nouvelle par création (exemple: les options successorales testamentaires, les options de nationalité, **le droit de bénéficiaire dans la promesse unilatérale de contrat**, le droit de préemption, le

droit de retrait, le droit de rachat ...) mais aussi parce que dans la résiliation unilatérale fait défaut la situation d'attente laquelle est très souvent enfermée dans une durée. La situation n'est pas statique mais active, le contrat étant en cours d'exécution. Voir : Aurélien SIRI, op-cit, p : 128. Voir aussi : M.NAJJAR, op-cit, p 102.

28 - Ibid, p 128.

29 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, pp 8-9

30 - " La condition potestative et le droit potestatif présentent des similitudes : ils desservent tous deux l'intérêt de l'une des parties". Voir : ROCHFELD J, Les droits potestatifs accordés par le contrat, L.G.D.G, Mélanges offerts à J. Ghestin, 2001, p 756.

31 - Ibid.

32 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p 28 (en marge 87).

33 - Ibid.

34 - Ibid.

35 - Ibid.

36 - La doctrine classique assimilait la notion de faculté à des possibilités de fait, de simple pouvoirs de fait. Et pour donner un contenu à la notion en tant que prérogative juridique, d'autres auteurs opposèrent les facultés, imprescriptibles, aux droits. Voir : David BOSCO, op-cit, p 48. P.ROUBIER qui qualifia les facultés de prérogatives juridiques en les définissent comme : " **une sorte de possibilité légale d'option en vue de création d'une situation juridique**". Voir : P.ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, paris, 1963, p 163. Voir aussi : David BOSCO, op-cit, p : 48.

37 - M.NAJJAR, op-cit p : 102. Voir aussi : Arnaud DUCROCQ, op-cit, p : 13. Voir aussi : VALORY S, La potestativité dans les relation contractuelles, thèse, Aix-en-Provence, P.U.A.M, 1999, p 24.

38 - Arnaud DUCROCQ op-cit, p : 28 (en marge de la page). Voir aussi: Sophie Hel, op-cit, p 53.

39 - L'acte d'option est " un acte unilatéral nécessaire et suffisant pour lever l'incertitude et pour vider l'alternative et pour donner naissance à une situation juridique nouvelle", voir : Aurélien SIRI, op-cit, p 128.

40 - " Le droit d'option constitue une prérogative précise, naît à l'occasion d'un évènement déterminable, s'exerce selon une alternative prévisible à l'avance, modifie par son seul exercice une situation antérieure", voir : M.NAJJAR, op-cit p 71.

41- مثلا، تنص المادة 119 مكرر 1 المضافة بالمادة 13 من الأمر رقم 04-10 المتعلق بالنقد والقرض: "يمكن أي شخص اكتتب تعهدا أن يتراجع عنه في أجل ثمانية (8) أيام من تاريخ التوقيع على العقد".

42 - يلاحظ أنّ حقّ الخيار كحقّ إرادي حسب أنصار هذا الاتجاه، يختلف عن بقية الحقوق الإرادية الأخرى، حيث تؤدّي ممارسته إلى إنهاء حالة الانتظار خلال المدّة المحدّدة، وفي نفس الوقت خلق وضع قانوني جديد. أنظر:

- Aurélien SIRI, op-cit, p 128.

43- نصت في هذا الشأن، المادة 20/121 فقرة أولى من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه: "للمستهلك سبعة (07) أيام كاملة لممارسة حقه في العدول دون أن يكون ملزما بإبداء أية مبررات، ودون أية جزاءات أو مصروفات، باستثناء تلك المتعلقة بإرجاع السلعة أو المنتج".

Art. L121-20 Le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités, à l'exception, le cas échéant, des frais de retour.

Le consommateur peut déroger à ce délai au cas où il ne pourrait se déplacer et où simultanément il aurait besoin de faire appel à une prestation immédiate et nécessaire à ses conditions d'existence. Dans ce cas, il continuerait à exercer son droit de rétractation sans avoir à justifier de motifs ni à payer de pénalités.

Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services.

Lorsque les informations prévues à l'article L. 121-19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa.

Lorsque le délai de sept jours expire un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, il est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

44 - Jean Mark Mousseron, Technique contractuelle, Editions Juridiques LEFEBVRE, Paris, p 74.

45 - Ibid.

46 - Arnaud DUCROCQ, op-cit, p : 23.

47 - Boyer (L), "Les promesses synallagmatiques de vente, Contribution à la théorie des avant-contrats", RTD civ, 1949.1, n° 27.

مجلس العقد الإلكتروني

طالبة الدكتوراه: يمناين لمياء / جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق

I.yamnaine@univ-alger.dz

الملخص:

يعتبر العقد منعقدا منذ اللحظة التي يتم فيها اقتران الإيجاب بالقبول على أساس أن تلاقي الارادتين هو الذي ينشأ العقد ويحدد وقت تحقق الرابطة العقدية، إلا أن العقد الإلكتروني يطرح الإشكال لكونه يتم عن بعد فنظرا للخصوصية التي يتضمنها فقد مست هذه الأخيرة كل جانب من جوانب هذا النوع من العقود بما فيها مجلس العقد الذي أصبح بدوره "مجلس عقد إلكتروني" .

ونظرا لطبيعة الوسائل المتاحة استعمالها في هذا النوع من العقود في ظل التباعد المكاني لطرفي العقد، فقد حاول الفقهاء أيضا في هذا الشأن بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني إذا كان التعاقد بين حاضرين أم غائبين أم أنه تعاقد ذو طبيعة خاصة بخصوصية وسائله إضافة إلى ذلك فإن هذا الأخير يحتل في العقود الإلكترونية أهمية كبيرة وذلك بما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد، فيمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة إذا ما ثار نزاع ومعرفة القانون الواجب التطبيق.

وعليه على ضوء ما سبق طرح الإشكالية التالية: ما هو مجلس العقد الإلكتروني؟

جامعة الجزائر 1 بن يوسف بن خدة

كلية الحقوق سعيد حمدين

مداخلة في إطار الملتقى الوطني: الشكلية في العقود الإلكترونية

عنوان المداخلة:

مجلس العقد الإلكتروني

من إعداد طالبة الدكتوراه:

- يمنين لمياء

تخصص: قانون الأعمال

السنة الجامعية 2021/2020

مقدمة

يشهد العالم اليوم عصرا علميا عمليا جديدا يطلق عليه بعصر المعلومات، فقد شهدت البشرية في نهاية القرن العشرين وبداية هذا القرن تطورا كبيرا في وسائل الإتصال وتقنياته مما قد جعلت السلوك الإنساني يتغير من مختلف الجوانب الاقتصادية والثقافية والاجتماعية والقانونية أيضا. وقد كان هذا سببا لإنتشار طائفة جديدة من العقود أطلق عليها بالعقود الإلكترونية نسبة إلى الوسيلة التقنية والتكنولوجية المستخدمة في إبرامها.

وعلى نحو متسارع جدا بدأ الإنسان يبرز معاملاته وتصرفاته القانونية باستخدام تلك الوسائل نتيجة لما توفره من ظروف تتيح تبادل الارادتين بصورة فورية لا تعترف بالحدود أو العوائق المادية.

صحيح أن العقد تقليديا كان أو إلكترونيا ينعقد بتبادل الطرفان التعبير عن الإرادة، إلا أن تبادل الإرادتين لا يتم إلا في مجلس العقد، مما يعد المجلس مرحلة هامة في حياة العقد إذ لا ينعقد العقد إلا من خلاله، فلا يتصور وجود عقد دون أن يمر بمرحلة المجلس لما له من فائدة في حياة المتعاقدين، فهو مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي يتم على إثر مفاوضات تجري بين الطرفين من أجل الإتفاق على بنود العقد تتوج في النهاية بتطابق الإيجاب والقبول. فتنتقل لمرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه، ويستفاد من ذلك أن مجلس العقد يعد الحلقة الأخيرة في سلسلة الفترة السابقة على التعاقد ومرحلة قيام العقد فعلا، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد وبدونها لا ينعقد. لكن إذا كان من الممكن الاستغناء على مرحلة المفاوضات، فلا يمكن ولا يجوز الاستغناء عن مجلس العقد.

وما تجدر الإشارة إليه أنه نظرا للخصوصية التي يتسم بها العقد الإلكتروني فقد مست هذه الأخيرة كل جانب من جوانب هذا النوع من العقود المبرمة عن بعد بما فيها مجلس العقد الذي أصبح بدوره مجلسا إلكترونيا.

ولذلك على ضوء ما سبق نطرح الاشكالية التالية: ما هو مجلس العقد الإلكتروني؟

ولعرض كافة الافكار والتي تتعلق بموضوع البحث، فقد تم تقسيمه على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني

المطلب الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بانعقاد مجلس العقد الإلكتروني

المطلب الأول: تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

المطلب الثاني: تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

المبحث الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني

تعود فكرة مجلس العقد للشريعة الإسلامية التي سار المشرع الجزائري على نهجها و يعتبر هذا الأخير مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد سواء كان العقد تقليديا أو إلكترونيا و عليه بناءا على ذلك سوف يتم التطرق في هذا المبحث إلى مفهوم مجلس العقد الإلكتروني (المطلب الأول) و إلى الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني (المطلب الثاني) .

المطلب الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

سنتطرق في هذا المطلب الى الفروع التالية:

الفرع الأول: تعريفه

اولا - تعريف المجلس لغة

المجلس لغة: من الفعل جلس وبكسر اللام، موضع أو مكان الجلوس أو الجلوس القعود وهو نقيض القيام، ونطلق لفظ المجلس على كل موضع يجلس فيه الإنسان لقوله تعالى: « يا أيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا في المجالس فافسحوا يفسح الله لكم » ، واشتقت كلمة جلسة من المجلس، وهي حصة من الوقت يجلس فيها جماعة يختصون بانظر في شأن من الشؤون، وهي مغلقة إذا لم يشهدا إلا اعضاءها، ومفتوحة إذا شهدا معهم غيرهم، والمقصود بها هنا زمان ومكان إبرام العقود عند الفقهاء¹.

ثانيا- التعريف التشريعي لمجلس العقد الإلكتروني

إن مجلس العقد فكرة من صنع الفقه الإسلامي أخذت بها التشريعات العربية وحرصت على النص عليها من خلال نصوص محدودة لا تكفي لتفصيل أحكام هذه النظرية. فلقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني الجزائري في م 64 من ق م على أنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا. وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل". وفكرة مجلس العقد هذه لم يتناولها الفقه الفرنسي بوجه خاص، لذلك ليس لها صدى في التقنين الفرنسي².

ثالثا: التعريف الفقهي

1- تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي

المجلس هو اصطلاح شرعي يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع احدهما كلام الآخر مباشرة كونها منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل وينقضي مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من طرف احد المتعاقدين أو كلاهما كما يعتبر العقد منقضا إذا انشغل أحدهما عن التعاقد.

يقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان و وحدة الزمان بمعنى أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة. وقد أخذ المذهب الحنفي بالمفهوم الضيق لمجلس العقد واعتبر أن أي تغيير في مكان أحد المتعاقدين ولو كان يسيرا ينهي المجلس حيث أن وقوف القابل للتعبير عن قبوله بعد أن يصدر الموجب إيجابه وهما جالسان. ثم وقف من وجه إليه الإيجاب وقال قبلت لا يؤدي إلى انعقاد العقد³.

لقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي بكونه مبالغ فيه، ولا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية خاصة منها مبدأ الرضائية في التعاقد لدى فقهاء الحنابلة والمالكية يرون أن مجلس العقد يظل قائم حتى ينفذ بالمفارقة الجسدية أو بأي قول أو فعل يدل على رغبة المتعاقدين في فض المجلس.

2- تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف مجلس العقد بأنه: "مكان وزمان تاع التعاقد الذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقض بانتهاء الأشغال بالتعاقد". يفهم من هذا التعريف أن مجلس عقد يمنح للمتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في شأن التعاقد. ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد فلطرفين الحق في التراجع عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيا، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه ويثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله، طالما لم ينتهي المجلس وهو ما يعرف بخيار المجلس⁴.

ويرى الدكتور السنهوري أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علجا خاصا في الفقه الفرنسي أما الفقه الاسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيرا فلا يطلب من المتعاقد الآخر القبول فورا، بل له أن يتدبر بعض الوقت ولكن من جهة أخرى لا يسمح له ان يمضي في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا مدة طويلة دون الرد عن إيجابه فوجب إذن التوظيف بين الأمرين، ومن هنا نبتت نظرية مجلس العقد.

الفرع الثاني: صور مجلس العقد

ينقسم مجلس العقد إلى نوعين: حقيقي وحقيقي وفي ما يلي سنبين مفهومهما على النحو التالي:

1- مجلس العقد الحقيقي (التعاقد بين حاضرين)

وهو الصورة التقليدية للتعاقد. فالأصل انه عند إبرام العقد يجب أن يلتقي الموجب بالقابل أو من ينوب عنهما بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته العقدية، فيجتمع المتعاقدان في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة. ويمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه: ذلك المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورا يقينيا

وجها لوجه ،ويسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين حاضرين⁵.

شروطه

- الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس
- أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره: فصدور الإيجاب وعلم الموجب له به يتحققان في ذات المكان والزمان بحكم وجود المتعاقدين في نفس الوقت.

2-مجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين)

يمكن تعريف المجلس العقد الحكمي بأنه تعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد. فالأصل ان يكون مجلس العقد مجلس حقيقيا أي بين حاضرين فإذا حدث ما يخالف هذا "وكان التعاقد بين غائبين يسمى مجلس العقد حين إذن مجلسا حكما"⁶.

وينطبق هذا الكلام على التعاقد الإلكتروني حيث يوجد أحدهما في مكان وطرف الثاني في مكان اخر، ويتم التعاقد عبر وسيط هم شاشة الحاسب الآلي.

ويختلف مجلس العقد في التعاقد عبر الأنترنت حسب الطريقة التي يتم بها هذا التعاقد:

- فالتعاقد عن طريق الشبكة الأنترنت يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان لأن هذا القول يؤدي إلى الخلط بين مجلس العقد الحقيقي أي التعاقد بين حاضرين ،وبين مجلس العقد الحكمي ، وهو التعاقد الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير موجود في المجلس.
- التعاقد عبر شبكة المواقع web:

يبدأ مجلس العقد من دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع الصادر فيه الإيجاب وبدايته في التفاوض والاختيار، ويستمر مجلس العقد حتى خروج القابل من الموقع⁷.

-أما التعاقد عبر البريد الإلكتروني: إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حيث صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع. وفي حالة لم يتم التعاقد مباشرة فإن مجلس العقد يبدأ من حيث إطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة اذا وجدت والا رجع في ذلك الى الأعراف⁸.

-وفي حالة التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة: فإن مجلس العقد يبدأ من حيث صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة وتكون الخيارات في المجلس العقد كالتالي:

1-يكون من حق الطرف الراغب في التعاقد أن يتأمل الأمر المعروض عليه وليس ملزما بان يختار العقد مباشرة (خيار القبول)

2-بعد التعاقد يمكن للطرفين التراجع عن العقد حتى ولو كان بدون رضا الطرف الآخر ذلك ما دام الاتصال بالموقع المخصص للتعاقد لا يزال قائما (خيار المجلس) إلا في حالة وجود شرط عدم الخيار

فإن العقد يكون باتا وليس من حق أحدهما التراجع إلا في حال رضا الطرف الآخر. (وهذا عند جمهور العلماء القائلين بخيار المجلس أما على قول الحنفية والمالكية فإن العقد يكون لازما بعد توافق الإيجاب والقبول ولا يشترط الانتهاء من المحادثة) ⁹.

شروطه

- وجود الإيجاب والقبول وتوفر وسيلة لعلم الطرف الآخر
- ان يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد

الفرع الثالث: عناصر مجلس العقد الإلكتروني

يتكون مجلس العقد من عنصرين: احدهما مادي وهو المكاني والثاني معنوي وهو الزماني. هذا الأخير يعد العنصر الجوهرى لمجلس العقد وسنوضح فيما يلي عنصري المجلس ومدى توفرهما بشأن مجلس العقد الإلكتروني.

اولا: العنصر المادي (العنصر المكاني)

إن مجلس العقد هو الإطار الزمني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة او حكما لحظة إبرام العقد. ويمثل العنصر المكاني أحد عنصر في مجلس العقد. وتتجلى أهميته في التعاقد بين حاضرين حيث يلتقيان فعليا في مكان واحد وقد يكون المكان مفتوحا أو مغلقا. كما يمكن أن يكون حيزا ثابتا كمكتب أحد المحامين أو منزل أحد الطرفين او متحركا كإبرام العقد على مثن باخره متحركة ¹⁰.

ا- المقصود بعنصر المكان في مجلس العقد

هو ذلك الحيز الثابت أو المتحرك الذي يجمع المتعاقدين فعليا أو افتراضيا أثناء انشغالهما بالتعاقد يبدو من خلال هذا التعريف أن العنصر المادي لمجلس العقد هو حيز محدد يتلاقى فيه الطرفان جسديا أو افتراضيا للتعاقد. فهذا المكان قد يأخذ مفهوما واسعا فيشمل التعاقد الإلكتروني أو يأخذ مفهوما ضيقا كما في حال التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان (وهذا الأخير لا يتلاءم مع التعاقد الإلكتروني).

وتجدر الإشارة إلى أن مكان المجلس التي يجتمع فيه الطرفين يجب أن يسمح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعها بوضوح. وإلا فلا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره عن بينة وبالتالي تنتهي حكمه المجلس

العقد أصلا. ¹¹

ب-مدى توافر العنصر المادي في مجلس العقد الإلكتروني: يتوقف على وجود العنصر المكاني بالمفهوم الضيق وصف مجلس العقد بكونه حقيقيا أو حكما. لما التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد من خلال الوسيط الإلكتروني الذي يساعد على التغلب عن التباعد المكاني بين الطرفين. لأن التعاقد الإلكتروني يعد تعاقد

بين غائبين من حيث المكان. إذ لا يلتقيان الطرفان فعلياً في حيز مكان واحد.¹²

ثانياً: العنصر المعنوي (الزمني)

يعد العنصر المعنوي جوهر مجلس العقد فهو الذي يعمل على تحقيق حكمته ويبرر سبب وجود نظريته مجلس العقد وهي كسب بعض الوقت للتفكير والتروي قبل إعلان الإرادة أو العدول عنها بعد إعلانها متى توفرت شروط الاعتداد بهذا العدول.¹³

ويمكن تعريف هذا العنصر بالفترة الزمنية التي يظل المتعاقدان متنقلان خلالها بأمر تعقد المراد إبرامه تتمثل هذه الفترة في تلك المدة الواقعة بين صدور الإيجاب والعلم بالقبول. يتيقن وجود هذا العنصر سواء كان المجلس حقيقياً أو حكماً أو كان التعاقد تقليدياً أو إلكترونياً. فقد أصبح المقصود باتخاذ مجلس العقد تعاصر انشغال الطرفين بإبرام العقد حتى ولو كان التعاقد يتم عن بعد من خلال الوسائط الإلكترونية أو غيرها من وسائل الاتصال المباشر. وبالتالي فإن اتحاد المجلس العقد بصفة أساسية اتحاد الزمان الذي يكون الطرفين من خلاله منشغليين بأمر التعاقد. فإن التعاقد الإلكتروني يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان لكون الكتابة بين الغائبين من خلال الشبكة تماثل التعبير باللفظ في التعاقد بين حاضرين.¹⁴

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

اختلفت اتجاهات الفقه القانوني في تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني فيما إذا كان مجلس عقد حقيقي بين حاضرين، أو مجلس عقد حكماً بين غائبين، أو خليط بين هذا وذاك.

أولاً- مجلس العقد هو مجلس حقيقي بين حاضرين:

الرأي الأول: إن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يعد تعاقداً بين حاضرين حيث أنه لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول. فطرفي العلاقة التعاقدية على اتصال دائم عبر الإنترنت.

وفكرة الزمنية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير متواجدة بالنسبة للعقد الإلكتروني كما أن فكرة المكانية غير موجودة كذلك، حيث تتميز الأنترنت بأنها وسيلة يمكن استعمالها من أكثر من شخص فينتسبون إلى أكثر من دولة في آن واحد بمعنى أن فكرة الانفصال الجغرافي التقليدية غير متواجدة فإذا غاب الالتقاء المادي بين المتعاقدين فهناك التقاء افتراضي حكماً يشمل حدوث نقاش ومفاوضات حول بنود العقد، فمكان إبرام العقد هو افتراضي.¹⁵

وقد ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك وجعل المخاطبة المرئية الهاتفية هي التعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً، حيث أن الصورة التي تظهر للمتعاقدين تعقد بمثابة تعاقداً بين حاضرين زماناً ومكاناً.

هذا الاتجاه وإن كان يساير مقتضيات العصر ويعمل على تحديد طبيعة مجلس العقد على أساس الزمان وليس المكان، ويسهل إبرام العقد كما لو كان التعاقد بين شخصين في المكان ذاته، إلا أنه يبقى غير ملائم لأحكام مجلس العقد المعروفة في الفقه الإسلامي (التي تجعل من حالة عدم اجتماع طرفي العقد في مكان

واحد تعاقد بين غائبين و من جانب آخر اهمال الفاصل المكاني بين المتعاقدين و الاكتفاء بالعناصر الزماني).¹⁶

ثانيا-مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين

الرأي الثاني: يرى اصحاب هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني يعد تعاقدًا بين غائبين زمانًا و مكانًا قياسًا عبر التعاقد بالمراسلة و الهاتف، و لا يختلف عنه إلا من الوسيلة التي يتم بها العقد فقد أصبحت إلكترونية و ذلك من خلال الفاصل المكاني الجغرافي بالإضافة إلى الفاصل الزماني الذي يختلف من منطقة جغرافية لأخرى كالفارق الزمني بين الجزائر و أمريكا.¹⁷

هذا الإتجاه وإن كان يتمسك بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد إلا أنه لا يساير التطور الحاصل في وسائل الإتصال و طرق التعبير عن الإرادة في العقود .

ثالثا- مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس عقد مختلط

الرأي الثالث: يؤسس هذا الإتجاه رأيه على أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي

افتراضي ، و يقرر انصار هذا الإتجاه أنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان لكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ، و يتم تنفيذ الالتزامات إلكترونيًا أو بطرق التسليم المادي.

هناك من رفض هذا الإتجاه باعتبار أن الأخذ بذلك يعمل على الخلط بين المجلس الحقيقي للعقد و بين مجلس العقد الحكمي و يرى اصحاب هذا الرأي عدم وجود مجلس عقد مختلط (حقيقي و حكمي) بل إما يكون حكميًا أو حقيقيًا ، كما أن فكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه، بحيث يطبق على زمان العقد قواعد و أحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي.¹⁸

رابعًا-مجلس العقد الإلكتروني مجلس ذو طبيعة خاصة

الرأي الرابع: إن العقد الإلكتروني هو تعاقد ذو طبيعة خاصة فهو ليس مثل التعاقد بين حاضرين من جميع الوجوه و لا مثل التعاقد بين غائبين من كل الوجوه. بل اشبه بكل واحد منهما و بما أن العقد الإلكتروني يتم ابرامه عن طريق وسائل مختلفة فكل حالة حكمها كالاتي:

إذا كان التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فمجلس العقد هو مجلس وصول الرسالة المكتوبة إلى علم المرسل إليه و القبول يحصل بعد تسليم الرسالة و الإطلاع على مضمونها و ليس بمجرد وصولها إلى بريده و تخزينها فيه، و في هذه الحالة يكون تعاقدًا بين غائبين .
أما إذا كان التعاقد عن شبكة المواقع فمجلس العقد يعتبر مختلط فهو مجلس عقد حقيقي من حيث الزمان و مجلس عقد حكمي من حيث المكان و أن مجلس العقد هو لحظة النقر على أيقونة الموافقة.

أما إذا كان التعاقد عبر غرف المحادثة و المشاهدة حيث أن كلا المتعاقدين يرى الآخر و يسمعه و يقرأ كتابه غير أنه لم يتحد فيه المكان لبعده المسافة¹⁹. فمجلس العقد هو زمن الإتصال و تعاقد بين

حاضرين ينتهي بانقطاع المكالمة أو انتهائها أو بمشاهدة ما يدل على الأعراض ، أو الانشغال عن العقد. ولو مع بقاء المكالمة مستمرة و تغتفر المغادرة اليسيرة لاحضارها ما يتعلق بالعقد .

المبحث الثاني: الأحكام المتعلقة بانعقاد مجلس العقد الإلكتروني

يتسم العقد الإلكتروني بعدم التواجد المادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة وتعتبر مشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني من أهم وأدق المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت وبناءا على ذلك سنتناول في هذا المبحث تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في (المطلب الأول) وتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني في (المطلب الثاني)

المطلب الأول: تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

يثور التساؤل عن وقت إبرام العقد الإلكتروني فتكمن الصعوبة في ذلك نتيجة لصعوبة تحديد زمان وصول الإيجاب، والقبول إلى الطرف الآخر وهذا ما سنتناوله في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: النظريات المعتمدة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

قد انقسم الفقه في تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني إلى أربع مذاهب باعتباره عقدا بين غائبين نناولهم كالاتي:

أولا-نظرية إعلان القبول

طبقا لهذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول، أو اللحظة التي يضغط فيها الايقونة المخصصة للقبول، وعدم تصديره وذلك بالنقر على مفتاح التوقف. حيث إن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل، وسيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول.

وتتميز هذه النظرية بأنها تعبر عن اللحظة الحقيقية التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول، ولكن يترتب على الأخذ بها صعوبة إثبات القبول خاصة، وان الرسالة الإلكترونية التي حررها القابل ليس لها وجود إلا في حسابه الخاص.²⁰

ثانيا- نظرية تصدير القبول

حسب هذه النظرية لا ينعقد العقد بمجرد إعلان القبول فقط، بل بعد تصديره أي أن يخرج من سلطة القابل حيث لا يملك الرجوع فيه حتى ينعقد العقد.

وتطبيقا لهذه النظرية فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تكون في اللحظة التي يرسل فيها القابل رسالته التي تتضمن القبول عبر البريد الإلكتروني، وذلك من خلال الضغط على مفتاح الإرسال، او لحظة إرسال الرسالة عبر الهاتف النقال، ويحصل تأكيد من قبله بأنه قد تم إرسال الرسالة.

إلا أنه يعاب على هذه النظرية أن ارسال الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول قد لا تصل إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب لسبب ما كوجود عطل في الجهاز الخاص به، فلا يتوفر لديه العلم بقبول من وجه إليه الإيجاب ، كما عيب عليها كذلك أن التصدير في مجال الانترنت لا يعني بالضرورة وصول الرسالة المتضمنة القبول فعلا إلى الموجب، حيث أن الرسالة قد تتلف في طريقها أو لا يستلمها نظام معلومات الموجب . وبالتالي فإن هذه النظرية قد تؤدي كسابقها الى حرمان الموجب من ممارسة حقه في سحب ايجابه او تعديله قبل اقترانه بالقبول .²¹

ثالثا- نظرية تسليم القبول

طبقا لهذه النظرية فالعقد لا ينعقد إلا إذا تسلم الموجب القبول، عندها لا يمكن للقابل العدول عنه، ولا يؤثر في ذلك عدم علم الموجب بعد تسلمه، وعليه فإن تحديد إبرام العقد وفق هذه النظرية يكون وقت استلام القبول.

وتطبيقا لهذه النظرية، فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني تكون في اللحظة التي يتم تسلم الرسالة الإلكترونية ودخولها في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، حتى ولو لم يكن هذا الأخير قد علم بمضمون الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول ولم يتم بقرائها.

إلا أنه تم انتقاد هذه النظرية على أنها لا تزيد عن النظريتين السابقتين شيئا طالما أن القبول إرادة لا تنتج آثارها إلا بعلم الموجب بها، فتسليم القبول ما هو إلا واقعة مادية لا قيمة قانونية لها في إثبات علم الموجب بالقبول. كما أن الاخذ بهذه النظرية غير كافي لحماية الطرفين حيث أن القابل هو الذي يقع عليه عبئ إثبات وصول القبول وتسلمه، أما الموجب فتقتض علمه بالقبول بمجرد تسلمه حتى لو كان عدم العلم بها راجع لأسباب خارجة عن إرادته.²²

رابعا- نظرية العلم بالقبول

وفقا لهذه النظرية فإن العقد لا يتم في اللحظة التي يعلم فيها الموجب فعليا بالقبول و على ذلك فإن العبرة تكون بلحظة استلام الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول و لكن بلحظة العلمي الفعلي و الحقيقي بمضمونها من جانب الموجب و هو المذهب التي أخذت به المادة 67 من القانون المدني الجزائري.²³ إذ يتضح من خلال هذا النص أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول، إلا أنه يفترض أن العلم بالقبول يحصل وقت وصوله، و نشير في هذا السياق إلى أن هذا الافتراض هو قرينة بسيطة يمكن الموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق حسب المادة 61 من القانون المدني الجزائري²⁴ كأن يكون مثلا في سفر وقت وصول القبول، ولا يفوتنا من ناحية أخرى أنه يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على ما يخالفهما مثال : كان يتفقا على العقد يتم وقت صدور القبول او تصديره . وكذلك القانون المدني المصري اخذ بهذه النظرية طبقا للمادة 1/91 منه.

* وما تجدر الإشارة إلى أنه لا يختلف تحديد لحظة إبرام العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التقليدية فكلاهما لا يخرجان عن القواعد العامة لنظرية العقد.

وتطبيقاً لذلك على التعاقد عبر الأنترنت فإن لحظة انعقاد العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول وتجسد
عندما يفتح الموجب صندوق البريد الإلكتروني ويقرا الرسالة التي تتضمن القبول. ويطلع صفحته على
شبكة الويب والتواصل بين الأطراف العقد من خلال هذه الشبكة تنعقد من لحظة النقر على أيقونة القبول
أو طباعة عبارات تدل على القبول.²⁵

الفرع الثاني:

أهمية تحديد زمان إقتران الإيجاب بالقبول

* معرفة الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد وذلك بمجرد انعقاده وكذلك بدء سريان ميعاد التقادم، فإذا
كان الالتزام منجزاً فإن ميعاد التقادم يبدأ من وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان، أو من وقت
العلم بالقبول تبعاً لنظرية العلم.

* معرفة إلى أي وقت يمكن للموجب أن يرجع عن إيجابيه. للقابل أن يرجع عن قبوله ففي هذا
الخصوص إذا أخذنا بنظرية الإعلان فهنا يتعذر على الموجب الرجوع عن إيجابه في الحالات
التي يكون فيها ذلك لانعقاد العقد بإعلان القبول.²⁶

* تحديد القانون الواجب التطبيق والذي يعتمد بالدرجة الأولى على إرادة الأطراف وما يضمن
الإمان القانوني للمتعاقدين.

المطلب الثاني: تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

العقود الإلكترونية تدخل ضمن نطاق العقود المبرمة عن بعد من حيث المكان دائماً الأمر الذي يستوجب
معالجة قانونية خاصة تتلاءم وبيئة التجارة الإلكترونية ومتطلبات العقود المبرمة في إطارها
وعليه نتناول في الفرع الأول تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني والفرع الثاني أهمية تحديد مكان إبرام
العقد الإلكتروني

الفرع الأول: مكان إبرام العقد الإلكتروني

بالعودة إلى قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية طبقاً للمادة 4/15 منه قرر أن مكان
إرسال الرسائل الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، و إن كان استلامها هو المكان
الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على خلاف ذلك .

إن قوانين المعاملات الإلكترونية العربية قد تأثرت بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية فقد جاءت
المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 مطابقة تماماً مع القانون
النموذجي.²⁷ أما قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 الصادر سنة 2000 فقد أشار

إلى عنوان البائع في المادة 28 التي تنص على أنه " ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة و موجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك " . و لم يبين النص ما هو المقصود بعنوان البائع و ما هذا الحل فيها لو كان البائع أكثر من عنوان.²⁸ ونستنتج من التشريعات التجارة الإلكترونية أنها تعرف بين المكان المحدد لانعقاد العقد أو مكان إرسال واستلام الوسائل الإلكترونية، والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول نظرا لاختلاف الوسيط الذي يتم من خلاله هذه المعاملات وبذلك فإن هذه القوانين تعتبر استثناءا من القواعد العامة والتي تقضي بأن التعاقد بين غائبين يتم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول.²⁹

الفرع الثاني: أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

يتخذ تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني أهمية خاصة لأنه يسمح بتحديد القانون الواجب التطبيق وكذلك المحكمة المختصة في حالة وجود نزاع فتطبيقا لقواعد القانون الدولي الخاص لقي هذا الموضوع عناية خاصة.

ومن بين الآثار المترتبة عنه:

- * ان العقد الإلكتروني عادة ما يبرم بين أشخاص عادة ما ينتمون إلى دولة واحدة فيخضع العقد الإلكتروني عادة للنظام القانوني لتلك الدولة، فيصبح مكان إبرام العقد هو مكان واحد بالنسبة للطرفين .
- * بيئة التجارة الإلكترونية افرزت حولا أكثر ملائمة وأسهل وأسرع لحل النزاعات المتعلقة بتحديد المكان والزمان لانعقاد العقد الإلكتروني. ولعل أبرز هذه الحلول التحكيم الإلكتروني من خلال شبكة الإنترنت دون ان تكلف الأطراف عناء السفر ومصاريف الدعاوى القضائية واختصار مدة الفصل في القضايا والنزاعات.
- * العقد الإلكتروني باعتباره اعبرا للحدود الجغرافية مسألة مكان إبرام العقد بعدا كبيرا لاعتماد هذا المكان من تحديد الإختصاص القضائي والقانوني لهذا العقد ومنازعاته، ومن هنا نجد أن اغلب التشريعات قد وضعت قواعد أمره بخصوص تحديد مكان إبرام العقد تصب في مصلحة المستهلك.³⁰

خاتمة

يعتبر العقد الإلكتروني أحد أهم مظاهر التطور التكنولوجي وكذا أهم مسألة تشغل كتابات رجال القانون نظرا لخصوصيته التي مست كل جانب من جوانبه بما فيها مجلس العقد الذي أصبح بدوره مجلس عقد إلكتروني التي يتم عبر وسائل إلكترونية، إلا أن استخدام هذه الوسائل اثر في ظهور طرق جديدة للتعبير عن الإرادة تتميز بالسرعة و اختصار للوقت و هي ما تسمى بوسائل الاتصال الفورية فينعتقد العقد المبرم من خلالها فورا ومباشرة بعد تعبير القابل عن إرادته .

والجدير بالذكر أن مكان مجلس العقد الإلكتروني يستوجب فيه توافر ضابطين أحدهما بصري وذلك بان يرى كل من المتعاقدين الآخر وثانيهما سمعي بأن يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر. وبغير ذلك لا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره على بيئة وبالتالي تنتفي حكمة مجلس العقد التي تتمثل في حماية المتعاقدين والغير وحماية التعاقد ذاته أي استقرار المعاملات.

وبمان مكان ابرام هذا العقد هو الفضاء الافتراضي الذي يتم فيه التقاء ارادة المتعاقدين حتى نخرج من الفارق الزمني و الفاصل المكاني وجب اقتراح مواقع موحدة لتطبيقها على المعاملات الالكترونية بغض النظر عن مكانها تحديد جهة واحدة للفصل في المنازعات التي تنشأ عن العقود الالكترونية بالإضافة الى اعتماد النظام الزمني العالمي لتحديد وقت ابرام العقد .

الهوامش:

- 1 لزعر وسيلة، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون الخاص، جامعة العربي بن مهيدي، ام البواقي، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2018/2019، ص 180
- 2 محمد السعيد رشدي، الأنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، مؤسسة دار الكتب للطباعة، النشر والتوزيع، الكويت 1997، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى 1997 ص 28
- 3 مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية لنيل مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع العقود و المسؤولية كلية الحقوق و العلوم السياسية جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012 4 إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009 ص 106
- 5 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني الإلكتروني، دراسة مقارنة. الاسكندرية، 2007 ص 284
- 6 بن خضرة زهير، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، أطروحة دكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق ، السنة الجامعية 2015-2016 ص 24
- 7 العيشي عبد الرحمن، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون الخاص، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2016/2017 ص 2010
- 8 عبد الحميد بادي، الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، فرع العقود و المسؤولية جامعة الجزائر 1، السنة الجامعية 2011- 2012 ص 45
- 9 المرجع نفسه. ص 45
- 10 عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 46
- 11 لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص 183
- 12 المرجع نفسه ، ص 184
- 13 المرجع نفسه، ص 185
- 14 بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الاعمال، جامعة لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، 2014- 2015 ص 91
- 15 سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الأنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 1، 2008، ص 205
- 16 لزعر وسيلة ، المرجع السابق ، ص 190
- 17 بن مصطفى عيسى، مجلس العقد الإلكتروني عبر الأنترنت، جامعة الجلفة ص 19
- 18 لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص 192
- 19 بن مصطفى عيسى، المرجع السابق، ص 22
- 20 لزه بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الطبعة الثانية 2014، ص 111

21 ارجيلوس رحاب، الاطار القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه الطور الثالث في الحقوق، تخصص القانون الخاص المعمق ،جامعة احمد دراية،ادرار، كلية الحقوق و العلوم السياسية، السنة الجامعية ص110 . 2017 - 2018

22 ارجيلوس رحاب، المرجع السابق ، ص 110

23 فيلالي علي ، الالتزامات- النظرية العامة للعقد، دار هومة للنشر، الجزائر 2008 ص 123

24 تنص المادة 61 من ق.م.ج : *ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في الوقت الذي يتصل فيه العلم من وجه إليه . ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يعم الدليل على عكس ذلك*

25 نضال سليم برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة، 2019 ، ص 90

26 عبد الحميد بادي، المرجع السابق ، ص 55

27 المادة 18 من ق المعاملات الالكترونية الأردني رقم85لسنة 2001

28 المادة 28 من قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83الصادر لسنة 2000

29 لزهري بن سعيد ، المرجع السابق، ص 119 ، 120

30 بن مصطفى عيسى ، المرجع السابق، ص 23

معايير الإسناد التقليدية و تطبيقاتها على منازعات عقود التجارة الالكترونية

إعداد الدكتورة خطاب كريمة

أستاذة محاضرة "أ"

كلية الحقوق

جامعة الجزائر1

مقدمة

يسود في المعاملات التجارية الالكترونية مبدأ سلطان الإرادة المقرر في كافة التشريعات والذي يعتبر من أهم ضوابط الإسناد التقليدية المعمول بها في منازعات عقود التجارة الالكترونية، حيث يجيز هذا المبدأ للأطراف الاتفاق صراحة أو ضمناً على اختيار القانون الواجب التطبيق على منازعاتهم. غير أنه في حالة غياب الإرادة الصريحة للطرفين المتعاقدين بخصوص تحديد و اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، يتم الإسناد في تحديد ذلك على ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، حيث تلجأ المحاكم عادة إلى تطبيق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة الذي يستلزم بالضرورة تحديد موطن الأطراف أو جنسيتهم وقانون بلد الإبرام الذي يقصد به ارتباط العقد بمكان إبرامه، وقانون بلد تنفيذه الذي يقصد به ارتباط العقد بمكان تنفيذه، وهي كلها معايير موضوعية معلومة مسبقاً من قبل المتعاقدين، ومنصوص عليها في كل الأنظمة القانونية، بما فيها القانون الجزائري في نص المادة 18 ف2 و 3 من ق م ج ، وسوف نفرد لكل منها عنصراً مستقلاً.

المحور الأول: قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

كل شخص يفترض أن يكون له محل إقامة معين، وقد يكون له أكثر من محل إقامة في وقت واحد، ولذلك يثار التساؤل عن المقصود بموطن الشخص ومدى إمكانية تطبيق قانون موطن أحد أطراف عقد التجارة الالكترونية، في حالة نشوب نزاع بينهما، و سنتعرض لقانون الموطن المشترك (أولاً) ثم الجنسية المشتركة (ثانياً).

أولاً: قانون الموطن المشترك

يثار التساؤل بخصوص المقصود بموطن الشخص، و مدى إمكانية تطبيق قانون موطن أحد أطراف عقد التجارة الالكترونية في حالة نشوب نزاع بينهما، و عليه سنتناول في هذا الإطار مفهوم الموطن وتطبيقات قانون الموطن المشترك على منازعات عقود التجارة الالكترونية.

1/ مفهوم المواطن

المواطن هو المكان الذي يستقر فيه الشخص، ويقصد به في القانون الدولي الخاص تلك الرابطة القائمة بين الفرد وإقليم دولة معينة، و يعد المواطن من أقدم الروابط التي تربط الإنسان بإقليم ما، و يتميز مفهوم المواطن في القانون الدولي الخاص عن القانون المدني، إذ ينصرف اصطلاحه في الأول إلى توطن الشخص في أية دولة من الدول، بينما مفاده توطن الشخص في دولة معينة دون غيرها، إذ أن القوانين الوضعية تفضل مصطلح الإقامة، أما الناحية الدولية يستخدم (محل السكن المعتاد) في كثير من قوانين الدول على سبيل المثال المملكة المتحدة، الولايات المتحدة الأمريكية .

من أهم أنواع محل الإقامة التي استخلصها الفقه، نجد ما يلي:

- **محل الإقامة الأصلي:** وهو محل الإقامة الأول للفرد، الذي يعتمد على محل إقامة والديه في وقت ولادته أي المكان الذي ولد فيه.

- **محل الإقامة الاختياري:** يتم اكتسابه من خلال اجتماع شئئين معا، الأول الإقامة الفعلية لبلد ما و الثاني نية الإقامة في هذا البلد، والإشكال المطروح في هذا المقام : هل يمكن تطبيق قانون المواطن في المعاملات الالكترونية ؟

يرى بعض الشراح أنه من الصعوبة الاعتماد عليها في العالم الافتراضي، لأن المورد يستطيع التحايل عن طريق جعل موقعه لتوريد المعلومات في دولة لا تجرم تلك الأعمال غير المشروعة، وقد يكون مكان عارض غير دائم على سبيل المثال من يقوم ببث معلومات غير مشروعة، من خلال حاسب آلي متنقل عبر الحدود، وبالتالي يصعب تحديد هذا المكان، لأنه في عالم افتراضي وربما لا يكون أي مكان في الواقع حيث أن توريد الخدمات يكون الكترونيا على الشبكة الدولية دون أي مكاتب أو مقر لها، لأن العناوين الالكترونية للمتعاقدين غالبا ما تكون مؤقتة.

بالإضافة إلى ذلك فإن أي موقع على الشبكة يقدم خدمات يمكن أن يكون مركزا رئيسيا، أو مجرد فرع أو مكان تابع لمكان العمل، وربما لا يكون هناك مكان لشركة في الواقع، حيث أن توريد الخدمات يتم الكترونيا على الشبكة الدولية، دون وجود مقر لها، لذلك لابد من ضرورة وجود مكان فعلي¹ وهذا ما أشارت إليه المادة 4 ف2 من اتفاقية روما².

2/ تطبيقات قانون المواطن المشترك على منازعات التجارة الالكترونية

¹ إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، د.س.ت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 164 وما بعدها.

² تنص المادة 4 ف2 من اتفاقية روما على أنه إذا دخل العقد إلى مجال التجارة أو مهنة أحد الأطراف فسيكون هنالك دائما مكان عمل يمكن التحقق منه عند تفسير لبند.

وفقا لنص المادة 109 ف ب من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر سنة 1999¹ فان معيار قانون الموطن يرتبط بمدى اختصاص قضاء معين، حيث يطبق القاضي قانون بلاده طالما وجد ارتباطا مكانيا بين أحد أطراف هذا النوع من العقود وبين الاختصاص القضائي و القانوني في دولته، كما يكمن الاستشهاد بها في منازعات عقود التجارة الالكترونية التي تتعلق بتطبيق قانون الموطن² على التفصيل الآتي :

- حالة وجود ارتباط بمكان وجود المحكمة

كرست بعض التشريعات قانون موطن الشخص بوصفه القانون الذي يحكم المسائل المتعلقة بالأشخاص نظرا لأهمية مكان إقامة الشخص، لأن لهذا الأخير فوائد جمة بالنسبة للمهاجر الذي يكون من السهل عليه بحكم عيشه في دولة أجنبية، أن يتعرف على القانون المحلي لهذه الدولة حتى لا يجد نفسه خاضعا في مسائل أحواله الشخصية لمعاملة مغايرة لما يخضع له مواطنوها.

وعليه فالمهاجر في دولة أجنبية يجد الطمأنينة مع شخص يخضع لقانون محل إقامته بدلا من أن يتعامل معه وهو يخضع لقانون جنسية، وخير مثال على ذلك "مشكلة ليزاردي" لجهله للقانون الأجنبي (الفرنسي) الذي أبرم عقد مع فرنسي، ولم يجد القضاء الفرنسي حلا للنزاع إلا بإيراد استثناء مفاده تطبيق قانون الدولة التي أبرم فيها التصرف (فرنسا)، متى كان المتعاقد معه ناقص الأهلية وبهذا ثبت الحق للمتعاقد الفرنسي³.

بالإضافة إلى الدعوى التي أقامتها شركة (Hsbro Appellant) ضد شركة Clue Compitingine, defundant Appellant، أقرت المحكمة بأن هنالك ارتباطا كافيا لمحكمة ولاية مساتشوست الأمريكية لممارسة اختصاصها، استنادا إلى أن المدعي عليه أعلن في موقعه على الانترنت، أن شركته تقوم بتقديم الخدمات لأي عملاء على سطح الأرض و هو ولاية مساتشوست⁴.

- حالة عدم وجود ارتباط بمكان المحكمة

يظهر ذلك في حالة عدم وجود علاقة بين النشاط الممارس واختصاص المحكمة للفصل في النزاع، وعلى سبيل المثال نجد الدعوى التي أقامتها Tranxript Corp ضد Doonon Trailler Corp أقرت محكمة أليينوى للولايات المتحدة الأمريكية بأنه لا توجد علاقة كافية لممارسة المحكمة اختصاصها بالنظر في الدعوى المقامة على الشركة المدعى عليها PTC لعدم توفر أي أساس يظهر أن هناك تركيزا في النشاط الممارس على الموقع موجها إلى منطقة أليينوى مما ينفي وجود اختصاص للمحكمة.

¹ المادة 109 ف/ب من القانون الأمريكي الموحد لمعاملات معلومات الكمبيوتر.

² إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزي، مرجع سابق، ص 172

³ عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، (د ط) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007 ص 655.

⁴ إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزي، مرجع سابق، ص 173.

ويستخلص من أحكام المحاكم السابقة بشأن تحديد القانون الواجب التطبيق، لم تأتي بحل أمثل لمنازعات عقود التجارة الإلكترونية، مثل اشتراطها وجود سلطة عامة أو خاصة تعمل من خلال سلطة مصادقة تكون مهمتها منح تراخيص عمل لسلطات مصادقة مصغرة تعمل في كافة دول العالم، لكي تتولى التأكد من توقيعات أطراف تلك العقود المنتمين لجنسية هذه السلطات.

كما يستخلص من تلك الأحكام ضرورة التمييز بين اعتبارين بخصوص معيار الموطن وهما:

الاعتبار الأول: الموطن المشترك للأطراف:

في حالة اشتراك الأطراف في موطن واحد، فإن المحاكم بشأن المعاملات الإلكترونية تستلزم شرط الإقامة في الدائرة المكانية للمحكمة المختصة، وبالتالي يطبق القاضي قانون بلاده على المنازعة، نظرا لعدة أسباب أهمها أن دولة القاضي المعروض عليها النزاع لها مصالح جوهرية تتعلق بتحديد الموطن والتي قد تمس بالاختصاص التشريعي والقضائي¹.

الاعتبار الثاني: اختلاف موطن الأطراف

في حالة اختلاف موطن الأطراف، فإن قاضي النزاع يكون لديه الخيار بين تطبيق قانون بلد الإبرام، أو بلد تنفيذه على النزاع وهذا ما أقرته المادة 13 من اتفاقية مكسيكو لعام 1994².

ويستخلص أن ضابط قانون الموطن المشترك يصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت، باعتبار أن العناوين الإلكترونية لا تعطي دلالة حقيقية على العنوان الحقيقي، على سبيل المثال العناوين التي تنتهي ب«fr. org.com» ليس لها منظور جغرافي وهي تتسم بعدم التوطن نظرا لصعوبة توطين المؤسسات الافتراضية التي يعتد بموطنها أي – بمقرها – لا بموطن ممثليها، وعليه فإن ضابط الموطن المشترك مستبعد من قبل اتفاقية فيينا التي تشترط بصريح العبارة اختلاف موطن المتعاقدين³ وهذا طبقا لأحكام المادة الأولى ف 2 و 4³.

ثانيا : الجنسية المشتركة

أخذت العديد من التشريعات بقانون جنسية الفرد باعتباره القانون الشخصي الذي يحكم مسائل الأحوال الشخصية، وقد انحازت العديد من التشريعات لهذا المبدأ بتطبيق قوانينها على الأحوال الشخصية على رعاياها كما أن قانون الجنسية يقلل من حالات الغش نحو القانون، بالإضافة إلى أنه من السهل تحديد جنسية الشخص بعكس موطنه الذي يثير تحديده عدة صعوبات إما بالنسبة للقاضي، أو بالنسبة للغير الذي

¹ إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع نفسه، ص.177.

² المادة 13 من اتفاقية مكسيكو لسنة 1994.

³ حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 475

⁴ المواد 2 و 3 من اتفاقية فيينا، المتعلقة بالعقود الدولية لبيع البضائع الصادرة في 11 أبريل 1980،

يتعامل مع الشخص نظرا لصعوبة التمسك بالعنصر المتمثل في نية الاستقرار، أو الإقامة باعتباره لازما لوجود الموطن أو الإقامة¹،

وعليه فإن الجنسية هي الرابطة بين الشخص و دولة معينة تتعلق بالكيان والسيادة، فهي عبارة عن رابطة قانونية بين الفرد والدولة ، وعليه اذا اتحدت جنسية أطراف العقد في عقود التجارة الإلكترونية وسكت الأطراف عن تحديد القانون الذي يحكم علاقتهم، فإن قانون الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدين يكون هو القانون الواجب التطبيق.

قد تعدد دولة معينة بقانون الجنسية بوصفه ضابط الإسناد المعتمد في مسائل الأحوال الشخصية، وقد يكون الشخص المتعلق بالنزاع متعدد أو عديم الجنسية؛ مما يصعب تحديد القانون الواجب التطبيق في مسائل الأحوال الشخصية، وعليه إذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الدولة التي يتمتع بجنسيتها، بحيث تدعي كل دولة من الدول التي يتمتع بجنسيتها السيادة عليه بوصفه أحد مواطنيها، وتصر على تطبيق قانونها الوطني، فإذا أشارت قواعد الإسناد في قانون القاضي إلى تطبيق قانون الجنسية في نزاع مشوب بعنصر أجنبي مزدوج أو متعدد الجنسية؛ أي قانون يطبق في هذا النزاع؟ ففي هذه الحالة نميز بين حالتين؛ إذا كان الشخص يتمتع بجنسية تابعة لدولة المحكمة التي تفصل في النزاع، يطبق قانونها الوطني؛ أما إذا كان النزاع معروض أمام محكمة دولة لا علاقة لها بإحدى جنسيات الشخص الذي يتمتع بالازدواجية، فالحل هو ضرورة فض النزاع بالطرق الدبلوماسية احتراماً لسيادة جميع الدول التي يعينها النزاع².

بالرغم من أن غالبية القوانين بما فيها القانون الجزائري، جعلت من الجنسية المشتركة ضابط من الضوابط الاحتياطية المعتمدة عليه لتعيين القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، في حالة عدم تحديده من قبل الطرفين، إلا أنه تعرض للعديد من الانتقادات أهمها أنه لا يعد ضابطاً مؤثراً في المعاملات الدولية، ويصعب تطبيقه في مجال التجارة الإلكترونية نظراً لصعوبة التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد ولا يؤخذ به أصلاً في التجارة الإلكترونية³.

وفي هذا الصدد نجد إتفاقية فيينا لا تعير أي اهتمام لجنسية الأطراف وإنما لأماكن عملها طبقاً لأحكام المادة 1 ف 2 و 43، وهو أمر كاف وحده دون المشاكل الأولى لاستبعاد هذا الضابط والقول بعدم صلاحيته مع العقد، فإن الرجوع إلى قانون الجنسية لا يحل المشكلة وإنما يتعين الرجوع بعد ذلك إلى

¹ عكاشة محمد عبد العال، مرجع سابق، ص 657_658

² غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازل القوانين، تنازل الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الأحكام الأجنبية، (دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر، 2013، ص 151_155

³ حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص 474_475

⁴ تنص إتفاقية فيينا في المادة 1 ف 3 على أنه : لا يؤخذ في اعتبار جنسية الأطراف.....

الشريعة الداخلية التي تحكم حالته الشخصية، كما أن استقرار الشخص في دولة معينة يجعل ارتباطه بها أقوى، و أشد من ارتباطه بالدولة التي يحمل جنسيتها¹.

بالرغم من أن هذه الضوابط تساعد على تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أنه يصعب إعمالها في عقود التجارة الالكترونية، وذلك لضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد، نظرا لطبيعة التعاقد المبرم على شبكة الإنترنت المتمسمة بالافتراضية.

المحور الثاني: قانون بلد إبرام العقد أو محل تنفيذه

يكفل التحديد المسبق للقانون الذي يحكم العقد وفقا لما يراه المشرع أكثر صلة بالعقود الدولية، عند سكوت الإرادة عن اختيار قانون العقد صراحة أو ضمنيا، وهذا ما يعرف بالإسناد الجامد، و يقصد به أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، مثل قانون الجنسية، موطن الأطراف، أو قانون بلد تنفيذه، وهو بذلك يتجاهل الطبيعة الذاتية للعلاقة العقدية و لظروف التعاقد، وهو ما يتعارض بالنتيجة مع الرابطة الأوثق و القانون الواجب التطبيق بشأنها، ويعد من أكثر المعايير شيوعا لدى القضاء و التشريعات المعاصرة كأساس للإسناد الجامد للعقد الدولي، وعليه سنتطرق إلى معيار بلد الإبرام (أولا)، ومعيار بلد التنفيذ (ثانيا).

أولا : قانون بلد إبرام العقد

هو مؤشر استند إليه غالبية الفقه التقليدي و الحديث، كما أخذت به العديد من القرارات القضائية و القوانين، التي أعطت أهمية خاصة لهذا المؤشر في الحالة التي يكون فيها تنفيذ العقد في نفس مكان انعقاده، حيث يخضع تكوين وصحة العقد لقانون مكان انعقاده، والذي يتم الرجوع اليه عند سكوت أطراف العقد صراحة أو ضمنيا عن اختيار القانون الذي يحكم العقد²، نظرا لما يكفله للمتعاقدين من فرصة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد عند سكوتهم عن اختياره³.

ويرى غالبية الفقه في هذا الصدد، أن الإسناد لقانون بلد الإبرام يمثل الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل ميلاده، كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي يتم إدراجها في العقد، مع وحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية⁴، وهذا ما أكدته المادة 18 ف 2 من ق م ج، التي تنص على أنه :

"يسري على الالتزامات التعاقدية قانون المكان الذي يبرم فيه المتعاقدان العقد ما لم يتفق المتعاقدان على تطبيق قانون آخر"، فمحل الإبرام هو بمثابة محل ميلاد العقد بالنسبة للأشخاص.

¹ عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 656_657

² محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية: (العقد الالكتروني-إثبات العقد الالكتروني- حماية المستهلكين- وسائل الدفع الالكترونية- المنازعات العقدية و الغير العقدية- الحكومة الالكترونية- القانون الواجب التطبيق) ط 2، دار الثقافة للنشر، 2011، ص 153

³ هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص 549

⁴ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 179

هذا بالإضافة الى القضاء الفرنسي، الذي يعدد بمكان إبرام العقد كمعيار هام لتحديد القانون الذي يحكم العقد حال عدم اختيار الأطراف لهذا القانون، وهذا ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 31 ماي 1932 على اسناد العقد لقانون بلد الإبرام بشرط تنفيذ العقد فيه¹.

وبسبب شيوع الوسائل الحديثة للتعاقد خاصة الانترنت، فان البعض يرى صعوبة تحديد مكان إبرام العقود الالكترونية، لأن التعاقد عبر الانترنت يفرض اتصال العقد أثناء ابرامه بجميع الدول المرتبطة بالشبكة الدولية، حيث يمكن للشخص أن يتعاقد و هو في رحلة عابرة للحدود مما يعني أن معيار إبرام العقد قد لا يرتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد.

في حين يرى بعض الآخر أن طبيعة التعاقد الالكتروني تبرر إعادة البحث عن مسألة زمان و مكان انعقاد العقد، وإذا لم يتفق الأطراف على هذا القانون فانه لا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازل القوانين في قانون دولة قاضي النزاع، فقد يبعد أطراف العقد عن بعضهما البعض آلاف الكيلومترات، فضلا عن اختلاف التوقيت الزمني، و نتيجة لغياب العلاقات المباشرة بين الأطراف، يكون هناك الوسيط الالكتروني و هو جهاز الكمبيوتر و المتصل بشبكة الاتصالات الدولية².

لذا فان تطبيق معيار قانون مكان إبرام العقد يثير العديد من الإشكاليات القانونية نوضحها في النقاط التالية :

1/ محل أو مكان نشأة الالتزام

أكدت اتفاقية فيينا لعام 1980 الخاصة بالعقود الدولية للبضائع في نص المادة 23 منها على أن العقد يبرم في اللحظة التي يصبح فيها قبول العرض نافذا، كما أضافت المادة 24 من نفس الاتفاقية أن يكون قبول العرض نافذا في اللحظة التي يصل إلى المرسل إليه مهما كانت وسيلة التبليغ³، وهذا ما أخذ به القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات التجارية الالكترونية الذي يشترط نشوء العقد الالكتروني بعنوان البائع بشرط موافقة هذا الأخير بواسطة وثيقة الكترونية موجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

2/ القانون الأقرب لتكييف الدعوى

ذهب البعض إلى أن قاعدة التنازل يمكن أن تحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع، متى كان من الممكن تكييف المسألة تكييفاً صحيحاً، من خلال تطبيق القاضي لنصوصه القانونية التي تبنتها التشريعات الوطنية، ومسألة تكييف الدعوى من المسائل الأولية التي يتعين على قاضي النزاع بحثها⁴، أما المشرع الجزائري فيما يخص تنازع القوانين من حيث المكان، ينص في المادة 9 على أنه " يكون القانون

¹ هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 551-552

² فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، (د.ط)، منشورات الطلبي الحقوقية، سنة 2010، ص ص 37-38.

³ المادتين 23 و 24 من اتفاقية فيينا، لسنة 1980، مرجع سابق

⁴ المادة 30 ف 1 من قانون المرافعات السعودي الصادر بتاريخ 19 أوت 2000.

الجزائري هو المرجع في تكييف العلاقات المطلوب تحديد نوعها عند تنازع القوانين لمعرفة القانون الواجب تطبيقه¹ "بمعنى أنه في حالة تنازع القوانين في علاقة عقدية ذات عنصر أجنبي في الجزائر يتم الفصل فيه وفقا للقانون الجزائري.

بالرغم من أن هذا الضابط يعد من أهم الضوابط الاحتياطية المعمول بها والذي لقي رواجاً وتطبيقاً كبيرين مع العقود الدولية التقليدية، غير أنه مع الانترنت التي لا تشكل مكاناً محدداً للاستناد إليه واعتبار العقد قد تم فيه كونها عبارة عن فضاء مستقل بذاتها لا يمكن لنا أن نحدده من خلال مكان إبرام العقد ودليل ذلك ما أثارته مسألة مكان إبرام العقد من نقاشات سبق وأن تناولنا بعض جوانبها هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يبرم العقد الإلكتروني بصفة عارضة لا تكفي لقيام رابطة حقيقية بين العقد وقانون محل إبرامه كأن يتم عبر حاسوب نقال لشخص متجول من دولة لأخرى، أو أن يستغل جهاز غير تابع له أو أن يبرم عقده من خلال مقهى الانترنت، وهي كلها أمور تجعل من المسألة لا تشكل معيار يعتمد عليه في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني².

ثانياً: قانون محل تنفيذ العقد

ذهبت بعض التشريعات إلى الإسناد المسبق لقانون دولة التنفيذ بوصفه تعبيراً عن مركز الثقل في الرابطة العقدية، عند سكوت الإرادة عن الاختيار الصريح أو الضمني عند تحديد القانون الذي يحكم العقد، أي تطبيق قانون دولة التنفيذ³، حيث اعتنق الفقه والقضاء الغالب للاختصاص التشريعي لقانون مكان التنفيذ، وذهب إلى إخضاع العقد إما بطريقة أمرة لقانون هذا المكان، وإما عن طريق نظرية التركيز بوصف هذا المكان يمثل الوسط الاجتماعي والاقتصادي الذي تنفذ فيه العلاقات، فمكان التنفيذ يؤكد الرابطة الفعالة و الصلة الوثيقة بين العقد ومصالح الخصوم في هذا المكان ، وتعتبر قاعدة قانون محل التنفيذ بمثابة قانون الدولة الذي بموجبه يتمكن المحكوم له الذي صدر لصالحه الحكم من الحصول على كافة حقوقه الناشئة عن العقد، ويعد الفقيه الألماني "سافيني" أول من لفت الانتباه إلى قاعدة قانون دولة تنفيذ العقد⁴.

كما أخذ به القانون الألماني والسويسري، إذ يؤكد الفقيه " ستوري " فكرة التنفيذ كقرينة للقصد النهائي منه، بحيث يمثل محل الوفاء بالأوراق التجارية⁵، على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز في

¹ المادة 09 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، مرجع سابق

² حمودي محمد ناصر، مرجع سابق ص 473-474

³ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق ص 155

⁴ مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، فرع علاقات دولية خاصة،

كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016 ص 26

⁵ إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص 18

دولة التنفيذ، ذلك أن اهتمامات المتعاقدين والغير تر تركز في دولة التنفيذ والتي ستحقق منها الغاية من التعاقد¹.

وقد اتجهت أحكام القضاء الفرنسي الحديث إلى تطبيق قانون دولة التنفيذ، كما أخذت بها العديد من الدول، على سبيل المثال محاكم الصين [هونغ كونغ]، ومحاكم اليابان ، وبالتالي فإن علم الغير بوجود هذه العلاقة يصون لهم مصالحهم المشروعة في تطبيق قانون دولة التنفيذ هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن هذا الإسناد سيغني للمتعاقدين ثمار تعاقدهم وتتحقق المسؤولية من عدم التنفيذ، بالإضافة إلى أن تطبيق قانون دولة التنفيذ يعبر إلى حد بعيد عن التركيز الطبيعي للرابطة العقدية بوصفه القانون السائد والذي ستحقق فيه مصالح المتعاقدين والغير².

يثار الإشكال فيما لو تعددت أماكن تنفيذ الالتزام كأن يكون تنفيذ العقد في أكثر من دولة فأي من القوانين سيحكم سلسلة أماكن التنفيذ ؟ ذهب جانب من الفقه إلى الاعتداد بأكثر الأماكن ارتباطا بالعقد، لكن كيف تتوجه اهتمامات المتعاقدين لهذا البلد إن تساوت المصالح ؟ يرى البعض بتجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه ينفذ لقانون تلك الدولة، وهو مالا يتماشى مع التجارة الدولية، و تيسير أعمالها حيث سيفرض للمتعاقدين الاطلاع على سائر تلك القوانين المتعلقة بموضوع العقد هذا من ناحية، واحتمالية تعارض قانون أي من هذه الدول و مصلحة المتعاقدين من ناحية أخرى، ولذلك فانه من الضروري اعتماد معيار مكان إبرام العقد لما يحققه من فائدة كبرى للمتعاقدين وما يوفره من الأمان القانوني³.

وفي حالة عدم تحديد مكان تنفيذ العقد كما لو لم يشيروا إلى مكان الوفاء بالثمن فانه يتعذر الإسناد و لا يصح القول بأن المسألة تتوقف على حكم القانون، هل يكون الوفاء في محل إقامة الدائن أو محل إقامة المدين؟ تتوقف الإجابة على هذا التساؤل على معرفة القانون الذي يحكم العقد والذي يبين من هو الدائن و من هو المدين، لكن من المتصور دائما أن يغير المتعاقدين محل إقامتهم بعد إبرام العقد، كما أنه لا يمكن الانتظار حتى يتم تنفيذ العقد بالفعل حيث يسهل إسناده لقانون الدولة التي تم فيها التنفيذ، ذلك أنه من المتصور أن يثور النزاع بين الطرفين قبل البدء في التنفيذ، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن تعذر العلم المسبق بقانون العقد، سيخل بالأمان القانوني المتطلب للمتعاقدين، وبالتالي يتعذر عليهم العلم بأحكامه خاصة فيما يتعلق بالشروط التي يتطلبها هذا القانون لسلامة انعقاد العقد⁴، وفي حالة عدم معرفة مكان الإيجاب من جانب الطرف القابل للتعاقد، فإن مكان إقامته يكون مكان تنفيذ العقد ، كما أن مكان أداء العقد يعتبر هو مكان التنفيذ في حالة امتداد مكان التنفيذ إلى دولتين أو أكثر، ولا يمنع قانون الأونسيفرال

¹ علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر ص114

² محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق ص 155

³ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع نفسه ص 155-156

⁴ هشام علي صادق، مرجع سابق ص 561-562

النموذجي لعام 1996 بشأن التجارة الإلكترونية ، إمكانية إبرام وتنفيذ العقد الإلكتروني، و ذلك وفقا لأحكام المادة 11 ف1 منه¹.

وعلى الرغم من أن الإسناد إلى قانون دولة التنفيذ، يتمثل في المكان الذي تتجسد فيه الالتزامات التعاقدية، ويحقق مصالح المتعاقدين إلا أن هذه القاعدة تثير بعض الإشكاليات في مجال عقود التجارة الإلكترونية بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية ، فالصفقات التي تبرم عبر الانترنت، تتم بين أطراف ينتمون لدول متعددة وبالتالي تكتسب تلك الصفقات الطابع الدولي، وعندما يمتنع الملتزم عن تنفيذ التزامه بإرادته ترفع عليه دعوى قضائية أمام محكمة دولة موطنه، بغية الحصول على حكم لصالحه، وعندما ينفذ الحكم من طرف سلطات دولة موطن المحكوم عليه سوف يواجه مشكلة .

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى بسبب تنازع القوانين والتكاليف الهائلة للبدء في الإجراءات القانونية، فإن قد يكون في وضع يتسم بالصعوبة بسبب عدم إدراكه للنتائج المترتبة على عدم تنفيذ العقد، فعلى سبيل المثال: إذا كان مكان تواجد أحد طرفي العقد الإلكتروني خارج الإتحاد الأوروبي - باعتباره أول الاتحادات المهمة بتنظيم التجارة الإلكترونية- و تم رفض هذا العقد، فإن محاولات المستهلك تفشل إذا حاول الحصول على حقه لأن تكلفة التقاضي ستكون مرتفعة جدا، وفي هذا الصدد يوجد اعتبارين أساسيين عند تنفيذ الأحكام الأجنبية:

الاعتبار الأول: يتسم بالطابع السلبي، ويتعلق بسيادة الدول على إقليمها، فالاعتراف بتنفيذ الحكم الأجنبي على إقليم دولة معينة يعني الخضوع لسيادة الدولة التي صدر الحكم الأجنبي من محاكمها.

الاعتبار الثاني: يتسم بالطابع الإيجابي، ويتمثل في حاجة المعاملات الدولية إلى تنازل الدول عن قدر من سيادتهم، إذ أن رفض تنفيذ الأحكام الأجنبية يعيق إنشاء العلاقات الاقتصادية و التجارية ذات العنصر الأجنبي.

لذلك رأت الدول ضرورة التوفيق بين هذين الاعتبارين، فسمحت بتنفيذ الأحكام الأجنبية على إقليمها وفقا لشروط معينة، يحددها المشرع الوطني ، ويتقيد بشأنها بمبدأ المعاملة بالمثل².

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على مكان التنفيذ في المادة 18 من ق م ج. واكتفى بالنص على الموطن المشترك، والجنسية المشتركة، ومكان إبرام العقد.

وعليه فإن لقانون محل التنفيذ أهمية بالغة في فقه القانون الدولي الخاص، باعتباره ضابط تتركز فيه مصالح المتعاقدين، والمكان الذي يجنون فيه ثمار تعاقدهم، غير أنه في مجال التجارة الإلكترونية لقي هذا الضابط بعض الصعوبات لاسيما بخصوص العقود التي تنفذ عبر الانترنت، كون العقد ينفذ في أماكن متعددة مما يجعل منه خاضعا للأكثر من قانون.

¹ المادة 11 ف 1 من قانون الأونسيترال النموذجي لعام 1996، متاح على الموقع:

www.uncitral.org/uncitral.../eléctronic1996

² ابراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، مرجع سابق، ص 188 و ما بعدها

وبالتالي يصعب تحقيق الانسجام بين هذه القوانين خاصة أن أهم التزامات أطراف العقد التسليم والدفع، قد يتم بطرق مختلفة فإن كان التسليم يتم بطرق مادية، فإن الثمن قد يتم بطريقة إلكترونية عبر الأنترنت، وهذا ما يدفعنا لإثارة مسألة انعدام المكان، والأنترنت فضاء خاص أو مجرد وسيلة اتصال لا تشكل في حد ذاتها مكان يعتمد عليها¹.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة حاولنا ان نوضح القواعد الخاصة بالمعاملات التجارية الالكترونية واللازمة لتكملة القواعد العامة، وتوصلنا إلى جملة من النتائج والاقتراحات نوردتها على النحو التالي:

أولاً: النتائج

-العقد الإلكتروني واقع يقرره القانون وتعترف به التشريعات المختلفة،
-تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقد الإلكتروني يكون باتفاق الطرفين، وإذا تعذر ذلك يجب اللجوء إلى تركيز العقد مكانيا وهو المكان الذي يرتبط به العقد الارتباط الأوثق.

ثانياً: الاقتراحات

-إصدار قانون خاص بمعاملات التجارة الالكترونية،
-البحث عن وسائل أكثر مرونة تتلاءم وطبيعة التجارة الالكترونية والتي يتجلى فيها دور الإرادة للمتعاقدين لتجاوز مشكلتي القانون الواجب التطبيق وتحديد الاختصاص القضائي.

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

-إبراهيم بن أحمد بن سعيد الزمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، د.س.ت، دار النهضة العربية، القاهرة.

¹ حمودي محمد الناصر، مرجع سابق، ص 474

-حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012

-عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين (دراسة مقارنة)، (د ط) منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007

-علي علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر

-غالب علي الداودي، القانون الدولي الخاص، تنازل القوانين، تنازل الاختصاص القضائي الدولي – تنفيذ الأحكام الأجنبية، (دراسة مقارنة)، ط2، دار الثقافة للنشر، 2013

-فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الالكترونية، (د.ط)، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2010.

-محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية: (العقد الالكتروني-إثبات العقد الالكتروني- حماية المستهلكين- وسائل الدفع الالكترونية- المنازعات العقدية و الغير العقدية- الحكومة الالكترونية- القانون الواجب التطبيق) ط 2، دار الثقافة للنشر، 2011

-هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001،

ثانيا: مذكرات ماجستير

-مشوار حمزة، القانون الواجب التطبيق على عقد العمل الدولي، مذكرة لنيل شهادة الماستير في الحقوق، فرع علاقات دولية خاصة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2015-2016
ص 26

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة الجزائر -1-

كلية الحقوق

استمارة مشاركة

ضمن الملتقى الوطني للتبليغ الإلكتروني

اللقب: ناني. الاسم: لـحسن.

الرتبة العلمية: طالب دكتوراه. التخصص: قانون جنائي.

الوظيفة: مدير دراسات ملحق بديوان المدير العام المؤسسة: مؤسسة بريد الجزائر.

الهاتف: 06.70.22.16.19 البريد الإلكتروني: lahcene.nani@univ-relizane.dz

عنوان المحور: تجارب المهنيين مع التبليغ الإلكتروني.

عنوان المداخلة: - أثر الحوكمة الإلكترونية على التكاليف والتبليغ الإلكترونيين.

- The impact of E-government on electronic assignment and reporting.

ملخص المداخلة: يقصد بالحوكمة الإلكترونية (E-Governance) إدخال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات (ICT) ودمجها في العمليات الحكومية، لتوفير وتسهيل الخدمات، مرتكزة في ذلك على تكامل مختلف الأنظمة الإلكترونية والخدمات الرقمية المستقلة، مما يضمن توفير خدمات مريحة وفعالة وشفافة. في هذه الورقة البحثية -على إعتبار أن التكاليف والتبليغ مهمة منوطة بالسلطة العمومية- نسلط الضوء على ضرورة التوجه نحو تفعيل خدمات التكاليف والتبليغ الإلكترونيين بالاعتماد على مخرجات الحوكمة الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: الحوكمة الإلكترونية، التشغيل البيئي، التكاليف الإلكتروني، التبليغ الإلكتروني.

Abstract: E-Governance means the integration of information and communication technology into government operations, to provide and facilitate services, based on the integration of various electronic systems and independent digital services, which ensures the provision of convenient, effective, and transparent services.

In this research paper -given that reporting is a task entrusted to the public authority- we highlight the need to move towards activating electronic summons and reporting services based on the outputs of electronic governance.

Keywords: E-governance, interoperability, E-summons, E-reporting.

مقدمة

ناقش الاجتماع الخاص لمجلس الوزراء يوم الخميس 19 ماي 2022، مشروع القانون الجديد للاستثمار، الذي تضمن جملة من التدابير الرامية إلى تجسيد التزامات الدولة المتعلقة بتحسين مناخ الاستثمار وتوفير الظروف المناسبة، من بينها محاربة البيروقراطية، عبر رقمنة الإجراءات المتصلة بعملية الاستثمار عن طريق استحداث المنصة الرقمية للمستثمر¹.

عادة ما يصدر عن الهيئات الرسمية بالجزائر بيانات مماثلة، تتمحور حول رقمنة الإجراءات الخاصة بقطاع معين، حيث اطلقت وزارة النقل أول حاضنة أعمال موجهة للمؤسسات الناشئة في مجال النقل واللوجستية "نقل تاك" بالتعاون مع وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وبالشراكة مع الوزارة المنتدبة لدى الوزير الأول المكلفة باقتصاد المعرفة والمؤسسات الناشئة.

كما اتخذت وزارة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية عدة إجراءات في إطار سياستها المتعلقة بالتحول الرقمي، منها إنشاء حظائر تكنولوجية وحاضنات تقنية ومرافقة الشركات الناشئة وأصحاب المشاريع وما إلى ذلك، بهدف تعزيز صناعة المحتوى المحلية.

بدورها، عرضت وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية حصيلة نشاطاتها المتعلقة بملف عصرنة الإدارة ورقمنتها، حيث صرحت بإقتصاد أكثر من 26 مليون ورقة كانت ستطبع خلال سنة 2020²، اما وزارة المالية فقد أطلقت بداية شهر نوفمبر لسنة 2020 مشروع عصرنة إجراءات الميزانية الذي يهدف الى تحديث القواعد والتنظيمات والممارسات في إعداد الميزانية وعرضها ومراقبة تنفيذها³.

وزارة العدل كانت سباقة الى رقمنة قطاع العدالة، حيث وفرت عديد الخدمات "الرقمية"⁴ لا سيما بعد اعتمادها تقنية التصديق والتوقيع الإلكترونيين في المجال القضائي، وفقا للقانون رقم 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة⁵، من خلال استحداث مركز شخصنة الشريحة للإمضاء الإلكتروني وإنشاء سلطة

¹ بيان رئاسة الجمهورية الجزائرية المتعلق بالاجتماع الخاص لمجلس الوزراء، ليوم الخميس 19-05-2022، منشور على [الحساب الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية بفايسبوك](#). أطلع عليه بتاريخ 19-05-2022.

² وكالة الانباء الجزائرية، حصيلة نشاط وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية المتعلقة بملف عصرنة الإدارة ورقمنتها خلال سنة 2020، أدرج يوم الخميس 11 فيفري 2021، على الساعة 17:49، أطلع عليه بتاريخ 17-05-2022، على [الرابط المضمن](#).

³ وزارة المالية، مشروع عصرنة إجراءات الميزانية، بيان صحفي منشور على مستوى [الموقع الرسمي لوزارة المالية](#) بتاريخ 02-11-2020، أطلع عليه بتاريخ 17-05-2022.

⁴ للإطلاع على الخدمات الرقمية لوزارة العدل يرجى زيارة الموقع الرسمي للوزارة عبر [الرابط المضمن](#).

⁵ قانون رقم 15-03 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق اول فبراير سنة 2015، يتعلق بعصرنة العدالة، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 2015.

التصديق الإلكتروني، وتمكين كافة المتدخلين في نشاط القطاع، من إظهار الوثائق الإدارية والمحركات القضائية بتوقيع إلكتروني موثوق، بهدف إتاحة الخدمات القضائية عن بعد.

كل ما سبق ذكره من إنجازات لا يمثل بالضرورة انطلاقة نحو الرقمنة، بل قد يكون أحد أكبر معوقاتها في ظل غياب التكامل الحكومي، فلا يكفي التكامل بمفهومه التقليدي، بل يجب أن تتوجه الجزائر نحو تكامل الحكومة الإلكترونية وقابلية التشغيل البيئي⁶، أين تتسم العمليات والخدمات الحكومية بالمرونة العالية والتركيز على المواطن والمساءلة والشفافية والفعالية والكفاءة بمكانة عالية⁷.

في إطار تكامل الحكومة الإلكترونية وقابلية التشغيل البيئي، قامت إمارة منطقة المدينة المنورة بالمملكة العربية السعودية منذ 11 أكتوبر 2020، ووفق ما أعلنته عبر حسابها الرسمي في "تويتر"⁸ بربط منصة التكامل الحكومي "وجيز" بمنطقة المدينة المنورة بمنصة النفاذ الوطني الموحد بمركز المعلومات الوطني باستخدام بيانات الدخول إلى "أبشر"، وتعد منصة "وجيز" أحد البرامج التي طورتها إمارة منطقة المدينة المنورة لتبادل المعاملات بينها وبين أكثر من 85 جهة حكومية بالمنطقة، بهدف تسريع عملية خدمة المستفيدين من خلال تبادل البيانات والمعاملات والمخاطبات ومعالجتها.

إن المنتبغ لعمليات التحول الرقمي للحكومات، يجد أن عملية الرقمنة تتفرع إلى ثلاثة نماذج رئيسية تقسم تبعاً لطرفي العلاقة الإلكترونية إلى (موظف ↔ حكومة) (حكومة ↔ حكومة) (حكومة ↔ مواطن) وتوطيد هاته العلاقات من شأنه خلق قاعدة بيانات ضخمة تسمح للدولة بتجسيد مشاريع ذات الصلة بالتبليغ الإلكتروني.

بغض النظر عن الإطار القانوني الحالي بالجزائر، بما في ذلك تفويض السلطة العمومية للمحضرين القضائيين للقيام بعمليات التكليف والتبليغ، بموجب أحكام المادة الرابعة من القانون رقم 06-03⁹، فإنه أضى من الضروري التفكير في التوجه نحو اعتماد التكليف والتبليغ الإلكترونيين وضبط قواعدهما، وفق نظرة استشرافية شاملة ومع مراعات المعطيات الراهنة، وعليه، يمكن طرح الأشكال الآتية:

كيف يمكن استغلال نتائج الحوكمة الإلكترونية لتفعيل خدمات التكليف والتبليغ الإلكترونيين؟

للإجابة على الأشكال سالف الذكر، سنقسم هذه الورقة البحثية إلى ثلاثة نقاط أساسية.

⁶ E-Government Integration and Interoperability (EN).

⁷ Hans J. (Jochen) Scholl & Ralf Klischewski, E-Government Integration and Interoperability: Framing the Research Agenda, International Journal of Public Administration, Volume 30, 2007 - Issue 8-9, Published [online](#): 03 Jul 2007, Pages 889-920.

⁸ [رابط](#) الحساب الرسمي لإمارة المدينة المنورة على تويتر مضمن.

⁹ قانون رقم 06-03 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، جريدة رسمية

عدد 14 لسنة 2006.

المبحث الأول

مدخل مفاهيمي للتكليف والتبليغ الإلكترونيين

إن التبليغ الإلكتروني من حيث المبدأ مجرد امتداد للتبليغ العادي، مع اعتماده على وسائل التكنولوجيا الحديثة والتي من أهمها المنصات الرقمية المعززة بقواعد بيانات شاملة ودقيقة، لذا وجب علينا التطرق الى مبادئ التبليغ العادي واسقاطها على التبليغ الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم التكليف بالحضور والتبليغ

لغةً، يُقصد بالإبلاغ: الإيصال، وكذا التبليغ، والاسم منه البلاغ، يقال: بلغت القوم بلاغاً اسم يقوم مقام التبليغ¹⁰، والتبليغ على العموم، هو إخطار المبلغ اليه بمضمون وثيقة ما وتمكينه من الاطلاع عليها وتسليمه صورة منها¹¹، وهو لا يختلف كثيراً عن التبليغ القضائي المتمثل في إعلام الشخص المراد تبليغه بالأوراق القضائية وما يتخذ ضده من إجراءات وبالطريقة التي رسمها القانون¹².

في حين يُراد بالتكليف بالحضور دعوة شخص أو اشخاص لهم علاقة بالدعوى أو القضية للمثول أمام المحكمة في مكان وزمان محددين، وهو مجرد اخطار فلا يجوز تبليغه جبراً، فهو إجراء يتم بموجبه استدعاء الشخص للتقاضي بناء على دعوى أقامها خصمه أو قضية حركت ضده.

نظم المشرع الجزائري التكليف بالحضور في المواد المدنية والإدارية بموجب أحكام المواد 18 و 19 و 20 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، حيث نصت المادة 19 منه في فقرتها الأولى على ما يلي: "مع مراعاة أحكام المواد من 406 إلى 416 من هذا القانون، يسلم التكليف بالحضور للخصوم بواسطة المحضر القضائي، ..."، أما التكليف بالحضور في المواد الجزائية فنظمتها المواد من 439 الى 441 من قانون الإجراءات الجزائية، حيث تحيلنا المادة 439 منه على احكام قانون الإجراءات المدنية والإدارية كأصل عام، ويمكن اللجوء الى قوانين أخرى أو حتى لوائح فيما يخص التكليف بالحضور في المادة الجزائية في حال وجودها، والمقصود هنا، إمكانية اعتماد النيابة العامة طرق أخرى للتكليف بالحضور ومثال ذلك التكليف عن طريق عناصر الضبطية القضائية، كما يمكن الاعتماد على طرق أخرى للتكليف بالحضور شريطة أن تُنظم بموجب مراسيم تنفيذية على الأقل، دون الحاجة الى تعديل قانوني الإجراءات

¹⁰ ابن منظور، لسان العرب، المجلد الاول، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة نشر (نسخة إلكترونية)، ص 258.

¹¹ مفلح عواد القضاة، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998، ص 203.

¹² احمد ابو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 437.

المدنية والإدارية والإجراءات الجزائية، ومثال ذلك التكاليف بالحضور الإلكتروني و/أو الهجين اللذين سنتطرق إليهما لاحقاً.

بناء على ما سبق، سندقق في التبليغ دون التفصيل في الفروقات القانونية والفقهية بين التكاليف بالحضور والتبليغ، وبغض النظر عن الاختلاف بين القضايا المدنية والإدارية والقضايا ذات الطابع الجزائي.

1- أطراف التبليغ

عملية التبليغ العادية تتطلب وجود ثلاثة أشخاص، طالب التبليغ وهو إما المدعي أو النيابة العامة، القائم بالتبليغ وهو المحضر القضائي، المبلغ إليه وهو العنصر الأكثر غياباً في هاته المعادلة، لنجاح عملية التبليغ يجب على طالب التبليغ أن يحوز معلومات كافية ووافية حول المبلغ إليه لا سيما عنوانه الدقيق وحتى أوقات تواجده بالعنوان.

ضمن عملية التبليغ الإلكتروني، يقوم نظام معلوماتي معتمد من قبل الدولة بمهام المحضر القضائي فيصبح قائماً بالتبليغ، كما يمكن له وحسب درجة ثراء قاعدة معطياته بمساعد طالب التبليغ في الوصول الى المبلغ إليه، كما يحمي حقوق هذا الأخير من أي تعسف أو تحايل أو خطأ، شريطة أن يتم مطابقة هويته مع مستعمل الجهاز الذي سيتم ارسال التبليغ الإلكتروني إليه.

التحقق من هوية المستخدم أصبحت من أكبر اهتمامات المؤسسات والأفراد، إذ يستخدم مجال الأمن ثلاثة طرق مختلفة في التوثيق، الأول يعتمد على معلومة خاصة مثل كلمة سر أو الاسم، الثاني يعتمد على شيء يمتلك المستخدم مفتاحه مثل بطاقة ذكية، والثالث يعتمد على علم الإحصاء الحيوي الذي يقوم بقياس خصائص طبيعية أو سلوكية فريدة لدى الأشخاص لتوثيق أو تأصيل هويتهم والتأكد منها، كأن يتفحص بصمات الأصابع، هندسة كف اليد، شبكية العين والقرنية، خصائص الوجه وملامحه، كما يمكن أن يعتمد على السلوكيات الشخصية للمستخدم مثل التوقيع والصوت ونمط الضغط على المفتاح والسير، كل صفة من هذه الصفات لها مميزاتها التي تتوافق مع متطلبات الأنظمة الأمنية المختلفة BIOMETRICS .

وعليه، يرى الخبراء أن التحليل الإحصائي هو الطريقة المثلى لإثبات هوية الأشخاص باستخدام صفاتهم الفريدة، فالصفات الفيزيائية والسلوكية للإنسان لا يمكن نقلها للآخرين ولا يمكن للإنسان نسيانها ولا سرقتها إلا أنه يمكن وبالإضافة الى التحليل الإحصائي، الاستعانة بالطريقتين الأولى والثانية للتوثيق بهدف إضفاء حجية مطلقة على التبليغات التي تتم بهاته الطريقة.

2- الشكلية في التبليغ

يتطلب قانون الإجراءات المدنية والإدارية توافر مجموعة من الشروط الشكلية في الوثيقة المراد تبليغها وكذا محضر التبليغ، منها ما تعلق بالبيانات ومنها ما تعلق بهوية وختم مصدر الوثيقة. بالنسبة للبيانات التي يشترطها القانون في الوثيقتين، فإن الاعتماد على نظام معلوماتي سواء لإخراج الوثيقة المراد تبليغها أو اخراج ما يثبت التبليغ، من شأنه أن يجعل نسبة الخطأ بنسيان أو عدم دقة البيانات تتوول الى الصفر، وذلك عن طريق أنظمة رقابة داخل البرامج المسؤولة على إخراج، تجميع وإرسال هذه الوثائق.

أما فيما ما يتعلق بهوية وموثوقية مصدر الوثائق المتعلقة بالتبليغ، فإن الامر لم يعد يطرح إشكالات جدية بعد صدور القانون رقم 04-15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 01 فبراير سنة 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، وصدور كل من المرسوم التنفيذي رقم 134-16 المؤرخ في 17 رجب عام 1437 الموافق 25 أبريل سنة 2016، يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها ومهامها، والرسوم التنفيذية رقم 135-16 المؤرخ في 17 رجب عام 1437 الموافق 25 أبريل سنة 2016، يحدد طبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها.

كما يمكن تعزيز الموثوقية وبالتالي الحجية القانونية عن طريق مجموعة من الأدوات التقنية من بينها وضع دالة تشفير (Hash) لكل وثيقة موجهة للتبليغ، على أن يشمل ختم التشفير رمز تعريفي محدد لكل ختم تشفير (Cryptographic Stamp Identifier).

3- تصورات للتبليغ الإلكتروني

غالبا ما يكون التبليغ الإلكتروني شخصا، إذا لا يمكن تقبل التبليغ عن طريق الغير -إلكترونيا- لكونه يرتبط بالمواطن الأصلي أو المختار طبقا لنص المادة 410 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية وكذلك الامر بالنسبة للتبليغ عن طريق البريد (مؤسسة بريد الجزائر) أي بموجب رسالة مضمنة مع الإشعار بالاستلام، بغض النظر عن فاعلية هذه الطريقة فإنها لا تستقيم والرقمنة.

التساؤل يطرح حول جدوى التبليغ عن طريق التعليق، وفق الوسائل المحددة ضمن المادة 412 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أي لوحة إعلانات البلدية والمحكمة وكذا جريدة يومية وطنية، علما أن الممارسات اليومية تثبت أن المواطن حاليا لا يطلع عليها، وأنه بالإمكان الاعتماد على النشر بوسائط التواصل الاجتماعي الرسمية.

المطلب الثاني

مفهوم التكليف والتبليغ الإلكترونيين

في ظل غياب نص قانوني ينظم التبليغ الإلكتروني في الجزائر، سنكتفي فيما يلي بسرد عينة من الأنظمة القانونية المقارنة، وعلى ضوء ذلك نبرز أهم خصوصيات التبليغ الإلكتروني.

1- الاطار القانوني للتبليغ الإلكتروني في الأنظمة القانونية المقارنة

أصدرت المملكة الأردنية الهاشمية سنة 2018 نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية¹³، والذي يسمح بتسجيل الدعاوى القضائية والطلبات ودفع الرسوم عنها وإجراء تبليغها وتبادل اللوائح والمذكرات وسائر الأوراق فيها وإجراء المخاطبات بالوسائل الإلكترونية على النحو التالي:

- يتم إيداع لائحة الدعوى ومرفقاتها كاملة بالوسائل الإلكترونية.
- تقوم المحكمة بإشعار صاحب الدعوى بقبول تسجيلها.
- بعد تبليغ الطرف الآخر لائحة الدعوى ومرفقاتها يجوز أن يتم تبادل اللوائح بين أطراف الدعوى باستخدام الوسائل الإلكترونية.
- يكلف أطراف الدعوى بتقديم أصل ما تم إيداعه من أوراق بمقتضى هذه الفقرة عبر الوسائل الإلكترونية إلى المحكمة عند أول جلسة تلي الإجراء الذي تم بالوسائل الإلكترونية.
- يتم إيداع السندات التنفيذية بالوسائل الإلكترونية وعلى قاضي التنفيذ تكليف الدائن بإبرازها، كما يقبل الدفع الإلكتروني لغايات دفع رسوم الدعاوى والطلبات، وكانت وزارة العدل الأردنية قد قامت بإنشاء قاعدة بيانات تحفظ بها معلومات المحامين، مما سمح بتمكين كل محام من حساب إلكتروني على بوابة إلكترونية يعتمد لغايات تسجيل الدعاوى القضائية والتنفيذية والطلبات وإيداع اللوائح وقائمة البيانات وسائر المخاطبات والأوراق القضائية والتنفيذية، مع اعتماد الوسائل الإلكترونية التالية لإجراء التبليغات القضائية:

- البريد الإلكتروني،
- الرسائل النصية عن طريق الهاتف الخليوي،
- الحساب الإلكتروني المنشأ للمحامي،
- أي وسيلة أخرى يعتمد عليها الوزير.

¹³ نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية رقم 95 لسنة 2018، صادر بموجب الفقرة 2 من المادة 5، الفقرة 3 من المادة 58، الفقرة 7 من المادة 81 من قانون اصول المحاكمات المدنية وتعديلاته رقم 24 لسنة 1988، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد رقم 5529 بتاريخ 2/9/2018، ص 5600.

يحق لكل صاحب مصلحة حق الطعن بعدم صحة التبليغ الجاري بالوسائل الإلكترونية، وللمحكمة التحقق من صحة عناوين أطراف الدعاوى والطلبات وعناوين الشهود ومن صحة إجراء التبليغات القضائية باستعمال الوسيطتين الإلكترونيتين التاليتين وبأي وسيلة أخرى إلكترونية أو غير إلكترونية تراها مناسبة:

- أنظمة الوزارة الإلكترونية،
- الأنظمة الإلكترونية التابعة للجهات الأخرى والتي ترتبط الوزارة بقواعد بياناتها إلكترونيا.

2- خصائص التبليغ الإلكتروني

يهدف الطريق الإلكتروني للتكليف بالحضور والتبليغات الى تقصير أمد التقاضي وتسريع الاجراءات القضائية، اضافة الى اختصار الوقت والجهد، وتخفيف عبء العمل على طالب التبليغ في الدعاوى المدنية والمحضرين القضائيين على حد سواء.

بالنسبة للتكليف والتبليغ في الدعوى العمومية، تعتبر النيابة العامة طالب للتبليغ ويقع عليها عبئ التكليف والتبليغ، وهي مصاريف إضافية ترهق المحضر القضائي من جهة وتقلل من مردوديته في القضايا المدنية، ومن جهة ثانية ترهق كاهل الدولة بأتعاب من الممكن تجنبها.

إن استخدام قنوات التبليغ الإلكترونية مثل الرسائل النصية المرسلة عبر الهاتف المحمول الموثق، أو البريد الإلكتروني، أو إحدى الحسابات المسجلة في أي من الأنظمة الآلية الحكومية، من شأنه المساهمة في إثراء قاعدة المعطيات الوطنية، مع ضمان جودة النتائج وإمكانية تتبعها والرجوع إليها كلما اقتضت الضرورة ذلك وبأقل جهد.

كما أن الامر ينسحب أيضا على الشخص المراد تبليغه أو تكليفه، فوصول التكليف ضمن الأجل القانونية والتي يجب ألا تقل عن عشرين (20) يوما كأصل عام، من شأنه ان يعطي فسحة لهذا الشخص كي يحضر دفعه ودفاعه، وفي ذات الوقت ردع المماطلين منهم.

إن التكليف بالحضور أو التبليغ الإلكتروني له أثر مباشر على القضايا المطروحة أمام الجهات القضائية، لما له من فاعلية في تسريع انعقاد الخصومة وبالتالي تحسين سرعة الفصل في القضايا وإيصال الحقوق لأصحابها مع تحقيق الضمانات الاجرائية لأطراف الدعوى، مما يحقق جودة الحكم القضائي وسلامة بنائه.

المبحث الثاني

استغلال نتائج الحوكة الالكترونية لرقمنة التكاليف بالحضور والتبليغات الالكترونيين

الرقمنة هي لب الحوكة الالكترونية، أين خلقت الإنترنت والحوسبة السحابية فرصا جديدة للحكومات والمؤسسات الاقتصادية، لكنها تتنافى والذهنيات المتحجرة التي اعتادت على استخدام نماذج قديمة وبأداة فالأمر ليس بالعسير ولا يحتاج فسحة زمنية كبيرة، وأكبر دليل على ذلك ما حدث في عديد الدول الافريقية بيد أن الامر يحتاج بنية تحتية متينة والإطلاع على أحدث التكنولوجيات، بهدف جمع أكبر قدر من البيانات التي ستسمح بتلبية حاجيات الدولة والمواطن وتوثق العلاقة الرقمية بينهما.

المطلب الأول

واقع الحوكة الالكترونية في الجزائر

عززت الجزائر الشريط العابر الدولي للربط بالإنترنت عبر الشبكة الثابتة بمشروع الكابل البحري أورفال/ألفال (وهران-فالنسيا) و(الجزائر-فالنسيا)، وتشغيل النظام بشكل فعلي بطاقة قد تصل إلى 40 تيرابايت، أي ما يعادل 20 مرة الحاجيات الحالية للبلد، وبخصوص عصرنة وتكثيف شبكة الاتصالات والنفاذ والنقل فقد تم إنجاز 7 46,93 كم من الألياف البصرية، وإقامة 182 موقعا من الحزم الهترتزية الرقمية، مما سيضمن تأمين شبكة النقل وتحسين نوعية الخدمة ورفع عرض النطاق الترددي للولايات المعنية، إلا أنه يُسجل على الجزائر تأخر وضع مراكز البيانات الحكومية DATACENTERS حيز الخدمة، مما يبقى الجزائريين والمؤسسات خاصة مضطرة للتعامل مع مراكز البيانات الأجنبية نظرا للفرق الكبير الحالي من ناحية السعر والنوعية، مع ندرة مؤسسات القطاع الخاص التي استثمرت في مراكز البيانات.

1-إنشاء قواعد المعطيات وإثرائها

حققت الجزائر تقدما كبيرا فيما يخص رقمنة الحالة المدنية باستحداثها الرقم التعريفي الوطني الوحيد¹⁴ للأشخاص الطبيعية¹⁵، لكن المسيرة لم تكتمل، حيث تفنقر الإدارة لتجهيزات التي تسمح بقراءة البطاقة البيومترية لتحديد هوية المواطن، والمفترض أن يتم الربط البيني بين جميع البلديات والوزارات والمصالح الحكومية، وإذا تحقق ذلك فإن المواطن لن يُطلب منه أي وثيقة ما عدى البطاقة البيومترية، غياب هذا

¹⁴ Le numéro d'identification national unique (FR)

¹⁵ المرسوم التنفيذي رقم 10-210 مؤرخ في 7 شوال عام 1431 الموافق 16 سبتمبر سنة 2010، يتضمن إحداث الرقم التعريفي الوطني الوحيد، الجريدة الرسمية عدد 54 لسنة 2010.

الربط وغياب تبادل المعلومات بين القطاعات الحكومية يؤثر مباشرة على مصالح المواطن ويجبره على التنقل لمصالح مختلفة بملفات ثقيلة.

كما أن قاعدة معطيات القوائم الانتخابية تضم معلومات 23.568.012 شخص داخل التراب الوطني وفقا لإحصائيات المراجعة الاستثنائية للقوائم الانتخابية من 20 الى 27 سبتمبر 2020، حسب ما نشرته السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات¹⁶، علما أن عملية التسجيل في القوائم الانتخابية تستوجب التدقيق في هوية الأشخاص وترتبط بموطن الشخص طبقا لأحكام المادة 56 من الأمر رقم 21-1701.

من بين قواعد البيانات المهمة في الجزائر، قاعدة معطيات متعاملي الهاتف، حيث بلغ مجموع مستعملي الهاتف النقال النشيطين للجيل الثالث والجيل الرابع سنة 2021، 41.780.199 مشترك، فيما بلغ عدد مشتركى الأنترنت الثابت لنفس السنة 4.164.775 مشترك¹⁸، علما أن المادة 11 من القانون 09-04¹⁹ تفرض على مقدمي هاته الخدمات حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير، بما في ذلك المعطيات التي تسمح بالتعرف على طرفي الاتصال وعناوينهم وحتى الأجهزة الطرفية المستعملة في ذلك. كذلك الامر بالنسبة لقاعدة معطيات الشركة الوطنية للكهرباء والغاز، إذ يقدر عدد زبائن الشركة المستعملين للغاز بـ 6.886.407 زبون، 10.983.538 زبون مزودين بالكهرباء، علما أن عملية الاكتتاب لدى هاته المؤسسة يستوجب إيداع ملف إداري يضم بيانات هوية الزبون وعنوانه، أيضا ما تعلق بقاعدة معطيات المركز الوطني للسجل التجاري، وتضم 1.991.688 تاجر شخص طبيعي، حسب إحصائيات المركز²⁰.

إن عملية التبادل البيني للمعلومات بين قواعد البيانات، من شأنها توفير معلومات محينه ودقية، سواء تعلق الامر بالأشخاص الطبيعية و/أو المعنوية، وفي هذا الصدد فإننا نقترح خلق رقم تعريف وطني شامل للأشخاص المعنوية، مستعينين في ذلك برقمي التعريف الاحصائي والتعريف الجبائي (NIS-NIF)^{FR}.

¹⁶ [رابط السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات مضمّن؛](http://www.ina-elections.dz) www.ina-elections.dz، أطلع عليه بتاريخ 10-05-2022.

¹⁷ أمر رقم 21-01 مؤرخ في 26 رجب عام 1442 الموافق لـ 10 مارس سنة 2021، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الانتخابات، الجريدة الرسمية عدد 17 لسنة 2021.

¹⁸ إحصائيات سلطة ضبط البريد والاتصالات الالكترونية، منشورة على الموقع الرسمي للسلطة؛ www.arpce.dz، أطلع عليه بتاريخ 12-05-2022.

¹⁹ القانون رقم 09-04 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 05 غشت سنة 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2009.

²⁰ إحصائيات المركز الوطني للسجل التجاري بتاريخ 10-05-2022، إحصائيات مباشرة، على الموقع الرسمي للمركز، [رابط](#) مضمّن.

2-إطلاق خدمتي التصديق والتوقيع الإلكترونيين

ميز التوجيه الأوروبي بين نوعين من التوقيع الإلكتروني، البسيط الذي ورد ضمن الفقرة الأولى من نص المادة 1-2: "عبارة عن معطيات على شكل إلكتروني تكون مرتبطة أو متصلة منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستعمل كوسيلة للتصديق"⁽²¹⁾، أما الثاني فهو التوقيع الإلكتروني المتقدم، حيث جاء في نص الفقرة الثانية من ذات المادة أنه يجب أن يتوفر في التوقيع مجموعة من الشروط هي:

- أن يسمح بتحديد هوية الموقع، ومميزا له عن غيره من الأشخاص.
- أن ينشأ باستخدام وسائل وإجراءات تقنية تقع تحت سيطرة الموقع.
- أن يرتبط بالمعلومات التي تضمنها المحرر الإلكتروني بطريقة تسمح بكشف أي محاولة لتعديل هذه البيانات.

لكي يكون التوقيع الإلكتروني موثوقا، فإن الامر يستلزم وجود جهة محايدة تقوم بتأكيد هوية الموقع عن طريق إصدار وثيقة إلكترونية تسمى شهادة التصديق، كما يُطلب من كل سلطة تصديق رئيسية الخضوع لمراجعة شاملة تسمى برنامج (AICPA / CICA WebTrust)²² لسلطات التصديق، وهي الأداة المعتمدة من قبل شركة Microsoft.

ساهم المشرع الجزائري بإصداره للقانون المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين²³ في وضع أول خطوة نحو الحوكمة الرقمية²⁴، حيث نص على إنشاء ثلاث سلطات للتصديق الإلكتروني وهي:

²¹ LL'article 2-1 de la directive 1999/93/CE du parlement européenne et du conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *OJ L 13, 19.1.2000*: "signature électronique une donnée sous forme électronique, qui est jointe on lie logiquement à d'autres donnes électroniques et qui sert de méthode d'authentification" disponible sur le site : www.eur-lex.europa.eu.

²² - المعهد الأمريكي للمحاسبين القانونيين المعتمدين (AICPA)
- المعهد الكندي للمحاسبين القانونيين (CICA).

²³ القانون رقم 04-15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 01 فبراير سنة 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 2015.

²⁴ توال صدور النصوص التنظيمية المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين نذكر منها: المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب عام 1437 الموافق 5 مايو سنة 2016، يحدد كفاءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا. المرسوم التنفيذي رقم 16-134 المؤرخ في 17 رجب عام 1437 الموافق 25 أبريل سنة 2016، يحدد تنظيم المصالح التقنية والإدارية للسلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وسيرها ومهامها. المرسوم التنفيذي رقم 16-135 المؤرخ في 17 رجب عام 1437 الموافق 25 أبريل سنة 2016، يحدد طبيعة السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني وتشكيلها وتنظيمها وسيرها. المرسوم الرئاسي رقم 20-05 المؤرخ في 24 جمادى الأولى عام 1441 الموافق 20 يناير سنة 2020، يتضمن إنشاء نظام وطني لأمن نظم المعلومات. المرسوم الرئاسي رقم 21-248 المؤرخ في 22 شوال عام 1442 الموافق 03

- السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني، منشئة لدى الوزير الأول.
 - السلطة الحكومية للتصديق الإلكتروني²⁵، منشئة لدى وزارة البريد وتكنولوجيات الاعلام والاتصال.
 - السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني²⁶، مُعينة من قبل سلطة ضبط البريد وتكنولوجيات إ. و إ.
- للإشارة فإن سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية الجزائرية كانت قد تحصلت على ختم WebTrust لسلطة التصديق، وتعدّ هذه الشهادة خطوة أساسية لخلق مناخ من الثقة الرقمية الضرورية لتنفيذ مشاريع الرقمنة والتحول الرقمي في القطاع الاقتصادي في الجزائر.

المطلب الثاني

سبل الانطلاق نحو التبليغ الإلكتروني

تحدث وزير الرقمنة والإحصائيات في لقاءات صحفية متعددة عن خارطة الطريق لرقمنة الجزائر خلال المرحلة المقبلة عبر تحديد العناصر الاستراتيجية للعملية، من خلال تكريس الرقمنة عبر تجنيد المؤسسات الاقتصادية والمتعاملين والمؤسسات الناشئة ومؤسسات البحث والتكوين، في هذه العملية، إلا أن الخارطة لم ترسم بعد، فلو كانت الجزائر تملك قاعدة وطنية متكاملة، لكان من السهل وضع تصور دقيق لعملية التبليغ الإلكتروني وغيرها من العمليات.

1-إنشاء قاعدة معطيات وطنية متكاملة

لم نوفق في إيجاد الموقع الرسمي لوزارة الرقمنة والإحصاء، إما لقلّة خبرتنا في البحث أو لعدم وجوده أصلا، رغم أنه مضى على إنشائها أكثر من سنة، وعموما، يتولى وزير الرقمنة والإحصائيات بإعداد عناصر السياسة الوطنية في مجال الرقمنة وتطوير المعلومة الإحصائية وتنظيم وتعزيز المنظومة الوطنية للإحصاء ويضمن متابعة ومراقبة تنفيذها وفقا للقوانين والأنظمة المعمول بها²⁷، كما يمارس الوصاية على الديوان الوطني للإحصائيات²⁸.

يونيو سنة 2021، يحدد مبلغ المقابل المالي المطبق على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني. المرسوم الرئاسي رقم 22-110 المؤرخ في 11 شعبان عام 1443 الموافق 14 مارس سنة 2022، يضبط مبادئ تحديد تعريفة خدمات التصديق الإلكتروني.

²⁵ www.agce.dz

²⁶ www.aece.dz

²⁷ المرسوم التنفيذي رقم 20-363 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1442 الموافق 05 ديسمبر 2020، يحدد صلاحيات وزير الرقمنة والاحصائيات، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2020.

²⁸ المرسوم التنفيذي رقم 20-366 مؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1442 الموافق 08 ديسمبر 2020، يسند الى وزير الرقمنة والاحصائيات سلطة الوصاية على الديوان الوطني للإحصائيات، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2020.

كان من الواجب أن تتضح ملامح برنامج الرقمنة في الجزائر، عبر مخطط عمل يسعى إلى تسهيل حياة المواطن، يتضمن استغلال تطبيقات تكنولوجية تمكنهم من تسوية انشغالات المواطنين في مختلف القطاعات، لا سيما أن وزير الإحصائيات والرقمنة، صرح بوجود 420 أرضية رقمية في الجزائر يتم استغلالها لتكريس الرقمنة وتسهيل حياة المواطنين، وتحقيق البرنامج الذي تم استحداث وزارة الرقمنة والإحصائيات لأجله منذ سنتين.

إن إنشاء نظام متكامل للتكليف بالحضور والتبليغ الإلكترونيين يتطلب جمع المعلومات المتعلقة بجميع المواطنين، والتحقق من إمكانية التواصل معهم إلكترونياً بطريقة مباشرة، سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو الرسائل النصية أو عن طريق تطبيق يسمح بذلك مثلما رأينا سابقاً تطبيق "أبشر". إذا كان من الصعب جمع بيانات جميع الأشخاص الطبيعية، أو تعذر التواصل معهم إلكترونياً، فإن الأمر على نقيض ذلك بالنسبة للأشخاص المعنوية، سواء العامة أو الخاصة، لذا من الواجب خلق نموذج أولي للتبليغ الإلكتروني، عن طريق إنشاء منصة رقمية لتبليغ الأشخاص المعنوية، ضمن أفضل الآجال.

2- تبليغ الأشخاص الطبيعية عن طريق البريد الهجين (HYBRID MAIL)

في ظل غياب منصة رقمية موحدة وثرية بالمعطيات تسمح بتنفيذ التبليغ الإلكتروني، فإننا نقترح اعتماد نظام البريد الهجين، ونقصد بذلك أن تصدر الوثيقة محل التكليف أو التبليغ في الشكل الإلكتروني وترسل ضمن نفس الشكل عبر حل تقني مطابق للمواصفات والمتطلبات، قادراً على الاتصال بالإنترنت والربط مع أنظمة خارجية باستخدام واجهة برمجة التطبيقات (Application Programming Interface – API) إلى الجهة القائمة بالتبليغ، هاته الأخير تقوم بطباعتها وتبليغها بالطريق العادي، مع الاستعانة بثلاث منصات مستحدثة:

- منصة رقمية للمحضرين القضائيين، يستقبل من خلالها المحضرين مجموع التكاليف بالحضور والتبليغات، مع الاستعانة بالمنصة النقدية لمؤسسة بريد الجزائر لتحويل الاتعاب المتعلقة بالقضايا المدنية.
- منصة رقمية لمؤسسة بريد الجزائر، تستقبل الرسائل المضمنة مع الإشعار بالاستلام في الشكل الإلكتروني الموجهة من قبل المحضرين القضائيين وفق الاشكال والإجراءات المحددة قانوناً على أن ترسل مصالح مؤسسة بريد الجزائر الإشعار بالاستلام في الشكل الإلكتروني.

خاتمة

تعزيز وتطوير الرقمنة بالجزائر لا يعني تعميم الربط بشبكة الانترنت و رقمنة الخدمة العمومية أو تأهيل الإطار القانوني بشكل عشوائي، بل يجب أن يركز على رسم وتنفيذ ورقة طريق للسنوات المقبلة بهدف الانتقال الى استغلال أنظمة وبرمجيات الذكاء الاصطناعي²⁹ وتحليل البيانات الضخمة³⁰.

يجب أن تكون رقمنة العلاقة بين المواطن والإدارة آمنة وفعالة، ولكن قبل كل شيء سهلة وبسيطة حتى يتسنى لأي مواطن استيعابها والعمل بها، فيصبح المواطن هو مركز اهتمام الإدارة وليس العكس، لذا نوصي بـ:

- بناء صناعة الإلكترونيات والتكنولوجيات المتطورة: فمن غير المعقول أن نتجه نحو التبليغ الإلكتروني ونحن لا نملك قطع غيار الأجهزة المستعملة
- وضع مراكز البيانات الحكومية: دخول هاته المراكز حيز الخدمة سيسمح بتجميع وتأمين المعطيات.
- إنشاء بوابة وطنية موحدة: عبارة على منصة رقمية تتيح جميع الخدمات الرقمية الحكومية من مختلف القطاعات عن طريق تطبيق موحد يكون مرجعاً لمعلوماتياً موثوقاً لجميع المستخدمين.
- تعزيز خدمات الثقة الرقمية: أي التحقق من صحة وسلامة التعامل الإلكتروني وهوية المتعاملين، ويشمل ذلك (التوقيع الرقمي، والختم الرقمي، والختم الزمني) وغيرها.
- وضع إطار قانوني منن يتماشى مع التطور التكنولوجي لا سيما فيما تعلق بقانوني الإجراءات المدنية والإدارية والإجراءات الجزائية.
- استغلال أنظمة البريد الهجين: بشرط أن يكون ذلك كمرحلة انتقالية نحو رقمنة التكاليف بالحضور والتبليغات.
- تشجيع إستعمال الأجهزة الالكترونية وتطويرها: وذلك عن طريق رفع القيود الجمركية والاعباء الضريبية على الأجهزة الالكترونية والبرمجيات.
- نشر ثقافة المراسلات الإدارية الالكترونية: مع إمكانية وضع قوانين صارمة وحتى ردعية ضد كل من موظف يرفض ذلك.

²⁹ Artificial Intelligence Software (EN).

³⁰ Big Data Analytics (EN).

قائمة المراجع

1-الكتب والمقالات

- ابن منظور، لسان العرب، المجلد الاول، دار لسان العرب، بيروت، دون سنة نشر (نسخة إلكترونية).
- مفلح عواد القضاة، اصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، ط3، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1998.
- احمد ابو الوفا، أصول المحاكمات المدنية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
- Hans J. (Jochen) Scholl & Ralf Klischewski, E-Government Integration and Interoperability: Framing the Research Agenda, International Journal of Public Administration, Volume 30, 2007 - Issue 8-9, Published [online](#): 03 Jul 2007, Pages 889-920.

2-النصوص القانونية:

- قانون رقم 03-06 مؤرخ في 21 محرم عام 1427 الموافق 20 فبراير سنة 2006، يتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي، جريدة رسمية عدد 14 لسنة 2006.
- القانون رقم 04-09 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 05 غشت سنة 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال ومكافحتها الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2009.
- قانون رقم 03-15 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق اول فبراير سنة 2015، يتعلق بعصرنة العدالة، جريدة رسمية عدد 06 لسنة 2015.
- القانون رقم 04-15 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 01 فبراير سنة 2015، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية عدد 06 لسنة 2015.
- أمر رقم 01-21 مؤرخ في 26 رجب عام 1442 الموافق لـ 10 مارس سنة 2021، يتضمن القانون العضوي المتعلق بنظام الإنتخابات، الجريدة الرسمية عدد 17 لسنة 2021.
- المرسوم التنفيذي رقم 10-210 مؤرخ في 7 شوال عام 1431 الموافق 16 سبتمبر سنة 2010، يتضمن إحداث الرقم التعريفي الوطني الوحيد، الجريدة الرسمية عدد 54 لسنة 2010.
- المرسوم التنفيذي رقم 20-363 مؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1442 الموافق 05 ديسمبر 2020، يحدد صلاحيات وزير الرقمنة والاحصائيات، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2020.

- المرسوم التنفيذي رقم 20-366 مؤرخ في 22 ربيع الثاني عام 1442 الموافق 08 ديسمبر 2020، يسند الى وزير الرقمنة والاحصائيات سلطة الوصاية على الديوان الوطني للإحصائيات، جريدة رسمية عدد 74 لسنة 2020.
- نظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية رقم 95 لسنة 2018، صادر بموجب الفقرة 2 من المادة 5، الفقرة 3 من المادة 58، الفقرة 7 من المادة 81 من قانون اصول المحاكمات المدنية وتعديلاته رقم 24 لسنة 1988، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، عدد رقم 5529 بتاريخ 2/9/2018، ص 5600.
- La directive 1999/93/CE du parlement européenne et du conseil du 13 décembre 1999, sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *OJ L 13, 19.1.2000* : www.eur-lex.europa.eu.

3-المواقع الإلكترونية

- [الحساب الرسمي لرئاسة الجمهورية الجزائرية بفايسبوك](#).
- وكالة الانباء الجزائرية، حصيلة نشاط وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية المتعلقة بملف عصرنة الإدارة ورقمنتها خلال سنة 2020، [الرابط](#) المضمن.
- وزارة المالية، مشروع عصرنة إجراءات الميزانية، بيان صحفي منشور على مستوى [الموقع الرسمي لوزارة المالية](#).
- [رابط](#) الحساب الرسمي لإمارة المدينة المنورة على تويتر مضمن.
- [رابط](#) السلطة الوطنية المستقلة للانتخابات مضمن؛ www.ina-elections.dz
- إحصائيات سلطة ضبط البريد والاتصالات الإلكترونية، منشورة على الموقع الرسمي للسلطة؛ www.arpce.dz
- إحصائيات مباشرة للمركز الوطني للسجل التجاري، [رابط](#) مضمن.

جامعة الجزائر 1
كلية الحقوق والعلوم السياسية

ملتقى وطني تحت رئاسة الأستاذ الدكتور زايدي خالد
محور مقدم حول المسؤولية المدنية في العقود الإلكترونية



من إعداد:
الدكتورة فطيمة مسعودة

السنة الجامعية:
2021-2020

المسؤولية المدنية الناشئة في العقود الإلكترونية

المقدمة:

إنّ المسؤولية بشكل عام هي محاسبة شخص على فعل أو امتناع غير جائز، بمعنى أنها جزء على مخالفة الشخص أحد الواجبات الملقاة على عاتقه، التي تكون بدورها إما واجبات مصدرها القانون، أو واجبات فرضها المجتمع على الإنسان لكونه كائناً يعيش بداخله، فإذا أخلّ الشخص بالواجب الاجتماعي فإنّ المسؤولية التي تنشأ هي مسؤولية أخلاقية ولا يتعدى الجزء على هذا النوع من المسؤولية سوى الاستهجان من جانب المجتمع، فإذا ارتقى الإخلال إلى اعتداء أصحاب المجتمع، فإنّ المسؤولية التي تنشأ هي المسؤولية الجزائية، ويكون الجزء عليهما هو الردع عن طريق توقيع العقوبة. أما إذا أصاب الإخلال حق الغير، فالمسؤولية التي تنشأ هي المسؤولية المدنية، ويكون الجزء المترتب عليها هو جبر الضرر، إما بإعادة الحال إلى ما كان عليه أو بالتعويض ما لحق الغير من ضرر، والمسؤولية المدنية بدورها تنقسم إلى نوعين:

- المسؤولية العقدية وتكون إذا أخل أحد الأطراف بالالتزام العقدي، مثال: كأن يكون عقد بيع ويرفع البائع بتسليم المبيع، فيكون البائع قد أخلّ بالتسليم.
- أما المسؤولية التقصيرية تنشأ نتيجة إخلال شخص بما فرضه القانون من التزام بعد الإضرار بالغير، مثال: كأن يتعدى شخص على مال الغير، فيلحق به تلفاً⁽¹⁾.

لذلك ارتأينا تقسيم موضوعنا وفقاً للخطة التالية:

المبحث الأول: المسؤولية العقدية عن العقود الإلكترونية

المطلب الأول: المسؤولية العقدية (خطأ، ضرر، علاقة سببية)

المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية الإلكترونية

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية عن العقود الإلكترونية

المطلب الأول: أركان المسؤولية التقصيرية

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن المسؤولية التقصيرية في العقود الإلكترونية

(1) (pmb.univ-saida.dz (29-10-2020, h: 9:27 pm).

المبحث الأول: المسؤولية العقدية عن العقود الإلكترونية

قسمنا هذا المبحث إلى المطلبين الآتي ذكرهما:

المطلب الأول: عناصر المسؤولية العقدية الإلكترونية

تتمثل عناصر المسؤولية العقدية الإلكترونية في الخطأ، الضرر، العلاقة السببية بينهما.

الفرع الأول: الخطأ

الخطأ العقدي يكون بإخلال المتعاقد بتنفيذ التزاماته، وذلك بعدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه⁽²⁾.

والالتزام يكون إما بتحقيق نتيجة أو بذل عناية فالالتزام بتحقيق نتيجة يوجب تحقيق عناية معينة في محل الالتزام، ويكون المدين مسؤولاً في مواجهة الدائن إن لم تتحقق النتيجة حتى ولو بذل قصارى جهده لتحقيقها وفشل في تحقيق الغاية⁽³⁾.

أما الالتزام ببذل عناية فهو لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة، بل يلزمه أن يبذل عناية الرجل العادي في تحقيق الغاية المراد تحقيقها حتى وإن لم تتحقق النتيجة.

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو العنصر الثاني في المسؤولية العقدية، حيث أن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقاً لقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة" والحقيقة أن الضرر هو مقياس مقدار التعويض الذي تستحقه الضحية.

والضرر قد يكون مادي أو معنوي فالأول هو الخسارة المادية التي تلحق المضرور نتيجة المساس بحق من حقوقه أو مصلحته المشروعة.

والضرر المعنوي أو الأدبي ينتج عن الشعور بالألم.

والضرر يجب أن يكون متوقفاً أثناء إبرام العقد، أما الأضرار غير متوقعة فلا مجال للتعويض عنها إلا إذا كان هناك غش أو خطأ جسيم من قبل المتعاقد وأثبتته المضرور⁽⁴⁾.

والضرر الإلكتروني يجب أن يحدث بطريقة إلكترونية على مكونات إلكترونية، كالمكونات الحسية للشبكة العنكبوتية، حيث يقع إثبات الضرر على المتعاقد في المعاملة الإلكترونية لأنه هو الذي يدعى بالضرر⁽⁵⁾.

مثال: والصورة الغالبة للضرر الإلكتروني المادي هو تدمير الثروة المعلوماتية، فالبرامج وقواعد المعلومات وما يمكن أن ينجم عن ذلك من نتائج وخيمة على المشاريع والإنتاج

(2) حنان مرجاجو: المسؤولية المدنية الناشئة لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي - الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص 06.

(3) محمد حسين منصور: مصادر الالتزام - والعقد والإرادة المنفردة، د. ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000، ص 364.

(4) حنان مرجاجو: المرجع السابق، ص 13.

(5) إيثار موسى: المسؤولية المدنية الإلكترونية وأركانها: <https://www.mohamah.net/law> (04 نوفمبر 2020)، على الساعة: 14:30.

والأجهزة والخدمات، بل وأضرار جسدية وأدبية عند حدوث إصابات أو وفيات بسبب حوادث الطائرات والآلات التي تعمل بالحاسب.

ويبدو ذلك أيضا في حالة الفيروس بأغراضه التدميرية المختلفة للحاسب وبرامجه وما ينجم عنها من أضرار مادية تتمثل في الخسارة التي تلحق المضرور وما فاتته من كسب، مثل عرقلة المشروع عن الاشتراك في مسابقة إنتاج أو معرض معين. أما صور الضرر الأدبي نذكر منها على سبيل المثال:

مثال 1: انتهاك السرية المعلوماتية والبيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة عبر نظم التجسس الإلكتروني واختراق أجهزة الحاسب وبرامجها وقواعد المعلومات، وفقد ثقة العملاء في البنك الذي تم اختراق أنظمتها.

مثال 2: أضرار الناتجة عن البث الفضائي للبرامج التي تتضمن مساسا بأمن وكرامة الأفراد والقيم السائدة لديهم، وما قد تنطوي عليه من إهانات وتجريح لحرمة وخصوصية الآخرين، عبر ما تحمله من أساليب دعائية مغرضة أو عرض الوقائع الكاذبة⁽⁶⁾.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر

يجب أن يكون الضرر الذي أصيب به المتضرر نتيجة خطأ الطرف الضار، ويقع على الطرف المضرور إثبات الرابطة السببية بين خطأ الطرف الضار والضرر. وتحديد الرابطة السببية في المجال الإلكتروني يعدّ من الأمور الشاقة والعسيرة نظرا لتعدد المسائل الإلكترونية، وتغير حالاته وخصائصه وعدم وضوح الأسباب للمضاعفات الظاهرة.

ونذكر على سبيل المثال التصديق الإلكتروني يجب أن يكون الضرر الذي أصاب صاحب الشهادة سببه الخطأ الذي ارتكبه جهة التوثيق والممثل بإخلالها بأي من التزاماتها العقدية، كأن تصدر جهة التوثيق شهادة معينة مما يؤدي إلى تفويت صفقة صاحب الشهادة وبالتالي تعرضه لخسارة مادية فادحة⁽⁷⁾.

المطلب الثاني: آثار المسؤولية العقدية الناتجة عن العقود الإلكترونية

قسمنا هذا المطلب إلى فرعين التاليين: الفرع الأول الإثبات والفرع الثاني التعويض.

الفرع الأول: الإثبات

المعروف في القاعدة العامة، فإن الخصم هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، بأنه يسيطر عليه مبدأ عام قوامه أن الإثبات على المدعي. فإن المدعي أو المضرور هو الذي يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية من خطأ، ضرر، علاقة سببية بين الخطأ والضرر، والأصل يتم إثبات الخطأ بكافة الطرق لتعلق الأمر بواقعة مادية.

وقد يرد الإثبات على تصرف قانوني يلزم إثباته بالكتابة، وقد يتمثل الخطأ في الإخلال بالتزام بتحقيق نتيجة، هنا يكفي إثبات عدم تحقق النتيجة.

ووسائل الإثبات عديدة نذكر على سبيل المثال منها: المصغرات الفيلمية حيث يتم تصوير المستندات وتصغيرها وتخزينها واسترجاعها في الوقت المناسب وتقديم صور

(6) إيثار موسى: نفس المرجع.

(7) حنان مرجاجو: المرجع السابق، ص15.

عنها، وهناك ذاكرات الحاسبات الآلية التي يتم التعبير عنها بمخرجات ودعامات معينة وأسطوانات الفيديو.

غير أنه وبالرجوع إلى تنظيم التوقيع والتصديق الإلكتروني، فلا يوجد أي نص صريح أو ضمني يتعلق بإثبات المسؤولية العقدية لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، مما يستدعي تطبيق القواعد العامة المذكورة أعلاه.

غير أن المادة 53 و 54 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري قد نصت على ضرورة إثبات جهة التصديق الإلكتروني، أنها لم ترتكب أي إهمال، حتى تعفى عن المسؤولية القائمة على الإخلال بالالتزامات المفروضة عليها⁽⁸⁾.

الفرع الثاني: التعويض

التعويض يكون عن الضرر المادي، والمعنوي، كما قد يكون نقداً أو عينياً، والتعويض العيني يتمثل في إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل وقوع الخطأ⁽⁹⁾. وما يُلاحظ أنّ القوانين والتشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية لم تعالج موضوع الإثبات وعن التوقيع والتصديق الإلكترونيين، وكذا التعويض عن الأضرار الناتجة، مما يستدعي تطبيق المبادئ العامة.

المبحث الثاني: أركان المسؤولية التقصيرية الناتجة عن العقود الإلكترونية وآثارها
نتطرق في هذا المبحث إلى أركان المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، والآثار الناتجة عنها من حيث الإثبات والتعويض وذلك في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: أركان المسؤولية التقصيرية الإلكترونية

تتجلى أركان المسؤولية التقصيرية الإلكترونية فيما يلي:

الفرع الأول: الخطأ العقدي

الخطأ العقدي هو عدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه الناشئ عن العقد أو التأخر فيه على أن الأمر يختلف بين أن يكون التزام المدين بتحقيق غاية أو نتيجة أو التزام ببذل عناية⁽¹⁰⁾. فإن الالتزام بتحقيق غاية يوجب تحقيق نتيجة معينة هي محل الالتزام⁽¹¹⁾. أما الالتزام ببذل عناية فهو لا يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة بل يلزمه فحسب أن يبذل قدراً معيناً من العناية للوصول إلى غرض معين⁽¹²⁾.

وقد نصت المادة 176 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بقانون رقم 05-07 المؤرخ في 13 مايو سنة

(8) المادة 53 من القانون 04-15 تنص على أنه: "يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق إلكتروني موصوفة عن الضرر... إلا في حالة ما إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال".

(9) حنان مرجاجو: المرجع السابق، ص 19-20.

(10) عبد الرزاق دربال: الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، د. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2004، ص 64.

(11) محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص 364.

(12) محمد حسين منصور: المرجع نفسه، ص 366.

2007 والمتضمن القانون المدني الصادر في الجريدة الرسمية رقم 44 على "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

أي أن الخطأ يتحقق حتى لو كان عدم التنفيذ يرجع إلى سبب أجنبي كالقوة القاهرة، غير أنه في هذه الحالة تنقطع علاقة السببية وبالتالي لا تقوم المسؤولية⁽¹³⁾.
و بالرجوع إلى القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني، نجد أن المشرع الجزائري قد حدّد الالتزامات التي تقع على عاتق جهة التصديق الإلكتروني حيث تكون هذه الأخيرة مسؤولة في حالة إخلالها بهذه الالتزامات فجاء في نص المادة 53 ما يلي "يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق الكتروني موصوفة، مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمد على شهادة التصديق الإلكتروني هذه وذلك فيما يخص:

- 1- صحة جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة في التاريخ الذي منحت فيه، ووجوب جميع البيانات الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ضمن هذه الشهادة.
- 2- التأكد من منح شهادة التصديق الإلكتروني أن الموقع الذي تم تحديد هويته في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة يحوز كل بيانات إنشاء التوقيع الموافقة لبيانات التحقق من التوقيع المقدمة، أو المحددة في شهادة التصديق الإلكتروني.
- 3- التأكد من إمكانية استعمال بيانات إنشاء التوقيع والتحقق منه بصفة متكاملة إلا في حالة ما إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال.

كما نص المشرع الجزائري في المادة 54 من نفس القانون على مسؤولية جهة التصديق الإلكتروني في حالة عدم إلغاء شهادة التصديق وإعفاءه من هذه المسؤولية إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال⁽¹⁴⁾.

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو الركن الثاني في المسؤولية المدنية سواء كانت مسؤولية عقدية أو تقصيرية، والجدير بالذكر أن المسؤولية المدنية وجدت من أجل إصلاح وجبر الأضرار التي تسبب للغير، مما يبين أهمية هذا الركن إذ لا مسؤولية مدنية ما لم يوجد ضرر وعلى العموم فإن انتفاء الضرر يحول دون قبول دعوى المسؤولية وذلك طبقاً لقاعدة "لا دعوى بدون مصلحة" والحقيقة أن الضرر ليس بركن فقط في المسؤولية المدنية بل هو مقياس مقدار التعويض الذي تستحقه الضحية⁽¹⁵⁾.

(13) محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط4، القسم الأول، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2007، ص377.

(14) نصت المادة 54 من القانون رقم 04-05 على "يكون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي سلم شهادة تصديق الإلكتروني موصوفة، مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عدم إلغاء شهادة التصديق الإلكتروني هذه والذي يلحق بأي هيئة أو شخص طبيعي أو معنوي اعتمدوا على تلك الشهادة إلا إذا قدم مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ما يثبت أنه لم يرتكب أي إهمال".

(15) علي فيلال: الالتزامات - الفعل المستحق التعويض، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012، ص282.

وتظهر أهمية هذا الضرر في التفرقة بين المسؤوليتين الإلكترونية العقدية والتقصيرية، حيث يقتصر التعويض في الأولى على الضرر الإلكتروني المتوقع ما عدا في حالتي الغش والخطأ الجسيم، أما في الثانية فيشمل كل الضرر المترتب عن العمل غير المشروع سواء كان متوقعًا أم لا⁽¹⁶⁾، مادام الضرر مباشرًا⁽¹⁷⁾.
والضرر الإلكتروني نوعان هما:

أ- **الضرر المادي الإلكتروني Préjudice matériel**: ويتمثل فيما يمكن أن تتعرض له البرامج المعلوماتية من تدميرات واعتداءات على قواعد المعلومات وما يترتب ذلك من تلف في المشاريع والأجهزة وحتى الخدمات، وقد تمتد الآثار أيضًا إلى حدوث أضرار جسدية أو أدبية عند وقوع حوادث للطائرات والآلات التي تعمل بالكمبيوتر، إلى غير ذلك من الاعتداءات التي قد تحصل في حالة استغلال الفيروسات في أعمال غير مشروعة.

ب- **الضرر المعنوي الإلكتروني Préjudice moral**: يظهر عند التعدي على أنظمة البيانات والمعلومات، كما في حالة انتهاك سرية البيانات الشخصية وحرمة الحياة الخاصة من خلال نظام التجسس الإلكتروني، وكذلك اختراق مواقع البنوك وما قد يترتب ذلك من إضعاف ثقة العملاء في البنك وغيرها من الأضرار المعنوية التي لا يمكن حصرها في ظل التطور الحاصل في مجال المعلومات.

الفرع الثالث: العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الإلكترونيين

ونقصد به أن يكون الضرر الناتج هو نتيجة مباشرة للخطأ الإلكتروني، حيث أن هذه العلاقة بينهما قد تنتفي بتدخل السبب الأجنبي أو لخطأ المضرور أو خطأ الغير.
وتحديد علاقة السببية في المجال الإلكتروني أمر في غاية الدقة والصعوبة لأن الأخطاء صعبة التحديد، وكذلك سبب الضرر فقد يكون أمرًا بعيدًا وخفي راجع لتكوين الأجهزة وتداخل المعلومات والأدوار⁽¹⁸⁾.

تنتفي علاقة السببية في المجال الإلكتروني كما سبق القول لأحد الأسباب التالية:

- قوة قاهرة والتي تعتبر مسألة موضوعية للقاضي، كتوقف الأجهزة أو خلل في البرامج، وللقاضي الاستعانة بالخبرة لتحديد مثل هذه الأمور لما تتسم به من فنيات.
- خطأ المضرور كعدم تعاون المتعاقد الإلكتروني مع منتج أو مقدم الخدمة أو عدم إدلاءه بالمعلومات الصحيحة.
- خطأ الغير ممن يتعاملون إلكترونياً، ولا نقصد هنا من يكون تابع للمدعى عليه مدنياً.

تجدر الإشارة إلى أنه خطأ واحد يسبب أضراراً عديدة وتقع مسؤولية تعويض الضرر المباشر فقط، وفي هذه الحالة يُلزم المسؤول بتعويض الضرر المباشر فقط، وقد يقع الضرر الإلكتروني من طرف شخص غير محدد في مجموعة أشخاص، في هذه الحالة تقوم مسؤولية المتبوع من أحد التابعين حتى ولو لم يتم تحديده، كإفشاء سر من الشركة المعلوماتية.

(16) عباس زواوي، سلمى مانع: الأحكام العامة للمسؤولية الإلكترونية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة - الجزائر، العدد 4، ص 342.

(17) مقال قانوني يشرح المسؤولية الإلكترونية ويبيّن أركانها، مقال من الانترنت العواجي والمغبري للمحاماة: mohamah.net، الأربعاء 2020/11/04، على الساعة: 10:53.

(18) عباس زواوي، سلمى مانع: المرجع السابق، ص 342.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة عن المسؤولية التقصيرية في العقود الإلكترونية

سنتناول في هذا المطلب إلى الإثبات والتعويض من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: الإثبات الإلكتروني

المدعي أو المضرور يقع عليه عبء إثبات عناصر المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، حيث يرد الإثبات على تصرف قانوني يلزم إثباته بالكتابة، وقد يتمثل الخطأ في الإخلال بالتزام بتحقيق نتيجة، هنا يكفي إثبات عدم تحقق النتيجة. والخطأ في المعاملات الإلكترونية هو مسألة موضوعية تخضع للسلطة التقديرية للقاضي.

- حيث يقع على عاتق المضرور إثبات علاقة سببية بين الخطأ والضرر الإلكترونيين، ولكن مراعاة لحساسية ودقة المجال الإلكتروني أضيفت قرينة أخرى تتمثل في أنه يكتفي بإثبات أن مثل هذا الخطأ قد يتسبب في مثل هذا الضرر.
- كما أن ظهور وسائل جديدة للإثبات فرضتها التكنولوجيا الحديثة، كالمصغرات الفيلمية التي تصغر المستندات وتخزنها لاسترجاعها لاحقاً عند النزاع، أسطوانات الفيديو والشرائط الممغنطة، بالإضافة أيضاً للمحركات والتوقعات الإلكترونية وما تحمله من رموز وأرقام ذات طابع منفرد تسمح بتحديد هوية صاحبها.

الفرع الثاني: التعويض الإلكتروني

هو وسيلة القضاء إلى محو الضرر الواقع أو تخفيف وطأته والقاضي في تقديره للتعويض يستعين بالظروف المحيطة بالواقعة، مع مراعاة درجة الخطأ وحجم الضرر. إن التعويض قد يكون قانوني، أي مقرر بمقتضى نصوص قانونية أو باتفاق الطرفين، أو مقدرًا من قبل القاضي.

كما أن التعويض قد يكون نقدياً أو عينياً، والأول هو الأنسب في حالة المسؤولية الإلكترونية، حيث يتفق مع الضرر الحاصل لاستحالة التنفيذ العيني عند اختراق أو تدمير جهاز معلوماتي أو تعدي على حقوق الشخصية، كإفشاء الأسرار، إلى غير ذلك من الاعتداءات.

خاتمة:

إن المسؤولية المدنية عن العقود الإلكترونية تتجلى في المسؤولية العقلية والمسؤولية التقصيرية، حيث أن الأولى يُخل الطرف المتعاقد بالالتزام العقدي، والثانية بالنص القانوني، حيث أن المخاطر العلمية الإلكترونية الموازية للتطور الإلكتروني أدت إلى اتساع الاعتداءات على حقوق الأفراد، من خلال استعمال وسائل تقنية وفنية يصعب حتى تخيلها، فلا بد من توفير الحماية القانونية للأفراد الذين يستخدمون هذه الوسائل الإلكترونية دون انتظار وقوع الخطأ وتحقق الضرر، لذلك لا بد من وضع نظام تشريعي لهذه المسؤولية الإلكترونية لإدخاله في التطبيق القضائي، من خلال تكوين القضاة وتعويدهم على مثل هذه المسائل التي أصبحت ضرورة يفرضها الواقع المعاش. جامعة الجزائر 1

لذلك ندعو كل المشرعين وعلى رأسهم المشرع الجزائري للاهتمام بمثل هذه المسائل التي أصبحت تثير مشاكل لا يمكن تجنبها إلا بتوفير الحماية القانونية.

طالبة الحقوق

قائمة المراجع

أ- الكتب:

- عبد الرزاق دربال: الوجيز في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، د. ط، دار العلوم للنشر والتوزيع، عنابة - الجزائر، 2004.
- علي فيلالي: الالتزامات - الفعل المستحق التعويض، ط3، موفم للنشر، الجزائر، 2012.
- محمد حسين منصور: مصادر الالتزام - والعقد والإرادة المنفردة، د. ط، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2000.
- محمد صبري السعدي: النظرية العامة للالتزامات - مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، ط4، القسم الأول، دار الهدى، عين مليلة - الجزائر، 2007.

ب- الرسائل الجامعية:

- حنان مرجاجو: المسؤولية المدنية الناشئة لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي - الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016.

ج- المقالات:

- عباس زواوي، سلمى مانع: الأحكام العامة للمسؤولية الإلكترونية، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة - الجزائر، العدد 4.

د- المواقع الإلكترونية:

- إيثار موسى: المسؤولية المدنية الإلكترونية وأركانها: <https://www.mohamah.net/law> (04 نوفمبر 2020)، على الساعة: 14:30.
- مقال قانوني يشرح المسؤولية الإلكترونية ويبين أركانها، مقال من الانترنت العواجي والمغبري للمحاماة: mohamah.net، الأربعاء 2020/11/04، على الساعة: 10:53.

