جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

كتاب جماعي حول:

الأنترنت والقانون

-واقع، أفاق وتحديات-

أفريل 2021

جامعة محمد لمين دباغين - سطيف 2
كلية الحقوق والعلوم السياسية
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

كتاب جماعي حول:

الأنترنت والقانون

-واقع، أفاق وتحديات-

أفريل 2021

ISBN: 978-9931-9651-0-7

كلمة عميد الكلية

تكتسي الأنترنت باعتبارها نظاما عالميا للاتصالات، يسمح بتبادل المعلومات بين شبكات أصغر تتصل من خلالها الحواسيب حول العالم وعبر القارات، أهمية كبيرة في حقل البحوث العلمية الحديثة، نظرا لما أفرزته من تغيير للمفاهيم التقليدية في عدة مجالات، كالعمل والتعليم والتجارة وغيرها، وبروز شكل آخر لمجتمع المعلومات، يتسم بتوفر تقنية اتصالات سريعة، وبرمجيات حاسوب متقدمة، وتعدّد اللغات المستخدمة في الشبكة، وتنوع استخداماتها في جميع المجالات، والسرعة في توفير الوقت والجهد على الباحثين، ومنع احتكار المعلومات. فضلا عن توفير وسائل مختلفة للترفيه.

ووعيا من مخبر "**تطبيقات التكنولوجيا الحديثة على القانون**" بتلك الأهمية، ومساهمة منه في إثراء البحوث المتعلقة بهذا الموضوع الهام، بادر بفتح باب الاكتتاب لتأليف كتاب جماعي بعنوان:

" القانون والأنترنت واقع آفاق وتحديات"، أشرف عليه البروفيسور بلعيساوي محمد الطاهر، بمساهمة أعضاء اللجنة العلمية التي حرصت على انتقاء أفضل البحوث وأجودها حرصا على جعل هذا الكتاب إضافة حقيقية للمكتبة الوطنية وحتى الدولية، لاسيما أن هناك مساهمتين دوليتين من العراق والمغرب الشقيقين.

وإذ نثني على مجهودات مدير المخبر البروفيسور بلعيساوي محمد الطاهر التي بذلها ويبذلها في إطار النشاطات المختلفة للمخبر، وإشرافه على تنسيق وجمع وتدقيق البحوث المقدمة لإثراء محاور هذا الموضوع الهام المقترح للدراسة، فإننا نتوجّه أيضا بالشكر الجزيل لكافة أعضاء اللجنة العلمية التي اشتغلت في كنف الشفافية والموضوعية والنزاهة، لانتقاء البحوث الجادة والمتميّزة، حيث أثمرت جهودها بانتقاء 24 مقالا ضمن ثنايا هذا الكتاب الجماعي الذي يعد لبنة أساسية تضاف لبناء الرصيد المعرفي للكلية، وإثراء مكتبتها على وجه الخصوص، والمكتبة الوطنية والدولية على وجه العموم، لاسيما وأنه يندرج في إطار مساهمة كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة محمد لمين دباغين–سطيف2، في الجهود الوطنية والدولية لإثراء البحث العلمي المتميّز، كما يستجيب لتطلعات الرؤية الاستراتيجية لتطوير الجامعة الجزائرية وتأهيلها من أجل انخراط إيجابي وفعال ضمن مجتمع المعرفة.

نسأل الله تعالى أن يجعل هذا العمل في ميزان حسنات كل المساهمين فيه، وصدقة جارية تكتب لهم بها الحسنات يوما بيوم وساعة بساعة.

عميد الكلية

د .بن اعراب محمد

ISBN: 978-9931-9651-0-7

الهيئة المشرفة على الكتاب:

1/ أ.د/ بلعيساوي محمد الطاهر ، مخبير تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

2/ د باطلي غنية ، مخبير تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

3/ د/ قنوفي وسيلة مخبير تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

4/ أ/ نمديلي رحيمة ، مخبير تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

اللجنة العلمية للكتاب:

أ.د بلمامي عمر جامعة سطيف2
أ.د بن زيوش مبروك جامعة سطيف2
أ.د بن الشيخ نور الدين جامعة سطيف2
أ.د بوضياف عبد الرزاق جامعة سطيف
أ.د نزهة الخالدي جامعة تطوان المغرب
أ.د الشادلي نور الدين جامعة عنابة
أ.د قادر عبد المجيد جامعة عنابة
أ.د رابح بن زارع جامعة عنابة
أ.د حساين سامية جامعة بومرداس
د عبد العزيز بوخرص جامعة المسيلة
د روابح فريد جامعة سطيف2
د.عماروش سميرة جامعة سطيف 2
د. زروق نوال جامعة سطيف 2
د. معيزة رضا جامعة سطيف 2
د.هير نعيم جامعة فاس المغرب
د. الوناني نور الدين جامعة وجدة المغرب
د. أكور سمية جامعة سطات المغرب
د. براهيمي سهام جامعة النعامة
د. بن عيسى أحمد جامعة سعيدة
د.بوخالفة فيصل جامعة سطيف2
د. كوسام أمينة جامعة سطيف 2
د. خليلي سهام جامعة بسكرة
د.وشتاتي حكيم جامعة سطيف 2
د. بوخروبة حمزة جامعة المسيلة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

تهنئة

تتقدم اللجنة المشرفة على الكتاب الجماعي بخالص عبارات الشكر والعرفان إلى كل من ساهم في اعداد هذا المشروع، وساهم ببحثه أو رأيه فيه جعله الله في ميزان حسنات الجميع. وفقكم الله لمزيد من الانتاج العلمي خدمة للبلاد والعباد.

جزاكم الله كل الخير

ISBN: 978-9931-9651-0-7

إلى روح من فارقنا إلى رحمة الله

رحم الله أرواح لا تعوض،
ولا تولد مرة أخرى، اللهم اغفر لمن عشنا مهم أجمل السنين.. وهزنا إليهم الحنين .. اللهم برد تربة قبر كل عزيز رحل عنا اللهم نور مرقدهم وعطر مشهدهم وطيب مضجعهم، آنس وحشتهم وأعتق رقابنا ورقابهم من النار.

إلى روح كل من:

الدكتور/ قرواش رضوان الدكتورة/ زياني حسينة، الدكتورة / مروش مسعودة طالب الدكتوراه / طوبال عبد السلام

نهدي هذا العمل وإلى كل مجتهد في العلم وطالب له

ISBN: 978-9931-9651-0-7

تقديم الكتاب

الإنترنت عالم افتراضي وهو مجموعة من البرامج والبروتوكولات تتم خلالها الكثير من العلاقات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، ولقد أدى التطور في مجال الاتصالات والمعلومات إلى تدخل المشرع بموجب قوانين تشريعية وتنظيمية نظرا لبروز الكثير من الصعوبات والمشكلات في هذه العلاقات عبر الانترنت، وظهر ذلك في الكثير من المجالات سواء في مجال التجارة الدولية في السلع والخدمات المعلوماتية أو حماية الأفراد متلقي المعلومات من مخاطرها ومضارها على سمعتهم و عقولهم وحياتهم أو حماية الحق في الخصوصية والحق في سرية البيانات والمعلوماتية، أو في علاقة الدولة بالأفراد سواء في طرق الوصول إلى السلطة كالمواطنة الإلكترونية أو الانتخابات الإلكترونية أو في وسائل إشباع حاجات الأفراد إلكترونيا في القرارات والعقود الإدارية الإلكترونية.

أهمية دراسة الموضوع:

إن دراسة العاقة بين القانون والانترنت أو العلاقة بين القانون والمعلوماتية، يطرح الكثير من التساؤلات القانونية نظرا لتشعب التعاقدات والتعاملات الإلكترونية في هذا العالم الافتراضي، وإزدهار عالم التجارة الإلكترونية وتطور وسائل الدفع الإلكتروني وظهور البنوك والنقود الإلكترونية، وتسوية أغلب المنازعات الناشئة عن هذه العقود عبر الانترنت بوسائل إلكترونية عن طريق الوساطة والتحكيم الإلكتروني.

لذا كان لزاما البحث في مختلف المشكلات القانونية التي قد تواجه المستهلك في عالم الانترنت وعلاقته بالمورد وكيفية تنفيذ العقد

ISBN: 978-9931-9651-0-7

الإلكتروني وماهية أركانه ووسائل إبرامه، وكذا الإجابة عن كيفية تحديد مكان وزمان انعقاد العقد والمحكمة المختصة لذلك.

إضافة إلى البحث عن مخالفي قواعد عقود التجارة الإلكترونية وتقرير العقوبات المقررة لها، وكذا السعي إلى توفير الحماية القانونية للمعلومات والبيانات في البيئة الافتراضية.

ونتيجة لكل هذا، أصبح موضوع الدراسة "الانترنت والقانون"، يطرح الكثير من التحديات القانونية والواقعية التي تحتاج إلى إجابات واضحة ومفاهيم محددة سعى الفقه والتشريع والقضاء إلى تفسيرها وتحديد أبعادها.

إشكالية دراسة الموضوع:

إن العلاقة بين "الانترنت والقانون" هو دراسة عابرة التخصصات، تطرح الكثير من الإشكاليات القانونية نظرا لخصوصية عالم الانترنت كعالم افتراضي، وعلم القانون الذي تتفرع وتتنوع فيه العلاقات والتعاملات من جهة وتختلف فروعه وأنواعه من جهة أخرى، وبناء عليه تتمحور الدراسة حول إشكالية رئيسية مفادها، ما مدى تأثير الوسائل المعلوماتية أو الإلكترونية على النظرية العامة للعقود، ووسائل إثباتها وطرق إبرامها وآليات تنفيذها وتسوية منازعاتها؟

أو ماهي الآثار القانونية المترتبة على العلاقة بين عالم المعلوماتية ومختلف فروع القانون؟ أو ما مدى تأثير الوسائل الإلكترونية على علاقة الأفراد فيما بينهم وعلاقاتهم بالدولة؟

للإجابة على هذه الاشكالات تم اختيار مجموعة من المقالات والأبحاث الخاصة بالموضوع والتي لاقت موافقة اللجنة العلمية للكتاب وفقا لفهرس الموضوعات التالي:

ISBN: 978-9931-9651-0-7

فهرس المواضيع:

1- د/ نورالدين الوناني و د/ عادل البوعزاوي: **الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في الفضاء الرقمي – حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي أنموذجا - (دراسة مقارنة بين التشريعين المغربي والجزائري) .....(11-61).**
جامعة محمد الأول المغرب

2- د/سميرة عماروش: **" الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي بين المخاطر المهددة والحماية المقررة.....(63- 97)**
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

3- د/بن عيسى أحمد: **" الحماية الجزائية للخصوصية عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي.....(97- 124)**
جامعة سعيدة الجزائر.

4- أ/ محمد خليفة ود/ مهيرة نصيرة: **جريمة التلاعب بالمعطيات.....(126- 151)**
جامعة باجي مختار عنابة

.

5- د/عمراني مراد: **خصـــــائص العقـــد الدولي الالكتروني.....(153 –175).**
جامعة باجي مختار عنابة .

6- د/ فكيري أمال و د/ عبيزة منيرة: **صعوبات الإثبات الالكتروني.....(177- 204)**
جامعة لونيسي علي البليدة2

7- بن قارة مصطفى عائشة: **القواعد المستحدثة لاستخلاص الدليل الالكتروني في التشريع الجزائري.....(206-238)**
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

ISBN: 978-9931-9651-0-7

8- د/ رقيعي إكرام: **التوقيع الالكتروني وفقا لأحكام القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01.....(240- 278).**
جامعة لونيسي علي البليدة 2
9- د/باطلي غنية: **الهيئة المختصة بالتصديق في مجال الدفع الالكتروني.....(280 –322)**
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين – سطيف2
10- د/ معوشي عماد: **عوامل ظهور وسائل الدفع الإلكترونية ومعوقات انتشارها..... (324-342).**
جامعة المدية
11- د/ كريمة بركات: **تقنيات الدفع الالكتروني الحديثة عبر الانترنت.....(344-375)**
جامعة البويرة
12- د/ محمد شايب: **المبادئ الأساسية ومتطلبات تطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني _إشراف ورقابة البنك المركزي.....(377-411).**
جامعة فرحات عباس سطيف1
13- د/ شيخ سناء : **حماية المستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد الإلكتروني.....(413- 437)**
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم
14- د/ يغلي مريم: **ضمانات حماية المستهلك الإلكتروني وفقا لقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.....(439-473)**
جامعة باجي مختار عنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

15- د/ قنوفي وسيلة والأستاذ نمديلي رحيمة: **المزادات الإلكترونية العكسية كآلية لإبرام الصفقات العمومية عبر البوابة الإلكترونية.....(475-497)**
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2

16- د/ مزهود حنان: **عن محاولة تبني تنظيم الصفقات العمومية للتعاقد الإداري الإلكتروني: آمال معلقة ونصوص مكبلة.....(499-523)**
جامعة محمد الصديق بن يحي- جيجل

17- د/ بن زيد فتحي: **حقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت (العلامة التجارية عبر الانترنت.....(525-567)**
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2

18- د/ يصرف حاج: **حماية حقوق الملكية الفكرية و حقوق المؤلف عبر شبكة الإنترنت.....(569-598)**
جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس

19- د/ بودالي خديجة و د/محمودي فاطيمة الزهرة: **تأثير التقنية العالية على أنشطة التقاضي البديلة في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة -التحكيم الإلكتروني.....(600- 632).**
جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

20- أ/ بودليو سليم و د/ نويوة هدى: **التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية.....(634-672)**
جامعة الاخوة منتوري قسنطينة 3

21- أ/ عبد المجيد قادري: **أسماء النطاق.....(674-705)**
جامعة باجي مختار عنابة

22- أ/ بن زارع رابح: **أثر المعاملات الإلكترونية على المبادئ والقواعد الضريبية العامة.....(707-733).**
جامعة باجي مختار عنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

23- أ/ بلعيساوي محمد الطاهر **: أثر الذكاء الاصطناعي على القانون (المسؤولية المدنية نموذجا).....(735-776).**
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

24- د/ أوان عبدالله محمود فياض: التحكيم عن بعد وسيلة لفض منازعات عقود التجارة الالكترونية دراسة تحليلية مقارنة.....(779- 814)
جامعة الموصل ، العراق

ISBN: 978-9931-9651-0-7

ISSB: 978-9931-9651-0-7

الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في الفضاء الرقمي – حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي أنموذجا – (دراسة مقارنة بين التشريعين المغربي والجزائري)

د/ نور الدين الوناني و د/ عادل البوعزاوي
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
جامعة محمد الأول، وجدة المغرب

ISBN: 978-9931-9651-0-7

الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة في الفضاء الرقمي – حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي أنموذجا - (دراسة مقارنة بين التشريعين المغربي والجزائري)

الدكتور / نورالدين الوناني (*)
الدكتور / عادل البوعزاوي (*)

ملخص: كفلت الشرائع السماوية والمواثيق الدولية والتشريعات المقارنة للإنسان حقوقا يتمتع بها ويمارسها في حرية دون أن يعوقه الغير في ممارستها، ودون إخلال بتحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحقوق المجتمع في حماية النظام العام، ومن بين هذه الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان الحق في حرمة الحياة الخاصة تبعا لذلك يقتضي هذا الحق الاحترام من قبل السلطات والأفراد، وأن تكفل له حماية ضد الاستعمال غير المشروع له. إلا أنه مع انتشار التقنيات الحديثة في تكنولوجيا المعلومات وتطورها ودخول الرقمية إلى قطاعات كثيرة أصبحت معه المعلومات الشخصية المستعملة فيها معرضة - وبشكل واسع – للمخاطر، مما ثارت معه مخاوف فيما يخص حمايتها.

الكلمات المفتاحية: الحياة الخاصة، المجتمع والرقمنة ـ الحياة الرقمية

Abstract : Divine laws, international covenants and comparative legislation guarantee to the human being rights that he enjoys and exercises in freedom without being hindered in his exercise by others, and without prejudice to achieving a balance between the rights of individuals and the rights of society to protect public order, and among these rights related to the personality of the person the right to the inviolability of private life accordingly requires This right is respected by the authorities and individuals, and that they guarantee protection against illegal use. However, with the spread of modern technologies in information technology and its development and the introduction of digital to many sectors, the personal information used in it has become exposed - and widely - to risks, which arose with it in terms of its protection.

Mots Clés : private life, Society and digitization , Digital lif

(*)ـ، أستاذ محاضرة "أ"، جامعة المغرب

(*)ـ، أستاذ محاضرة "أ"، جامعة المغرب

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

كفلت الشرائع السماوية والمواثيق الدولية والتشريعات المقارنة للإنسان حقوقا يتمتع بها ويمارسها في حرية دون أن يعوقه الغير في ممارستها، ودون إخلال بتحقيق التوازن بين حقوق الأفراد وحقوق المجتمع في حماية النظام العام، ومن بين هذه الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان الحق في حرمة الحياة الخاصة[1] .

تبعا لذلك يقتضي هذا الحق الاحترام من قبل السلطات والأفراد، وأن تكفل له حماية ضد الاستعمال غير المشروع له. إلا أنه مع انتشار التقنيات الحديثة في تكنولوجيا المعلومات وتطورها ودخول الرقمية إلى قطاعات كثيرة أصبحت معه المعلومات الشخصية المستعملة فيها معرضة - وبشكل واسع – للمخاطر، مما ثارت معه مخاوف فيما يخص حمايتها.

لكل هذا حاولت العديد من التشريعات الوطنية معالجة هذا الأمر من خلال سن العديد من القوانين المرتبطة بمجال حماية المعطيات الشخصية منها التشريع المغربي من خلال القانون رقم09.08 والمتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[2]، وكذا التشريع الجزائري من خلال القانون رقم 07.18 والمتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[13]، هذين القانونين جاءا لملائمة مضامين الاتفاقيات الدولية في هذا المجال على غرار الاتفاقية رقم 108 لمجلس

أوروبا لسنة 1981 ذات الطابع العالمي، والتوجيهات الأوروبية رقم 9546 ذات الطابع الإقليمي لكنها بمثابة مرجعية عالمية في مجال قواعد حماية المعطيات الشخصية المعالجة بشكل آلي أو يدوي، في نظام RGPD المتعلق بحماية المعطيات الشخصية[24] .

هكذا جاء اهتمام التشريعين المغربي والجزائري بهذا المجال من أجل مسايرة التوجه الدولي في مجال حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي تكريسا في ذلك للحق الدستوري[5] والعالمي[6] في الحياة الخاصة الأفراد. وبالنظر إلى أهمية المعطيات ذات الطابع الشخصي، والطبيعة الخاصة التي تتميز بها وما قد يصاحبها من اعتداءات على الحياة الخاصة للأفراد فإن الإشكالية المحورية التي سنحاول الإجابة عليها في هذه الدراسة تتمثل في: مدى فعالية الترسانة التشريعية الوطنية في تحقيق حماية جنائية فعالة للمعطيات ذات الطابع الشخصي؟ من أجل الإجابة عن هذه الإشكالية ومعالجة هذا الموضوع فإننا سنتطرق إليه من خلال المبحثين التاليين :

- المبحث الأول: أسس الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي المعالجة بطريقة إلكترونية.

- المبحث الثاني: الحماية الجنائية الموضوعية للمعطيات ذات الطابع الشخصي المعالجة بطريقة إلكترونية.

المبحث الأول: أسس الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي المعالجة بطريقة الكترونية.

إن التطور العلمي الحاصل في تكنولوجيا المعلومات وحركتها المتسارعة، سواء على مستوى المعالجة والنشر، أو على مستوى التدفق عبر الحدود، بالإضافة إلى عدد الأشخاص المعنيين والحجم الهائل للمعلومات التي يتم تداولها أدى إلى المساس بالحق في الخصوصية، وأتاح للغير فرص الولوج إلى المعطيات الشخصية الأفراد بسهولة كبيرة.

لكل هذا عملت العديد من التشريعات على إقرار نصوص قانونية متعلقة بإفراد حماية لهذه المعطيات، هدفها الحد من أي انتهاكات لها ولمنع التجاوزات التي تطالها، لكن وقبل التطرق إلى هذه النصوص الحمائية المقررة على مستوى القانون ، لابد بداية من بيان الإطار المفاهيمي لهذه البيانات، وذلك من خلال تحديد مفهومها (المطلب الأول) ، ثم التطرق إلى طبيعتها القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم المعطيات ذات الطابع الشخصي.

لقد عملت جل التشريعات المقارنة على وضع تعاريف خاصة للمعطيات الشخصية، حيث تميزت معظمها بطابع شبه موحد، وعليه سنحاول التطرق

لتعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي (الفقرة الأولى)، ثم لبيان خصائصها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعريف المعطيات ذات الطابع الشخصي.

لابد من الإشارة في بداية إلى أن هناك تسميات عديدة للمعطيات المتعلقة بالأفراد، حيث يصطلح عليها بالمعطيات ذات الطابع الشخصي، المعطيات الشخصية، أو المعطيات الاسمية، ويمكن تعريفها حسب القواعد الإرشادية التي وضعتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية لسنة 1981 بأنها: "... كل معلومة عائدة لشخص طبيعي معروف أو قابل للتعرف[7]"،

نفس هذا التعريف تطرقت إليه الاتفاقية الأوروبية لحماية الأفراد من المعالجة الآلية للمعلومات الشخصية لسنة 1981 ، وكذا التوجه الأوروبي رقم95-46 والمتعلق بحماية الأفراد فيما يتصل بمعالجة البيانات وحرية انتقالها[8]، وذلك في مادته الثانية التي تنص على أنه : "المعطيات ذات الطابع الشخصي هي كل معلومة متعلقة بشخصي طبيعي معرف أو قابل للتعرف عليه (الشخص المعني)، ويعتبر قابلا للتعرف عليه الشخص الذي يمكن معرفته، بصفة مباشرة أو غير مباشرة ، لاسيما بالرجوع إلى رقم تعريف أو من خلال عنصر واحد أو عدة عناصر خاصة مميزة لهويته البدنية، الفيزيولوجية ، النفسية، الاقتصادية، الثقافية، أو الاجتماعية"، كما عرفتها المادة 4 من النظام

العام الأوروبي لحماية المعطيات الشخصية والذي دخل حيز التنفيذ في 25 ماي 2018 بأنها : "معلومات تتعلق بشخص طبيعي معرف أو قابلا للتعرف عليه (يشار إليه فيما يلي باسم "الشخص المعني") ، ويعتبر" شخصا طبيعيا قابلا للتعرف كل شخص طبيعي يمكن معرفته بشكل مباشر أو غير مباشر ، على وجه الخصوص بالرجوع إلى عنصر معرف، مثل الاسم ورقم التعريف وبيانات الموقع ومعرف الاتصال عبر الانترنيت أو لواحد أو أكثر من العناصر المميزة لهويته الفيزيولوجية، الجينية، النفسية، الاقتصادية، الثقافية، أو الاجتماعية".

وبالتالي يمكن القول أن المعطيات أو البيانات ذات الطابع الشخصي بكونها تلك المعلومات التي يمكن ربطها بشخص معين وتتيح إمكانية تحديد هويته والتعرف عليه.

أما بخصوص التشريعات العربية فقد اتجهت نحو اعتماد تعريف واسع للبيانات الشخصية حيث وضع أغلبها مادة خاصة بتعريفها بالرغم من اختلاف المصطلحات المعتمدة في ذلك، هكذا عرف المشرع المغربي في المادة الأولى من القانون رقم 08-09 بأنها: " كل من معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها بما في ذلك الصوت والصور والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه، والمسمى بعده" بالشخص المعني"، ويكون الشخص قابلا للتعرف عليه إذا كان بالإمكان التعرف عليه بصفة مباشرة أو غير مباشرة ولاسيما من

خلال الرجوع، إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجنسية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية"

الواضح أن هذا التعريف هو اقتباس قريب مما جاء في التوجه الأوروبي رقم 95-46 -المشار إليه سابقا- وكذا من القانون الفرنسي، والذي اعتمد عبارة " المعلومات ذات الطابع الشخصي[9]، نفس هذا الاقتباس اعتمده المشرع الجزائري من خلال المادة الثالثة من القانون رقم 18-07 حيث عرفها بأنها: " كل معلومة بغض النظر عن دعامتها، متعلقة بشخص معرف أو قابل التعرف عليه والمشار إليه أدناه" بالشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجنسية أو البيوميترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية ".

والملاحظ أن هذه التعريفات تستعمل فيها عدة مصطلحات متقاربة في المعنى كالمعلومات والمعطيات وذلك رغبة في منحها معنى واسعا[10]، وإن كان يبدو في الوهلة الأولى أنها نفس المصطلح إلا أنها تحمل اختلافات دقيقة ومهمة لابد من توضيحها. فبخصوص المعلومات يمكن تعريفها بأنها تلك البيانات التي تمت معالجتها لتحقيق هدف معين أو لاستعمال محدد لأغراض اتخاذ القرارات، بعبارة أخرى هي تلك البيانات التي يمكن تداولها ونشرها في صورة رسمية أو غير رسمية وذلك بعد تحليلها وتفسيرها وتجميعها[11].

أما المعطيات فهي كل ما يتم تقديمه في صورة أرقام أو كلمات أو رموز وما يقدم من حقائق وإحصائيات خاصة لا علاقة ببعضها البعض ولم يقع تفسيرها أو معالجتها يدويا أو الكترونيا[312].

ويميز في نطاق المعطيات الشخصية بين تلك ذات الطابع الحساس[413] وأخرى عادية، ورغم أن النص القانوني يعطي الحماية للمعطيات بشكل عام متى تعلقت بالجانب الشخصي، إلا أن هاجس الخطورة يزداد كلما تعلق الأمر بمعطيات ذات طابع حساس، كالتي أشار إليها مثلا المشرع المغربي في المادة الأولى من القانون رقم 08-09 وهي تلك التي تبين الأصل العرقي أو الإثني، أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي لشخص معين، أو تكون متعلقة بالصحة بما في ذلك المعطيات الجينية، ونفس هذا التوجه اعتمده المشرع الجزائري من خلال القانون 18-07 حيث قام بحضر معالجة البيانات الشخصية المبينة للأصل العرقي والإثني للأفراد[14].

أما المعطيات الشخصية الأخرى فهي تبقى كذلك من المعطيات المتعلقة بأدق تفاصيل الحياة الخاصة للأفراد[15]، وبالتالي يمكن أن تدخل ضمن حالة الحساسية متى اقترنت بها ظروف تضفي عليها نوعا من الخطورة، عندها يسري عليها ما يسري على المعطيات ذات الطابع الحساس[16] ،على أنه تجدر الإشارة هنا إلى أن المشرع الجزائري استثنى بمقتضى المادة 6 من القانون رقم 18-07 من مجال تطبيق هذا الأخير المعطيات الشخصية والمتعلقة ببعض أنواع المعالجات

ويتعلق الأمر بتلك التي يتم معالجتها من طرف شخص طبيعي لغايات لا تتجاوز الاستعمال الشخصي أو العائلي شريطة عدم إحالتها للغير أو نشرها، وكذا تلك البيانات المحصل عليها والمعالجة لمصلحة الدفاع و الأمن الوطنيين، وأخيرا تلك المعالجة لأغراض الوقاية من الجرائم ومتابعة مرتكبيها.

الفقرة الثانية: خصائص المعطيات ذات الطابع الشخصي.

من خلال التعريفات السابقة يتضح لنا أن المعطيات ذات الطابع الشخصي التي يحميها القانون لابد من أن تكون متعلقة بالأشخاص الطبيعية(أولا)، وأن تمكن من التعرف على هذا الشخص (ثانيا)

أولا : ضرورة أن تكون هذه المعطيات متعلقة بشخص طبيعي.

من خلال التعريفات - الموماً إليها سابقا - يتبن لنا أن المعطيات الشخصية تكون متعلقة بشخص طبيعي، وهذا التوجه الذي نحت نحوه أغلب التشريعات في تعاملها مع طبيعة الأشخاص المحميين ، هنا نتساءل عن الغاية من الاعتراف للشخص الذاتي بهذه الحماية، في المقابل حرم منها الشخص المعنوي؟ إجابة عن هذا السؤال يمكن القول أن الاتجاه الغالب لدى الفقه ينحو نحو اعتبار أن نطاق قانون حماية المعطيات الشخصية يجب أن يقتصر على الأشخاص الطبيعية، وسنده في ذلك أن هذه المعطيات هي بمثابة حق من الحقوق الحياة الخاصة للأفراد. كما سنشير إلى ذلك في المطلب الموالي، ومقابل

هذا الاتجاه هناك اتجاه ضيق في الفقه اتجه نحو التوسيع من نطاق حماية المعطيات الشخصية إلى الأشخاص الاعتبارية[17].

إلا أن الإشكال المطروح هنا يتعلق بالحالة التي يكون فيها مثلا الملف المعلوماتي لمؤسسة أو شركة معينة يتضمن معطيات شخصية عن الأشخاص المساهمين فيها ويتم المس بهذه المعلومات؟

إجابة عن ذلك ذهبت اللجنة الوطنية للمعلومات و الحريات[518] إلى أنه في الحالة التي ستكون فيها هذه الملفات مختلطة أي تحتوي في الوقت نفسه على معطيات عن أشخاص معنوية وذاتية فإنها يجب أن تخضع وجوبا للالتزام بالتصريح، وبالتالي تدخل في نطاق الحماية القانونية .

ثانيا: ضرورة أن تمكن هذه المعطيات الشخصية من التعرف على الشخص الذاتي.

سبق وأن أشرنا إلى أن المعطيات ذات الطابع الشخصي تسمح بصفة مباشرة وبأي شكل من الأشكال بالتعرف على الشخص الذاتي، ويدخل ضمن هذا الإطار بيانات الحالة المدنية من اسم عائلي، وشخصي وجنس وتاريخ ومكان الازدياد والعنوان الشخصي، وكذا المعطيات المتعلقة بالمواصفات البدنية من صوت وصورة وبصمات اليد وغيرها.

وبالرجوع إلى القانون رقم 08-09 نجد أنه ركز على الصوت والصورة بشكل خاص باعتبارها منه أكثر المعطيات دلالة على الشخص وتمكن من التعرف عليه[19]، إلا أنه ما تجب الإشارة إليه هو أن هذا التحديد جاء على سبيل المثال فقط لا الحصر على اعتبار أن إمكانية التعرف على الشخص بشكل غير مباشر متاحة من خلال مجموعة من المعايير المركبة كالسن والجنس والوظيفة وغيرها، وتبقى العناصر التي تمكن من التعرف على الشخص سواء بشكل مباشر أو غير مباشر متعددة أو متنوعة، إلا أن أغلب التشريعات أجمعت على عناصر الهوية البدنية، أو الفيزيولوجية أو الجينية أو الاجتماعية وغيرها[20] .

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمعطيات الشخصية.

إن أهمية الحياة الخاصة ومركزيتها بالنسبة لباقي الحقوق والحريات العامة والفردية، قد اقتضت من القوانين وبدرجات مختلفة حمايتها بسياج من المقتضيات القانونية يكفل لها الاحترام وخصوصا لما غدا التطور العلمي والتكنولوجي ذا أثر بالغ يهدد هذا الحق على المستويين الفردي والجماعي،

إن الحق في الحماية الخاصة هو مفهوم واسع تندرج ضمنه مجموعة من العناصر المكونة للحق في حماية المعطيات الشخصية مما يطرح معه السؤال عن ما إذا كانت هذه الأخيرة تندرج ضمن الحق في الحياة الخاصة. هذا ما سنحاول تناوله من خلال التطرق لمفهوم الحق في حماية الحياة الخاصة (الفقرة الأولى)،

ثم لتبيان مكانة هذه المعطيات الشخصية ضمن الحق في الحياة الخاصة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: مفهوم الحق في حماية الحياة الخاصة

لم تتفق القوانين المقارنة في وضع تعريف لمفهوم الحياة الخاصة، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد العناصر التي تشتمل عليها الخصوصية الفردية، باعتبار أن هذه العناصر تكمن في الأمور المتعلقة بالإنسان، وهي التي يريد هذا الأخير إحاطتها بستار من الكتمان.

وقد استقر معظم الفقه على أن مفهوم الخصوصية من الصعب تعريفه بل يكاد يستحيل إيجاد تحديد عام لهذا المصطلح بما يتناسب والاستعمال القانوني له[621]، كما أن القضاء من جانبه يحجم غالبا عن الخوض في إعطاء تعريف لفكرة الحياة الخاصة محاولا فقط إيجاد العلاج المناسب والحماية الكاملة لها دون الالتزام بقواعد أو أحكام سابقة. وبالرغم من صعوبة وضع تعريف جامع مانع فقد حاول الفقه والقضاء الاستناد إلى بعض الأسس والمعايير التي يمكن الاسترشاد بها لتحديد ماهية الحياة الخاصة، ولما كانت فكرة الحياة الخاصة ليست ثابتة وإنما هي فكرة نسبية تتباين بتباين الناس وبيئاتهم وثقافتهم وانتماءاتهم الدينية والسياسية والاجتماعية، فإن إفراد حماية الحياة لها أصبحت من الضروريات الأساسية ضد كل مساس بها، وقد تجلى ذلك في صورة اتفاقيات دولية للاعتراف بالحق في حرمة الحياة الخاصة وتأكيد حمايته،

فضلا عن المؤتمرات الدولية التي انعقدت لبحث أفضل الوسائل لحماية هذا الحق، دون تحديدها بشكل أدق نظرا لتغيره ونسبته من كل دولة[722].

فبالنسبة للاتفاقيات الدولية نجد كوثيقة بارزة في هذا المجال الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948 والذي تضمن مجموعة من النصوص التي تبين الركائز الأساسية للحرية وتحيطها بالحماية اللازمة. وعليه أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان بقرارها رقم 218 في دورة انعقادها بتاريخ 10 ديسمبر سنة 1948، ويتضمن مجموعة من المبادئ الدولية التي تنادي باحترام الحقوق الأساسية للإنسان، خصوصا المادة 12 منه والتي تقضي بأنه: "لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو لحملات على شرفه وسمعته، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات". انطلاقا من مضمون هذا النص يتضح لنا أن الميثاق يهدف إلى إضفاء الحماية اللازمة لحق الإنسان في خصوصياته، بحيث لا يتعرض لأي تدخل غير مشروع أو بدون مسوغ قانوني، إلا أنه من ناحية أخرى يلاحظ أنه رغم عالمية نصوص الإعلان وأهميتها فهي لم تتعد الالتزام الأدبي دون القانوني بالنسبة للدول الموقعة عليه من حيث احترامها لما تضمنته من قواعد وضمانات.

وقد أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية في 15 من ديسمبر 1922، وهي تمتاز عن الإعلان العالمي –

سالف الذكر- باعتبارها تقنينا دوليا لحقوق الإنسان يفرض التزامات قانونية محددة على الدول بضرورة احترام ما تضمنته من حقوق بخلاف الإعلان الذي يقتصر على فرض التزامات أدبية باحترام ما تناوله من قواعد تتعلق بحقوق الإنسان[823].. وقد نصت المادة 17 هذه الاتفاقية على أنه :

1 - لا يجوز التدخل بشكل تعسفي أو غير قانوني في المسائل الخاصة بأي شخص أو عائلته أو بمسكنه أو بمراسلاته، كما لا يجوز التعرض بشكل غير قانوني فيما يمس شرفه وسمعته.

2- لكل شخص الحق في حماية القانون ضد هذا التدخل أو التعرض، وبهذه المادة تكون تلك الاتفاقية قد اعترفت بحق المرء في حياته الخاصة و حرمت كل صور الاعتداء عليه، سواء وقع من جانب الأفراد أو من قبل السلطات الحكومية.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية الإقليمية، فتكاد تكون الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية الصادرة عام 1955 مثالا حيا في مجال التأكيد على احترام الحقوق والحريات الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر سنة 1948، حيث نصت في المادة الثامنة[924] منها على الحق في الحياة الخاصة، وأوجبت ضرورة حمايته من أي تدخل من جانب السلطة العامة إلا في حدود ما يفرضه القانون.

الفقرة الثانية: مكانة المعطيات الشخصية في نطاق الحق في الحياة الخاصة.

بعد أن حددنا مفهوم المعطيات ذات الطابع الشخصي، وكذا مفهوم الحق في الحياة الخاصة والتطرق للعناصر المكونة له، لابد من تحديد العلاقة بين هذين المفهومين وذلك بغية تحديد الطبيعة القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي، هكذا فبالرجوع إلى عناصر الحق في الحياة الخاصة – التي تحدثنا عنها في الفقرة السابقة- من قبيل الصوت والصورة والآراء السياسية والمعتقدات الدينية إضافة إلى الهوية الاسمية والجسدية إلى غير ذلك، نجد أنها تتقاطع بشكل كبير مع مفهوم ومضمون المعطيات الشخصية مما يمكن معه القول أن هذه المعطيات ذات الطابع الشخصي هي حياة خاصة في المجال المعلوماتي[1025]، وهي ما يمكن أن نسميها بالخصوصية المعلوماتية.

والمقصود بالحياة الخاصة في المجال المعلوماتي هي حق الشخص في أن يتحكم في المعلومات التي تخصه، وحقه كذلك في معرفة إلى أي مدى يمكن أن تصل المعلومات الخاصة به للعموم[1126]، بعبارة أخرى يمكن القول أن الخصوصية المعلوماتية هي قدرة الشخص على التحكم في دورة المعلومات المتعلقة به.

اعتبارا لكل هذا ولتحديد الطبيعة القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي باعتبارها جزءا من الحياة الخاصة في الشق المعلوماتي منها، أمكن

القول أن المعالجة المعلوماتية لهذه المعطيات قد تسبب مساسا مباشرا لحقوق الأفراد وحرياتهم خاصة ما يتعلق بمعالجة معطيات قد يكون لها طابع حساس كتلك المتعلقة مثلا بالآراء السياسية أو المعتقدات الدينية، لهذا أصبح الحق في حماية المعطيات الشخصية يشكل أحد العناصر الرئيسية للحق في الحياة الخاصة، ولنا في المادة الأولى من التوجيهات الأوروبية ل 24 أكتوبر 1995 ما يؤكد هذا الطرح، حيث نصت على أن الدول الأعضاء تضمن تطبيقا لهذه التوجيهات حماية الحريات والحقوق الأساسية للأشخاص الطبيعية وعلى وجه الخصوص حياتهم الخاصة تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[27]، نفس هذا التوجه اعتمدته المادة الأولى من الاتفاقية رقم 108 لمجلس دول أوروبا والتي أكدت على أن الهدف من هذه الاتفاقية هو أن لكل شخص الحق في احترام حقوقه وحرياته الأساسية خصوصا الحق في الحياة الخاصة تجاه المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية.

المبحث الثاني: الأحكام الخاصة بالحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي.

إذا كان الإنسان يعتبر كائنا اجتماعيا بطبعه، فإنه بحكم طبيعته وتكوينه لا يستطيع أن يعيش حياته كلها رهن مشيئة المجتمع، فالانغماس داخل الحياة الاجتماعية لا يحول دون وجود مجال أو مجالات متعددة من حياة الفرد تبقى بعيدة عن تدخل الغير، ومن ثم كان حق الفرد في حياته الخاصة أحد

مستلزمات حريته الشخصية[28] ، بحيث أن لكل فرد مساحة خاصة يحتفظ فيها بأسراره وخصوصياته بعيدا عن إطلاع أو تدخل فرد آخر ، إلا أنه ونتيجة للتطور السريع والمتواصل في تكنولوجيا المعلوميات والاتصالات قد برزت أنماط جديدة من الجرائم تمس بالحياة الشخصية للأفراد لم تكن معهودة من قبل.

لكل هاته الاعتبارات تدخل المشرع لتنظيم مسألة حماية الحياة الخاصة من مخاطر المعلوميات، وذلك من خلال مجموعة من المقتضيات الزجرية الرادعة، وعليه سنتطرق لصور الاعتداء التي تمس المعطيات الشخصية في البيئة الرقمية وتجريمها (المطلب الأول)، ثم من خلال إثارة المسؤولية الجنائية لمقترفي هذه الأفعال (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الحماية الجنائية الموضوعية للمعطيات ذات الطابع الشخصي والمعالجة بطريقة الكترونية.

اتجهت الجهود نحو تعزيز الحماية ومواجهة الاعتداءات الماسة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي وذلك من خلال نصوص قانونية زجرية الغاية هي حماية المعطيات الشخصية من كل الاعتداءات والانتهاكات التي قد تطالها، وذلك عن طريق تجريم مختلف الأفعال التي قد تمس بها سواء كانت مرتكبة من طرف المسؤولين عن المعالجة (الفقرة الأولى)، أومن طرف الأغيار (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: الجرائم المرتكبة من طرف المسؤول عن المعالجة.

بالرجوع إلى مقتضيات القانون رقم 08-09 نجده قد اتجه إلى تجريم الأفعال التي تمس بالمعطيات الشخصية، سواء في ذلك أكانت هذه المعالجة قد تمت بطريقة إلكترونية أو يدوية، والتي يفترض في المسؤولين عن المحافظة عليها احترام قواعدها الموضوعية (أولا) والشكلية (ثانيا)، دون تجاوز للحدود المخولة لهم في استعمال هذه المعطيات.

أولا: الجرائم الماسة بالقواعد الموضوعية للمعالجة.

قد يرتكب المسؤول عن المعالجة جرائم تمس بالقواعد الموضوعية للمعالجة، وذلك سواء أكانت متعلقة بحقوق الشخص المعني، أو متعلقة بتسيير المعطيات الشخصية.

1- الجرائم المتعلقة بحقوق الشخص المعني.

يتمتع الشخص المعني بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بمجموعة من الضمانات في مواجهة المسؤول عن المعالجة، بحيث أن أي معالجة لهذه المعطيات تتم بدون رضى الشخص المعني، فإنها تشكل فعلا معاقبا عليه، خصوصا إذا تعلق الأمر بالمعطيات الحساسة، إضافة إلى المس بحقوق الولوج أو التصريح أو التعرض من طرف المسؤول عن المعالجة، وسنتطرق باختصار لكلتا الجريمتين في النقطتين التاليتين:

- ✓ جريمة المعالجة دون رضى الشخص المعني:

بالرجوع إلى مقتضيات المادة 56 والفقرة الأولى من المادة 57 القانون رقم 08-09 من يتضح لنا أن المشرع جرم فعل معالجة المعطيات الذي يتم بدون رضى الشخص المعني بها، وتتحقق هذه الجريمة حسب هذه المادة عن طريق القيام بمعالجة المعطيات الشخصية بدون رضى المعني بهذه المعطيات، لكن تجدر الإشارة إلى أن هذا الرضى الوارد في نص المادة 56 أعلاه لا يكون مطلوبا في بعض الحالات المحددة حصرا[1229]، على أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع شدد العقوبة عندما يتعلق الأمر بمعالجة معطيات حساسة دون الموافقة الصريحة للأشخاص المعنيين، هذا ما يتعلق بالركن المادي لهذا الفعل، أما بالنسبة للركن المعنوي فإنه يلزم لتحققه توافر القصد لدى مرتكب الفعل، وذلك بعنصريه العلم والإرادة باعتبارها جريمة عمدية لا تقوم بمجرد الخطأ، على أنه يتحقق هذا القصد عندما يكون الفاعل عالما بأن ما يقوم به يشكل معالجة لمعطيات شخصية، أنه يقوم بذلك بدون رضى مسبق من الشخص المعني[1330].

وقد خص المشرع هذه الجريمة بعقوبات نص عليها ضمن المادة 56 من القانون 08-09 والتي تتراوح بين الحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كما اتجه المشرع إلى تشديد العقوبة عندما يتعلق الأمر بمعطيات حساسة حيث إن المادة 57 تعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى سنتين وبغرامة 50.000 إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، في حالة القيام بمعالجة معطيات تبين بشكل مباشر أو

غير مباشر الأصول العرقية أو الاثنية، أو الآراء السياسية أو الفلسفية أو الدينية، أو الانتماءات النقابية للأشخاص المعنيين، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد اتجه نحو التشديد في العقوبة عكس المشرع المغربي حيث عاقبت المادة 55 من القانون رقم 07.18 عن هذا الفعل بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 300.000 دينار جزائري.

- ✓ **جريمة الاعتداء على حقوق الشخص المعني.**

تقوم هذه الجريمة حسب المادتين 53 و 59 من القانون رقم 08-09 إما برفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض من طرف المسؤول عن المعالجة أو بإجراء المعالجة رغم تعرض الشخص المعني، والذي يجب أن يكون مبنيا على أسباب مشروعة، وأن يكون التعرض منصبا على معالجة أعمال الاستقراء لاسيما التجاري و إلا أثيرت المسؤولية، هذا ما يتعلق بالركن المادي أما الركن المعنوي فيلزم فيه أن يتوافر لدى المسؤول عن هذه المعالجة قصد لارتكابها باعتبارها جريمة عمدية[1431]، ويتحقق القصد العام لدى الجاني بعلمه أنه يرتكب أفعال تشكل رفضا للحق في الولوج أو الحق فيه التصحيح،أو الحق في التعرض، أو أنها تشكل معالجة لمعطيات شخصية متعلقة بشخص ذاتي رغم تعرضه المبني على أسباب مشروعة، كما يلزم أن تكون لدى الجاني الإرادة للقيام بهذه الأفعال دون غيرها[1532].

أما بخصوص القصد الجنائي الخاص فمجال تحققه في هذه الجريمة هو صورة واحدة، ويتعلق الأمر بالحالة التي يستهدف فيها الجاني من معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بشخص ذاتي و القيام بأعمال الاستقراء، إذ يلزم في هذه الحالة أن تكون لديه النية للقيام بعمليات الاستقراء هاته حتى يمكن من اعتبار معالجته قد أجريت رغم تعرض الشخص المعني هنا فحسب تتحقق جريمة الاعتداء على حقوق هذا الأخير[33].

وقد خصص المشرع المغربي لهذه الجريمة عقوبتين مختلفتين، حيث عاقب في المادة 53 من القانون08-09 على الفعل المكون لرفض حقوق الولوج أو التصريح أو التعرض، بعقوبة تتراوح قيمتها بين 20.000 و 200.000 درهم، أما فيما يخص الفعل المكون لمعالجة المعطيات الشخصية المتعلقة بشخص ذاتي رغم تعرضه، فقد اتجه المشرع إلى تشديد العقوبة فيه، حيث عاقب الفاعل بالحبس من 3 أشهر إلى سنة، وبغرامة مالية من 20.000 إلى 200.000، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط. أما المشرع الجزائري فقد عاقب في المادة 64 من القانون 18-07 بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل مسؤول عن المعالجة يرفض دون سبب مشروع، حقوق الإعلام أو الولوج أو التصحيح أو الاعتراض المنصوص عليها في المواد 32 و 34 و 35 و 36 من نفس القانون.

2- الجرائم المتعلقة بتسيير المعطيات الشخصية.

يقتضي القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ضرورة احترام مجموعة من القواعد الشكلية التي نص عليها القانون بهدف حماية الأشخاص الذاتيين في مواجهة هذه المعالجة، حيث يلزم المسؤول عن المعالجة قبل إجراء هذه الأخيرة ضرورة القيام ببعض الشكليات المسبقة، التي تخوله معالجة المعطيات الشخصية، ومن ثم فإن مخالفة هذه الشكليات يعد جريمة، وعليه سنتطرق باختصار لهذه الأفعال في النقطتين التاليتين:

- ✓ **جريمة الجمع والتخزين والمعالجة غير المشروع للبيانات الشخصية:**

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بتحقق العناصر التالية:

- جمع المعطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة، حيث حظرت المادة 54 من القانون رقم 08-09 جمع البيانات دون سبب مشروع أو بأية طريقة غير مشروعة ، نفس المقتضى نصت عليه المادة 59 من القانون رقم 18-07 والتي جرمت القيام بجمع المعطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة[1634].

- المعالجة غير المشروعة، وذلك من طرف المسؤولين عن المعالجة في حالة تنافيها مع الغايات المحددة والمعلنة والمشروعة والواردة في التصريح المقدم إلى اللجنة الوطنية، أو في الإذن الممنوح من قبل هذه الأخيرة بناء على طلب المسؤول عن المعالجة .

- حفظ المعطيات الشخصية لمدة تزيد عن المدة القانونية، المنصوص عليها في النصوص التشريعية الجاري بها العمل، أو المنصوص عليها في التصريح أو الإذن.

هذا ما يتعلق بالركن المادي لهذه الجريمة، أما الركن المعنوي لها فهو يتخذ صورة القصد الذي يقوم على عنصري العلم و الإرادة ، بحيث يجب أن يعلم الفاعل أن الأفعال المرتكبة تشكل جريمة معاقب عليها، وتجدر الإشارة إلى أن القصد الجرمي في هذه الجريمة ينحصر بالقصد العام ولا يتطلب قصدا خاصا بحيث لا ينظر إلى البواعث التي دفعت الجاني إلى ارتكابه هذا الفعل.

وقد عاقبت المادتين 54 و55 من القانون رقم 08-09 عن هذه الأفعال في حالة تحققها بعقوبة الحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، عكس القانون رقم 18-07 الذي تشدد كثيرا حيث عاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وغرامة من 100.000 إلى 300.000 دينار جزائري في نص المادة 59.

- ✓ **جريمة الاستعمال غير المشروع للمعطيات.**

تتحقق هذه الجريمة حسب المادة 61 من القانون رقم 08-09 بتوافر العناصر التالية:

- التسبب أو التسهيل في الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة أو المستعلمة من قبل المسؤول عن المعالجة، أو المعالج من الباطن، أو

الشخص والذي بحكم مهامه يعالج المعطيات الشخصية، ومن خصوصيات هذا الفعل أن المشرع ذكر الأشخاص المخاطبين بها على سبيل الحصر، وهو نفس التوجه الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 69 من القانون رقم 18-07 [1735]

- إفشاء المعطيات لأغيار غير مؤهلين، وذلك عن طريق نقلها من قبل المسيطر عليها، وذلك بمناسبة معالجتها أو حفظها أو نقلها إلى أشخاص غير مؤهلين لتلقي هذه البيانات.

- نقل المعطيات إلى بلد أجنبي لا يتوفر على حماية كافية للمعطيات الشخصية ، باستثناء حالة الموافقة الصريحة للشخص المعني على هذا النقل، أو في حالة كان النقل ضروريا[36]، أو لتنفيذ اتفاق ثنائي أو متعدد الأطراف يكون المغرب عضوا فيه، وأخيرا بناء على إذن صريح ومعلل من اللجنة الوطنية.

هذا ما يتعلق بالركن المادي، أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فإنه بالرجوع إلى المادة 60 من القانون رقم 08-09 نجد أنها تتطلب القصد فقط دون الخطأ، وذلك بعلم الجاني بأنه ينقل المعطيات الشخصية إلى بلد أجنبي، وهذا على عكس المادة 61 و التي نصت على إمكانية - وفيما يتعلق بكل استعمال تعسفي أو تدليسي للمعطيات الشخصية أو إيصالها لأغيار غير مؤهلين - أن ترتكب هذه الجريمة عن طريق القصد أو عن طريق الخطأ.

وقد عاقب المشرع بالحبس من 3 أشهر إلى سنة وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين عن نقل المعطيات الشخصية إلى بلد

أجنبي من دون التوفر على ضمانة كافية لحمايتها، وبالحبس من 6 أشهر إلى سنة وغرامة مالية من 20.000 إلى 300.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين على الاستعمال التعسفي أو التدليسي لهذه المعطيات، أما المشرع الجزائري فقد عاقب عن هذا الفعل من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دينار.

ثانيا: الجرائم الماسة بالقواعد الشكلية للمعالجة والتعاون مع اللجنة الوطنية

يقتضي القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ضرورة احترام مجموعة من القواعد الشكلية وذلك بهدف حماية الأشخاص الذاتيين في مواجهة هذه المعالجة، حيث يلزم المسؤول عن هذه الأخيرة وحتى قبل إجرائها القيام ببعض الشكليات، وأن مخالفة هذه الشكليات يستتبعه قيام مسؤولية الفاعل، وتقوم هذه المسؤولية كذلك في حالة عدم التعاون مع اللجنة الوطنية.

1- الجرائم المتعلقة بشكليات المعالجة

يلزم قبل إجراء أي معالجة لمعطيات ذات طابع شخصي ضرورة حصول المسؤول عن المعالجة لترخيص من قبل اللجنة الوطنية المكلفة بحماية هذه المعطيات، وعليه فأي معالجة يتم إجراءها من دون الحصول على هذا الترخيص تعد جريمة معاقب عليها. وسنتطرق لهذه لذلك في النقطتين التاليتين:

- ✓ **جريمة المعالجة بدون تصريح أو بدون إذن مسبق:**

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة حسب المادة 52 من القانون رقم 08-09 بتوافر العناصر التالية:

- إنجاز ملف المعطيات الشخصية بدون تصريح أو إذن، ويتم ذلك عن طريق معالجة البيانات من أجل إنجاز ملف المعطيات ذات الطابع الشخصي من دون الحصول على إذن مسبق بذلك من طرف اللجنة الوطنية، أو بعدم وضع التصريح لديها.

- مواصلة المعالجة بعد سحبهما، أي عن طريق سحب كل من التصريح والإذن من طرف اللجنة الوطنية.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فقد تضاربت آراء الفقه بين من يعتبرها جريمة عمدية[37]، وبين من يعتبر أن مجرد ارتكاب السلوك المادي المكون لها يؤدي حتما إلى توقيع العقوبة[1838]، على أنه يمكننا القول أن هذه الجريمة يمكن اعتبارها عمدية وغير عمدية في نفس الوقت بحيث أن المسؤول عن المعالجة قد يقوم بهذه المعالجة من دون الحصول على الترخيص اللازم، وبذلك يكون قد خالف القوانين المعمول بها مما تترتب معه مسؤوليته، وهذا التوجه هو الذي اعتمده المشرع الفرنسي عندما عاقب الفاعل ولو قام بذلك عن طريق الإهمال.[39] وقد أفرد المشرع المغربي لهذا الفعل عقوبة الغرامة من 10.00 إلى 100.000 درهم، عكس المشرع الجزائري والذي شدد العقوبة عن هذا الفعل

بمقتضى المادة 56 من القانون 18- 07 بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبغرامة من 200.000 إلى 500.000 دينار جزائري.

✓ **جريمة عدم اتخاذ إجراءات لحماية المعطيات الشخصية:**

تتحقق هذه الجريمة عن طريق القيام بمعالجة المعطيات الشخصية من دون إنجاز الإجراءات التي تهدف لحماية أمن المعطيات، حيث إنه بالرجوع إلى المادتين 23 و 24 من القانون رقم 09.08 ، والمادتين 38 و 39 من القانون 18-07 نجدهما تنصان على ضرورة اتخاذ كافة الإجراءات التقنية والتنظيمية المناسبة لتوفير حماية لهذه المعطيات الشخصية من كل خطر يمكن أن يهددها، على أن هذه المسؤولية لا تقوم في حالة الحصول على إعفاء بذلك من اللجنة الوطنية.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فإنه بالرجوع إلى نص المادة 58 من القانون رقم 09.08 نجدها لا تنص بشكل واضح على الركن المعنوي لهذه الجريمة، إلا أنه يمكن القول أن هذه الجريمة تقوم عن طريق القصد، أي أن الفاعل عالم بأنه يعالج معطيات ذات طابع شخصي ودون اتخاذ تدابير حمائية لها، وبإرادة تحقيق هذا الفعل، كما أن تصور قيام هذه الجريمة عن طريق الخطأ فتتحقق بإجراء معالجة لمعطيات ذات طابع شخصي من دون اتخاذ إجراءات حماية لها، سواء أكان ذلك بإهمال اتخاذ هذه الإجراءات أو عدم تبصر منه.

وقد عاقب المشرع عن هذا الفعل بعقوبة الحبس من 3 أشهر إلى سنة، وبغرامة من 20.000 إلى 200.00 درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين، أما المشرع

الجزائري فقد عاقب على هذا الفعل في المادة 65 بالغرامة فقط والتي تتراوح بين 200.000 و 500.000 دينار.

2- جريمة الامتناع عن التعاون مع اللجنة الوطنية:

تتحقق هذه الجريمة حسب المادة 62 من القانون رقم 08-09 بتوافر العناصر التالية:

- عرقلة ممارسة اللجنة الوطنية لمهامها في المراقبة، سواء أكان ذلك عن طريق القيام بفعل إيجابي أو بالامتناع عن القيام بعمل معين.

- رفض استقبال المراقبين وعدم السماح لهم بإنجاز تفويضهم.

- رفض إرسال الوثائق أو المعلومات المطلوبة، أو إرسالها بعد انتهاء الآجال المحددة من قبل اللجنة.

- رفض نقل الوثائق التي ينص عليها القانون.

- رفض تطبيق قرارات اللجنة الوطنية.

هذا ما يتعلق بالركن المادي، أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فلا يتحقق إلا عن طريق القصد، أي أن هذه الجريمة تقوم كلما تمت عرقلة عمل اللجنة الوطنية بمنعها من ممارسة مهامها أو رفض التعاون معها وذلك بشكل عمدي[1940].

وقد عاقب المشرع على هذه الجريمة بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وبغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط

وذلك على جميع العناصر المكونة لهذه الجريمة، باستثناء حالة رفض تطبيق قرارات اللجنة الوطنية و التي عاقب عليها المشرع بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وتضاعف هذه الغرامات إذا كان الفاعل شخصا معنويا، إضافة إلى إمكانية مصادرة أملاك له جزئيا، أو المصادرة المنصوص عليها في الفصل 89 من القانون الجنائي المغربي[2041]، أو بإغلاق مؤسسة أو مؤسسات الشخص المعنوي التي ارتكب فيها المخالفة[2142]. أما المشرع الجزائري فقد عاقب على هذه الأفعال بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبغرامة من 60.000 إلى 200.000 دينار أو بإحدى هاتبن العقوبتين فقط.

الفقرة الثانية: الجرائم المرتكبة من طرف الأغيار.

إن المقصود بالغير[2243] هو ذلك الشخص الذاتي أو المعنوي، وهو غير الشخص المعني، ولا المسؤول عن المعالجة، والمعالج من الباطن، و الأشخاص المؤهلون لمعالجة المعطيات الخاضعين للسلطة المباشرة للمسؤول عن المعالجة أو للمعالج من الباطن، وقد عاقب المشرع المغربي في القانون رقم 07.03 [2344]، وكذا المشرع الجزائري في القانون رقم 04- 15[2445] (والمتعلقين بالمس بنظم المعالجة الآلية للمعطيات) على الأفعال التي قد يرتكبها هؤلاء الأغيار والماسة بالمعطيات الشخصية، وعليه سنتطرق إلى الحديث عن دخول الغير بالاحتيال

إلى نظم للمعالجة الآلية للمعطيات والبقاء فيها (أولا)، ثم عن القيام بعرقلة سيرها والتلاعب بمحتواها (ثانيا).

أولا: جريمة الدخول عن طريق الاحتيال أو الخطأ إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات والبقاء فيها.

تعتبر جريمة الدخول إلى النظام المعلوماتي أو البقاء فيه في الأصل جريمة شكلية، بحيث لا يلزم لقيامها تحقق نتيجة معينة[2546] إلا أن هذا قد يؤدي إلى الإطلاع على معطيات شخصية حساسة. وستنطرق لكل من الفعلين كما يلي:

1- الدخول عن طريق الاحتيال لنظام المعالجة الآلية للمعطيات.

بالرجوع إلى الفقرة الأولى من الفصل 3-607 من القانون الجنائي نجد أنه لتحقق هذه الجريمة لا بد من قيام الجاني بالدخول إلى النظام عن طريق الاحتيال بدون أن يكون مرخصا أو مسموحا له بذلك متجاوزا الحماية التقنية التي يتوفر عليها النظام[2647]، ولم يحدد هذا الفصل الوسيلة التي يتم بها الدخول، وهو نفسه التوجه الذي اتبعه المشرع الجزائري في المادة 394 مكرر من قانون العقوبات، لهذا يمكن القول أنه يتحقق بأية وسيلة أو طريقة كانت، هذا ما يتعلق بالركن المادي، أما الركن المعنوي فيتحقق بتوافر قصد لدى الجاني لارتكاب هذا الفعل (القيام بالدخول)، بحيث تتجه نية الجاني إلى استعمال وسائل احتيالية لأجل الدخول لهذا النظام.

وقد عاقب المشرع بالحبس من شهر إلى ثلاثة أشهر وبالغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، وتضاعف هذه العقوبة إذا نتج عن هذا الدخول حذف أو تغيير في المعطيات المدرجة في نظام المعالجة الآلية أو لاضطراب في سيره. كما عاقب الفصل 607-4 بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وبالغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم على الدخول عن طريق الاحتيال لنظام المعالجة الآلية للمعطيات الذي يفترض أنه يتضمن معلومات تخص الأمن الداخلي أو الخارجي للدولة أو أسرار تهم الاقتصاد الوطني، أما إذا نتج عن هذا الدخول تغيير في معطيات هذا النظام أو حذفها أو اضطراب في سيره ترفع العقوبة إلى الحبس من سنتين إلى خمس سنوات وبالغرامة من 100.000 إلى 200.000 درهم.

أما المشرع الجزائري فقد عاقب عن هذا الفعل بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50.000 إلى 100.000 دينار جزائري، وتضاعف العقوبة إذا ترتب عن ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

2- جريمة البقاء في نظام المعالجة الآلية بعد الدخول إليه عن طريق الخطأ.

بالرجوع إلى الفقرة الثانية من الفصل 607-3 من القانون الجنائي المغربي نجد أنه لا بد لتحقق هذه الجريمة قيام الجاني بالبقاء في نظام المعالجة الآلية للمعطيات وعدم الخروج منه بعد الدخول إليه بالخطأ، وتعتبر هذه

الجريمة من الجرائم المستمرة، والتي تبقى قائمة طالما أن الجاني لازال على اتصال بالنظام الآلي المعالج للمعطيات[2748].

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فالمشرع لم يستلزم القصد فيها، بل إنها تتحقق لمجرد الخطأ بالدخول والبقاء فيه، وقد عاقب المشرعين المغربي والجزائري على هذه الجريمة بنفس العقوبات التي عاقبوا بها الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات المشار إليها أعلاه.

ثانيا: جريمة عرقلة سير نظم المعالجة الآلية للمعطيات والتلاعب بمحتواها.

تتحقق هذه الجريمة سواء عن طريق القيام بعرقلة سير نظام المعالجة الآلية للمعطيات وإحداث خلل فيها، أو عن طريق التلاعب بهذه المعطيات.

1- جريمة عرقلة سير نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إحداث خلل فيه:

تتحقق هذه الجريمة حسب الفصل 5-607 من القانون الجنائي، بتوافر العناصر التالية:

- عرقلة سير نظام للمعالجة الآلية، وهي تتخذ صورا متعددة كإرسال فيروس Virus مدمر للأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات مما قد يسبب في عرقلة سيره، أو عن طريق قرصنة المعطيات عن طريق فك شفرة الأنظمة المعالجة آليا.

- إحداث خلل بالنظام، وهو يتخذ صورا كثيرة منها بطء عمل النظام المعلوماتي أو التوقف الكلي أو الجزئي للمعالجة الآلية للمعطيات.

هذا ما يتعلق بالركن المادي، أما بخصوص الركن المعنوي فهذه الجريمة من الجرائم التي تتطلب القصد، حيث أن المشرع أورد عبارة "عمدا"[2849]، وعليه لابد أن تتجه إرادة الجاني إلى عرقلة سير نظام المعالجة أو إحداث خلل فيه مع علمه أن تصرفه ضد إرادة صاحب الحق في السيطرة على هذا النظام.

وقد عاقب المشرع على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحداث هاتين العقوبتين.

2- جريمة التلاعب بالمعطيات المعالجة آليا:

إن التلاعب بالمعطيات المعالجة آليا، يتم عن طريق إما التلاعب بمعطيات شخصية محفوظة بهذه النظم وذلك سواء عن طريق المس بها أو بطريقة معالجتها أو إرسالها، أو عن طريق تزوير هذه المعطيات واستعمالها.

✓ **جريمة المس بالمعطيات أو بطريقة معالجتها أو إرسالها:**

تتحقق هذه الجريمة حسب الفصل 706-6 من القانون الجنائي بتوافر العناصر التالية:

- إدخال معطيات لم تكن موجودة من قبل الشيء الذي قد يؤثر على صحة البيانات القائمة والتي قد تؤدي إلى المساس بحرمة الحياة الخاصة.

- إتلاف هذه المعطيات، من خلال تشويهها على نحو فيه إتلاف بما يجعلها غير صالحة للاستعمال.

- حذف معطيات، عن طريق تدميرها و محوها سواء أكان ذلك كليا أو جزئيا.

- تغيير المعطيات واستبدالها بمعطيات أخرى، قد تؤدي أيضا إلى المساس بحرمة الحياة الخاصة للأفراد.

- تغيير طريقة معالجتها أو طريقة إرسالها، التي تؤدي إلى اضطراب بالنظم المعالجة الآلية للمعطيات.

هذا ما يتعلق بالركن المادي أما بالنسبة للركن المعنوي، فإنه يتخذ صورة القصد الذي يقوم على عنصري العلم والإرادة، حيث يجب أن يعلم الجاني بأن الأفعال التي يأتيها تشكل إضرارا بالمعطيات المعالجة بالنظم الآلية.

وعلى العموم فالقصد الجرمي في هذه الجريمة ينحصر بالقصد العام ولا يتطلب قصدا خاصا، ولا عبرة بالبواعث التي دفعت الجاني لارتكاب فعله.

وقد عاقب المشرع المغربي على هذه الجريمة في الفصل 607-6 بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات والغرامة من 10.000 إلى 200.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، بالإضافة إلى أنه يعاقب على المحاولة لارتكاب هذه الجنح

كالجريمة التامة، أما المشرع الجزائري فقد عاقب على هذه الأفعال في المادة 694 مكرر 1 بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500.000 إلى 2.000.000 دينار جزائري.

✓ **جريمة تزوير وثائق المعلومات أو استعمالها:**

تتحقق هذه الجريمة حسب نص الفصل 7-607 من القانون الجنائي بتوافر العناصر التالية:

- قيام الجاني بتزوير أو تزييف المعطيات، أيا كان شكلها، والتي من شأنها أن تغير من حقيقة البيانات، وذلك بهدف استخدامها في الإجراءات القانونية على أنها حقيقة،

- استعمال وثائق مزورة وهو يعرف حقيقتها، وهو ما قد يؤدي بإلحاق الضرر بالغير.

أما الركن المعنوي لهذه الجريمة فيتمثل في اتجاه نية الجاني إلى تزوير أو تزييف الوثائق من أجل إلحاق الضرر بالغير. أو أن " يعلم" أنه يستعمل وثائق مزورة قد يكون بها معطيات شخصية متعلقة بالأفراد[2950]، فهذه الجريمة هي من طائفة الجرائم العمدية لا تقوم بمجرد الخطأ، كما أنه يكفي في هذه الجريمة القصد الجنائي العام، إذ لا تتوقف على تحقيق القصد الجنائي الخاص.

وقد عاقب المشرع على هذه الجريمة بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبالغرامة من 10.000 إلى 100.000 درهم. إضافة إلى أنه يعاقب على المحاولة كالجريمة التامة.

وأخيرا وما يجب الإشارة إليه أنه وحسب المادة 607-11 فإنها نصت على عقوبات تكميلية تطبق على جميع الجرائم المنصوص عليها في قانون 03.07 وهي:

- مصادرات الأدوات التي استعملت في ارتكاب الجرائم.

- الحكم على الفاعل بالحرمان من ممارسة واحد أو أكثر من الحقوق الوطنية أو المدنية أو العائلية تتراوح بين سنتين و 10 سنوات.

- الحرمان من مزاولة جميع المهام والوظائف العمومية لمدة تتراوح بين سنتين وعشر سنوات.

- بنشر أو بتعليق الحكم الصادر بالإدانة.

المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية للاعتداء على المعطيات ذات الطابع الشخصي.

تثار المسؤولية الجنائية عن الجرائم الماسة بالمعطيات الشخصية والمعالجة بطرق إلكترونية، حسب طبيعة الأشخاص المسؤولين عنها، إذ أن المجرم المعلوماتي سواء أكان من المعالجين للمعطيات الشخصية[51]، أو من الأغيار، فهو يتميز في ذلك عن المجرم العادي (التقليدي) اعتبارا لما له من إلمام كبير بالتقنية المعلوماتية.

هكذا، يسأل جنائيا كل شخص ارتكب جرائم تمس بالمعطيات ذات الطابع الشخصي، وهو يمكن أن يكون شخصا ذاتيا **(الفقرة الأولى)**، كما يمكن أن يكون شخصا معنويا **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي.

من المبادئ الأساسية المتعارف عليها في التشريعات الجنائية، أن العقاب لا يقع إلا على الأشخاص المسؤولين جنائيا، بحيث لا يكفي وجود فعل معاقب عليه قانونا وتحقق هذا الفعل في الواقع، بل إنه يتعين معه أن يرتكب هذا الفعل من طرف شخص مسؤول، وهو ما قصده المشرع المغربي من خلال نص الفصل 132 من القانون الجنائي بقوله: "كل شخص سليم العقل قادر على التمييز يكون مسؤولا شخصيا..."، وكذلك المشرع الجزائري الذي أورد الحالات التي يتم بها استبعاد المسؤولية الجنائية حينما تنتفي حرية الاختيار[52].

وعليه فالشخص الطبيعي يسأل عن الجرائم والجنح والمخالفات التي يرتكبها (أولا)، وذلك مع مراعاة بعض الحدود (ثانيا).

أولا : صفة الشخص الطبيعي المسؤول جنائيا

يعتبر كل شخص طبيعي يكتسب صفة فاعل، سواء في ذلك أكان فاعلا أصليا أو مساهما أو مشاركا وذلك بمناسبة الأفعال التي يرتكبها ويسأل عنها جنائيا. ويمكن أن يكتسب هذه الصفة كل شخص طبيعي مسؤول عن معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، والذي يقوم بمفرده أو بالاشتراك مع آخرين

بتحديد الغايات[53] من معالجة هذه المعطيات ووسائلها[54] ،كما يمكن أن يكتسب صفة الفاعل كل شخص ذاتي يقوم بمعالجة المعطيات الشخصية من الباطن ويسمى بالمعالج من الباطن، ويقصد به ذلك الشخص الذي يقوم بمعالجة المعطيات الشخصية لحساب المسؤول عن المعالجة[55].

إضافة إلى ذلك يمكن أن يكتسب هذه الصفة كل شخص مؤهل لمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ويكون خاضعا للسلطة المباشرة للمسؤول عن المعالجة أو للمعالج من الباطن ، إذ يمكن أن يكون شريكا أو مساهما في الجريمة مع هؤلاء ، كما يمكن أن يكون فاعلا أصليا.

ويعتبر كذلك الأغيار مسؤولون جنائيا عن الأفعال التي قد يرتكبونها والماسة بنظم معالجة المعطيات الشخصية، وهم حسب المادة الأولى في فقرتها السابعة من القانون رقم 08-09 كل الأشخاص غير المشرفين على المعالجة ، والذين يمكن لهم اختراق نظام المعالجة الآلية والتلاعب ببياناته التي قد تتعلق بمعطيات شخصية للأفراد حسب ما نص عليه القانون 03-07، إلا أن الإشكال الذي يطرح هنا يتعلق بمدى إمكانية امتداد هذه المسؤولية الجنائية إلى المسؤول عن المعالجة في الحالة التي يتم فيها اختراق هذه المعطيات من طرف الغير، رغم عدم ارتكابه للجريمة؟

أجابت عن هذه السؤال المادة 58 من القانون 08-09 حينما عاقبت كل مسؤول عن المعالجة في الحالة التي لا يقوم فيها باتخاذ الإجراءات الضرورية

لحماية أمن المعطيات، وعليه فهو يعتبر مسؤولا متى تم اختراق الأنظمة التي هو مسؤول عنها من قبل الأغيار، وذلك نتيجة عدم وجود حواجز أمنية تمنعهم من الولوج لتلك المعطيات، ولا تنتفي هذه المسؤولية ، إلا في الحالة التي يقوم بها هذا المسؤول عن المعالجة باتخاذ جميع التدابير الأمنية اللازمة.

ثانيا :حدود قيام المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي.

لابد لقيام المسؤولية الجنائية للشخص الطبيعي عن الجرائم الماسة بالمعطيات ذات الطابع الشخصي، أن يكون المسؤول عن المعالجة مقيما فوق التراب الوطني، ويعتبر مقيما كل مسؤول عن معالجة المعطيات يمارس نشاطه فوق التراب المغربي في إطار منشأة كيفما كان شكلها القانوني، أما المسؤول عن المعالجة غير المقيم فوق التراب فيلزم أن يلجأ لأغراض هذه المعالجة إلى اعتماد وسائل آلية أو غير آلية توجد فوق التراب الوطني المغربي، ما لم يكن الأمر متعلقا بأشكال المعالجات التي تستعمل فقط لأغراض العبور فوق التراب الوطني ، أو فوق تراب دولة لها تشريع يعترف بمعادلته للتشريع المغربي في مجال حماية المعطيات الشخصية، وهو التوجه الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 4[3056] من القانون رقم 18-07، ولهذا الغرض تتولى اللجنة الوطنية لمراقبة حماية المعطيات الشخصية تحديد لائحة الدول التي تتوفر على تشريعات ملائمة مع التشريع الوطني.

الفقرة الثانية: المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

خصص المشرع المغربي للأشخاص المعنوية عقوبات خاصة وذلك بمقتضى الفصل 127 من القانون الجنائي التي تنص على أنه: " لا يمكن أن يحكم على الأشخاص المعنوية إلا بالعقوبات المالية والعقوبات الإضافية الواردة في الأرقام 5 و6 و7 من الفصل 36 [57]ويجوز أيضا أن يحكم عليه بالتدابير الوقائية العينية الواردة في الفصل 62[58] . نفس هذا التوجه اعتمده المشرع الجزائري والذي كرس أيضا مبدأ المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية في المادة 18 مكرر من قانون العقوبات حيث نص على مجموعة من العقوبات المالية والتكميلية[59].

أولا: الأشخاص المعنوية المسؤولة جنائيا عن الاعتداء على المعطيات ذات الطابع الشخصي .

من المعروف أن الأشخاص المعنوية عموما ينقسمون إلى نوعين: الأشخاص المعنوية الخاصة وهم الذين يخضعون للقانون الخاص، والأشخاص العامة، والذين يخضعون للقانون العام.

1- الأشخاص المعنوية الخاصة:

إن المقصود بالأشخاص المعنوية الخاصة والمسؤولين عن المعالجة الآلية للمعطيات الشخصية هو كل شخص معنوي ينتمي للقانون الخاص باعتباره مسؤولا عن المعالجة، وذلك في الحالة التي يقوم فيها بمفرده أو بالاشتراك مع أفراد آخرين بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ووسائله،كما يمكن أن يكون محلا للمساءلة الجنائية الشخص المعنوي الخاص

باعتباره معالجا من الباطن، وذلك متى قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي لحساب المسؤول عن المعالجة[60].

وتقوم المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي الخاص، إذا كان مقيما فوق التراب الوطني للبلد المقيم فيه المتضرر، ويمارس أنشطته في إطار منشأة بغض النظر عن شكلها القانوني، أما بالنسبة للشخص المعنوي غير المقيم فوق التراب الوطني ، فليزم لقيام مسؤولية الجنائية أن يعتمد في معالجته للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ووسائل آلية أو غير آلية تتواجد فوق التراب الوطني وهو بالضبط ما نص عليه المشرع المغربي من خلال المادة 2 من القانون رقم 08-09 [61]، أما بخصوص الأفعال المرتكبة من قبل الأغيار فيعتبر مسؤولا مسؤولية شخصية كل شخص معنوي مقيم داخل التراب الوطني.

2- الأشخاص المعنوية العامة:

أثارت مدى إمكانية إخضاع الأشخاص المعنوية العامة للمسؤولية الجنائية نقاشا حادا بين مؤيد ومعارض، وقد اتجه جانب من الفقه إلى التأكيد على أنه لا يمكن مساءلة الشخص المعنوي العام جنائيا على اعتبار أن ذلك يتعارض مع المبادئ الأساسية للقانون العام، خصوصا مبدأي الضرورة والاستمرارية الذين يحكمان سير المرفق العام، وكذا مع مبادئ العدالة، بحيث إن القول بمساءلة الشخص المعنوي العام والسماح بذلك قد يحد من قدراته على القيام بمهامه، إلا أنه بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة[62] نجد أنها

اتجهت إلى عكس ذلك فأجازت إمكانية مساءلة الشخص المعنوي جنائيا، حيث إن جميع الأشخاص المعنوية العامة باستثناء الدولة تخضع للمسؤولية الجنائية، بحيث يميز هنا بين الأنشطة التي تشمل على "امتيازات السلطة العامة" والتي لا تكون في الأصل قابلة للتفويض، حيث يستبعد منها إمكانية مساءلة الوحدات الإقليمية وتجمعاتها جنائيا عن الأفعال المرتكبة أثناء ممارسة هذه الأنشطة، وكذلك بين الأنشطة التي لا تنطوي على " امتيازات السلطة العامة" والتي يمكن تفويض إدارتها للغير فهي تساءل جنائيا عن الأفعال المرتكبة بمناسبة ممارسة هذه الأنشطة.

أما بخصوص المشرع المغربي فإنه بالرجوع إلى الفصل 127 من القانون الجنائي نجده قد أورد عبارة الشخص المعنوي بصفة عامة دونما تحديد الأشخاص المعنوية الخاصة من الأشخاص المعنوية العامة، ونفس هذا التوجه اعتمده من خلال القانون رقم 08-09 حيث أورد عبارة الشخص المعنوي دون تحديد نطاقه.

ثانيا: شروط قيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي.

لقيام المسؤولية الجنائية للشخص المعنوي لابد من توافر شروط يمكن حصرها في ضرورة ارتكاب الجريمة من طرف شخص طبيعي يملك حق التعبير عن إرادة الشخص المعنوي ، ثم أن يكون ارتكاب هذا الفعل قد تم لمصلحة الشخص المعنوي، وسنتناول هذين الشرطين كما يلي:

1- ارتكاب الفعل من طرف شخص طبيعي يعبر عن إرادة الشخص المعنوي.

لابد للقول بارتكاب شخص معنوي لجريمة معينة، من وجود شخص طبيعي يقوم بتسييره ويملك حق التعبير عن إرادته[63]، وقد اختلفت التشريعات في تحديد من هو الشخص الطبيعي الذي يملك حق التعبير عن إرادة الشخص المعنوي وانقسمت في ذلك إلى اتجاهين:

-اتجاه تشريعي أول يذهب نحو التضييق من دائرة الأشخاص الذين يمكن لهم التعبير عن إرادة الشخص المعنوي وحصرهم في أولائك الذين يشغلون وظيفة عامة داخل الشخص المعنوي، مما يترتب عنه عدم جواز مساءلة الشخص المعنوي عن الأفعال التي تعتبر ماسة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي المرتكبة من طرف أشخاص لا يملكون هذه الصفة أو الوظيفة، وهذا التوجه هو الذي اعتمده المشرع الفرنسي من خلال نص المادة 2 -121 المشار إليها سلفا، والتي استلزمت لإمكانية مساءلة الشخص المعنوي جنائيا أن يكون الفعل قد ارتكب من قبل أحد أجهزته أو ممثليه[64].

- أما الاتجاه التشريعي الثاني فقد اتجه - عكس الأول- نحو التوسيع من دائرة الأشخاص الذين يمكن مساءلتهم جنائيا، حيث اعتبر أنه يسأل جنائيا كل شخص معنوي بغض النظر عن صفة الشخص الطبيعي الذي ينتمي إليه، وبغض النظر كذلك عن الوظيفة التي يشغلها[65].

2 - ارتكاب الفعل لمصلحة الشخص المعنوي:

لا يكفي لمساءلة الشخص المعنوي أن يرتكب الفعل من طرف شخص طبيعي يملك حق التعبير عن إرادة هذا الشخص المعنوي، بل يجب علاوة عن ذلك أن ترتكب الجريمة لمصلحة هذا الشخص المعنوي ، وعليه فمساءلة الشخص المعنوي عن الأفعال موضوع دراستنا والماسة بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي يقتضي فيها أن تكون الغاية من هذه المعالجة هو تحقيق مصلحة هذا الشخص المعنوي وليس المصلحة الشخصية للشخص الطبيعي، كما يجب أن تكون الأفعال المعاقب عليها تدخل في اختصاص الشخص المعنوي طبقا لنظامه الأساسي.

خاتمة

أدى التطور التكنولوجي في مجال المعلومات والاتصالات إلى الاستخدام المفرط للمعطيات ذات الطابع الشخصي والمرتبطة بالحياة الخاصة للأفراد، وذلك من خلال عمليات المعالجة اللاحقة بها، مما خلق صعوبة في ضبطها ومراقبتها، وهذا ما دفع بالعديد من التشريعات إلى الإسراع في إيجاد واعتماد نصوص قانونية لإقرار توازن بين اعتماد التكنولوجيا الحديثة وبين احترام الحياة الخاصة للأفراد.

وعلى هذا الأساس كرس كل من المشرعين المغربي والجزائري حماية للمعطيات الشخصية من خلال إصدار الأول للقانون رقم 09.08 والثاني

للقانون رقم 07.18 والذين جاءا لسد الفراغ التشريعي الذي طرأ على هذا النوع من الحقوق، والمعتبرة الأكثر تعرضا للتهديد خصوصا مع العصر المعلوماتي الذي نعيشه مقارنة بالمعالجة التقليدية اليدوية.

لقد حاول كل من المشرعين تبني عدة مبادئ قواعد قانونية ونصوص زجرية بهدف مواجهة كل الاعتداءات اللاحقة بالمعطيات ذات الطابع الشخصي، من خلال التعريف بها، ثم بيان نطاق تطبيقها، مع تحديد الالتزامات والواجبات القائمة على عاتق المسؤول عن المعالجة وكل من أعطى لهم المشرع وبمقتضى القانون إمكانية الاطلاع على هذه المعطيات بإقرار مسؤوليتهم الجنائية في حالة خرقهم لهاته الالتزامات.

الهوامش:

[1] هبة أحمد علي حسنين، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة، دراسة مقارنة. الطبعة الأولى، المكتبة المركزية، جامعة عين شمس، 2007، ص9.

[2] ظهير شريف رقم 15-09-1 صادر في 22 من صفر 1430(18 فبراير2009) بتنفيذ القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 27 صفر 1430(23 فبراير 2009)، ص 552.

[3] قانون رقم 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018 والمتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية عدد 34، بتاريخ 10 يونيو 2018.

[4] صدرت القواعد الأوروبية عن البرلمان والمجلس الأوروبي سنة 2016 لتنظيم حماية الأشخاص الطبيعيين من المعالجة الرقمية للبيانات الشخصية والتدفق الحر المعلومات حيث يهدف إلى تحقيق الانسجام بين القوانين الأوروبية الخاصة لحماية البيانات عبر توحيد التشريع لدعم حقوق الأفراد ونمو الاقتصاد الرقمي، ضمانا في ذلك لحماية البيانات الشخصية والحق في حماية الحياة الخاصة عبر إقرار نظام صارم يرتكز على حقوق الإنسان الأساسية. منى الأشقر جبور، محمود جبور ، البيانات الشخصية والقوانين العربية، الهم الأمني وحقوق الأفراد. الطبعة الأولى، 2018، إصدارات المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، لبنان، ص 55-56.

[5] - ينص الفصل 24 من الدستور المغربي لسنة 2011 على أنه : " لكل شخص الحق في حماية حياته الخاصة". ظهير شريف رقم91-22-1) صادر في 27 من شعبان 1432 (24 يوليوز2011)، الجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر بتاريخ 30يوليوز 2011 .

وينص الفصل 46 من الدستور الجزائري لسنة 2016 على أنه : " حماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي هي حق أساسي يضمنه القانون ويعاقب عليه على انتهاكه ". قانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016 يتضمن التعديل الدستوري لسنة 2016.

[6] - تنص المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان على أن: " لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة...".

[7] - ligne directives de LOCDE:"...toute information relative a une personne physique identifiée ou identifiable".

[8] - directive 95-46 CE du parlement Européen et du conseil du 24octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre Circulation de ces données journal officiel n° 281 du 23 novembre 1995.

[9] -la loi de 6 janvier 1978 " informatique et liberté visite les information non invites la loi du 6 aout 2004 remplace le terme "information nominative par celui de "donnée à caractère personnel".

[10] - امنار ابراهيم ، الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الأول، سطات، السنة الجامعية 2015- 2016، ص 25.

[11] - رصاع فتيحة، الحماية الجنائية للمعلومات على شبكة الانترنيت، مذكرة لنيل الماجستير في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية 2011-2012، ص 26.

[12]- عبد المجيد الكوزي، الحماية القانونية للبيانات و المعطيات ذات الطابع الشخصي. أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، السنة الجامعية 2014- 2016، ص 52.

[13] - عرفت المادة 1 من القانون 08-09 المعطيات الحساسة بأنها : " معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعني، أو تكون متعلقة بصحته بما في ذلك المعطيات الجينية".
نفس هذا التعريف أوردته المادة 3 من القانون رقم 18-07 بأنها : " معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعني، أو تكون متعلقة بصحته بما في ذلك معطياته الجينية

[14] - Ibrahim Coulibaly, La protection des données à Caractère personnel dans le domaine de la recherche Scientifique , thèse pour obtenir le garde de docteur, spécialité; droit privée , Université de Grenoble, 2011,P37

[15]- عبد المجيد كوزي، مرجع سابق، ص 53.

[16] - العربي جنان، معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي- الحماية القانونية في التشريع المغربي والمقارن. الطبعة الأولى، المطبعة والوراقة الوطنية الداوديات، مراكش، 2010، ص 44.

[17] -المزيد حول هذه الاتجاهات الفقهية يراجع:
- يونس التلمساني، الحماية الجنائية للمعطيات ذات الطابع الشخصي في القانون المغربي والمقارن، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة القاضي عياض، مراكش، السنة الجامعية 2008- 2009، ص21-22
- François Rigaux, la loi applicable à la protection des individus à l'égard du traitement au touatisé des données à caractère personnel, Rev cr dr int pr , N° 7,1980,P 452.

[18]- اللجنة الوطنية للمعلومات والحريات هي سلطة إدارية مستقلة في فرنسا، تختص بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي ومراقبة عمليات معالجتها، فهي مسؤولة عن التأكد من أن تكنولوجيا المعلومات موضوعة في خدمة المواطن وأنها لا تشكل ضررا لا لحقوق وهوية الإنسان ولا لخصوصيته وحريته وهي مؤطرة بمقتضى القانون رقم 78-17 .

[19] - تنص المادة الأولى من القانون رقم 08-09 على أنه : " ... كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها ، بما في ذلك الصوت و الصورة والمتعلقة بشخص ذاتي..."

[20]- يونس تلمساني، مرجع سابق ، ص 27.

[21]- هبة أحمد علي حسانين، الحماية الجنائية لحرمة الحياة الخاصة- دراسة مقارنة. رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007، ص 59 وبعدها.

[22]- هبة أحمد علي حسانين، مرجع سابق، ص 59.

[23]- آدم عبد البديع، الحق في حرمة الحياة الخاصة ومدى الحماية التي يكفلها القانون الجنائي. رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، السنة الجامعية 2000-2001، ص 105.

[24]- تنص المادة الثامنة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية على أنه: " 1 - لكل شخص الحق في احترام حياته الخاصة وحياته العائلية وكذا مسكنه ومراسلاته. 2- ليس للسلطة العامة أن تتدخل في ممارسة هذا الحق إلا في الحدود التي يفرضها القانون، وبالقدر الضروري لحماية الأمن الوطني والأمن العام والمصلحة الاقتصادية للدولة، وكذا الدفاع عن النظام والوقاية من الجرائم أو لحماية الصحة العامة أو الأخلاق أو لحماية حقوق وحريات الآخرين".

[25]- سليم عبد الله صوري، الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنيت. الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011، ص 369.

[26]- سليم عبد الله صوري، مرجع سابق، ص 370.

[27] - Les L'Etats membres assurent conformément a la directive la protection les libertés et droit fondamentaux des personnes physiques, notament de leur vie privée a l'égard de traitement a caractère personnel.

[28] --خديجة عاشور، الحماية القانونية للمقومات المادية والمعنوية للحقوق الشخصية الإنسانية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، الرباط، 1999، ص 71.

[29] نصت المادة 4 من القانون رقم 08-09 على أنه: " الرضى لا يكون مطلوبا إذا كانت المعالجة ضرورية :

أ- لاحترام التزام قانوني يخضع له الشخص المعني أو المسؤول عن المعالجة.

ب- لتنفيذ عقد يكون الشخص المعني طرفا فيه أو لتنفيذ إجراءات سابقة للعقد، تتخذ بطلب من الشخص المذكور.

ج- للحفاظ على المصالح الحيوية للشخص المعني إذا كان من الناحية البدنية أو القانونية غير قادر على التعبير عن رضاه.

د- لتنفيذ مهمة تدخل ضمن الصالح العام أو ضمن ممارسة السلطة العمومية التي يتولاها المسؤول عن المعالجة أو أحد الأغيار الذي يتم إطلاعه على المعطيات.

ه- لإنجاز مصلحة مشروعة يتوخاها المسؤول عن المعالجة أو المرسل إليه مع مراعاة عدم تجاهل مصلحة الشخص المعني أو حقوقه وحرياته الأساسية ".

[30]- رشام ليديا، الحماية الجنائية للمعطيات الشخصية - دراسة مقارنة. مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص قانون جنائي وعلوم جنائية، جامعة، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة، 2019، ص79.

[31]- رشام ليديا، مرجع سابق، ص 86.

[32]- هروال هبة نبيلة، جرائم الانترنيت- دراسة مقارنة. أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان- الجزائر، السنة الجامعية 2013-2014، ص 281.

[33] - تنص المادة 59 من القانون رقم 08-09 على أنه: " يعاقب...كل من قام بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي تهم شخصا ذاتيا رغم تعرضه، إذا كان هذا التعرض مبنيا على أسباب مشروعة أو إذا كان الغرض من المعالجة القيام بأعمال الاستقراء لاسيما التجاري...".

[34] - تنص المادة 59 من القانون رقم 18-07 على أنه: " يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 300.000 دج، كل من قام بجمع معطيات ذات طابع شخصي بطريقة تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة".

[35] - نصت المادة 69 من القانون رقم 18-07 على أنه: " يعاقب ... كل مسؤول عن المعالجة وكل معالج من الباطن وكل شخص مكلف بالنظر إلى مهامه بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي...".

[36] - يكون النقل ضروريا حسب المادة 44 من القانون رقم 08-09 في الحالات التالية:

- للمحافظة على حياة هذا الشخص.

- للمحافظة على المصلحة العامة.

- احتراما لالتزامات تسمح بضمان إثبات حق أمام العدالة أو ممارسة أو الدفاع عنه.

- تنفيذ مقتضيات العقد بين المسؤول عن المعالجة والمعني أو لإجراءات سابقة على التعاقد متخذة بطلب من هذا الأخير.

-لإبرام أو تنفيذ عقد مبرم أو سيبرم بين المسؤول عن المعالجة و أحد الأغيار، وذلك لمصلحة الشخص المعني.

- تنفيذ إجراء متعلق بتعاون دولي.
- الوقاية من إصابات مرضية أو فحصها ومعالجتها.

[37] Ulrich Sierber , Les crimes informatique et d'autres crimes dans le domaine de la technologie informatique. Revue internationale de droit pénal, 1993, p53.

[38]- محمد عبيد الكعبي، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية. الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 629.

[39] - L'article 226-16 de code pénal française dispose que : « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder a des traitements de données a caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables a leur mise en œuvre prévues par la loi est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 .000 Euros d'amende ».

[40]- عائشة بن قارة مصطفى، آليات حماية المعطيات ذات الطابع الشخصي في التشريع الجزائري وفقا لأحكام القانون رقم 18-07. مجلة العلوم االقانونية والسياسية، المجلد 10، العدد 01، أبريل 2019، ص 756.

[41]- ينص الفصل 89 من القانون الجنائي المغربي على أنه: " يؤمر بالمصادرة كتدبير وقائي بالنسبة للأدوات والأشياء المحجوزة التي يكون صنعها أو استعمالها أو حملها أو حيازتها أو بيعها جريمة، ولو كانت تلك الأدوات أو الأشياء على ملك الغير، وحتى لو لم يصدر حكم بالإدانة".

[42]- تنص المادة 64 من القانون رقم 08-09 على أنه: "... زيادة على ذلك، يمكن معاقبة الشخص المعنوي بإحدى العقوبات التالية:
- المصادرة الجزئية لأمواله.
- المصادرة المنصوص عليها في الفصل 39 من القانون الجنائي.
-إغلاق مؤسسة أو مؤسسات الشخص المعنوي التي ارتكبت فيها المخالفة.

[43] عرفت المادة 64 من القانون رقم 08-09 الغير بأنه: " الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أية هيئة أخرى، غير الشخص المعني، والمسؤول عن المعالجة والمعالج من الباطن والأشخاص المؤهلون لمعالجة المعطيات الخاضعين للسلطة المباشرة للمسؤول عن المعالجة أو للمعالج من الباطن. -

[44]- قانون رقم 07.03 المتعلق بالإخلال بنظم سير المعالجة الآلية للمعطيات المتمم لمجموعة القانون الجنائي، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1.03.197 بتاريخ 16 رمضان 1424 (11 نوفمبر 2003) ، جريدة رسمية عدد 5171 بتاريخ 27 شوال 1424 (22 ديسمبر 2003)، ص 4284.

[45]- قانون رقم 04-15 المتعلق بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات المتمم لقانون العقوبات، جريدة رسمية عدد 71، ص 11 و 12.

[46]- محمد التدلاوي، الجريمة المعلوماتية في القانون المغربي والمقارن. مجلة الملف، العدد الثامن، أبريل 2006، ص 227.

[47] - عمر الفاروق الحسيني، المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب الآلي وأبعادها الدولية. الطبعة الأولى، 1995، ص 126.

[48]- عمر الفاروق الحسيني، مرجع سابق، ص 127.

[49]- محمد درامي، الحماية الجنائية للبيانات المعلوماتية. رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية الدار البيضاء، السنة الجامعية 2009-2010، ص85.

[50]- محمد درامي، مرجع سابق، ص87.

[51]- عرفت المادة الأولى في فقرتها الخامسة من القانون رقم 08-09 المسؤول عن المعالجة بكونه:" الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أي هيئة تقوم، سواء بمفردها أو باشتراك مع آخرين ، بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي ووسائلها ..." . - كما عرفت

المادة الثالثة من القانون رقم 18-07 بأنه: " شخص طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص أو أي كيان آخر يقوم بفرده أو بالاشتراك مع الغير بتحديد الغايات في معالجة المعطيات ووسائلها".

[52]- تنص المادة 47 من قانون العقوبات الجزائري على أنه:" لا عقوبة على من كان في حالة جنون وقت ارتكاب الجريمة..."

وتنص المادة 48 من نفس القانون على أنه : " لا عقوبة لمن اضطر إلى ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها" .

[53]- يمكن تعريف الغايات بأنها عبارة عن مجموعة من الأهداف يشترط فيها لقيام المسؤولية الجنائية أن تكون غير مشروعة وغير محددة بشكل مسبق.

[54] - يمكن تعريف الوسائل بأنها تلك الأدوات والمعدات التي تخصص لإنجاز هذه المعالجة كالحواسيب الآلية والأجهزة الإلكترونية المستعملة في ذلك.

[55]- نصت المادة الأولى في فقرتها السادسة من القانون 08-09 على أنه :" الشخص الذاتي أو المعنوي أو السلطة العامة أو المصلحة أو أية هيئة أخرى تعالج المعطيات ذات الطابع الشخصي لحساب المسؤول عن المعالجة ".

كما نصت المادة الثالثة من القانون رقم 18-07 على أن المعالج من الباطن هو :" كل شخص طبيعي أو معنوي ، عمومي أو خاص، أو أي كيان آخر يعالج معطيات ذات طابع شخصي لحساب المسؤول عن المعالجة".

[56]- تنص المادة الرابعة من القانون رقم 18-07 على أنه: " يطبق هذا القانون على معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تقوم بها الهيئات العمومية أو الخواص: 1- عندما تتم من طرف شخص طبيعي أو معنوي يكون المسؤول عنها مقيما على التراب الوطني أو فوق تراب دولة لها تشريع معادل للتشريع الوطني في مجال المعالجة الآلية للمعطيات ذات الطابع الشخصي.

يعتبر مقيما بالجزائر، المسؤول عن المعالجة الذي يمارس نشاطا بالتراب الجزائري في إطار منشأة أيا كان شكلها القانوني.

عندما يكون المسؤول عنها غير مقيم على التراب الوطني و يلجأ بغرض معالجة معطيات ذات طابع شخصي إلى وسائل آلية أو غير آلية توجد فوق التراب الوطني، باستثناء المعالجات التي تستعمل لأغراض العبور فوق التراب الوطني".

[57]- ينص الفصل 36 من القانون الجنائي على أنه: " العقوبات الإضافية هي : ...

5 - المصادرة الجزئية للأشياء المملوكة للمحكوم عليه، بصرف النظر عن المصادرة المقررة كتدبير وقائي في الفصل 89 .

6- حل الشخص المعنوي.

7- نشر الحكم الصادر بالإدانة".

[58]- ينص الفصل 62 من القانون الجنائي على أنه:" التدابير الوقائية العينية هي:

1- مصادرة الأشياء التي لها علاقة بالجريمة أو الأشياء الضارة أو الخطيرة أو المحظور امتلاكها.

2- إغلاق المحل أو المؤسسة التي استغلت في ارتكاب الجريمة ".

[59]- تنص المادة 18 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على أنه:" العقوبات التي تطبق على الشخص المعنوي في مواد الجنايات هي:

1- الغرامة التي تساوي من مرة (1) إلى خمس (5) مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي في القانون الذي يعاقب على الجريمة .

2- واحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية الآتية:

- حل الشخص المعنوي.
- غلق المؤسسة أو فرع من فروعها لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.
- الإقصاء من الصفقات العمومية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات.
- المنع من مزاولة نشاط أو عدة أنشطة مهنية أو اجتماعية بشكل مباشر أو غير مباشر نهائيا أو لمدة لا تتجاوز خمس (5)سنوات.
- مصادرة الشيء الذي استعمل في ارتكاب الجريمة أو نتج عنها.
- نشر وتعليق حكم الإدانة.
- الوضع تحت الحراسة القضائية لمدة لا تتجاوز خمس (5) سنوات ، وتنصب الحراسة على ممارسة النشاط الذي أدى إلى الجريمة أو الذي ارتكبت الجريمة بمناسبته".

[60]- تراجع الفقرة 5و6 من المادة الأولى من القانون رقم 08-09.

[61]- تنص المادة الثانية من القانون رقم 08-09 على أنه: " ...عندما يكون المسؤول غير مقيم على التراب المغربي ولكن يلجأ لأغراض معالجة معطيات ذات طابع شخصي إلى وسائل آلية أو غير آلية توجد فوق التراب المغربي..."

[62] -l'article 121-2 de code pénal française dispose que : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 » .

[63]- شريف سيد كامل، المسؤولية الجنائية للأشخاص المعنوية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، 1997، ص 115.

[64] -L'article 121-2 de code pénal française dispose que : « les personnes morales, a l'exécution de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 a 121-7 , des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » .

[65]- شريف سيد كامل، المرجع السابق ، ص 116.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي بين المخاطر المهددة والحماية المقررة

د/ سميرة عماروش
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين سطيف2

ISBN: 978-9931-9651-0-7

" الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي بين المخاطر المهددة والحماية المقررة

الدكتور / سميرة عماروش (*)

ملخص: تختلف الجريمة المعلوماتية عن الجرائم التقليدية في كون الأولى تتم في بيئة غير مادية أو ما تعرف بالوسط الافتراضي، حيث يمكن للجاني عن طريق نبضات إلكترونية رقمية لا ترى أن يبعث في بيانات الحاسوب أو برامجه وذلك في وقت قياسي قد يكون جزءا من الثانية، كما يمكن محوها في زمن قياسي قبل أن تصل يد العدالة إليه إذا ما استخدمت برامج خاصة في ذلك، مما يصعب الحصول على دليل مادي في مثل هذه الجرائم. وعليه فإن كشف ستر هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى أدلة ذات طبيعة خاصة، ومختلفة عما ألفناه في الجرائم التقليدية، حيث تستخدم ذات الطبيعة التقنية الناجمة عن الحاسوب والانترنت، وتتمثل في الدليل الالكتروني (Electronicevidence). هذا التطور التكنولوجي لا يقف عند مضمون الدليل فحسب، بل يمتدّ أيضا إلى الإجراءات التي يترتّب عليها الحصول على هذا الدليل.

الكلمات المفتاحية:
خصـــائص. التجارة الدولية. العقد الدولي. الانترنت.

Abstract :The information crime differs from the traditional crimes in that the first takes place in a non-physical environment or is known as the virtual medium, where the offender can through digital electronic pulses that you do not see to be transmitted in computer data or programs in a record time that may be a part of the second, and can also be erased In record time before it reaches the hand of justice if it uses special programs in that, which makes it difficult to obtain material evidence for such crimes.

Therefore, revealing the cover of this type of crime needs evidence of a special nature, different from what we have learned in traditional crimes, where it uses the same technical nature caused by computers and the Internet, and is represented in electronic evidence. This technological development not only stands at the content of the evidence, but also extends to the procedures that lead to obtaining this evidence.

Mots Clés : Electronic guide, information crime, data.

(*)ـ، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2

مقدمة :

مع انتشار ظاهرة العولمة، أشارت الإحصاءات الصادرة العام الماضي إلى وجود أكثر من نصف سكان العالم على الانترنت، ومع ارتفاع عدد المستخدمين لهذه الشبكة ازداد القلق من عدم القدرة على مواكبة مخاطرها، سواء من طرف الحكومات أو الأفراد.

حيث ارتفع معدل انسياب سهولة الحصول على البيانات، فقد أنتج العالم خلال العام 2017 معدلات غير مسبوقة من هذه الأخيرة، مما دفع بالمعنيين في القطاعين العام والخاص إلى ضرورة العمل على إدارتها بشكل فعال، بمراعاة الجوانب التقنية والقانونية المترتبة عن ذلك.

ونظرا للأهمية الاقتصادية الكبيرة التي أصبحت تكتسبها البيانات الشخصية في المجال الرقمي، صارت معظم الشركات العالمية تتسابق نحو الاستثمار فيها، وتتحرك لفعل ذلك في إطار تنظيمي تعمل من خلاله على تحسين طرق عملها في جمعها وإدارتها ومعالجتها واستثمارها، على نحو يكفل لها الحصول على أرباح مذهلة[1].

تشير الإحصاءات الصادرة العام المنصرم إلى وجود أكثر من نصف سكان العالم على الانترنت، وتعد مواقع الاجتماعي مثل فيسبوك، وغيره من مواقع الدردشة، كتويتر وانستغرام، و واتساب وغيرها، واحدة من أهم القنوات التي تستقطب أكبر الأعداد من هؤلاء، وتعتمد على المعلومات الواردة في الصفحات الشخصية لمستخدميها، والتي تعد بيانات شخصية، كالاسم والعمر ومكان الإقامة...

كما يمكن أن تحتوي هذه الصفحات على بيانات أكثر شخصية تمتد إلى الصور والملفات المرئية وغير ذلك.

ومع تزايد عدد المستخدمين لهذه الشبكة ازدادت نسبة القلق، ذلك لأن التسارع في استعمال تقنيات المعلومات والاتصالات والتطور التقني المتواصل لم يسمحا بمواكبة للأخطار الناتجة عنها، سواء تعلق الأمر بالحكومات أو الأفراد. فرغم الفوائد التي تقدمها شبكات مواقع التواصل الاجتماعي، إلا أنها أصبحت تؤثر بشكل مباشر على الحياة

الخاصة لمستخدميها، فالتعامل مع البيانات الشخصية يمثل اعتداءا خطيرا على صاحب هذه البيانات، إذ تسمح بتكوين صورة كاملة عنه دون علمه.

ويعد الحق في الخصوصية من الحقوق الدستورية الملازمة لشخص الإنسان، والتي سبقت في ظهورها وجود الدولة في حد ذاتها، ولهذا السبب تحرص الدول على كفالته وتعمل على ترسيخه في الأذهان عن طريق نشر مبادئ عدم التدخل في خصوصيات الغير وكشف أسرارهم.

والحقيقة هي أن هذا الحق لم يسلم هو الآخر من المخاطر الناجمة عن تطور الرقمية باعتباره لصيقا بالبيانات الشخصية، خاصة عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي التي أضحت حسب عدد من المختصين، سمة مميزة لحياة المستخدمين اليوم في هذا العصر الرقمي، ولكن في المقابل لذلك أصبحت تثير مخاوف الخصوصية والأمن[2]. مما استدعى فرض نظام صارم للحماية، عن طريق استحداث إجراءات قانونية دقيقة تقف ضد الاستخدام غير المشروع للبيانات الشخصية والاعتداء على الخصوصية.

انطلاقا مما سبق بيانه، يعتبر موضوع **الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي** من المواضيع الشديدة الأهمية، بالنظر إلى ارتباطه المباشر بحياة الأشخاص الخاصة، غن طريق تداول بياناتهم الشخصية بكل حرية وسلاسة، وما يطرحه ذلك من مخاطر تستوجب الحماية.

لذلك سنحاول التطرق لمختلف جوانب الموضوع من خلال الإجابة عن إشكالية رئيسية مضمونها:

ماهي حدود الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي من حيث المخاطر المهددة والحماية المضمونة خاصة على المستوى الوطني؟

ويتفرع عن التساؤل أعلاه عدد من الأسئلة الفرعية هي:

ما المقصود بكل من البيانات الشخصية وشبكات التواصل الاجتماعي ؟ ماهي صور الاعتداء المجسدة في الواقع في هذا الإطار؟ وما هي الحماية المقررة في هذا الشأن خاصة من المشرع الجزائري؟ سنعتمد في دراستنا على خطة كالتالي:

المبحث الأول: الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي: المفهوم و الصور

المبحث الثاني: المسؤولية المترتبة عن الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

المبحث الأول

الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي: المفهوم و الصور

إن الاستخدام المتزايد لشبكات التواصل الاجتماعي وما توفره لمستخدميها من سهولة في الاتصال والتعارف، اقترن بالتخلي عن أهم ما يملكه الإنسان وهو خصوصيته الشخصية التي باتت مستهدفة بصفة مباشرة من بعض مستخدمي وملاك تقنيات الاتصال الجديدة[3]، ولم يتوقف الأمر عند هذا الحد، بل تعداه ليصل إلى الانتهاك أو الاعتداء الذي أصبح يتجسد في عدد من الصور. وللوقوف على مضمون الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي، ارتأينا التطرق أولا لمفهوم كل من الخصوصية المعلوماتية في شبكات التواصل الاجتماعي وعلاقة الخصوصية المعلوماتية بحماية البيانات الشخصية، ثم تحديد أهم صور هذا الاعتداء كما يلي:

أولا: المقصود بالخصوصية المعلوماتية في شبكات التواصل الاجتماعي وعلاقتها بحماية البيانات الشخصية:

يقسم هذا الجزء من الدراسة إلى جزئيتين كما يلي:

1. المقصود بالخصوصية المعلوماتية في شبكات التواصل الاجتماعي

يؤمن أغلب المختصين بوجود ترادف واقعي بين كل من **الخصوصية المعلوماتية وحماية البيانات الشخصية** وليس بين الخصوصية وبين حماية البيانات [4]، حيث تعرف الخصوصية عموما على أنها **"تحكم الأفراد في مدى وظروف وتوقيت ومشاركة حياتهم مع الآخرين، بالحد من اطلاعهم على مختلف مظاهر حياتهم، التي قد تأخذ شكل أفكار أو بيانات شخصية"**[5].

على الجانب الآخر، هناك من يعتبر بأن تعريف البيانات الشخصية يعد من العناصر المؤسسة للأمن القانوني، من حيث دوره في تحديد المفهوم القانوني لهذا المصطلح ومن ثم الالتزامات والحقوق والأفعال ذات العلاقة المعاقب عليها، ذلك لأن الأمن القانوني يقوم في الأساس على وضوح المفاهيم، وحدود تطبيق كل قاعدة قانونية[6].

مع العلم أن التطور الحاصل في شبكة الانترنت أدى إلى تطور البيانات الشخصية بحيث لم تعد تقتصر على البيانات التقليدية كالاسم واللقب والعنوان البريدي، بل اتسعت لتشمل صورة الشخص وصوته، كما أصبحت تتضمن بعض البيانات المتعلقة بالشخص ذاته ونقصد هنا قدرته المالية وسلوكياته وميوله وأذواقه وأكثر من ذلك، البيانات المتعلقة بجسم الإنسان أو ما يطلق عليها ب" البيانات البيومترية"[7].

ونظرا للتطور المتسارع في الوسائط الالكترونية وتنوع طرق التواصل الالكتروني اعتمد العديد من المختصين ببساطة تعريفا للبيانات الشخصية على أنها" **كل ما يمكن أن يسمح بالتعرف على الشخص"**، وفي نفس السياق، يدخل في نطاق التعريف السابق أن **"البيانات الشخصية تمتد إلى كل ما يتعلق بأذواقنا، مشترياتنا وبصماتنا سواء جاءت بطريقة تطوعية أم لا، واعية أو غير واعية"**[8].

ويدخل في البيانات الشخصية بصفة عامة، الحسابات البنكية والبريد الالكتروني ومختلف التفاصيل عن العمل والسكن، وغير ذلك من

المعلومات التي نتداولها على الانترنت بواسطة الحاسوب أو الهاتف المحمول و غير ذلك من الوسائط الإلكترونية.

بينما يحدد مفهوم الخصوصية على شبكات التواصل الاجتماعي بأنها **" حق الفرد المستخدم لمواقع التواصل الاجتماعي في أن يقرر بنفسه، متى وكيف وإلى أي مدى يمكن أن تصل معلوماته الخاصة إلى الغير من المستخدمين أو القائمين على هذه المواقع"**، كما عرفها البعض بأنها **" قدرة الأفراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم"**[9].

وتبعا للطرح السابق، ترتبط الخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي بسرية الحياة الخاصة لمستخدميها، سواء تعلق الأمر بوقائع أو بمعلومات على الحاسوب أو الهاتف الشخصي للمستخدم، أو تم تخزينها على أحد مواقع التواصل الاجتماعي التي يشترك فيها هذا الأخير والتي قد يتم اختراقها، مثل face bookأو البريد الالكتروني، أو عن طريق التجسس الالكتروني واعتراض الرسائل المرسلة بغية الاطلاع عليها.

وكنتيجة يمكن القول أن حماية الخصوصية في مواقع التواصل الاجتماعي(الخصوصية المعلوماتية) تنحصر في حماية البيانات الشخصية للأفراد الذين يستخدمون الشبكة.

2. العلاقة بين الخصوصية المعلوماتية وحماية البيانات الشخصية

يرتبط الحق في الخصوصية المعلوماتية ارتباطا وثيقا بالحق في حماية البيانات الشخصية، إلا أنه يتميز عنه. وتشير غالبية الدول إلى الحق في الخصوصية في دساتيرها، لكن الملاحظ هو أن معنى" الخصوصية" يختلف من بلد لآخر بحسب التاريخ والثقافة والتأثيرات الفلسفية، مما يفسر سبب اختلاف طريقة حماية هذه الأخيرة عبر مختلف البلدان، حتى لو كانت معظم النصوص القانونية تحصر حماية الخصوصية في الحق في احترام الحياة الخاصة والأسرية

والمراسلات، مع العلم أن حماية المعطيات الشخصية لا تعتبر دائما حقا في حد ذاتها.

يرى المختصون[10]، أنه إذا كان لابد من التمييز بين حماية البيانات الشخصية والحق في الخصوصية، فإنه يمكن القول بأن هذه الأخيرة تعني بشكل أساسي، المحافظة على السرية ومنع التدخل في ما يعتبر حميمية الشخص وأسراره، عبر حماية بعض البيانات الشخصية على نحو يمنع انتشار المعلومات التي تكشف الحياة الخاصة أو تعرضها للانكشاف، وعليه هناك اعتداء على الخصوصية، سواء تعلق الأمر بكشف سر دفين وإيصاله إلى الآخرين، أو بمراقبة ورصد تحركات لم يقترنا بكشف أسرار، أو بنشر معلومات حساسة، فالضرر واقع في الحالتين: إذ ينتج عن كشف المعلومات في الحالة الأولى، وعن كون الشخص وضع تحت المراقبة في الحالة الثانية.[11]

وتظهر العلاقة بين الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية للأشخاص في شبكات التواصل الاجتماعي وحماية البيانات الشخصية بشكل أكثر وضوحا، حينما تستخدم هذه الأخيرة بطريقة غير قانونية، فيؤدي الأمر إلى ارتكاب عدد من الجرائم والأفعال غير القانونية، التي قد يرتكبها أشخاص عاديون أو حتى حكومات، ومنها: التنصت واختراق أنظمة المعلومات، والوصول إلى الأسرار المهنية والتجارية، وكذلك الرصد غير المشروع لحركة الأشخاص والأموال من قبل الأجهزة الحكومية، وقد يصل الأمر لتكوين ملفات معلومات، دون سبب قانوني.

وبناء على ما سبق، يرى المختصون أن الإقرار بحماية البيانات الشخصية يعد إقرارا من جهة بحق المواطن في أولوية الحفاظ على خصوصيته، ومن جهة ثانية، إقرارا بحق الدولة في الاطلاع على هذه البيانات ومعالجتها في أطر قانونية وتنظيمية محددة ومنتظمة[12]، بطريقة تكفل للسلطات المختصة الحفاظ على الأمن والنظام العامين ومتابعة مرتكبي أفعال الإخلال بهما[13].

ثانيا: صور الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

قبل التطرق لصور الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي، نوضح أولا أنواع هذه الأخيرة وفقا للترتيب التالي:

1. أنواع شبكات التواصل الاجتماعي

يقصد بشبكات التواصل الاجتماعي عموما" **مجموعة من المواقع على شبكة الانترنت ينشئها أفراد أو منظمات، تسمح بالتواصل والتفاعل غير المباشر بين الأهل والأصدقاء أو غيرهم، ويتبادلون فيه اهتماماتهم المشتركة، والتي تتراوح بين مواضيع خاصة وعامة من كتابات وصور وفيديوهات ودردشات وتعارف"**[14].

وتنقسم شبكات التواصل الاجتماعي إلى ثلاث أنواع بحسب طريقة استخدامها حسب المختصين:

أ/ نوع أول يتكون من ملفات شخصية للمستخدمين وخدمات عامة، مثل المراسلات الشخصية ومشاركة الصور، والملفات الصوتية والمرئية ولروابط والنصوص والمعلومات وفقا لتصنيفات محددة مرتبطة بالدراسة أو العمل أو النطاق الجغرافي، كمواقع الفيسبوك Face book وماي سبيس My space و هاي فايف Hi Five[15].

ب/ نوع ثاني يعتبر من أهم أنواع مواقع شبكات التواصل الاجتماعي، حيث يتعلق بالعمل، بمعنى يربط بين أصدقاء العمل وأصحاب الأعمال والشركات، ويتضمن ملفات شخصية للمستخدمين تحتوي على سيراتهم الذاتية، وما أنجزوه خلال سنوات الدراسة والعمل. وأيضا من عملوا معهم، ومن بين هذه المواقع موقع Linked in[16].

ج/ نوع ثالث هو نوع المميزات الإضافية، توفره بعض الشبكات الاجتماعية، ويشمل التدوين المصغر مثل موقع تويتر Twitter وغيره، والشبكات الجغرافية مثل موقع برايت كيت Bright- Kit[17].

2. تعدد صور الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

هناك العديد من صور الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي، وسنركز على أهمها من خلال الجزئيتين التاليتين:

1.2 صور عامة للاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

ومن أكثرها انتشارا ما يلي:

1.1.2 تجميع البيانات الشخصية دون رضا المستخدم

شدد المشرع الجزائري على ضرورة ألا تتم أي عملية لتجميع البيانات الشخصية أو أي إجراء آخر من إجراءات المعالجة، إلا بموافقة الشخص المعني طبقا لنصي المادتين 07 و36 من القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[18]، حيث اشترطت الأولى ضرورة الحصول على الموافقة الصريحة من طرف الشخص المعني للقيام بذلك، ومنحت الثانية لهذا الأخير حق الاعتراض على ذلك إذا توافرت أسباب مشروعة.

ومن أجل تفعيل الالتزام بضرورة الحصول على رضا الشخص المعني، فقد جرم المشرع الجزائري فعل القيام بالمعالجة دون الحصول على موافقته، وكذلك في حالة ما إذا عبر عن رفضه بشكل صريح، بتقديم اعتراض على تلك المعالجة[19].

وعلى المستوى الدولي، فرضت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات إثر تفتيش قامت به عامي 2009-2010، غرامة مائة ألف يورو على شركة جوجل، بسبب جمعها بيانات المحتوى(الهويات- كلمات المرور- تبادل رسائل البريد الإلكتروني)، عبر شبكات" الواي فاي، من أجل خدمتها الجديدة" جوجل ستريت فيو"، وقد تعهدت جوجل بالتخلص من البيانات المخزنة[20]

ومن الطرق المستخدمة في التجميع، ملفات الارتباط- أو الكوكيز(cookies)[21] وتسمح هذه الملفات للموقع بالتعرف على صاحب البيانات في الزيارة التالية له، حيث يتم تسجيل اسم الدخول أو تفضيلات لتسهيل عملية إعادة التسجيل، إلا أنها تشكل من جهة أخرى، انتهاكا للخصوصية في حالة ما إذا كان المستخدم لا يرغب في احتفاظ الموقع ببياناته الرقمية ولو بصورة مؤقتة.

2.1.2 استخدام البيانات الشخصية في الأغراض التجارية

أصبحت البيانات الشخصية تشكل موردا ماليا ضخما للقائمين على الدعاية والإشهار على شبكة الانترنت، ويظهر الخطر الحقيقي اليوم في جمع البيانات الشخصية للمستخدمين باستخدام المستخدم نفسه، عن طريق استضافته على مواقع التواصل الاجتماعي، مثل فيس بوك وماي سباس، التي تدعوه للإدلاء طواعية بها بهدف الاشتراك فيها. ويقوم المستخدم بمنح معلوماته دون علم بأنها سيعاد استخدامها حيث تفهرس وتنشر وتستثمر في مجال الدعاية الرقمية.

وقد أشار البعض بأن الشخص إذا لم يؤد خدمة على شبكة الانترنت، فإنه لن يكون مستهلكا وإنما المنتج المباع في حد ذاته، مضيفا إلى أن شبكة فيس بوك كانت تبيع السيرة الذاتية المهنية" بروفيل" للمشترك، مقابل خمسة دولارات لشركات التسويق عبر الانترنت[22].

ومع ارتفاع عدد المستخدمين لمواقع شبكات التواصل الاجتماعي والانترنت بصفة عامة، قامت الكثير من الشركات بإنشاء مواقع خاصة بتجميع بيانات مختلف المستخدمين بغرض الاستغلال التجاري، مع تقديم عروض خاصة لهم في إطار ما يعرف ب" التسويق الالكتروني"[23].

وفي نفس السياق، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن بيع السيرة المهنية "بروفيل" للعميل لصالح شركات الدعاية، يدخل في التجميع غير المشروع للبيانات الشخصية للمستخدمين. وتبعا لذلك طلبت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات بفرنسا من موقع فيس بوك، إعلاما كاملا

عن مستخدميها، مع ضرورة أن يكون المستخدم على علم بنشر معلومات عن حياته الشخصية، وآراءه السياسية والدينية[24].

3.1.2 الاختراق والتشهير والابتزاز واعتراض الاتصالات

أشار المشرع الجزائري نص القانون رقم 18-07 السابق الذكر إلى ضرورة التزام من يقوم بتجميع ومعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بالمحافظة على سريتها وعدم اطلاع الغير عليها، إلا من أجل إنجاز الغايات المرتبطة بمهام من يقوم بالمعالجة والمرسل إليه، وبشرط الموافقة المسبقة للشخص المعني[25].

ولا شك أنه بهذا الحكم، يفتح المجال أمام مختلف المستخدمين للشبكة بصفة عامة ومواقع التواصل الاجتماعي بصفة خاصة، والمسؤولين عن التجميع والمعالجة، للحذر من إمكانية تعرض بياناتهم الشخصية للاختراق ثم للتشهير والابتزاز وغير ذلك من صور الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية على هذه المواقع.

ويتلخص مفهوم **الاختراق** في قيام " الهاكرز hackers " باستخدام تقنيات متطورة للدخول غير المشروع إلى مستودع السر للمستخدم كالبريد الالكتروني والصفحات الشخصية وغيرها. ومن هذه التقنيات نجد ملفات التجسس التي يوزعها في جهاز الحاسوب الشخصي للمستخدم المستهدف، مما يمكنه من التعرف على تحركاته عبر الشبكة بالتفصيل[26].

وذهب البعض من الفقه إلى تعريف جريمة الاختراق بأنها" **عملية دخول غير مصرح بها إلى حاسب الآخر عن طريق استخدام برامج متطورة تحت تقنية وخبرة عاليين"[27].** في حين عرفه البعض الآخر على أساس ارتباطه بالمعالجة غير المشروعة للبيانات على أنها" **الولوج غير المصرح به قانونا إلى نظام معالجة البيانات باستخدام الحاسوب"[28]** .

وتمتد أخطار الاختراق إلى حد الاعتداء على شرف وحرمة المستخدم بسبب تمكن المخترق من التحكم الكلي في جميع المعلومات

المتاحة على الحساب الشخصي لهذا الأخير، أو في بريده الالكتروني وجهازه الشخصي، عن طرق نشرها أو التغيير فيها أو استغلالها بكل حرية.

ويمكن أن ينتج عن فعل الاختراق، تعرض المستخدم المستهدف **للتشهير** به. ويقصد **بالتشهير** على مواقع التواصل الاجتماعي، نشر أو نقل وقائع أو بيانات فيها معنى للإساءة والإهانة، أو القيام بنشر فيديوهات تسيء لأصحابها،مما يمس بكرامة الإنسان وسمعته وشرفه. وفي هذا الإطار، يرى المختصون بأن كل وقائع التشهير تصلح لأن تكون سببا لرفع الدعوى المدنية المستندة لقواعد المسؤولية التقصيرية[29].

كما يعتبر **الابتزاز** من أكثر صور الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية للمستخدم على مواقع التواصل الاجتماعي انتشارا و الناتجة عن فعل الاختراق.

ويقصد به استخدام الإكراه المعنوي ضد المستخدم المستهدف بتهديده بكشف أسراره أو خصوصياته، بغرض الحصول على مكاسب مادية أومعنوية.

ويعاقب المشرع الجزائري عن جريمة الابتزاز الالكتروني في قانون العقوبات، ومن ذلك أنه:**" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 50.000إلى 300.000 دج، كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأية تقنية كانت، وذلك:**

1- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

2- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه.

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة"[30].

وورد عن المشرع الجزائري في نفس القانون:**" كل من تحصل بطريق التهديد كتابة أو شفاهة أو بإفشاء أو نسبة أمور شائنة على أموال أو أوراق مالية أو على توقيع على المحررات المبينة في المادة 370، أو شرع في ذلك، يكون قد ارتكب جريمة التهديد بالتشهير، ويعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات، وبغرامة من 2000 إلى 30.000 دج.**

ويجوز علاوة على ذلك أ ن يحكم على الجاني بالحرمان من كافة الحقوق الواردة في المادة 14 أو من بعضها، لأقل وخمس سنوات على الأكثر"[31].

في الأخير، يعتبر من قبيل الصور العامة للاعتداء على الخصوصية المعلوماتية عبر مواقع التواصل الاجتماعي، **القيام باعتراض الاتصالات المختلفة** التي تتم عبر هذه الشبكات، ويقصد به الاستحواذ بأية طريقة على محتوى الاتصالات بين المستخدمين باستعمال عدد من التقنيات للتجسس أو التنصت.

وبعرف التجسس الالكتروني في مجال المحادثات الشخصية بأنه**" عملية التنصت أو التقاط البيانات التي تنتقل بين جهازين عن بعد عبر شبكة الانترنت، أو بترجمة الانبعاثات الكهرومغناطيسية الصادرة من الحاسب إلى بيانات وذلك باستخدام أي وسيلة من الوسائل التقنية"**[32]

وفي هذا الإطار كشفت وكالة التحقيقات الفيدرالية، أنها قامت بتطوير برنامج يسمى Carnivore (الملتهم)، يقوم بالتجسس على جميع الاتصالات التي تتم عبر الشبكة وكذلك شبكة Echelon العالمية الأمريكية الأوروبية، التي أسستها وكالة الأمن القومي الأمريكية (NSA) بمساعدة جهات استخبارات عالمية، المختصة في التجسس على كافة الاتصالات الرقمية، والسلكية واللاسلكية، والتي تتم عبر الأقمار الصناعية[33].

2.2 صور خاصة للاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

تتمثل الصور الخاصة للاعتداء في هذه الحالة، في الانتهاكات التي يمكن أن تطال اسم المستخدم باعتباره ضروريا لكل المعاملات الإلكترونية من فتح للحسابات وتسوق وغيره.

ويلخص المختصون صور الاعتداء على الاسم في هذا المجال في شكلين هما: المنازعة والانتحال[34]، نحاول التطرق لهما في التالي:

1.2.2 المنازعة في الاسم الشخصي للمستخدم

يقصد بالمنازعة في هذه الحالة، اعتراض شخص من الغير على تسمية شخص باسمه أو إنكاره تسمية هذا الشخص بهذا الاسم واستعماله.

وكثيرا ما يحدث ذلك في الفضاء الالكتروني، عندما تعترض بعض الشركات التي تقدم خدمات الكترونية عبر الشبكة، مثل خدمة البريد الالكتروني أو الصفحات الشخصية في مواقع التواصل الاجتماعي وغيرها، على اسم المستخدم كجزء من البريد الالكتروني او اسم مستخدم لصفحة شخصية أو حتى اسم الصفحة ذاتها[35].

مع العلم انه يحق للشركات الاعتراض في حالات سبق استخدام الاسم، إذ لا يجوز في العالم الافتراضي تطابق بريدين الكترونيين أو اسمين للمستخدم يستخدمان كعنوان الكتروني لصفحة واحدة أو عنوانين الكترونيين لموقعين.

2.2.2 انتحال الاسم الشخصي للمستخدم

بمعنى قيام الغير بالاستعمال غير المشروع وغير المبرر لاسم المستخدم. وتحدث هذه الحالة بشكل متكرر على مواقع شبكات التواصل الاجتماعي، ومن أبرزها قيام مخترق الصفحة الشخصية للمستخدم بالتعامل مع الغير باسم الشخص صاحب الصفحة، وقد يصل الأمر لغاية ارتكاب المخترق أفعالا غير مشروعة كالسب والابتزاز مما يعرض صاحب الصفحة أو الاسم لأضرار كبيرة.

المبحث الثاني

المسؤولية المترتبة عن الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

سندرس موضوع المسؤولية عن الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي، من خلال التطرق إلى النطاق الشخصي لهذه المسؤولية، ثم لنطاقها الموضوعي كما يلي:

أولا: النطاق الشخصي للمسؤولية عن الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

من خلال هذه الجزئية سنتعرض لتوضيح المقصود بعدد من الأشخاص المعنيين بحماية خصوصية البيانات الشخصية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي، وفقا للآتي:

1. المسؤول عن معالجة البيانات الشخصية أو المعطيات الشخصية

يعد وضع تعريف واضح للمسؤول عن معالجة البيانات الشخصية أمر ضروري لمعرفة الشخص الذي يجب أن يمتثل للأحكام الناشئة عن قواعد حماية البيانات الشخصية، طالما كان هناك موافقة من صاحبها على المعالجة[36].

انطلاقا مما سبق أورد المشرع الجزائري تعريفا للمسؤول عن معالجة البيانات الشخصية بأنه" **شخص طبيعي أو معنوي أو أي كيان آخر يقوم بمفرده أو بالاشتراك مع الغير بتحديد الغايات من معالجة المعطيات ووسائلها**"[37].

ومنه يكون المسؤول عن المعالجة **كل شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا أو سلطة عامة أو هيئة أخرى، تحدد بنفسها أو بالاشتراك مع الآخرين أغراض ووسائل معالجة البيانات الشخصية، والتي تحدد في الأصل من خلال القوانين أو اللوائح الوطنية أو المجتمعية**[38]

2. المناول(المعالج من الباطن)

أو كما يطلق عليه المشرع الجزائري" المعالج من الباطن"، ويقصد به" **كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي أو خاص أو أي كيان آخر يعالج معطيات ذات طابع شخصي لحساب المسؤول عن**

المعالجة"، طبقا لنص المادة03 /13 من نص القانون رقم 18-07 السابق الذكر.

فالمقصود هنا، هو الشخص أو الهيئة التي لا يمكنها تحديد الغرض الذي تتم من اجله المعالجة، رغم توافرها على الوسائل اللازمة، ما دامت تعمل نيابة عن المسؤول عن المعالجة[39].

3. الغير

ويقصد بالغير هنا **" كل شخص طبيعي أو معنوي، عمومي او خاص أو أي كيان آخر غير الشخص المعني والمسؤول عن المعالجة والمعالج من الباطن والأشخاص المؤهلون لمعالجة المعطيات، الخاضعون للسلطة المباشرة للمسؤول عن المعالجة أو المعالج من الباطن"**، حسب الفقرة الرابعة عشر من نص المادة الثالثة من القانون المذكور أعلاه.

وقد يكون الغير هو متلقي البيانات أو المرسل إليه، ولكن ذلك لا يحدث دائما، وهو السبب الذي جعل المشرع الجزائري يفرد تعريفا خاصا بالمرسل إليه في نص المادة 15/03 من القانون رقم 18-07 السابق الذكر..

4. المرسل إليه (مستلم البيانات)

وهو" كل شخص طبيعي أو اعتباري أو السلطة العمومية أو المصلحة، أو أي كيان آخر يتلقى معطيات ذات طابع شخصي".

مع العلم أن هناك من يرى بأن السلطات التي من المحتمل أن تتلقى بيانات في إطار تقصي الحقائق، لا يمكن اعتبارها مستلم للبيانات[40].

5. الشخص المعني بالمعالجة

يقصد به حسب نص المادة 2/03 من القانون أعلاه**" كل شخص طبيعي تكون المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به موضوع معالجة".**

واشترط المشرع موافقة هذا الأخير على معالجة بياناته الشخصية، فعرف الموافقة هنا بأنها**" كل تعبير عن الإرادة المميزة، يقبل بموجبه**

الشخص المعني أو ممثله الشرعي معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة به، بطريقة يدوية أو إلكترونية"[41].

كما يعد من الأشخاص المسؤولين في حال الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية للمستخدمين، من يعرف ب" مقدم الخدمات".

6. مقدم الخدمات

حدده المشرع الجزائري بأنه" **1-أي كيان عام او خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام للاتصالات.**

2- أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو للمستعملين"[42].

ثانيا: النطاق الموضوعي للمسؤولية عن الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي

ستنقسم دراستنا في هذا الإطار إلى جزئيتين، تتعلق الجزئية الأولى منهما بالحماية الجزائية التي كفلها المشرع الجزائري في هذا المجال، في حين نتطرق في الثانية للحماية المدنية، وفقا للتالي:

1. الحماية الجزائية ضد الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية على شبكات مواقع التواصل الاجتماعي

نركز في هذا الإطار على موقف المشرع الجزائري، من خلال استقراء نص القانون رقم 18 -07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، وبالضبط نصوص المواد من 54 إلى غاية 69، حيث أدرج المشرع الجزائري عددا من المخالفات التي تشكل جرائم ماسة بتلك المعطيات، سواء أثناء عملية جمعها، أو أثناء معالجتها أو أثناء استعمالها أو التصرف فيها[43]، نلخصها كما يلي:

1.1 فعل الجمع غير المشروع للمعطيات الشخصية

وتظهر مخالفة أحكام جمع المعطيات الشخصية في صورتين هما:

1.1.1 جريمة استخدام أساليب غير مشروعة في جمع المعطيات الشخصية

وهي جريمة تقع في أولى مراحل عملية جمع هذا النوع من المعطيات، ويقصد بالجمع هنا، عملية الإلمام المسبق بالمعطيات وتنظيمها من أجل استعمالها فيما بعد[44].

يقع الفعل هنا سواء جاءت عملية الجمع باستخدام طرق تقليدية كالملفات والسجلات الورقية، أ و باستخدام الطرق الحديثة آليا أو الأجهزة المعلوماتية.

يستوجب القانون لقيام هذه الجريمة، استخدام طرق تدليسية أو غير نزيهة أو غير مشروعة، وقد فرض المشرع الجزائري عليها عقوبة جنحية تتمثل في الحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 300.000 دج[45].

2.1.1 جمع المعطيات الشخصية المتعلقة بالوضعية الجزائية للشخص

ورد تجريم الفعل أعلاه في نص المادة 68 من القانون رقم 18-17 السابق الذكر وجاء فيه" **يعاقب بالحبس من 6 أشهر إلى 3 سنوات وبغرامة من 60.000 إلى 300.000 دج، كل من قام في غير الحالات المنصوص عليها قانونا، بوضع أو حفظ في الذاكرة الآلية، المعطيات ذات الطابع الشخصي بخصوص جرائم أو إدانات أو تدابير أمن".**

انطلاقا من النص أعلاه، يفهم انه يكفي لقيام هذه الجريمة مجرد قيام الجاني بحفظ المعطيات الجزائية دون ضرورة توافر الرغبة في لمعالجتها، كما يشترط أن تتم عملية الحفظ آليا، بمعنى يستبعد من نطاق تطبيق النص عملية الحفظ التي تتم يدويا أو بالكتابة.

2.1 المخالفات المرتكبة أثناء إنشاء المعالجة

تتمثل عموما في صورتين نلخصهما كالتالي:

1.2.1 جريمة عدم استيفاء الشروط المسبقة للمعالجة

تأخذ هذه الجريمة إحدى صورتين:

إما القيام **بمعالجة المعطيات الشخصية دون موافقة أو رغم اعتراض الشخص المعني** وتقوم هذه الجريمة مخالفة لأحكام المادتين 07 و36 من نص القانون رقم 18-07 السابق ذكره، حيث تشدد الأولى على ضرورة الموافقة الصريحة للشخص المعني حتى تتم معالجة معطياته الشخصية، بينما تمنحه الثانية الحق في الاعتراض إذا توافرت الأسباب المشروعة لذلك[46]، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في نص المادة 18 من القانون نفسه، والتي تتعلق بالمعطيات الحساسة[47].

ووردت العقوبة عليها بموجب نص المادة 55 من نفس القانون وجاء فيها" **يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 300.000 دج، كل من قام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي خرقا لأحكام المادة 07 من هذا القانون.**

ويعاقب بنفس العقوبة كل من يقوم بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي رغم اعتراض الشخص المعني، عندما تستهدف هذه المعالجة، لا سيما الإشهار التجاري أو عندما يكون الاعتراض مبنيا على أسباب شرعية".

أما الصورة الثانية عن جريمة عدم استيفاء الشروط المسبقة للمعالجة فتتعلق **بجريمة القيام بمعالجة لمعطيات شخصية غير مصرح أو غير مرخص بها**، وبدورها تقع بمخالفة للأحكام الواردة في نص المادة 12 من القانون رقم 18-07 السابق الإشارة إليه والتي تشترط أن تخضع كل معالجة للمعطيات ذات الطابع الشخصي لكل من إجراء التصريح المسبق لدى السلطة الوطنية أو لترخيص منها[48]، ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

أورد المشرع الجزائري العقوبة الخاصة بهذه الجريمة في نص المادة 56 من نفس القانون، وتتمثل في الحبس مدة 5 سنوات، وغرامة مالية من 200.000 إلى 500.000 دج.

2.2.1 تجريم خرق المسؤول عن المعالجة للالتزامات الواقعة عليه

جرم المشرع الجزائري بموجب نص القانون رقم 18-07 المشار إليه سابقا، قيام المسؤول عن المعالجة بخرق الالتزامات المفروضة عليه بموجب هذا الأخير، في صورة عدد من السلوكات غير المشروعة، نلخصها فيما يلي:

أ/جريمة رفض الاعتراف بحقوق الشخص المعني بالمعالجة

وفي هذا الإطار جاء نص المادة 64 من القانون أعلاه**:" يعاقب بالحبس من شهرين إلى سنتين وبغرامة من 20.000 إلى 200.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبيتين فقط، كل مسؤول عن المعالجة يرفض دون سبب مشروع، حقوق الإعلام أو الولوج أو التصحيح أو الاعتراض المنصوص عليها في المواد من 32 و34 و35 و36 من هذا القانون".**

فالاعتراف بهذه الحقوق يمنح الشخص المعني الحق في الاطلاع المباشر على كل ما يتعلق بمعالجة معطياته الشخصية، مما يشكل ضمانا تشريعيا لممارسة رقابة حقيقية إلى جانب السلطة الوطنية.

كما أن العقوبة المنصوص عليها في نص المادة 64أعلاه، لا تطبق إلا في حال العود، حيث تقرر منح السلطة الوطنية في حالة عدم الاعتراف بالحقوق المذكورة، حق فرض غرامة مالية مقدرة ب 5000.000 دج، كجزاء أولي ردعي، وفي حالة العود تقوم الجريمة كاملة لتنطبق عليها العقوبة المنصوص عليها في المادة 64 السالفة الذكر.

ب/ جريمة عدم الالتزام بسرية وسلامة معالجة المعطيات الشخصية

أورد المشرع الجزائري قواعد الالتزام بسرية وسلامة معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في المادتين 38 و39 من نص القانون رقم 18-07 المذكور سابقا، بحيث يعاقب القانون كل مسؤول عن المعالجة يخالف أحكام هاتين المادتين، وفي هذا الإطار جاء نص المادة 65 من نفس القانون:**" دون الإخلال بالعقوبات المنصوص عليها في ....يعاقب بغرامة من 200.000 إلى 500.000 دج المسؤول عن**

المعالجة الذي يخرق الالتزامات المنصوص عليها في المادتين 38 و 39 من هذا القانون.

يعاقب بنفس العقوبة كل من قام بالاحتفاظ بالمعطيات ذات الطابع الشخصي بعد المدة المنصوص عليها...".

ج/ تجريم خرق الالتزام بالتنسيق والتواصل مع السلطة الوطنية

يظهر خرق هذا الالتزام من خلال إما عرقلة عمل السلطة الوطنية، أو الامتناع عن تبليغها عن الانتهاكات التي تحصل في المجال الالكتروني بخصوص المعطيات الشخصية.

بالنسبة للحالة الأولى يعاقب القانون عليها بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين، وغرامة من 60.000إلى 200.000 دج، في حين يكون العقاب في الحالة الثانية بالحبس من إلى ثلاث سنوات وغرامة من 100.000إلى 300.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط[49].

3.1 تجريم بعض الأفعال أثناء مرحلة استعمال المعالجة

أي يفترض في الجاني أنه استوفى كل الشروط السابقة اللازمة لإنجاز المعالجة، إلا أنه خلال استعمالها قد يقوم ببعض التصرفات غير المشروعة، جرمها المشرع الجزائري، وفيما يلي تلخيص لها:

1.3.1 تجريم مخالفة بعض بنود التصريح أو الترخيص

جرم المشرع الجزائري كل فعل يؤدي إلى خرق بنود التصريح أو الترخيص الممنوح لاستعمال المعالجة من خلال صورتين:

تتعلق الأولى **بتجريم استعمال المعالجة لأغراض أخرى تلك المصرح بها أو المرخص بها**، ونص عليها في المادة 58 من نص القانون رقم 18-07 السابق الذكر كالتالي: **"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من 60.000إلى 100.000 دج، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من قام بإنجاز أو استعمال معالجة معطيات لأغراض أخرى غير تلك المصرح بها أو المرخص بها".**

في حين تتمثل الصورة الثانية في **تجريم الاحتفاظ بالمعطيات خارج المدة المحددة،** لأن تحديد مدة الاحتفاظ بهذه الأخيرة يعتبر من البيانات الضرورية الواجب إدراجها في متن التصريح، طبقا لنص المادة 6/14 من نص القانون رقم 18-07 المذكور أعلاه[50].

وعاقب المشرع على هذا الفعل بموجب نص المادة 2/65 من نفس القانون" **...يعاقب بنفس العقوبة (أي غرامة من 200.000 إلى 500.000 دج) كل من قام بالاحتفاظ بالمعطيات ذات الطابع الشخصي بعد المدة المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول أو تلك الواردة في التصريح أو الترخيص".**

2.3.1 تجريم إفشاء المعطيات الشخصية لغير المؤهلين بذلك

يظهر ذلك من خلال صورتين اثنتين:

الأولى تتعلق **بجريمة السماح لغير المؤهلين بالولوج إلى المعطيات الشخصية،** وعوقب عيها في نص المادة 60 من القانون رقم 18-07 المشار إليه سابقا: **"يعاقب بالحبس من سنتين إلى خمس سنوات وغرامة من 200.000 إلى 500.000 دج، كل من سمح لأشخاص غير مؤهلين بالولوج لمعطيات ذات طابع شخصي".**

والثانية تتمثل في **جريمة إيصال المعطيات المعالجة أو المستلمة إلى غير المؤهلين بذلك** المنصوص عليها في المادة 69 من نفس القانون**: "يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 100.000 إلى 500.000 دج، كل مسؤول عن معالجة وكل معالج من الباطن وكل شخص مكلف بالنظر إلى مهامه، بمعالجة معطيات ذات طابع شخصي، يتسبب أو يسهل، ولو عن إهمال، الاستعمال التعسفي أو التدليسي للمعطيات المعالجة، أو المستلمة أو يوصلها إلى غير المؤهلين بذلك".**

2. الحماية المدنية ضد الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية على شبكات مواقع التواصل الاجتماعي

ترتب آثار المسؤولية المدنية في هذا الإطار بالاعتماد على المادة 47 من القانون المدني الجزائري[51] ونصها:**"لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته ان يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما لحقه من ضرر".**

ومن النص أعلاه، يتضح أن هناك وسيلتين أقرهما المشرع لحماية الحقوق الشخصية عموما- ومن بينها الحماية ضد الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية- هما:

الحق في طلب وقف الاعتداء، والحق في طلب التعويض.

1.2 طلب وقف الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية

انطلاقا من نص المادة أعلاه، فإنه يجوز لكل شخص اعتدي على حق من حقوقه الشخصية، مهما كان تصنيفها، أن يطلب وقف الاعتداء دون الإخلال بالحق في التعويض، وفي نفس الإطار جاء نص المادة 48 من نفس القانون حول الاعتداء على اسم الشخص سواء بالمنازعة في استعماله دون مبرر أو بانتحاله.

وبحسب النصين، فبمجرد وقوع الاعتداء على حق الشخص يقوم المبرر الكافي لطلب وقف ذا الأخير وتدخل القضاء لحماية حقوقه الشخصية، كما لا يشترط وقوع ضرر لهذا الطلب، لان الهدف منه بالدرجة الأولى، هو منع وقوع الضرر أو وضع حد له، وهذا للأهمية هذه الحقوق وصعوبة جبرها بأي تعويض[52].

وقياسا على عمومية نص المادة 47 أعلاه، يكون للمتضرر الحق في الاختيار إلى أي قضاء يلجأ، إما إلى قاضي الموضوع الذي سيبث بدون شك لاحقا في مسألة التعويض، أم إلى قاضي الاستعجال[53].

2.2 طلب التعويض عن الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية

فيكون لمن اعتدي على خصوصيته المعلوماتية على شبكات مواقع التواصل الاجتماعي، أنم يطلب التعويض عن ما لحقه من ضرر بسبب هذا الاعتداء.

وفي هذا السياق تطبق القواعد العامة الواردة في نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري:" **كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير، يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"**[54]. فحتى تقوم المسؤولية المدنية لابد من توافر خطأ، وان يترتب عنه ضرر للشخص المعتدى عليه.

وتتعدد صور الخطأ التقصيري عبر شبكات التواصل الاجتماعين من كشف للمعلومات الشخصية للمستخدمين، واستخدام لهذه الأخيرة لأغراض تجارية، إلى الاختراق و التشهير والابتزاز وغيرها، كما سبق ووضحنا.

أما عن الضرر في هذا السياق، فقد يكون ماديا يصيب الشخص في حق من حقوقه المالية أو مصلحة مالية مشروعة، كالاستيلاء على أسرار تجارية ونشرها على مواقع التواصل الاجتماعي وغيرها...

وقد يكون معنويا(أدبيا)، يمس الشخص في نفسيته وكرامته وشعوره، كنشر صورة خاصة مسيئة له، أو التشهير به...الخ

كما يشترط في الخطأ الموجب للمسؤولية المدنية، أن يكون محققا، إما بوقوعه فعلا كنشر فيديو على مواقع التواصل الاجتماعي لشخص في وضع مسيء، أو أن يكون سيقع حتما في المستقبل، كقيام المحكمة بالأمر بإزالة فيديو مسيء لشخص معين، مع إمكانية الاستمرار في نشره على مواقع أخرى مثلا[55].

مع العلم ان التعويض يشمل الضرر بنوعيه المادي والمعنوي، مع ضرورة ان يكون محقق الوقوع في الحال أو في المستقبل.

بينما يشترط الارتباط بين كل من الخطأ المرتكب والضرر الحاصل عن طريق علاقة السببية.

خاتمة

يظل موضوع الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية عبر شبكات التواصل الاجتماعي واحدا من المواضيع الحساسة التي لن تفقد أهميتها

رغم تعدد الدراسات حولها، وذلك لارتباطه بالعالم الرقمي الذي لن يتوقف عن التطور والتبدل والتوسع، مما يسمح بظهور صور متعددة ومتجددة للاعتداءات في هذا السياق.

إن المواجهة الفعالة لكافة صور الاعتداء على الخصوصية المعلوماتية لمستخدمي مواقع التواصل الاجتماعي، وإن أصبحت تستدعي تظافر الجهود الدولية والوطنية لتكريس مفهوم الاستخدام الآمن للتكنولوجيا المعلوماتية، إلا أن الحماية الحقيقية في هذا المجال- في نظرنا-، تبقى تتركز في ضرورة حرص المستخدمين أنفسهم على عدم السماح باستباحة خصوصيتهم قدر الإمكان على هذه المواقع، وعدم الانسياق وراء ما تروج له هذه الشبكات من خلال "سياسة الخصوصية" التي تزعم احترامها، مما يجعل المستخدم يؤمن بأن معلوماته الممنوحة آمنة، من خلال اتباعه للخطوات المطلوبة من هذه المواقع لتجسيد هذه السياسة المزعومة.

في الأخير لا يمكن أن نتجاهل الإضافة القانونية التي جسدها المشرع الجزائري من خلال إصداره نص القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، واهتمامه بتأطير الحماية القانونية الواجبة في هذا الإطار- خاصة منها الحماية الجزائية-، ويبقى فقط أن تتكافل الجهود للعمل على توضيح مختلف المصطلحات الواردة في هذا النص القانوني؛ من خلال اللقاءات العلمية والإعلامية، وكذلك التوعية المستمرة بخطورة الولوج إلى مواقع شبكات التواصل الاجتماعي وما تمارسه من اعتداء واستباحة لخصوصيات المستخدمين على مختلف أعمارهم و تأثير على ميولاتهم.

الهوامش:

[1]يصل حجم الأشخاص الذين يستخدمون شبكة الفيسبوك إلى ما يزيد عن ملياري شخص، و800 مليون على انستغرام، وإلى أكثر من مليار على واتساب، بحيث يتجاوز حجم البيانات

الناتجة عن هذا الاستخدام، 2.5 إكسا بايت exa byte في الدقيقة الواحدة تقريبا. وتبعا لذلك وصلت أرباح فيسبوك إلى 16 مليار دولار، بينما تجاوزت في غوغل المائة مليار.للمزيد من الإحصاءات في هذا الإطار راجع: د. منى الأشقر جبور، د. محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، الهم الأمني وحقوق الأفراد، الطبعة الأولى، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، بيروت، 2018، ص12، 14.

Alessandro Acquiti and Ralph Gross, Imagined Communities : Awareness, Information Sharing and Privacy on the Facebook, Pre-proceedings version, Piivacy Enhancing Technologies Workshop(PET), 2006K p 2,2/2/2020, on the site : www.heinz.cmu.edu<papers<acqu

[2] د. تومي فضيلة، "أيديولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 30، سبتمبر 2017، جامعة ورقلة، ص 43.

[3] د. منى تركي الموسوي، جان سيريل فضل الله، " الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة"، مقال منشور بمجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013، ص 03.

[4] د. تومي فضيلة، المرجع السابق، ص 43.

[5] منى الأشقر جبور، د. محمود جبور، المرجع السابق، ص 70، 71.

[6] د. جبالي أبو هشيمة كامل، "حماية البيانات الشخصية في البيئة الرقمية"، بحث مقدم إلى مؤتمر العصر الرقمي وإشكالياته القانونية"، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، في الفترة من 12-13 أفريل 2016، ص 04.

[7] راجع:

Nathalie WALCZAK , « La protection des données personnelles sur l'internet, Analyse des discours et des enjeux sociopolitiques », These de doctorat en sciences de l'information et de la communication,Ecole doctorale Sciences de l'education, psychologie, information-Communication, Université Lumiére Lyon2k sans date, p 65
Valable sur le site :
Thess.univ-lyon2.fr<pdfAmont<walczak_n_these

[8] منى تركي الموسوي، جان سيريل فضل الله، المرجع نفسه، ص 04.

[9] د. منى الأشقر جبور، د. محمود جبور، المرجع السابق، ص 22.

[10] المرجع نفسه.

[11] أصدر المشرع الجزائري في هذا الإطار، نص القانون رقم 18-07 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439، موافق 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة

المعطيات ذات الطابع الشخصي، جريدة رسمية العدد 34، صادرة بتاريخ 25 رمضان 1439 موافق 10 يونيو 2018.

[13]المرجع نفسه.

[14]د. ممدوح عبد الواحد محمد، " شبكات التواصل الاجتماعي والتحولات السياسية في المجتمع المصري" ، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر العلمي الثامن عشر حول" الإعلام وبناء الدولة الحديثة"، كلية الإعلام، جامعة القاهرة، بتاريخ 1و2 يوليو 2012، ص 66.

[15] د. عثمان بكر عثمان، " المسؤولية عن الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي"، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص 03، متاح على الموقع الالكتروني: Law.tanta.edu.eg<files<conf4<…

[16]عقيد عطا الله بن فهد السرحاني، "شبكات التواصل الاجتماعي"، بحث مقدم في إطار الدورة التدريبية حول " توظيف شبكات التواصل الاجتماعي في مكافحة الإرهاب"، خلال الفترة من 13-1434/4/17 ه، الموافق 23-2/27/ 2013 م، 2020/2/13، متاح على الموقع الالكتروني:
repository.nauss.edu.sa/bitstream/handle/123456789/59614/2الاجتماعي0%.شبكاتpdf

[17] المرجع نفسه.

[18] قانون رقم 18-07 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439، موافق 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية العدد 34، صادر في 25 رمضان 1439 موافق 10 يونيو 2018.

[19] طباش عز الدين، " الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري- دراسة في ظل القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، الجزائر، العدد 02-2018، ص 36.

[20]د. جبالي أبو هشيمة كامل، المرجع السابق، ص 31.

[21] يقصد بملفات الكوكيز، ملفات نصية صغيرة، ترسلها شبكات الاتصال الخاصة بالمواقع التي نقوم بزيارتها، تسمح للموقع بالتعرف على بياناتنا وبيانات الجهاز الرقمية، وعادة ما يتم ضبطها تلقائيا، بحيث تقوم بجمع تلك البيانات دون الحصول على موافقة المستخدم. راجع في ذلك: سارة الشريف، " خصوصية البيانات الرقمية"، سلسلة أوراق الحق في المعرفة، مركز دعم لتقنية المعلومات، القاهرة، دون سنة نشر، ص 03.

[22] د. جبالي أبو هشيمة، المرجع السابق، ص 30.

[23]د. عثمان بكر عثمان، المرجع السابق، ص 18.

[24]د. جبالي أبو هشيمة كامل، المرجع نفسه، ص 30

[25]راجع في ذلك: نص المادة 4/07 من نص القانون رقم 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي السابق الذكر.

[26]عثمان بكر عثمان، المرجع السابق، ص 20.

[27]عمر محمد أبو بكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت (الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية)، دار النهضة العرلابية، القاهرة، 2004، ص 331.
[28]الدهبي خدوجة، " حق الخصوصية في مواجهة الاعتداءات الالكترونية(دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد الثامن، المجلد الأول، ديسمبر 2017، ص 148.
[29] المرجع نفسه، ص21.
[30] نص المادة 330 مكرر من القانون رقم 66-156، مؤرخ في 14 رمضان 1437 موافق 8 يونيو 1966، متضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
[31]نص المادة 371 من القانون نفسه.
[32]الدهبي خدوجة، المرجع السابق، ص 147.
[33]عثمان بكر عثمان، المرجع السابق، ص 23.
[34]المرجع نفسه.
[35]المرجع نفسه، ص 24.
[36]د. محمد احمد المعداوي، " حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي-دراسة مقارنة-"، العدد الثالث والثلاثون، الجزء الرابع، ص 1958، 2020/2/15، متاح على الموقع الالكتروني:
Mksq.journals.ekb.eg
[37] راجع نص المادة 03 من نص القانون رقم 18-07 السابق الذكر.
[38]محمد احمد المعداوي، المرجع نفسه، ص 1958، 11959.
[39]المرجع نفسه، ص 1960.
[40]المرجع نفسه، ص 1961.
[41] راجع نص المادة 4/03 من نص القانون رقم 18-07 السابق الذكر.
[42] راجع نص المادة 19/03 من نفس القانون.
[43]طباش عز الدين، " الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري- دراسة في ظل قانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، مقال منشور بالمجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 02، 2018، ص 29.
[44] MALABAT Valérie, Droit pénal spécial, 4éme édition, Dalloz, Paris, 2009, p 333
. نقلا عن: طباش عز الدين، المرجع السابق، ص 30.
[45]راجع نص المادة 59 من القانون رقم 18-07 السابق ذكره.
[46]جاء في نص المادة 36 من نفس القانون" يحق للشخص المعني ان يعترض، لأسباب مشروعة على معالجة معطياته ذات الطابع الشخصي...".
[47] المعطيات الحساسة هي معطيات ذات طابع شخصي تبين الأصل العرقي أو الإثني أو الآراء السياسية أو القناعات الدينية أو الفلسفية أو الانتماء النقابي للشخص المعني، أو تكون متعلقة بصحته بما فيها معطياته الجينية". نص المادة 6/03 من نفس القانون.

[48]وردت الأحكام المتعلقة بالتصريح في نصوص المواد من 13 إلى 16، وتلك المتعلقة بالترخيص في نصوص المواد من 17 إلى 21 من القانون نفسه.
[49]راجع في هذا الإطار المادتين 61 و62 من نفس القانون.
[50] وفي نفس السياق جاء نص المادة 9/ه من القانون رقم 18-07 أعلاه" يجب أن تكون المعطيات الشخصية، ....ه- محفوظة بشكل يسمح بالتعرف على الأشخاص المعنيين خلال مدة لا تتجاوز المدة اللازمة لإنجاز الأغراض التي من أجلها تم جمعها ومعالجتها".
[51] الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395، موافق 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقاون رقم 07-05، صدر في الجريدة الرسمية العدد 31 ، بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428 ، موافق 13 ماي 2007.
[52] دريسي يمينة، " حماية حقوق الشخصية في إطار المسؤولية التقصيرية"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سيدي بلعباس 2016-2017، ص 250، 251.
[53] المرجع نفسه.
[54] ويقابلها نص المادة 123 من القانون المدني المصري، والمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي.
[55] د. عثمان بكر عثمان، المرجع السابق، ص 32.

قائمة أهم المصادر القانونية والمراجع:

أولا: المصادر القانونية

1- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان 1395، موافق 26 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقاون رقم 07-05، صدر في الجريدة الرسمية العدد 31 ، بتاريخ 25 ربيع الثاني 1428 ، موافق 13 ماي 2007.
2- القانون رقم 66-156، مؤرخ في 14 رمضان 1437 موافق 8 يونيو 1966، متضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل والمتمم.
3- قانون رقم 18-07 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439، موافق 10 يونيو 2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الجريدة الرسمية العدد 34، صادر في 25 رمضان 1439 موافق 10 يونيو 2018.

ثانيا: المراجع

- **الكتب:**

أ/ باللغة العربية:

1- د. منى الأشقر جبور، د. محمود جبور، البيانات الشخصية والقوانين العربية، الهم الأمني وحقوق الأفراد، الطبعة الأولى، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية مجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، بيروت، 2018.
2- عمر محمد أبو بكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت (الأحكام الموضوعية والجوانب الإجرائية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

3- سارة الشريف، " خصوصية البيانات الرقمية"، سلسلة أوراق الحق في المعرفة، مركز دعم لتقنية المعلومات، القاهرة، دون سنة نشر.

ب/ باللغة الأجنبية:

1- MALABAT Valérie, Droit pénal spécial, 4éme édition, Dalloz, Paris, 2009.

- **المقالات والبحوث:**

1- تومي فضيلة، "أيديولوجيا الشبكات الاجتماعية وخصوصية المستخدم بين الانتهاك والاختراق، مقال منشور في مجلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، العدد 30، سبتمبر 2017، جامعة ورقلة.

2- د. منى تركي الموسوي، جان سيريل فضل الله، " الخصوصية المعلوماتية وأهميتها ومخاطر التقنيات الحديثة"، مقال منشور بمجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بمؤتمر الكلية، 2013

3- طباش عز الدين، " الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري- دراسة في ظل القانون 18-07 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، جامعة بجاية، الجزائر، العدد 02- 2018.

4- الدهبي خدوجة، " حق الخصوصية في مواجهة الاعتداءات الالكترونية(دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، العدد الثامن، المجلد الأول، ديسمبر 2017

5- جبالي أبو هشيمة كامل، "حماية البيانات الشخصية في البيئة الرقمية"، بحث مقدم إلى مؤتمر العصر الرقمي وإشكالياته القانونية"، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، في الفترة من 12- 13 أفريل 2016.

6- د. ممدوح عبد الواحد محمد، " شبكات التواصل الاجتماعي والتحولات السياسية في المجتمع المصري" ، ورقة بحثية مقدمة في المؤتمر العلمي الثامن عشر حول" الإعلام وبناء الدولة الحديثة"، كلية الإعلام، جامعة القاهرة، بتاريخ 1و2 يوليو 2012.

- **الرسائل الجامعية:**

1- دريسي يمينة، " حماية حقوق الشخصية في إطار المسؤولية التقصيرية"، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة سيدي بلعباس 2016-2017.

- **مواقع الانترنت:**

1- د. عثمان بكر عثمان، " المسؤولية عن الاعتداء على البيانات الشخصية لمستخدمي شبكات التواصل الاجتماعي"، كلية الحقوق، جامعة طنطا، ص 03، متاح على الموقع الالكتروني: Law.tanta.edu.eg<files<conf4<…

2- عقيد عطا الله بن فهد السرحاني، "شبكات التواصل الاجتماعي"، بحث مقدم في إطار الدورة التدريبية حول " توظيف شبكات التواصل الاجتماعي في مكافحة الإرهاب"، خلال الفترة من 13-1434/4/17 ه، الموافق 23-2/27/ 2013 م، 2020/2/13، متاح على الموقع الالكتروني:
repository.nauss.edu.sa/bitstream/handle/123456789/59614/2الاجتماعي0%.شبكاتpdf

3- د. محمد احمد المعداوي، " حماية الخصوصية المعلوماتية للمستخدم عبر شبكات مواقع التواصل الاجتماعي-دراسة مقارنة-"، العدد الثالث والثلاثون، الجزء الرابع، ص 1958، 2020/2/15، متاح على الموقع الالكتروني:
Mksq.journals.ekb.eg

-4

Alessandro Acquiti and Ralph Gross, Imagined Communities : Awareness, Information Sharing and Privacy on the Facebook, Pre-proceedings version, Piivacy Enhancing Technologies Workshop(PET), 2006K p 2,2/2/2020, on the site : www.heinz.cmu.edu<papers<acqu

-5

Nathalie WALCZAK , « La protection des données personnelles sur l'internet, Analyse des discours et des enjeux sociopolitiques », These de doctorat en sciences de l'information et de la communication,Ecole doctorale Sciences de l'education, psychologie, information-Communication, Université Lumiére Lyon2k sans date, p 65
Valable sur le site :
Thess.univ-lyon2.fr<pdfAmont<walczak_n_these

–

ISSB: 978-9931-9651-0-7

الحماية الجزائية للخصوصية عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي

د/ بن عيسى أحمد
جامعة سعيدة الجزائر

ISBN: 978-9931-9651-0-7

الحماية الجزائية للخصوصية عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي

الدكتور / بن عيسى أحمد (*)

ملخص: من أهم الحقوق الأساسية للأفراد في المجتمع الحق في الخصوصية .و الذي يتوسع في ظل التطور التكنولوجي لا سيما ما تعلق بالبيانات الشخصية و الحياة الخاصة التي تمتد إلى جميع الفئات بغض النظر على وضعياتهم .

تشكل تطبيقات التواصل الاجتماعي مجالا واسعا للاتصالات .ما يجعل إمكانية أن تصبح خصوصيات الأفراد محل انتهاك.

أقر المشرع الجزائري حماية للحياة الخاصة بغض النظر الوسيلة المستعملة بما فيها تطبيقات التواصل الاجتماعي

الكلمات المفتاحية: الحق في الخصوصية ،الأفراد ، ،الحماية القانونية،الانتهاك

Abstract : One of The most important rights for individuals in society is the right of privacy. such right was widen as a result of the technological development.

Social media applications constitute a wide field of communication, which makes the possibility for individuals 'privacy to be violated.

Mots Clés : right to privacy, individuals, legal protection, violation

مقدمة :

شكلت التكنولوجيا الحديثة نقلة نوعية في طريقة التواصل بين الأفراد داخل المجتمع لا سيما ما أنتجته من وسائل. تطورت عبر فترات زمنية

(*)-، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة سعيدة الجزائر

مقدمة :

شكلت التكنولوجيا الحديثة نقلة نوعية في طريقة التواصل بين الأفراد داخل المجتمع لا سيما ما أنتجته من وسائل. تطورت عبر فترات زمنية لتختصر المسافات. و تكون أكثر دقة باستخدام أدوات متنوعة بين التقليدية كالصوت، إلى الحديثة كالاتصال عن طريقة تقنية الفيديو و الرؤية الوجاهية و الصورة .ما جعل تكثيف التعامل بهكذا تقنيات بما يتوافق مع التطور الاقتصادي و الاجتماعي ،و الزيادة بالربط عن طريق الأنترنيت، و التي أصبحت معممة على نطاق واسع خاصة في ظل استخدامها في المجالات المختلفة الاقتصادية والتجارية و الاجتماعية .

فبعدما كان الهاتف إلى وقت غير بعيد الوسيلة الأكثر تطورا التي يتم استعمالها في مجال الاتصالات سواء محليا أو دوليا

إلا أن الثورة التقنية الحديثة أنتجت وسائل اكثر مرونة و سهولة و تكلفة من الهاتف في حد ذاته. الذي هو الأخر تطور إلى هواتف محمولة و ذكية يتم إدراج فيها إمكانية الربط بالأنترنيت و كذا أدوات للتواصل عبرها كوسيلة مبرمجة لذلك. تعددت وسائل التواصل عبر الربط بالأنترنيت من خلال وسائط اجتماعية. يتم إدراجها في شكل تطبيقات مبرمجة عن طريق تقنيات الإعلام الآلي ما يجعلها تقدم أدوات مختلفة للتواصل في تطبيق واحد. و هي تتطور باستمرار على غرار وسائط التواصل الاجتماعي كالفايس بوك face book و لينكدإن LinkedIn إيمو imo و غيرها .

وتتميز تطبيقات التواصل الاجتماعي كونها عابرة للحدود بفضل الأنترنيت، و هي تسهل الاتصال عبر عدة طرق سواء ما تعلق بالصوت أو الصورة أو تقنية الفيدية أو كلها معا، كما يمكن تثبيتها على مستوى الهواتف الذكية أو الحواسيب بدرجات متفاوتة.

إن عملية التواصل في ظل هاته التطبيقات أدت إلى إشكالية تتعلق بالخصوصية ومدى حمايتها في ظل وجود تقنيات تكنولوجية تسمح بالتخزين. والجمع للبيانات. سواء عند التسجيل على مستوى التطبيق و هو أقل خطرا باعتبار أن البيانات المتخذة للتسجيل ممكن تكون غير صحيحة، الا أن عمليات التواصل تؤدي الى إرسال الصور و تسجيل الفيديوهات و الدردشات الصامتة عن طريق الكتابة ما يجعل إمكانية اختراقها و انتهاكها ممكنة فيس ظل ضعف أنظمة هاته التطبيقات من جهة و غير محمية بشكل يحفظ الخصوصيات .

إن الأفعال المقترنة بانتهاكات الخصوصية عبر التطبيقات المتاحة عبر الأنترنيت تطورت، و أصبحت تشكرا خطرا على الأفراد في المجتمع .ما يجعل من الضروري إيجاد قواعد قانونية جزائية لتجريم الانتهاكات و أساليب للتحري تتوافق مع طبيعة هاته التطبيقات .

لقد أصبح مجال الاتصالات يشكل إرهاصا كبيرا للمشرع الجزائري لاسيما مع تزايد انتهاك للحياة الخاصة للأفراد، و أمام التطور الكبير للجرائم الماسة بالأفراد عن طريق الهواتف الذكية و برامج الإعلام الألي فقد أقر المشرع الجزائري القانون 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 المتعلق بتعديل الأمر 156/66 المتعلق بقانون العقوبات المعدل و المتمم.

بإقراره المواد 303 مكرر و 303 مكرر1و مكرر02 و مكرر03 و المتضمنة حماية الحياة الخاصة من الانتهاك.

يهدف هذا البحث إلى :

- تحديد مفهوم الحق في الخصوصية عبر تطبيقات التواصل الاجتماعي و تحديد مشتملاته

- الوقوق على الأساس الدستوري و القانوني لحماية الخصوصية

- قراءة في النصوص القانونية المقيدة لإعمال الحياة الخاصة

- إبراز موقف المشرع الجزائري و إقراره للمسؤولية الجزائية على انتهاك الخصوصية عبر التجريم و تحديد حالاتها

وتكمن أهمية البحث إبراز مفهوم مشتملات الحياة الخاصة لمستخدمي تطبيقات التواصل الاجتماعي ، مع الوقوف على إبراز الضمانات الدستورية لا سيما المادة 46 التي تعتبر أساس هاته الحماية و التي جاء ت في سياق التعميم ، و إبراز الحالات التي يتم فيها إعمال الحق في الخصوصية.

إلى جانب ذلك تبد جليا أهمية احترام الحق في خصوصية مستخدمي تطبيقات التواصل الاجتماعي عندما يتعلق بتخزين ما يقوم به من دردشات واستخدامه للصور عبره، و التصوير المرئي ،ووضع البيانات الشخصية عبر وسائل التكنولوجيا الحديثة بدون رضا أو إذن من صاحبه بما يؤدي الى ارتكاب جريمة يعاقب عليها القانون.

و هذا يجعلنا نطرح الإشكالية الأتية :

ما مدى إمكانية حماية الحق لمستخدمي تطبيقات التواصل الاجتماعي ظل وجود ضمانات دستورية وقانونية توفر الحماية من أي انتهاك؟ وما هو نطاقها في الحماية؟

المبحث الأول

مبدأ الخصوصية وعلاقته بتطبيقات التواصل الإجتماعي

أصبحت وسائل التكنولوجيا تشكل النمط السائد الذي يتم تداول في المعلوماتية بكل أشكالها بما جعل لها علاقة وطيدة مع الجانب الرقمي الذي يحوي الخصوصية بجوانبها المتعددة[1]،مع ثأيرها على جميع فئات المجتمع ووضعيتهم بما فيها المرضى.

المطلب الأول

المحددات المفاهمية لتطبيقات التواصل الإجتماعي وعلاقتها بالخصوصية

يعتبر الحق في الخصوصية من الحقوق الشخصية و التي لها طابع نوعي يختلف عن الحقوق الأخرى من خلال ممارسته و مشتملاته، و يعرف إجمالا بأنه " هو سلطة الفرد في جعل بياناته الشخصية من إسم و لقب و إنتماء ديني و مركزه الوظيفي ووضعيته الإجتماعية و الصحية و إتصالاته سرية ، و صوره و محادثاته غير قابلة للتداول أو الإطلاع عليها ، ما يجعلها حياة خاصة له دون سواه مع وصفها من طرف المشرع على أنها كذلك و يكون نطاقها محدود ،و لا يجوز إنتهاكها أو الإطلاع عليها من الغير إلا بإذن قضائي أو من جهة يخولها القانون ذلك ، أو برضا صاحبها،كما أنها نسبية بحيث تتسع و تضيق حسب المكان و الزمان.[2]

الفرع الأول

مفهوم تطبيقات التواصل الاجتماعي و مشتملات حق الخصوصية لمستخدميها

كان لتطور التكنولوجيا الحديثة و لا سيما منها برامج الإعلام الألي دورا كبيرا في تسهيل عملية التواصل بين الأفراد داخل المجتمع وصولا الى أن اصبح دائرة صغيرة بفعل حجم التواصل الموجود فيما بينهم و لعل وجود الأنترنيت قد أفضى إلى تعميم إستعمال شبكات التواصل الإجتماعي التي تتيحها تطبيقات خاصة ينتجها مهندسين و مهتمين في مجال الإعلام الألي و التواصل .[3]

و لعد مفاهيمها متعددة الا انها غالبا ما تعرف على أنها" برامج تتيح إمكانية التسجيل فيها عن طريق بيانات شخصية تتضمن الإسم و اللقب، و البريد الإلكتروني أو رقم الهاتف الشخصي. ليتم بعدها جعل لك حساب خاص و شخصي يتيح إمكانية تجمع لمجموعة من الأفراد و التواصل فيما بينهم التفاعل عن طريق الدردشات و تبادل الصور و تسجيل المكالمات الصوتية و المرئية و الفيديوهات و تبادلها و الإعلان عبرها و إستخدام ما تتضمنه من تقنيات للتواصل مع الأخرين عبر شبكة الأنترنيت. " [4]

الفرع الثاني

مشتملات الخصوصية لمستخدمي تطبيقات التواصل الإجتماعي

أ- البيانات الشخصية : يقصد بها البيانات التي تتضمن معلومات ذات دعم بوسيلة يمكن أن تعرف الشخص المريض بفيروس كورونا سواء تعلق الأمر بطريقة تقليدية أو إلكترونية تتعلق بالهوية. سواء كان الأمر يشكل بينات

جسمية أي فيزيولوجية أو وراثية أو تعريفات بيومترية كبطاقات التعريف الوطنية وجواز السفر أو غيرها من البيانات التي تبين الوضعية الصحية بإطارها العام عقليا و نفسيا أو حتى الوضعية الإقتصادية و الإنتماء الديني و الجنسية. و كل ما يشكل جانبا ثقافيا و إجتماعيا

و قد عرف المشرع الجزائري " المعطيات ذات الطابع الشخصي" في المادة 03 في الفقرة 01 من القانون 18-07 على أنه" كل معلومة بغض النظر عن دعامتها متعلقة بشخص معرف أو قابل للتعرف عليه"الشخص المعني" بصفة مباشرة أو غير مباشرة، لاسيما بالرجوع إلى رقم التعريف أو عنصر أو عدة عناصر خاصة بهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو البيومترية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الإجتماعية".[5]

ب- **الدردشات و الصور و تسجيل الفيديوهات :** تشكل عملية التواصل عبر وسائل التواصل الإجتماعي أكثر سهولة نظرا لتكلفتها الرخيصة و سرعة الإتصال و بتقنيات متعددة ما يجعلها مع إستخدام واسع من طرف الأفراد لا سيما عندما يتعلق الأمر بالتواصل مع أفراد غير محليين أو أجانب على حد السواء .

تعتبر الدردشات عبر الكتابة أكثر عمليات التواصل بين الأفراد و هي قابلة للتخزين و المسح من طرف واحد دون أن يتم فقدانها نهائيا ما يجعلها محل إمكانية الإنتهاك سواء من طرف المستخدمين فيما بينهم ،أو صاحب التطبيق في حد ذاته لا سيما عندما يتعلق الأمر بمشاهير أو أشخاص مهمين ،و ينطبق نفس الشيء على الصور الشخصية أو

تسجيل الأصوات أو فيديو عبر هاته التطبيقات التي تتح ذلك بسرعة و بسهولة.

ج- **الإتصالات و إستتخدامها عبر الأنترنيت :** نظرا لتطور تكنولوجيا الإعلام الألي وتطوير تطبيقات التواصل، و التصاميم المختلفة و التي تضمينها في الهواتف الذكية [6]و الحواسيب الثابتة و المحمولة و غيرها، فقد أصبحت قابلة للربط بالأنترنيت بما يجعل الخدمات التي يقدمها متعددة. مع تسهيل عمليات العرض للإتصالات من خلال إرسال الرسائل المختلفة ما يؤثر على خصوصية الفرد في ما يقوم به من محادثات نصية ، أو إرسال صور و فيديوهات خاصة له في وضعيات مختلفة،أو مستندات متنوعة تخص طبيعة معاملات، سواء من خلالها أو عبر البريد الإلكتروني و التخزين ،و الدردشات عبر مواقع التواصل الإجتماعي ، و البحث في المواقع عبر محركات البحث .[7]

الفرع الثاني

دسترة الحق في الخصوصية " سرية الإتصالات"

لما كان الدستور يشكل الوثيقة الأسمى في الدولة للحقوق و الحريات الأساسية فهي التي تحوي الضمانات التي يتم إقرارها ويضبطها إطار قانوني . بما فيها الحق في الخصوصية الذي وسعه المؤسس الدستوري أكثر مواكبة للتطورات التكنولوجية و للإلتزامات الدولية، بما يسمح للأفراد في المجتمع من ممارسة خصوصياتهم عبر إتصالاتهم و مراسلاتهم و حماية حياتهم الخاصة، و مشتملاتها كصورهم .و المشاركة في فعالياته بشكل عادي، و بإستقلالية و دون تمييز.[8]

و لا يعن إقرار الدستور للضمانات الخاصة بسرية الإتصالات و المراسلات و البيانات ذات الطابع الشخصي بأنها غير قابلة لتقييد و الإباحة في حالة حدوث

دواعي أمنية أو النظام العام ،و قد أقر المؤسس الدستوري لأول مرة رؤية جديدة نحو تحقيق المساواة و تكافؤ الفرص بين الأفراد و ضمان عدم إنتهاك الخصوصيات و ضمان حمايتها ،وقد تم تكريس هذا الحق في الدستور الحالي المعدل و ذلك بتضمين المادة 46 كمايلي :

- لا يجوز إنتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة ،و حرمة شرفه و يحميها القانون.
- سرية المراسلات و الإتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة .
- حماية الأشخاص الطبعيين في مجال المعالجة الألية للمعطيات ذات الطابع الشخصي حق أساسي يضمنه القانون و يعاقب على إنتهاكه.[9]

لم يحدد المشرع نوع البيانات ذات الطابع الشخصي و جعلها معممة لمواكبة ما قد ينجم على التطور التكنولوجي بما يؤدي الى إيجاد بيانات أخرى غير تقليدية بما يستدعي حمايتها.

و في نفس السياق فإن حق الخصوصية يتم ضمانه لجميع الأفراد في المجتمع على حد السواء بالمساواة مهما كان الفئة التي ينتمي إليها و دون تمييز .[10]

المبحث الثاني

تجريم إنتهاك الخصوصية عبر تطبيقات التواصل الإجتماعي "عمومية النص وتجسيد مبدأ الشرعية"

لما كان المشرع الجزائري مواكب للتطورات التكنولوجية التي تحدث في المجتمع الدولي المعلوماتي و امام الإنتهاكات المتكررة للمعطيات الخاصة بالأفراد داخل حواسيبهم و هواتفهم في ظل وجود الربط مع شبكة الأنترنيت و استخدام تطبيقات التواصل الإجتماعي بكثرة و التي تقوم بعمليات التخزين للمعلومات

على نطاق واسع فقد أقر المشرع الجزائي الجزائري حماية إنتهاك الحياة الخاصة بتجنيحها و تشديد العقوبة في حالات معينة مع وضع إجراءات خاصة في مجال التحقيق ،و الإثبات الجنائي لكونها جرائم لها خصوصيتها من حيث الوسائل و الأفعال المرتكبة .

يشكل مبدأ الشرعية الأساس القانوني الذي تبنى عليه التشريعات الجنائية الحديثة ،باعتباره يهدف إلى الموازنة بين المصلحة الفردية والجماعية ويحافظ على حرية الأشخاص في تقييد السلطة و منعها من التحكم في سلوكات الأفراد ،فلا يعاقب الفرد أو يتابع إلا إذا كان الفعل الذي قام به إياه مجرما قبل إتيانه ،كما أن تفرد المشرع بالتجريم والعقاب يكسب النصوص قوة لخصوصيتي العمومية و التجريد و إطفاء الصبغة القانونية على العقاب

و بالرجوع إلى نص المادة 303 مكرر01 من الأمر 156/66 المتعلق بقانون العقوبات المعدل و المتمم فنجد أن المشرع الجزائري لم يحدد التقنية المستخدمة في إنتهاك الحياة الخاصة و ذلك بتضمينه عبارة "... بأية وسيلة كان ذلك..." لا سيما في ظل التطور المتسارع للتكنولوجيا الحيثة و التي أصبح إستعمالها على نطاق واسع على غرار تطبيقات التواصل الإجتماعي ، و بالتالي فإن المستقرء لهاته الفقرة يجد أن المشرع الجزائري، و هروبا من تحديد الوسائل بدقة نظرا لعدم القدرة على مواكبة التكنولوجيا .و مخرجاتها أبقى العمومية على النص تفاديا لخرق مبدأ الشرعية في مجال التجريم لحماية الحياة الخاصة للأفراد من أي شكل من الإنتهاكات الممكنة.[11]

المطلب الأول

حماية البيانات والمعطيات ذات الطابع الشخصي من الانتهاك

لما كانت البيانات ذات الطابع الشخصي تعتبر من قبيل الخصوصية .كونها فردية ذاتية غير قابلة للتعميم في معرفتها إلا في حالات خاصة فإنه من الواجب حمايتها في ظل هذا التطور التكنولوجي و إمكانية انتهاكها ما يجعل الحياة الخاصة لأي فرد في خطر، و يمكن أن تؤثر على مسار حياته و ووظيفته و حتى علاقاته مع الأخرين . تماشيا مع الالتزامات الدولية للجزائر. فقد أقرت حماية دستورية لخصوصية الأفراد لا سيما ما تعلق بالبيانات ذات الطابع الشخصي. و إفراغا لذلك فقد تم إقرار القانون 18-07 الذي تضمن الحماية القانونية و القضائية للبيانات ذات الطابع الشخصي و كذا تأطيرها مؤسساتيا و تجريم الأفعال المقترنة بانتهاكها و تجريمها بما يجعل ضمان لحمايتها، و عدم استخدامها في غير إطارها القانوني.

كما تشكل الأفعال المرتبطة بالحياة الخاصة. لا سيما منها الرقمية تلك المتصلة بالتصوير و التسجيل الصوتي و المرئي، أو فتح التشفير الخاص بالرسائل النصية الكتابية بلغة معينة ،أو في شكل رموز غير صوتية بما يجعل صعوبة تسجيها. إلا أنها سهلة التخزين، و إمكانية جعلها في شكل ورقي بعد الاحتفاظ بها و إعادة استخراجها عبر جهاز كمبيوتر مباشرة أو طابعة معينة ، مع القيام بتداولها و تحويلها من جهاز الى أخر أو تسريبها و إفشاء مضمونها ،و قد تم تضمين الأمر 66-156 المتعلق بقانون العقوبات المعدل و المتمم في المواد 303

مكرر و 303 مكرر 01 و 303 مكرر 2 تجريم انتهاك الحياة الخاصة لا سيما ما تعلق منها بالصور، و تسجيلات مرئية و صوتية و إعادة استخدامها .

لما كان حماية البيانات الشخصية للأفراد من أي استخدام و استعمال لها في إطار غير قانوني مع وجود عدم التدخل باعتبارها تشكل حياة خاصة تحميها المواثيق الدولية على غرار الإعلان العالمي لحقوق الإنسان لسنة 1948 و كذا العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية في المادة 17 منه[12] فقد أقر القانون 18-07 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي. و يتعلق بالضوابط و الحقوق الأساسية التي تخضع لها المعالجة عبر إعمال نظام التصريح المسبق. الذي يتضمن الالتزام بإجراء المعالجة وفقا لأحكام هذا القانون لدى السلطة المستقلة ، بالإضافة الى إقرار الترخيص من أجل المعالجة المعتزم القيام بها تتضمن أخطار ظاهرة على احترام و حماية الحياة الخاصة، و الحريات و الحقوق الأساسية للأشخاص .

الفرع الأول

الإطار المؤسساتي

حددت المادة 22 من القانون 18-07 تأسيس إطار مؤسساتي يتمثل في سلطة وطنية كهيئة إدارية مستقلة لحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي تتمتع السلطة الوطنية بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي والإداري. تتعدد اختصاصاتها في هذا الصدد، لاسيما ما تعلق بتحديد أنظمة الشروط والضمانات المرتبطة بحقوق الشخص المعني في المجالات المتعلقة بالصحة بما يشمل المرضى و كذا التصريحات، و إعلام الأشخاص ،و المسؤولين عن المعالجة

بحقوقهم، وواجباتهم مع استثناء الترخيص و عدم التقيد بالخصوصية في حالة حماية حياة الشخص المريض، أو لتنفيذ مهمة تدخل ضمن مهام الصالح العام أو ضمن ممارسة مهام السلطة العمومية.[13]

الفرع الثاني

تجريم الأفعال المتصلة بانتهاك معالجة البيانات والمعطيات ذات الطابع الشخصي:

أقر القانون في المواد 17-32-34-36-35 الحقوق المتصلة بمعالجة المعطيات كحق الإعلام و الولوج. و الحق في الإعراض والتصحيح، كما منعت المادة 37 من هذا القانون الاستكشاف ووضعت التزامات على المسؤول عن المعالجة لا سيما سرية و سلامة المعالجة. و تقييد نقلها لأي دولة أجنبية في إطار التعاون الدولي عبر وضع ترخيص لذلك.

كما أقر مسؤولية جزائية تتعلق بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي متضمنة في المواد 54 إلى المادة 74 و أقر تجنيح الأفعال المتصلة بعدم إحترام إجراءات معالجة البيانات و المعطيات الشخصية ،وكل ما يمكن أن يشكل إنتهاك لها لا سيما ما تعلق بمعالجة معطيات حساسة دون موافقة المعني[14] .و إستعمالها في غير أغراض مصرحها ،أو تجميعها بطرق تدليسيه ، و غير نزيهة. أو غير شرعية. أو إنجازها و إستعمالها ،بالإضافة للدخول لغير المخول لهم قانونيا ،أو عرقلة عمل السلطة بالإعتراض أو عدم التزويد بالمعلومات، أو الوثائق المطلوبة إلى جانب أفعال أخرى تتصل بمعالجة المعطيات .[15]

المطلب الثاني

تجريم انتهاك الحياة الخاصة لمستخدمي تطبيقات التواصل الاجتماعي

جرم المشرع الجزائري انتهاك الحياة الخاصة في المواد من 303 مكرر و 303 مكرر01و مكرر02 و مكرر 03 قد جاء النص بشكل عمومي. بما يجعله ينص على الصور و التسجيلات المرئية بخاصية الفيديو و المكالمات التي تتم بالهواتف على حد السواء ،و يتعداه إلى أي تصوير أو تسجيل صوتي مهما كان نوعها ،و بأي وسيلة تم إعماله بها بغض النظر عن من يرتكبه ،مع جعله يتميز بأنه خاص و سري غير معلن للجمهور ، و اشتراط أن ينعدم الإذن و الرضا ممن وقع عليه الفعل .

إن تجريم الأفعال المتصلة بانتهاك خصوصية الصور، و التسجيل عن طريق خاصية الفيديو بالكاميرات و كذا المكالمات الهاتفية و المحادثات النصية، يجعل من هاته الأفعال لها خصوصية كونها قابلة للانتهاك دون سواها من التصرفات الأخرى التي تقع عليها الأفعال المجرمة بنص القانون، و لا تكون إلا بشروط تتضمن إذن أو رضا المجني.

و يعد انعدام الإذن القانوني الذي يعد إجراء جوهريا يؤدي إلى المساءلة الجزائية و الذي يتم إعماله من طرف الشخص. بما يسمح لمن يقوم بذلك في إطار عمله، أو يكون عن طريق القضاء و يتصل بجريمة معينة توجب إعمال الالتقاط و التسجيل ،و النقل لأجل إثبات الجريمة في حدود ضوابط التحقيق و احترام الفترات المحددة للإذن، مع اشتراط المشرع عدم وجود رضا المجني عليه الذي يتضرر من الفعل في حالة إعماله ضده.[16]

الفرع الأول

الركن المادي و المعنوي

01- الركن المادي

يقصد به السلوك المادي الذي يؤدي الى إحداث نتيجة إجرامية بالقيام بفعل معين يسبب ضرر لمن وقع ضده الفعل

أ- السلوك الإجرامي :

يتمثل في قيام المجرم بالتقاط الصور أو تسجيل فيديو أو التسجيل للمكالمات الهاتفية أو محادثات خاصة سواء كانت صوتية أو كتابية بلغة معينة أو بإشارات أو رموز معينة قابلة لترجمتها كتابيا أو إلى قراءة صوتية و القيم بإعادة استخدامها أو نشرها على أن تكون مشتملة ما يلي:

-خصوصية المكان و الفعل : يقصد بها الحيز المكاني الذي تتم فيه بحيث يكون مكانا خاص غير قابل للدخول من طرف الأشخاص كالبيت أو غرفة النوم أو العلاج أو الحجر الصحي ، غير أنه يمكن أن يكون المكان عموميا مفتوحا و لكن طبيعة السلوك الذي أو الوضعية التي يكون عليه الفرد في حد ذاتها تشكل مكان أو حيزا خاص بيه. كأن يكون في حالة إجلاء من منزله ، أو من مكان يتواجد فيه ،أو من المستشفى بما يعرض خصوصيته إلى الانتهاك عن طريق التصوير بدون رضاه أو إذن معين ،و يستوي في ذلك القيام بتسجيل مرئي .

كما يسري الأمر على المحادثات الهاتفية التي يقوم بيها الأفراد مع بعضهم أو داخل المجتمع أو هيئات أو أفراد عائلته . أي متصلين معه تتضمن كلام أو بيانات، أو رموز لا يمكن للغير الإطلاع عليها إلا من خلاله بإعتبارها تشكل خصوصية له

مهما كان مضمونها سلبي أو إيجابي. بما يجعلها غير مرتبطة بسلوك إجرامي ضد الغير أو مشكله تهديدا للأمن و النظام العام.

-السرية : وجب أن تكون هاته الصور و التسجيلات المرئيه عن طريق الكاميرات و الهواتف الذكية و المكالمات و المحادثات سرية غير معلنة للجمهور بما يجعلها غير قابلة للإطلاع من طرف الغير .[17]

-النقل : هو تحويل الصور و التسجيلات المرئية للفرد و مكالماته من جهاز للتسجيل إلى أخر عبر التخزين و الاحتفاظ و من ثم إعادة وضعه وسيلة أخرى.

ب- الضرر:

هو النتيجة الإجرامية التي تحدث جراء الفعل المتعلق بالتسجيل أو الإلتقاط. أو النقل للمكالمات الهاتفية و المحادثات عبر انتهاك خصوصية الضحية، و التسبب له في ضرر معنوي يمس سمعته و مكانته الاجتماعية، و العائلية، و إحداث له عدم توازن نفسي بسبب أثار ذلك عليه اجتماعيا، و نفسيا و في أماكن العمل و مع الأفراد في المجتمع.

و يتم ذلك عبر:

-الاحتفاظ و الوضع لصالح الغير مع الاستخدام: و هو قيام المجرم بالاحتفاظ بالصور، و التسجيلات المرئية و المكالمة الهاتفية، أو المحادثة النصية و/ أو وضعها في جهاز معين أو وسيلة معدة لذلك ، مع جعلها في متناول الجمهور، أو الغير من أجل الاطلاع عليها أو تداولها بحرية ،كما يقوم في نفس الوقت المجرم باستعمالها، و إما يمكنه من أن يعيد إفراغها و تسريبها

02- الركن المعنوي:

يقصد به اتجاه إرادة الجاني للقيام بالفعل مع إدراكه و علمه بما يقوم به، و هو يمكن ان يكون القصد الجنائي خاص باعتبار أن المجرم يتجه إلى تسجيل، أو نقل، أو التقاط الصور أو فيديو أو المكالمات و المحادثات النصية مع إدراكه بأنه فعل غير قانوني و معاقب عليه و يؤدي الى انتهاك خصوصية الضحية ، كون أن الضرر الناتج عن ذلك سيكون بسبب هذا الفعل. و بالتالي فإن وجوب وجود نية للإضرار بالغير عند القيام بهذا الفعل .

الفرع الثالث

الركن الشرعي

إعتبر المشرع الجزائري الأفعال المقترنة بإنتهاك الحية الخاصة جنحة و ذلك بإقراره العقاب بالحبس من سنة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من 50.000دج إلى 300.000دج كل من تعمد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص بأي تقنية كانت وذلك:

أ- بإلتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية بغير إذن صاحبها أو رضاه

ب- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص بغير إذن صاحبها أو رضاه

يعاقب على الشروع في ارتكاب الجنحة المنصوص عليها في هذه المادة بالعقوبات ذاتها المقررة للجريمة التامة ويضع صفح الضحية حدا للمتابعة الجزائية .

فالعقوبة تسري على كل من إحتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور، أو الغير أو استخدام بأي وسيلة كانت التسجيلات ،أو الصور، أو الوثائق المتحصل عليها ، على أنه عندما يتم إرتكاب الفعل الإجرامي عن طريق الصحافة تطبق الأحكام الخاصة ذات العلاقة لتحديد الأشخاص المسؤولين ،كما يعاقب على الشروع بنفس العقوبة ذاتها المقررة للجريمة التامة على أن يوضع صفح الضحية حد للمتابعة الجزائية.

و في نفس السياق فقد أجاز المشرع للمحكمة أن تحظر على المحكوم عليه من أجل الجرائم المنصوص عليها في المادتين 303 مكرر و 303 مكرر 1 ممارسة حق أو أكثر من الحقوق المنصوص عليها في المادة 9 مكرر 1 لمدة لا تتجاوز (5) سنوات.

مع إمكانية تأمر بنشر حكم الإدانة طبقا للكيفيات المبينة في المادة 18 من هذا القانون ويتعين دائما الحكم بمصادرة الأشياء التي استعملت لارتكاب الجريمة ،مع إجازة تطبيقها عندما يكون الشخص المعنوي مسؤولا جزئيا عن الجرائم المحددة في الأقسام 3 و4 و5 من هذا الفصل وذلك طبقا للشروط المنصوص عليها في المادة 51 مكرر وتطبق على الشخص المعنوي عقوبة الغرامة حسب الكيفيات المنصوص عليها في المادة 18 مكرر وفي المادة 18 مكرر 2 عند الاقتضاء، مع تعرضه أيضا لواحدة أو أكثر من العقوبات التكميلية المنصوص عليها في المادة 18 مكرر 4. [18]

خاتمة:

على الرغم من أن تطبيقات التواصل الاجتماعي أتاحت عبر شبكة الأنترنيت ميزة السهولة في التواصل و بأدوات متعددة و أكثر دقة ما سهل عمليات الاتصال

و بأقل تكلفة ، الا انها اصبحت تشكل من الخطورة ما كان بسبب الانتهاكات المتكررة لخصوصية مستخدمي هاته الشبكات و ذلك بتطور الأفعال المرتبطة بطرق التواصل الى جرائم يتم من خلالها استخدام البيانات الشخصية للمستخدم في حالة كانت صحيحة و تحديد مكانه و استعمال صوره التي يتم وصعها في صفحاته الشخصية او اعادة تسجيل المكالمات التي تتم بين الافراد و استعمالها في غير اطارها و ، بالإضافة الى الاحتفاظ بالصور و الفيديوهات على نطاق واسع و اعادة تداولها ما سبب انتهاك للحياة الخاصة للأفراد في المجتمع .

و تجريم المشرع الجزائري لانتهاك الحياة الخاصة عن طريق المواد 303 مكرر1 و مكرر2 و مكرر03 بتعميم الوسيلة المستعملة في الجريمة. إلا انها اصبحت غي كافية بما يوجب مقاربة وقائية تتعلق بتوعية الأفراد بخطورة استخدام هاته التطبيقات في امورهم الخاصة الا مكان منها غير متعلق بالخصوصية لا سما و ان الضحية يصبح مشاركا في دعم المجرم للقيام بذلك بالتواصل معه و استخدام بياته الخاصة و صوره لصالحه .

إن الإشكالات التي تطرحها التطبيقات الخاصة بالتواصل الإجتماعي هو عدم وجودها في الدولة التي وقعت فيها الجريمة خاصة لما يتعلق بانتهاك للحياة الخاصة خارج بلد الضحية ،بالإضافة الى إمكانية مسح الحساب بسرعة بعد وقوع الجريمة مع عدم معرفة البيانات الصحيحة للمستخدم ، بالإضافة الى أن الجرائم الواقعة عن طريق هاته الأخيرة لا تمس الحياة الخاصة فقط من قبل المستخدمين فقط بل يمكن ان تمتد للشركة التي تمتلك التطبيق ما

يجعل امكانية انتهاك الخصوصية على نطاق واسع ف ظل عدم وجود قوانين تحمي الخصوصية بشكل دقيق.

الهوامش:

[1] محمد فتحي عبد الهادى، مقدمة في علم المعلومات، مكتبة غريب القاهرة،1984،ص 05 و ما بعدها.

[2] راجع في ذلك : سوزان عدنان الأستاذ ،حماية حرمة الحياة الخاصة عبر الأنترنيت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 29 ، العدد 03،سنة 2013 ،ص 430

[3]راجع حول ذلك: – بلال مروان الاسماعيل ، تعلم وأحترف الانترنيت ، دار مهرات للعلوم ، سورية" حمص " ،الطبعة الأولى، 2007 ،ص 112.

–محمد بلال الزعبي وآخرون، الحاسوب والبرمجيات الجاهزة، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ، الأردن ، الطبعة السادسة، 2004 ،ص 370–372.

[4] رضا إبراهيم عبد الله البيومي، مواجهة نشر الشائعات عبر شبكات التواصل الإجتماعي،في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي،ورقة بحث مقدمة للمؤتمر العلمي السادس لكلية الحقوق بجامعة طانطا المنعقدة بتاريخ 22–23 أفريل 2019 تحت عنوان القانون و الشائعات،جامعة المنصورة ، مصر ، 2019، ص 11–12

[5] القانون 18–07 المتعلق يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات المؤرخ في 02 جويلية 2018 ،جريدة رسمية رقم 46

[6] نظرا للتطور التكنولوجي فقد تم تطوير الإتصال من الهاتف الثابث إلى الهاتف غير الثابث الذي تتعدد مسمياته بين الهاتف اللاسلكي و النقال و المحمول و اليدوي و غير ذلك مما يطلق عليه و هو جهاز ييتم إستعماله للإتصال و يكون ذلك عبر شبكة خاصة

و يتميز الهاتف الذكي بكونه يحوي على ألية التخزين الذاتي عبر خاصية تقنية متضمنة فيه، و أحيانا ملحقة به تستوعب تسجيل المكالمات و الفيديوهات في حدود معينة ،و كذا الرسائل النصية و الصور و إلتقاطها.و قد أصبح على نطاق واسع من الإستعمال نظرا لما يوفره من تقنيات تتصل بالأنترنيت . و تخزين البيانات و إعادة إستعمالها من جديد حتى

بعد مسحها و توفيره لتقنيات يتم استعمالها مثل الكمبيوتر ، و نظرا لكثرة استعمالاته و تكلفته غير الباهضة فقد أصبح يمتلكه الناس بشكل واسع.

[7] ديب محمدعراب ،الإعلام الآلي ،دار الهدى للنشر ،الجزائر ،2006،ص 05ومابعدها

– محمد نور الدين ، الحق الجنائية للحق في خصوصية المكالمات الهاتفية ، في مجلة دراسات، تصدر عن عمادة البحث العلمي ،الجامعة الأردنية ،المجلد 43، ملحق 04، سنة 2016،ص 168–169

تشكل محركات البحث مكان لتخزين المعلومات و البيانات الخاصة بالأفراد بما فيهم المرضى بفيروس كورونا أو غيره من الأمراض ما يجعل إمكانية الإطلاع عليها من طرف الغير عبر إجراء عملية البحث في هاته المحركات مع عدم مراعاة للخصوصية في ظل وجود فراغ قانوني نحول إمكانية المساءلة المدنية أو الإدارية و إمكانية طلب حذف هاته المعلومات من طرف الشخص صاحبها بعد مدة معينة،و قد تم إثارة هاته القضية(جوجل سباين) في الحكم الشهير للمحكمة الأوربية الصدار في 13ماي 2014،و الذي تضمن حق الإعتراض للمدعي على فهرسة معطياته الشخصية من طرف محرّك البحث.

راجع في ذلك:– طباش عز الدين، "الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري: دراسة في ظل قانون 18–07 المتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد2، 2018، ص30.

– بوخلوط الزين، الحق في النسيان الرقمي، مجلة المفكر، العدد14، جامعة بسكرة، 2013، ص583.

[8] يعد مبدأ الخصوصية من الحقوق الاساسية التي تحميه المواثيق الدولية ،و قد أقر ته الإعلانات و الاتفاقيات الدولية المتعددة على غرار المادة 12 من الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة ،و اكدت عليه ايضا المادة 17 فقرة 02 من العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966و التي تضمنت ان للحياة الخاصة حرمتها و المساس بيها جريمة و تشمل الحياة الخاصة خصوصيات الاسرة و حرمة المسكن و حرية المراسلات و غيرها من و سائل الإتصالات الخاص ، كما تضمنته عدو مواثيق جولية و اقليمية أخرى، و تدعيما للمواثق الدولية فقد صدر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة القرا

68/167 المتعلق بالخصوصية في ظل الرقمنة و التي تم تكريس فيها ضرورة الإلتزام بالخصوصية و عدم إنتهاكها و الحفاظ على سرية الإتصالات و المعاملات التي يقوم بها الفرد داخل الفضاء الإلكتروني و خارجه.

9 المادة 46 من الدستور الحالي المعدل .

- يرتبط عدم التمييز بمبدأ المساواة و يتعرض له الأشخاص عند ممارسة حقوقهم الدستورية خاصة ما تعلق بالتمييز على الأساس الإجتماعي . إلا أن في ذلك يمكن التمييز الإيجابي لصالح فئة ما كإستثناء على مبدأ عدم التمييز .

- محمد منير حساني ، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد الخامس عشر ، جوان 2016، جامعة ورقلة ، ص 190 الى غاية ص 194

- لوافي سعيد، الحماية الدستورية للحقوق و الحريات السياسية في الجزائر ، مذكرة ماجستير غير منشورة ورقيا ،جامعة محمد خيضر بسكرة ، الجزائر ، دفعة 2010/209 ، ص 65

[11]لما كانت الجرائم التقليدية التي يمكن أن تكون ضمن الأفعال المعاقب عليها في القانون لا تخرج عن نطاق الجرائم التي أقرها المشرع الجزائي الجزائري في إطارها العام فإن التكييف القانوني للجرائم المعوية غير المادية لا تخرج عن إطارها المتعلق بالأمر 66 – 156 المؤرخ في 08 جوان1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم المتعلق بقانون العقوبات مما لايجعل أي فعل يتم تجريمه من عدمة وفقا للمواد الجزائية المتلقة بمدى تجريمه من عدمه قانونيا على غرار جريمتي القذف و السب و التشهير و المساس بالشرف و التمييز وغيرها و إنتحال الصفة و الشائعات و غيرها من الجرائم .

[12] أنظر :يوسف زروق، العيداني محمد ، حماية المعطيات الشخصية في الجزائر على ضوء القانون رقم 07/18 ، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، العدد5 ، ديسمبر 2018، جامعة الجلفة ، ص 117-118

[13] راجع حول إختصصات مهام السلطة الوطنية لحماية المعطيات الشخصية: المواد 22 إلى 32 من القانون 07/18 المؤرخ في 10 جويلية 2020 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.، جريدة رسمية رقم 34

[14]تومي يحي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون 07/18 دراسة تحليلية ،مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،جامعة المسيلة ،المجلد4، العدد02 ، 2019 ،ص 1525.

[15]راجع:المواد 54 إلى المادة 74 من القانون 07/18 المؤرخ في 10 جويلية 2020 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.، جريدة رسمية رقم 34

[16]تشكل شبكات التواصل الإجتماعي حيزا كبيرا من مجمل وسائل الإتصال الحديثة نظرا لعدد مستخدميها الذي يتزايد سنويا لنظرا لما توفره من مزايا في سرعة التواصل و توفر تقنيات جديدة أكثر دقة ، و تتسم بأن التسجيل فيها إختياري و غير متوفرة على امكانية تأمين مسح البيانات أو الصور او التسجيلات من الطرفين ما يجعل إمكانية أن يكون المستخدم ضحية بأفعاله في حد ذاتها بإنتهاك خصوصياته

راجع: حطاب حاجة خيرة ،مواقع التواصل الإجتماعي ....فضاء جديد للجريمة ، مجلة دراسات و أبحاث جامعة سكاريا بتركيا و مركز البحث و تطوير الموارد البشرية بالأردن ،عدد28،2017 ،ص412 و ما بعدها

[17]أنظر: محمد نور الدين، المرجع السابق،ص 1691

راجع أيضا حول طبيعة إعتبار الإتصالات و المراسلات سرية:عبد الله جعفر كوفلي، مراقبة الإتصالات في التنظيم الدولي و الداخلي، المركز القومي للإصدارات القانونية،القاهرة ، طبعة 01، سنة 2017،ص 69-70

[18] المواد 303 مكرر و 303 مكرر 01 و 303 مكرر 2 من الأمر 66-156 المتعلق بقانون العقوبات المعدل و المتمم .

المراجع:

النصوص القانونية :

المواثيق الدولية :

- ✓ الإعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة 1948

✓ العهد الدولي للحقوق المدنية و السياسية لسنة 1966

النصوص الوطنية :

✓ الدستور الجزائري الحالي

✓ الأمر 155/66 المتعلق بقانون الإجراءات الجزائية المعدل و المتمم المؤرخ في 08 جوان 1966

✓ بالأمر 156 – 66 المؤرخ في 08 جوان1966 المتضمن قانون العقوبات الجزائري المعدل و المتمم القانون 18-11 المتعلق بالصحة المؤرخ في 02 جويلية 2018 ،جريدة رسمية رقم 46

✓ القانون 07/18 المؤرخ في 10 جويلية 2018 يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.، جريدة رسمية رقم 34

الكتب:

✓ بلال مروان الاسماعيل ، تعلم وأحترف الانترنيت ، دار مهرات للعلوم ، سورية" حمص " ،الطبعة الأولى، 2007

✓ بوخلوط الزين، الحق في النسيان الرقمي، مجلة المفكر، العدد14، جامعة بسكرة، 2013

✓ ديب محمدعراب ،الإعلام الآلي ،دار الهدى للنشر،الجزائر،2006

✓ محمد فتحي عبد الهادى، مقدمة في علم المعلومات، مكتبة غريب القاهرة،1984.

✓ محمد بلال الزعبي وآخرون، الحاسوب والبرمجيات الجاهزة، دار وائل للطباعة والنشر، عمان ، الأردن ، الطبعة السادسة، 2004

✓ عبد الله جعفر كوفلي، مراقبة الإتصالات في التنظيم الدولي و الداخلي، المركز القومي للإصدارات القانونية،القاهرة ، طبعة 01، سنة 2017.

- ✓ سوزان عدنان الأستاذ ،حماية حرمة الحياة الخاصة عبر الأنترنيت، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد 29 ، العدد 03،سنة 2013
- ✓ نوري عبد العزيز ، الحماية الجزائية للحيلة الخاصة ،دار هومة ، طبعة 02، الجزائر 2016،
- ✓ محمد نور الدين ، الحق الجنائية للحق في خصوصية المكالمات الهاتفية ، في مجلة دراسات، تصدر عن عمادة البحث العلمي ،الجامعة الأردنية ،المجلد 43، ملحق 04، سنة 2016،ص 1689.

المقالات و المداخلات:

- ✓ محمد منير حساني ، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري ، مجلة دفاتر السياسة و القانون ، العدد:15 ، جامعة ورقلة، سنة 2016
- ✓ طباش عز الدين، "الحماية الجزائية للمعطيات الشخصية في التشريع الجزائري: دراسة في ظل قانون 18-07 المتعلّق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، عدد2، 2018
- ✓ يوسف زروق، العيداني محمد ، حماية المعطيات الشخصية في الجزائر على ضوء القانون رقم 07/18 ، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ، العدد5 ، ديسمبر 2018 ، جامعة الجلفة
- ✓ تومي يحي، الحماية القانونية للمعطيات ذات الطابع الشخصي على ضوء القانون 07/18 دراسة تحليلية ،مجلة الأستاد الباحث للدراسات القانونية والسياسية ،جامعة المسيلة ،المجلد4، العدد02 ، 2019
- ✓ حطاب حاجة خيرة ،مواقع التواصل الاجتماعي ...فضاء جديد للجريمة ، مجلة دراسات و أبحاث جامعة سكاريا بتركيا و مركز البحث و تطوير الموارد البشرية بالأردن ، عدد 28، 2017.
- ✓ خليفي أسماء ، حماية الحق في الحياة الخاصة في المجال الطبي ، مجلة البحوث و الدراسات الإنسانية ، العدد 12، جامعة سكيكدة بالجزائر، سنة 2016.

✓ رضا إبراهيم عبد الله البيومي، مواجهة نشر الشائعات عبر شبكات التواصل الاجتماعي، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر العلمي السادس لكلية الحقوق بجامعة طانطا المنعقدة بتاريخ 22-23 أفريل 2019 تحت عنوان القانون والشائعات، جامعة المنصورة، مصر، 2019

ISSB: 978-9931-9651-0-7

جريمة التلاعب بالمعطيات

أ/ خليفة محمد و د/ مهيرة نصيرة
جامعة باجي مختار عنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

جريمة التلاعب بالمعطيات

الدكتور / محمد خليفة (*)
الدكتورة / مهيرة نصيرة (*)

ملخص: نص قانون العقوبات الجزائري على مجموعة من الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ومن أهم تلك الجرائم جريمة الاعتداء على سلامة المعطيات أو التلاعب بالمعطيات، وقد حمى المشرع من خلال هذا التجريم مصلحة سلامة وتكامل المعطيات، وتقوم هذه الجريمة العمدية على الإدخال أو الإزالة أو التعديل عن طريق الغش لمعطيات موجودة في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات، أو الشروع في ذلك.

الكلمات المفتاحية:
جريمة، معطيات، سلامة، إدخال، إزالة، تعديل.

Abstract : The Algerian Penal Code contains a series of crimes against automated data processing systems. The most important of these crimes is the crime of attacking data integrity or tampering with data. Through this criminalization, the legislator protected the integrity and integrity of the data. To modify or attempt to modify the fraudulent way of data contained in a data processing system.

Mots Clés : : crime, data, safety, entering, deleting, modifying.

مقدمة :

يوماً بعد يوم تزداد أهمية المعلومات في حياة الناس، هذه المعلومات التي تدخل إلى الحاسب الآلي وتعالج آليا وتخزن فيه على

(*)ـ محمد خليفة أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق، جامعة باجي مختار عنابة
(*)ـ مهيرة نصيرة أستاذة محاضرة "أ" جامعة باجي مختار عنابة

مقدمة :

يوماً بعد يوم تزداد أهمية المعلومات في حياة الناس، هذه المعلومات التي تدخل إلى الحاسب الآلي وتعالج آليا وتخزن فيه على شكل معطيات تتعرض للكثير من الاعتداءات التي تمس سريتها وسلامتها أو تكاملها ووفرتها أو إتاحتها، هذا الوضع جعل المشرع الجنائي في الجزائر وفي الكثير من الدول يتدخل ليبسط حمايته الجنائية على هذه المعطيات، وهو لذلك قام بتجريم عدة أفعال تشكل عدواناً علي هذه المصالح، إذ جرم مجرد الدخول أو البقاء غير المصرح بهما إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، وشدد من عقوبة هذا الدخول إذا أدى إلى تخريب تلك الأنظمة، أو أدى إلى إزالة أو تعديل المعطيات الموجودة بها بدون قصد من الجاني، وبهذا التجريم يسعى المشرع لحماية مصلحة سرية المعطيات وكذا إتاحتها أو وفرتها، وحماية لهذه الأخيرة كذلك وحماية لمصلحة سلامة المعطيات وتكاملها قام المشرع الجنائي بتجريم التلاعب بمعطيات الحاسب الآلي وذلك بتجريم إدخال معطيات جديدة غير مصرح بإدخالها أو إزالة أو تعديل معطيات موجودة بغير تصريح. وإمعانا في الحماية قام المشرع بتجريم التعامل في معطيات غير مشروعة في صورتين: الأولى تتمثل في التعامل في معطيات صالحة لارتكاب جريمة، والثانية تتمثل في التعامل في معطيات متحصلة من جريمة.

إن جريمة التلاعب بالمعطيات هي الجريمة الثانية التي ينص عليها قانون العقوبات الجزائري بعد جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما، أما قانون العقوبات الفرنسي فينص عليها بعد جريمة إعاقة و إفساد أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات. وقد آثر المشرع الجزائري عدم النص على هذه الأخيرة نظراً للتشابه الكبير بينها وبين جريمة التلاعب بالمعطيات، بحيث يصعب في الكثير من الأحيان

التمييز بينهما، وذلك لأن الأفعال التي تتضمنها جريمة التلاعب تؤدي هي الأخرى إلى إعاقة النظام وإفساده[1].

وقد اكتفى المشرع الجزائري بنتيجة إفساد النظام كظرف مشدد فقط لجريمة الدخول غير المصرح به واستبعدها كجريمة قائمة بذاتها.

إن الوضع في قانون العقوبات الجزائري مشابه للوضع في قانون العقوبات الفرنسي قبل تعديل هذا الأخير، إذ نصت المادة 394 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري[2] على ما يلي: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 500000 ألف إلى 2000000 د.ج كل من **أدخل** بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو **أزال** أو **عدّل** بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها.

وإذا رجعنا إلى نص المادة 323-3 من قانون العقوبات الفرنسي[3] نجدها تنص على تلك الأنواع الثلاثة من السلوك (الإدخال، المحو والتعديل)، لكنها بعد تعديلها أضافت سلوكيات أخرى، إذ نصت هذه المادة على تجريم إدخال بيانات احتيالية في نظام معالجة آلية، أو الاستخراج الاحتيالي، أو حيازة، أو إعادة إنتاج، أو إرسال، أو حذف، أو تعديل البيانات التي يحتوي عليها.

فما هو النظام القانوني لجريمة التلاعب بالمعطيات، وما هي الخطورة التي تشكلها على الأنظمة المعلوماتية؟

سنتطرق في الإجابة عن هذه الإشكالية إلى ثلاثة مطالب، يتعلق الأول بالركن المادي لجريمة التلاعب بالمعطيات، ويتعلق الثاني بالركن المعنوي فيها، أما المطلب الثالث فيتناول الركن المعنوي لها.

المطلب الأول

الركن المادي في جريمة التلاعب بالمعطيات

لقد جاء نص المادة 394 مكرر1 من قانون العقوبات الجزائري شاملاً لكل أنواع المعطيات ولم يشترط شروطا معينة فيها، كأن تكون من طبيعة ما أو تكون تابعة لجهة معينة، كما أن المادة جاءت شاملة لكل وسائل التلاعب بالمعطيات ولم تقتصر على وسيلة معينة، وبالتالي يدخل في نطاق هذه المادة استخدام البرامج الخبيثة مهما كانت وسيلة إدخالها إلى الحاسب الآلي[4].

وواضح من هذا النص أنه لا يشترط لقيام جريمة التلاعب أن يكون التلاعب قد تم بعد عملية دخول غير مشروع إلى نظام الحاسب الآلي، إذ يستوي أن يكون الدخول مشروعاً أو غير مشروع[5]، لا بل أن كثيرا من عمليات التلاعب لا تتم إلا من عاملين مرخص لهم بالدخول إلى النظام .

وتنص هذه المادة على ثلاثة أنواع من السلوك، الإدخال والمحو والتعديل ولا يشترط أن تقع هذه الأفعال مجتمعة، بل يكفي أن يقع إحداها حتى تقوم الجريمة[6]. وبناء على ذلك فإن الركن المادي لجريمة التلاعب في المعطيات يقوم على السلوك الإجرامي الذي يتكون من ثلاثة أفعال هي الإدخال غير المصرح به للمعطيات داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، أو إزالة هذه المعطيات أو تعديلها بغير تصريح، وهذه الأفعال تؤدي كلها إلى التغيير من الحالة التي توجد عليها المعطيات محل الاعتداء، أي تؤدي إلى المساس بسلامتها وتكاملها.

وسنتطرق فيما يلي إلى كل واحد من هذه الأفعال والنتائج المترتبة عليها.

الفرع الأول

السلوك الإجرامي

يتحقق السلوك الإجرامي في جريمة التلاعب بمعطيات الحاسب الآلي بارتكاب واحد من الأفعال التي نصت عليها المادة 394 مكرر 01 وهي الإدخال والتعديل والإزالة لمعطيات داخل نظام للمعالجة الآلية لها مع عدم وجود تصريح بذلك. وسنتناول فيما يلي كل فعل من هذه الأفعال.

أولا: فعل الإدخال

فعل الإدخال هو الفعل الذي بدأت به المادة 394 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري وكذلك المادة 323-2 من قانون العقوبات الفرنسي، ويشمل هذا الفعل إدخال خصائص ممغنطة جديدة في الدعامة الموجودة، سواء كانت فارغة – غير مشغولة – أو كانت تحتوي على خصائص ممغنطة قبل هذا الإدخال[7].

ولعل التساؤل الذي يثور: ما هو الخطر الذي يشكله إدخال المعطيات إذا لم تمثل هذه الأخيرة إلا زيادة لما هو موجود ؟

إن إدخال المعطيات المحرفة إلى نظام الحاسب الآلي أمر يسهل القيام به في أولى مراحل تشغيل نظام معلومات الحاسب، وهي مرحلة إدخال المعطيات لمعالجتها، فهذه الأخيرة تجهز وتحوّل في هذه المرحلة إلى " شكل " أو " لغة " مقروءة من قبل الآلة المستخدمة في المعالجة ويكون من السهل تغذية الحاسب بمعطيات مغلوطة أو زائفة فيها، ويعد هذا من أهم الأساليب المستعملة في

ارتكاب الاحتيال المعلوماتي[8]، ذلك أن جهاز الحاسب الآلي يقوم بتخزين أي معلومات تقدم إليه سواء كانت خاطئة أو صحيحة[9].

ومنذ صدور قانون الغش المعلوماتي في فرنسا تعرض القضاء الفرنسي لجريمة التلاعب بالمعطيات في العديد من أحكامه، ومن أوائل تلك الأحكام ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس سنة 1990[10]عندما أدانت أحد الأشخاص بتهمة إتلاف المعلومات لقيامه بإدخال معطيات غير صحيحة إلى نظام الحاسب الآلي، كما أيدت محكمة النقض الفرنسية سنة 1994 حكما بإدانة أحد الأشخاص، بتهمة إتلاف المعطيات لقيامه بتدوين معطيات غير صحيحة تتعلق بالنسب الخاصة بضريبة المبيعات، وذلك في الاستمارات الخاصة بذلك، ثم قام بإدخال بعض هذه المعطيات إلى نظام الحاسب الآلي.

وفي حكم آخر أدانت محكمة " ليموج " عام 1994 شخصا بتهمة إتلاف المكونات المنطقية للحاسب الآلي، لقيامه بإدخال برنامج خبيث هو " حصان طروادة " إلى نظام الحاسب الآلي، مما ترتب عليه إتلاف للمعطيات فضلا عن إعاقة النظام عن أداء وظيفته، وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسية سنة 1996 ذهبت فيه إلى أن إدخال البرامج الخبيثة إلى نظام الحاسب الآلي هو سلوك معاقب عليه وفق الفقرة الثانية من المادة 323، كما ذهبت المحكمة نفسها في حكم لها عام 1999 إلى أن إدخال المعطيات يترتب عليها إتلاف لأي من المكونات غير المادية لنظام الحاسب الآلي هو سلوك معاقب عليه ولو كان للجاني الحق في الدخول إلى هذا النظام.

ثانيا: فعل التعديل

نصت المادة 394 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري والمادة 323-3 من قانون العقوبات الفرنسي على تجريم فعل تعديل معطيات الحاسب الآلي بطريق الغش، وكذلك نص عليه القرار 2005/222/jdi الصادر عن مجلس أوروبا في 24 فيفري 2005 والمتعلق بالهجمات الموجهة للأنظمة المعلوماتية وذلك في المادة الرابعة منه، والذي ألزم الدول الأعضاء في المجلس باتخاذ التدابير اللازمة لتجريم الإضرار والإتلاف وتعديل وإزالة المعطيات المعلوماتية في نظام المعلومات بطريقة عمدية[11]. ولم تتناول المادة الرابعة من اتفاقية بودابست السالفة الذكر سلوك التعديل بالتجريم وإنما تناولت الإضرار بالمعطيات عموماً، وهو ما يتضمن التعديل المؤدي إلى ضرر، إضافة إلى المحو والتعطيل والإتلاف وطمس المعطيات.

ويعرف تعديل المعطيات بأنه تغيير لحالة المعطيات الموجودة بدون تغيير الطبيعة الممغنطة لها، أو هو كل تغيير غير مشروع للمعلومات والبرامج يتم عن طريق استخدام إحدى وظائف الحاسب الآلي[12].

وكانت التوصية الصادرة عن المجلس الأوروبي والمتعلقة بالجرائم المعلوماتية قد فرقت بين التعديلات التي تؤدي إلى نتائج سلبية تتعلق بحالة المعطيات والبرامج وبين التعديلات غير المصرح بها والتي لا تؤدي إلى إحداث مثل هذه النتائج، بل قد تساعد على تحسين أي من المكونات المنطقية للحاسب الآلي ونظامه، وتضمنت هذه التوصية بندا يطالب بإدراج التعديلات الأولى ضمن القائمة الأساسية للجرائم المعلوماتية بينما تدرج التعديلات الثانية في القائمة

الاختيارية. لكن القوانين لم تأخذ هذه التفرقة بعين الاعتبار، وقام معظمها بتجريم التعديل مطلقا، وان اختلفت التشريعات في العبارات التي استخدمتها في هذا المجال، كتجريمها مثلا كل ما يؤدي إلى عدم قابلية المعطيات للاستعمال على النحو الذي أعدت له، سواء كان التعديل مؤقتا أو دائما، أوتجريمها للإضرار بالمعطيات مطلقا[13]، كما فعلت اتفاقية بودابست.

ثالثا: فعل الإزالة

نصت المادة 394 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري على فعل الإزالة ونصت عليه في قانون العقوبات الفرنسي المادة 323-03، وتضمنه قرار مجلس أوروبا سالف الذكر. ويختلف التعبير الذي يستعمله كل تشريع في تجريمه لهذا الفعل، فاتفاقية بودابست مثلا عند تجريمها لمختلف أشكال العدوان على سلامة المعطيات ضمنت المادة الرابعة منها عدة مصطلحات تصب في سياق الإزالة، وهي مصطلحات " الإضرار، المحو، الإتلاف، الطمس".

وتعرف الإزالة بأنها: " اقتطاع خصائص مسجلة على دعامة ممغنطة عن طريق محوها أوعن طريق طمسها – أي ضغط خصائص أخرى فوقها (خصائص جديدة تطمس الخصائص القديمة)، وكذلك عن طريق تحويل ورص خصائص مزالة في منطقة محفوظة من الذاكرة "[14].

وعملية إزالة المعطيات هي مرحلة لاحقة على عملية إدخال المعطيات، فالإزالة تفترض الوجود السابق لعملية الإدخال[15].

ومن القضايا التي تتعلق بهذا الفعل قضية شركة TRW company Credit data[16] الأمريكية التي تعمل على تزويد عملائها (بنوك، شركات، متاجر...

) بمعلومات من خلال أنظمة حاسباتها الآلية تتعلق بالمركز الائتماني لأفراد الجمهور نظير اشتراك يدفعه هؤلاء العملاء، وكانت هذه الشركة تضم في أنظمة حاسباتها معطيات تتعلق بحوالي خمسين مليون شخص (عام 1976).

وقد استغل موظف بالشركة يعمل كاتبا بقسم علاقات المستهلكين هذا النشاط، وقام ببيع مراكز ائتمانية جيدة قام هو باختلاقها لأصحاب مراكز ائتمانية رديئة مقابل مبلغ معين من المال يدفعه هؤلاء، وقام هذا الموظف بذلك عن طريق محو المعطيات المتعلقة بالمراكز الائتمانية الرديئة أو تعديلها أو استبدالها بمعطيات يمليها أصحاب تلك المراكز لتحسن من مركزهم الائتماني ليحصلوا على سجل ائتماني نظيف.

وهذه العملية كانت تتضمن مختلف أشكال التلاعب بالمعطيات وهي الإزالة والتعديل والإدخال، فهذا الموظف كان يزيل بعض المعطيات ويدخل محلها أخرى ويعدل معطيات ثالثة.

وكان نتيجة هذه التلاعبات أن تورط العديد من عملاء الشركة في معاملات مالية وتجارية مع أشخاص ذوي سمعة ائتمانية سيئة، ولم يتم اكتشاف هذه الجريمة إلا بعد تبليغ تقدم به أحد الأشخاص إلى مكتب التحقيقات الفيدرالي FBI بعد ما تلقى عرضا من ذلك الموظف بتحسين سجله الائتماني مقابل مبلغ معين.

الفرع الثاني

النتيجة الإجرامية

معظم الجرائم الواقعة على المعطيات جرائم خطر، لا يشترط لوقوعها أن يترتب على السلوك الإجرامي عدوان فعلي على المعطيات، وإنما يكتفى فيها لقيام الجريمة بالعدوان المحتمل أو التهديد بالخطر، أي بخطر العدوان الفعلي على المعطيات في سريتها أو إتاحتها أو سلامتها وتكاملها، فجريمة الدخول أو البقاء غير المصرح بهما جريمة خطر في الأصل، وكذلك جريمة التعامل في معطيات غير مشروعة، لكن جريمة التلاعب بالمعطيات جريمة ضرر – جريمة مادية-، إذ لا يكفي أن تهدد سلامة المعطيات بخطر الإزالة أو التعديل أو الإدخال وإنما لابد أن يقع ضرر فعلي على هذه المعطيات يتمثل في تغيير حالتها، فالمشرع يتطلب نتيجة معينة من خلال السلوك الإجرامي في هذه الجريمة وهي تغيير حالة المعطيات[17].

ونتيجة جريمة التلاعب بالمعطيات بالنسبة للتعديل والإزالة هي نفسها النتيجة التي يترتب عليها تشديد العقوبة في جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما، وما يميزهما أن هذه الأخيرة تتم دائما بعد دخول أو بقاء غير مصرح بهما، كما أنها تكون غير عمدية[18]، بينما هذه النتيجة في جريمة التلاعب قد تتم بعد دخول أو بقاء مصرح بهما أو غير مصرح بهما، وأنها دائما عمدية يقصد الجاني إحداثها.

المطلب الثاني

الركن المعنوي في جريمة التلاعب بالمعطيات

جريمة التلاعب بمعطيات الحاسب الآلي جريمة عمدية لابد لقيامها من توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها، وهي لا تتطلب قصداً جنائياً خاصاً.

الفرع الأول

القصد الجنائي العام

لابد لتوافر القصد الجنائي العام من توافر عنصران هما العلم والإرادة، ويجب أن ينصرف كلاهما إلى كافة العناصر التي يتألف منها الركن المادي للجريمة، فلابد أن يعلم الجاني أنه يقوم بإدخال أو إزالة أو تعديل غير مصرح به على معطيات للحاسب الآلي، وأن من شأن أفعاله هذه أن تؤدي إلى نتيجة هي تغيير حالة المعطيات، ولابد من إرادة الجاني لهذه النتيجة وذاك السلوك.

ولا يشترط أن يكون القصد الجنائي مباشرا، أي أن تكون إرادة الجاني قاطعة في اتجاهها لإحداث النتيجة السابقة، بل يكفي لقيام العمد أن تتخذ الإرادة شكل القبول، أي قبول النتيجة، وهذا ما يسمى بالقصد غير المباشر أو القصد الاحتمالي، وفيه يستوي لدى الجاني وقوع النتيجة مع عدم وقوعها.

ولا يشترط أيضا أن يكون القصد محدداً، إذ يستوي لقيام الجريمة في القانون الجزائري أوالفرنسي أن يكون القصد محدداً بمعطيات معينة أو غير محدد، فلا فرق في قيامها بين أن يقع القصد على معطيات أو أخرى، فالمعطيات كلها سواء في الحماية[19]، ولا يغير من القصد شيئا أن ينتوي الفاعل التلاعب بمعطيات معينة فيتلاعب بمعطيات أخرى. وإذا كان الأمر على هذا الحال في

القانون الجزائري وكذا الفرنسي فإن الأمر مختلف في قوانين أخرى، حيث تفرق بعض القوانين بين المعطيات في الحماية ، فتبسطها على أنواع منها فقط دون أنواع أخرى[20]، فالقصد في هذه الجرائم لابد أن يكون محدداً بالمعطيات محل الحماية.

الفرع الثاني

مدى ضرورة تو افر القصد الخاص

لا يتطلب قانون العقوبات الجزائري في مادته 394 مكرر 01 توافر قصد خاص لدى الجاني لكي تقوم جريمة التلاعب بالمعطيات، وإنما يكتفي بتوافر القصد العام فقط، ويستفاد هذا من عدم نص المادة على نية خاصة. ذلك أن القصد الخاص هو انصراف العلم والإرادة إلى وقائع لا تدخل ضمن عناصر الجريمة أو أركانها، وأن لفظ الغش لا يدل على هذا المعنى، وإنما يدل على ضرورة توافر العمد، أي القصد الجنائي العام.

والأمر نفسه نجده مع المادة 323-3 من قانون العقوبات الفرنسي الحالي، وكانت المادة 462-4 من قانون 1989 قد أثارت جدلا كبيرا عندما نصت على عبارة " دون مراعاة لحقوق الآخرين ". إذ اختلف الفقه حول هذه العبارة، وفسرها البعض بضرورة توافر قصد خاص لدى الجاني يتمثل في نية الإضرار المادي بالمجني عليه.

أما بالنسبة لمصطلح " الغش " الذي حل محل العبارة السابقة فقد تساءل بشأنه عضو مجلس الشيوخ Thyraud قائلا: " إذا لم نضف هذا

المصطلح فإن النص سيفهم فهما سيئا لأن فعل الإدخال العمدي للمعطيات داخل الأنظمة هو صميم المعلوماتية "[21].

والحجة التي استند إليها في الجمعية الوطنية الفرنسية لتبرير إضافة هذا المصطلح هو أن إدخال المعطيات في نظام للمعالجة الآلية للمعطيات أو إزالتها أو تعديلها هي بالتحديد الوظيفة التي يقوم بها المعلوماتيون ومستخدمو المعلوماتية، والجريمة لا تتحقق إلا إذا كانت هذه العمليات قد ارتكبت بقصد الغش وخارج الاستعمال المرخص به من طرف مقدمي الخدمات، فالمادة 323-3 تعاقب عمليات كعمليات تعديل المعطيات البنكية أو المحاسبية للقيام بعمليات اختلاس .. وما إلى ذلك مما يتضمن الغش حقيقة.

وهناك من يرى بأن " الغش " في نص تلك المادة يعني وجود قصد خاص تتطلبه هذه المادة، وهو إرادة تسبيب ضرر للغير في ماله أو في حقوقه على اختلاف طبيعتها[22].

وليس الباحث من هذا الرأي، لأنه وإن كان صحيحا أن عمليات إدخال المعطيات وتعديلها ومحوها هي عمليات تتم كل يوم بطرق مشروعة، فإنّ ما يجعلها مجرمة ليس القصد الخاص وإنما هو القصد العام، وهذا الأخير يقوم على العلم بأنه يقوم بتغيير حالة معطيات غير مصرح له بتغييرها وإرادة ذلك، وليس في هذا أية نية خاصة أو قصد خاص، فليس هناك وقائع أخرى يجب أن يتجه إليها قصد الجاني غير الوقائع التي تدخل في تكوين الركن المادي للجريمة، فالقصد الجنائي إذن يتوافر وبمجرد انصراف العلم والإرادة إلى أحد تلك الأفعال فحسب دون أية نية أخرى[23].

وتتطلب بعض التشريعات توافر قصد خاص في جريمة التلاعب كقصد الأضرار بالغير وقصد تحقيق ربح غير مشروع للجاني أو للغير كما هو الوضع في القانون البرتغالي وكذا الفنلندي والتركي. وقد كان تطلب القصد الخاص في هذه التشريعات محل انتقاد، خاصة تطلب قصد تحقيق ربح مادي غير مشروع، لأنه يؤدي إلى التضييق من نطاق تطبيق واستبعاد الحالات التي لا تتجه فيها نية الفاعل إلى تحقيق ذلك الربح، ذلك أن هناك معلومات هامة كالمعلومات العلمية قد لا تحظى بهذه الحماية، وبالنسبة للتشريعات التي تتطلب قصد الإضرار بالغير فالفقه ينادي بتفسير هذا الإضرار تفسيراً واسعاً بحيث لا يقتصر على مجرد الخسائر المادية التي تلحق بالمجني عليه، وهذا ما أدى بالمشرع الفرنسي إلى استبعاد عبارة " بدون مراعاة لحقوق الغير "[24].

المطلب الثالث

عقوبة جريمة التلاعب بالمعطيات

يقرر قانون العقوبات الجزائري في مادته 394 مكرر 01 على مرتكب جريمة التلاعب عقوبة أصلية تتمثل في الحبس والغرامة، كما تقرر عليه المادة 394 مكرر 06 عقوبة تكميلية يشترك فيها مع باقي جرائم المعطيات.

الفرع الأول

العقوبات الأصلية

العقوبة الأصلية التي تقررها المادة 394 مكرر 01 من قانون العقوبات الجزائري على مرتكب جريمة التلاعب بالمعطيات هي عقوبة الحبس من ستة (06)

أشهر إلى ثلاث (03) سنوات، وعقوبة الغرامة التي تتراوح من خمسمائة ألف (500000) إلى مليوني دينار جزائري (2000000 د.ج). وفيما يخص عقوبة هذه الجريمة في قانون العقوبات الفرنسي فقد كان قانون 1988 يعاقب عليها بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبالغرامة من ألفي فرنك (2000) إلى خمسمائة ألف فرنك فرنسي (500000 ف)، أما قانون 1994 فقد جعل حداً واحداً لهذه العقوبة، إذ أزال الحد الأدنى لها وثبتها عند الحد الأقصى وهو ثلاث سنوات، أما عقوبة الغرامة فجعلها خمسا وأربعين ألف يورو (45000 يورو)، أما قانون 2004 فقد شدد أكثر في العقوبة إذ رفع عقوبة الحبس إلى خمس سنوات وعقوبة الغرامة إلى خمس وسبعين ألف يورو (75000 يورو). أما آخر تعديل فقد رفع عقوبة الغرامة إلى مائة وخمسين ألف يورو (150.000 يورو).

والملاحظ أن عقوبة جريمة التلاعب بالمعطيات تفوق عقوبة جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما، سواء كانت هذه الأخيرة في صورتها البسيطة أو في صورتها المشددة، لأنها في صورتها البسيطة لا تؤدي إلى أضرار معينة تلحق بالمعطيات أو بنظام معالجتها، وحتى في صورتها المشددة وإن أدت إلى نفس النتائج التي تؤدي إليها جريمة التلاعب بالمعطيات، وهي إزالة المعطيات أو تعديلها فإن العقوبة المقررة لجريمة التلاعب تبقى أكبر، لأنها جريمة عمدية يتوافر لدى مرتكبها القصد الجنائي للتلاعب، بينما لا يتوافر هذا القصد لدى مرتكب جريمة الدخول أو البقاء المشددة، فالموقف النفسي لكل واحد منهما اتجاه التلاعب مختلف، حيث يريده الأول ولا يريده الثاني.

ورغم عدم تساوي عقوبتي التلاعب والدخول أو البقاء غير المصرح بهما فإنهما متقاربتان كثيرا مما أدى بالفقه إلى انتقاد هذا الوضع[25]، وهو تقارب العقوبة بين جريمة عمدية وأخرى غير عمدية (بالنسبة لظرفها المشدد)، ولقد استجاب المشرع الفرنسي لهذا النقد، فعند تعديله لقانون العقوبات قام برفع عقوبة جريمة التلاعب إلى خمس (05) سنوات، بينما جعل عقوبة جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما سنتين (02) حبسا.

وتأتي عقوبة الحبس في جريمة التلاعب في أعلى سلم العقوبات المقررة على جرائم المعطيات في قانون العقوبات الجزائري، فهي تزيد على عقوبة الدخول والبقاء غير المصرح بهما، كما تزيد على عقوبة جريمة التعامل في معطيات غير مشروعة في حدها الأدنى، وتتساوى معها في حدها الأقصى. بينما تأتي جريمة التلاعب في وسط السلم من حيث عقوبة الغرامة، فغرامة هذه الجريمة والمقدرة بخمسمائة ألف إلى مليوني دينار جزائري (500000 إلى 2000000 د.ج) أكبر من غرامة جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح بهما والتي تتراوح بين خمسين ألف ومائة ألف دينار جزائري (50000 – 100000) وأقل من غرامة جريمة التعامل في معطيات غير مشروعة والتي تتراوح بين مليون وخمسة ملايين دينار جزائري (1000000 و 5000000 د.ج).

وقد كانت عقوبة جريمة التلاعب في القانون الفرنسي مساوية دائما لعقوبة جريمة إعاقة وإفساد أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات التي نصت عليها المادة 323-2، وقد فسر ذلك في الجمعية الوطنية الفرنسية بالتقارب الكبير بين الجريمتين، وتعذر التمييز بينهما في بعض الأحيان، كما فسر أيضا بأن فعل

إعاقة النظام يكون بالضرورة عن طريق إدخال المعطيات، وهي صورة من صور التلاعب بالمعطيات.

وبالنسبة للعقوبة الموقعة على الشخص المعنوي فهي كما أسلفنا الغرامة المضاعفة إلى خمس مرّات عمّا هو مقرر على الشخص الطبيعي، وبالتالي تكون قيمتها في جريمة التلاعب بالمعطيات متراوحة بين مليونين وعشرة ملايين دينار جزائري (2000000 إلى 10000000 د.ج)، وبالنسبة لقيمتها في القانون الفرنسي فهي سبعمائة وخمسون ألف يورو (750.000 يورو)، وبالطبع فإن الغرامة هي العقوبة الأصلية الوحيدة التي نصت عليها المادة 394 مكرر 04 بالنسبة للشخص المعنوي.

الفرع الثاني

العقوبات التكميلية

إضافة إلى العقوبات الأصلية المفروضة على مرتكب جرائم المعطيات، فقد قرر المشرع عليه عقوبات تكميلية، وتتمثل في المصادرة والغلق بالنسبة للقانون الجزائري، أما القانون الفرنسي فهو يقدم قائمة بتلك العقوبات التكميلية التي تطبق على الشخص الطبيعي ومنها المصادرة والغلق، وتنبسط أحكام هذه العقوبات في كلا القانونين على كل جرائم المعطيات.

أولا: المصادرة

المصادرة قد تكون عامة أو خاصة، فأما المصادرة الخاصة فهي نزع ملكية مال معين من أموال المحكوم عليه وإضافتها إلى ملكية الدولة، أما المصادرة العامة فهي نزع سائر أموال المحكوم عليه وإضافتها إلى ملكية الدولة[26].

وقد نصت على المصادرة الخاصة المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري بقولها: "المصادرة هي الأيلولة النهائية إلى الدولة لمال أو مجموعة أموال معينة، فالمصادرة عقوبة مالية، مادية أو عينية، تهدف إلى تمليك السلطات العامة أشياء ذات صلة بجريمة ما قهرا عن صاحبها وبغير مقابل[27]، ورغم اتفاق المصادرة مع الغرامة في أن كليهما من العقوبات المالية فهما يختلفان من حيث أن المصادرة تتمثل في نقل ملكية شيء من مال المحكوم عليه إلى الدولة، بينما تتمثل الغرامة في تحميل ذمة المحكوم عليه بدين لها[28].

وبخصوص المصادرة في جرائم المعطيات فقد نصت عليها المادة 394 مكرر 06 بقولها: " مع الاحتفاظ بحقوق الغير حسن النية يحكم بمصادرة الأجهزة والبرامج والوسائل المستخدمة ".

ثانيا: الغلــق

إلى جانب عقوبة المصادرة نصت المادة 394 مكرر 06 على عقوبة تكميلية أخرى هي عقوبة الغلق. وتشمل عقوبة الغلق هذه المواقع التي تكون محلا لجريمة التلاعب بالمعطيات، كما تشمل المحل أو مكان الاستغلال إذا كانت الجريمة قد ارتكبت بعلم مالكها.

ولا يقصد المشرع هنا بالمواقع التي تكون محلا للجريمة تلك المواقع التي تتضمن أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات والتي تم الاعتداء عليها بالدخول غير المشروع إليها أو بالتلاعب بمعطياتها، لأن هذه المواقع هي الضحية في تلك الجرائم ولا يتصور غلقها، وإنما يقصد المواقع التي استعملت في ارتكاب الجريمة، إذ أن هناك مواقع تقدم خدمات تسمح بالدخول غير المصرح به لمختلف الأنظمة أو

تسمح بالتلاعب بالمعطيات، وهناك مواقع تقوم بتعليم كيفية تصميم المعطيات غير المشروعة وتوفرها وتنشرها وتتجر فيها وما إلى ذلك من أشكال التعامل المختلفة.

فالتعبير الذي استعمله المشرع الجزائري في المادة السابقة غير سليم، وكان من الأولى أن يستعمل عبارة "المواقع التي تستعمل في ارتكاب الجريمة" بدل عبارة "المواقع التي تكون محلا لجريمة من الجرائم"، لأن العبارة الأولى تنصرف إلى المواقع التي تسببت في ارتكاب الجريمة، بينما تنصرف العبارة الثانية إلى المواقع التي وقعت عليها الجريمة.

وتقع عقوبة الغلق أيضا على المحل أو مكان الاستغلال، وهو المكان الذي استعمله الجناة في ارتكاب جريمتهم، وكان يحوي الأجهزة التي استعملت في التلاعب بالمعطيات.

وعقوبة الغلق هذه لا تطال الغير حسن النية شأنها في ذلك شأن المصادرة.

وبالنسبة لمدة عقوبة الغلق فلم تحدد المادة 394 مكرر 06 مدة معينة ، وعليه فهي قد تكون مؤبدة أو مؤقتة كما نصت علي ذلك المادة 26 في الأحكام العامة لقانون العقوبات الجزائري: "يجوز أن يؤمر بإغلاق المؤسسة نهائيا أو مؤقتا في الحالات وبالشروط المنصوص عليها في القانون".

الخاتمة:

لقد قام المشرع الجزائري في سبيل حماية سلامة معطيات الحاسب الآلي وتكاملها بتجريم التلاعب بها، وذلك بتجريم إدخال معطيات جديدة عليها غير

مصرح بإدخالها أو بتعديل أو إزالة غير مصرح بها لمعطيات موجودة داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ، أي أنه قام بتجريم أفعال تؤدي إلى تغيير حالة المعطيات بغير تصريح .

وتعزيزاً لهذه الحماية فقد أضاف المشرع جريمة أخرى هي جريمة التعامل في معطيات غير مشروعة وقد هدف المشرع من خلال تجريمه هذا إلى هدفين : الأول : هو الحيلولة دون ارتكاب جريمة التلاعب بالمعطيات وذلك من خلال تجريمه للتعامل في معطيات صالحة لارتكاب جريمة وهي الصورة الأولى لجريمة التعامل في معطيات غير مشروعة . والثاني يتمثل في عدم استفادة الجاني من مشروعه الإجرامي وفي التقليل والتخفيف من الآثار ومن الضرر الذي يمكن أن يترتب على ارتكاب جريمة التلاعب، وذلك بتجريمه للتعامل في معطيات متحصلة من جريمة وهي الصورة الثانية من صورتي جريمة التعامل في معطيات غير مشروعة .

وإمعانا في الحماية ورغبة من المشرع في القضاء على جريمة التلاعب بالمعطيات وهي في مراحلها الأولى فقد جرم المشرع الاتفاق على ارتكابها إذا تجسد في أعمال مادية، وذلك نظرا لما يشكله الاتفاق الجنائي من خطورة ، إذ تجتمع فيه معارف وإمكانيات المتفقين بما يستوجب قطع الطريق عليهم .

وإضافة إلى ذلك فقد جرم المشرع الشروع في جريمة التلاعب بالمعطيات إذ قدر فعلا خطورتها لأن نظام الشروع لا يكون إلا في الجنح الخطيرة.

هذا وقد شدد المشرع العقوبة إذا ارتكبت تلك الجريمة من شخص معنوي، نظرا لما يأخذه ذلك من تنظيم يستوجب أخذه بالشدة. وكذلك شدد

العقوبة إذا ارتكبت الجريمة على مؤسسة الدفاع الوطني أو إحدى المؤسسات العامة لما يشكله ذلك من تهديد لأمن الوطن والمصالح العامة.

لكن ما يؤخذ على المشرع الجزائري في هذا المجال هو عدم تعديله لنصوص جريمة التلاعب بالمعطيات والجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات عموما، وذلك منذ وضعها أول مرة سنة 2004، في الوقت الذي تتطور فيه الأفعال التي تشكل هذه الجريمة وتستجد أفعال أخرى يمكن أن تدخل فيها، وهو ما تفطنت له تشريعات أخرى، ومنها التشريع الفرنسي الذي تأثر به التشريع الجزائري سابقا تأثرا كبيرا ولكنه ولم يسايره في التعديلات اللاحقة.

وعليه ندعو المشرع الجزائري إلى مراجعة نصوص هذه الجريمة والجرائم المعلوماتية عموما وبصفة دورية وتعديل ما يجب تعديله وإضافة ما يجب إضافته، ومن قبيل ذلك إضافة أفعال مثل استخراج المعطيات، أو حيازتها، أو إعادة إنتاجها، أو إرسالها بغير وجه حق.

الهوامش:

(1) فعلى سبيل المثال قامت محكمة استئناف باريس في حكم لها عام 1992 بتوجيه تهمة إعاقة نظام الحاسب الآلي لشخص قام بالتلاعب في بعض المعطيات لإفساد نظام الحاسب الآلي، وأدانت في حكم آخر عام 1994 شخصا بالتهمة نفسها لقيامه بإدخال برنامج خبيث إلى نظام الحاسب الآلي لإعاقته عن أداء وظيفته. أنظر:

CA de paris, 18 Novembre 1992, J.C.P. édition entreprise, 1994, N° 357, p. 252. N° 15.

CA de paris, 15 mars 1994, J.C.P. édition entreprise, 1994, N° 700.

وجريمة إعاقة وإفساد أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات نصت عليها المادة 323-2 من قانون العقوبات الفرنسي، ويتمثل السلوك الإجرامي فيها في إعاقة أو إفساد النظام، والإعاقة

تعني الحيلولة دون أداء النظام لوظائفه المختلفة، أي إحداث شـــلل مؤقت له والتســـبب في ارتباكه أو تباطئه، مما ينتج معه تغيير في حالة عمله. أما الإفســـاد فهو جعل النظام غير قابل للاستعمال، والمشرع لم يشترط وسيلة معينة يتم بها الإفساد أو الإعاقة، وعليه يمكن أن تكون هذه الوســيلة مادية أو غير مادية، ومن الوســائل المادية الكســر والتخريب وســكب السوائل على الجهاز ويرى البعض أنها تشمل إضراب الموظف التقني في مركز الحاسبات، وكذلك امتناع أو تأخر المورد عن توزيع العدة والبرامج اللازمة لعمل النظام، وكذلك الامتناع عن الصيانة، ومن الوسائل غير المادية إدخال الفيروسات للنظام. وجريمة إعاقة أو إفساد أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات جريمة عمدية تقوم بتوافر القصـــد الجنائي العام ولا تتطلب قصـــداً خاصـــاً وعقوبتها هي نفس عقوبة جريمة التلاعب بالمعطيات، وهي الحبس خمس سنوات والغرامة مائة وخمسون ألف يورو. أنظر:

Rymond Gassin, fraude informatique, Dalloz, Paris, 1995, N°166, p. 27.

وانظر: علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونيا، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشـــريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص 56.

وانظر:

Xavier Linant de Bellefonds et Alain Hollande, pratique du droit de l'informatique et de l'internet, Delmas, Paris, 1998, p. 238.

وانظر:

Cass. com. 25 novembre 1997, Excelsior informatique c/Agi 32, Expertise N° 273, p. 70. Juris – Data no 004692, Bull . civ. IV N° 308.

(2) أنظر المادة 394 مكرر 1 من الأمر 66-156 المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

(3) إذ تنص المادة 323-3 من قانون العقوبات الفرنسي على مايلي:

" Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé, d'extraire, de détenir, de reproduire, de

transmettre, de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

Lorsque cette infraction a été commise à l'encontre d'un système de traitement automatisé de données à caractère personnel mis en œuvre par l'Etat, la peine est portée à sept ans d'emprisonnement et à 300 000 € d'amende."

(4) Xavier Linant de Bellefonds, Op.cit., p.238.

(5) Ibid., p. 237.

(6) علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 58.

(7) R.Gassin, Op. cit., N° 200, p. 32.

(8) هشام محمد فريد رستم قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة بأسيوط، 1994، ص 58.

(9) محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 72.

(10) أنظر:

CA de paris, 28 Novembre, 1990, juris. Data, N° 25569.
Cass .Crime. 5 Janvier 1994, J.C.P. Edition General, 1994, IV, No. 856 corr. De Limoges, 14 mars 1994. ESI Jvin 1994, pp. 238-242, Cass, Crim, 12 Decembre 1996, Bull Crim No. 465, Cass Crim 8 Decembre 1998, Bull, Crim, N° 296.

مشار إليها لدى: نائلة قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية: دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 – 2004، ص 223.

(11) أنظر:

Décision – cadre 2005/222/jai du conseil du 24 Février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, Journal officiel de l'union européenne, 16.3.2005.

(12) نائلة قورة، المرجع السابق، ص 220.

(13) المرجع نفسه، ص 220.

The recommendation No. R. (89) 9, on computer Related Crime and Final Report of the European committee on crime problems, Strasbourg, 1990.

مشار إليه في المرجع نفسه، ص 221.

(14) التعريف للأستاذ J.P. Buffelan مشار إليه لدى: R. Gassin, Op. cit., N° 201, p. 32.

(15) R. Gassin, Op. cit., N° 201, p. 32.

(16) هشام محمد فريد رستم، المرجع السابق، ص 187.

(17) R.Gassin, Op. cit., N° 199, p. 32.

(18) Xavier Linant de Bellefonds, Op. cit., p. 239.

(19) Ibid., p. 238.

(20) ومن أمثلة ذلك ما تنص عليه المادة 1030 (أ) من التشريع الفيدرالي الأمريكي لسنة 1986، والتي تجرم الإتلاف العمدي وغير المصرح به لمعلومات يحتوي عليها حاسب آلي تابع لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية أو إدارتها أو حاسب آلي غير تابع للحكومة إلا أنه يستخدم من قبلها أو لصالحها، ووسع قانون حماية بنية المعلومات القومية لعام 1986 من دائرة المعلومات محل الحماية فأضاف إلى ما سبق المعلومات الموجودة بالحاسبات المستخدمة من طرف المؤسسات الاقتصادية التابعة للحكومة، وتلك المستخدمة في التجارة والاتصالات بين الولايات أو بين الولايات والدول الأخرى. أنظر: نائلة قورة، المرجع السابق، ص356.

(21) R.Gassin, Op. cit., N°221, p. 34.

(22) Ibid., p. 34.

(23) علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص 60.

(24) نائلة قورة، المرجع السابق، ص 228.

(25) R. Gassin Op. cit., N° 232, p. 36.

(26) سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001، ص 101.

(27) رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979، ص 868.

(28) سليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 102.

قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية

- رؤوف عبيد، مبادئ القسم العام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1979.
- سليمان عبد المنعم، أصول علم الجزاء الجنائي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
- علي عبد القادر القهوجي، الحماية الجنائية للبيانات المعالجة الكترونيا، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، الإمارات العربية المتحدة، 2000.

- محمد سامي الشوا، ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.

– نائلة قورة، جرائم الحاسب الاقتصادية: دراسة نظرية وتطبيقية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 – 2004.

– هشام محمد فريد رستم، قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة بأسيوط، 1994.

ثانيا: باللغات الأجنبية

- R. Gassin, fraude informatique, Dalloz, Paris, 1995.
- Xavier Linant de bellefonds et autres, pratique de droit informatique, 1998.
- Décision – cadre 2005/222/jai du conseil du 24 Février 2005 relative aux attaques visant les systèmes d'information, Journal officiel de l'union européenne, 16.3.2005.
- The recommendation No. R. (89) 9, on computer Related Crime and Final Report of the European committee on crime problems, Strasbourg, 1990.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

خصـــــائص العقـــد الدولي الالكتروني

The characteristics of the international electronic contract

د/عمراني مراد
جامعة باجي مختار عنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

خصـــــائص العقـــد الدولي الالكتروني

The characteristics of the international electronic contract

الدكتور / عمرانـــــــــــــي مراد (*)

ملخص:

يدرس هذا البحث خصائص العقد الدولي الالكتروني حيث تطرقنا فيه بداية الى ماهيته وتعريفه في القوانين و التشريعات الوطنية من قبيل القانون التونسي و القانون المصري و القانون اللبناني، مع استعراض صياغة عقد الدولي الالكتروني و التراضي الايجاب والقبول. أما خصائص العقد الدولي الالكتروني فتناولناها في جانبها الشكلي من قبيل استخدام الرسائل الالكترونية في ابرام العقد، وكذا الخصائص الموضوعية في العقد الدولي الالكتروني من قبيل أن يكون معينا و قابلا للتعيين وأن يكون قابلا للتحديد أو أن يتم تعيين محل العقد. وكذا الخصائص القانونية المرتبطة بالعقد الدولي الالكتروني من قبيل أن ابرام العقد الالكتروني يتم بدون الحضور المادي لطرفيه أو أن يتصف العقد الالكتروني غالبا بطابعه التجاري والاستهلاكي.

الكلمات المفتاحية:

خصـــائص. التجارة الدولية. العقد الدولي. الانترنت

Abstract :

This research studies the characteristics of the international electronic contract, in which we first discussed what it is and its definition in national laws and legislations such as Tunisian law, Egyptian law and Lebanese law, with a review of the drafting of the international electronic contract and consensual offer and acceptance. With regard to the characteristics of the international electronic contract, we have treated it in its formal aspect, such as the use of electronic messages to conclude the contract, as well as the objective characteristics of the international electronic contract, such as being specific and identifiable. , and be identifiable or that the location of the contract is determined. As well as the legal characteristics associated with the international electronic contract, such as the conclusion of the electronic contract without the physical presence of the parties or that the electronic contract is often characterized by its commercial and consumer nature.

Mots clés :

Characteristics - International Trade- International contract –Internet.

مقدمة :

(*)- أستاذ محاضر أ بجامعة باجي مختار عنابة

تتميز التجارة الالكترونية بمقارنة أسعار السلعة من عدة مصالح تجارية بنفس الوقت، ومطالعة تفاصيل أوفى للمنتوج من موقع الشركة الأم، وقراءة ردود فعل من أشخاص آخرين استعملوا هذا المنتوج، وكذا رؤية منتوجات أخرى بسعر موازٍ ولكن بمردود أكبر، كما أنه على عكس عقد البيع العادي يمكن الاطلاع على هوية المتعاقد، ولمسها من خلال المشاهدة المادية في مجلس العقد، فإنه في عقد البيع الإلكتروني تطرح بعض الصعوبات، حيث يصعب التعرف على هوية المتعاقد والتحقق منها، مما يعرض البائع لمخاطر التعاقد مع القاصر أو ناقص الأهلية.

لكن وإعمالا لمبدأ حسن النية بين الأطراف، يلتزم التاجر بالإفصاح عن بياناته كاملة، حيث يلجأ أغلب البائعين والتجار في سوق التجارة الالكترونية العالمية، وبالخصوص شركات البيع عبر الإنترنت، إلى وضع استمارة إلكترونية في الصفحة الخاصة بالبيع، يلتزم المشتري بملء البيانات الخاصة به فيها، تفاديا للمعاملة مع منعدمي أو ناقصي الأهلية.

خاصة في الجانب المرتبط بطبيعة العقد البيع الدولي الالكتروني الذي يتجاوز الرقعة الاقليمية للدولةالذي هو نتاج تسمية لطائفة من العقود نشأت بظهور المعاملات التجارية والمدنية التي تتم عبر شبكة الأنترنيت. وبتغيير الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني وتكييفاته تتغير أحكامه و طرق تنفيذه في بعض الأحيان، فالعقد الالكتروني يبرم على خط الأنترنيت وقد ينفذ عليه او ينفذ خارجه أي على أرض الواقع .

أهمية البحث:

تتجلى أهمية وأهداف البحث في خصائص العقد الدولي الالكتروني في الحاجة الى تسليط الضوء على واقع التجارة الالكترونية في جانبها

العابر للحدود في ظل التطور التكنولوجي الرهيب في مجال الاتصال الرقمي، و التسوق الشبكي العالمي.

منهجية البحث:

سنحاول في هذه الورقة البحثية الاستعانة بالمنهج التحليلي في جانبه المرتبط بالاطار القانوني المنظم لهذا العقد، وكذا المنهج الوصفي لتبيان خصائص العقد الدولي الالكتروني، مع استقراء في آراء من سبقونا في هذه تناول الدراسة.

الإشكالية:

وعلى هذا الأساس تطرح اشكالية ماهية عقد الدولي الالكتروني كركن أساسي في مجال التجارة الالكترونية؟ وماهي خصائص هذا العقد ؟

وللإجابة عن ذلك سنتطرق خلال ورقتنا البحثية في البداية لمفهوم العقد الدولي الالكتروني في مطلب أول، ثم سنعمل على استعراض خصائص العقد الدولي الالكتروني في مطلب ثان.

المطلب الأول: ماهية عقد البيع الدولي الالكتروني.

يذهب كثيرون الى اعتبار كل بأنه عقد ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، و التي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا، و تنشئ التزامات تعاقدية بأنه عقد الكتروني.

ويعرف العقد كذلك بأنه اتفاق يتلاقى فيه الايجاب بالقبول على شبكة الأنترنت بفضل التفاعل بين الموجب والقابل، ولا يوصف التصرف بأنه عقد الا اذا تلاقت فيه ارادتين من أجل احداث أثر قانوني، يتمثل إما في إنشاء التزام، أو نقله، أو تعديله، أو إنهائه.

والعقد الدولي الالكتروني لا يشد عن هذه القاعدة، اذ تتلاقى فيه إرادة كل طرف، وتتوافق مع إرادة الطرف الأخر من أجل احداث أثر قانوني خارج دولة كل من طرفي العقد، كما أن الوسيلة التي تعتمد في هذا التلاقي تختلف عن الطرق الكلاسيكية، أي التلاقي في مجلس العقد أو عن طريق الكتابة الورقية.

فالعقد الالكتروني لا يتم تحريره على دعامة ورقية محررة وموقعة، أو مبصوم عليها، بل يتم عن طريق دعائم الكترونية يسمى التوقيع فيها بالتوقيع الالكتروني.

و بالتالي سنحاول في الفرعين التاليين التطرق لتعريف عقد البيع الدولي الالكتروني في فرع أول، ثم نحاول استعراض صياغة العقد الدولي الالكتروني في فرع ثان.

الفرع الأول : تعريف العقد الدولي الإلكتروني.

المتفق عليه أن أي عقد تجارة الكتروني هو اتفاق يتلاقى فيه الايجاب بالقبول على شبكة الدولية المفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية الانترنت بفضل التفاعل بين الموجب و القابل، أو هو تلاقي عرض للسلع أو الخدمات معبر عنه بطريقة سمعية بصرية بواسطة شبكة دولية للاتصالات، وقبول يمكن التعبير عنه بطريقة تفاعلية.

وعموما العقد الالكتروني يتميز وفق هذا التعريف بانعقاده بطريقة الكترونية مقبولة وفق الرأي القانوني.[1]

أولا: في القانون التونسي.

نص قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم73 لسنة2000 المؤرخ في أوت 2000 على قانون يضبط القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الالكترونية، فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون الى التشريع، والتراتيب الجاري العمل بها.

وبالتالي يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة، و مفعولها القانوني، و صحتها، و قابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

وعليه نستنتج أن العقد الالكتروني في التجارة الالكترونية بالنسبة للقانون التونسي لا يخرج عن نطاق ابرام العقد العادي في جوانبه المرتبطة بموضوع العقد، غير أنه لم يشر الى تعريف العقد الالكتروني بصريح النص.[2]

ثانيا: في القانون المصري.

تناول مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري تعريف العقد الالكتروني في المادة الاولى الفقرة الثالثة بأنه:" **كل عقد تصدر فيه ارادة الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه، أو تبادل وثائقه كليا او جزئيا عبر وسيط الكتروني**".

وقد أكد المشرع المصري أن العقود الالكترونية يسري عليها الالتزامات التعاقدية في مفهوم هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، اذا اتحدا موطنا.

فإن اختلفا موطنا، يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، و يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول.

كما أنه من حيث الشكل يسري على العقود الالكترونية قانون الدولة التي الذي يسري على أحكامها من الناحية الموضوعية.[3]

ثالثا: القانون اللبناني.

يعني عقدا جزئيا أو كليا بواسطة عملية الكترونية،[4] غير أنه وجب الإشارة أن هناك من توسع، واستعمل مصطلح العقد الفضائي، أو الافتراضي، أو الرقمي تفاديا لاستعمال الوصف الالكتروني الذي يفتح المجال لتقنيات أخرى غير الانترنت في العقد الدولي الالكتروني.

ويرى أنصار هذا الاتجاه في العقود الالكترونية، أنها مجرد عقود عادية تستعمل في إبرامها الوسائل الالكترونية، وهو الأمر الذي لا يثير أي إشكال سوى أنها وسائل وفرت لا مادية للعقد، ولا تؤثر على باقي الالتزامات العقدية باعتبارها مجرد وسيلة للابرام، وليست محلا أو موضعا للتعاقد.

رابعا: في القانون الجزائري.

نظم العقد الدولي الالكتروني القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جويلية 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية دون الحضور الفعلي و المتزامن، ويتم إبرامه عن بعد، أي لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني.

حيث لم يتناول القانون الجزائري، كغيره من القوانين، تعريف العقد الدولي الالكتروني غير أنه تناول كيفية تنظيم العقود الالكترونية العابرة للحدود في المادة السابعة من الفصل السابع من قانون 18-05 المؤرخ في 18 ماي2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية.[5]

وبناء عليه، يمكن تعريف العقد الالكتروني كذلك بأنه التقاء ايجاب صادر من طرف محله عرض مطروح بطرق سمعية، أو بصرية، أو كلاهما على شبكة الاتصالات بقبول صادر من طرف أخر بذات الطرق، وتحقيقها لعملية معينة، يرغب الطرفان في انجازها وهي في العادة مبادلة القيم، أو الأموال وهو ما يوافق تركيزنا على وسيلة الانترنت دون سواها من وسائل التعاقد الالكترونية.

و يجعلنا نعرف العقد الالكتروني بأنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت، بحيث هو عبارة عن عقد عادي، غير أنه يكتسب الطابع الالكتروني من خلال الطريقة التي يبرم بها.[6]

في ذات السياق، من أهم المحاولات التي ركزت في تعريفها على للعقد الالكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد، نجد أن التوجيه الأوربي الصادر في 20 ماي 1997 تحت الرقم97/7 الذي عرف في مادته الثانية العقد عن بعد، كل عقد يتعلق بأموال، أو خدمات يبرم بين المورد، و المستهلك ضمن اطار بيع، او تقديم خدمة عن بعد ينظمها المورد استخدام عدة جمل تقنية عن بعد وصولا إلى ابرام العقد وتنفيذه.

وقد حدد هذا التوجيه في ذات المادة، وسائل الاتصال دون الحضور المادي للطرفين المتعاقدين نصا بأنه: " **كل وسيلة تستخدم للاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن لمقدم الخدمة والمستهلك وتؤدي لابرام العقد بين الاطراف ".**

وفي الملحق الأول، حدد الوسائل في الهاتف، اجتماعات الفيديو، الكتالوج الالكتروني، الحاسوب، البريد الالكتروني، وهي الوسائل التي أوردها على سبيل المثال لا الحصر.

وقد عرفت الاتصالات عن بعد في القانون الفرنسي 2/1 من القانون المؤرخ في 1986/12/30 المتعلق بحرية الاتصال بأنه: **" كل انتقال، أو إرسال، أو استقبال لرموز، أو اشارات، او كتابة، أو صور، أو أصوات، أو معلومات، أيا كانت طبيعتها بوسائل الألياف البصرية، أو الكهربائية، أو اللاسلكية، أو أي أنظمة الكتر ومغناطسية"**.[7]

الفرع الثاني: صياغة عقد البيع الدولي الالكتروني.

يخضع عقد التجارة الدولي الإلكتروني بصفة عامة لمبدأ مهم في تنفيذه، يتمثل أساسا في مبدأ حسن النية، حيث تتولد عنه التزامات عديدة منها الالتزام بالتعاون، و بالتشاور بين الأطراف عند وجود صعوبات جادة في التنفيذ و الالتزام بالأخطار عند وقوع الحدث الذي أثر في التنفيذ ومع اتفاق الفقه و القضاء في التجارة الدولية على أهمية الدور الذي يلعبه حسن النية في تنفيذ العقد.[8]

أولا: التراضي.

فلابد له من أركان تجعله صحيحا ومنتجا لجميع آثاره يتطلب صحة التراضي دون أن يلحقها عيب من عيوب الإرادة، إضافة إلى سبب ومحل مشروعين، وجميع شروط تحديد المسؤولية المتعلقة بالمتعاقدين، إلا أن تواجد كل طرف في منطقة جغرافية مختلفة عن منطقة الطرف الآخر، يجعلنا نلاحظ بعض التغييرات، والاختلافات في أركان عقد البيع الإلكتروني عند مقارنته بعقد البيع العادي أو التقليدي.[9]

ويشكل ركن الرضا وتطابق الإرادتين في هذه العقود بنفس الطريقة إلا أن التعبير عنه هو ما يختلف عنه فقط، كونه يتم بالوسائل الحديثة التي تتم عن طريق نقرة زر فقط، وهذا التشريع أقر صحة التعامل به كوسيلة

للإثبات في المادة 323 مكرر من القانون المدني و التي أخذت بالتوقيع الالكتروني اذا تضمن ما يكفي من إثبات للهوية.[10]

ثانيا: الايجاب والقبول.

يعد الايجاب والقبول الأساس لأي عقد، ويتم صدورهما في مجلس العقد في العقود المسماة التقليدية مثل عقد البيع والايجار، وغيرهما من العقود، لكن العقود الالكترونية أين يتم اصدار الايجاب؟

إن المكان الطبيعي لإصدار الايجاب والقبول هو مجلس العقد الذي يضم طرفي العلاقة العقدية، إلا أن العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت والايجاب هو الأساس الذي يتم بناء العقد عليه، من خلال تطابق إرادة طرفي العلاقة.[11]

الايجاب هو تعبير عن إرادة صادرة عن أحد المتعاقدين موجهة إلى الطرف الأخر قصد إبرام العقد و إحداث أثر قانوني، يعد الايجاب هو الخطوة الأولى في العقد إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للتعاقد الالكتروني، فالبرغم من أنه يتم بنفس الطريقة التي يتم بها إبرام عقد أخر من حيث توفر الايجاب، القبول، المحل، السبب، وشروط العقد الأخرى الضرورية، لكنه يختلف عن باقي العقود لكونه يتميز ببعض الخصائص أهمها أن هذا العقد يبرم دون حضور أطرافه بمجلس العقد أثناء الانعقاد، و يختلف مكان تواجد كل طرف عن الأخر فهما بعيدان جغرافيا لكن يجمعهما مجلس العقد.[12]

إن صياغة العقد الالكتروني تكتسي أهمية كبيرة، فالعقد الالكتروني يتميز بطريقة إبرامه المتمثلة في الوسائل الغير المادية المعتمدة، أما في إنشائه أو تنفيذه أو انقضائه، إن تلك الوسائل الالكترونية في التعاقد

تستوجب ضمانات خاصة تتعلق بأهمية المتعاقدين وسلامة السلع وصلاحية الخدمات وغيرها.

إن صياغة العقد الالكتروني تأثر على حقوق الطرفين خاصة عند تأويل وتفسير الاتفاق وتكييفه الصحيح، حيث أن الصياغة التقليدية للعقود الالكترونية تتوقف على تجسيد إرادة الطرفين وضرورة إنشاء أسلوب صحيح بعبارات مناسبة للمعاني المقصودة، وضمان تنفيذ الالتزامات بشكل يجنب الخلافات بين الأطراف المتعاقدة.

وفي بعض الأحوال، لا مجال لإعمال الصياغة كإبرام العقد وتنفيذه على شبكة الأنترنيت على سبيل المثال، الخدمات المصرفية، و التعليمية، و مختلف الاستشارات.

فالعقد في هذه الحالة لا يتجسد على أي دعامة مادية، بالإضافة غلى المعاملات المتسمة بالبساطة، و خاصة التي يتزامن فيها إبرام العقد مع تنفيذه، فان صياغة العقد هنا لا تطرح أي اشكال لأن العقد يولد و ينقضي بصفة فورية، و يكون الأطراف متأكدين من تنفيذه.[13]

وفي هذا، يجب مراعاة عديد الأمور منها ضمان يقين المشتري بمضمون بنود العقد، وكذا ضمان ثبات شروط العقد، و أحكامه على المستوى التقني.

حيث يجب أن يستقبل المستهلك كتابة أو على دعامة ثابتة أخرى في محل إقامته، وفي وقت تبادل الرسائل أي وقت التعاقد ذاته، وكحد أقصى في لحظة تسليم، تأكيدا بكل المعلومات، و البيانات الخاصة بالعقد، و بتنفيذه بكل دقة، لا سيما البيانات الإلزامية الواردة عن مضمون البضائع و العقد. [14]

في بعض الحالات الأخرى، تكون صياغة العقد معدة مسبقا، تكون مكتوبة أو محملة على شبكة الأنترنيت، و صياغتها تكون معدة من الطرف القوي في العقد مثل عقود تقديم الخدمات المعلوماتية، و الاتصالات.

كما يكون المتعاقد في غالب الأحيان شركة متخصصة، تعد صيغا نموذجية، هذا النوع من العقود تكون لها صبغة إذعانية، وفي بعض الأحيان، تفرض صياغة العقد نفسها لتحديد لغة العقد، و قصد المتعاقدين، والجزاءات المترتبة، أو التي يقررها العقد.

كما تقوم الصياغة بدور الإحاطة بمضمون العقد لأن في المجال الالكتروني توجد مصطلحات معقدة، قد تستعصي عن إدراك المتعاقد، هذا يؤثر سلبا على إرادته و يؤدي به إلى التشخيص الخاطئ للمشاكل المرتبطة بموضوع العقد، مما يؤدي إلى تعميق الخلاف بين المتعاقدين.[15]

إن صياغة العقد الالكتروني الدولي تختلف من عقد لأخر، ويجب على المتعاقدين اختيار صيغة تساعد على التكييف القانوني الصحيح، كما أن الرسائل الالكترونية المتبادلة، وطرق تنفيد العقد الالكتروني تساعد في توضيح الصيغ المبهمة أو الغامضة في التعاقد.

وفي هذا السياق، نص القانون التونسي على استحداث الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، حيث أوكل لها مهمة إبرام اتفاقيات الاعتراف المتبادل مع الأطراف الأجنبية في إبرام العقود الالكترونية الدولية.[16]

وفي باب الصياغة، و إنشاء العقود، و صحتها، نص القانون الاماراتي بإمكانية أن تتم الصيغة التعاقدية بين وسائط الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات.

ويتم التعاقد صحيحا، ونافذا، ومنتجا، أثاره القانونية، على الرغم من عدم التدخل الشخصي، أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة.[17]

كما يمكن أن يتم الصيغة التعاقدية بين نظام معلومات الكتروني مؤتمن يعود إلى شخص طبيعي، أو معنوي، وبين شخص طبيعي اذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام ستولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه.[18]

المطلب الثاني : مميزات العقد الدولي الالكتروني.

سنحاول استعراض مميزات عقد البيع الدولي الالكتروني على ثلاث نطاقات البداية ستكون بالمميزات الشكلية في فرع أول، وكذا المميزات الموضوعية في فرع ثان، وكذا المميزات القانونية في فرع ثالث.

الفرع الأول: المميزات الشكلية في العقد الدولي الالكتروني.

يتم استخدام الرسائل الالكترونية في ابرام العقد الدولي الالكتروني، فأساس هذا العقد أنه يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات الكترونية، و يعد من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني، فالعقد الالكتروني لا يختلف من حيث الموضوع، أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، و لكنه يختلف من حيث طريقة إبرامه فهو يتم باستخدام وسائط الكترونية.

الفرع الثاني: الخصائص الموضوعية في العقد الدولي الالكتروني.

أولا : أن يكون معينا و قابلا للتعيين.

أي أن يتم وصف المنتج أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة المتوفرة عبر جميع دول العالم، عبر تقنيات الاتصال الحديثة، بصورة دقيقة و كاملة مع تجنب الاعلانات الخادعة، وعليه تكون المنتجات

المعروضة، عبر تقنيات الاتصال مصحوبة بعرض صور دقيقة ثلاثية الأبعاد، غير أن هذا العرض يغلب عليه الطابع المنتج الاعلاني أكثر من كونه التزاما قانونيا يقع على عاتق مقدم الخدمة أو المنتج.[19]

ثانيا: أن يكون قابلا للتحديد.

أي أن يكون قابلا للتحديد بنوعه أو بمقداره، حيث يمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملابسة، و التحديد بالنوع يكون ضروريا، وإلا وقع العقد باطلا، وكذلك التعيين بالمقدار لازم لقيام الالتزام حتى لا يقع أي لبس، ولا سيما أن التعامل يجري عن بعد بين دوليتين أو أكثر في ببعض الاحيان، ولذك يجب أن يكون وصف موضوع الالتزام كاملا كأن يجري ايضاحه بصورة المبيع في الموقع الذي يتم فيه عرض البضائع.[20]

ثالثا: أن يتم تعيين محل العقد.

فبعض التشريعات الحديثة تؤكد على ضرورة تعيين محل العقد الدولي الالكتروني أهمية بالغة من أجل المحافظة على وضوح الاتفاقات، والابتعاد عن الغموض، و التأويل والتفسير. فالفقرة الأولى من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية، توجب أن يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال أو الخدمات المعروضة، بذكر كميتها، وألوانها، ومكوناتها، وسماتها الخاصة.

و تشير الفقرة الثانية من البند المذكور بوجه خاص، إلى اشتراط تحديد موضوع العقد الالكتروني، ومضمون الخدمات المعروضة، وقد ورد في الفقرة الأخيرة من البند المذكور أنه لا تدخل الصور الفوتوغرافية للمنتجات المعروضة في نطاق العقد.[21]

في حين تنص المادة 25 من القانون التونسي المتعلق بالمبادلات و التجارة الالكترونية لعام 2000 على أنه : " **يجب على البائع في المعاملات الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة قبل ابرام العقد المعلومات الآتية: وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة و طبيعة و خاصيات السعر المنتوج**"[22]

الفرع الثالث: الخصائص القانونية في العقد الدولي الالكتروني.

أولا: ابرام العقد الالكتروني يتم بدون تواجد مادي للأطراف.

أي أن العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد السمة الأساسية للتعاقد الالكتروني، أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي الى العقود عن بعد ،[23] حيث يتم تبادل الايجاب والقبول الالكتروني عبر الانترنيت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، لذلك فهو عقد غير معاصر.

و معنى هذا الأخير، أن الإيجاب غير معاصر للقبول.

و يشترك العقد الالكتروني في صفة الالترام عن بعد مع بعض العقود مثل التعاقد بتلاقي الأطراف أو بالتلفزيون، أو بالمراسلة كإرسال كاتلوج.

ولكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الانترنيت، و يسمح بالتفاعل.[24]

ثانيا : يتصف العقد الالكتروني غالبا بالطابع التجاري والاستهلاكي.

قد جاءت هذه الصفة من السمة الغالبية للعقد، ويطلق عليه عقد التجارة الالكترونية، حيث أن عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من هذه العقود، وتتسم بالطابع الاستهلاكي، لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك.

ومن ثم فإنه يعتبر من الغالب من قبيل عقود الاستهلاك، لذلك يخضع العقد الالكتروني عادة للقواعد الخاصة بحماية المستهلك على نحو ما جاء به التوجيه الاوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 97-7 وكذا قانون الاستهلاك الفرنسي[25] ،والتي تفرض على المهني التاجر، باعتباره الطرف القوي في العقد العديد من الالتزامات القانونية تجاه المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف من العقد.

أهم هذه الالتزامات الالتزام بالإعلام، ويستفاد ذلك من نص المادة 3-113 من قانون الاستهلاك الفرنسي الذي أوجب على كل شخص محترف أن يحيط المستهلك هو علمه بكافة جوانب العقد في التعاقد الالكتروني، لأنه يتم عن بعد، ولا تكون السلعة حاضرة، كما في التعاقد التقليدي، فيجب أن تكون البيانات والمعلومات صحيحة حول المنتوج او السلعة الذي يسعى المستهلك للحصول عليها، وعدم التأثير على سلامة رضاه بالإشهار الكاذب.

ثالثا: العقد الالكتروني عقد اذعان.

حيث يرى اتجاه كبير من الفقهاء أن العقد الالكتروني الدولي عقد اذعان، اذا توفرت فيه الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر، بحيث لا يكون أمام العميل، أو زائر الموقع إلا أن يقبلها جميعا، فينعقد العقد أو لا يقبلها فلا يتعاقد.[26]

غير أن ذلك لا ينف أن هناك اتجاه أخر لايرى في العقد الالكتروني عقد اذعان، ولهم في ذلك حججهم و براهينهم.

في ظل هذه المؤشرات هناك شبه إجماع، يتسم العقد الالكتروني غالبا بالطابع الدولي ذلك راجع للطابع الدولي لشبكة الانترنت، وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال على الخط، يسهل العقد بين طرف في دولة الطرف الآخر في دولة أخرى.

ويثير الطابع الدولي للعقد الالكتروني العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد للتعاقد، وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر، ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة، كذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد الالكتروني.
يتضح مما سبق، أن العقد الدولي الإلكتروني يتميز بعدة سمات تميزه عن العقود التقليدية، وتتمثل في عدم التواجد المادي لأطرافه، حيث يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني.

كما يتصف بـأنه العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والاستهلاكي، أما من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية، ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

كما أنه حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند.

أما في ما يتعلق بالمشاكل التي يطرحها التعاقد الدولي الالكتروني تتجلى في إشكالية قلة الخيارات و انعدام ثقافة تفضيل التعاملات وجها

لوجه وانعدام الأسعار التنافسية، و الافتقار للنظم القانونية المنظمة و التي تحمي المستهلك خاصة.[27]

كما يطرح اشكالية التعرف على هوية المتعاقد ومدى أهليته للتعاقد، وكذلك مدى ارادته للتعاقد إضافة الى إشكالية تحديد المسؤوليات.

وفي هذا نجد أن الأمر بالنسبة للشرط النموذجي بالنسبة لعقود التجارة الدولية التقليدية الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بشرط القوة القاهرة حيث ينص في الفقرة السابعة منه على أنه : **" وعلاوة على ذلك فانه أي السبب المنصوص عليه في الفقرة السادسة يوقف مدد التنفيذ اثناء مدة معقولة مستعبدا في نفس الوقت حق الطرف الاخر في ان يلغي أو أو يفسخ العقد.."**.

ولذا فإن الشرط يحمي المتعاقد المدين من سلوك الدائن الذي قد يرغب في فسخ بأن فرض عليه الانتظار فترة من الوقت قد يزول فيها عائق التنفيذ.

الخاتمـــــة

من المتفق عليه، أن عقود التجارة الدولية الإلكترونية الدولية والمطبقة على شبكة الإنترنت تتميز بغياب استخدام للوثائق الورقية المتبادلة والمستخدمة في إجراء وتنفيذ المعاملات التجارية، كما أن عمليات التفاعل والتبادل بين المتعاملين تتم إلكترونياً ولا يتم استخدام أي نوع من الأوراق، ولذلك تعتمد الرسالة الإلكترونية كسند قانوني معترف به من قبل الطرفين في ابرام العقود و كذا عند حدوث أي خلاف بين المتعاملين، كما يمكن التعامل من خلال تطبيق التجارة الإلكترونية مع أكثر من طرف في نفس الوقت، وبذلك يستطيع كل طرف من إرسال الرسائل الإلكترونية لعدد كبير جداً من المستقبلين وفي نفس الوقت في كل دول العالم، ولا حاجة لإرسالها ثانية.

ناهيك على أن التفاعل يتم بين الطرفين المتعاملين بالتجارة الإلكترونية بواسطة شبكة الاتصالات، وما يميز هذا الأسلوب هو وجود درجة عالية من التفاعلية من غير أن يكون الطرفان في نفس الوقت متواجدين على الشبكة، وكذا متواجدين في نفس البلد.

وعليه نستنتج حقيقة أن العقد الدولي الالكتروني أخذ مميزاته وخصائصه من خصائص التجارة الالكترونية في حد ذاتها، كما أن الخصائص التي سبق و أوردناه في هذه الورقة البحثية، لا تختلف عن خصائص العقد الإلكتروني الذي يكون داخل نفس البلد، و الرقعة الجغرافية، ما يعطي انطباعا أن الخصوصية الوحيدة التي تميز العقد الدولي الالكتروني هو وصفه بأنه عابر للحدود فقط.

أما بالنسبة للاقتراحات فندعوا إلى ضرورة تنظيم العلاقة بين الطرفين في العقود الدولية الالكترونية، وكذا سن تشريعات وتنظيمات قانونية في مجال إبرام العقود الدولية الالكترونية.

الهوامش :

[1]- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص107.

[2]-انظر الفصل الأول من الباب الأول في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم73 لسنة 2000

[3]- انظر المادة 2 و المادة3 من مشروع قانون مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري

[4]- انظر المادة 38 من قانون أحكام المعاملات الالكترونية اللبناني

[5]- راجع المادة 7 فقرات 4/3/2/1 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 الجزائري لعام 2018

[6]- حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص108-

[7]- المرجع نفسه، ص110

[8]- شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة مصر2007، ص401.

[9]- محمد أمين سيدمو، خصوصية العقد التجاري الالكتروني، مذكرة ماجستير في القانون جامعة الجزائر ،2014ص28.

[10]- يخلف نسيم،قايش ميلود،عقود التجارة الالكترونية على ضوء القانون رقم05/18، مجلة حقوق الانسان و الحريات مستغانم، ص68

[11]- محمد أمين سيدمو، رسالة ماجستير سابقة، ص30.
[12]- عوض مطلوب عبد الكريم، ابرام العقد الالكتروني في قانون اليونترال النموذجي و القانون السوداني، رسالة ماجسيتر 2008 جامعة ام درمان، ص135.
[13]- نورا الزرايدي ، فدوى الرزيح، مقال منشور في موقع المغرب.
[14]- أسامة أحمد بدر، مرجع سابق، ص30.
[15]- عوض مطلوب عبد الكريم، رسالة ماجستير سابقة، ص131
[16]- راجع نص الفصل الثامن(8) و التاسع (9) من الباب الثالث لقانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي قانون عدد73 لسنة2000 مؤرخ في أوت 2000.
[17]- راجع المادة 14 فقرة 1 من قانون المعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي.
[18]- راجع الفقرة 2 من المادة 14 قانون المعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي.
[19]- الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى2009، ص139.
[20]- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص140
[21]- بوزيدي ايمان، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، رسالة ماجستير 2016 جامعة تيزي وزو، ص54 وما بعدها.
[22]- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص141.
[23]- المرجع نفسه، ص39.
[24]- محمد أمين سيدمو، رسالة ماجستير سابقة، ص9.
[25]- الرسالة نفسها، ص12
[26]- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص44.
[27]- جعيجع نبيلة، التجارة الالكترونية في العالم العربي وأهم معوقات الحد من تطورها،مجلة أفاق علوم الإدارة و الاقتصاد العدد02مجلد02 ص289.

قائمة المراجـــــــــــــــــع

أولا: كتـــــــــــــــب.

1-حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2012.
2-شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديدة مصر2007.
3-سامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة مصر2011.
4-الياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى2009.

ثانيا: تشريعـــــــات.

قانون مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري
قانون أحكام المعاملات الالكترونية اللبناني

قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم73 لسنة2000
قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05 الجزائري لعام 2018
من قانون المعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي

ثالثا: مقـــــــــــالات.

1-يخلف نسيم، قايش ميلود، عقود التجارة الالكترونية على ضوء القانون رقم05/18، مجلة حقوق الانسان و الحريات مستغانم.
2-جعيجع نبيلة، التجارة الالكترونية في العالم العربي وأهم معوقات الحد من تطورها، مجلة أفاق علوم الإدارة و الاقتصاد العدد02مجلد02.
3- نورا الزرايدي ، فدوى الرزيح، مقال منشور في موقع المغرب.

رابعا: مذكرات و رسائل ماجستير.

[1]- محمد أمين سيدمو، خصوصية العقد التجاري الالكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر ،2014.
[2]-عوض مطلوب عبد الكريم، ابرام العقد الالكتروني في قانون اليونترال النموذجي و القانون السوداني، رسالة ماجسيتر 2008 جامعة ام درمان.
[3]- بوزيدي ايمان، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، رسالة ماجستير، 2016 جامعة تيزي وزو.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

صعوبات الإثبات الالكتروني

د/فكيري أمال و د / عبيزة منيرة
جامعة لونيسي علي البليدة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

صعوبات الإثبات الالكتروني

الدكتورة / فكيري أمال (*)
الدكتورة / عبيزة منيرة (*)

ملخص: لقد عرف التعامل بالوسائط الإلكترونية انتشارا واسعا فظهر ما يعرف بالمحرر الإلكتروني، فأضحت القواعد القانونية التقليدية غير كافية لاستيعابها، فسنت التشريعات –كالتشريع الجزائري - قوانين حديثة تقّر فيها بحجية المحرر الإلكتروني، إلاَّ أنَّ ذلك م يمنع من طرح إشكالات عديدة منها مسألة مشروعية الدليل الإلكتروني نظرا للانتشار المذهل للمعلومات الشخصية على شبكة الانترنيت ممَّا يهدد حرمة الحياة، أضف إلى ذلك بقيت الكثير من الإشكالات لم ينظمها المشرع الجزائري منها مسألة التنازع بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي.

الكلمات المفتاحية: الإثبات الالكتروني، التوقيع الالكتروني، الكتابة الالكترونية

Abstract: The technological progress of modern communication has imposed new electronic documents, which has given rise to legal problems stumbling against a legislative vacuum. This prompts the intervention of the Algerian legislator to organize the means of evidence through electronic documents too, many questions remain unresolved by the Algerian legislator, in particular the question of the conflict between the electronic document and the traditional document.

Mots Clés : Electronic proof, electronic signature, electronic writing

مقدمة :

(*) أستاذة محاضرة أ لونيسي علي جامعة البليدة | (*) دكتورة LMD في القانون الخاص

مقدمة :

إنَّ التطور التكنولوجي الذي عرفته مختلف المجتمعات في نظم الاتصالات أفرز شكل جديد من المحررات (المحرر الإلكتروني)، فأصبحت القواعد القانونية التقليدية غير كافية لاستيعابها تحول دون منح الحجية القانونية المطلوبة في الإثبات للمعاملات التي تتم عبر الوسائل التكنولوجية، فسارعت الكثير من الدول لسن التشريعات لتنظيم الشكل الجديد من المعاملات وإيجاد الوسط القانوني المناسب لتحقيق الأمن القانوني وحماية الأطراف، وقد اعترف المشرع الجزائري ولأول مرة وبصورة صريحة بالإثبات الإلكتروني من خلال تحويره نصوص الإثبات في القانون المدني ليصدر بعد ذلك مجموعة من القوانين الخاصة أهمها قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين 04/15 [1] تقّر بحجية المحرر الإلكتروني في الإثبات بشرط الحصول عليه بطريقة مشروعة واحترام حق المتعامل الإلكتروني في الخصوصية.

وانطلاقا ممَّا سبق نطرح الإشكالية التالية:

ماهي أهم الصعوبات التي تعترض الإثبات الإلكتروني في ظل القواعد القانونية التقليدية؟ وهل تدخل المشرع الجزائري بنصوص قانونية مستقلة كان كفيلا لاستيعاب هذه الصعوبات؟

إنَّ الإجابة على هذا التساؤل يقتضي البحث عن أهم الصعوبات التي تعترض الإثبات الإلكتروني في ظل القواعد القانونية التقليدية، وكذا الصعوبات التي لا تزال تطرح رغم تدخل المشرع الجزائري واعترافه بالإثبات الإلكتروني وتنظيم مختلف جوانبه، وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا الموضوع إلى مطلبين، نخصص أوله لمسألة تصادم الإثبات الإلكتروني وقواعد الإثبات التقليدية، ونفرد المطلب الثاني للمسائل القانونية التي يثيرها الإثبات الإلكتروني في ظل النصوص القانونية الخاصة.

المطلب الأول

تصادم الإثبات الإلكتروني وقواعد الإثبات التقليدية

أصبحت في الآونة الأخيرة تجري معظم المعاملات عبر وسائل الاتصال الفوري لما لها من ميزات توفير الوقت، وتخفيضها لتكاليف النقل والخزن ومساحات الحفظ وكذا الجهد، غير أنَّ هذه المعاملات حتم العالم الرقمي وظهور وسائل الاتصال الفوري ضرورة التعامل

إلكترونيا فظهر ما يعرف بالمحرر الإلكتروني الذي أثار عدة إشكاليات قانونية، تتمثل أساسا في عدم تكيفه مع القواعد التقليدية في الإثبات، ممَّا يحول دون إقرار الحجية القانونية في الإثبات للمحرر الإلكتروني، وبناء على ذلك اقتضينا تقسيم هذا المطلب إلى الفروع التالية:

الفرع الأول: مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه أو ضد نفسه.

الفرع الثاني: مبدأ تحديد هوية المتعاقدين والتعبير عن ارادتهما.

الفرع الثالث: مبدأ حياد القاضي ومجابهة الدليل.

الفرع الأول

مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه أو ضد نفسه

أقرت النصوص القانونية على أنّه لا يجوز للشخص اصطناع دليلا لنفسه يحتج به على الغير باعتباره يكون محلا للتزوير والتلاعب ممَّا يشكك في مصداقيته، كما أنَّه لا يُمكن إلزام الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه، وهو ما يثير تساؤل في إطار المعاملات الإلكترونية باعتبار أنَّ المحرر الإلكتروني من صنع الجهة التي تحتج به كدليل إثبات.

أولا – مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه.

طبقا لنصوص الإثبات في القانون المدني لا يجوز للشخص أن يصطنع دليلا من عنده ضد خصمه وهو ما نصت عليه المادة 323:«على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه»، بمعنى أنَّ المشرع الجزائري أوجب على المدعي إقامة الدليل على ما يدعيه لإثبات صحته بشرط أن يكون صادرا من الخصم سواء كان مكتوبا بخط يد أو تضمن توقيعا منه، ومفاد هذا المبدأ هو تجنب أثقال كاهل المحاكم بدعاوى وافتراءات لا حصر لها، وبالتالي لا يُمكن للشخص أن يحتج بدليل هو صانعه، كما لا يُمكن للقاضي أن يقضي للشخص بناء على أقواله أو ادعاءاته أو محررات صادرة منه.[2]

غير أنّ مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه ليس مبدأ عام فقد أورد المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات استثناءات على هذا المبدأ يتعلق بدفاتر التجار المنتظمة التي تكون حجة لصاحبها إذا كان النزاع بين التجار بالنسبة للأعمال التجارية، أي لا تصلح دفاتر التاجر كحجة على خصمه غير تاجر، إلاَّ أنَّه يجوز للقاضي توجيه اليمين للطرف الآخر شريطة أن يكون الدين محل النزاع ممَّا يجوز اثباته بالبينة أي تكون قيمة ما ورد التاجر لا تتجاوز 1.000.000 دج، وأن يكون محل النزاع بضائع وردها التاجر.[3]

وبهذا نخلص أنَّ المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات اهتدى بالقاعدة الشرعية – البينة على من ادعى-والحديث النبوي الشريف: ((لو يعطي الناس بدعواهم، لادعى رجال أموال قوم ودماءهم البينة على المدعي واليمين على من أنكر)).[4]

والسؤال الذي يطرح نفسه في ظل انتشار المحررات الالكترونية هو هل يُمكن الاعتماد على المحررات الالكترونية باعتبارها من صنع الجهة التي تحتج بها كدليل اثبات؟

يُقصد بالمحرر الإلكتروني ذلك الشكل الإلكتروني حيث لا يمكن قراءته إلاَّ من خلال عرضه على شاشة الحاسب الآلي، أو طبعه على الورقة وفي هذه الحالة الأخيرة لا يعتبر مستند أصلي وإنَّما نسخة عن الأصل[5]، وما يهمنا في هذا السياق هو أنَّ المحرر الإلكتروني يصدر عن حاسب آلي تكون بحوزته الجهة التي تحتج به كدليل اثبات وهو ما أثار جدل فقهي حول صحتها كدليل الاثبات خاصة قبل التدخل التشريعي وتنظيمه للإثبات الإلكتروني ومختلف جوانبه، وأصدرت في هذا الصدد المحكمة الفرنسية حكما يتضمن رفض الأخذ بالشريط الورقي الصادر عن الصراف الآلي باعتباره أنَّ الصراف الآلي الذي أُستخرج منه الدليل يخضع لسيطرة البنك وهو ما يتعارض ومبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، مستندة في ذلك إلى المادة 1315 من القانون المدني الفرنسي التي تستلزم اثبات الالتزام من الشخص الذي يتمسك به، وكذا المادة 1322 من نفس القانون التي اعتبرت اثبات التزام المقترض لا يكون إلاَّ بدليل وقع من المدين يُثبت استخدامه لكلّ أو جزء مبلغ الائتمان المتفق عليه. [6]

ولقد انتقد بعض الفقه التحليل الذي ذهبت إليه محكمة (sete) على أساس أنَّ عملية سحب الأموال كانت نتاج مشترك بين البنك والعميل، في حين أيد بعضه هذا الحكم باعتبار أنَّ الصراف الآلي يخضع لتعليمات البنك وبالتالي يُعتبر الشريط الورقي صادر عن البنك فلا يجوز له الاحتجاج به في مواجهة المدين. [7]

وحسب رأي أشاطر رأي الفقه عندما اعتبر أنَّ الاحتجاج بالشريط الورقي الصادر من الصراف الآلي أمرا مقبولا من الناحية الفنية والقانونية، لأنَّه يعتبر ناتج عن تعاملات العميل

مع البنك أي يصدر وفقا لإرادة طرفي المعاملة، فإن كان البنك يقوم بتنفيذ العملية المطلوبة من خلال الصراف الآلي يكون بطلب من العميل عن طريق ادخال الرقم السري المتضمن في البطاقة حيث يكون تحت تحكمه الحصري، وهو يعتبر صورة من صور التوقيع الإلكتروني لذا أرى أنَّ الشريط الورقي هو دليل مشترك بين البنك والعميل ممَّا يُتيح تقديمه كدليل اثبات.

يتبين ممَّا تقدم أنَّ مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه يُعتبر من أهم التحديات التي تحول دون الاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل للإثبات، باعتبار أنَّ المحرر الإلكتروني يصدر من الشخص الذي استعمل الحاسب الآلي، ولذا لا يُمكن الاعتداد به كدليل للإثبات إلاَّ إذا وافق المدعى عليه أو وُجد اتفاق مسبق بين الطرفين على استخدام المحررات الإلكترونية كدليل للإثبات .

لكن الجدير بالذكر أنَّ إشكالية الاعتماد على المحرر الإلكتروني كدليل اثبات باعتباره من صنع الجهة التي تحتج به كدليل اثبات يطرح في ظل غياب البرامج الإلكترونية، وكذا قبل التدخل التشريعي للأخذ بالمحررات الإلكترونية، وبهذا أصبح الاعتداد بالمحرر الإلكتروني أمر مقبول أمام التدخل التشريعي للأخذ بالمحرر الإلكتروني من خلال الاعتماد على الكتابة والتوقيع الإلكترونين، وكذا التطور الذي عرفته برامج الحماية التي تضمن سلامة المحرر الالكتروني من أي تلاعب أو تزوير، علاوة عن التقنيات التي أوجدتها القوانين لضمان وسلامة المحرر كتقنية التشفير وكذا التصديق الإلكتروني.

ثانيا-مبدأ عدم جواز إلزام الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه

الأصل أنَّه لا يجوز إلزام الشخص على تقديم دليلا ضد نفسه، إلاَّ أنَّ الأخذ بهذه القاعدة على اطلاقها يؤدي إلى إهدار الحقوق [8]، لذلك أورد التشريع الجزائري بعض الاستثناءات كالمادة 16 من القانون التجاري السالف الذكر التي مكنت القاضي بإلزام الأطراف على تقديم الدفاتر التجارية دون طلب من أحد الخصوم أثناء قيام النزاع وذلك بغرض استخلاص ما يتعلق منها بالنزاع، لكن ما يهمنا هو مدى إمكانية تطبيق هذا المبدأ في ظل ذيوع الشكل الإلكتروني للدليل؟

إنَّ المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة لا بتحوير نصوص الإثبات في القواعد العامة ولا بموجب قوانين خاصة، وهو ما يستدعي الاستناد إلى القواعد العامة مع العلم أنَّ في هذه الإشكالية لا يختلف الأمر بين الدليل الورقي والدليل الإلكتروني، وبالتالي لا يُمكن اجبار الشخص الذي بحوزته دليل إلكتروني على تقديمه ضد نفسه إلاَّ في بعض الحالات التي أوردها المشرع في القواعد العامة وهو ما يؤكد القول أنَّ هذا المبدأ لا يطرح أي اشكال في جال الاثبات الإلكتروني.

الفرع الثاني

مبدأ تحديد هوية المتعاقدين والتعبير عن ارادتها

من أهم التحديات التي تُواجه الإثبات بالمحررات الإلكترونية مسألة تحديد هوية المتعاقدين، وكذا قدرة التوقيع الإلكتروني في التعبير عن إرادة موقعه بالالتزام بمضمون السند.

أولا-مبدأ تحديد هوية المتعاقدين

تعتبر مسألة تحديد هوية المتعاقدين من أهم الشروط لصحة العقد، فمن الوسائل المعتمد عليها في المحررات التقليدية لتحديد شخصية الموقع هو التوقيع الذي يكون عن طريق الامضاء الكتابي أو بصمة الابهام أو الختم [9]، وبما أنَّ المعاملات الالكترونية تتمتع بخصوصية تميزها عن المعاملات العادية نجم عن ذلك عدة إشكالات قانونية أهمها معرفة هوية المتعاقدين خاصة وأنَّ التعاقد الالكتروني يتم بين غائبين عبر وسائل الاتصال الفوري وبسبب غياب التعاصر المادي بين أطراف العقد يُمكن استعمال التوقيع الالكتروني دون علم صاحبه عن طريق نسخة أو تصويره، كما أنَّ التعاقدات الإلكترونية تكون في معظم الأحيان بين أشخاص لا يعرفون بعضهم البعض فالكثير من المتعاقدين الالكترونين قد لا يفصحون عن هويتهم تهربا من المسؤولية خاصة إذا كان غرضهم غير مشروع ممَّا يحل دون التحقق من نسبة التوقيع إلى صاحبه.[10]

يتبين ممَّا تقدم أنَّ التوقيع هو عنصر مهم لإضفاء الحجية على المحرر الورقي من خلال مجموع الوظائف التي يُحققها، إلاَّ أنَّ الأمر مختلف في حالة التوقيع الإلكتروني لهذا ثبتت التشريعات وسائل تكنولوجية متطورة لتحقيق الأمن القانوني للتوقيع الإلكتروني مما يضمن تحقيق أهم وظائفه كتحديد هويةالمتعاقدين، والتزامه بمضمون المحرر الذي وقع عليه، ومن أهم هذه الوسائل التشفير بنوعيه التماثلي واللاتماثلي، وكذا التصديق الإلكتروني الذي يضمن صحة ونسبة التوقيع إلى صاحبه من خلال شهادة التصديق الإلكتروني، بل إنَّ هذه الوسائل تجل التوقيع الإلكتروني أكثر أمنا ودقة من التوقيع العادي مثل التوقيع الرقمي الذي يعتمد على المفتاح الخاص الذي يكون تحت التحكم الحصري للموقع الذي لا يمكن استخدامه إلاَّ من قبل الموقع وحده، ويستلزم هذا النوع من صور التوقيع الإلكتروني إيجاد جهة متخصصة ومحايدة للتحقق من صحة التوقيع عن طريق مؤدي خدمات التصديق [11]، فسعت الكثير من الدول إلى تنظيمه كالتشريع الجزائري الذي أصدر قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، وخصص الفصل الثالث من الباب الثالث للنظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وبذلك يحقق هذا النمط من أنماط التوقيع أعلى درجات الأمان، حيث أنَّه يضمن سلامة المحرر الإلكتروني من أي تعديل وبهذا يحقق الوظائف القانونية للتوقيع العادي من سلامة المحرر وضمان نسبة التوقيع إلى صاحبه عن طريق تحديد هوية الشخص الموقع كما يضمن التعبير الصحيح والآمن لرضا، وبهذا يكون التزوير في هذا النوع من التوقيعات مستبعد، إلاَّ إذا تم اغتصاب المفتاح الخاص الذي يكون دون شك نتيجة اهمال صاحب التوقيع الذي يتعين عليه الحفاظ على سرية المفتاح الخاص[12]، وهو ما يدعم قول جانب من الفقه الذين يعتبرون أنَّ المشكلة لا تدخل في نطاق القانون بل في مجال التقنية وقدرتها على ضمان سلامة المحرر من أي تلاعب أو تحريف ونسبته إلى صاحبه، واعتبروا أن ذلك لا يتطلب تدخل تشريعي للاعتداد بالتوقيع الإلكتروني لأنّه لا توجد أيُّ عقبة قانونية تحول دون تشبه التوقيع الإلكتروني بالتوقيع العادي [13]، لكن حسب تقديرنا فرغم التقنيات المتطورة الت عُرفت حاليا لضمان صحة وسلامة المحرر الإلكتروني إلاَّ أنَّ ذلك لا يعني عدم الحاجة إلى تدخل

تشريعي يقّر بحجية المحرر الإلكتروني لأنَّ أغلبية المجتمعات كالمجتمع الجزائري يفضل القاضي في كثير من الأحيان الاعتداد بالدليل الورقي دون الدليل الالكتروني متقاضيا عن كفاءة التقنيات المعتمدة، وذلك راجع لأسباب ثقافية بحة، وهذا من شأنه اضعاف المعاملات الإلكترونية ممّا يقف حائلا دون تطور التجارة الإلكترونية.

ولقد اعتد القانون الجزائري بالمحرر الإلكتروني من خلال تحويره لنصوص الإثبات في القانون المدني كما أصدر نصوص قانونية خاصة تقذر بذلك، وحرص من خلالها على الوسائل التي يتم بموجبها التحقق من هوية المتعاقد، حيث نصت المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية [14]على أنَّ التوقيع الإلكتروني: «معطي ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1 من الأمر رقم 58/75 ...».

تتلخص هذه الشروط في إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، وكذا الاعتماد على تقنيات واضحة ومفهومة لذا يظهر أنَّ للتوقيع الإلكتروني دور مهم في مجال الإثبات، كما عرفت المادة 7/2 من القانون 04/15 شهادة التصديق الإلكتروني أنَّها: «وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع».

استنادا للنصوص المذكورة أعلاه يمكن تحديد الوسائل الكفيلة لتحقق من هوية الموقع على النحو الآتي[15]:

شهادة التصديق الإلكتروني: عرفت المادة 7/2 من القانون 04/15 شهادة التصديق الإلكتروني، كما عرفت ذات المادة من نفس القانون مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أنَّه: «كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة أو يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني»، كما نظم القانون 04/15 التزامات مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ومنها جمع البيانات الشخصية الضرورية لمنح وحفظ شهادة

التصديق الإلكتروني التي تسمح بالتأكد من هوية المعني [16]، وبهذا يمكن الاستعانة في اطار المعاملة الإلكترونية بطرف ثالث محايد يتولى تنظيم المعاملة بين أطرافه من خلال التحقق من هويتهم وأهليتهم القانونية وكذا من نسبة التوقيع للموقع[17].

وبهذا نخلص أنَّ لشهادة التصديق الإلكتروني دور هام في تحديد هوية المتعاقدين عن طريق التوقيع الإلكتروني، فإذا كان التوقيع التقليدي يعتمد في ذلك على الاسم واللقب، فإنَّ التوقيع الإلكتروني يعتمد بالإضافة إلى الاسم واللقب على استعمال وسائل تقنية خاصة كتقنية المفتاح الخاص وكذا الرقم السري أو باستعمال تقنية المفتاح الخاص، أو تقنية البيو متري التي تعتمد على الخواص الذاتية للموقع، وغيرها من التقنيات التي تجعل الموقع يُسيطر على توقيعه سيطرة حصرية تُمكنه من الكشف عن أي تحريف أو تلاعب، فمن أهم البيانات التي تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني هي تحديد هويته الموقع وذلك بتبيان اسمه ولقبه ومهنته ومحل اقامته وغيرها من البيانات التي تحدد هويته، وقد أعطى المشرع الجزائري إمكانية ذكر اسم المستعار للموقع أو اسمه الحقيقي ما دام كلاهما يسمحان بالتحقق من هوية الموقع، وهو ما نصت عليه المادة 15 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين التي عددت أهم الشروط الواجب توافرها في شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة ومنها تحديد اسم الموقع حيث جاء في الفقرة 03/ج: «يجب أن تتضمن على الخصوص :

. اسم الموقع أو اسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته»، كما أنَّ شهادة التصديق الإلكتروني لا تقتصر على مراقبة هوية الشخص بل حتى صفاته الخاصة، حيث جاء في المادة 2/44 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين أنَّه: «يمنح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلبا وذلك بعد التحقق من هويته، وعند الاقتضاء التحقق من صفاته الخاصة».

2. البطاقة الإلكترونية: إنَّ البطاقة الإلكترونية مزودة بذاكرة تسمح بتخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها كالاسم واللقب والسن ومحل إقامته، كما تتضمن جميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، كما تعتمد هذه البطاقة على رقم سري مخزن في الشريط الممغنط لحمايتها

من أي تلاعب أو تزوير وذلك بالاعتماد على عمليات حسابية جد معقدة، حيث يتم التأكد في كل مرة وبشكل إلكتروني من صاحب التوقيع باستعمال الرقم السري [18].

نخلص في الأخير أنَّ قدرة المحرر الإلكتروني على استيفاء شرط تحديد هوية المتعاقدين يرتبط بمدى كفاءة التقنية المعتمدة لاستيفاء هذا الشرط، وهو ما يفسح المجال لسلطة التقديرية للقاضي في تقدير مدى كفاءة التقنية المستخدمة ممَّا يدفع المشرع إلى تحديد التقنيات التي تضمن صحة المحرر وتحديد هوية المتعاقدان لأنَّ فتح المجال للسلطة التقديرية للقاضي يشكك بحجية المحرر الإلكتروني، فقد يفضل القاضي في أغلب الأحيان الاعتداد بالدليل الورقي دون الدليل الإلكتروني متغاضيا عن كفاءة التقنيات التي يعتمدها هذا الأخير وهذا راجع لأسباب ثقافية بحة وهذا من شأنه اضعاف المعاملات الإلكترونية ممَّا يحدّ من تطور التجارة الإلكترونية، وهو ما تفطن إليه المشرع في قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين 04/15 فمثلا أعطى للتوقيع الإلكتروني الموصوف حجية تضاهي التوقيع التقليدي بموجب المادة 8 منه، ويكون للتوقيع الذي لم يستوف شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف حجية تضاهي حجية التوقيع الإلكتروني العادي إذا استوفى الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، مع العلم أنَّ التوقيع الإلكتروني العادي لا يتمتع بذات الحجية الممنوحة للتوقيع التقليدي وأكد المشرع الجزائري على ذلك بموجب المادة 08 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين حتما اعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع التقليدي، ولا يعني ذلك أنّه لم يعترف بأية حجية للتوقيع الإلكتروني العادي، وهو ما يستدل من المادة 9 من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين التي نصت أنَّه: «بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه، لا يمكن تحديد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

- شكله الإلكتروني أو
- أنَّه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة، أو
- أنَّه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني»

يتبين ممَّا سبق أنَّ القانون الجزائري اعترف بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني العادي ورفض على القاضي استبعاده، إلاَّ انَّه لم يحدد درجة قوته في الاثبات، بالتالي يعتد بالتوقيع الإلكتروني العادي أمام القضاء لكن لا تُضاهي القوة التي تتمتع بها التوقيع التقليدي وكذا

التوقيع الإلكتروني الموصوف، ممَّا يعني أنَّ هناك تدرج في حجية التوقيع الإلكتروني وبالتالي تدرج في حجية المحرر الإلكتروني بحسب الكفاءة التقنية المستخدمة.

ثانيا-التعبيرعن إرادة المتعاقدين

لقد أوقف التشريع الجزائري حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات على شرط واقف ألا وهو مدى توافر وسائل الأمن القانوني، وهو ما يُستشف من الكثير من النصوص القانونية فمثلا اعتد بالكتابة الإلكترونية شريطة أن تكون قادرة على تحديد هوية الموقع الذي أصدره، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامته بهدف ضمان وصحة ونسبة المحرر الإلكتروني إلى صاحبه (المادة 323 مكرر من القانون المدني) وهي نفس الشروط التي استلزم توافرها لاعتداد بالتوقيع الالكتروني (المادة 323 مكر1 من القانون المدني)، كما اعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب.

وهذه النصوص صريحة في أنَّ الاعتداد بالمحرر الإلكتروني مرتبط بمدى كفاءة التقنيات المستخدمة، وعليه نعتقد أنَّ للتوقيع الإلكتروني دورا هاما في تعبير عن إرادة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر، ولقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة أنن يكون التوقيع الإلكتروني محققا لهذه الوظيفة فجاء في المادة 6 من قانون التوقيع والتصديقالإلكترونيين:«يُستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع واثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني»، وبالرغم ممَّا يُقال عن إمكانية التلاعب بالتوقيع أو انفصاله عن الموقع أو إمكانية نسخه ووضعه على محررات الكترونية دون علم موافقة صاحبه، فهو يحقق وظائف الوقيع التقليدي بل في بعض الأحيان بشكل أفضل بحسب الكفاءة التقنية المعتمدة في تأمينه كاستخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص الذي يؤكد توجه إرادة صاحب التوقيع إلى انشاء المحرر الإلكتروني والالتزام بمضمونه وصحة نسبته إليه، خاصة وأنَّ الرقم السري أو المفتاح الخاص يُفترض أن لا يعلم به غيره إلاَّ إذا كان نتيجة إهمال من صاحبه، وبهذه التقنيات فإنَّ المحرر يختلط بالتوقيع على نحو لا يُمكن فصله ولا يمكن لأحد غير صاحب المحرر من التدخل بتعديل مضمونه. [19]

وفي هذا الصدد أقر التشريع الجزائري مستهديا بقانون الأونسيترال النموذجي [20] على تطبيق إجراءات التوثيق التي تجعل المرسل غير قادر على نفي نسبة المحرر إليه فأصبح المتعاملون

الإلكترونيين يستخدمون عدة أساليب للحماية كاستعمال تقنيات التشفير والتوقيع الإلكتروني وكذا شهادة التصديق الإلكتروني وغيرها من الوسائل التقنية. [21]

وبهذا يمكن التأكيد على أنَّ مسألة التعبير عن إرادة أطراف التعاقد أضحت من بين التحديات التي تجاوزها التطور التكنولوجي بفعل دقة الوسائل التكنولوجية المستعملة لتأمين المحرر الإلكتروني وضمان ارتباطه بصاحبه على نحو ينفي إشكالية انفصال الوقيع عن الموقع وهو ما يضمن صحة المحرر الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه، وبالتالي لا يوجد أي مانع قانوني أو تقني يحول دون تعبير المتعاقد عن ارادته عبر وسائل الاتصال الحديثة.

الفرع الثالث

مبدأ حياد القاضي ومجابهة الدليل

يتعين على القاضي أن يقف موقفا محايدا في النزاع المعروض عليه دون أن يتحيز لأحد الخصوم، وعليه الحرص على تبادل الخصوم المستندات المودعة، غير أنَّ التطور التكنولوجي أظهر شكل جديد من المعاملة تستند على المحرر الإلكتروني، وهو ما يطرح تساؤل حول مدى استيعاب الاثبات الإلكتروني للقواعد التقليدية؟

أولا-مبدأ حياد القاضي

يُقصد بمبدأ حياد القاضي هو وقوف القاضي موقفا محايدا في النزاع المعروض عليه فهو لا يتحيز لأحد الخصوم، أي يتقيد بما يقدمُه هؤلاء الخصوم من أدلة في الاثبات دون تمييز بين الخصوم ويفصل في طلبات الخصوم بحسب قيمة هذه الأدلة طبقا للقانون، وليس للقاضي أن يستند إلى دليل حصل عليه بطرقه الخاصة.[22]

ويختلف دور القاضي في الدعاوي الجزائية عن الدعاوى المدنية والتجارية، ففي الدعاوى الجزائية يقضي القاضي باقتناعه الشخصي لتعلق الأمر بالمصلحة العامة، أي لا يقف دوره على مجرد الموازنة بين الأدلة المقدمة من الخصوم، وإنَّما يتعين للقاضي شخصيا أن يبحث عن إقتناعه الشخصي بمسؤولية المتهم ويتحرى بنفسه أدلة الدعوى ويبحث عن الحقيقة [23]، في حين يقف دور القاضي في الدعاوى المدنية والتجارية على تلقي الأدلة من الخصوم ويقوم بتقديرها في إطار ما هو مبين له قانونا والمفاضلة بين هذه الأدلة، وإظهار الحقيقة من خلال استكمال الأدلة التي يقدمها الخصوم إمَّا بتوجيه اليمين المتممة أو الأمر بإجراء

التحقيق، ويتعين على القاضي أيضا إلزام كل طرف بتبليغ كافة المستندات ذات الصلة بالنزاع المطروح إلى الطرف الأخر، حتى ولم يطلبها ويتعلق الأمر بالمستندات التي لم يسبق إيداعها بالملف أمام محكمة الدرجة الأولى هو ما يمكن المدعى عليه من معرفة ماله وما عليه بخصوص المستند المدعى به ضده. [24]

مما تقدم شرحُهُ يُطرح التساؤل الآتي: هل يمكن للقاضي ضمان حيازته في ظل الأدلة الإلكترونية المقدمة كدليل إثبات؟

يعتبر الدليل الإلكتروني مصطلح جديد أمام القاضي وهو ما جعل الكثير من القضاة يستبعدونه وينحاز نفسيا للدليل الورقي، وهذا ما يضعف من شأن المعاملات الإلكترونية، ممَّا دفع التشريعات ومنها التشريع الجزائري التدخل لتكريس مبدأ التكافؤ الوظيفي ببين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي وذلك بتطويع نصوص الإثبات في القانون المدني ليصدر بعد ذلك نصوص خاصة تقر بحجية المحرر الإلكتروني، وهو ما يحتم على القاضي الاعتداد بالمحرر الإلكتروني إذا توافرت فيه الشروط المتطلبة قانونا، غير أنَّ المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة تنازع الدليل الإلكتروني والدليل الورقي-وهو ما تداركه المشرع الفرنسي- وهذا ما يفسح المجال لسلطة التقديرية للقاضي، وقد سبقت الإشارة إلى أنَّ المحرر الإلكتروني يعتبر دليل ومصطلح جديد أمام القاضي ليخشى بذلك انحيازه النفسي للدليل الورقي على أساس أنَّه اعتاد التعامل بالمحسوس بدلا من التعامل في فضاء افتراضي، وهذا لا يتماشى ومبدأ حياد القاضي، وبالتالي يعدُّ من أهم الصعوبات التي تعترض الإثبات الإلكتروني.

ثانيا-مبدأ مجابهة الدليل

يقصد بمبدأ مجابهة الدليل ضرورة تبادل المستندات بين الأطراف ويستوي أن يكون ذلك أثناء الجلسة أو خارجها بواسطة أمين الضبط[25]، فمقابل حق المدعى في إثبات ما يدعي يقوم حق المدعى عليه في دحض هذا الدليل وإثبات عكسه.[26]

غير أنَّ انتشار التعاقد بواسطة وسائل الاتصال الفوري أفرز شكل جديد من المستندات (المستند الإلكتروني) الذي يحظى بنفس القوة الثبوتية التي تتمتع بها المستند الورقي بعد التدخل التشريعي –وهو ما سبق شرحه- وبهذا التدخل والاعتراف التشريعي بالمستند الإلكتروني فيتح المجال للأطراف لتقديم المستند الإلكتروني كدليل إثبات أمام القضاء، ويكون للطرف الأخر الحق في نقضه ونفيه وهو ما يعرف بمبدأ المجابهة بالدليل، لكن لا يمكن للخصم مناقشة هذا الدليل باعتباره أمور تقنية بحتة يجعلها، وبالتالي لا يمكنه من تفنيده واثبات عكسه، وهو ما يعني اهدار لمبدأ مجابهة الدليل في مجال المعاملات الإلكترونية، لذا ينبغي منح أجل للخصم بناء على طلبه للاطلاع على المستندات المقدمة مستعينا بخبير في الأمور التقنية.

المطلب الثاني

المسائل القانونية التي يثيرها الإثبات الإلكتروني في ظل النصوص القانونية الخاصة

لقدأفرز التطور التكنولوجي الذي عرفه العالم العديد من وسائل الاتصال الفوري التي أصبحت ضرورية لإبرام المعاملات، ومن ذلك ظهر نوع جديد من المحررات تعرف بالمحررات الإلكترونية.

وهذا النوع من المحررات طرح العديد من الإشكالات القانونية أهمها حجيتها في الإثبات إذا قدمت كدليل للقاضي في النزاع المعروض أمامه، وهو ما دفع التشريعات الدولية وكذا الوطنية منها التشريع الجزائري إلى وضع نصوص قانونية تقِّر بحجية المحرر الإلكتروني في الإثبات بشرط أن تكون طريقة الحصول عليه مشروعة وأن تحترم حق المتعامل في الخصوصية، لكن بقيت بعض الإشكالات التي لم يعالجها المشرع الجزائري أهمها مسألة الترجيح بين دليلين أحدهما محرر على دعامة ورقية والآخر على دعامة إلكترونية على خلاف غيره من التشريعات كالتشريع الفرنسي.

الفرع الأول

مسألة مشروعية الليل

إنَّ عمليات التعاملات الإلكترونية ترافقها موجة كبيرة من الاعتداءات والاختراقات، ومن أهم هذه الاعتداءات هي الغش والاحيال باختراق أنظمة المعلومات وفك التشفير، وهذا كله يشكك في حقيقة ومصداقية المحررات الإلكترونية، لذا استلزمت القوانين لقبول المحرر الإلكتروني المقدم كدليل أمام القضاء أن يتم الحصول عليه بطريقة مشروعة، ومن أهم المشكلات التي يطرحها مبدأ مشروعية الدليل مشكلة التفتيش والضبط التي تتطلب في المعاملات الإلكترونية الاستناد إلى أهل الخبرة لأنَّ الخط في التفتيش وضبط الدليل قد يسبب في فوات فرصة كشف الجريمة ويؤدي إلى بطلان الإجراءات لأنَّها خارج نطاق أمر التفتيش والضبط، وأهم من ذلك قد تنطوي هذه الإجراءات على كشف خصوصية البيانات المحزنة في النظام ممَّا يعني المساس بمشروعية الدليل ، فلا يحق اجراء أية عمليات ضبط وتفتيش على نظم الكمبيوتر دون حضور العني أو من يُمثله قانونا وهذا ما يُستشف من نص المادة 83 من قانون الإجراءات الجزائية.

وقد نصت على هذا المبدأ الاتفاقيات الدولية بمنع التعذيب الصادرة ن الأمم المتحدة في 1994/02/01، وكذلك الاتفاقيات الاوربية لمنع التعذيب وسائر المعاملات غير الإنسانية، والمحطة من الكرامة الإنسانية الصادرة في 1987/11/26، فيستبعد الدليل المتحصل عليه نتيجة تعذيب أو اعتراف ناتج عن ضغط أو إكراه ترغيب أو خداع من المحقق، فالدليل الناج عن كل ذلك هو دليل غير مشروع.[27]

ونُشير إلى أنَّ هذا المبدأ لا يتقيد به الأطراف فحسب وإنَّما يتعين كذلك على القاضي الصول على الدليل بالوسائل المشروعة فلا يجوز اللجوء إلى وسائل غير مشروعة أو غير معترف بها بهدف الوصول للحقيقة والإثبات مع المتهمين أو الشهود، ومن واجب القاضي رفض قبول الدليل المستمد من صاحبها عن طريق جريمة كالسرقة أو الاحتيال أو النصب أو نتيجة إجراء باطل كأوراق ضبطت لدى المحامي عن المتهم أو دليل مستمد من تفتيش باطل كصدور إذن من جهة غير مختصة[28]، وهو ما نصت عليه المادة 48 من قانون الإجراءات الجزائية السالف الذكر: «يجب مراعاة الإجراءات التي استوجبتها المادتان 45و47 ويترتب على مخالفتها البطلان».

وقد استبعد القانون الجزائري كل دليل غير مشروع، فمثلا أجاز الاعتماد على التسجيل الصوتي كدليل إثبات بشرط أن يكن بطريقة مشروعة، وإنَّ الحماية التي كفلها المشرع لايقتصر نطاقها عل الاتصالات العادية بل تمتد هذه الحماية إلى الاتصالات الإلكترونية وهو ما يستشف من القانون رقم 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصالات ومكافحتها خاصة وأنَّ خصوصية الأفراد تكون أكثر انتهاكا إذا ما استخدمت وسائل الاتصال الفوري، لكن قد تقتضي ضرورة التحقق اعتراض هذه الاتصالات وتسجيلها، وقد نص المشرع الجزائري صراحة في المادتين 3و4 من القانون 04/09 السالف الذكر على جواز اعتراض المراسلات الإلكترونية في جرائم معينة بهدف حماية النظام العام أو لمستلزمات القضائية الجارية أو للوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة، كما استلزم المشرع أن يتم الاعتراض في الجرائم التي تتسم بالخطورة ومنها جرائم المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات وذلك إدراكا منه على عدم كفاية الوسائل التقليدية لجمع الدليل الإلكتروني نظرا لما تتمتع به هذه الجرائم من خصوصية. (29)

يتبين ممَّا تقدم أنَّ الدليل الإلكتروني يعتبر غير مشروع إذا كان نتيجة مخالفة النصوص المقررة قانونا لضمانات الحرية الفردية مع مراعاة الاستثناءات القانونية الواردة على ذلك أو إذا كانت طريقة الحصول عليه تتعارض مع القواعد التقليدية كالنزاهة في الحصول على الأدلة واحترام حقوق الدفاع. (30)

الفرع الثاني
مسألة الحق في الخصوصية

يعتبرمصطلح الخصوصية من المفاهيم المرنة التي تتغير من وقت لآخر ومن مكان لآخر وذلك حسب الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وبظهور وسائل حديثة للتواصل الاجتماعي أعطي لمبدأ الخصوصية اهتمام خاص نظرا للانتشار المذهل للمعلومات الشخصية على شبكة الانترنيت ممَّا يهدد حرمة الحياة الخاصة، فحرصت دساتير الدول المختلفة على حماية الحق في الخصوصية ومنعت التعدي عليه، وهو ما أقرّه الدستور الجزائري(31)

بموجب المادة 46 التي نصت أنَّه:«لا يجوز انتهاك حرم حياة المواطن الخاصة وحرمة شرفه ويحميها القانون.

- سرية المراسلات والاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة
- لا يجوز بأي شكل المساس بهذه الحقوق دون أمر معلل من السلطة القضائية، ويُعاقب القانون على انتهاك هذا الحكم»

ومن أهم عناصر الحق في الخصوصية التي كانت محل اتفاق الفقه هي حرمة المسكن، حرمة المحادثات والمكالمات الشخصية، حرمة المراسلات، حرمة الحياة الصحية، أيضا حرمة الحياة العائلية، مع الإشارة إلى أنَّ هذه العناصر قابلة للتوسع تماشيا للتطور المذهل الذي عرفه العالم اليوم في ما يخص وسائل الاتصال الفوري التي يترتب أدت إلى تزايد نطاق المخاطر التي تتعرض لها حرمة الانسان خاصة مع ظهور شبكة الانترنيت التي تسمح أكثر من أيّة وسيلة أخرى بنشر المعلومات المتعلقة بالحقوق الشخصية، وعرفت المادة 2/أ من التوجيه الأوربي البيانات الشخصية أنَّها كل المعلومات التي تتيح التعرف على الشخص الطبيعي وتتمثل في الاسم، العنوان، البريد الإلكتروني، الدين، الأخلاق، وغيرها من الأمور. (32)

ونظرا للاعتداءات التي يتعرض إليها المتعامل الإلكتروني قام المشرع الجزائري بتعديل قانون العقوبات فأضاف القسم السابع مكرر تحت عنوان المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، يحتوي على ثمانية مواد يتضح من خلالها تشديد المشرع العقاب على مثل هذه الجرائم المستحدثة بحيث جعل من عقوبة الحبس عقوبة أصلية إلى جانب عقوبة الغرامة، وهو أحسن ما فعله المشرع لأنَّ من شأن ذلك الحد من السلطة التقديرية للقاضي التي تُقلل في غالب الأعم –حسب تقديرنا- من فعالية النص القانوني، كما يظهر اهتمام المشرع الجزائري بحرمة الحياة الخاصة عندها أصدر القانون 04/09 السالف الذكر، حيث حضر تسجيل مكالمات الأشخاص الخاصة والسرية، إلاَّ إذا كان ذلك بدافع حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية، أو للوقاية من الأفعال الموصوفة

بجرائم الإرهاب او التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة [33]، وأهم ما تضمنه هذا القانون هو انشاء هيئة وطنية خصيصا للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحته، كما تتولى مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في التحريات التي تجرى بشأن الجرائم المستحدثة، وهو أحسن ما فعله المشرع الجزائري باعتبار أنَّ هذا النوع من الجرائم تتطلب الاستعانة بمختصين في مجال المعلوماتية وهذا ما يستدعي العمل على القيام بدورات تدريبية وتفعيلها لرجال القانون وبالأخص القضاة في تخصيص علوم الحاسب الآلي والاتصال المعلوماتي[34]، كما يُسند لهذه الهيئة مهمة تبادل المعلومات مع نظيرتها في الخارج قصد جمع المعلومات الضرورية للتعرف على مرتكب الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال وتحديد مكان تواجدهم، وهو ما يوحي أنَّ المشرع الجزائري تفطن من خلال هذه المهمة لخاصية الدولية التي تُميز الجرائم الإلكترونية فغالبا ما يقع في مثل هذه الجرائم الفعل الإجرامي في دولة وتظهر نتائجه في دولة أخرى وها ما يستدعي التنسيق الدولي لوضع نظام قانوني يُواجه هذه الظاهرة الاجرامية. [35]

لقد أكد القانون الجزائري على حماية سرية المراسلات المرسلة عن طريق البريد أو الاتصالات الإلكترونية بموجب القانون 04/18 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية [36] وذلك بمعاقبة كل شخص ينتهك سرية هذه المراسلات أو يفشي مضمونها أو ينشرها أو يستعملها دون ترخيص أو يُخبر بوجودها بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 1000.000 دج، كما تداركت الدولة الجزائرية أهمية موضوع حماية خصوصية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي [37]، واستلزم بموجب المادة السابعة منه لمعالجة المعطيات الشخصية الموافقة المسبقة الصريحة للشخص المعني او ممثله الشخصي إذا كانت المعطيات الشخصية تتعلق بشخص ناقص أو عديم الأهلية (المادة 8 من القانون 07/18)، لكن استثنى بعض الحالات من ضرورة الحصول على الموافقة من الشخص المعني حماية للشخص نفسه أو لمقتضيات البحث والدراسة أو حماية للمصلحة العامة (المادتين 5و6 من القانون 07/18).

علاوة عن ذلك فإنَّ المشرع الجزائري لم يكتف فقط بالحصول على الموافقة المسبقةللشخص المعني عند معالجة المعطيات الشخصية، بل أوجب أيضا ضرورة الحصول على تصريح مسبق أو ترخيص من السلطة الوطنية، وهو ما يوحي حرص المشرع الجزائري على حماية كرامة الانسان وحياته الشخصية (المادة 12 من القانون 07/18)، كما ألزم أعضائها ورئيسها المحافظة على الطابع السري للمعطيات ذات الطابع الشخصي والمعطيات التي اطلع عليها بعد انتهاء مهامهم (راجع المادة 26 من القانون 07/18).

نخلص أنَّ الحفاظ على حرمة الحياة الخاصة أصبح من المسلمات البديهية التي تفرض على كل شخص وبالأخص الأشخاص التي تتيح لهم ظروف مهنتهم بالاطلاع على البيانات الشخصية للغير، فيستلزم القانون أن تكون المعلومات المتحصل عليها ضرورية لممارسة نشاطهم المهني وعدم استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى أو افشائها للغير، كما هو الحال لموظفي البنك ومؤدي خدمات التصديق الإلكتروني الذي لزمه المشرع الجزائري بالحفاظ على سرية البيانات والمعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الإلكتروني الممنوحة، فضلا على ذلك اشترط على مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني قبل جمع البيانات الشخصية للمعني الحصول على موافقته الصريحة، ويلاحظ أنَّ المشرع الجزائري لم يُحدد شكل هذه الموافقة أي هل تكون كتابية ام شفوية، كما منع المشرع مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من استعمال هذه البيانات لأغراض أخرى غير الغرض الذي حددهُ القانون [38]وأمام الأهمية التي تحظى بها المعلومات التي يجمعها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني لمنح شهادة التصديق الالكتروني باعتبارها تشكل انعكاسا لشخصية الفرد، وضع المشرع الجزائري عقوبات ردعية يتعرض لها مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني إذا ما خالف الأحكام المذكورة أعلاه وهو ما يستشف من المواد 8-70-71 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

تعتبر مسألة السرية وحماية الحق في الخصوصية من أكثر الأمور تعقيدا في العقود الإلكترونية نتيجة للطبيعة المفتوحة لشبكة الأنترنيت، لذا كرست مجمل التشريعات

نصوص قانونية لحماية هذه البيانات، لكن تبقى الحماية القانونية لوحدها غير كافية لضمان سرية البيانات، فظهرت وسائل تقنية لضمان سرية هذه البيانات ومنع الغير من الاطلاع أو العبث فيها ومن أهم هذه التقنيات تقنية التشفير وكذا التصديق.

الفرع الثالث

مسألة تنازع الدليل الإلكتروني والدليل الورقي

يتمتع المحرر الإلكتروني بذات القوة المقررة في الإثبات للمحرر الإلكتروني طالما تتوافر فيه شروط الثقة والأمان التي تضمن سلامته وعدم التلاعب فيه، خاصة وأنَّ المشرع الجزائري اعترف من خلال تطويعه لنصوص قواعد الإثبات في القانون المدني بحجية الكتابة الإلكترونية مثلها مثل الكتابة التقليدي في المادة 323 مرر1، كما اعتد بالتوقيع الإلكتروني في المادة 2/327، ولقد أكد المشرع الجزائري على حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين من خلال قواني خاصة أهمها قانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الذي ألزم من خلاله القاضي الاعتماد بالتوقيع الإلكتروني كدليل ورفض تجريده من قيمته القانونية بحجة أنّه ورد [39]:

1. في شكل إلكتروني أو،
2. أنَّه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة أو،
3. أنَّه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني.

وبهذا يكون قد كرس المشرع الجزائري نظرية التعادل الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي وحذا في ذلك حذو المشرع الفرنسي الذي كرس هذا المبدأ من خلال اعترافه بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين بموجب قانون 13 مارس 2000 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني [40].

وأمام تكريس القانون الجزائري لنظرية التعادل الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي يثير تساؤل عن الحلول التي يتبعها القاضي في تحديد الدليل الأفضل لحسم النزاع، إذا ما قدم أمامه دليلين متعارضين أحدهما محرر على دعامة ورقية والآخر على دعامة إلكترونية؟

لقد جابها التشريع الفرنسي هذه الإشكالية بإضافة المادة 2/1316 بالقانون رقم 230 لعام 2000 السالف الذكر والذي أعطى فيها للقاضي سلطة تقديرية واسعة بالترجيح بين الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني، كما أعطى حرية الاستعانة بكافة الوسائل المتاحة بصرف النظر عن الدعامة المثبت غليها الكتابة، إلاَّ أنَّه قيد سلطة القاضي ببعض الضوابط. (41)

1. وجود نص قانوني ينظم تنازع المحررات.
2. وجود اتفاق بين الأطراف، فلقد أعطى المشرع الفرنسي للأطراف إمكانية الاتفاق على تقديم محرر على آخر، وإذا وجد هذا الاتفاق يلزم القاضي ترجيح الدليل الي انتهت إليه إرادة الطرفين، ويكون للقاضي سلطة تقديرية في الحكم بمدى صحة الاتفاق من عدمه فيمكن أن يعتبره شرط تعسفي طبقا للمادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

وفي حالة إذا ما تخلف اتفاق بين الأطراف يحدد الدليل الأرجح أو نص قانوني فإنَّ القاضي يعتمد في تحديده الدليل الأفضل على معيار المصداقية، وخول له المشرع الفرنسي الاستعانة بكافة الوسائل الممكنة لتحديد الدليل الأفضل، كما أنَّه يراعي في تحديد المصداقية على مدى توافر المحرر للشروط المتطلبة قانونا لاعتباره دليلا كتابيا كامل، كأن يتخلف في المحرر التقليدي التوقيع في حين أنَّ الدليل الإلكتروني مستوفيا جميع شروط الدليل الكتابي الكامل ففي هذه الحالة يستبعد القاضي التقليدي، وفي حالة إذا ما كانت المحررات متساوية من حيث القوة واستوفى كل محرر شروط اعتباره دليل كتابي كامل وكان مضمون المحررين متعارضين، فهنا يكون للقاضي سلطة تقديرية واسعة لتحديد الدليل الأكثر مصداقية ويستعين بكافة الوسائل الممكنة كأن يستعين بخبير أو تاريخ المحرر.(42)

أمَّا المشرع الجزائري رغم اعترافه بحجية المحررات الإلكترونية من خلال إقراره مبدأ المساواة بين عناصر المحرر الإلكتروني والتقليدي (الكتابة والتوقيع) لكن تبقى هذه المساواة يكتنفها نوع من الغموض لأنَّ المشرع الجزائري لم يقسم المحررات الإلكترونية لمحررات عرفية ورسمية، كمَّا أنَّه لم يبين نطاق هذه المساواة إن كانت تشمل المحررات الرسمية أم لا، لكن رغم ذلك يمكن أن نستخلص موقف المشرع الجزائري واعترافه بالمحررات الإلكترونية الرسمية بدليل إصداره لقانون خاص بالتوثيق الإلكتروني ينظم عمل الموثق

الإلكتروني وهو القانون رقم 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، فيعد الشخص الثالث المصادق على التوقيعات بمثابة الموثق بالمفهوم التقليدي، وبهذا يكتسي المحرر الإلكتروني صفة الرسمية، وذلك في حالة إذا ما ستوف الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر1 من القانون المدني، وبالإضافة إلى شرط التوقيع، وأن يتم المصادقة على البيانات الواردة في المحرر من قبل جهة التصديق حت يكتسب صفة الرسمية، وبهذا يتمتع بذات القوة المقررة قانونا للمحرر الرسمي الورقي، وهو ما يطرح تساؤل حول المعيار الذي يُمكن أن يعتمد عليه القاضي لتحديد الدليل الأفضل إذا كان أحدهما محرر على دعامة ورقية والآخر على دعامة إلكترونية خاصة أنَّ المشرع الجزائري لم يعالج هذه المسألة، وهذا ما يفسح المجال لسلطة التقديرية للقاضي، مع العلم أنَّ المحرر الإلكتروني يعدّ دليل ومصطلح جديد أمام القاضي ليخشى بلك انحيازه النفسي للدليل الورقي، وهو ما يتناقض ومبدأ التكافؤ الوظيفي الذي أقره المشرع الجزائري بموجب القانون 10/05 في المادة 323 مكرر1. [43]

خاتمة

تناولنا في هذه الدراسة صعوبات الإثبات الإلكتروني الناجم عن التطور المتواصل في مجال الاتصالات والتكنولوجيات بمختلف أشكالها في ضوء القواعد العامة للإثبات، ممَّا استلزم تدخل المشرع الجزائري وإصدار قوانين خاصة تستوعب فكرة الإثبات الإلكتروني، وإن كان ذلك ساهم في التوصل إلى حلول لصعوبات التي كانت تطرح في ظل القواعد العامة من خلال اعتداد المشرع الجزائري بالإثبات الإلكتروني، إلاَّ أنَّ ذلك لم يمنع من طرح إشكاليات أخرى مثل مسألة مشروعية الدليل الإلكتروني خاصة أنَّ المعاملات الإلكترونية ترافقها موجة كبيرة من الاعتداءات ممَّا يهدد حرمة الحياة الخاصة للمتعامل الإلكتروني.

أضف إلى ذلك فإنَّ اعتراف المشرع الجزائري بحجية المحرر الإلكتروني مثله مثل المحرر التقليدي، يثير التساؤل عن الدليل الأفضل في حالة تعارض مضمون الدليل الورقي مع ما ورد في الدليل الإلكتروني، وهو ما لم يعالجه القانون الجزائري.

بعد أن تم الإلمام بمختلف جوانب الموضوع نطرح ما توصلنا إليه من نتائج:

1. يصدر المحرر الإلكتروني عن حاسب آلي يكون بحوزة الجهة التي تحتج به كدليل إثبات وهو ما يتناقض وفق القواعد العامة في الإثبات ومبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه، وبهذا لا يمكن الاعتداد به كدليل للإثبات إلاَّ إذا وافق المدعى عليه أو وُجداتفاق مسبق بين الطرفين على استخدام المحررات الإلكترونية كدليل إثبات، لكن في ظل التدخل التشريعي وتوفر برامج الحماية التي تضمن سلامة المحرر الإلكتروني من أي تلاعب أصبح بالإمكان الاعتماد على المحرر الإلكتروني كدليل للإثبات.

2. إنَّ مسألة تحديد هوية المتعاقدين والتعبير عن إرادتهما أضحت من بين التحديات التي تجاوزها التطور التكنولوجي بفعل دقة وكفاءة الوسائل التكنولوجية المستعملة لتأمين المحرر الإلكتروني وضمان ارتباطه بصاحبه على نحو ينفي إشكالية انفصال التوقيع عن الموقع وهو ما يضمن صحة المحرر الإلكتروني ونسبته إلى صاحبه وكذا تحديد هوية المتعاقدين.

3. إنَّ تدخل المشرع الجزائري وتكريسه لمبدأ التكافؤ الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي من شأنه ضمان حياد القاضي في ظل الأدلة الإلكترونية المقدمة كدليل إثبات لأنَّ ذلك يحتم على القاضي الاعتداد بالدليل الإلكتروني إذا استوفي الشروط القانونية.

4. يعتبر مبدأ المجابهة بالدليل من أهم الصعوبات التي تعتري الإثبات الإلكتروني لأنَّ الدليل الإلكتروني عبارة عن أمور تقنية لا يمكن للخصم مناقشتها وهو ما يتطلب منح آجال للخصم بهدف الاطلاع على المستندات المقدمة مستعينا بخبير في الأمور التقنية.

5. كرس المشرع الجزائري على غرار غيره من التشريعات مبدأ مشروعية الدليل خاصة مع انتشار التعاملات الإلكترونية فاستلزم حماية البيانات الشخصية في مجمل قوانينه مع ايراد بعض الاستثناءات إذا استدعت مقتضيات المصلحة العامة ذلك أو في حالة موافقة صاحب الشأن على ذلك.

6. أمام ذيوع التعامل بموجب وسائل الاتصال الفوري كرس المشرع الجزائري نظرية التعادل الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي، إلاَّ أنَّه لم يعالج مسألة تنازع الدليل الإلكتروني والدليل الورقي.

وانطلاقا من كلّ ما سبق نوصي بـ:

1. لضمان الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية لا بدَّ من وضع عقوبات ردعية لكلّ شخص أراد التلاعب في البيانات المعلوماتية لأنَّ الاعتداءات الالكترونية تعتبر من أهم التحديات التي تتعرض المتعامل الإلكتروني.

2. نهيب على المشرع الجزائري إدراج نص ضمن نصوص الاثبات في القانون المدني يبين فيه نطاق المساواة إن كانت تشمل المحررات الرسمية، وهو ما يسمح باستخدام المحررات الإلكترونية في التصرفات القانونية التي تعدُّ فيها الرسمية ركنا للانعقاد، خاصة وأنَّ المشرع الجزائري أوجد بموجب قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين 04/15 جهة التصديق الإلكتروني التي تتولى تأمين المحرر الإلكتروني مما يضفي عليه صفة الرسمية.

3. ينبغي على المشرع الجزائري إدراج نص يعالج فيه مسألة تنازع الدليل الورقي والدليل الإلكتروني خاصة وأنَّه كرس نظرية التعادل الوظيفي بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني لأنَّ ذلك من شأنه فسح المجال للسلطة التقديرية للقاضي مع العلم أنَّ المحرر الإلكتروني يعتبر دليل ومصطلح جديد أمام القاضي ليخشى بذلك انحيازه النفسي للدليل الورقي وهو ما يتناقض ومبدأ التكافؤ الوظيفي الذي كرسه المشرع الجزائري، كما أنَّه لا يتماشى ومبدأ حياد القاضي، وبالتالي يعدُّ من أهم الصعوبات التي يتعرض الاثبات الإلكتروني.

الهوامش:

[1] القانون رقم 04/15 المؤرخ في 01 فبراير 2015 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ج.ر عدد 06، الصادرة في 10 فبراير 2015.

[2] –محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، سنة 2006، ص 21.

[3] راجع المدتين 13 و330 من القانون المدني رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20، ج.ر. عدد 11 الصادرة في 2005/02/09.

[4]الإمام الحافظ شيخ الإسلام محيي الدّين أبي زكريا يحي بن شرف النووي الدمشقي الشافعي، شرح الأربعين النَّوَوِيَّة، دون طبعة، دار الهدى الجزائر، سنة 2002، ص 134.

[5] – عيسغسانربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار الثقافة، مصر، سنة 2012، ص 244. 245.

[6] – المرجع نفسه، ص 244–245.

[7] - يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة الأردن، 2012، ص 137.

[8] – باطلي غنية، الجريمة الإلكترونية–دراسة مقارنة–، منشورات الدار الجزائرية، الجزائر، سنة 2015، ص 38.

[9] – الياسناصف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، الطبعة الأولى، منشورات الحلـبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2009، ص 247.

[10] – عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسّندات الإلكترونية ومتطلبات النّظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة 2010، ص 174.

[11] – لزهربنسعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دون طبعة، دار هومة، الجزائر، دون سنة النشر، ص 41.

[12] -Jean Marc Mousseron، Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique،litec, 2000.p 190.

[13] -علي عبدالعالي خشاب الأسدي، حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة 2013، ص 96.

[14] – المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المؤرخ في 30 ماي 2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ج.ر عدد 37، الصادرة في 07يونيو2007.

[15] – عبيزة منيرة، خصوصية العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، مجلة دراسات حول الجزائر والعالم، المجلد الثاني، العدد السادس، يونيو 2017، ص 116.

[16] – راجع المادة 43 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[17] -ChihebGhazouani, Le Contrat de Commerce électronique International, Latrach éditions, 2011, P 75.

[18] – علي عبد العالي خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 97.

[19] – علي عبد العالي خشاب الأسدي، المرجع السابق، ص 102.

[20] – راجع المادتين 7 و 9 من قانون الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996, المادتين 6 و7 من قانون الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001.

[21] – مخلوفيعبدالوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنيت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق جامعة الحاج لخضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2011–2012، ص 81

[22] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 14.

[23] – عادل مستاري، دور القاضي الجزائي في ظل مبدأ الاقتناع القضائي، مجلة المنتدى القانوني، جامعة محمد خيضر بسكرة، دون سنة النشر، ص 182.

[24] – راجع المادة من قانون الإجراءات المدنية والإدارية رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008، ج. ر. عدد 21 الصادرة في 23 أفريل 2008.

[25] – المادة 23 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالف الذكر.

[26] – محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 21.

[27] – أحمد يوسف أحمد حسن الطحطاوي، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون الجنائي، كلية الحقوق جامعة حلوان، سنة 2015، ص 267.

[28] – المرجع نفسه، ص 267.

[29] – عائشة بن قارة مصطفى، حجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات الجنائي، دار الجامعة الجديدة، دون طبعة الإسكندرية، سنة 2010، ص 177.

[30] – المرجع نفسه، ص 215.

[31] – قانون 01/16 المتضمن التعديل الدستوري، المؤرخ في 2016/03/06، ج.ر.عدد 14، الصادرة بتاريخ 2016/03/07.

[32] – Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données disponible sur (http:// www.wipo.int)

[33] – راجع المادتين 3و4 من القانون 04/09 السالف الذكر.

[34] – رضا المتولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 503.

[35] – عبيزة منيرة، حماية البيانات الخصوصية لمستهلك الإلكتروني (على الضوء التشريع الجزائري)، مداخلة قدمت إلى الملتقى الوطني حول المستهلك الاقتصادي الرقمي: ضرورة الانتقال وتحديات الحماية، المركز الجامعي عبد الحفيظ بو الصوف، ميلة، معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير بالتعاون مع المنظمة الجزائرية لحماية وارشاد المستهلك، 24.23 أفريل 2018، ص 415.

[36] – قانون رقم 04/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر عدد 27 الصادرة في 13 ماي 2018.

[37] – قانون رقم 07/18 المؤرخ في 10 يونيو 2018، المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر عدد 34 الصادرة في 10 يونيو 2018.

[38] - راجع المواد 42-43-44 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين المؤرخ في 01 فبراير 2015، ج.ر عدد 06 الصادرة في 10 فبراير 2005.

[39] – المادة 8 من القانون 04/15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

[40] -**LOI no 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique (1)**, JORF n°62 du 14 mars 2000 page3968, texte n° 1 disponible sur(https://www.legifrance.gouv.fr).

[41] –عبد العزيز المرسي حمود، مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية، دون طبعة دون دار النشر، سنة 2005، ص 96–97.

[42] – بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، الأطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014–2015، ص 206.

[43] – عبيزة منيرة وبوبكر مصطفى، الدليل الإلكتروني والسلطة التقديرية للقاضي، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد 03، ديسمبر 2018، ص 18.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

القواعد المستحدثة لاستخلاص الدليل الالكتروني في التشريع الجزائري

د/ بن قارة مصطفى عائشة
جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

ISBN: 978-9931-9651-0-7

القواعد المستحدثة لاستخلاص الدليل الالكتروني في التشريع الجزائري

الدكتور / بن قارة مصطفى عائشة (*)

ملخص: تختلف الجريمة المعلوماتية عن الجرائم التقليدية في كون الأولى تتم في بيئة غير مادية أو ما تعرف بالوسط الافتراضي، حيث يمكن للجاني عن طريق نبضات إلكترونية رقمية لا ترى أن يبعث في بيانات الحاسوب أو برامجه وذلك في وقت قياسي قد يكون جزءا من الثانية، كما يمكن محوها في زمن قياسي قبل أن تصل يد العدالة إليه إذا ما استخدمت برامج خاصة في ذلك، مما يصعب الحصول على دليل مادي في مثل هذه الجرائم. وعليه فإن كشف ستر هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى أدلة ذات طبيعة خاصة، ومختلفة عما ألفناه في الجرائم التقليدية، حيث تستخدم ذات الطبيعة التقنية الناجمة عن الحاسوب والانترنت، وتتمثل في الدليل الالكتروني (Electronicevidence). هذا التطور التكنولوجي لا يقف عند مضمون الدليل فحسب، بل يمتدّ أيضا إلى الإجراءات التي يترتّب عليها الحصول على هذا الدليل.

الكلمات المفتاحية:
خصـــائص. التجارة الدولية. العقد الدولي. الانترنت

Abstract :The information crime differs from the traditional crimes in that the first takes place in a non-physical environment or is known as the virtual medium, where the offender can through digital electronic pulses that you do not see to be transmitted in computer data or programs in a record time that may be a part of the second, and can also be erased In record time before it reaches the hand of justice if it uses special programs in that, which makes it difficult to obtain material evidence for such crimes.

Therefore, revealing the cover of this type of crime needs evidence of a special nature, different from what we have learned in traditional crimes, where it uses the same technical nature caused by computers and the Internet, and is represented in electronic evidence. This technological development not only stands at the content of the evidence, but also extends to the procedures that lead to obtaining this evidence.

Mots Clés : Electronic guide, information crime, data.

مقدمة :

(*)ـ، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر

يشهد العالم منذ منتصف القرن العشرين ثورة جديدة، اصطلح على تسميّتها بالثورة المعلوماتيّة، وذلك إشارة إلى الدور البارز الذي أصبحت تلعبه المعلومات في الوقت الراهن، فقد أمست قوّة لا يستهان بها في أيدي الدول والأفراد. وكان التطوّر الهائل الذي شهده قطاعي تكنولوجيا المعلومات والاتصالات والاندماج المذهل الذي حدث بينهما فيما بعد هو المحور الأساسي الذي قامت عليه هذه الثورة.

وممّا لاشك فيه أنّ الثورة المعلوماتيّة ونتيجة للتقنيات العالية التي تقوم عليها والتي تتمثّل في استخدام الحواسيب والشبكات المعلوماتيّة ـ خاصّة شبكة الانترنت [1]، قد تركت آثارا ايجابيّة وشكّلت قفزة حضاريّة ونوعيّة في حياة الأفراد والدول، حيث تعتمد القطاعات المختلفة في الوقت الحالي في أداء عملها بشكل أساسي على استخدام الأنظمة المعلوماتيّة نظرا لما تتميّز به من عنصري السرعة والدقّة في تجميع المعلومات وتخزينها ومعالجتها ومن تمّ نقلها وتبادلها بين الأفراد والجهات والشركات والمؤسسات المختلفة داخل الدولة الواحدة أو بين عدّة دول.

إلاّ أنّ هذا الجانب الايجابي المشرق لعصر المعلوماتيّة لا ينفي الانعكاسات السلبيّة التي أفرزتها هذه التقنيّة والمتمثّلة في إساءة استخدام الأنظمة المعلوماتيّة واستغلالها على نحو غير مشروع وبصورة تضرّ بمصالح الأفراد والجماعات وبالتالي بمصلحة المجتمع كلّه، حيث أدّى هذا التطوّر الهائل إلى ظهور أنماط مستحدثة من الجرائم اصطلح على تسميّتها بالجرائم المعلوماتية.

وعلى ضوء ذلك، فإنّ كشف ستر هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى طرق الكترونيّة تتناسب مع طبيعته بحيث يمكنها فك رموزه وترجمة نبضاته وذبذباته إلى كلمات وبيانات محسوسة ومقروءة، تصلح لأن تكون أدلة إثبات لهذه الجرائم ذات الطبيعة الفنيّة والعلميّة، ومن تمّ نسبتها إلى فاعليها، وتدعى هذه الوسيلة **بالدليل الالكتروني**.

وعليه كان هذا العامل حاسما لتدخل المشرع بنصوص قانونية إجرائية تحمل معها طرقا إجرائية مدعمة بالتقنية ذاتها، ليُمكن من خلالها استنباط الدليل الذي يتوافق مع الطبيعة التقنية لهذه الجرائم ووسائل ارتكابه، مما أدى إلى ظهور نوع جديد من الأدلة وهو الدليل الإلكتروني.

لأجل ذلك قام المشرع الجزائري بتعديل قانون الإجراءات الجزائية بموجب القانون رقم (22/06) المؤرخ في 20 ديسمبر 2006[2]، بالإضافة إلى إصداره للقانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها[3]، ومن خلالها أوجد المشرع طرقا إجرائية حديثة تتفق والطبيعة التقنية للجريمة المعلوماتية.

بناء على ما تقدم، تتمحور إشكاليّة البحث حول: **ماهية القواعد الإجرائية المستحدثة التي اعتمدها المشرع الجزائري في استخلاص الدليل الالكتروني؟ وما مدى فاعليتها لتعقب المجرمين وتقديمهم للعدالة ؟**

المبحث الأول: ماهية الدليل الالكتروني

ممّا لا شك فيه أنّه لا يوجد ما يسمّى بالجريمة الكاملة مهما حاول الجاني إخفاءها، وذلك استنادا إلى قاعدة " **لوكا رد لتبادل المواد**" التّي تنص على أنّه عند احتكاك جسمين بعضهما ببعض فانّه لابّد وأن ينتقل جزء من الجسم الأوّل إلى الثاني وبالعكس[4]، وبالتالي ينتج عن هذا الاحتكاك ما يعرف بالدليل الجنائي، وفي مجال الجريمة الالكترونيّة لدينا الدليل الالكتروني، لذا سنتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم الدليل الالكتروني(المطلب الأول)، فضلا عن دراسة أهم تقسيمات هذا الدليل (المطلب الثاني) وذلك من خلال المطالب التاليّة:

المطلب الأول: مفهوم الدليل الالكتروني

سنحاول في هذا الفرع توضيح مفهوم الدليل الإلكتروني، ثم بيان أهم الخصائص التي تتميز بها وذلك لبيان أهم الفرقات بينه وبين الدليل في الجرائم التقليدية.

الفرع الأول ـ تعريف الدليل الإلكتروني:

تعدّدت التعريفات التي قيلت بشأن الدليل الالكتروني وتباينت بين التوسع والتضييق، ويرجع ذلك لموضع العلم الذي ينتمي إليه هذا الدليل، فاختلفت بين أولئك الباحثين في مجال التقنية، والباحثين في المجال القانوني، وسنحاول فيما يلي عرض أهم هذه التعريفات :

عرّف البعض الدليل الالكتروني بأنه **"كل بيانات يمكن إعدادها أو تخزينها في شكل رقمي بحيث تمكن الحاسوب من انجاز مهمة ما "**[5] . وهناك من يعرفه بأنه **" الدليل الذي يجد له أساسا في العالم الافتراضي ويقود إلى الجريمة "**[6].

وعرف أيضا بأنّه **"معلومات يقبلها المنطق والعقل ويعتمدها العلم، يتمّ الحصول عليها بإجراءات قانونية وعلمية بترجمة البيانات الحسابية المخزنة في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها وشبكات الاتصال، ويمكن استخدامها في أي مرحلة من مراحل التحقيق أو المحاكمة لإثبات حقيقة فعل أو شيء له علاقة بجريمة أو جان أو مجني عليه"** [7]. أو:**"هو ذلك الدليل المشتق من أو بواسطة النظم البرامجية المعلوماتية الحاسوبية، وأجهزة ومعدات وأدوات الحاسب الآلي،أو شبكات الاتصال من خلال إجراءات قانونية وفنية، لتقديمها للقضاء بعد تحليلها علميّا أو تفسيرها في شكل نصوص مكتوبة أو رسومات أو صور وأشكال وأصوات لإثبات وقوع الجريمة لتقرير البراءة أو الإدانة فيها** [8] .

أما الأستاذ كيسي (Casey) فيعرّف الأدلة الجنائية الرقمية بأنها **"تشمل جميع البيانات الرقمية التي يمكن أن تثبت أنّ هنالك جريمة قد ارتكبت، أو توجد علاقة بين الجريمة والجاني أو بين الجريمة والمتضرر منها. والبيانات الرقمية هي مجموعة الأرقام التي تمثل مختلف المعلومات، بما فيها النصوص المكتوبة، الرسومات، الخرائط، الصوت و الصورة** [9]. أما التعريف المقترح للدليل الالكتروني من قبل المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب(IOCE) (International Organization of Computer Evidence)[10] بأنه " **المعلومات المخزنة أو المتنقلة في شكل ثنائي، ويمكن أن يعتمد عليها في المحكمة** "[11].

بعد استعراضنا للتعريفات التي قيلت بشأن الدليل الالكتروني نلاحظ في البداية أنها متقاربة من بعضها البعض، وأنّها حاولت استيعاب هذا النوع المستحدث من الدليل بالرغم من حداثته وارتباطه بالتقنية الرقمية، إلاّ أنّ هناك بعض الملاحظات ينبغي الإشارة إليها في هذا المقام تتمثل فيما يلي:

1 ـ هناك خلط في تعريف الدليل الالكتروني بمفهوم برامج الحاسب الآلي عند بعض الفقهاء، حيث تمّ اعتبارها بيانات يتمّ إدخالها إلى جهاز الحاسوب، وذلك لانجاز مهمة ما، وهذا التعريف ينطبق تماما مع مفهوم برامج الحاسب الآلي[12].

صحيح قد يتفق المصطلحين في أنّ كيلهما يعدّ آثارا معلوماتية أو رقمية، حيث يتركهما كل مستخدم للنظام المعلوماتي، وتتخذ شكلا واحدا هو الشكل الرقمي، لأن البيانات داخل الكمبيوتر سواء كانت في شكل نصوص أم أحرف، أرقام، رموز، أصوات أو صور تتحوّل إلى طبيعة رقمية، لان تكنولوجيا المعلومات الحديثة ترتكز على تقنية الترقيم، التي تعني ترجمة أو تحويل أي مستند معلوماتي مؤلف من

نصوص أو وصور ..إلى نظام ثنائي في تمثيل الأعداد يفهمه الكمبيوتر قوامه اللرقمان [صفر]، واحد] [13].بل أكثر من ذلك قد تعد بعض البرامج لوحدها دليلا إلكترونيا مثل برنامج الاختراق **(asylu_014_fe)**.

إلا أنّ الفرق بين الدليل الالكتروني وبرامج الحاسوب يكمن في الوظيفة التي يؤديها كل واحد منهما، فهذا الأخير له دور في تشغيل الحاسوب وتوجيهه إلى حلّ المشاكل ووضع الخطط المناسبة، وبدونها لا يعدو أن يكون مجرد آلة صماء كباقي الآلات، بل انه توجد برامج خاصة تساهم في استخلاص الدليل الالكتروني مثل: برنامج معالجة الملفات **مثلX tree Pro Gold**، وبرنامج النسخ مثل**Lap Link .**

أمّا الدليل الجنائي الرقمي له أهمية كبرى ودور أساسي في معرفة كيفية حدوث الجريمة الالكترونية، بهدف إثباتها ونسبتها إلى مرتكبيها، لاسيما في البيئة الافتراضية، غير محسوسة (intangible)، حيث يمكن تفتيش محتوى القرص الصلب لمعرفة كل المراحل التي مرّ بها المجرم وهو في سبيل تحقيقه للهدف الإجرامي.

2 ـ حصرت التعريفات السابقة مصادر الأدلة الالكترونية في أجهزة الحاسب الآلي وملحقاتها أو ما تعرف عند التقنيين **بفُتح النظم الحاسوبية**[14]، ونظم الاتصال، إلاّ أن العلم أثبت أن هناك نظم أخرى مدمجة بالحواسيب قد تحتوي على العديد من الأدلة الرقمية كالهواتف المحمولة (Telephone Mobile) والبطاقات الذكية Smart (Cards)[15] والمساعد الرقمي الشخصي(personal digital assistants)**.**

وتأسيسا على هذه الملاحظات، واسترشادا بما سبق عرضه من تعريفات للدليل الالكتروني، يمكننا تعريفه بأنّه : **"معلومات مخزنة في أجهزة الحاسوب وملحقاتها ـ من دسكات وأقراص مرنة وغيرها من**

وسائل تقنية المعلومات كالطبعات والفاكس ـ أو متنقلة عبر شبكات الاتصال، والتي يتمّ تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة بهدف إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى مرتكبيها "(16).

الفرع الثاني: خصائص الدليل الإلكتروني:

تنعكس البيئة الرقمية على طبيعة الدليل الالكتروني، باعتبارها المحل الذي يعيش فيه، مما جعله يتصف بخصائص ميزته عن الدليل الجنائي التقليدي وهي كالتالي:

1 ـ الدليل الالكتروني دليل علمي: يتكوّن هذا الدليل من بيانات ومعلومات ذات هيئة الكترونية غير ملموسة لا تدرك بالحواس العادية، بل يتطلب إدراكها الاستعانة بأجهزة ومعدات، وأدوات الحاسبات الآلية، واستخدام نظم برامجية حاسوبية، فهو يحتاج إلى مجال تقني يتعامل معه.

2 ـ الدليل الالكتروني دليل تقني: فهو مستوحى من البيئة التي يعيش فيها وهي البيئة الرقمية أو التقنية، وتتمثل هذه الأخيرة في إطار الجرائم الالكترونية في العالم الافتراضي، وهذا العالم كامن في أجهزة الحاسب الآلي والخوادم والمضيفات والشبكات بمختلف أنواعها. فالأدلة الرقمية ليست مثل الدليل العادي، فلا تنتج التقنية سكينا يتمّ به اكتشاف القاتل أو اعترافا مكتوبا أو بصمة أصبع ..الخ، وإنّما تنتج التقنية نبضات رقمية تصل إلى درجة التخيلية في شكلها وحجمها ومكان تواجدها غير المعلن، فهي ذات طبيعة ديناميكية فائقة السرعة تنتقل من مكان لآخر عبر شبكات الاتصال متعدية لحدود الزمان والمكان.

3 ـ الدليل الرقمي دليل متنوع ومتطور: حيث يشمل كافة أشكال وأنواع البيانات الممكن تداولها رقميا، بحيث يمكن أن يظهر على شكل وثيقة

(Document) معدة لنظام المعالجة الآلية، كما من الممكن أن يكون صورة ثابتة أو متحركة (أفلام رقمية) أو معدة بنظام التسجيل السمعي البصري أو يكون مخزنا في البريد الإلكتروني .. إلخ.

وأمّا عن كون الدليل الإلكتروني دليلا متطورا فهي خاصية تكاد تكون تلقائية، نظرا لارتباطه الوثيق بالطبيعة التي تتمتع بها حركة الاتصال عبر الانترنت والعالم الافتراضي اللذان لا يزالان في بدايتهما ولم يصلا بعد إلى منتهاهما ولن يكون من السهل احتواؤهما(17).

4 ـ **الدليل الالكتروني صعب التخلص منه:** وتعدّ من أهم خصائص الدليل الالكتروني، بل يمكن اعتبار هذه الخاصية ميزة يتمتّع بها الدليل الرقمي عن غيره من الأدلة التقليدية، حيث يمكن التخلص بكل سهولة من الأوراق والأشرطة المسجلة إذا حملت في ذاتها إقرار بارتكاب شخص لجرائم وذلك بتمزيقها وحرقها، كما يمكن التخلص من بصمات الأصابع بمسحها من موضعها، هذا الأمر بالنسبة للأدلة التقليدية، أمّا بالنسبة للأدلة الرقمية فان الحال غير ذلك، حيث يمكن استرجاعها بعد محوها، وإصلاحها بعد إتلافها، وإظهارها بعد إخفائها، ممّا يؤدي إلى صعوبة الخلاص منها، لان هناك العديد من البرامج الحاسوبية وظيفتها استعادة البيانات التي تمّ حذفها أو إلغائها مثل**RecoverLostData**, **O&O Rescue Box v4.0**، سواء تمّ هذا الإلغاء بالأمر(Delete)أو عن طريق إعادة تهيئة أو تشكيل للقرص الصلب (Hard Disk) باستخدام الأمر (Format)، بل إن نشاط الجاني لمحو الدليل يشكل كدليل أيضا، فنسخة من هذا الفعل (فعل الجاني لمحو الدليل) يتم تسجيلها في الكمبيوتر ويمكن استخلاصها لاحقا كدليل إدانة ضده (18).

5 ـ **الدليل الالكتروني قابل للنسخ:** حيث يمكن استخراج نسخ من الأدلة الجنائية الرقمية مطابقة للأصل ولها نفس القيمة العلمية،وهذه الخاصية لا تتوافر في أنواع الأدلة الأخرى(التقليدية)، ممّا يشكل ضمانة شديدة الفعالية للحفاظ على الدليل ضد الفقد والتلف والتغيير عن طريق نسخ طبق الأصل من الدليل[19].

المطلب الثاني: تقسيمات الدليل الإلكتروني

يتخذ الدليل الإلكتروني عدة صور وأشكال، وفي هذا الإطار قامت وزارة العدل الأمريكية سنة 2002 عرض تقسيم لهذا الدليل إلى ثلاث مجموعات وهي كالتالي:

1 ـ السجلات المحفوظة في الحاسوب وهي الوثائق المكتوبة والمحفوظة مثل البريد الالكتروني وملفات برامج معالجة الكلمات ورسائل غرف المحادثة على الانترنت .

2 ـ السجلات التي تمّ إنشاؤها بواسطة الحاسوب، وتعتبر مخرجات برامج الحاسوب وبالتالي لم يلمسها الإنسان مثل (Log Files) وسجلات الهاتف وفواتير أجهزة السحب الآلي (ATM).

3 ـ السجلات التي تمّ حفظ جزء منها الإدخال وجزء آخر تمّ إنشاءه بواسطة الحاسوب، ومن أمثلتها: أوراق العمل المالية التي تحتوي على مدخلات تمّ تقليمها إلى برامج أوراق لعمل مثل Excel، ومن تمّ تمّت معالجتها بإجراء العمليات الحسابية عليها .

وهو نفس التقسيم الذي أخد به القضاء الأمريكي، فسجلات الحاسوب(Computer Records المقبولة استثناء أمام القضاء الأمريكي إذا كانت معدة في هيئة نصوص Text تتخذ أحد هذه الأشكال : **سجلات الحاسوب المتوالدة (Computer-generated**

records)وسجلات الحاسوب المخزنة Computer-stored (records) والفرق بينهما يتوقف على ما إذا كان الشخص أو الآلة تنشئ محتويات هذه السجلات أي(مصدر هذه السجلات)، فسجلات الحاسوب المخزنة تشير إلى الوثائق التي تحتوي على كتابات (Writings)شخص أو بعض الأشخاص وحدث وان صارت في شكل الكتروني، مثل رسائل البريد الالكتروني (E-mail messages).

أمّا سجلات الحاسوب المتوالدة فالكمبيوتر هو (الذي يصدرها، وهي تحتوي على مخرجات (Output) برامج الحاسوب التي لم تمسّها أيدي البشرية مثل سجلات الدخول على الانترنت(Log-inrecords) ومصدرها مزود خدمة الانترنت، فهذه السجلات لا تحتوي على بيانات بشرية، فهي مجرد مخرجات كان لابد من وجود مدخلات (Input) لها ممثلة في لوغاريتمات البرمجة [20].

وهناك نوع ثالث من السجلات يجمع بين التدخل الإنساني ومعالجة الكمبيوتر، كما لو أدخل متهم بيانات معينة وطلب من الكمبيوتر أن يقوم بمعالجتها توصلا إلى نتائج يسمح بها البرنامج المستخدم، كمن يتهرب من الضرائب فيقوم بتسجيل بيانات غير صحيحة عن دخله وربحه طالبا من الكمبيوتر حساب الضريبة المستحقة. ونشير أن هذه الطبيعة الخاصة بكل نوع تنعكس على قيمته الاثباتية، فهي ليست على درجة واحدة من القوة و القبول أمام المحاكم الأمريكية .

ويؤخذ على هذه التقسيمات أنّها ليست شاملة للدليل الالكتروني بل اقتصرت على نوع محدد منه، وهي سجلات الحاسوب التي تحتوي على نص، بالرغم من أن الدليل الرقمي يشمل كافة البيانات الرقمية الممكن تداولها رقميا كالصور والأصوات والرسوم وغيرها، بل تستخدم حاليا بروتوكولات الاتصالات والتطبيقات المعلوماتية في

تحقيق الجرائم الالكترونية،ويعتبر نظام TCP/IP[21] من أكثر البروتوكولات المستخدمة في شبكات الإنترنت فهي جزء أساسي منه، حيث تدل بصفة جازمة عن مصدر الجهاز المستخدم في الجريمة وتحدّد الأجهزة التي أصابها الضرر من الفعل الإجرامي وتحديد نوعية النشاط الإجرامي خلال الفترة الزمنية لاقتراف الجريمة.

من خلال ها العرض، نقول أنه أية محاولة لتقسيم الدليل الالكتروني ينبغي أن يراعى فيها اعتبار مهم ألا وهو التطور المستمر الذي يطرأ على البيئة الرقمية التي يعيش فيها الدليل الرقمي، ممّا تجعله من الأدلة المتطورة بطبيعتها، فتطور هذه البيئة يكاد يكون تلقائي هنا، حيث تتسع لإمكانية شمول مظاهر رقمية جديدة[22].

المبحث الثاني: طبيعة القواعد الإجرائية المستحدثة لاستخلاص الدليل الالكتروني

للدليل الالكتروني ذاتيّة خاصة يتميّز بها اكتسبها من موضوعه ـ وهي الجريمة المعلوماتية ـ، وهذه الذاتيّة أثّرت بدورها على إجراءات وطرق الحصول عليه، بحيث لم يعد يعتمد على الإجراءات التقليدية لجمع الدليل الالكتروني(كالمعاينة والتفتيش مثلا) بل تعداه إلى إجراءات، وهو أمر ضروري وفي غاية الأهميّة لمواجهة هذا النوع المستحدث من الجرائم، وذلك لكي نمنع ما يمكن أن يقال من أنّ صعوبة هذا الإثبات قد يؤدي إلى عدم التجريم[23].

بما أنّ البيانات في بيئة التكنولوجيا ليست دائما ساكنة، بحيث يمكن أن تكون متحركة عبر شبكة من الشبكات، لذلك ينبغي أن يتلاءم الإجراء وطبيعة البيانات محل هذا الإجراء. فبالنسبة للبيانات الساكنة(المطلب الأول) يتم اللجوء إلى حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير، والأمر بتقديم بيانات معلوماتية متعلقة بالمشترك. أما بالنسبة

للبيانات المتحركة (المطلب الثاني) يتم اللجوء إلى مراقبة الاتصالات الالكترونية.

المطلب الأول: الإجراءات المتعلقة بالبيانات الساكنة

إنّ الإجراءات الخاصة بالبيانات الساكنة أو المتحركة كلها مستقاة من اتفاقية بودابست المنعقدة في (23 نوفمبر 2001 م)، وهي أولى المعاهدات الدولية التي تكافح تلك الجرائم الالكترونيّة وهذه الاتفاقية تمت تحت إشراف المجلس الأوربي، ووقع عليها ثلاثون دولة بما في ذلك الدول الأربعة من غير الأعضاء في المجلس الأوربي المشاركة في إعداد هذه الاتفاقية وهي كندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايات المتحدة الأمريكية حيث صادقت عليها هذه الأخيرة في 22 ديسمبر 2006 ودخلت بالفعل حيز النفاد في الأول من يناير 2007 . وهي مفتوحة لانضمام دول أخرى حتى يمكن أن تساهم في ضبط وتنظيم مجتمع المعلومات والاتصالات بشكل أفضل.

تتمثل الإجراءات المتعلقة بالبيات الساكنة في التحفظ العاجل على هذه البيانات أو كما يسميها المشرع الجزائري حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير (أولا)، ثم الأمر بتقديم بيانات معلوماتية متعلقة بالمشترك(ثانيا).

الفرع الأول: حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير:

البيانات الساكنة هي بيانات موجودة داخل حاسب ألي، وهذا الأخير غير متصل بأي شبكة من الشبكات المعلوماتية سواء المحلية منها كالانترانت أو الدولية كالانترنت، ولذلك فإن الاعتداء على هذه البيانات يتطلب تواجد المعتدي في مركز الحاسب. وعليه لا تحتاج البيانات الساكنة لحمايتها إلا إجراءات أمنية محدودة. بعكس البيانات المتحركة التي تنتقل عبر شبكات الإتصال إذ تحتاج إلا إجراءات أمنية

أكبر، لأنها تتعرض للعديد من المخاطر خلال انتقالها من حاسب لآخر، فهي مجودة في عالم إفتراضي غير محدود.

طبقا لنص المادة 16 من إتفاقية بودابست على ضرورة كل طرف السماح لسلطاته المختصة أن تأمر أو تفرض بطريقة أخرى مزود الخدمة **التحفظ العاجل على البيانات المعلوماتية المخزنة بما في ذلك البيانات المتعلقة بالمرور المخزنة بواسطة نظام معلوماتي**، وذلك عندما تكون هناك أسباب تدعو للإعتقاد بأن هذه البيانات على وجه الخصوص معرضة للفقد أو التغيير. وهو ما أكده المشرع الجزائري بموجب المادة 10 من الفصل الرابع في القانون رقم 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والإتصال مكافحتها[24]، حيث ألزم مقدمي الخدمات[25] بحفظ المعطيات[26]وذلك بتجميع المعطيات المعلوماتية وحفظها وحيازتها في أرشيف ووضعها في ترتيب معين في انتظار اتخاذ إجراءات قانونية محتملة أخرى كالتفتيش وغيره، فالتحفظ إجراء أولي أو تمهيدي الهدف منه هو محاولة الإحتفاظ بالبيانات فبل فقدها.

وما تجدر الإشارة إليه في هذا الإطار أنه ليس أي معطيات معلوماتية محل إعتبار من المشرع، بل حصر المشرع الجزائري المعطيات المعلوماتية الواجب حفظها من طرف مزودي الخدمة في المعطيات المتعلقة بحركة السير (معطيات المرور).

وهي كما عرفها في المادة الثانية من القانون رقم (09/ 04) تلك المعطيات المتعلقة بالإتصال عن طريق منظومة معلوماتية تنتجها هذه الأخيرة باعتبارها جزءا في حلقة الإتصالات، توضح مصدر الإتصال، الوجهة المرسل إليها والطريق الذي يسلكه ووقت وتاريخ وحجم ومدة الإتصال، ونوع الخدمة. وقد حصر المشرع معطيات المرور التي ألزم في المادة 11 مزودي الخدمة بحفظها في:

1 - المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة.

2 - المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للإتصال.

3 - الخصائص التقنية وكذا تاريخ ووقت ومدة كل إتصال.

4 - المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها.

5 - المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه الإتصال وكذا عناوين المواقع المطلع عليها.

عرفت إتفاقية بودابست في مادتها ألأولى الفقرة "د" هذا النوع من المعطيات بأنها" محلا لنظام قانوني محدّد، حيث يتمّ توالد هذه البيانات من الحواسيب عبر تسلسل حركة الاتصالات لتحديد مسلك الاتصالات من مصدرها إلى الجهة المقصودة، وبذلك فهي تشمل طائفة من البيانات تتمثل في: مصدر الاتصال ووجهته المقصودة، خط السير ووقت أو زمن الاتصال وفقا لتوقيت غرينتش، حجم الاتصال ومدته ونوع الخدمة المؤذاة(مثل نقل الملفات أو بريد الكتروني أو مراسلات فوريّة). وفي الغالب ما يحوز مقدم.

بما أنّ حفظ المعطيات إجراء وقتي واحتراما للحق في الخصوصية فإن المشرع الجزائري وضع إلتزاما على مزودي الخدمات بإزالة المعطيات التي يقومون بتخزينها بعد سنة من تاريخ التسجيل[27]، وعلى غرار المشرع الجزائري نجد المشرع الفرنسي حرص بدوره في نطاق التخزين التلقائي للمعطيات المتعلقة بالإتصالات الإلكترونية وذلك بموجب المادة 32 من قانون البريد والإتصالات الإلكترونية المضافة بموجب المادة 29 من القانون رقم 2001/ 1062 والمعدلة بالمادة 20 من القانون 2003/ 239 المؤرخ في 03/18/ 2003 المتعلق بالأمن الداخلي على ضرورة مسح

المعطيات المخزنة بعد الإحتفاظ بها لمدة أقصاها سنة إذا دعت مقتضيات البحث والتحقيق والمتابعة القضائية ذلك.

الفرع الثاني: الأمر بتقديم بيانات معلوماتية متعلقة بالمشترك:

البيانات الشخصيّة المتعلقة بمستخدمي الشبكة تدخل في إطار الحق في الخصوصيّة التي تحميه الاتفاقيّة الأوربية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية (بتاريخ 4 نوفمبر 1950)، فلا يجوز لمزود الخدمات أو غيره أن يقوم بإفشاء ما لديهم من معلومات إلى الغير. إلا أنّ بعض التشريعات المقارنة تسمح لرجال الضبط القضائي أن يأمروا الأشخاص بتسليم ما تحت أيديهم من موضوعات والتي يطلب تقديمها كدليل، ومن بينها البيانات المتعلقة بالمشترك التي يحوزها مزودو الخدمات، وهو ما يلزمه القانون الفرنسي رقم 719 لسنة 2000 المعدل للقانون رقم 1067 لسنة 1986 الخاص بحريّة الاتصالات، حيث تنص المادة(43-9) منه على" أنّه يتعيّن على مزودي خدمات الدخول المحافظة على بيانات مستعملي خدماتهم وذلك تمهيدا لطلب السلطات منهم تلك البيانات التي قد تفيد كدليل في جريمة معيّنة وقعت بالفعل[28].

أمّا بالنسبة للقانون الأمريكي المعروف بقانون خصوصية الاتصالات الالكترونيّة (ECPA)، فقد أجاز لرجال الضبط القضائي في إطار ما يقومون به من جمع الاستدلالات الاطلاع على البيانات الموجودة في حوزة مزودي الخدمات والتي تخص مستخدمي شبكة الانترنت، وذلك من خلال توجيه تكليف إلى مزود الخدمات بتقديم تلك المعلومات، وتتمثل هذه الأخيرة في ثلاث طوائف هي:

أولا- المعلومات الشخصية الخاصة بالمشترك مثل اسمه ورقم تلفونه وعنوانه.

ثانيا- المعلومات الشخصية الخاصة بالمتعامل مع المشترك(أي كل من يتّصل به أو يدخل معه في صفقة).

ثالثا - المعلومات المتعلقة بمحتوى البيانات (مضمون المحادثات - مضمون الملفات).

المشرع الجزائري لم ينص على هذا الإجراء في قانون 04/09 السابق الذكر بل اكتفى بعملية حفظ المعطيات المتعلقة بحركة السير في إطار التزامات مقدمي الخدمات.

أما بالنسبة لاتفاقية بودابست فقد نصت في المادة 18 منها على "أنّه يجوز للدول الأطراف في تلك الاتفاقية تمكين السلطات المختصة من إلزام مقدمي الخدمات تقديم البيانات المتعلقة بالمشترك، سواء كانت في حيازته المادية أو تحت سيطرته" حيث تكون هذه البيانات مخزنة بعيدا عن الحيازة المادية لمزود الخدمة، ولكن يمكن السيطرة عليها، ومثال ذلك أن تكون البيانات مخزّنة في وحدة تخزين عن بعد ويتم تقديمها عن طريق شركة أخرى. ويشترط في هذه البيانات أن تكون مخزّنة، حيث يستثنى منها أية معلومات متعلقة بحركة ومحتوى البيانات ذات العلاقة باتصالات مستقبلية، لأنّها تكون محل دراسة الفرع الثاني من هذا المطلب والخاص بالإجراءات المتعلقة بالبيانات المتحركة[29].

حدّدت الاتفاقية المقصود بتلك البيانات بقولها أنها تتعلّق:

- بنوع خدمة الاتصال التي اشترك فيها الشخص والوسائل الفنية لتحقيقها.

- العنوان البريدي أو الجغرافي ورقم تلفون المشترك.

- رقم دخول المشترك للحصول على تلك الخدمة والفواتير التي ترسل إليه، وأي معلومات تتعلق بطريقة الدفع (مثل رقم بطاقة الائتمان

أو حسابه البنكي)، أو أي معلومات أخرى تتعلق بأداء الخدمة أو بالاتفاق بين هذا المشترك ومزود الخدمة.

المطلب الثاني: الإجراءات المتعلقة بالبيانات المتحركة(اعتراض الاتصالات الإلكترونية)

استحدث المشرع الجزائري إجراء المراقبة الإلكترونية بموجب المادة الثالثة من القانون رقم (04/09) المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلحة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها حينما أجاز تبعا لمستلزمات التحريات والتحقيقات القضائية الجارية في هذا النوع من الجرائم اللجوء إلى وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وتجميع وتسجيل محتواها. وفيما يلي سنتناول مفهوم مراقبة الاتصالات الإلكترونية(أولا)، ثم عرض ضمانات هذه المراقبة الإلكترونية (ثانيا).

الفرع الأول: المقصود بمراقبة الاتصالات الإلكترونية:

لم يتطرّق المشرّع الجزائري إلى تحديد مفهوم مراقبة الاتصالات الإلكترونيّة[30]، مكتفيا بذلك تحديد مفهوم الإتصالات الإلكترونية فحسب، حيث عرفها في المادة الثانية فقرة "و" من القانون رقم (04/09) السالف الذكر بأنها: " **أي تراسل أو إرسال أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو معلومات مختلفة بواسطة أي وسيلة إلكترونية**"، في حين عرّفها المشرّع الأمريكي في الباب الثالث من القانون الفدرالي الأمريكي لسنة 1968 بأنه:"**الإكتساب السمعي أو أي اكتساب لمحتويات أية أسلاك أو أي إتصالات شفوية باستخدام أي جهاز إلكتروني أو ميكانيكي أو أي جهاز آخر**"[31]. أما الفقه فقد عرفها بأنها " مراقبة شبكة الاتصالات"، أو العمل الذي يقوم به المراقب (بكسر القاف) باستخدام التقية الإلكترونية لجمع بيانات ومعلومات عن المشتبه فيه سواء أكان شخصا

أو مكانا أو شيئا حسب طبيعته مرتبط بالزمن لتحقيق غرض أمني أو لأي غرض آخر[32].

الملاحظ أن التقنية المستخدمة في هذه المراقبة هي التقنية الإلكترونية، والتي تعني مجموعة الأجهزة المتكاملة مع بعضها بغرض تشغيل مجموعة من البيانات الداخلة وفق برنامج موضوع مسبقا لتحديدهم من أجل ضبطهم وتفتيشهم وجمع الأدلة قبلهم لإثبات إدانتهم وتقديمهم إلى المحاكمة، ومن بين تلك التقنيات نجد برنامج كارنيفور[33]وتقنية مراقبة البريد الإلكتروني[34].

من الواضح أن المشرع الجزائري لم يعتبر هذا الإجراء من ضمن طرق الحصول على الدليل الالكتروني فقط، بل أدرجه ضمن التدابير الوقائية من الجرائم التي يمكن أن ترتكب بواسطة المعلوماتية، وهو ما قررته المادة الرابعة من القانون رقم (09/ 04) المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا المعلومات والاتصال ومكافحتها المنوه عنه سابقا بنصها: "**يمكن القيام بعمليات المراقبة الإلكترونية للاتصالات للوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب أو الجرائم الماسة بأمن الدولة وكذا في حالة توافر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني**".

الفرع الثاني: شروط المراقبة الإلكترونية للاتصالات

باعتبار أن الأحاديث الشخصية والاتصالات الخاصة حرمة تستمد من حرمة الحياة الخاصة لصاحبها، فقد أحاط المشرع الجزائري إجراء المراقبة الإلكترونية للاتصالات مجموعة من الشروط أهمها:

ـ أن يتم تنفيذ هذا الإجراء تحت سلطة القضاء وبإذن منه، وهو ما كرسته المادة الرابعة (4)من القانون المتضمن الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها بنصحها على أنه لا يجوز إجراء عمليات المراقبة إلا بإذن من السلطات القضائية المختصة.

ـ أن تكون هناك ضرورة تتطلب هذا الإجراء وتتحقق هذه الضرورة عندما يكون من الصعب الوصول إلى نتيجة تهم مجريات التحري أو التحقيق دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية وهو ما أكده المشرع في الفقرة "ج" من المادة الرابعة في القانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها السابق الذكر.

وعليه يتضح أن المعلوماتية بقدر ما أسعدت البشرية ويسرت لها سبل الحياة، وبرزت الحكومة الالكترونية كأهم تطبيق لها، إلا أنه قد أتعستها بارتكاب جرائم قد تمس ثقة المتعاملين معها، ما يترتب عليه إعاقة تقدم مشاريع الحكومة الالكترونية، مما تطلب الأمر تدخل تشريعي لمختلف الدول ومنها المشرع الجزائري، ليس فقط على مستوى تجريم أفعال الاعتداء الواقعة عليها، بل أيضا على المستوى الإجرائي، من خلال تخصيص ضبطية خاصة للبحث والتحري عن الجرائم المستحدثة الواقعة على الحكومة الالكترونية، وأيضا البحث عن الدليل المناسب لإثباتها، وهو الدليل الالكتروني.

نتيجة للطبيعة الفنية والعلمية للدليل الالكتروني، كان من الضروري إتباع إجراءات خاصة لاستخلاصه، وهي إجراءات تقليدية وأخرى مستحدثة.

الخاتمة:

إنّ الطبيعة الخاصة التي يتميّز بها الدليل الالكتروني، وما قد يصاحب الحصول عليه من خطوات معقّدة، فإنّ قبوله في الإثبات كدليل جنائي قد يثير العديد من المشكلات، فمستودع هذه الأدلّة هو الوسائل الالكترونيّة، ولذلك فيمكن التلاعب فيها وتغيير الحقيقة التي يجب أن تعبّر عنها. ولذلك فإن المشكلات التي يثيرها هذا الدليل ليس بسبب أنه قد يصلح ليكون وسيلة من وسائل الإثبات الجنائي أم لا فحسب؟ وإنما تتعلق أيضا بها في: كيف نضمن مصداقية هذه الأدلة وأنها تعبر بالفعل عن الحقيقة التي تهدف إليها الدعوى الجنائية.

ولقد توصلنا من خلال هذه البحث إلى النتائج الآتية:

1. الدليل الالكتروني عبارة عن معلومات مخزنة في أجهزة الحاسوب وملحقاتها ـ من دسكات وأقراص مرنة وغيرها من وسائل تقنية المعلومات كالطابعات والفاكس. أو متنقلة عبر شبكات الاتصال، والتي يتمّ تجميعها وتحليلها باستخدام برامج وتطبيقات وتكنولوجيا خاصة بهدف إثبات وقوع الجريمة ونسبتها إلى مرتكبيها.
2. أهمّ ميزة للدليل الالكتروني تكمن في صعوبة التخلص منه، حيث يمكن استرجاعه بعد محوه، إصلاحه بعد إتلافه، وإظهاره بعد إخفائه.
3. وجود صعوبة تكتنف الدليل الإلكتروني سواء من حيث طرق الحصول عليه أو من حيث طبيعته. فالحصول عليه قد يحتاج إلى عمليات فنية وعلمية وحسابية معقدة. كما وأنّ طبيعته قد تكون غير مرئية، كالذبذبات والنبضات، وأنه من السهولة استخدام التقنية العلمية في إخفائه أو إتلافه وقد يتم ذلك طريق التشفير وكلمات المرور السرية واستخدام الفيروسات المدمرة أو التالفة.

على ضوء هذه النتائج فإن البحث قد توصل إلى المقترحات الآتية:

1. يجب الاهتمام بتدريب الخبراء والمحققين والقضاة على التعامل مع الجرائم الإلكترونية ذات الطبيعة الفنية والعلمية المعقدة، بحيث يمكن الوصول إلى الحقيقة وإماطة اللثام عن هذه الجرائم تحقيقا لصالح المجتمع وأفراده، ولصالح المتهمين أنفسهم لكي لا يدان إلا المسيء ويبرأ البريء.
2. تدريس مواد الأنظمة المعلوماتية والجرائم التي قد تنشأ منها في كليات الحقوق والمعاهد القضائيّة وكذلك في كليّات الشرطة.

3. قائمة المراجع:

4. أ ـ الكتب:

5. ـ جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت والقانون الجنائي، الأحكام الموضوعيّة للجرائم المتعلّقة بالانترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، 2001.
6. ـ خالد حمد محمد الحمادي، الثورة البيولوجية، ودورها في الكشف عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة، 2005.
7. ـ عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الانترنت في القانون الأمريكي ، المرشد الفدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولا إلى الدليل الالكتروني في التحقيقات الجنائية، دون دار نشر، 2006.
8. ـ محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر،2002.
9. ـ محمد محمد عنب، موسوعة العلوم الجنائية، تقنية الحصول على الآثار والأدلة المادية، الجزء الأول، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، الطبعة الأولى،2007.

10.- هدى حامد قشقوش، جرائم الكمبيوتر والجرائم الأخرى في مجال تكنولوجي المعلومات، مؤتمر الجمعيّة المصريّة للقانون الجنائي المنعقد بالقاهرة خلال الفترة من (25 إلى 28 أكتوبر 1993)، دار النهضة العربيّة، 1993.

11.- شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.

12. ـ هلالي عبد اللاه، اتفاقية بودابست لمكافحة جرائم المعلوماتية، دار النهضة العربية، 2007.

13.- مصطفى محمد مرسى، المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة بين المراقبة الأمنية التقليدية والإلكترونية، الكتاب الخامس، الطبعة الأولى، دار الكتب والوثائق القومية المصرية، 2003.

14.- Eoghan Casey , Digital Evidence and Computer Crime—Forensic Science, Computers and the Internet , Second Edition , Academic Press *An imprint of Elsevier* , London , 2004

15.ب - الرسائل:

16.- بن قارة مصطفى عائشة، الحماية الجنائية للحكومة الالكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2018.

17.- عمر محمد أبوبكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، القاهرة، 2004.

18.- **سعيداني نعيم**، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية،

تخصص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012 - 2013.

19.ج - المقالات:

20.- عبد الناصر محمد محمود فرغلي وعبيد سيف سعيد المسماري، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، "الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية"، دراسة تطبيقية مقارنة، الرياض، المنعقد في الفترة: 02-1148/11/04/04 هـ الموافق لـ12 - 2007/11/14.

21.- علي أحمد الفرجاني، جريمة القرصنة المعلوماتية، دراسة مقارنة من الجانبين الموضوعي والإجرائي، مجلة التشريع ، السنة الثانية ،العدد السابع ، أكتوبر 2005 .

22.- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2006.

23.- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، استخدام بروتوكول(PI/PCT) في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الالكترونية، المنعقد في 26 -28 نيسان 2003، بدبي، الامارات العربية المتحدة.

24.- ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد جاسم وعبد الله عبد العزيز، نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، المنعقد في: 10 - 12 مايو 2003 .

25. -Christin Sgarlata and David J Byer , The Electronic paper Trail: Evidentiary

26. Obstacles to Discovery of electronic Evidence. Journal of Science and Technology Law .22 September 1998

27. هـ ـ القوانين

28. -القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج.ر، ع 84، لسنة 2006.

29. - القانون رقم 09 -04 المؤرخ في 14 شعبان 1430هـ ، الموافق لـ 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتّصال ومكافحتها، ج.ر ع 47، الصادرة في 16 أوت لسنة 2009.

الهوامش:

[1] - الانترنت : عبارة عن شبكة تتألف من العديد من الحاسبات الآليّة المرتبطة ببعضها البعض، إمّا عن طريق خطوط التلفون أو عن طريق الأقمار الصناعيّة، وتمتدّ عبر العالم لتؤلّف في النهاية شبكة هائلة، بحيث يمكن للمستخدم لها(user) الدخول من أيّ مكان في العالم وفي أيّ وقت،طالما كان جهاز الحاسب الآلي مزوّدا بمودم (modem) يربطه بخط الهاتف لتلقي وإرسال البيانات عبر مزوّد الخدمة (Service Provider). انظر: جميل عبد الباقي الصغير، الانترنت والقانون الجنائي، الأحكام الموضوعيّة للجرائم المتعلّقة بالانترنت، الطبعة الأولى، دار النهضة العربيّة، 2001، ص 4.

[2] - القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006، المعدل والمتمم للأمر رقم 66 - 155 المؤرخ في 08 يونيو 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية الجزائري، ج.ر، ع 84، لسنة 2006.

[3] - القانون رقم 09 -04 المؤرخ في 14 شعبان 1430هـ ، الموافق لـ 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتّصال ومكافحتها، ج.ر ع 47، الصادرة في 16 أوت لسنة 2009.

[4]- خالد حمد محمد الحمادي، الثورة البيولوجية، ودورها في الكشف عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص 19.

[5] -Christin Sgarlata and David J Byer , The Electronic paper Trail: Evidentiary

Obstacles to Discovery of electronic Evidence. Journal of Science and Technology Law .22 September 1998 .p 4 .

[6]- عمر محمد أبوبكر بن يونس، عمر محمد أبوبكر بن يونس، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق ، جامعة المنصورة، القاهرة، 2004، ص 969.

[7]- محمد الأمين البشري، مرجع سابق، ص 234 .

[8]- عبد الناصر محمد محمود فرغلي وعبيد سيف سعيد المسماري، ورقة بحث مقدمة للمؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، "الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية"، دراسة تطبيقية مقارنة، الرياض، المنعقد في الفترة: 02-1148/11/04/04 هـ الموافق لـ12 - 2007/11/14، ص 13.

[9] "Digital Evidence encompasses any and all digital data that ran establish that a crime has been committed or can provide a link between a crime and its victim or a crime and its

perpetrator . This Digital Data is a combination of numbersthatrepresent information of variouskinds ,includingtext , images , audio ,and video . By Eoghan Casey , Digital Evidence and Computer Crime—Forensic Science, Computers and the Internet , Second Edition , AcademicPress *An imprint of Elsevier* , London , 2004 , p 260 .

[10]- المنظمة الدولية لأدلة الحاسوب (IOCE) هي: تنظيم دولي تمّ اعتماده في نسيان/ أبريل 1995، مقره الولايات المتحدة الأمريكية، وتسعى هذه المنظمة إلى توفير منتدى دولي لوكالات أنفاد القانون لتبادل المعلومات بشأن التحقيق في جرائم الحاسوب وغيرها من قضايا الطب الشرعي، ويتألف من أجهزة إنفاذ القانون والوكالات الحكومية المعنية بالتحقيق الرقمي وتحقيقات الطب الشرعي، وذلك بناء دعوة من المجلس التنفيذي بالمنظمة . لمزيد من التفصيل حول المنظمة يرجى العودة للموقع الخاص بها وهو كالتالي :

Http: //www.ioce.org/ index? php id =15

[11]Electronic evidenceis" information stored or transmitted in binaryformthatmaybereliedupon in court " .Eoghan Casey ،ibid , p 261.

[12]- تعد برامج الحاسوب من أهم المكونات المنطقية للحاسوب وهي بمثابة العمود الفقري له، ولها مفهومان أحدهما ضيق والآخر واسع فالمدلول الضيق ينصرف إلى" مجموعة التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة والتي تسمح لها بتنفيذ مهمة معينة". أما المدلول الواسع فيشمل

فضلا عن المفهوم الضيق للبرامج، التعليمات والأوامر الموجهة للعميل مثل بيانات استعمال البرنامج وكيفية المعالجة الالكترونية للمعلومات، أي كافة البيانات الأخرى الملحقة بالبرنامج والتي تساعد على سهولة فهم تطبيقه، وهذه البيانات عبارة عن تعليمات موجهة من المبرمج الذي يتولى إعداد البرنامج إلى العميل الذي يتعامل مع الآلة. انظر: محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجنائية لبرامج الحاسب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر،2002، ص 33 ومابعدها. وانظر كذلك: علي أحمد الفرجاني، جريمة القرصنة المعلوماتية، دراسة مقارنة من الجانبين الموضوعي والإجرائي، مجلة التشريع ، السنة الثانية ،العدد السابع ، أكتوبر 2005 ، ص 19 .

[13]- النظام الثنائي الرقمي(Binary)، أعتمد أساسا للكمبيوتر الرقمي ويمكن من هذا النظام تحول كافة الأرقام العشرية والحروف والأشكال إلى نظام ثنائي، ويمكن من جهة أخرى الاعتماد على المكافئ له سواء كان نظام ثنائي أو نظام الست عشر. مشار إليه عند: ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، المجلة الكبرى، 2006، ص 22 .

[14]- **فُتح النظم الحاسوبية** تتألف من محركات الأقراص الصلبة ولوحة المفاتيح ورصد مثل الحواسيب المحمولة وشاشات الحاسوب وغيرها من النظم التي تحتوي على المعلومات المخزنة . أما نظم الاتصال فتشمل جميع أنواع الشبكات بما فيها شبكة المعلومات الدولية ـ الانترنت ـ فهي ثرية جدا من معلومات مثل صفحات المواقع المختلفة (Web Page) والبريد الالكتروني(Email)، غرف الدردشة والمحادثة Logs of Synchronous Chat (Sessions). انظر : Casey Eghan، op –cit، p12-13.

[15]- البطاقة الذكية :بطاقة بلاستيكية تحتوي على شريحة إلكترونية يمكن أن يتم تخزين أي نوع من البيانات عليها سواء كانت بيانات مكتوبة أو صورا، وكذلك يمكن تحميل عدة برامج على البطاقة، ويمكن حماية المعلومات على الشريحة بعدة مستويات من السرية ابتداء منالقراءة المباشرة إلى استخدام كلمة سر خاصة بحاملها أو استخدام برامج خاصة تتحكمفيها جهة الإصدار، كما تتميز البطاقة بإمكانية تغيير البيانات المخزنة على الشريحةودون الحاجة إلى إصدار بطاقة جديدة، ولها عدة تطبيقات وذلك لتنوع البيانات التي يمكن تخزينها، مثل رخص السياقة ، مفاتيح غرف الفنادق والجوازات ..الخ . لمزيد من التفصيل انظر: محمد محمد محمد عنب، موسوعة العلوم الجنائية، تقنية الحصول على الآثار والأدلة المادية، الجزء الأول، مركز بحوث الشرطة، الشارقة، الطبعة الأولى،2007، ص 701 و ما بعدها.

[16]- عائشة بن قارة مصطفى، الحماية الجنائية للحكومة الالكترونية، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة ابوبكر بلقايد، تلمسان، 2018، ص 61.

[17]- سعيداني نعيم، آليات البحث والتحري عن الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في العلوم القانونية، تخصص علوم جنائية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012 - 2013، ص 124.

- [18]ممدوح عبد الحميد عبد المطلب، زبيدة محمد جاسم وعبد الله عبد العزيز، نموذج مقترح لقواعد اعتماد الدليل الرقمي للإثبات في الجرائم عبر الكمبيوتر، مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد الخامس، المنعقد في: 10 - 12 مايو 2003 ، ص 2240 .

-[19]- عبد الناصر محمد محمود فرغلي وعبيد سيف سعيد المسماري، مرجع سابق ، ص 15 .

[20]Department of Justice in United States," Searching and Seizing Computers and Obtaining Electronic Evidence in Criminal Investigations" July 2002 ,available at: http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/s&smanual2002.htm

- وانظر أيضا في نفس المعنى: عمر محمد بن يونس، الإجراءات الجنائية عبر الانترنت في القانون الأمريكي ، المرشد الفدرالي الأمريكي لتفتيش وضبط الحواسيب وصولا إلى الدليل الالكتروني في التحقيقات الجنائية، دون دار نشر، 2006، ص 420 و ما بعدها . كذلك انظر لنفس المؤلف، الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت..، مرجع سابق ، ص 981 .

[21]- بروتوكول التحكم بالنقل - بروتوكول الانترنت TCP/IP: هي عائلة بروتوكولات الاتصالات بين عدة أجهزة من الكمبيوتر طورت أساسا لنقل البيانات بين أنظمة (UNIX) ثم أصبحت المقياس المستخدم لنقل البيانات الرقمية عبر شبكة الانترنت بواسطة الاتصال الهاتفي وهما في الأصل بروتوكولين مستقلين في شبكة الانترنت، ويعملان معا وبشكل متزامن حيث يرتكزان على تقنية التبديل المعلوماتي بواسطة الحزم المعلوماتية (Packet) بين مختلف الوصلات السلكية واللاسلكية المتخصصة التي تربط الشبكات المختلفة الموصلة فيما بينها. لمزيد من التفاصيل بروتوكول TCP/IP، انظر: ممدوح عبد الحميد عبد المطلب ، استخدام بروتوكول TCP / IP في بحث وتحقيق الجرائم على الكمبيوتر ،المؤتمر سابق الذكر.

[22]- عمر محمد ابوبكر بن يونس،الجرائم الناشئة عن استخدام الانترنت..، مرجع السابق، ص 980.

[23]- هدى حامد قشقوش، جرائم الكمبيوتر والجرائم الأخرى في مجال تكنولوجيا المعلومات، مؤتمر الجمعيّة المصريّة للقانون الجنائي المنعقد بالقاهرة خلال الفترة من (25 إلى 28 أكتوبر 1993)، دار النهضة العربيّة، 1993، ص 576.

[24]- أورد المشرع الجزائري في المادة 10 أنه في إطار تطبيق أحكام هذا القانون (04/09) يتعين على مزودي الخدمة تقديم المساعدات للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية...بوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقا لأحكام المادة 11 أدناه تحت تصرف هذه السلطات"

[25] - عرف المشرع الجزائري مزود الخدمة (مقدم الخدمة) بموجب الفقرة 06 من المادة الثانية في القانون 04،09 بأنه:

1/ كل كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته ضمانة القدرة على الإتصال بواسطة منظومة معلوماتيةو،أو نظام الإتصالات.

2/ أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الإتصال المذكورة أو لمستعمليها.

[26]- تجدر لإشارة إلى أن هناك فرقبين التحفظ على البيانات "la conservation des données" والاحتفاظ أو أرشفة البيانات"l'archivage des données" ويقصد بالأول حفظ بيانات سبق وجودها في شكل مخزن، وحمايتها من كل شيء يمكن أن يؤدي إلى إتلافها أو تجريدها من صفتها أو حالتها الراهنة. أما الثاني فيقصد به تجميع البيانات والاحتفاظ بها في المستقبل بدون ضمان سلامتها وسريتها، فهو عملية تخزين لا غير. عائشة بن قارة مصطفى، مرجع سابق، ص 159.

[27]- تنص المادة 11 من القانون رقم 09 /04 " ...تحدد مدة حفظ المعطيات المذكورة في هذه المادة بسنة واحدة إبتداء من تاريخ التسجيل..."

[28] -Art. 43-9. LOI n° 2000-719 du 1er août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication**)**

"Les prestataires mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 sonttenus de détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création d'un contenu des services don'tells sont prestataires".

[29]- هلالي عبد اللاه، اتفاقية بودابست لمكافحة الجرائم المعلوماتية..، مرجع سابق، ص 223.

[30]- - تجدر الإشارة أن إتفاقية بودابست قد ميزت بين نوعين من البيانات المعلوماتيّة محلّا لاعتراض (المراقبة الإلكترونية)، بين **البيانات المتعلقة بالمرور** و**البيانات المتعلقة بمحتوى الاتصال**، ّوبالنسبة للنوع الأوّل فإنّ المادة الأولى(1) من الاتفاقيّة قد عرّفتها بأنّها" كل البيانات التي تعالج الاتصالات التي تمرّ عن طريق نظام معلوماتي، والتي يتمّ إنتاجها بواسطة هذا النظام المعلوماتي بوصفه عنصرا في سلسلة الاتصال، مع تعيين المعلومات التاليّة: أصل الاتصال، مقصد الاتصال أو الجهة المقصودة بالاتصال، خط السير، ساعة وتاريخ، حجم وفترة الاتصال، أو نوع الخدمة.

أمّا بالنسبة للنوع الثاني: **البيانات المتعلقة بمحتوى الاتصال** فإنّه لم يأت تعريف لها في الاتفاقيّة لكنّها تشير إلى المحتوى الإخباري للاتصال، بمعنى مضمون الاتصال أو الرسالة أو المعلومات المنقولة عن طريق الاتصال، فيما عدا البيانات المتعلقة بالمرور.

ويلاحظ ممّا سبق ذكره أنّ هناك نوع من التقارب بين هذين النوعين من البيانات، من حيث المعنى إلاّ أنهما مختلفين تماما من حيث درجة المساس بالحق في الخصوصيّة، حيث يكون ذلك أكثر أهميّة بالنسبة لمراقبة محتوى الاتصال أو المراسلة، ومن تمّ تفرض ضمانات أكبر عند تجميع محتوى البيانات في الزمن الفعلي عن حركة البيانات سواء من حيث الجرائم التي من أجلها يتمّ توظيف هذا الإجراء، أو من حيث السلطة المختصة بإصدار أمر المراقبة

وقد أكّدت اتفاقية بودابست هذا التمييز حيث أدرجت كل إجراء على حدا تحت عنوان خاص، فخصّت تجميع حركة البيانات بعنوان" **التجميع في الزمن الفعلي لبيانات المرور"** (المادة 20)، أما تجميع محتوى البيانات فجاء تحت عنوان " **اعتراض محتوى البيانات)** (المادة 21).

وعلى العكس من ذلك تضع بعض الدول مفهوما موحدا لكل من تجمع حركة البيانات ومراقبة محتوى البيانات ومن تمّ يسري عليهما نفس الضمانات الخاصة عند اتخاذ احد الإجراءين، دون أخذ في الاعتبار إلى الحساسيّة التي تحيط بموضوع مراقبة محتوى البيانات. ويرجع السبب في ذلك إلى عدم وجود تمييز في القانون الذي لا يوجد فيه اختلافات حول المصلحة في الخصوصيّة أو لتشابه إجراءات التجميع التقني ومن هذه الدول فرنسا والجزائر.

[31]- شيماء عبد الغني، مرجع سابق، ص 305 وما بعدها.

[32]- مصطفى محمد مرسى، المراقبة الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة بين المراقبة الأمنية التقليدية والإلكترونية، الكتاب الخامس، الطبعة الأولى ، دار الكتب والوثائق القومية المصرية، 2003، ص 192.

[33]--قامت إدارة تكنولوجيا المعلومات التابعة لمكتب التحقيقات الفدرالي (FBI) بتطوير هذه التقنية، وذلك من أجل تعقب وفحص رسائل البريد الإلكتروني المرسلة والواردة عبر أي حاسب خادم تستخدمه أي شركة تقوم بتوفير خدمة الانترنت، ويشتبه في أن تيار الرسائل المار عبر خدماتها يحمل معلومات عن جرائم جنائية، ويتم تنفيذ عمليات التعقب والفحص بوضع أجهزة الشركة الموفرة للخدمة تحت المراقبة، ولقد أصبح يطلق على هذه التقنية بعد أحداث 2011/09/11 تقنية (SC /C 1000). مصطفى محمد مرسي، مرجع سابق، ص 202.

[34]- هي برنامج صممه الأمريكي "**ريتشارد داتوني** " من أجل سير محتوى البريد الإلكتروني موضوع المراقبة وقراءة الرسائل التي قام صاحبها بإتلافها أو تلك التي لم يقم بتخزينها أساسا، وقد استخدمت أجهزة الإستخبارات الأمريكية هذا البرنامج لكشف مشتبه فيه من الجنسية الروسية حاول اختراق مواقع على شبكة الانترنت. مصطفى محمد مرسي، مرجع سابق، ص217.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

التوقيع الالكتروني وفقا لأحكام القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01

د/ رقيعي إكـــــــــرام
جامعة لونيسي علي البليدة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

التوقيع الالكتروني وفقا لأحكام القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01

الدكتور / رقيعي إكرام(*)

ملخص: إن إرساء قوعد قانونية لتنظم المعاملات الالكترونية بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة هو حتمية مفروضة لمواكبة التطور التكنولوجي والأنظمة التشريعية المقارنة الإثبات بصفة عامة مادة ذكية تستقطب التعامل بطابع من الحذر والحيطة, لارتباطها بحقوق المتعاملين وبمدى إتقان التعامل مع مختلف المعطيات في هذا المجال أمام القضاء, مع مراعاة الحجية القانونية الممنوحة لكل دليل من أدلة الإثبات فإن المرجو إذن هو ممارسة هذه المادة في شكل غير مألوف مع تحقيق نتائج أكثر فعالية من خلال ضمان تثبيت حقوق الأطراف, من خلال الحرص على جعل الحقيقة القضائية تتساوى والحقيقة الواقعية.

الكلمات المفتاحية: التوقيع الالكتروني، الاثبات الالكتروني، الكتابة الإلكترونية.

bstract : Establishing legal rules to regulate electronic transactions in general and commercial transactions in particular is an imperative to keep pace with technological development and comparative legislative systems. link with the rights of the concessionaires and the degree of control of the processing of various data in this area before the courts, taking into account the legal authority granted to each of the pieces of evidence, then what is desired is to exercise this article in an unfamiliar way to achieve more effective results by securing the rights of the parties, ensuring that judicial truth is equal to factual truth.

Mots Clés : Electronic signature, Electronic proof, electronic writing.

مقدمة :

(*)دكتوراه قانون خاص: جامعة لونيسي علي، البليدة02

إن التدخل التشـــريعي في إرســـاء قوعد قانونية تنظم المعاملات الالكترونية بصفة عامة والتجارية بصفة خاصة هو حتمية مفروضة لمواكبة الركب التكنولوجي والأنظمة التشـريعية المقارنة السـباقة في هذا المجال, لاسيما بهدف ضـمان اسـتقرار المراكز القانونية انطلاقا من إضـــفاء الحجية القانونية على هذه التقنيات والأنظمة الحديث, وبالتالي إمكانية التعويل عليها والركون إلى الثقة في التعامل بموجبها.
حيث جاء هذا التدخل بداية الأمر تطويعا للقواعد العامة بغرض اســتيعاب الشــكل الإلكتروني بصــفة عامة في إبرام وتنفيذ مختلف المعـاملات، وهو مـا يؤكـده تعـديـل الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضـــمن للقانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/ يونيو/2005 [1], حيـث تم الاعتراف بـالكتـابـة الإلكترونيـة كوســيلـة للإثبـات من خلال نص المـادة 323 مكرر1 منه, وكذا تكريس اللبنة الأولى للتوقيع الإلكتروني من خلال المادتين 323 مكرر و327 من هذا القانون.
ليليه مرحلة إصـدار المرسـوم التنفيذي رقم 07-288 المؤرخ في 30 مايو ســـنة 2007 المعدل والمتمم للمرســـوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي سنة 2001[2], وكذلك القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري ســـنة 2015 المتضـــمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصـديق الإلكترونيين[3], إلى غاية صـدور القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو ســـنة 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية لتكون نصوص قانونية تخضع لها المعاملات الالكترونية.
ولما كانت مادة الإثبات بصفة عامة مادة ذكية تستقطب التعامل بطابع من الحذر والحيطة, لارتباطها بحقوق المتعاملين وبمدى إتقان التعامل مع مختلف المعطيات في هذا المجال أمام القضـاء, مع مراعاة الحجية القـانونيـة الممنوحـة لكـل دليـل من أدلـة الإثبـات فـإن المرجو إذن هو ممارسـة هذه المادة في شـكل غير مألوف مع تحقيق نتائج أكثر فعالية

من خلال ضـــمان تثبيت حقوق الأطراف, من خلال الحرص على جعل الحقيقة القضائية تتساوى والحقيقة الواقعية.

تتناول هذه الدراســـة قراءة تحليلية في مختلف نصـــوص القوانين المذكورة أعلاه ذات العلاقة المباشـــرة بالإشـــكالية من حيث آليات وفعالية احتواء القانون للانترنت كما هو موجود فعلا وما يجب أن يكون تأسيسا على ذلك, من خلال مناقشة المفاهيم الأساسية للتوقيع الالكتروني (المحور الأول) ومتطلبات تحقيق القوة الثبوتية لهذا التوقيع (المحور الثاني).

المحور الأول: مناقشة المفاهيم الأساسية للتوقيع الالكتروني.

أولا: من حيث تعريف المشرع للتوقيع الالكتروني.

نص المشـــرع على تعريف التوقيع الإلكتروني لأول مرة بموجب المرسوم التنفيذي رقم07-162, بالمادة 03مكرر منه "يقصد بالتوقيع الإلكتروني معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323مكرر و323مكرر1 من القانون 05-10"[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر من ق م: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام او أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم, مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها", والمادة 323 مكرر1 من ق م: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشـــكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق, بشـــرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

أي أن المشرع أحال في تعريفه للتوقيع الالكتروني إلى أحكام القانون المدني في تنظيمه لمواد الإثبات والتي تعتبر الشـــريعة العامة في هذه الحالة, أي أن التعريف لا يتضح إلا بالجمع بين المواد السابقة بحيث يستجيب التوقيع الالكتروني إلى شروط المتضمنة بالمواد 323مكرر و323مكرر1 أعلاه, فيكون تبعا لذلك التوقيع الالكتروني هو التوقيع الذي يســـتجيب إلى خاصـــية الكتابة باعتباره إحدى صـــورها وفقا

لتعريف المشـــرع للكتابة على شـــرط أن تكون من طبيعة الكترونية, والتي لا تكون ذات أهمية قانونية إلا إذا مكنت التحقق من هوية الشخص الصادرة عنه وكانت محفوظة في ظروف تضمن سلامتها.
ثم أورد المشـرع تعريفا للتوقيع الالكتروني بموجب القانون رقم 15-04 بالمادة 1/02 منه: "التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق"[5].
يتبين من نص هذه المادة بأن المشـــرع عرف التوقيع الالكتروني بطريقة تختلف عن التعريف الذي جاء به بموجب المرســـوم التنفيذي رقم07-162 السابق الذكر, على أساس انه بموجب هذا الأخير أحال إلى أحكام الشـــريعة العامة في حين لم يحل إلى أي قانون بموجب التعريف الوارد بالقانون رقم 15-04 الذي يعتبر قانونا خاصـــا بالمقارنة مع أحكام الشـــريعة العامة, فضـــلا على أن التعريف وفقا للمادة 02 أعلاه يحدد التوقيع الالكتروني بوجوب ارتباطه مع بيانات أخرى ذات طبيعة الكترونية او على الأقل أن تكون مرافقة لها على شرط أن تكون في شكل منطقي, ولم يكتف عند هذا الحد وإنما اشترط الغاية التي يؤديها التوقيع الالكتروني وهي استعماله كوسيلة للتوثيق.
أي كوسيلة للتأكد والتثبت وبذلك ربطه مباشرة وبطريقة ضمنية بالعقد الالكتروني بصـــفة عامة ولم لا بعقد التجارة الالكترونية, وهو الاستنتاج الخفي الذي نراه في اعتقادنا لاسيما بعد صدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية, وبالتحديد بعد قراءة نص المادة 12 منه: "تمر طلبية منتوج او خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية: ....تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد, يجب أن يكون الاختيار الذي قام به المستهلك الالكتروني معبرا عنه بصراحة".
يتبين من النص أعلاه بأن تأكيد الطلبية وعلى اعتبار انه يؤدي إلى تكوين العقد يمكن اعتباره قبولا في عقد التجارة الالكترونية, والذي عبر عنه بإجراء "تأكيد الطلبية", وما يؤكد ذلك هو الفقرة الموالية

التي توجب على اختيار المستهلك الالكتروني أن يكون معبرا عنه بصراحة والذي يدخل ضمن احكمها هذا الإجراء بالتأكيد على أساس عدم تحديد المقصود بالاختيار الذي يشمل كل تصرفات المستهلك والتي تكون على صلة بالعقد المراد إبرامه بالنسبة لكل مراحله.

إذن بالربط بين أحكام التوقيع الالكتروني من حيث وجوب دلالته بشكل قاطع على هوية الشخص الذي أصدره من جهة وفقا لحكام المرسوم التنفيذي 07_162 السابق الذكر, ومن حيث كونه يرتبط ببيانات أخرى ذات طبيعة الكترونية في شكل منطقي وفقا لحكام القانون 15-04 السابق الذكر من جهة أخرى تتضح العلاقة المباشرة بين التوقيع الالكتروني وعقد التجارة الالكترونية, وهو ما يبرر سبب صدور القانون رقم 15-04 أعلاه قبل صدور القانون 18-05 أعلاه, وبالتالي نصل إلى نتيجة ان التوقيع الالكتروني هو إحدى الأسس التي لا يمكن للتجارة الالكترونية أن تنجح بدونها.

ونحن من جانبنا يمكننا إعطاء تعريف للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن سلسلة من المعطيات في شكل بيانات ذات طبيعة إلكترونية تستوعبها دعامة من نفس الطبيعة, ترتبط هذه البيانات بشكل منطقي لتنشئ رسالة بيانات أو جزء منها أو مرتبطة بها أو دالة عليها, تأخذ هذه المعطيات عدة صور, القصد منها بيان هوية الشخص المنسوبة إليه وتأكيد رضاه بمحتواها, مع قابليتها الخضوع لآليات تسمح بالحفاظ على تركيبتها الأولية وبالتالي إمكانية اكتشاف التعديل الوارد عليها.

ثانيا: من حيث صور التوقيع الإلكتروني.

يخلق التعامل عبر تقنية الاتصالات الالكترونية في المجال التجاري بصفة خاصة العديد من الفرص والخيارات تحقق الرغبات المشروعة لهؤلاء المتعاملين بغض النظر عن صفاتهم, طالما تحقق هذه التقنية السرعة والائتمان, الأمر الذي ترتب عنه تنوع في الوسائل المستخدمة في التعاقد بهذا الشكل وكل ما يترتب عن ذلك من آثار قانونية لاسيما

من حيث وسائل إثبات المعاملات التجارية الالكترونية, وعلى رأسها التوقيع الالكتروني الذي يلعب دوره في انعقاد عقد التجارة الالكترونية وكذا وسيلة لإثباته, قد يتنوع التوقيع الالكتروني لتخذ عدة صور تتيح الفرصة للمتعامل لاختيار أيها الأنسب لمتطلباته وبالنظر إلى العملية المراد تنفيذها[6].

وفي هذا الصدد قد يأتي التوقيع الإلكتروني في صورة توقيع بيومتري معتمدا على الخصائص الذاتية والجسدية للإنسان, أو يكون عبر قلم إلكتروني, كما يمكن أن يتم بواسطة البطاقات المغناطيسية, أو حتى باستعمال تقنية الماسح الضوئي لنقل التوقيع, أو فقط يُكتفى فيه بكتابة الاسم في ذيل المحرر الإلكتروني[7].

حيث تتجلى أهمية هذه الصور المختلفة للتوقيع الإلكتروني في بيان الخيارات التي تكون للشخص من حيث درجة الثقة التي يوفرها أي منها, الأمر الذي يتاح معه للشخص سهولة اختيار الصورة التي تتلاءم وحاجاته المشروعة[8].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإن مناقشة هذه الجزئية تبدأ بتمييزه بين نوعين من التوقيع الالكتروني وذلك بموجب المادة 08 من القانون 15_04 السابق الذكر: "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سواء كان لشخص طبيعي او معنوي", كذلك حدد المشرع المقصود بالتوقيع الالكتروني الموصوف بنص المادة 07 من القانون15-04 أعلاه: "التوقيع الالكتروني الموصوف هو التوقيع الالكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقع دون سواء.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني.

- أن يكون منشـــأ بواســـطة مؤمنة خاصـــة بإنشـــاء التوقيع الالكتروني.
- أن يكون منشـأ بواسـطة وسـائل تكون تحت التحكم الحصـري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصـــة به, بحيث يمكن الكشـــف عن التغييرات اللاحقة لهذه البيانات".

لم يكتف المشـــرع عند هذا الحد وإنما تنـاول شـــكلا آخر للتوقيع الالكتروني وهو ما يســـتنتج بمن نص المادة 09 من القانون 15-04 أعلاه: "يغض النظر عن أحكام المادة 8اعلاه, لا يمكن تجريد التوقيع الالكتروني من فعاليته القانونية او رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

- شكله الالكتروني, أو,
- انه لا يعتمد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة, أو,
- انه يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الالكتروني".

يتبين من نصوص المواد أعلاه أن المشرع ميز بين نوعين من التوقيع الالكتروني الأول بتسمية "توقيع الكتروني موصـوف" الذي يجب أن يســتجيب_كما يبدو_ لجميع أحكام المادة 07 أعلاه حتى تكون له هذه الصـفة, وتوقيع قد لا يستجيب لواحدة او أكثر من هذه الأحكام, فيكون بذلك وبمفهوم المخالفة توقيها الكترونيا غير موصـــوف, والذي يتحدد وفقا للمادة 09 أعلاه بإحدى الأشكال التي جاءت بها.

وبالتالي بقراءة المادتين 07 و09 معا يتضـــح بأن التوقيع الالكتروني البسيط توقيع يستجيب لأحكام المادة 07 سقطت منه إحدى المتطلبات وفقـا للمـادة 09 أعلاه, وفي الحقيقـة فـالتوقيع الالكتروني غير الموصـوف ليس بتلك البسـاطة لأنه يجب أن يحقق المتطلبات الأخرى وهي أن يرتبط بالموقع وحده دون ســـواه, أن يمكن من تحديد هوية الموقع, أن يكون منشـأ بواسـطة وسـائل تكون تحت التحكم الحصـري للموقع, أن يكون مرتبا بالبيانات الخاصـة به بحيث يمكن الكشـف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

وان ما نستنتجه بعد ما سبق مناقشته أن المشرع لم يتطرق إلى الصور التي يمكن أن يتخذها كل نوع من التوقيع الالكتروني, وإنما فصل بين التوقيع الالكتروني الموصوف وبين التوقيع الالكتروني غير الموصوف, وترك المسألة تخضع لشروط كل منهما, فإذا تحققت شروط التوقيع الالكتروني الموصوف في الوسيلة المستعملة للتوقيع كان موصوفا وإلا فإنه توقيع الكتروني غير موصوف على شرط استيفاء شروطه وفقا لأحكام المادة 09 أعلاه.

ثالثا: من حيث ارتباط التوقيع الإلكتروني بالقواعد العامة للإثبات.

1) حالة وجود اتفاق بين الأطراف على تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني.

أ. مدى صحة الاتفاق على تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني.

يتعلق الأمر أساسا بمدى قانونية الاتفاقات التي يبرمها الأطراف في تحديد الوسائل التي تثبت من خلالها التصرفات المبرمة بينهم, وحول ما إذا كان بالإمكان الخروج فيها عن القواعد العامة للإثبات, وأن البحث في هذه المسألة يقتضي التطرق إلى دراسة مدى صلة قواعد الإثبات بالنظام العام, فإذا كانت كذلك فإن أي اتفاق بخلاف ما أقرته هذه القواعد يقع تحت طائلة البطلان, وكذا جواز التمسك بها في أي مرحلة كانت عليها الدعوى وأن للقاضي إثارة هذا الدفع من تلقاء نفسه دون انتظار ذلك من الخصوم[9].

ويجب التمييز بين القواعد الإجرائية للإثبات وتلك المرتبطة بالموضوع, حيث نجد أن الفئة الأولى حتما تتعلق بالنظام العام وعليه لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها تحت طائلة البطلان[10], أما بالنسبة للفئة الثانية والمتعلقة بتحديد محل الإثبات وعبئه وكذا طرقه, فهناك اختلاف بين الفقه في هذا الشأن[11], حيث يرى بعض الفقه أن هذه القواعد من النظام العام, في حين يرى جانب آخر[12] أنها ليست كذلك وبالتالي من الجائز الاتفاق على مخالفتها[13], ويذهب جانب آخر إلى القول بأن من القواعد الموضوعية للإثبات ما يعد من النظام العام

كما هو الشأن في سلطة القاضي في الإثبات والقواعد المكرسة لحق الدفاع, ومنها ما لا يتعلق بالنظام العام كما هو الشأن بالنسبة لنقل عبء الإثبات[14].

وبإسقاط ذلك على التوقيع الإلكتروني فإنه من الناحية القانونية إذا كان الاتفاق الذي يحدد للتوقيع الإلكتروني حجية معينة لم يخالف نصوص قانونية آمرة ولم يقرر حجية غير قابلة لإثبات العكس, فلا يوجد ما يمنع الأشخاص من اللجوء إلى إبرام اتفاقات لتحديد هذه الحجية[15].

ب. التحديات التي تواجه اتفاق الأطراف على تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني.

قد يتضمن العقد الذي يبرمه الأطراف شروطا تعسفية من شأنها إلحاق الضرر بالطرف المذعن, والمثال على ذلك الاتفاق الذي تبرمه البنوك مع العملاء, حيث يحتوي على شروط يصب مضمونها في مصلحة البنك على حساب مصلحة العميل[16], حيث قد يبرم الأشخاص اتفاقات لقبول ما يخرج عن الوسائط الإلكترونية من محررات للإثبات والتي يمكن أن تحمل معها بنوداً تعسفية, ولكي يمكن اعتبار هذه الاتفاقات عقود إذعان من الناحية القانونية يجب أن يتحقق عدم التوازن الاقتصادي بين أطراف العقد, وأن يكون محل هذا العقد خدمة ضرورية للمستهلك, وأن يصدر الإيجاب عاما مستمرا وأن يقابله رضا قاطع وصريح من الطرف المتعاقد[17].

وبتطبيق ذلك على قطاع البنوك نجد أن هذه الشروط تتحقق فعلا سواء من خلال خدمة البطاقات الإلكترونية التي لا تتحقق في أطرافها المساواة الاقتصادية, أو من حيث اعتبار العقد المبرم من الضرورات الأولية للزبون لاسيما في وقتنا الحاضر, أين أصبحت فيه للبطاقات المصرفية أهمية تضاهي أهمية استعمال النقود الورقية بالنسبة للشرائح التي تستعمل هذه البطاقات, وأخيرا من حيث أن البنوك عادة ما تضع هذه العقود في شكل نماذج مطبوعة وأن يقوم الزبون بالتوقيع بالموافقة عليها بشكل قاطع وصريح[18].

علاوة على الشروط التعسفية التي قد تشكل عائقا أمام هذه الاتفاقات, هناك أيضا عائق آخر يتعلق بمبدأ "عدم جواز اصطناع الشخص لدليل لنفسه", ذلك أن الأصل في من يقع عليه عبء الإثبات أن يقدم دليلا صادرا من خصمه حتى يستطيع إثبات ما ادعى به[19], وعلى ذلك يكون الدليل المقدم ضد الخصم غير مقبول إذا كان من صنع المدعي مع مراعاة الاستثناءات التي جاء بها المشرع الجزائري في هذا الصدد[20].

وبتطبيق ذلك على المحررات الموقعة إلكترونيا فنجد أن هذا المبدأ قد يشكل عائقا لاعتماد هذا التوقيع لإثبات المدعى به على أساس أن الحاسب الآلي يخضع لإدارة وإشراف الجهة التي تستخدمه, وبالتالي فإنه يمكن لهذه الأخيرة أن تعده بالشكل الذي يخدم مصالحها عن طريق البرامج المثبتة عليه, كما قد يشكل هذا المبدأ عائقا بالنسبة للعقود التي تبرم على الوسائط الإلكترونية على أساس عدم تكافؤ طرفي العقد من حيث الخبرة في إبرامه وبالتالي توقيعه إلكترونيا, الأمر الذي يتيسر معه للطرف المختص أو الخبير إمكانية تسجيل عقوده وتخزينها واسترجاعها وقت الحاجة إليها دون أن يتمكن الطرف الآخر من ذلك[21].

2) حالة عدم وجود اتفاق بين الأطراف على تنظيم حجية للتوقيع الإلكتروني.

أ. الحالات التي لا يجب فيها الإثبات بالكتابة.

تنص المادة 333 من ق م: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة, فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك, ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف القانوني ويجوز الإثبات بالشهود إذا كانت زيادة الالتزام على 100.000 دينار جزائري لم تأت إلا من ضم الملحقات إلى الأصل, وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر

متعددة, جاز الإثبات بالشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة, ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات قانونية من طبيعة واحدة, وكذلك الحكم في كل وفاء لا تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري".

يتبين بمفهوم المخالفة من المادة أعلاه أن الأمر يتعلق إذا بإثبات الوقائع المادية والتي تخضع لمبدأ الإثبات المطلق من حيث المبدأ وبالتالي فإنه يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات, والإثبات بالشهود بحسب الأصل يجوز في الوقائع المادية بغض النظر عما يترتب من نتائج قانونية وأن هذه الوقائع قد تكون طبيعية وقد تكون من فعل الإنسان[22], حيث أنه لا يتصور لإثبات هذه الوقائع سواء كانت طبيعية أو اختيارية اشتراط إعداد دليل كتابي لأنه من الاستحالة التنبؤ بحدوثها حتما, وبإسقاط ذلك على للتوقيع الإلكتروني وبالنظر إلى طبيعة هذه الوقائع فإنه يمكن القول بأن اعتماد التوقيع الإلكتروني في إثبات هذه الوقائع لا يعد خروجا على الأحكام العامة في الإثبات في شأن هذه الوقائع[23].

كذلك يتعلق الأمر بإثبات التصرفات التجارية التي تخضع لإمكانية إثباتها كقاعدة عامة بجميع طرق الإثبات وفقا للحدود المقررة قانونا, وتبعا لذلك يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن, ومع ذلك يجب مراعاة أن للقاضي السلطة التقديرية في قبول الإثبات بالشهود في المواد التجارية وقد يطلب على الأقل وجود مبدأ ثبوت بالكتابة[24].

وبإسقاط ذلك على المعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت, فإنه يمكن القول وفي حدود السلطة التقديرية للقاضي بإمكانية الاستعانة بالمحرر الموقع إلكترونيا لإثبات العقد والالتزامات الناجمة عنه بشهادة الشهود حتى وإن زادت قيمة المعاملة على النصاب المقرر للإثبات بشهادة الشهود, مع مراعاة الاتفاقات الخاصة بين الأطراف أو القواعد القانونية الخاصة بهذا الصدد[25], إعمالا لمبدأ

العقد شـــريعة المتعاقدين في حدود القواعد القانونية الآمرة, وكذلك الشـــأن في ما يتعلق بإثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو وارد بالدليل الكتابي طالما كان التصرف تجاريا[26].

أما بالنســـبة لإثبات التصـــرفات المدنية التي لا تتجاوز قيمتها مبلغ 100.000 دج, فالأصـــل فيها إمكانية إثباتها بجميع طرق الإثبات, ســـواء تعلق الأمر في هذا الشـــأن بمعاملة تجارية أو معاملة مدنية[27], ومع ذلـك فـإنـه يجوز للأطراف الاتفـاق على أن يكون إثبـات هـذه التصـرفات كتابة, أو الحالة التي يشـترط فيها المشـرع الكتابة كركن أساسي لانعقاد التصرف كما هو الشأن مثلا في عقد الكفالة[28].

وعليه لحرية الإثبات في التصـرفات القانونية التي لا تزيد قيمتها على نصـــاب 100.000 دج فإنه يمكن الأخذ بالمحرر الموقع إلكترونيا لإثبات التصـرفات القانونية التي تمت على وسـائط إلكترونية إذا كانت قيمتها في حدود هذا النصاب[29].

ب. الحالات الاستثنائية على وجوب الإثبات بالكتابة.

تنص المادة 335 من ق م: "يجوز الإثبات بالشـــهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة, وكل كتابة صـــادرة من الخصـم ويكون من شـأنها أن تجعل وجود التصـرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة".

وتنص المادة 336 من ق م: "يجوز الإثبات بالشـهود أيضـا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصـــول على دليل كتابي, إذا فقد الدائن سـنده الكتابي لسـبب أجنبي خارج عن إرادته".

بالنسبة لحالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يجب أن تتوفر عدة شروط لتحقق هذا المبدأ, أولا أن تكون هناك كتابة, ثانيا أن تكون هذه الكتابة صـادرة من الخصـم أو من يمثله, وأخيرا أن تجعل هذه الورقة وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال وهذا الشرط يبقى سلطة تقديرية لقاضـي الموضـوع, وبالتالي إذا ما توافرت هذه الشـروط فإنه يجوز

الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة, مع العلم أن مبدأ ثبوت بالكتابة لا يؤدي بذاته إلى إثبات التصرف القانوني أو مضمونه لكن يقتصر أثره على جعل الإثبات جائزا بوسائل ما كانت لتقبل لولا وجوده[30].

وبتطبيق الشروط السابقة على مدى اعتبار المحرر الموقع إلكترونيا بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة فإنه يمكننا التمييز في هذه الشأن بين فرضين, الأول فهو الحالة التي يكون المحرر الإلكتروني موقعا من الطرفين واتُّبعت في إنشائه وحفظه واسترجاعه تقنية جديرة بالحفاظ عليه, تمكن الطرفين الاحتجاج به باعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينة أو ما يقوم مقامها[31].

أما الفرض الثاني فهو استخراج المحرر الموقع إلكترونيا من نظام معلوماتي خاص بالمؤسسة لا تتوافر فيه ضمانات الثقة والأمان, وبالتالي لا يمكن التمسك به في مواجهة الغير لأن في ذلك تعارض مع مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه, في حين يمكن للغير التمسك في مواجهة هذه المؤسسة بهذا المحرر الموقع الكترونيا[32].

أما بالنسبة لحالة وجود مانع مادي أو أدبي, فإذا تحقق أي منهما فإنه يسمح في هذه الحالة من أن تحل البينة أو القرائن محل وجوب الإثبات بالكتابة[33], ولا تكمل الدليل الكتابي كما هو الشأن بالنسبة لمبدأ ثبوت بالكتابة, كما تجدر الإشارة إلى أن تقدير هذا المانع يرجع إلى قاضي الموضوع و هو في هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض[34].

أما بالنسبة لمحاولة الاعتماد على المانع سواء كان ماديا أو قانونيا للحيلولة دون الحصول على دليل كتابي لقبول التوقيع الإلكتروني فإن هذا الأمر محل اختلاف, حيث هناك جانب من الفقه [35]يرى بأن التعاقد عبر شبكة الإنترنت أو التعاقد عن طريق الهاتف يمثل نوعا من الاستحالة المادية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي على أساس الطبيعة غير المادية للوسائط الإلكترونية[36], في حين يرى

جانب آخر من الفقه[37] أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت لا يشكل مانعا ماديا يحول دون الحصول على دليل كتابي على أساس أن هذا المانع في التعاقدات الإلكترونية لا يرقى إلى درجة الاستحالة بل يرجع إلى مجرد الصعوبة[38].

وتجدر الإشارة إلى الحالة التي يكون فيها المانع بسبب العادات التجارية, وحتى في هذا الصدد تم التمييز بين ما يعرف بالعادة العامة وهي التي تجري بين مجموعة كبيرة من الناس بحيث تعد قاعدة عامة مصدرها العرف, والتي يمكن أن تكون مانعا على ما جرى التعامل فيه بين التجار ولو عبر شبكة الإنترنت دون الحاجة إلى تدوين شروط التعامل في أوراق مكتوبة[39].

وبين ما يعرف بالعادة الخاصة وهي التي جرى عليها شخصان في التعامل فيما بينهما بغير كتابة, وهو الذي لا يمكن أن يتوافر في التعاقدات التي تتم عبر الإنترنت على أساس أن التعامل عبر هذه الأخيرة لا يتيح أي اتصال أو لقاء, وبالتالي لا تثور معها ظروف تحول دون طلب دليل كتابي, وفي جميع الأحوال تبقى للقاضي السلطة التقديرية في قبول هذه العادة أو رفضها[40].

وأخيرا الحالة التي يفقد فيها الدائن سنده الكتابي لسبب خارج عن إرادته, بحيث يجيز له القانون الإثبات بالشهود فيما كان يجب عليه إثباته بالكتابة, وتجدر الإشارة أن هذا الاستثناء أوسع مجالا من الاستثناءين السابقين فهو يسري حتى بالنسبة للتصرفات الشكلية التي يتطلب القانون الكتابة لانعقادها, على أساس أن الشكلية يفترض أنها قد استوفيت عند إبرام التصرف ثم فقد المدعي سنده بعد ذلك[41].

أي انه يشترط لتطبيق هذا الاستثناء أن يتوافر شرطان, الأول أن يثبت الدائن حصوله على دليل كتابي كامل وله في ذلك كافة طرق الإثبات على أساس أن سبق وجود الدليل يعد واقعة مادية وأن هذه الأخيرة تثبت بكافة طرق الإثبات[42], أما الشرط الثاني فهو أن يثبت الدائن

السبب الأجنبي سواء تعلق الأمر بقوة قاهرة أو حادث فجائي أو لسبب ناشئ عن فعل الغير أو بسبب المدعى عليه[43].

أما بالنسبة لمحاولة الاعتماد على هذا العذر للحيلولة دون الحصول على دليل كتابي لقبول التوقيع الإلكتروني, فيتعلق الأمر بمدى توفر الشرطين السابقين لقيام هذا العذر, وبإسقاط ذلك على المحررات الموقعة إلكترونيا نجد أنه يمكن تحقيق ذلك مع مراعاة إمكانية التوسع في الشرط الثاني والمتعلق بالسبب الأجنبي, على أساس المعطيات التقنية التي يقوم عليها إنشاء هذا الدليل, كما لو فقد المحرر الإلكتروني بسبب انقطاع التيار الكهربائي الأمر الذي يؤول معه هذا المحرر إلى التلف, أو دخول فيروس إلى قاعدة البيانات وغيرها من الأسباب المرتبطة بطبيعة هذه المعاملات[44].

المحور الثاني: القوة الثبوتية للتوقيع الإلكتروني.

أولا: حجية التوقيع الالكتروني بالنظر إلى شروطه القانونية.

1) ارتباط التوقيع بالموقع دون غيره.

يتجلى هذا الشرط في وجوب أن يكون التوقيع المرتبط بالمستند مميزا لصاحبه عن غيره, وأن يكون مرتبطا بهذا الأخير ليتحقق بذلك دوره في الإثبات, وبالتالي يمكن الربط بين السند وصاحب التوقيع عليه[45].

والمشرع أكد على وجوب ارتباط التوقيع الإلكتروني بصاحبه وتمييزه فقد تناوله بنص المادة 2/07 من القانون 15-04 السابق الذكر "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:...2- أن يرتبط بالموقع وحده دون سواه", وكذلك بنص المادة 2/03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 أعلاه "يقصد بما يأتي:... التوقيع الإلكتروني المؤمن: هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: - يكون خاصا بالموقع ".

مع العلم أن المشرع حدد المقصد بالموقع بالمادة 2/02 من القانون رقم 15-04 السابق الذكر: "شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني ويتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص

الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله", وأيضـــا تناوله بالمادة 4/03 من المرسوم التنفيذي أعلاه "يقصد بما يأتي:...- الموقع: شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله, ويضع موضع التنفيذ جهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني"[46].

أما بالنسبة لمسألة إثبات نسبة التوقيع الإلكتروني, فيمكن التأكد منها من خلال بعض ملابسات عملية التوقيع في حد ذاتها, كما هو الشأن مثلا إذا كان المتعارف عليه هو وضع التوقيع في آخر السند أو في مكان آخر متفق عليه, فإنه بورود التوقيع في غير هذا المكان يثير الشكوك حول مدى صحته من حيث ارتباطه بالموقع نفسه[47].

2) سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني.

يتطلب هذا الشرط أن يكون صاحب التوقيع منفردا به بحيث لا يتاح لأي شخص معرفة كيفية فك الرموز التي تم إنشاؤها به[48], ويتعلق بمسألة التأكد من رضا صاحب التوقيع وقبوله الالتزام بمضمون التصرف القانوني, وهنا يشترط وجود الشخص الموقع بنفسه أو من ينوب عنه قانونيا للتوقيع على المحرر موضوع المعاملة[49].

أما المشرع فقد اشترط ضرورة تحقق سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني, وذلك بنص المادة 5/07 من القانون 15-04 أعلاه " التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية: ...5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع", وكذلك بنص المادة 3/03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 أعلاه "يقصد بما يأتي:... التوقيع الإلكتروني المؤمن: هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:...- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية".

وعلى ذلك يكون المشرع قد اشترط أن يسيطر الموقع وحده دون غيره على وسيلة التوقيع الإلكتروني, وبالتالي لا يتمكن أي شخص من معرفة فك رموز التوقيع الخاص به سواء أثناء مرحلة إنشائه أو عند استعماله[50], وفي هذا الصدد قد عرف المشرع الجزائري آلية

إنشـــاء التوقيع الإلكتروني بنص المادة 4/02 من القانون رقم 15-04 أعلاه "يقصـد بما يلي: ...4- آلية إنشـاء التوقيع الإلكتروني: جهاز أو برنامج معلوماتي معد لتطبيق بيانات إنشـــاء التوقيع الإلكتروني", مع العلم أن هذا الشـرط لا يتحقق إلا عن طريق هيئة التصـديق المعتمدة وذلك بتمكين الشـــخص الموقع من مفتاح التشـــفير الخاص به حيث يرتبط هذا الأخير بمفتاح عام.

3) ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني ارتباطا وثيقا.

يقصد بهذا الشرط أن التوقيع يجب أن يرد على السند ذاته بشكل يدل على أن الموقع أراد الالتزام بجميع مـا ورد في هـذا المحرر من بيانات[51], وأن يتصل به اتصالا ماديا ومباشرا لا يمكن فصله عنه وأن يكون مسـتمرا يمكن حفظه, وبالتالي إمكانية اسـترجاعه بطريقة آمنة عن طريق الحاسب الآلي الذي يستخدم برمجيات خاصـة لبرمجة لغة الآلة إلى لغة البشر[52].

كذلك اشـــترط المشـــرع وجوب ارتباط التوقيع الإلكتروني بالمحرر ارتباطا وثيقا حيث نصـت المادة 6/07 من القانون رقم 15-04 أعلاه "التوقيع الإلكتروني الموصـــوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:...6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصـــة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات".

كما أشار إلى هذا الشرط بالمادة 2/03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-262 الشـابق الذكر: "التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:... _ يضـمن مع الفعل المرتبط به صـلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه".

يتبين من نصـــي المادتين أعلاه بأن المشـــرع قد اشـــترط أن يرتبط التوقيع الإلكتروني ببيانات تمكن من اكتشـاف أي تغيير قد يطرأ على هذا التوقيع, وقد عرف المشـرع بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني بموجب المادة 5/02 من القانون 15-04 أعلاه "يقصـــد بما يلي: 5- بيـانـات التحقق من التوقيع الإلكتروني: رموز أو مفـاتيح التشـــفير

العمومية أو أي بيانات أخرى مستعملة من أجل التحقق من التوقيع الإلكتروني".

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التكنولوجيا الحديثة قد أفرزت من البرامج ما يتمكن المستخدم بموجبها من الحفاظ على البيانات الإلكترونية الواردة على المحررات الموقعة إلكترونيا بما فيها التوقيع الإلكتروني في حد ذاته, التي تتضمن التصرفات التي قام بها هذا المستخدم مع الغير, سواء باستعمال تقنية تحويل المحرر الإلكتروني من الصيغة القابلة للتعديل إلى الصيغة غير القابلة لذلك, أو الحفظ عن طريق الصناديق الإلكترونية أو الحفظ عن طريق نظام الأرشيف الإلكتروني[53].

4) نشوء التوقيع الالكتروني على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة.

يقصد بخدمة التصديق الإلكتروني وجود سلطة ثالثة[54], عبارة عن جهة مختصة قد تكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا تعمل بترخيص من السلطات المختصة في الدولة وتحت إشرافها وضمن أحكام تحدد نظامها وبالتالي شروط وآثار ممارسة هذه الخدمة[55], تقوم هذه السلطة بمنح شهادات إلكترونية بعد تحقق شروط قانونية معينة تهدف أساسا إلى تحديد هوية الشخص الموقع وبالتالي إمكانية انساب المحرر الإلكتروني الموقع إلكترونيا إلى صاحبه الحقيقي[56].

وفي هذا الصدد أقر المشرع المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي بتعديله للقانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 أعلاه بنص المادة 2/327 منه "ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه", وبالرجوع إلى أحكام المادة 323 مكرر1 من هذا القانون التي تنص "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

يتبين من نصـــي المـادتين أعلاه بـأن المشـــرع قـد أعطى للتوقيع الإلكتروني بتوفر شـــرطي إمكانية التأكد من هوية الشـــخص الذي أصدر التوقيع, وأن ينشأ هذا التوقيع بطريقة تحفظ سلامته نفس حجية التوقيع التقليدي الذي يرد على المحررات العرفية[57].

أما بالنسـبة لتحقق هذين الشـرطين فيتعلق الأمر أسـاسـا بضـرورة الحصـول على ما يعرف بشـهادة التصـديق الإلكتروني, والتي عرفها المشـرع بموجب المادة 7/02 من القانون رقم 15-04 أعلاه "يقصـد بما يأتي: ... 7- شهادة التصديق الإلكتروني: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع".

كما جاء نص المرسوم التنفيذي 07-162 أعلاه عليها بعنوان الشهادة الإلكترونية بنص المادة 03 مكرر/8 منه "يقصد بما يأتي:...- الشهادة الإلكترونية: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع".

تمنح هذه الشـهادة من قبل الطرف الثالث الموثوق وهو حسـب المادة 11/02 من القـانون 15-04 أعلاه: "شـــخص معنوي يقوم بمنح شهادات التصديق إلكتروني موصوفة, وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصـــديق الإلكتروني لفائدة المتدخلين", أو من قبل مؤدي خدمات التصـديق الإلكتروني الذي عرفته المادة 12/02 منه: "مؤدي خدمات التصـديق الإلكتروني: شـخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شـهادات تصـــديق إلكتروني موصـــوفة, وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني".

كما عرفه المرسـوم التنفيذي 07-162 أعلاه في مادته 03 مكرر/10 "مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القـانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 جمـادى الأولى عـام 1421 الموافق لـ5 غشت سنة 2000 والمذكور أعلاه, يسلم شهادات إلكترونيـة أو يقـدم خـدمـات أخرى في مجـال التوقيع الإلكتروني", وبـالرجوع إلى أحكـام المـادة 8-8 من القـانون رقم 2000-03 فـإنهـا

تنص "موفر الخدمات: كل شـــخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات".

وبالتالي فالتوقيع الإلكتروني الموصـوف هو الذي عادل المشـرع بينه وبين التوقيع التقليدي وهو ما يستشـف من نص المادة 08 من القانون 15-04 أعلاه "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصـــوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب سـواء كان لشـخص طبيعي أو معنوي", ويكون هذا التوقيع محلا لشهادة تصديق إلكترونية موصوفة, وهذه الأخيرة عرفها المشـــرع بموجب المادة 15 من القانون 15-04 أعلاه "شـــهادة التصـديق الإلكتروني الموصـوفة هي شـهادة تصـديق إلكتروني تتوفر فيها المتطلبات الآتية:

1- أن تمنح من قبل طرف ثالث موثوق أو من قبل مؤدي خدمات تصـــديق إلكتروني طبقا لسـياســة التصـــديق الإلكتروني الموافق عليها,
2- يجب أن تمنح للموقع دون سواه,
3- يجب أن تتضمن على الخصوص:
أ- إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق إلكتروني موصوفة,
ب-تحـديـد هويـة الطرف الثـالـث الموثوق أو مؤدي خـدمـات التصـديق الإلكتروني المرخص له المصـدر لشـهادة التصـديق الإلكتروني وكذا البلد الذي يقيم فيه,
ت-اسم الموقع أو الاسم المستعار الذي يسمح بتحديد هويته,
ث-إمكانية إدراج صفة خاصة للموقع عند الاقتضاء, وذلك حسب الغرض من استعمال شهادة التصديق الإلكتروني,
ج- بيانات تتعلق بالتحقق من التوقيع الإلكتروني, وتكون موافقة لبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني,
ح- الإشـــارة إلى بداية ونهاية مدة صـــلاحية شـــهادة التصـــديق الإلكتروني,

خ- رمز تعريف شهادة التصديق الإلكتروني,
د- التوقيع الإلكتروني الموصوف لمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني أو للطرف الثالث الموثوق الذي يمنح شهادة التصديق الإلكتروني,
ذ- حدود استعمال شهادة التصديق الإلكتروني, عند الاقتضاء,
ر- حدود قيمة المعاملات التي قد تستعمل من أجلها شهادة التصديق الإلكتروني, عند الاقتضاء,
ز- الإشارة إلى الوثيقة التي تثبت تمثيل شخص طبيعي أو معنوي آخر, عند الاقتضاء".

فضلا عن إشارة المشرع بموجب الموسوم التنفيذي رقم 07-162 إلى هذه الشهادة بنص المادة 03 مكرر/09 منه "الشهادة الإلكترونية الموصوفة: شهادة إلكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة ".

يتبين مما سبق بأن شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة تؤدي إلى إثبات ارتباط التوقيع الإلكتروني بصاحبه من خلال تحقق شروط المادة أعلاه, بتدخل الجهة المختصة عن طريق منح ما يعرف بشهادة التصديق الإلكتروني[58], وفي هذا الصدد نجد أن المشرع في ظل القانون رقم 15-04 السابق الذكر, قد نص على ثلاث سلطات, سلطة وطنية[59], سلطة حكومية [60]سلطة اقتصادية [61].

حيث يخضع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني إلى مجموعة من الشروط التي يجب احترامها فضلا عن الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على شهادات التصديق الإلكترونية[62], وقد نظم المشرع هذه الشروط بموجب القانون رقم 15-04 السابق الذكر, حيث يجب أن تتوفر في كل طالب لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني, علاوة على وجوب الحصول على ترخيص من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني[63], وقد جاءت المادة 34 من هذا القانون بهذه الشروط: "يجب على كل طالب ترخيص لتأدية خدمة التصديق الإلكتروني أن يستوفي الشروط الآتية:

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي,
- أن يتمتع بقدرة مالية كافية,
- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيا الإعلام والاتصال للشخص الطبيعي أو المسير للشخص المعنوي,
- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تتنافى مع نشاط تأدية خدمات التصديق الإلكتروني".

يتبين مما سبق بأن المشرع أوقف إمكانية الحصول على شهادة التصديق الإلكتروني التي تمنح من طرف مقدمي خدمات التصديق الالكتروني, وبالتالي إضفاء مصداقية على التوقيع الإلكتروني محل شهادة التصديق المعنية على وجوب توفر بعض الشروط القانونية في هذه السلطات والتي تمكنها من ممارسة هذا النشاط[64].

مع مراعاة أحكام المادة 09 من القانون رقم 15-04 السابق الذكر "بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعلاه لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب:

1- شكله الإلكتروني, أو,
2- أنه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة, أو,
3- أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني".

وبذلك لم يحتكر المشرع الحجية القانونية على التوقيع الإلكتروني الموصوف فقط بكونه يقوم على شهادة تصديق إلكترونية موصوفة أو بكونه أنشئ بواسطة آلية مؤمنة, بل أعطى كذلك حجية للتوقيع الذي لا يستجيب لهذه الشروط وهو ما يعرف بالتوقيع الإلكتروني البسيط لكن حجيته تختلف, على أساس أن درجة الأمان والثقة والدقة في التوقيع الإلكتروني الموصوف أكثر منها في التوقيع الإلكتروني البسيط, وبالتالي إمكانية اختراق وتزوير هذا الأخير تُطرح بشكل اكبر منها في التوقيع الإلكتروني الموصوف[65].

5) تصـــميم التوقيع الالكتروني بواســـطة آلية مؤمنة خاصـــة بإنشاء التوقيع الالكتروني.

الآليـة المؤمنـة لإنشـــاء التوقيع الالكتروني هي آليـة إنشـــاء توقيع الكتروني تتوفر فيها المتطلبات وفقا لما اشـــترطتـه المـادة 11 من القانون 15-04 السابق الذكر:

1- يجب أن تضمن بواسطة الوسائل التقنية والإجراءات المناسبة على الأقل ما يأتي:
- إلا يمكن عمليا مصـادقة البيانات المسـتخدمة لإنشـاء التوقيع الالكتروني إلا مرة واحدة وان يتم ضمان سريتها بكل الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
- إلا يمكن إيجاد البيانات المستعملة لإنشاء التوقيع الالكتروني عن طريق الاســـتنتـاج وان يكون هذا التوقيع محميـا من أي تزوير عن طريق الوسائل التقنية المتوفرة وقت الاعتماد.
- أن تكون البيانات المســـتعملة لإنشـــاء التوقيع الالكتروني محمية بصـــفة موثوقة من طرف الموقع الشـــرعي من أي استعمال من قبل الآخرين.

2- يجب أن لا تعدل البيانات محل التوقيع وان لا تمنع أن تتعرض هذه البيانات على الموقع قبل عملية توقيعه.

ويتعلق الأمر بتقنية التشـــفير نظرا لدوره في إيجاد حلول لحماية أمن المعلومات عموما وأمن التجارة الإلكترونية خصـوصـا[66], والتشـفير هو تقنية قوامها خوارزمية رياضـــية ذكية, تســـمح لمن يمتلك مفتاحا ســـريا بأن يحول أي ســـند إلكتروني مقروء إلى ســـند إلكتروني غير مقروء, وبالعكس فإنه يســمح لمن يمتلك المفتاح الســري أن يســتخدم نظام التشفير لفك الشفرة وإعادة السند المشفر إلى وضعه الأصلي"[67], وللتشفير طريقاتان, التشفير المتماثل والتشفير غير المتماثل[68].

- **التشـــفير المتماثل أو التشـــفير الســـيمتري (Privat Key Cryptography) :** يتعلق الأمر أســاســا باســتخدام المفتاح أو

الرمز السري ذاته في تشفير السندات الإلكترونية وفي فك تشفيرها أو ترميزها, وبالتالي فالتشفير وفقا لهذه الطريقة يعمل بواسطة مفتاح واحد وهو ما يسمى" **المفتاح الخصوصي"**, والذي يمتلكه كل من منشئ السند الإلكتروني والمرسل إليه هذا السند[69].

- **التشفير غير المتماثل أو التشفير عن طريق المفتاح العام و الخاص (Public Key Cryptography)** : ويتعلق الأمر أساسا باستخدام مفتاح أو رمز مختلف في تشفير السندات الإلكترونية نفسها, حيث يتم استخدام مفتاحين أو رمزين مختلفين لفك تشفير السند الإلكتروني, بحيث يكون الأول خصوصي يعرفه مستخدم معين ويبقى سرا و خاصا به, أما المفتاح الثاني فهو عمومي يوزعه ويبلغه إلى المستخدمين الآخرين الذين يتعامل معهم من خلال توجيه الرسائل الالكترونية الموقعة بالمفتاح الخاص[70].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تطرق إلى أنواع المفاتيح المستعملة في عملية التشفير واعتبر أنها جزء تتضمنه شهادة التصديق الإلكتروني, حيث بالنسبة لمفتاح التشفير الخاص فإنه يستعمل لإنشاء التوقيع الإلكتروني, أما بالنسبة لمفتاح التشفير العمومي فيستعمل في التحقق من الإمضاء الإلكتروني[71].

ثانيا: حجية التوقيع الالكتروني بالنظر إلى وظائفه القانونية.

1) التوقيع الإلكتروني يحدد هوية الموقع.

إن التوقيع بصفة عامة شرط ضروري لقيام الدليل الكامل بالنسبة للمحرر الذي ورد فيه هذا التوقيع, سواء تعلق الأمر بتصرف يستلزم توقيع شخصين أو أكثر أو شخص واحد فقط, وعلى ذلك يكون التوقيع بهذا الشكل محددا لهوية الملتزم أو الملتزمين بموجب هذا المحرر الموقع[72].

والمشرع اشترط وجوب تحقق هذه الوظيفة في التوقيع الإلكتروني فقد نصت المادة 06 من القانون رقم 15-04 السابق الذكر: "يستعمل

التوقيع الالكتروني لتوثيق هوية الموقع..."، كما نصت المادة 3/07 من نفس القانون "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية: ...3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع".

يتبين من نصي المادتين أعلاه بأن المشرع قد اشترط أن يحقق التوقيع الإلكتروني هوية الشخص الموقع, وعلى ذلك يكون تحديد هوية الموقع شرط لقيام التوقيع الإلكتروني ووظيفة يجب أن يحققها في نفس الوقت[73].

وبالرجوع إلى أحكام المادة 327 من القانون المدني "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن... أو وقعه... ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه", وعلى ذلك تكون عبارة "منسوب إليه" دالة بذاتها على أن التوقيع التقليدي متى استقام صحيحا فإنه يحقق إمكانية التعرف على هوية صاحبه, وبالتالي تحقيق أحد الوظائف التي يجب على التوقيع أن يحققها بصفة عامة, وذلك مهما كان الشكل الذي يتخذه التوقيع ناهيك عن الوسيلة التي يتم بها حتى وإن كان في الشكل الإلكتروني[74].

بإسقاط ذلك على التوقيع الإلكتروني نجد بأن هذه الوظيفة يمكن تحقيقها مهما كانت صورة التوقيع المستعملة لاسيما في ظل التقنيات الحديثة التي تضمن تحقيق هوية الموقع من خلال توقيعه الإلكتروني, وبالتالي الالتزام بمضمون المحرر الإلكتروني محل التصرف الموقع من قبل هذا الشخص[75].

والنتيجة المتوصل لها هي أن التوقيع الإلكتروني بالنظر إلى درجة الاستيثاق من الشخص صاحب التوقيع, لاسيما في ظل خاصية التحقق الروتيني عند كل استخدام لهذا التوقيع قد ينافس التوقيع التقليدي وبالتالي يؤدي حتما وظيفة التحقق من هوية صاحب التوقيع الإلكتروني[76].

2) التوقيع الإلكتروني يعبر عن إرادة الموقع ويحقق رضاه بالمحرر.

مما لاشك فيه أن التوقيع على المحررات هو ترجمة لرغبة الموقع في الالتزام بمضمون المحرر الذي قام بالتوقيع عليه, سواء تعلق الأمر بتصرف ملزم لجانب واحد وبالتالي توقيع هذا الأخير أو ملزم لجانبين وبالتالي توقيع هؤلاء, وكذلك بغض النظر عن الصورة التي يتخذها هذا التوقيع فقد يكون في شكل بصمة أو إمضاء أو حتى ختم[77].

أما بالنسبة للمشرع فقد اشترط وجوب تحقق هذه الوظيفة للتوقيع الإلكتروني بموجب المادة 06 من القانون رقم 15-04 "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله الكتابة في الشكل الإلكتروني".

يتبين من نص المادة أعلاه بأن المشرع اشترط في التوقيع الإلكتروني الموصوف أن يحقق التعبير عن إرادة الشخص الموقع, وعلى ذلك يفترض القانون أن وضع الشخص لتوقيعه على محرر ما إنما هو قبول بمضمون هذا المحرر, حيث بالرجوع إلى أحكام المادة 327 من القانون المدني الجزائري "...يعتبر العقد العرفي صادر...ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه", وبالتالي عدم إنكار الموقع لهذا التوقيع يعتبر إقرارا منه بقبول محتوى المحرر الذي وجد توقيعه عليه وبالتالي التعبير عن إرادته بذلك[78].

تجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المشرع قد نص بموجب المادة 61 من ق م على طرق التعبير عن الإرادة "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة, أو بالإشارة المتداولة عرفا, كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه, ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

بإسقاط ذلك على التوقيع نجده يتم كتابة, وعلى ذلك يعد توقيع الشخص بشكل عام بغض النظر عن الوسيلة المستعملة في ذلك تعبير صريح عن الإرادة, أما بالنسبة لمحل هذه الوظيفة بالنسبة للتوقيع الإلكتروني فإنه استنادا إلى عدم حصر المشرع لوسيلة التعبير عن الإرادة, سواء

في شكله الصريح أو الضمني, وفي ظل التطور العلمي والتكنولوجي الحالي أين فرضت معه وسائل جديدة لإبرام و تنفيذ التصرفات القانونية المختلفة, فإنه يمكن القول إذا أن التوقيع الإلكتروني يحقق وظيفة التعبير الصريح عن إرادة الموقع ورضاه بمضمون هذا المحرر الموقع.

وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى أنه حتى التوقيع التقليدي قد لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للشخص, كما هو الشأن بالنسبة لاستعمال البصمة أو الختم للتعبير عن توقيع الشخص, وحتى الإمضاء في حد ذاته أين يمكن أن يكون محلا للتزوير هو الآخر, في حين نجد أن التوقيع الإلكتروني بمختلف صوره يحقق أكثر مصداقية وأمان من حيث صدوره من صاحبه أولا, وتعبيره عن رضا هذا الأخير ثانيا تأسيسا على تقنية إعداده, وعلى ذلك لا يتم افتراض عكس ذلك إلا في حالات استثنائية كالسرقة أو الإهمال الشديد, خلافا لافتراض ذلك بالنسبة للتوقيع التقليدي أين يمكن الشك في تعبيره عن رضا صاحبه بشكل حقيقي بشكل مواز حتى في حالة غياب أي إهمال.

3) **التوقيع الإلكتروني يثبت سلامة المحرر الموقع.**

يقصد بضمان سلامة السند التحقق من صحته عند تقديمه للاستدلال به واعتباره دليلا في الإثبات, بالنسبة لمضمون السند الكتابي الذي يرتبط بالوسائط الورقية أين لا يكون صحيحا إلا بسلامة المادة المستعملة في إنشاء مضمون المحرر الورقي وعدم تغييره أو تبديله, وهو ما يختلف فيه هذا النوع من المحررات بتلك الواردة في الشكل الإلكتروني.

ومن خلال المادة 6/07 من القانون رقم 15-04 السالف الذكر, اشترط المشرع كذلك وجوب توفر هذا الشرط "التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر المتطلبات الآتية:... أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة لهذه البيانات".

وكذلك نص المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المعدل والمتمم " التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه".

يتبين من نصي المادتين أعلاه أن المشرع قد اشترط أيضا أن يحقق التوقيع الإلكتروني المؤمن أو الموصوف إمكانية التأكد من صحة المحرر الذي ورد فيه, وأن أهمية هذه الوظيفة تتجلى عند الطعن في مصداقية هذا المحرر بالتزوير لعدم إمكان إنكاره بالنظر إلى الهيئة التي مكنت من تحقيقه عند تقديمه كدليل للإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن تحقق هذه القرينة بالنسبة للتوقيع الإلكتروني يجب اعتبارها قرينة بسيطة أين يمكن إثبات عكسها, الرغم من المخاطر التي تحيط بتحقق هذه الوظيفة التي يجب أن يحققها التوقيع الإلكتروني كي يعتبر في مكانة التوقيع التقليدي من حيث الحجية, فإنها في ظل التطور العلمي الحالي لاسيما بتوفر التقنيات الخاصة بالحفاظ على سلامة المحررات والتواقيع الإلكترونية يمكن القول بأنها محققة لا محال.

و ترتيبا على ما سبق يتبين بأن المشرع الجزائري قد أعطى للتوقيع الإلكتروني المؤمن (الموصوف) فرصة الحصول على الحجية القانونية التي يحوزها التوقيع في الشكل التقليدي و ذلك متى استوفى الشروط القانونية ومتى أدى هذا التوقيع الوظائف التقليدية للتوقيع التقليدي.

مع مراعاة أن مسألة الإنكار بالنسبة للتوقيع الإلكتروني الموصوف ليست محلا للطرح وذلك على اعتبار أن هذا الأخير يكون قد تم إنشائه بموجب شهادة تصديق إلكتروني موصوفة, وأن هذه الأخيرة تكون قرينة قاطعة على سلامة التوقيع عند إنشائه فضلا عن توفير المصداقية والثقة اللازمين للحفاظ عليه خلال مختلف الاستعمالات التالية لإنشائه وبالتالي إمكانية التحقق من صحته في كل مرة, وعلى

ذلك لا تتحقق إذن إمكانية إسقاط حجية التوقيع الإلكتروني المؤمن إلا عن طريق الطعن بالتزوير في وسيلة إنشائه.

لكن بالنسبة للتوقيع الإلكتروني البسيط فيمكن إسقاط حجيته متى تم إنكاره, وبالتالي على من يدعي وجود حق يرتبط بتوقيع إلكتروني بسيط أو غير مؤمن أن يثبت انتسابه للشخص المدعى عليه المُنكر للتوقيع وشأنه في ذلك شأن التوقيع في الشكل التقليدي, لكن متى تم الاعتراف به استقر في ذمة الشخص المعترف به بإثبات صدوره منه وبالتالي الحجية القانونية لما ورد في المحرر الموقع إلكترونيا.

خاتمة.

إن دراسة موضوع التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري لاسيما في ظل الثورة المعلوماتية اليوم, فرصة لتسليط الضوء على آليات التعامل بهذا النوع من التقنيات عند إبرام مختلف المعاملات, حيث يعتبر تدخل المشرع وعلى الرغم من تأخره في تكريس التعامل عبر هذه التقنية نقطة ايجابية وذلك للتصدي لمختلف الإشكالات, من خلال تسخير نصوص قانونية تتولى حماية هذه المعاملات ذات الطبيعة غير التقليدية الموقعة إلكترونيا, ويعتبر القانون رقم 15-04 بادرة أساسية كان لا بد منها لإرساء وتكريس اللبنات الأولى لاستقبال التعامل بالتوقيع الإلكتروني, والذي يعد قانونا أساسيا يعتد عليه القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

من خلال هذا البحث توصلنا لمجموعة من النتائج يمكن إجمالها في:

_ أن التوقيع الإلكتروني يمتاز بالخصوصية بالنظر إلى الحماية التي يحققها سواء عند إنشاء هذا التوقيع أو أثناء الاستعمال المتكرر له, بما يتوفر معه إمكانية التعرف على المستخدم صاحب هذا التوقيع, من خلال آليات حفظه بتدخل جهات ثالثة مؤهلة لذلك ممثلة في سلطة التصديق الإلكتروني, وبالتالي استبعاد الإنكار لإسقاط حجية هذا التوقيع حيث لا يستوي ذلك إلا عن طريق الطعن بالتزوير.

_ أن الاتفاق على تنظيم حجية للتوقيع الإلكتروني هو اتفاق على تنظيم قاعدة موضوعية في الإثبات يمكن تحقيقها متى لم تتعارض مع أحكام القانون, ومع ذلك فالمعطيات التي قدمتها القواعد العامة اليوم لهذا التوقيع ليست إلا اعترافا به, يحتاج حتما إلى المزيد من الاهتمام يتجلى أساسا في تكريس أحكام خاصة تكفل تحقيقه بالشكل الذي يمكن التعويل معه على هذا التوقيع كوسيلة للإثبات.

_ أن المشرع الجزائري قد عادل بين التوقيع الإلكتروني المؤمن والتوقيع التقليدي لكن بتوفر الشروط القانونية, من حيث وجوب ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره, بالإضافة إلى سيطرة الموقع على الوسيط الإلكتروني, وكذلك وجوب ارتباط هذا التوقيع بالمحرر ارتباطا وثيقا, وأخيرا إلى وجوب نشوء التوقيع الإلكتروني بموجب شهادة تصديق إلكترونية يؤمن بموجبها هذا التوقيع ويكتسي السرية والمصداقية سواء عند إنشائه أو عند استعماله.

_ على الرغم من المعادلة بين التوقيع الإلكتروني المؤمن والتوقيع التقليدي من حيث القيمة القانونية بتوفر الشروط القانونية, إلا أن المشرع لم يجرد التوقيع الإلكتروني البسيط من فعاليته القانونية فقط لكونه لا يعتمد على شهادة تصديق إلكتروني موصوفة أو انه لم ينشأ بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني, وعلى ذلك تكون له حجية قانونية لكن ليس بقدر الحجية القانونية الممنوحة للتوقيع الإلكتروني المؤمن, أين لا يتيسر مع هذا الأخير إمكانية التزوير إلا بصعوبة كبيرة تضاهي صعوبة وتعقيد تقنية إنشاء هذا التوقيع في حد ذاته, خلافا للنوع الأول أين تسقط حجيته القانونية مؤقتا بمجرد الإنكار.

كما لنا بعض الملاحظات:

_لابد من إخراج أي نص يتعلق بمادة الإثبات في الشكل الإلكتروني, من بين النصوص المكرسة للقواعد العامة أو حتى في النصوص

الخاصة لمادة معينة وجمعها ضمن تقنين خاص بها, يكرس المبادئ العامة لهذا النظام وشروط استعماله, الهيئات الخاصة بإنشائه, آليات تطبيقه وأيضا وسائل التحقق من صحته.

_ لابد من ضبط موقف المشرع بشكل صريح حول نطاق تطبيق نظام التوقيع الإلكتروني من حيث ارتباطه بالمعاملات التجارية, المدنية أو الإدارية, بدل استعماله كمجرد تطبيقات في نصوص متعددة دون ضبط معايير محددة في هذا الصدد, على اعتبار أن النص على استعماله في عدد من المجالات ليست على سبيل الحصر لا يغني عن ضبط نطاقه بشكل لا يدع مجالا للاحتمال حول إمكانية تطبيقه في مجال دون آخر, وفي هذا الصدد يستحسن أن يأتي موقف المشرع الجزائري موسعا لاستعمال هذا النظام فيشمل تبعا لذلك جميع المجالات.

_ استكمال إصدار مختلف المراسم التطبيقية لمختلف النصوص القانونية التي تعتمد كيفيات تطبيق أحكامها على النصوص التنظيمية, لاسيما أحكام القانون رقم 15-04 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

_ تحديد النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني غير الموصوف, بالشكل الذي يمكن معه التعرف على حجيته القانونية بدقة أكثر بالمقارنة مع التوقيع الإلكتروني المؤمن, حتى يتسنى لممارسي القانون الاستناد إلى أسس قانونية سليمة في تكريس الحقوق التي نشأت في البيئة الإلكترونية.

---

[1] القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20/ يونيو/2005 (ج ر عدد 44 المؤرخ في 26/يونيو/2005), المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30/ مايو/ 2007,(ج ر عدد 37 المؤرخ في 07/ يونيو/2007), المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09/ مايو/ 2001, المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية

الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية, (ج ر العدد 27 المؤرخ في 13/ مايو/ 2001).

[3] القانون رقم 15-04 المؤرخ في 01/ فبراير/2015, المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين, (ج ر عدد 06 المؤرخ في 10/ فبراير/ 2015).

[4] المادة 03مكرر من المرسوم التنفيذي, المرجع السابق.

[5] المادة 1/02 من القانون رقم 15-04, المرجع السابق.

[6] خالد مصطفى فهمى, النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية, دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, مصر, 2007, ص. 57.

[7] لورنس محمد عبيدات, إثبات المحرر الإلكتروني, الإصدار الأول, دار الثقافة, عمان, الأردن, الطبعة الأولى, 2005, ص. 144.

[8] عبد الله أحمد عبد الله غرايبية, حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر, دار الراية, عمان, الأردن, الطبعة الأولى, 2008, ص. 47.

[9] نبيل صقر, مكاري نزيهة, الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية, دار الهدى, الجزائر, 2009, ص. 58.

[10] نبيل صقر, مكاري نزيهة, المرجع نفسه, ص. 58.

[11] رمضان أبو السعود, أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية (النظرية العامة في الإثبات), الدار الجامعية, مصر, 1993, ص. 43.

[12] محمد حسام محمود لطفي, الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية, دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانين البلدان العربية, النسر الذهبي, القاهرة, مصر, 2002, ص. 46.

[13] رمضان أبو السعود, المرجع السابق, ص. 43.

[14] رمضان أبو السعود, المرجع نفسه, ص. 47.

[15] عيسى غسان ربضي, المرجع السابق, ص. 23.

[16] عيسى غسان ربضي, المرجع نفسه, ص. 233.

[17] عيسى غسان ربضي, المرجع نفسه, ص. 233.

[18] عيسى غسان ربضي, المرجع نفسه, ص,235,234.

[19] نبيل صقر, مكاري نزيهة, المرجع السابق, ص. 34.

[20] كما هو الشأن بالنسبة لدفاتر التجار فقد تكون حجة له في مواجهة الطرف المدني وفقا للمادة 330 من القانون ق م أو حجة للتاجر في مواجهة غيره من التجار وفقا للمادة 13 من ق ت.

[21] عيسى غسان ربضي, المرجع السابق, ص. 244.

[22] محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانون المدني (الإثبات في المواد المدنية والتجارية), المرجع السابق, ص. 133.

[23] عبد الله احمد عبد الله غرايبية, المرجع السابق, ص. 91.

[24] محمد صبري السعدي, المرجع السابق, ص. 139,138.

[25] أما بالنسبة لاتفاقات الأطراف فيتعلق الأمر باشتراط الإثبات بالكتابة في ما هو جائز إثباته بشهادة الشهود, وأما بالنسبة للقواعد القانونية الخاصة فمثاله اشتراط المشرع لإثبات عقد الشركة الكتابة تحت طائلة البطلان ومثاله التصرفات الواردة على المحل التجاري وفقا للمادة 79 من ق ت: " كل بيع اختياري أو وعد بالبيع و بصفة عامة كل تنازل عن محل تجاري...يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا...".

[26] عيسى غسان ربضي, المرجع السابق, ص. 252.

[27] محمد صبري السعدي, المرجع السابق, ص.141.

[28] تنص المادة 645 من القانون ق م: "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة".

[29] عيسى غسان ربضي, المرجع السابق, ص. 256.

[30] عبد الرزاق أحمد السنهوري, الوسيط في شرح القانون المدني الجديد, المجلد الثاني, نهضة مصر, مصر, الطبعة الثالثة, 2011, ص. 417.

[31] ثروت عبد الحميد, مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات, مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون, المجلد الأول, المنعقد في: 10_2003/05/12, ص. 415.

[32] ثروت عبد الحميد, المرجع نفسه, ص. 416.

[33] يدخل ضمن هذا الاستثناء ما اشترط المشرع لانعقاده وجوب الكتابة أي أنه بتخلفها لا يقوم التصرف أصلا كانعقاد الرهن الرسمي وفقا للمادة 883 من ق م.

[34] عبد الرزاق أحمد السنهوري, المرجع السابق, ص. 449,448.

[35] محمد حسام محمود لطفي, المرجع السابق, ص. 54.

[36] محمد السعيد رشدى, التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات, منشأة المعارف, الإسكندرية, مصر, 2008.

[37] سعيد السيد قنديل, التوقيع الإلكتروني (ماهيته, صوره, حجيته في الإثبات بين التداول والاقتباس), دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, مصر, الطبعة الثانية, 2006. ص. 27.

[38] سعيد السيد قنديل, المرجع نفسه, ص. 66.

[39] ثروت عبد الحميد, المرجع السابق, ص. 270.

[40] ثروت عبد الحميد, المرجع نفسه, ص. 271.

[41] عبد الرزاق أحمد السنهوري, المرجع السابق, ص. 466,465.

[42] محمد صبري السعدي, المرجع السابق, ص. 22.

[43] عبد الرزاق أحمد السنهوري, المرجع السابق, ص. 468.

[44] عيسى غسان ربضي, المرجع السابق, ص. 274.

[45] المختار بن أحمد عطار, العقد الإلكتروني, مطبعة النجاح الجديدة, الدار البيضاء, المغرب, الطبعة الأولى, 2010, ص. 59.

[46] المادة 5/03 من للمرسوم التنفيذي رقم07-162, المرجع السابق.

[47] علاء حسين مطلق التميمي, الأرشيف الإلكتروني, (دراسة مقارنة), دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, 2002, ص. 82,81.

[48] لورنس محمد عبيدات, المرجع السابق, ص. 131.
[49] محمد حسن رفاعى العطار, البيع عبر شبكة الإنترنت (دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2005), دار الجامعة الجديدة, الإسكندرية, مصر, الطبعة الأولى, 2007. ص. 205.
[50] أيمن سعد سليم, التوقيع الإلكتروني, (دراسة مقارنة), دار النهضة العربية, القاهرة, مصر, 2004, ص. 31.
[51] كذلك جاءت بهذا الشرط المادة 3/06/أ من قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2001 بشأن التوقيعات الإلكترونية, حيث تنص على:
"compliance with a requirement for signature: … 3- An electronic signature is considered to be reliable for the purpose of satisfying the requirement referred in the paragraph 1 if: (d) where a purpose of the legal requirement for a signature is to provide assurance as to the integrity of the information to which it relates, any alteration made to that information after the time of signing is detectable". ,
[52] نضال نضال إسماعيل برهم, غازي أبو عرابي, أحكام عقود التجارة الإلكترونية, دار الثقافة, عمان, الأردن, الطبعة الأولى, الإصدار الأول, 2005. ص 186. ص 186.
[53] درار نسيمة, واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية, (دراسة مقارنة), مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون مسؤولية المهنيين, كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم الحقوق, جامعة أبو بكر بلقايد, تلمسان, الجزائر, السنة الجامعية:2011_2012, ص. 56.
[54]عبر عنها قانون الأونسترال النموذجي لسنة 2001 بشأن التوقيعات الإلكترونية بمقدم خدمات التصديق في المادة 02 /ه منه:
"For the purposes of thislaw: …(e) certification service provider : means a personthat issues certificates and mayprovideother services related to electronic signatures " , أنظر: محمد حسام محمود لطفي, المرجع السابق, ص. 118.
[55] jamalosmanabdallah, Le juge et la preuve électronique, séminaire sure le thème " la preuve dans le commerce électronique",faculté de droit et de science politique, université saint joseph, beyrouth, le vendredi 27/04/2001, p.4.5.
[56] دحماني سمير, التوثيق في المعاملات الإلكترونية, (دراسة مقارنة), مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون, فرع القانون الدولي للأعمال, كلية الحقوق والعلوم السياسية, مدرسة الدكتوراه للقانون والعلوم السياسية, جامعة مولود معمري, تيزي ورزو, الجزائر, تاريخ المناقشة: 2015/06/30. ص. 56.
[57] إسماعيل قطاف, العقود الإلكترونية وحماية المستهلك, بحث لنيل شهادة الماجستير, فرع عقود ومسؤولية, كلية الحقوق, جامعة الجزائر, السنة الجامعية 2005_2006, ص. 40.

[58] يوسف أحمد النوافلة, الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية,(دراسة مقارنة), دار الثقافة, عمان, الأردن, الطبعة الأولى, 2012, ص. 121.
[59] تنشأ لدى الوزير الأول سلطة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي تسمى السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني وتدعى في صلب النص" السلطة ", تسجل الاعتمادات المالية اللازمة لسير السلطة ضمن ميزانية الدولة؛ انظر: المادة 16 من القانون 15-04, المرجع السابق.
[60] تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال سلطة حكومية للتصديق الإلكتروني تتمتع بالاستقلال المالي والشخصية المعنوية؛ انظر: المادة 26 من القانون 15-04, المرجع السابق.
[61] تعين السلطة المكلفة بضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية في مفهوم هذا القانون سلطة اقتصادية للتصديق الإلكتروني؛ انظر: المادة 29 من القانون 15-04, المرجع السابق.
[62] لزهر بن سعيد, النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية, دار هومة, الجزائر,2012. ص. 178.
[63] المادة 33 من القانون رقم 15-04, المرجع السابق.
[64] باطلي غنية, "الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات", مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية, مجلة فصلية محكمة, صادرة عن كلية الحقوق, جامعة الإسكندرية, مصر, العدد الثاني, 2011, ص. 480.
[65] لزهر بن سعيد, المرجع السابق, ص. 162.
[66] لورنس محمد عبيدات, المرجع السابق, ص. 135.
[67] يوسف أحمد النوافلة, المرجع السابق, ص. 110.
[68] محمد حسن رفاعى العطار, المرجع السابق, ص. 180.
[69] عباس العبودي, تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها, (دراسة مقارنة), منشورات الحلبي الحقوقية, بيروت, لبنان, الطبعة الأولى, 2010. ص. 232.
[70] عباس العبودي, المرجع نفسه, ص. 233.
[71] تنص المادة 9,8/02 من القانون رقم 15-04, المرجع السابق: "مفتاح التشفير الخاص: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد يحوزها حصريا الموقع فقط, و تستخدم لإنشاء التوقيع الإلكتروني, و يرتبط هذا المفتاح بمفتاح تشفير عمومي. 9_ مفتاح التشفير العمومي: هو عبارة عن سلسلة من الأعداد تكون موضوعة في متناول الجمهور بهدف تمكينهم من التحقق من الإمضاء الإلكتروني, وتدرج في شهادة التصديق الإلكتروني".
[72] محمد السعيد رشدي, المرجع السابق, ص. 190.
[73] علي عبد العالي خشان الأسدي, حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات المدني, منشورات الحلبي, لبنان, الطبعة الأولى, 2013. ص. 95. ص. 95.
[74] علاء محمد نصيرات, حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات, دار الثقافة, عمان, الأردن, 2005. ص. 67.

[75] غازي أبو عرابي, فياض القضـــاة, "حجية التوقيع الإلكتروني", دراســـة في التشـــريع الأردني, مجلة جامعة دمشـق للعلوم الاقتصـادية و القانونية, كلية الحقوق, الجامعة الأردنية, المجلد 20, العدد الأول, 2004, ص.184.

[76] صـــلاح عبد الحكيم المصـــري, متطلبات اســـتخدام التوقيع الإلكتروني في إدارة مراكز تكنولوجيا المعلومات في الجامعات الفلســطينية في قطاع غزة, رســالة لاســتكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في إدارة الأعمال, كلية التجارة, قسم إدارة الأعمال, الجامعة الإسلامية, غزة, فلسطين, 2007, ص. 47.

[77] غازي أبو عرابي, فياض القضاة, المرجع السابق, ص. 185.

[78] علاء محمد نصيرات, المرجع السابق, ص. 70.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

الهيئة المختصة بالتصديق في مجال الدفع الالكتروني

د/باطـــــــي غنيـــــــــة
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2

ISBN: 978-9931-9651-0-7

الهيئة المختصة بالتصديق في مجال الدفع الالكتروني

الدكتور ة/ باطلي غنية (*)

ملخص: جاء قانون التجارة الالكترونية مكملا للقوانين المتفرقة التي عرفها المشرع الجزائري والمرتبطة بالجانب الالكتروني، منها القانون 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري 75-59 بنص المادة 543 مكرر 23 ومكرر 24 حيث تضمنت بطاقات الدفع وبطاقات السحب الالكترونية. ومن خلال القانون 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية نص المشرع الجزائري على طرق السداد في معاملات التجارة الالكترونية. وأكد على أن موقع الانترنت الموصول بمنصة الدفع الالكتروني يجب أن يكون مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني. وهو ما يؤكد وجود سلطة تصديق توثق المعاملات المالية الالكترونية بين البنوك، وتقوم هذه السلطة بتصديق كل عملية مالية إلكترونية وتعتبر هي المخول لها تحديد شروط وإجراءات العمل بأنظمة الدفع الالكتروني، تحت رقابة بنك الجزائر باعتباره صاحب السلطة في إصدار النقود وصاحب السلطة القائمة على المصادقة في مجال الدفع الالكتروني.

الكلمات المفتاحية: أنظمة الدفع الالكتروني، سلطات التصديق الالكترونية، التوثيق الالكتروني. شركة ساتيم، بنك الجزائر.

Abstract : The Electronic Commerce Law was complementary to the various laws known to the Algerian legislator related to the electronic aspect, including Law 02-05 amending and supplementing the Commercial Law 59-75 with the text of Article 543 bis 23 and 24 bis, which included payment cards and electronic debit cards. Through Law 18-05 of 10 May 2018 on electronic commerce, the Algerian legislator stipulated payment methods in electronic commerce transactions. He emphasized that the website connected to the electronic payment platform must be secured by an electronic authentication system. This confirms the existence of a certification authority documenting electronic financial transactions between banks, and this authority certifies every electronic financial transaction and is considered to be authorized to define the conditions and procedures for working with electronic payment systems, under the control of the Bank of Algeria as the owner of the authority to issue money and the owner of the authority based on authentication in the field of Online payment

Mots Clés : Electronic payment systems, Electronic certification authority, Electronic authentication. Satim society, Alegria Bank.

مقدمة :

(*)- أستاذة محاضرة قسم أ كلية الحقوق جامعة محمد لمين دباغين سطيف2
رئيسة فرقة بحث ضمن مخبر تطبيق التكنولوجيات الحديثة على القانون

يعتبر الجهاز المصرفي القطاع الحساس لأي بلد، حيث يعتبر الوسيط بين طالبي الأموال والعارضين له، وتستعمل في تلك الوساطة أدوات ووسائل دفع تسهل انتقال تلك الاموال بكل فاعلية، ونتيجة للتطور الذي عرفه العالم في مجال التكنولوجيا كان لزاما تطوير الانظمة المصرفية. ولقد تم وضع برنامج خاص بإصلاح نظام الدفع في الجزائر منذ 2005 وذلك بالتعاون مع وزارة المالية وبمساعدة البنك العالمي لإنجاز وتدعيم نظام الكتروني متطور، حيث اشتمل على نظام الدفع الشامل ونظام التسوية الاجمالية للمبالغ الحقيقية في وقت حقيقي، فضلا عن تحديث نظام الدفع وذلك باعتماد اسلوب المقاصة عن بعد لجميع وسائل الدفع.

و لقد أوكل الامر 03-11[1] للبنوك وحسب نص المادة 70 أن تقوم دون سواها بجميع العمليات المبينة في المواد من 66 إلى 68، بمعنى أنه يمكن للبنوك القيام بإدارة وسائل الدفع ووضعها تحت تصرف زبائنها ونص المشرع الجزائري في المادة 71 [2]من نفس الأمر على العمليات التي يمكن للمؤسسات المالية القيام بها، وتلك التي لا يمكن القيام بها مقارنة بالبنوك.

ولقد أعطى القانون 03-11 سلطة مستقلة لبنك الجزائر وسمح له بممارسة أفضل لمهامه[3]. وقد أعطى القانون 18-05[4] المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية مهمة لبنك الجزائر في مجال الدفع الالكتروني. حيث يقوم برقابة جهة المشرفة على التصديق الالكتروني، باعتباره صاحب السلطة في إصدار النقود وصاحب السلطة القائمة على المصادقة في مجال الدفع الالكتروني، ومن خلال القانون 18-05 نص المشرع الجزائري على طرق السداد في معاملات التجارة الالكترونية. وأكد على أن موقع الانترنت الموصول بمنصة الدفع الالكتروني يجب أن يكون مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني. وهو ما يؤكد وجود سلطة تصديق توثق المعاملات المالية الالكترونية

بين البنوك، وتقوم هذه السلطة بتصديق كل عملية مالية إلكترونية وتعتبر هي المخول لها تحديد شروط وإجراءات العمل بأنظمة الدفع الالكتروني،

ومع دخول تكنولوجيا المعلومات والاتصالات المجال البنكي ومع ما تحققه أنظمة الدفع الالكترونية من مزايا إلا أن التحدي والذي يحيط بالصيرفة الالكترونية من جهة ومسؤولية البنوك فيما يتعلق بهذه الوسائل الحديثة للدفع ومع ما تتطلبه من شروط ومتطلبات من جهة أخرى. ولأن عمليات الدفع الالكتروني تتم عبر شبكة مفتوحة، مما يفتح المجال للاحتيال والتلاعب بها وكذا التلاعب بحسابات المتعاملين، وجب على البنوك والمؤسسات المالية توفير الأمان المناسب وذلك باللجوء إلى وسائل تضمن المصداقية والموثوقية لها تحقيقا للثقة المطلوبة.

والإشكالية المطروحة هي: **كيف يتم تأمين وتوثيق طرق السداد الالكترونية وبالأخص بطاقة الدفع الالكتروني على ضوء قانون التجارة الالكترونية 18-05 وقانون التوقيع والتصديق الالكترونيين 15-04؟ أو بمعنى آخر هل هناك جهات للتصديق الالكتروني تشرف على ضمان وتأمين وتوثيق معاملات الدفع الالكتروني؟**

يندرج تحت هذه الإشكالية التساؤل التالي والذي يتمثل في: ما مدى استجابة المشرع من أجل مواكبة متطلبات التجارة الالكترونية بصفة عامة ووسائل الدفع الالكترونية بصفة خاصة بنصوص قانونية كافية لتنظيم عملية إصدار النقد الالكتروني وعملية إدارة وسائل الدفع الالكترونية؟

وللإجابة على هذه الاشكالية وعلى هذا التساؤل حاولنا التطرق في:

المبحث الأول: أنظمة الدفع الالكتروني.

المبحث الثاني: التصديق الالكتروني آلية لتأمين الدفع الالكتروني

المبحث الأول
أنظمة الدفع الالكتروني

الحقيقة أن أنظمة الدفع لا يفرضها القانون وانما هي نتاج اعتماد المجتمع لثقافة معينة ومواكبته للتكنولوجيا الحديثة ووعيه بإلزامية العمل بها، وذلك من خلال الخصائص والمميزات التي تتمتع بها والمزايا التي تقدمها، والتي تمنحها قبولا اجتماعيا كلما توافرت على مجموعة من المتطلبات(5): البساطة والوضوح،
المرونة والسهولة، والامان، كل هذه المتطلبات تعمل على زرع نوع من الموثوقية لدى المتعاملين والتي تسمح بانتشار التعامل بأنظمة ووسائل الدفع الالكترونية.

ويعرف نظام الدفع الالكتروني على أنه " منظومة متكاملة من النظم والبرامج التي توفرها المؤسسات المالية والمصرفية بهدف تسهيل عمليات الدفع الالكتروني الآمنة، تعمل هذه المنظومة تحت مظلة من القواعد والقوانين تضمن سرية وتأمين وحماية اجراءات الشراء وضمان وصول الخدمة إلى المستهلك"(6).

والدفع الالكتروني نظام ذكي يربط تكنولوجيا الاتصالات والانترنت مع البنوك التقليدية او شركات الاموال، بما يسمح لعملاء البنوك او مشتركي شركات الاموال هذه من استغلال ارصدتهم في عمليات الشراء وسداد الفواتير، وتحويل الاموال بشكل الكتروني دون حاجة للسداد النقدي التقليدي المباشر" (7).

وهو كل عملية تحويل للأموال الخاصة بسلعة معينة أو خدمات معينة بطريقة رقمية أي باستخدام دعامة إلكترونية وإرسال البيانات عبر خط هاتفي أو شبكة معينة أو أي طريقة لإرسال البيانات.

ومع انتشار التجارة الالكترونية كان من الضروري ظهور وسائل سداد تلائم مقتضياتها، بداية من اعتماد البنوك للتكنولوجيا الحديثة في جميع اعمالها ومعاملاتها، وتطبيق أنظمة دفع جديدة، وكذا

وسائل دفع جديدة، حيث شهدت الآونة الأخيرة تطورا وتقدما ملموسا في ولوج الافراد إلى عالم الانترنت وبالتالي عمليات الشراء والحصول على الخدمات من خلال شبكة الانترنت، ومن المتوقع أن تنتشر هذه التعاملات بشكل سريع إذا ما هيأت لها الأرضية وبالخصوص في مجال الصيرفة الالكترونية، حيث انتشرت على المستوى العالمي وسائل الدفع الالكترونية كوسيلة لتسوية المعاملات لما لها من مزايا عديدة.

وعليه نتطرق أولا إلى وسائل الدفع الالكتروني(**المطلب الأول)**، ثم أنظمة المقاصة في الجزائر
(المطلب الثاني)، ثم الترخيص بإصدار وسائل الدفع الالكترونية **(المطلب الثالث).**

المطلب الأول
وسائل الدفع الالكتروني

نص المشرع الجزائري في المادة 69 من الأمر 03-11 على وسائل الدفع عندما حاول تحديد العمليات المصرفية الواردة في المادة 66 من نفس الأمر حيث:" تتضمن العمليات المصرفية تلقي الأموال من الجمهور وعمليات القرض، وكذا وضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن وإدارة هذه الوسائل"[8]، ووسائل الدفع وفقا للمادة 69 من نفس الأمر هي: " كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

من خلال هذا النصوص تظهر نية المشرع في الانتقال من وسائل الدفع التقليدية إلى وسائل حديثة إلكترونية، وقد استعمل المشرع مصطلح "وسائل الدفع الالكتروني" بصفة صريحة في الامر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب[9]، حيث اعتبرها من الإجراءات الوقائية والاحترازية لمكافحة التهريب.

كما أضاف باب رابع معنون "بعض وسائل وطرق الدفع" للكتاب الرابع من القانون التجاري المعنون " السندات التجارية" في كل من الفصل الأول تحت عنوان التحويل المادة 543 مكرر19 ومكرر20، وفي الفصل الثاني تحت عنوان الاقتطاع المادة 543 مكرر 21 ومكرر 22، وفي الفصل الثالث الذي تضمن بطاقات الدفع والسحب المادة 543 مكرر 23 ومكرر 24[10].

كما أضاف القانون 05-10[11] المعدل والمتمم للقانون المدني نصوص جديدة تخص الكتابة في الشكل الالكتروني والتوقيع الالكتروني في المواد 323 مكرر و323 مكرر1 والمادة 327 الفقرة 2 بالإضافة إلى القانون 15-04 [12] المتعلق بالتصديق والتوقيع الالكترونين والذي جاء ليكمل ما كان ناقصا في قانون 05-10 والقانون 05-02، حيث جاء بهيئة جديدة وهي جهات المصادقة الالكترونية والتي تشرف على توثيق المعاملات الالكترونية وذلك في إطار تطوير العمليات التجارية المالية. ضف إلى ذلك فإن القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية عرف وسائل الدفع الالكترونية في المادة 06 منه الفقرة 05 وهي كمايلي: " كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو بعد عبر منظومة الكترونية". كما نص في الفصل السادس على طرق السداد الالكترونية في المواد 27 و28 و29.

ومن خلال المادة 27 مكن المشرع أي متعامل وبالأخص المستهلك الالكتروني من سداد معاملته الالكترونية وبغرض الحصول على منتوجه أو خدمته أن يقوم بالدفع الالكتروني من خلال طريقتين تتمثل الأولى: في الدفع عبر تقنية الاتصالات أي عبر منظومة إلكترونية والتي تتطلب مجموعة من الضوابط والشروط، وأهم الوسائل المتاحة هي التحويل الالكتروني والبطاقات الالكترونية، أما

الطريقة الثانية فهي يدوية والتي تتم عند تسليم المنتوج بمعنى ان الدفع يتم تقليديا.

وقد حصر المشرع الجزائري على امكانية الدفع في المعاملات التجارية الالكترونية الدولية والتي تتم عن بعد في الفقرة 3 من المادة 27 على الدفع عبر الاتصالات الالكترونية طبعا لخصوصية المعاملة.

وقد ذكرت المادة 27 في الفقرة 2 مجموعة من الضوابط، حيث يجب:

_ أن يتم الدفع من خلال منصات يتم إنشاؤها لهذا الغرض، واستعمالها بشكل حصري من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر، وكذا بريد الجزائر.

_ أن تكون البطاقة البنكية مطابقة لمعيار الأمان الدولي EMV[13].

_ تخضع المنصات الدفع الالكتروني لرقابة بنك الجزائر (المادة 29).

_ وتشير المادة 28 من نفس القانون أن موقع الانترنت الموصول بمنصة الدفع الالكتروني يجب أن يكون مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني.

يستنتج في الاخير أن هناك سلطة تصديق توثق المعاملات المالية الالكترونية بين البنوك.

والمشرع الجزائري لم يبين أنواع وسائل الدفع الالكتروني وإنما تكلم عنها بصفة العمومية، لذا يمكننا أن نميز بين نوعين من وسائل الدفع الالكتروني، نوع كان موجود سابقا والتغير الذي طرأ عليه هو طريقة معالجتها (مثلا الاوراق التجارية الالكترونية)، بالإضافة إلى التحويلات البنكية والبطاقات البنكية وكلها تجتمع على فكرة واحدة وهي التسوية عن طريق نقل أرقام تدل على قيم مالية من حساب المدين إلى حساب الدائن، ونوع آخر حديث يتلاءم مع متطلبات التجارة

الالكترونية. كالنقود الالكترونية والبطاقات الذكية وحافظة النقود الالكترونية والنقود الشبكية. حيث يتم الوفاء بالالتزامات عن طريق التحويل الالكتروني والذي يقوم به البنك نفسه، أو عن طريق تحكم البنك في وسائل الدفع الحديثة،

يفهم من كل ما تقدم أن الدفع الالكتروني يتم إما عن طريق:

- **التحويل الالكتروني:** والذي يتمثل في تحويل مبلغ من حساب العميل المدين إلى حساب المستفيد الدائن، والبنك هو الوسيط في هذه العملية، ولابد للمشتري من الاعتماد على البنك في عملية التحويل، وقد يتم التحويل داخليا (أي داخل الدولة لدى البنك نفسه أو بين البنك وفرعه أو بين البنك وبنك آخر) أو دوليا[14].
- **بطاقات الدفع الالكتروني:** والتي حلت محل الشيك حيث يمكن من خلال هذه البطاقات التسوق عبر الانترنت وسداد المشتريات، ويرتبط استعمال البطاقات غالبا بالتجارة الالكترونية ويقوم نظام الدفع بالبطاقات على عملية التحويل الالكتروني بين الحسابات[15].
- **الاوراق التجارية الالكترونية**: والتي تعتبر من الوسائل الحديثة والتي لاقت ترحيبا كبير في الوسط التجاري الالكتروني خصوصا الشيك الالكتروني، وتقوم هذه الاوراق كذلك على تقنية التحويل الالكتروني للأموال.
- **النقود الالكترونية وحافظة النقود الالكترونية:** تعتبر من بين الوسائل التي يتم بها الوفاء مباشرة عبر الانترنت، وهي عبارة عن مخزون إلكتروني لقيمة نقدية على وسيلة تقنية وتستعمل للوفاء عند التسوق عبر الانترنت ولا تحتاج لوجود حساب بنكي عند إجراء المعاملة وتستخدم كأداة محمولة مدفوعة مسبقا[16]. بالإضافة إلى هذه الوسائل قام المشرع الجزائري بتحديث أنظمة للمقاصة لتحسين الوضعية التي كانت تعمل بها البنوك.

وبخصوص البطاقات الالكترونية أورد المشرع الجزائري تعريفا خاصا ببطاقة الدفع في المادة 543 مكرر23 من القانون التجاري المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 والتي تنص على ما يلي:" تعتبر بطاقة دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال" وكذلك عرفت المادة 6 الفقرة 5 من القانون 18-05 وسيلة الدفع الالكتروني على أنها:" كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة إلكترونية"

ويفهم من هذه المواد أن بطاقة الوفاء أو الأداء هي ورقة تتضمن أمر أو التزام بالأداء غير قابل للرجوع فيه من طرف العميل صاحب البطاقة إلى المؤسسة المصدرة لها، قصد القيام بتحويل مبلغ محدد من حسابه إلى حساب التاجر، المنخرط في نظام الدفع بالبطاقات.

وعرّف التشريع الفرنسي بطاقة الوفاء في المادة 57-01 من المرسوم المؤرخ في 30 أكتوبر1935 المعدل بالقانون 91-1382 الصادر في 30 ديسمبر1991 المتعلق بأمن الشبكات وبطاقات الوفاء كما يلي: "تعتبر بطاقة وفاء كل بطاقة تسمح لحاملها بسحب أو نقل أموال، وهذه البطاقات لا يمكن أن تصدرها إلا مؤسسات القرض...وكذا الخزينة العامة بنك فرنسا، مصالح البريد وصندوق الودائع والأمانات..."[17]، كما جاء تعريفها كذلك في قانون النقد والمال الفرنسي في المادة 01/132 [18].

جاء قانون النقد والمال الفرنسي في تعريفه بنفس الصياغة، حيث ركز على وظائف البطاقات. وفي الحقيقة أن للبطاقات أربعة وظائف والتي يمكن أن تتحد في بطاقة واحدة كما يمكن أن تقوم البطاقة بوظيفة واحدة فقط أو أكثر[19].

وقد أعطى المشرع الفرنسي تعريف صريح لبطاقة الدفع في قانون أمن الشيكات وبطاقة الوفاء على أنها: " أداة تصدر عن إحدى

مؤسسات الائتمان أو إحدى الجهات المنصوص عليها في القانون رقم: 46-84 الصادر في 24 جانفي1984 والخاص بنشاط ورقابة مؤسسات الائتمان (القرض) وتسمح لحاملها بسحب أو تحويل نقود لحسابه".

وعلى غرار المشرع الفرنسي فإن المشرع الجزائري تناول بطاقة الدفع بالتعريف من خلال المادة 543 مكرر23 من القانون 05-02 دون أن يتدخل في تنظيمها بنصوص قانونية صريحة ليكون من اليسير على البنوك أن تصدر هذه البطاقات بما يتماشى مع تطور البيئة التجارية لعدم جمودها ومرونتها، مما يسمح لها بمواكبة التطور الحاصل في العمليات البنكية.

وقد عيب على تعريف المشرع الجزائري لأنه اكتفى بتحديد جهة واحدة مخولة لها إصدار بطاقة الوفاء، وهي البنوك المادة 70 من الأمر 03-11، مخالفا بذلك المشرع الفرنسي، ومتوافقا معه في تحديد وظيفة بطاقة الدفع.

بالإضافة إلى هذه الوسائل هناك بعض الانظمة والتي تبناها المشرع الجزائري في خضم تحديثه للبنوك والصيرفة الالكترونية، تتمثل في المقاصة الالكترونية.

المطلب الثاني

المقاصة الالكترونية في الجزائر

بموجب نظام بنك الجزائر 03/97 المؤرخ في 17 نوفمبر 1997 المتعلق بغرفة المقاصة في المادة 3 منه يتضح أن مهمة غرفة المقاصة هو تسيير وتسهيل العمليات المالية اليومية بغض النظر عن الوسائل المستعملة عادية كانت او الكترونية يتحمل مصاريف تسييرها المشتركين فيها حسب الشروط المقررة من طرف بنك الجزائر (البنك المركزي سابقا).

وتشير المادة 18 من نفس النظام أنه يقصد بالمقاصة:" كافة العمليات التحويلية اليومية بين بنك الجزائر والأعضاء من جهة وبين الأعضاء فيما بينهم من جهة أخرى، لصالح صاحب الحساب لدى المشتركين فيها بكافة وسائل الدفع التقليدية والالكترونية، ويتم ذلك في مقر غرفة المقاصة وبحضور ممثل لكل عضو معني بالعملية التحويلية[20].

ويقصد بالمقاصة الالكترونية: " الوفاء بدين مطلوب لدائن من مدينه بواسطة الوسائل الالكترونية، وتحدث المقاصة بين البنوك داخل غرفة المقاصة وهي تصفية للديون والحقوق بين مختلف المتعاملين"[21].

ويقصد بها كذلك: "نظام لتسوية مدفوعات الشيكات الكترونيا بين المصارف بدلا من المدفوعات الورقية في غرف المقاصة، ويتم تسجيل المدفوعات على شرط ممغنط"[22]. كما تعرف على أنها:" منح الصلاحية من مصرف إلى آخر للقيام بحركة التحويلات المالية الدائنة والمدينة من حساب مصرفي إلى آخر بواسطة أجهزة الحاسوب"[23].

ولقد جرت تغيرات جذرية بخصوص أنظمة تسوية المدفوعات فيما يتعلق بعمليات المقاصة، وتمثلت دوافع هذا النظام في تغيير الوضعية المتبعة المتمثلة في[24]:

- الاستخدام الواسع للشيكات الذي طغى على بقية وسائل الدفع الأخرى، وتبادلها المادي بين المتعاملين في غرف المقاصة المحلية مما يجعلها عرضة للضياع، السرقة أو التلف .

- استخدام الشيكات يستغرق مدة طويلة لتحصيل قيمتها فضلا عن ذلك فإن الشيكات تنقصها المصداقية لهذا لا تحظى بقبول واسع.

_ أن أساس عملية التسوية ما بين البنوك التي تتم في غرف المقاصة لا تسمح للبنوك أن يكون لها تقدير آني ودقيق لأموالها.

وعلى هذا الاساس تم عصرنة نظام الدفع بإنشاء نظام مكمل لنظام RTGS [25]هو نظام ATCI [26]ويختص بالمعالجة الآلية لوسائل الدفع باستعمال وسائل متطورة مثل الماسحات الضوئية والبرمجيات المختلفة، ويمثل هذا النظام القسم الثاني من أنظمة الدفع المتطورة وفق المعايير الدولية بهدف تحسين الخدمات البنكية المقدمة للزبائن.

وقد تم اعتماد نظام المقاصة الالكترونية في الجزائر ATCI بموجب نظام بنك الجزائر 06/05[27]، يسمى بنظام الدفع الشامل أو المكثف، ويهدف هذه النظام إلى تسوية المعاملات ومعالجتها عن بعد télétraitement وإجراء المقاصة الالكترونية للشيكات والسندات والتحويلات و الاقتطاعات الأوتوماتيكية أو السحب أو الوفاء بواسطة البطاقات البنكية والتي تقل عن المليون دينار جزائري[28]،
أما المبالغ الكبيرة والتي تزيد عن مبلغ 1 مليون دينار جزائري فيتم تسويتها بواسطة نظام التسوية الإجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة في الوقت الحقيقي والدفع المستعجل RTGS.

وهذا الاخير هو عبارة عن نظام تسوية المبالغ الإجمالية في وقت حقيقي ويتم فيه سير التحويلات بصفة مستمرة وعلى الفور بدون تأجيل وعلى أساس إجمالي كما يعرف أيضا أنه نظام مركزي إلكتروني يعمل على أساس فوري إجمالي نهائي ومستمر، لتنفيذ أوامر التحويل الدائنة ويوفر نقطة تسوية لأنظمة التصفية العاملة في بلد ما من خلال الحسابات المركزية للمصارف. ويقصد بالتسوية الإجمالية كل عملية يجري تنفيذها في بنك الجزائر يكون على أساس إجمالي بعد التأكد من كفاية الرصيد، أما التسوية الفورية يدل على استمرارية العمليات ودون أن يكون هناك تأجيل لها، كما أن إتمام عملية التسوية يتم في الوقت ذاته، ويهدف هذا المشروع في إطار تحسين الخدمة المصرفية لاسيما

من حيث أنظمة الدفع وذلك رغبة في الوصول إلى المستوى الدولي[29] .

وقد نظم هذه المسالة النظام رقم 04/05[30]، والمتعاملون المشتركون في نظام المقاصة الالكترونية في الجزائر هم: الخزينة العامة، بريد الجزائر، بنك الجزائر، البنوك التجارية، وتعمل الجزائر على خلق بيئة قانونية سليمة، وذلك بالتعاون مع جهات دولية عالمية وجهات داخلية وطنية.

المطلب الثالث

الترخيص بإصدار انظمة ووسائل الدفع الالكترونية

تعتبر شركة SATIM[31] هي المتعامل الوحيد المخول له تحديد شروط إجراءات العمل بأنظمة الدفع الالكتروني، وكذا تحديد متطلبات إصدار وسائل الدفع الالكترونية وكيفية التعامل بها. وعليه فإن تجسيد موثوقية العمل بالبطاقة الالكترونية كسند موثق إلكترونيا يتطلب دفتر شروط يحكم منح التراخيص لمقدمي خدمات الدفع الالكتروني وذلك لدعم البنية التقنية لعملية الدفع الالكتروني [32]، وكل ذلك تحت إشراف بنك الجزائر باعتباره صاحب السلطة في إصدار النقود وصاحب السلطة القائمة على رقابة المصادقة في مجال الدفع الالكتروني. ويمارس الرقابة على شركة SATIM باعتبارها صاحبة السلطة في تصديق كل عملية مالية إلكترونية.

ويمكن اعتبار البطاقة محرر إلكتروني موثق ومؤمن بواسطة آلية التوقيع الالكتروني. ويتطلب العمل بوسائل الدفع الالكترونية دفتر شروط ينظم عملية منح التراخيص لمقدمي خدمات الدفع الالكتروني سواء مصدرين لبطاقات الدفع أو وكلاء عن مصدري بطاقات الدفع.[33] وعملية إصدار وسائل دفع الكترونية وبالأخص البطاقات الالكترونية تتطلب السماح للبنك بتخزين وحدات من النقود على البطاقات التي تحمل شرائح ممغنطة. أو من خلال تخزين النقود على

وسائط الكترونية مثل الحاسب الشخصي الذي يتم تحميله ببرنامج خاص لهذا الغرض، حيث تستخدم هذه النقود فيما بعد لإجراء المدفوعات ذات القيم المحدودة بتحويلها إلى الوسائط الالكترونية التابعة للأطراف المقابلة(34).

وتعتبر البنوك الجهة الوحيدة المخول لها إصدار وإدارة وسائل الدفع، حيث تنص المادة 71 من الامر 03-11 على أنه:" لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى"

والسؤال الذي يطرح بمناسبة إصدار وسائل الدفع الالكترونية هل هناك شروط خاصة للقيام بهذه المهمة أم أن صفة البنك المتوافرة قبلا كافية لإصدارها؟

إن إصدار وسائل الدفع الالكترونية يتطلب شروطا خاصة، نظرا لطبيعة هذه الوسائل والمخاطر التي تحيط بها، والتي قد تضر بالبنك والعميل، حيث قد يتعرض البنك أو العميل للتلاعب والاختراق. ومن هذه الشروط(35):

1/ أن يكون البنك مستوفيا للضوابط الرقابية التي تتعلق بمدى التزامه بكل من معيار كفاية رأسمال.

2/ أن يتبع البنك قواعد صارمة لإدارة مخاطر إصدار وسائل الدفع الالكترونية، وأن يحدد بدقة أنواع وسائل الدفع التي يرغب بإصدارها والشروط المتعلقة بها، والمسؤوليات المترتبة عنها ومسؤولية الاطراف ذات العلاقة بها.

3/ إفصاح البنك المرخص له بإصدار وسائل الدفع الالكترونية على موقع الواب الخاصة به بما يفيد حصوله على ترخيص بذلك، ورقم وتاريخ الحصول عليه، مع ربط هذا الموقع بصفحة بنك الجزائر المعلن فيها عن أسماء البنوك المرخص لها بذلك من خلال

HYPERTEXT LINKS حتى يتمكن العملاء من التأكد والتحقق من ذلك.

4/ أن يتم الحصول على موافقة العميل على الخصم من رصيد حسابه الجاري بالقيمة التي يتيحها البنك له إلكترونيا مع العمولة التي يتقاضاها البنك مقابل ذلك.

5/ أن يقتصر إصدار وسائل الدفع الالكترونية على الدينار الجزائري فقط لعملاء البنك خصما على حساباتهم الجارية الدائنة بالدينار الجزائري

بالإضافة إلى ذلك ومن خلال القانون 10-04[36] المعدل والمتمم للقانون 03-11 المتعلق بالنقد والقرض، فإن بنك الجزائر ملزم بالتأكد من سلامة وسائل الدفع، واشترط على البنوك التي تريد إصدار وسائل جديدة تقديم طلب لبنك الجزائر.

بعد تحديدنا لأنظمة الدفع الالكتروني والشروط المتطلبة لإصدار وسائل الدفع الالكتروني، نتطرق في المبحث الثاني إلى تحديد الجهة أو الهيئة التي تؤمن وتوثق الدفع في معاملات التجارة الالكترونية بصفة عامة ووسائل الدفع البنكية بما فيها الوسائل الحديثة للدفع بصفة خاصة.

المبحث الثاني
التصديق الالكتروني آلية لتأمين الدفع الالكتروني

إن عمليات الدفع بوسائل الكترونية تتم عبر شبكة مفتوحة والتي تفتح المجال للتلاعب بالحسابات، لذا وجب على المؤسسات المالية والبنوك توفير الأمان المناسب لها تحقيقا للثقة بين المتعاملين والعملاء، ومن ثم كان من اللازم اللجوء إلى وسائل الأمان والتوثيق لضمان الفعالية والنجاعة مما يضمن نجاح المعاملات التجارية الالكترونية،

وتقوم الجهة المسؤولة عن تقديم خدمة الدفع الالكتروني لتوفير الامان والثقة المتبادلة. وقبل أن نتطرق لعملية التصديق بحد ذاتها نتناول الجهة المسؤولة عن التصديق في مجال الدفع الالكتروني **(المطلب الأول)**، ثم عملية التصديق الالكتروني**(المطلب الثاني)**، وإلى بنك الجزائر باعتباره مسؤول عل ممارسة الرقابة على جهة التصديق(**المطلب الثالث)**

المطلب الأول
جهة تصديق الدفع الالكتروني

إن المشرع الجزائري وكغيره من المشرعين لم يعرف التصديق الالكتروني كعملية وإنما حدد القواعد التي تحكمها وتنظمها من خلال القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين

ويقصد بالتصديق الالكتروني التقنية أو العملية التي تضمن الجوانب الأمنية لتبادل المعلومات ورسائل البيانات عبر شبكة الانترنت، من سرية وتوثيق ونزاهة والتي تتطلبها أية عملية لإرساء مناخ من الثقة لدي المتعاملين وذلك عن طريق إقامة بنية ذات مفتاح عموميclé publique.

ويقصد به كذلك تقنية آمنة تضمن صحة التوقيع الالكتروني وارتباطه بالموقع، كما تضمن سلامة المستند الالكتروني، مع العلم أن الثقة والامان تعتبر من المتطلبات الاساسية التي يستوجب توافرها في المعاملات الالكترونية، نظرا لخصوصيتها والتي تتمثل في عدم الالتقاء المادي بين أطرافها ولا يجمعهما مجلس تعاقد واحد لذا يستلزم تواجد طرف ثالث حيادي يوثق هذه المعاملات[37].

وتسمح هيئة التصديق الالكتروني بتحديد هوية المتعاقد أو المتعامل عبر الانترنت بفضل تقنية التوقيع الالكتروني ويتم إثبات التوقيع الالكتروني من خلال شهادة رقمية صادرة عن جهات التصديق الالكتروني ويمكن تشبيه هذه الشهادة ببطاقة التعريف الوطنية.

ولقد فرضت التعاملات الالكترونية سواء بين الافراد او بين الاشخاص المعنوية العامة والخاصة ايجاد سبل وطرق، أو بالأحرى تقنيات توفر الامن والموثوقية في إبرامها، وبالتالي المصداقية على مدى مطابقتها للحقيقة عند إثباتها. حيث يرى جانب من الفقه أن عنصر الأمن القانوني يظهر من خلال أمرين: **الثقة** ومدى انعكاسها على الوسيط الالكتروني المستخدم في اثبات التصرف القانوني، **والامان في الوسيلة الالكترونية** أي بعدم وجود مسح للبيانات التي تتضمنها الوثائق الالكترونية(38).

وعليه فان رؤية المشرع وبدون شك بضرورة إيجاد طرف ثالث حيادي يؤكد على أن التوقيع الالكتروني (التوقيع بالبطاقة هو نوع من التوقيع الالكتروني الموصوف) صادر عن شخص معين دون غيره وأنه صحيح وان البيانات والرسائل المتبادلة صحيحة ولم يتم تحويرها أو تعديلها أثناء إرسالها أو أثناء انتقالها، تعتبر خطوة إيجابية ناجحة وأساسية في تطوير وانتشار المعاملات الالكترونية دون أي خوف أو ريبة(39).

وتتوقف حجية التوقيع الالكتروني ومعادلته للتوقيع التقليدي على مستوى الأمان القانوني الذي يحققه، لا سيما وأن التوقيع الالكتروني تتوافر فيه نفس شروط التوقيع التقليدي ويؤدي نفس وظائفه. وعلى هذا الاساس كان لابد من وجود وسائل تكفل حماية التوقيع الالكتروني من التلاعب به ونسبته لصاحبه وصحة الرسالة المرتبط بها التوقيع ومن بين هذه الوسائل جهة المصادقة الالكترونية(40).

وتعتبر هذه الجهة هي الوسيط بين المتعاملين عبر شبكة الانترنت، حيث يقوم هذا الوسيط بربط هوية مرسل السند الالكتروني بالمفتاح العام المقابل للمفتاح الخاص الذي يتم توقيع المستند الالكتروني به،

وذلك من خلال شهادة الكترونية تتضمن مجموعة من البيانات والتي من ضمنها المفتاح العام[41].

ولقد نص المرسوم التنفيذي 07-162[42] في المادة 3 مكرر الفقرة 9 على هذه الجهة وهي كل:

" شخص طبيعي أو معنوي يسلم شهادات الكترونية ويقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني[43].

وتعتبر شركة ساتيم SATIM هي المسؤولة على هيكلة النظام النقدي بين البنوك وهي المسؤولة عن التصديق في مجال الدفع الالكتروني، إذا الاعتماد على هذه الهيئات يكشف أي تعديل أو تغيير في بيانات البطاقة الالكترونية باعتبارها محرر الكتروني**[44]**.

ويلاحظ ان المشرع الجزائري قد ركز بيان الوظيفة الاساسية والمتمثلة في إصدار شهادات التصديق الالكتروني، وكذا خدمات أخرى لها ارتباط بالتصديق الالكتروني منها مراقبة مدى تمام المعاملة أو الصفقة أو العقد او التصرف من عدمه، والمحافظة على البيانات التي تحصلت عليها بمناسبة إشرافها على تمام المعاملة من أطرافها ومن بينها التوقيع الالكتروني. وعليه فجهة التصديق الالكتروني تلعب دور الوسيط والمراقب والشاهد والموثق. ويمكن لهذه الجهات تقديم خدمات اخرى تتعلق بالتوقيع او التصديق الالكترونيين مثل تاريخ التوقيع، خدمات النشر والاطلاع، الحفظ في الارشيف الالكتروني[45].

إن شركة ساتيم هي عبارة عن شركة مساهمة تعمل على تآليه المعاملات والتعاملات البنكية والنقدية والتي أنشأت في مارس 1996 من طرف البنوك العمومية : BEA, BNA, BDL, La CNEP, CPA, BADR, el BARAKA, CNMA ، وأول عمل بدأت به كان سنة 1997 حيث قامت بإعداد شبكة نقدية بين البنوك في الجزائر، وكانت لا تغطي إلا الخدمات المتعلقة بإصدار البطاقات البنكية المتعلقة بالسحب من الموزعات الآلية، وعليه يمكن للبنوك التجارية تقديم خدمة

سحب الاموال بواسطة الموزعات الآلية كما تعمل على ضمان حسن سير عملية السحب وتكامل الموزعات بين عدد من البنوك ، وإجراء مقاصة عمليات السحب بالإضافة إلى قبول البطاقة بين جميع البنوك المنخرطة حيث تؤمن تبادل التدفقات المالية بين المنخرطين والمؤسسة المسؤولة عن المقاصة ، تعمل كذلك على مراقبة البطاقات المزورة وكشف حاملي البطاقات إذا كانوا ضمن القائمة السوداء [46]. ويمكن للمؤسسات المالية الانضمام إلى الشبكة عن طريق توقيع اتفاقية بين البنوك وهي عقد تعاون يتعلق بالخدمات المقدمة من الشركة ويتم احترام الخصوصيات التقنية التي تضعها الشركة[47] .

ومن خلال المادة 28 من القانون 18-05 السالف الذكر يتضح أنه يجب أن يكون موقع الانترنت الخاص بالمورد الالكتروني موصول بمنصة الدفع الالكترونية مؤمنا بواسطة نظام التصديق الالكتروني، معنى ذلك أن يجب أن يكون هناك تكامل وانسجام بين كل من المورد الالكتروني ونظام الدفع الالكتروني من خلال تأمين وتوثيق معاملاتهم ولا يتأتى ذلك إلا بإشراف شركة ساتيم على منصة الدفع الالكتروني كما جاءت في المادة مع خضوع ذلك لرقابة بنك الجزائر الذي يسهر على ضمان سيرورة الدفع الالكتروني في مناخ يسوده السرية والخصوصية والامان وسلامة العملية والبيانات وهذا يظهر من محتوى المادة 29 من القانون السالف الذكر.

وتعتبر شركة ساتيم هيئة من هيئات التصديق أو التوثيق الالكتروني تعمل على توثيق والمصادقة على التوقيعات والمعاملات المالية الالكترونية بين البنوك، وذلك بالاعتماد على قواعد تقنية وضعت خصيصا بغرض التأكد من أن التوقيع الالكتروني هو نفسه وأن المعاملة صحيحة، وعليه فإن الامن القانوني يتحقق عندما تكون هناك ثقة في التصرف الالكتروني وفي توثيق وتأكيد المعاملات في المجال الالكتروني.

والشركة النقدية بين البنوك هي الهيئة المخول لها قانونا التصديق في مجال الدفع الالكتروني، على اعتبار أن التعامل بوسائل الدفع الالكترونية بصفة عامة وببطاقة الدفع الالكترونية بصفة خاصة، تجسد من خلال العديد من النصوص القانونية سواء تلك التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال قانون النقد والقرض لسنة 2003، أو القانون 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري وكذا القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، والقانون 15-04 السالف الذكر والقانون 18-05 السالف الذكر، وكذا القانون 18-07 المتعلق بحماية المعطيات الشخصية للشخص الطبيعي.

وموثوقية التعامل بالبطاقة الالكترونية تتضح من خلال اعتبارها نوع من أنواع التوقيع الالكتروني الموصوف او المؤمن. ويعد من أكثر التوقيعات الالكترونية انتشارا وهو أول شكل أفرزته التكنولوجيا الحديثة. تحتوي هذه البطاقات على شريط الكتروني تخزن فيه المعلومات الخاصة بصاحب البطاقة، ويتم إدخال هذه البطاقة سواء في جهاز الصراف الآلي أو في أجهزة البنوك أو أجهزة الدفع الالكتروني الموجودة على مستوى المساحات التجارية الكبرى، ثم إدخال الرقم السري الذي يعد بمثابة توقيع على لوحة المفاتيح، ثم يتم منح الأمر للجهاز الآلي سواء بالسحب أو بالإيداع أو بالتسديد[48].

وقد صدر أول حكم قضائي في فرنسا في 1987/04/19 عن محكمة (Montpelier) ثم أيدت محكمة النقض الفرنسية هذا الحكم في 1989/11/8. حيث اعترفت المحكمة بحجية التوقيع الالكتروني كدليل كامل في الإثبات وبذلك سبق المشرع الفرنسي في الاعتراف بالقيمة القانونية للدليل الالكتروني حينما اعترفت بحجية البطاقة البنكية وبصحة الاتفاق بين البنك والعميل[49].

وتعتبر شركة ساتيم المتعامل في القطاع المالي المتخصص في تقديم الخدمات مع التزايد المستمر للعولمة وادخال التكنولوجيا الحديثة

في المجال البنكي وفي المعاملات النقدية بين البنوك، حيث تعتبر حلقة الوصل بين الجهة المصدرة للبطاقات (البنوك) وحاملي البطاقات، والتاجر أو المورد من خلال أجهزة الدفع TPE[50]، وكذا تعمل على تنظيم العمل بأجهزة الصراف الآلي[51] DAB وكذا GAB [52]، وتعتبر حلقة الوصل بين مركز التشخيص وكذا المواقع الالكترونية على الواب والمراكز العالمية المصدرة للبطاقات العالمية الفيزا والماستر كارد ومركز قبل المقاصة بين البنوك(CPI)[53]، ولديها تقنيات خاصة وقواعد بين البنوك وتعريفة tarification بين البنوك وكذا قواعد للأمان[54].

1/ الوظائف الأساسية لشركة SATIM: تتمتع شركة ساتيم بمهام أساسية تتمثل في[55]**:**

- تضمن تسيير إدارة المعاملات بين البنوك.
- وضع وتطوير وسائل الدفع الالكتروني.
- ضمان اليقظة للبقاء على مستوى التطور التكنولوجي في المجال النقدي.
- وفي مجال الامان والموثوقيةla sécurité et confiance تعمل الشركة على ضمان تأمين جميع المعاملات النقدية من خلال وضع وتوفير قواعد للأمان وكذا للتشفير.
- أما في مجال تقديم الخدمات service : تعمل على ادماج، وتسييرTPE, DAB,GAB
- شخصنة البطاقات وضمان سيرورة نظام الدفع بين اطرافه.
- تسوية المنازعات.
- التوجيه والاشراف على قواعد البيانات التابعة للعميل أو التاجر.

2/ الغاية من الضوابط العالمية EMV: تتمثل في[56]:

- ضمان التشغيل البيني حيث تسمح بتوحيد المبادلات بطاقة / النهاية الطرفية.

° محاربة الغش عن طريق تعزيز الأمن: من خلال تقنية الشريحة، الشهادة الرقمية، مفاتيح التشفير (RSA,3DES)[57]

المطلب الثاني

عملية التصديق الالكتروني

يتم تصديق المعاملات النقدية بين البنوك (RMI[58]) من طرف شركة SATIM والتي تعتبر المتعامل النقدي بين البنوك التي عهدت لها مهمة ضمان وتأمين كل المعاملات والمبالات النقدية، وتعتبر هي المشرف على مفاتيح التشفير: حيث تقوم بتشخيص البطاقات من خلال اعداد وتحضير بيانات الشريط أو الشريحة، وفي نفس الوقت هي التي تعطي الترخيص لأجل التحقق من الكود PIN[59]، والسحب من خلال الشريط المغناطيسي، وكذا الدفع من خلال شريحة EMV، اكتساب الرمزPIN ثلاثي الأبعاد وكذا الاشراف على المفاتيح DAB, TPE . والعمل على خلق الارقام السرية وطباعتها وتعميمها. والغاية من تأمين الشبكة النقدية بين البنوك هي توثيق البطاقات وحاملها وفقا لإعدادات وتقنيات معينة، وكذا ضمان المعاملات بدون أخطار الغش والاحتيال، وتتمثل هذه الإعدادات في[60]:

الفرع الاول

إعدادات التصديق الالكتروني

إن الشبكة النقدية بين البنوك اعتمدت تقنية البطاقة بشريحة وطريقة التوثيق SDA لما لهما من ايجابيات وكذا اعتماد معيار الامان الدولي EMV:

أولا/ البطاقة بشريحة: و تحقق البطاقة بشريحة أمان للمتعاملين بها وذلك للأسباب التالية:

° تصميم متجانس ومتناغم يجعل الدخول إلى الدوائر الداخلية للشريحة، والازدواجية او النسخ صعب جدا.

° قفل، مادي ومنطقي للشريحة غير قابل للانعكاس بعد كل خطوة من عملية التصنيع.
° تجهيز الشريحة بأجهزة كشف التسلل أو الدخول، يجعل البطاقة صامتة.
° استعمال البيانات المؤمنة منذ تصنيعا إلى غاية تشخيصها.
- بالنسبة لصانع الشريحة: يعتمد رقم تسلسلي وحيد، واعتماد القفل بواسطة مفاتيح آمنة. أما بالنسبة لصانع البطاقة (التهيئة): وحدوية المراجع، العميل. ورقم تسلسلي وحيد للبطاقة. والقفل بواسطة مفاتيح مؤمنة ورقم سري. ثم تأتي مرحلة التشخيص: حيث يتم التركيز على معطيات العميل ومفاتيح التشفير.

ثانيا/ استعمال النظام النقدي الجزائري بين البنوك لطريقة التوثيق SDA: من خلال هذه الطريقة يتم الاعتماد على بيانات التشفير حيث يتم[61]:

° **تحديد التطبيق:** تحديد التطبيق[62](AID)، اسم التطبيق[63](CIB)، اللغة المستعملة ....الخ
° **بيانات إدارة المخاطر:** عدد المعاملات المرخص بها خارج الخط، المبلغ الاقصى التراكمي الذي يمكن اعتماده خارج الخط ،.....الخ
° **بيانات العميل**: الاسم، رقم البطاقة، تاريخ بداية صلاحية البطاقة، تاريخ نهاية الصلاحية، رقم الخدمة، مسار ISO 2 ، .....الخ
° **بيانات نظم التطبيق**: قواعد استعمال البطاقة، طريقة التوثيق أو التصديق، رمز البلد المصدر (البنك)، رمز العملة الصعبة، ,,,,,,الخ.

ثالثا/ المطابقة لمعيار الآمان الدولي EMV:

° الرمز السري PIN مثلا (1357)
° ثلاث مفاتيح DES مثلا ج = المفتاح3 (المفتاح 2(المفتاح1))
° 01 زوج من مفاتيح الإرسال RSA (العام / الخاص)

الفرع الثاني

التصديق الالكتروني المطبق على التعاملات النقدية

يتم ذلك بالاعتماد على:

أولا/ الشهادة الرقمية: هي عبارة عن وثيقة رقمية تثبت ملكية المفتاح العام تحت تسمية: authentification فيما يتعلق بالشكل: شبكة دولية مناسبة للبطاقات المحلية، تحتوي مفتاح عام، العارض، طول نموذج المفتاح العام، اسم المصدر المؤسسة المالية، BIN ISO المصدر (المسلمة من طرف APACS)، AID الرقم التعريفي للتطبيق، تاريخ انتهاء صلاحية المفتاح، الرقم التسلسلي(64).

وتعمل الشهادة على إعطاء قيمة ومصداقية أكثر للتواقيع الالكترونية، حيث أن قيمة ومصداقية وموثوقية هذا الأخير تقوم على هذه الشهادة، والتي تستعمل كذلك للتحقق من التوقيع. وهي عبارة عن وثيقة إلكترونية اوجدت من أجل توثيق وتحديد الموقع، وسلامة الرسالة أو الوثيقة المتبادلة وحمايتها من التحريف أو التعديل أو التغيير، وتأمينها للوصول بشكل سليم للمرسل إليه. والشهادة التي نتكلم عنها هي الموصوفة والتي تقدم من مؤسسات تقدم خدمات التصديق الإلكتروني (ساتيم مثلا)، اي من طرف شخص مؤهل لتقديم هذه الخدمة، وأغلب هذه الشهادات لها صلاحية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد حتى يمكن له من المحافظة على سلامة الوثائق المرسلة مستقبلا(65).

ثالثا/ التوقيع الالكتروني: يمتاز التوقيع الالكتروني بالتكامل، وهو غير قابل للإنكار، ويعمل على التوثيق، ويشكل البصمة وحيدة.

البيانات ← تجزئة(البيانات)← **تشفير بالمفتاح الخاص** ← التوقيع ← **فك الشيفرة بالمفتاح العام** ← تجزئة البيانات ← البيانات

وأشارت المادة 3 مكرر الفقرة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 إلى أن: التوقيع الالكتروني المؤمن هو توقيع يفي بالمتطلبات الآتية(66):

- يكون خاصا بالموقع.
- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها
- يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلا للكشف عنه.

كما نصت عليه المادة 2 من القانون 04/15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكتروني: هو" بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

أي يفهم من هذه المادة أن التوقيع الالكتروني يستعمل لتوثيق البيانات وإثبات اتصالها بصاحبها أو نسبتها إلى صاحبها.

ونصت المادة 06 من ذات القانون على أن التوقيع الالكتروني يستعمل لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الالكتروني. ويتضح من خلال هذه المادة أن المشرع الجزائري ركز على وضائف التوقيع الالكتروني وهي نفسها الوظائف التي يحققها التوقيع العادي او التقليدي.

ونصت على التوقيع الالكتروني الموصوف المادة 7 من القانون 04/15 حيث أنه:" التوقيع الالكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية :

1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة
2- أن يرتبط بالموقع دون سواه
3- أن يمكن من تحديد هوية الموقع
4- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الالكتروني
5- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع

6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات بهذه البيانات"

من خلال هذه المادة نجد أن المشرع ركز فقط على التوقيع الالكتروني الموصوف والذي اشترط فيه مجموعة من الشروط أو المتطلبات حيث بدونها لا يعتد به كتوقيع موصوف وهو المقابل للتوقيع المؤمن أو المعزز في القانون الفرنسي. وهذا هو الحال بالنسبة للتوقيع الالكتروني المرتبط ببطاقات الدفع الالكتروني فهو من أنواع التوقيعات الالكترونية الموصوفة.

ثالثا/ بنية المفتاح العام Infrastructure à clés publiques (ICP): يضمن هذا النظام المشترك الموثوقية والتصديق والنزاهة وعدم الانكار، وتستعمل تقنيات التوقيع و التوثيق بالمفاتيح العامة التي تسمح بالتشفير والتوقيع على الرسالة وكذا على البيانات، وفي مجال التصديق الالكتروني المطبق على المعاملات النقدية تضمن شركة ساتيم دور الغير الموثق في اطار عمليات الدفع الذي يتم بموجب البطاقات. وتتمثل الغاية من نظام ICP هو تأمين المعاملات المالية بين الاطراف الاعضاء في نظام الدفع.

تتم المعاملات بين أطراف العملية بطريقة مشفرة من خلال برامج معدة لهذا الغرض، منها نظام المعاملات الالكترونية الآمنة والذي يتم من خلاله عدم إظهار الأرقام البنكية حيث تتم بطريقة مشفرة ويتم من أرشيف يسهل الرجوع إليه للمبالغ التي تم سحبها، ويقدم هذا النظام ضمانة أساسية وهي التكاملية أي أن الرسالة المرسلة هي نفسها الرسالة المستقبلة عن طريق البصمة الرقمية وسرية المعاملة من خلال تشفير المحتوى والتحقق من شخصية صاحب الرسالة(67).

و هناك بروتوكول الطبقات الأمنية Secure layer socket ( )، حيث ادخل هذا النظام من طرف شركة Net scape) communication Corp)، وهو برنامج بروتوكول تشفير

متخصص في نقل البيانات والمعلومات المشفرة بين جهازين عبر شبكة الانترنت بطريقة آمنة، بحيث لا يمكن لأي شخص قراءة الرسالة إلا المرسل والمستقبل وتكون عملية التشفير فيها قوية، ويصعب فكها ويقوم هذا البرنامج بربط المتصفح الموجود على الكمبيوتر المستخدم بالكمبيوتر المزود (الخادم) الخاص بالموقع المراد الشراء منه، وهذا طبعا إذا كان الكمبيوتر الخادم مزودا بهذه التقنية، ويقوم هذا البرنامج بتشفير أي معلومة صادرة من ذلك المتصفح وصولا إلى الكمبيوتر الخادم الخاص بالموقع باستخدام بروتوكول التحكم بالإرسال وبروتوكول الانترنت اللذان يعرفان بـ Transfer Control) Protocol /Internet Protocol) [68]

ولقد سميت بالطبقة الآمنة لأن هذا البرنامج يعمل كطبقة وسيطة تربط بين بروتوكول التحكم بإرسال وبروتوكول إرسال النص الفائق. (Hyper text Transfer Protocol)، كذلك يوجد بروتوكول الحركات المالية الآمنة (Secure Electronic transactions) ويسمح هذا البروتوكول الذي أدخلته كل من internationale (Master et Visa card) بمعرفة أطراف التبادل من خلال تبادل التوقيعات الالكترونية حتى أنه يعتبر بمثابة الحاكم في أغلب عمليات الدفع التي تجرى عبر الانترنت وقد قامت كبرى البنوك بالاشتراك مع كلتا الشركتين من أجل الوصول إلى معايير قياسية ونظام موحد حتى أصبح بروتوكول(Set) هو البروتوكول الآمن الأول المقدم من طرف شركات الائتمان لاستخدام بطاقات الائتمان ولتنفيذ العمليات التجارية[69].

الفرع الثالث
التصديق المطبق على الدفع عبر النهايات الطرفية TPE

ويتم ذلك كمايلي:

أولا/ قواعد الآمان المعمول بها عند الدفع الخطي بواسطة البطاقة:
تتمثل إجراءات التصديق عند الدفع الخطي بواسطة البطاقة فيمايلي[70]:
_ **الخطوة الأولى**: توثيق المفتاح العام للمرسل (SDA):
المصدر ـــــ شركة ساتيم (الغير الموثق) ـــــ العميل
أ/ Si, Pi مفاتيح تم إنشائها بواسطة شركة ساتيم من أجل المصدرين
المفتاح الخاص **Si** (المصدر) + المفتاح العام **Pi** (المصدر) ـــ المفتاح الخاص **Ss**(ساتيم) + المفتاح العام **Ps** (شركة ساتيم)
ب/ ساتيم توثق**Pi** وتنشأ شهادة ل **Pi, Ss** ـــ **Pi** موثق **Ss** ـــ **المفتاح العام Pi للمصدر تم التوثيق والتصديق عليه من طرف شركة سايتم باعتبارها جهة تصديق.**
الخطوة الثانية: توزيع المفاتيح والتشخيص: لدى كل من المصدر وشركة ساتيم مفاتيح عامة وخاصة
بالنسبة للمصدر: لديه المفتاح الخاص Si، ومفتاح عام Pi، يتم توثيق المفتاح العام Pi بواسطة المفتاح الخاصSs ، ثم يتم استعمال المفتاح الخاص Ss من أجل خلق التوقيع الالكتروني للبطاقة، حيث تكون شركة ساتيم قد قامت بتعبئة البطاقة بواسطة SDA، Pi موثق (موصوف)، البيانات. ومن جهتها ساتيم يكون المفتاح العام الخاص بها معبأ على جميع النهايات الطرفية TPE terminal وتعمل على إنشاء SDA الذي يستند على رقم البطاقة وبعض المعلومات الاخرى. والنتائج المتوصل إليها هي:
- التوقيع هو الوحيد بواسطة البطاقة SDA
- Pi الوحيد بواسطة المصدر
- Ps هو نفسه في جميع النهايات الطرفية للدفع TPE

الخطوة الثالثة: التوثيق (التصديق): استرجاع المفتاح العام الخاص بالمصدر

البطاقة ـــــ المفتاح العام (للمصدر)الموثق ـــــ TPE (المفتاح العام ساتيم),

في المرحلة الأولى يتم التوقيع بالمفتاح الخاص لساتيم، وفي المرحلة الثانية وبواسطة المفتاح العام لشركة ساتيم، فإن TPE يتحقق من المفتاح العام للمصدر، أي أن TPE يتحقق من موثوقية المصدر، ففي هذه المرحلة يتم التحقق من توقيع المعطيات الحساسة، حيث أن البطاقة تحتوي على معطيات حساسة وعند ادخال البطاقة في قارئ البطاقات يتم التعامل مع المعطيات الحساسة المدخلة للبطاقة مسبقا والتحقق منها من خلال التوقيع (و التي تم توقيعها بواسطة المفتاح الخاص للمصدر)

_ ثم وباستعمال المفتاح العام لشركة ساتيم يتم استرجاعها،

_ فيما بعد يقوم قاريء الجهار بالتدقيق (إعادة حساب) المعطيات الحساسة،

_ يقوم قاريء البطاقة بمقارنة المعطيات الحساسة التي تم تجميعها وتخزينها وحفظها والموقع عليها بالمفتاح الخاص مع المعطيات التي تم ايجادها من طرف شركة ساتيم باستعمالها لمفتاحها الخاص.

ثانيا/ قواعد الامان المطبقة على الدفع الالكتروني عبر الانترنت بواسطة البطاقة

إن الدفع عبر الخط والذي يتم باستعمال البطاقة البنكية هو الوسيلة الأكثر انتشارا بين مستعملي الانترنت، والذي لا يمكن أن يتم دون الثقة والامان، وتعتبر الثقة في تأمين المعاملات على الخط من الضروريات لتطوير الوفاء عبر الانترنت. إن قواعد الأمن الجديدة والتي وضعت من طرف المنظمات الدولية من أجل مواجهة ومجابهة أخطار الغش، تعتمد على قواعد الأمن والتي يجب على مستعملي الانترنت احترامها

ومن بينها: **PCI (Payment Card Industry)- DSS (Data Security Standard)** ويستعمل هذا النظام في[70]:

- حماية معطيات البطاقة(حماية الشبكات، تشفير قواعد البيانات، الاشراف وتسيير كلمات السر، قواعد الارشيف، الحماية ضد الفيروسات)
- تأمين المبادلات بواسطة الشهادات SSL
- استعمال البروتوكول 3D- Secure وهو عبارة عن بروتوكول والذي يحدد العلاقات بين الاطراف المتدخلة في معاملات الدفع على الخط وهم :

1/ مجال المصدرين: وهو المسؤول على تفعيل العملاء وتوثيقهم.

2/ المجال البنكي: تسهيل المبادلات بين المجالين الاخرين بواسطة بروتوكول مشترك وخدمات متبادلة

3/ مجال الاكتساب(الحصول): مسؤول على ادماج المؤسسة من خلال التوقيع على الاتفاقية.

من خلال هذا البروتوكول يتم:

- التصديق والتوثيق: استعمال معطيات "حساسة وسرية" والتي يتم تداولها بين العميل وبنكه اثناء المعاملة، وتقوم مسؤولية العميل.
- ضمان المؤسسة للدفع إلى غاية الدفع بعدم انكار المعاملة

أما في حالة عدم اعتماد هذا النظام:

- فالمؤسسة المصدرة هي التي تتحمل عبء الغش.
- يتم تعويض العميل في حالة انكار المعاملة.
- يمكن اعتراض معطيات العميل من طرف الغير.

المطلب الثالث

بنك الجزائر هيئة رقابة على جهة التصديق الالكتروني

إن بنك الجزائر هو أعلى جهاز في التركيبة المصرفية، وباعتباره المستشار الاقتصادي والمالي للحكومة له دور كبير في تأهيل النظام المصرفي بصفة عامة ونظام الدفع الالكتروني بصفة خاصة. حيث يقوم بمنح الاعتماد للبنوك الراغبة للانخراط في أرضية الدفع الالكتروني، وكذا من خلال دوره الرقابي لمنصات الدفع الالكتروني[71].

حيث تمارس هذه الرقابة من قبل السلطات النقدية في أي بلد للتحقق من سلامة النظم المصرفية والنقدية والائتمانية المطبقة، والتأكد من صحة تطبيق القوانين والانظمة والتعليمات المصرفية الصادرة، والاشراف والمراقبة سواء كان مجلس النقد والقرض أو السلطة المخول لها القانون حق الاشراف والرقابة[72].

وعليه تتمثل مهمة بنك الجزائر في الرقابة الكمية والنوعية والرقابة القانونية والادارية وقد أضاف قانون التجارة الالكترونية دور آخر في مجال الدفع الالكتروني وهذا ناتج عن الحرص الشديد الذي أولته غالبية المؤسسات الدولية المعنية بأنظمة الدفع بضرورة وجود رؤية شاملة وبضرورة إعداد إطار قانوني خاص. وفي إطار الدور الرقابي لبنك الجزائر فقد نصت المادة 12 من النظام رقم 05-07 المتضمن امن أنظمة الدفع حيث يتوجب على بنك الجزائر[73]:

- السعي على أمن البنية الأساسية لنظام الدفع الالكتروني إلى جانب الدفع النقدي، واتخاذ القرار المناسب بوقف وسائل الدفع التي لا تتوفر فيها الضمانات الأمنية المطلوبة
- يتوجب على بنك الجزائر التأكد من توفر أمن بطاقات الدفع، كما يتعين على بنك الجزائر متابعة مدى توفر شروط الأمن لدى التجار والموردين الالكترونيين.
- متابعة إحصاءات التدليس المخلة بأمن نظام الدفع الالكتروني

° متابعة كل التطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا التي قد تؤثر سلبا على امن وسلامة بطاقات الدفع.

وعلى اعتبار أن لبنك الجزائر دور رقابي وإشرافي على السير الحسن لنظام الدفع الالكتروني، فإنه لا يعد عضوا منخرطا في مجمع المنفعة الاقتصادية لخدمات الدفع الآلي GIE monétique الذي توكل له مهمة مراقبة نشاط مركز النقد الآلي البنكي CMI في إطار تفويضه بمهام الترخيص والتوجيه في تبادل معاملات النقد الآلي ويسهر على التحسين لآليات الأمن والسلامة وفقا للمعايير الدولية والتي تتجسد في مجموعة من الأدوات(74):

° ميثاق الامن الذي يغطي الجوانب التقنية والتنظيمية والقانونية في إطار النقد البنكي CIB.

° تسخير آليات لمكافحة الغش النقدي كوقاية ومعالجة.

° أمن وسائل الدفع بالاستعلام حول آخر القواعد الامنية في مجال النقد الآلي.

° إعتماد نظام المعيار التقني المعد من قبل الهيئات الدولية يحدد التفاعل بين وسائل الدفع لضمان سلامة وأمن المعلومات أمن مخططات الدفع الالكتروني TPE بحيث لا يمكن تسويق استغلال محطة الدفع الالكتروني إلا إذا كان مصادق عليه من مجمع النقد الآلي. وعليه فإن خدمة الدفع بواسطة البطاقة مرخصة فقط على المواقع المصادق عليها من قبل GIE والتي تستجيب لمتطلبات تشفير المبادلات مع منصة الدفع الالكتروني البنكي وإثبات هوية الحامل بطريق 3D- SECUR

الخاتمة:

إن نظام الدفع الإلكتروني في البنوك الجزائرية في تطور مستمر، ولكنه يسير بخطى بطيئة، إلا أنه ومع التحولات الاقتصادية أجبرت الجزائر على إصلاح أنظمة الدفع لمواجهة التحديات التكنولوجية، وذلك بإدخال تقنيات مصرفية جديدة لتحسين عمليات السداد، وكان أول الخطى هي

تأسيس شركة "ساتيم " وانشاء مشروع تحديث وسائل وأنظمة الدفع عام 2005 الذي تضمن نظام التسوية الإجمالية لمبالغ كبيرة ونظام المقاصة الإلكترونية. ثم تعديل القانون التجاري والقانون المدني وإصدار قانون يتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونين وكذا قانون للتجارة الالكترونية وقانون يتعلق بحماية المعطيات الشخصية للأشخاص الطبيعية

ومن خلال هذا البحث المتواضع توصلنا إلى مجموعة من النتائج تتمثل فيمايلي:

_ إن نظام الدفع الإلكتروني يقضي على كثير من المشاكل التي كانت تشكل عائقا في طرق السداد التقليدية.

° يمكن للبنوك وحدها القيام بإصدار وبإدارة وسائل الدفع ووضعها تحت تصرف زبائنها.

° وسيلة دفع الكتروني هي كل وسيلة دفع مرخص بها طبقا للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو بعد عبر منظومة الكترونية.

° يتم الدفع عبر تقنية الاتصالات أي عبر منظومة إلكترونية والتي تتطلب مجموعة من الضوابط والشروط، أو عند تسليم المنتوج .

° إن الدفع يتم من خلال منصات يتم إنشاؤها لهذا الغرض، واستعمالها بشكل حصري من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر، وكذا بريد الجزائر.

° أن موقع الانترنت الموصول بمنصة الدفع الالكتروني يجب أن يكون مؤمنا بواسطة نظام تصديق الكتروني.

° بظهور نظام المقاصة الإلكترونية تم تحويل المقاصة التقليدية من وسيلة دفع ذات نقائص إلى نظام أكثر فعالية، وذلك بوضع شبكة إلكترونية ما بين البنوك المساهمين في عملية المقاصة الإلكترونية،

بحيث تتم المبادلات بشكل مؤمن. وذلك بجمع أرصدة التغطية المباشرة في حساب واحد، تقليص أجال تغطية القيم بين البنوك، وكذا اعتماد آليات لتوثيق المعاملات البنكية المالية كالتوقيع والتصديق الالكتروني.

° يتطلب العمل بوسائل الدفع الالكترونية دفتر شروط ينظم عملية منح التراخيص لمقدمي خدمات الدفع الالكتروني سواء مصدرين لبطاقات الدفع أو وكلاء عن مصدري بطاقات الدفع.

° إن عملية إصدار وسائل دفع الكترونية وبالأخص البطاقات الالكترونية تتطلب السماح للبنك بتخزين وحدات من النقود على البطاقات التي تحمل شرائح ممغنطة. أو من خلال تخزين النقود على وسائط الكترونية مثل الحاسب الشخصي الذي يتم تحميله ببرنامج خاص لهذا الغرض.

° تعتبر شركة ساتيم هي المتعامل الوحيد المخول له تحديد شروط إجراءات العمل بأنظمة الدفع الالكتروني، وكذا تحديد متطلبات إصدار وسائل الدفع الالكترونية وكيفية التعامل بها.

° تسمح هيئة التصديق الالكتروني بتحديد هوية المتعاقد أو المتعامل عبر الانترنت بفضل تقنية التوقيع الالكتروني ويتم إثبات التوقيع الالكتروني من خلال شهادة رقمية صادرة عن جهات التصديق الالكتروني.

° تعتمد الشبكة النقدية بين البنوك تقنية البطاقة بشريحة وطريقة التوثيق SDA وكذا اعتماد معيار الامان الدولي EMV.

° التصديق الالكتروني المطبق على التعاملات النقدية يعتمد الشهادة الالكترونية والتوقيع الالكتروني وتقنية المفتاح العام.

° إن شركة ساتيم هي صاحبة السلطة في تصديق كل عملية مالية إلكترونية. وهي من هيئات التصديق أو التوثيق الالكتروني التي تعمل على توثيق والمصادقة على التوقيعات والمعاملات المالية الالكترونية بين البنوك.

° أعطى القانون 18-05 لبنك الجزائر في مجال الدفع الالكتروني مهمة رقابة الجهة المشرفة على التصديق الالكتروني باعتباره صاحب السلطة في إصدار النقود وصاحب السلطة القائمة على المصادقة في مجال الدفع الالكتروني.

المقترحات:

° إن مشروع نظام المقاصة الإلكترونية يجب أن يتغلب على النقائص الموجودة في المقاصة التقليدية والمتمثلة في:

° الوقت الذي تستغرقه العمليات.

° عدم وجود وغموض النصوص القانونية التي تؤطر وسائل الدفع بصفة عامة وإجراءات المقاصة التقليدية بصفة خاصة، بحيث تفتح المجال أمام المتدخلين لاستعمال طرق ملتوية لتغطية أرصدتها المدينة.

°عدم وضوح آليات التصديق الالكتروني والتوقيع الالكتروني.

° عدم وضوع العلاقة بين بنك الجزائر باعتباره المراقب لعملية الموثوقية والسرية والحماية وبين شركة ساتيم باعتبارها جهة تصديق الكتروني

الهوامش

(1) الأمر 03-11 المؤرخ في 10 غشت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد 52.
(2) تنص المادة 71 على أنه:" لا يمكن للمؤسسات المالية تلقي الأموال من العموم، ولا إدارة وسائل الدفع أو وضعها تحت تصرف زبائنها، وبإمكانها القيام بسائر العمليات الأخرى"
(3) المواد 58 و18 و59 من الامر 03-11.
(4) القانون 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 28.
(5) أمينة بن عيمور، متطلبات نظام الدفع الالكتروني في مجال المعاملات الالكترونية في إطار القانون 18-05، مجلة العلوم الانسانية، العدد 52، المجلد ب، جامعة الاخوة منتوري، قسنطينة، الجزائر، ديسمبر 2019. ص 100.
(6) حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكترونية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبوبكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 21.
(7) امينة بن عيمور، المرجع السابق، ص 101.
(8) المادة 113 من القانون 90-10 المتعلق بالنقد والقرض:" تعتبر وسيلة دفع جميع الوسائل التي تمكن من تحويل الأموال مهما كان شكلها أو الأسلوب التقني المستعمل"
(9) الأمر 05-06 المتعلق بمكافحة التهريب، المؤرخ في 2005/09/23 ، ج ر رقم 59 ، المؤرخة في 28 أوت 2005.
(10) المواد من 543/ مكرر 19 إلى غاية المادة 543 / مكرر 24. من القانون 05-02 المعدل والمتمم للأمر 75-59 الصادر بتاريخ 2005/09/26، ج ر العدد 11.
(11) القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني، المؤرخ في 2005/06/20
(12) القانون15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين المؤرخ في 2015/02/01، ج ر العدد 06 الصادرة ب2015/02/10

(13) Europay Mastercard Visa, abrégé par le sigle **EMV**, est depuis 1995 le standard international de sécurité des cartes de paiement (cartes à puce). Il tire son nom des organismes fondateurs :

- Europay International (absorbé par Mastercard en 2002) ;
- MasterCard International ;
- Visa International ;

rejoints au sein de l'organisme EMVCo (basé aux États-Unis) par :

- depuis décembre 2004, le japonais JCB International ;
- depuis février 2009, l'américain American Express.

Cette nouvelle technologie, dont la première version des spécifications est parue en 1996, tire profit de la puce intégrée à la carte. En France, depuis fin 2006, l'ancien système national Cartes Bancaires (CB) utilise désormais les cartes au standard EMV et l'ensemble du parc des terminaux de paiement électroniques (ou TPE) a été aménagé.
Voir le site :
https://fr.wikipedia.org/wiki/Europay_Mastercard_Visa#:~:text=Europay%20Mastercard%20Visa%2C%20abr%C3%A9g%C3%A9%20par,paiement%20(cartes%20%C3%A0%20puce). La date de consultation : 03/02/2019.

(14) **زروتي الطيب**، مسؤولية البنك عن التحويل المالي الالكتروني، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، العدد 02، سنة 2014، ص 94

(15) **la carte bancaire** est, selon la Fédération Bancaire Française, un moyen de paiement prenant la forme d'une carte émise par un établissement de crédit. Elle permet à son titulaire, conformément au contrat qui le lie à sa banque, d'effectuer des paiements et/ou des retraits d'argent ; Des services connexes peuvent y être associés tels que les assurances et les assistances. Il faudrait toutefois noté qu'il existe deux principaux types de cartes bancaires à savoir la carte de crédit et la carte de débit. C'est ainsi que, cette même fédération définit
la carte de crédit comme étant une carte de paiement permettant à son titulaire de régler des achats et/ou d'effectuer des retraits d'argent au moyen d'un crédit préalablement et contractuellement déterminé. À contrario, **la carte de débit** permet à son titulaire de régler des achats et/ou d'effectuer des retraits d'argent, les montants sont généralement débités au jour le jour, et ce à partir d'un compte chèque. Ces deux types de cartes sont le plus souvent liés à un compte bancaire. L'utilité d'expliquer ce qu'est un compte bancaire s'impose donc .Voir **ABDOULAYE HAMADOU, op cit, 13**

(16) **Porte-monnaie électronique qui est un** système plus récent permettant le transport des unités monétaires pré-chargées mais non réservées à l'achat d'un unique type de produits. Le terme porte-monnaie électronique est couramment utilisé pour désigner un système portatif où des unités électroniques de paiement sont stockées dans une mémoire interne, le plus souvent la carte à puce. Son but est d'effectuer des transactions de petits montants qui, autrement, seraient trop onéreuses, et ce, le plus souvent au travers d'un terminal de paiement électronique **.** Voir **ABDOULAYE HAMADOU, op cit, p14**

(17) la loi française 91 /1381 relative à la sécurité du chèques et les cartes de paiements, disponible sur le site : http// :legifrance.gouv.fr/affichetexte.do, date de consultation : 7 mars 2011

(18) « constitue une carte de paiement toute carte émise par un établissement de crédit ou de par une institution ou un service mentionné à l'article L518-1 et permettant à son titulaire se retirer ou de transférer des fonds – constitue une carte de retrait toute carte émise par un établissement, une institution ou un service mentionné au premier alinéa et permettant à son titulaire exclusivement de retirer des fonds »

(19) وقد حددت المادة الأولى من الشروط العامة المسجلة على ظهر بطاقات الوفاء في المغرب من بينها (بريما و بوبيير و غولد والفيزا كلاسيك وايل كلاسيك للبنك الشعبي) وظائفها وهي : تخصيصها للاستعمال من طرف صاحبها في المغرب، ويمكن استعمال هذه البطاقات حصريا لسير الحساب، والقيام بعمليات سحب النقود من الشبابيك الأوتوماتكية البنكية، وتحويلات الاموال من حساب لآخر، تسديد مشتريات السلع والخدمات سواء على مستوى الشبابيك البنكية الأوتوماتيكية أو لدى المؤسسات المزودة بشعار بطاقات البنك الشعبي وفيزا وماستركارد وفيزا إلكترون. أنظر **ضحى العزوزي**، المظاهر القانونية لأدوات الدفع والائتمان، مذكرة ماستر، تخصص

قانون أعمال، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، المغرب، 2011،2012، ص81.

(20) المادة 18 من النظام 03/97 المؤرخ في 17 نوفمبر 1997 المتعلق بغرفة المقاصة، الجريدة الرسمية ، 17 المؤرخة في 1998/03/25

(21) **صفاء يوسف القواسمي**، المسؤولية القانونية الناشئة عن عمليات المقاصة الالكترونية للشيكات في القانون الأردني، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط للدراسات العليا، الأردن، 2008، 2009، ص 12

(22) المرجع السابق، ص 13،12.

(23) المرجع السابق، ص 13.

(24) **زهير زواش**، دور نظام الدفع الالكتروني في تحسين المعاملات المصرفية، مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في العلوم، تخصص تمويل دولي والمؤسسات المالية والنقدية، شعبة العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، مدرسة الدكتوراه اقتصاد ومناجمنت، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2010، 2011، ص 151.

(25) le régime de traitement des grandes sommes ou bien le système de règlement bruts en temps réel les gros montants et paiement urgents.

(26) Algeria téle-compensation inter-Bancaire

(27) نظام بنك الجزائر 05-06 المؤرخ في 2005/12/15 المتعلق بمقاصة الصكوك وأدوات الدفع الخاصة بالجمهور العريض، ج ر العدد 26.

(28) ووفقا لهذا النظام فقد تم استحداث شيكات جديدة تسمى les chèques normalises ويقوم هذا النظام على الالتزام بالتوصيات التالية:

- الحفاظ على الشريط الأبيض أسفل الشيك والذي يسمى piste d'encodage
- تجنب التوقيع، الكتابة، أو وضع إمضاء على هذا الشريط.
- تجنب طي الشيك.
- تفادي أي تآكل أو تمزيق للشيك الذي سيكون محل رفض من قبل جهاز الماسح الضوئي (السكانير).

ويسمح هذا النظام أي المقاصة الالكترونية ب:

- تقليص آجال التحصيل بالمقارنة بالعمليات التي يقوم بها كل بنك.
- ضمان أمن التبادل وتفادي حدوث مشاكل محاسبية.
- حسن تسيير السيولة النقدية بين البنوك بصورة أفضل.
- تحكم البنك المركزي في مراقبة الكتلة النقدية.

Voir art 2 « le système …….bancaire » de la règlement de la banque d'Algérie N : 05/06 du 15/12/2005

(29) زهير زواش، المرجع السابق، ص 145.

(30) نظام بنك الجائر 05-04 المؤرخ في 2005/10/13 المتضمن نظام التسوية الاجمالية الفورية للمبالغ الكبيرة والدفع المستعجل، ج ر العدد 2.

(31) la société d'automatisation des transactions interbancaires et de monétaire

(32) **الزهرة صولي**، نظام إصدار البطاقة الدفع الالكتروني " التوجه نحو خوصصة النقود"، قراءة في التشريع نظام التحويل الالكتروني للأموال (الأردن نموذجا)، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 09، العدد02، جوان 2018، ص 339.

(33) نفس المرجع، ص 340.

(34) **ازلدين عصمان**، الضوابط الرقابية للعمليات المصرفية الالكترونية وإصدار وسائل الدفع لنقود الكترونية، ص 4. على الموقع la date de https://www.academia.edu/26081985/ consultation2019/01/02

(35) **ازلدين عصمان**، نفس المرجع، نفس الموقع، ص 4و 5.

(36) القانون 10-04 المؤرخ في 2010/08/26 المعدل والمتمم للأمر 03-11 المؤرخ في 2003/08/27 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 50 سنة 2011

(37) **عبيزة منيرة وبوبكر مصطفى**، النظام القانوني للتصديق(على ضوء القانون الجزائري 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين)، مجلة الفكر والمجتمع، طاكسيج، العدد 36، كوم للدراسات والنشر والتوزيع، الجزائر، 2017، ص11.

(38) **عباس العبودي**، تحديات الاثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 190.

(39) **علاء حسين مطلق التميمي**، الارشيف الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص 95.

(40) **علي عبد العالي خشاب الاسدي**، حجية الرسائل الالكترونية في الاثبات المدني، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ص 110.

(41) **علاء حسين مطلق التميمي**، نفس المرجع، ص 96.

(42) المرسوم التنفيذي 07-162

(43) عرف هذه الهيئة المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 272 لسنة 2001 الصادر عن مجلس الدولة في 30 مارس 2001 المتعلق بتطبيق المادة 1316 /4 من القانون المدني الفرنسي في المادة 1 منه " كل شخص يصر شهادات تصديق الكتروني أو يقدم خدمات أخرى تتعلق بالتوقيعات الالكترونية" القانون المصري تضمنته المادة 1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني لسنة 2004.

(44) وقد نص عليها المشرع الجزائري في المادة 2 الفقرة 11 تحت مسمى الطرف الثالث الموثوق:" شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي" وفي نفس المادة الفقرة 12 تحت مسمى مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: " شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني". يلاحظ على المشرع الجزائري انه قد ميز بين نوعين من الجهات جهة تتعامل مع المتدخلين في الفرع الحكومي ويجب أن تكون شخص معنوي وجهة اخرى تتعامل مع الجمهور أو العموم ويمكن أن تكون شخص طبيعي أو معنوي.

(45) **علاء حسين مطلق التميمي**، المرجع السابق، ص 98، 99.

(46) **زهير زواش**، المرجع السابق، ص 159، 160

(47) **زهير زواش**، المرجع السابق، ص 159، 160

(48) NEJLA BELOUIZDAD, la certification électronique appliquée au réseau monétique interbancaire RMI, p 10.

(49) بلعيساوي محمد الطاهر وباطلي غنية، طرق الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الطبعة الأولى، دار هومة للنشر، الجزائر، 2017، ص 125.

(50) TERMINAL DE PAIEMENT ELECTRONIQUE

(51) Distributeur automatique de billets

(52) Guichet automatique des billets

(53) Le Centre de Pré-compensation Interbancaire

(54) NEJLA BELOUIZDAD, la certification électronique appliquée au réseau monétique interbancaire RMI, p : 04,05

(55) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :7.

(56) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :12
(57) Ibid, P : 12.
(58) RESEAU MONETAIRE INTERBANCAIRE
(59) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :17.
Un **code PIN** (de l'anglais *Personal Identification Number*), **code NIP** (*numéro d'identification personnel*) ou **code confidentiel** est un code comportant au moins 4 chiffres, destiné à authentifier le titulaire d'une carte bancaire, d'une carte SIM ou d'une carte à puce. Au contraire des mots de passe, le code PIN est restreint aux seuls caractères numériques, car le clavier sur lequel il est composé se limite généralement aux touches numériques (terminal de paiement électronique, clavier téléphonique…). Voir le site :
https://fr.wikipedia.org/wiki/Code_PIN, la date de consultation ; 09/02/2019.
(60) NEJLA BELOUIZDAD, op cit ; p :12.
(61) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :
(62) AID : application identifier
(63) La Carte Interbancaire ***CIB*** vous permet de faire des retraits, des paiements de proximité et à distance, des virements et des encaissements, voir le site :
https://www.bna.dz/fr/carte-cib.html, la date consultation : 11/12/2018.
(64) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :17.
(65) la signature et service archives. Fiche pratique, MARS 2013
(66) المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر بتاريخ 2007/05/30 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر 37. لسنة 2007.

(67) زهير زواش، المرجع السابق، ص 22.
(68) زهير زواش، المرجع السابق، ص 23.
(69) نفس المرجع، ص 23.
(70) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :24, 25.
(70) NEJLA BELOUIZDAD, op cit, p :27- 30.
(71) عيمور أمينة، المرجع السابق، ص 110,
(72) امينة بن عميور، المرجع السابق، ص 110.
(73) نفس المرجع، ص 110، 111.
(74) امينة بن عميور، المرجع السابق، ص 111 .

ISSB: 978-9931-9651-0-7

عوامل ظهور وسائل الدفع الإلكترونية ومعوقات انتشارها

د/معوشي عماد
مخبر الاقتصاد التطبيقي والتنمية
جامعة المدية

ISBN: 978-9931-9651-0-7

عوامل ظهوروسائل الدفع الإلكترونية ومعوقات انتشارها

الدكتور / معوشي عماد (*)

ملخص: في هذه الورقة البحثية تعرضنا إلى العوامل المساهمة في نجاح وسائل الدفع الالكترونية والمعرقلة لها، حيث تبين أن هذه الوسائل قدمت العديد من المزايا التي حرم منها العملاء عند استعمالهم للوسائل التقليدية، كما تمكنت وسائل الدفع الإلكترونية من الحد من بعض العراقيل والمشاكل التي أفرزتها تلك الوسائل التقليدية، لكن بالمقابل لم تكن الوسائل الحديثة مثالية كما توقع المصرفيون أن تكون، فهي الأخرى أفرزت مشاكل وعيوب من نوع آخر عرقلت مسار نجاحها الذي كان مسطر لها؛ فقد كان أكبر مشكل لهذه الوسائل الحديثة غياب نظام قانوني يوحد أحكامها، وإشكالية الإثبات وحجيته بالوسائل الالكترونية كالتوقيع الالكتروني وإثبات عملية الدفع عبر الانترنت عند إبرام صفقات التجارة الالكترونية، هذا بالإضافة إلى الجرائم الالكترونية التي استقطبت المجرمين والقراصنة لاعتمادها على الاتصال عن بعد. وكانت البطاقة البنكية أفضل وسيلة تمارس بها الجرائم الالكترونية، فهي لا تعط أمان شبه كامل مثلما أرادت البنوك أن تقنع به عملائها، بل هي وسيلة متعددة الحوادث.

الكلمات المفتاحية: وسائل الدفع -الإنترنت - التكنولوجيا.

أنظمة الدفع الالكتروني، سلطات التصديق الالكترونية، التوثيق الالكتروني. شركة ساتيم، بنك الجزائر.

Abstract : In this research paper, we examined the factors that contribute to the success of electronic payment methods that are obstructed by them, as it was found that these methods provided many advantages that customers were deprived of when using traditional methods, and electronic payment methods were able to reduce some of the obstacles and problems that these traditional methods have created. But, on the other hand, the modern methods were not ideal as bankers expected to be, as the other produced problems and defects of another type that hindered the path of their success that was underlined by them; the biggest problem of these modern methods was the absence of a legal system that unifies its provisions, the problem of proof and its authenticity with Electronic means such as an electronic signature and proof of the online payment process when concluding electronic commerce deals, in addition to electronic crimes that attracted criminals and pirates to their reliance on remote communication. The bank card was the best way to practice cybercrime, as it does not give almost complete security as the banks wanted to convince its customers, but rather a multi-accident method.

Mots Clés Payment tools - the Internet - technology.

(*)- د.معوشي عيماد، أستاذ محاضر (أ)، جامعة المدية.

مخبر الإقتصاد التطبيقي والتنمية

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

في الوقت المعاصر أصبح يتم يوميا إجراء ملايين المعاملات والصفقات والقروض باستخدام النقود، مما أدى إلى ظهور عدة مشاكل أهمها العمليات الحسابية المعقدة، حوادث السرقة والضياع، ثقل حمل النقود عند إجراء صفقات ضخمة...الخ، ولحل مثل هذه المشكلات حصل ظهر شكل متعارف عليه سمح بالقيام مقام النقود، ويطلق عليها عموما باسم وسيلة الدفع؛ غير أن التطور الاقتصادي لم يسمح لوسائل الدفع بالاستقرار على شكل معين، بل تطورت على عدة مراحل لتتخذ أشكالا معروفة لأزمنة معينة، وكنتيجة للتطور التكنولوجي ظهر ما يعرف بوسائل الدفع الالكترونية كحل للمشاكل والعراقيل التي أفرزتها وسائل الدفع التقليدية، وبالفعل تمكنت الوسائل الحديثة من الانتشار بسرعة، وقد ساعد في ذلك المجهودات الكبيرة المبذولة من طرف البنوك لجذب أكبر عدد ممكن من العملاء وجعلهم يختبرون فعالية ومزايا هذه الوسائل حديثة النشأة. كما ان وسائل الدفع الالكترونية حققت مزايا لم تتمكن التقليدية من تحقيقها، حيث خفضت التكاليف وقللت من معاناة العملاء وأعطت للوقت قيمته، بل إنها شجعت البنوك على تقديم خدمات جديدة تصب كلها في المصلحة العامة سواء للبنوك أو العملاء. غير أنه ومن جهة أخرى تنطوي هذه الوسائل على عدة سلبيات أدت إلى عرقلة إنتشارها.

الإشكالية التي نطرحها في هذه الورقة البحثية هي: ما هي العوامل التي سرعت في ظهور وسائل الدفع الإلكترونية وما هي معوقات إنتشارها ؟

- **محاور الدراسة:** للإجابة على الإشكالية المطروحة نعالج الموضوع من خلال المحاور التالية:

– المحور الأول: مفاهيم عامة حول وسائل الدفع الالكترونية؛

- المحور الثاني: محفزات نجاح وسائل الدفع الالكترونية؛
- المحور الثالث: معوقات نجاح وسائل الدفع الالكترونية.

- **أهمية الموضوع:** تنبع أهمية الموضوع من التطورات الحاصلة في البيئة الإقتصادية من خلال التقنيات الحديثة للتعاملات وما يجب أن يوازيها من تطورات قانونية يفرض إحتوائها وإحتواء المسائل والمشكلات التي قد تطفو إلى السطح في ظل الإنتشار المتزايد للتعاملات الحديثة خاصة تلك الإلكترونية.

أولا. مفاهيم عامة حول وسائل الدفع الالكترونية.

نتطرق في هذا المحور إلى التعريف بوسائل الدفع الإلكترونية، ثم نعرج إلى الوسائط المصرفية الإلكترونية ونحاول حصرها في مجموعة من النقاط.

1.1 تعريف وسائل الدفع الإلكترونية: وسائل الدفع المتطورة في الانترنت هي عبارة عن الصورة أو الوسيلة الالكترونية التقليدية للدفع والتي نستعملها في حياتنا اليومية، الفرق الأساسي بين الوسيلتين هي أن وسائل الدفع الالكترونية تتم كل عملياتها وتسير الكترونيا، ولا وجود للحوالات ولا للقطع النقدية[1] .

يمكن للعميل الوفاء بمقابل السلعة أو الخدمة بنفس الطرق التقليدية المتبعة في التعاقد بين غائبين، مثل إرسال شيك عن طريق البريد أومن خلال الفاكس، أو إرسال البيانات الخاصة بحسابه البنكي، لكن هذه الوسائل لا تصلح وخصوصية التجارة الالكترونية ومقتضيات السرعة فيها، لذا كانت أهمية اللجوء إلى الدفع الالكتروني من خلال شبكة اتصال لاسلكية موحدة عبر الحاسب.

2.1 الوسائط المصرفية الالكترونية: هناك العديد من الوسائط الالكترونية والتي تستخدم في عملية الدفع الالكتروني، حيث أن تطور وسائل الدفع في صورة

وسائل الكترونية فرض أشكال مختلفة لكيفية تداولها وأهم هذه الأشكال المصرفية ما يلي:

1.2.1 الهاتف المصرفي: نوع من الخدمات المصرفية التي تقدم للعملاء على مدار الأربع وعشرون ساعة طوال اليوم، ويستطيع العميل فيها أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال مقابل السلعة أو الخدمة التي اشتراها عبر الانترنت إلى البائع، ويتم ذلك بعد التأكد من شخصية العميل عن طريق إدخال الرقم السري الخاص بالعميل والمعطى له من قبل البنك، والتعرف كذلك على رقم هاتف العميل والذي يجري الاتصال به من خلال أرقام هاتفه المعروفة لدى البنك من قبل[2]، فهي خدمة مصرفية حديثة بدأت البنوك باستخدامها وتقديمها للعملاء [3].

خاصة لتقديم خدمات التجزئة، وبالإضافة إلى إجراء تحويل من حساب إلى آخر يمكن فتح حساب جديد وتلقي طلبات اقتراض وتسديد الفواتير[4].

وسمح تقديم البنوك لخدماتها عبر الهاتف العادي بتقديم الخدمات عن طريق الهاتف النقال الذي انتشر استعماله بسرعة وهو ما أدى إلى ظهور بنوك خلوية، وجعل البعض يتوقع أن تحل شركات الهواتف النقالة محل البنوك في عمليات سداد ثمن السلعة أو الخدمة المشتراة عبر الانترنت.

2.2.1 خدمات المقاصة المصرفية الالكترونية: حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية، وظهر نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي، الذي يتم في خدمات مقاصة الدفع الالكترونية للتسوية الالكترونية في المدفوعات بين المصارف، وذلك ضمن نظام المدفوعات الالكترونية للمقاصة، وهونظام ينطوي على عنصر اليقين حيث تتم المدفوعات في نفس اليوم بدون إلغاء أو تأخير

3.2.1 الانترنت المصرفي: إن نظام الانترنت القائم على البنك المنزلي، نظام له أهمية كبيرة سواء على مستوى البنوك أو على مستوى العملاء الذين يتوفرون على خطوط الانترنت.

ولا شك أن هذا النوع من الخدمات ينطوي على مخاطر عالية حيث يسمح بنوع من الاتصال المحدود بأنظمة المعلومات الداخلية للمصرف، بما يمكن من تأدية الخدمة المطلوبة [5].

وقد أدى تقديم هذه الخدمة إلى الحد من الاستعمال الورقي في المعاملات، والحد من فتح فروع للبنوك ما دامت قد وجدت أجهزة الهاتف والشبكات الالكترونية والكمبيوتر المتصلة بها، والحد من العمالة البشرية التي كانت متصلة بها.

4.2.1 القابض: هو عبارة عن وسيط بين المتعاملين يتلقى طلبات وبيانات كل منهما ويتحقق منها عن طريق موقعه على الشبكة، ويتولى مباشرة عملية عرض السلعة أو الخدمة والتسليم والوفاء أو الدفع نظير عمولة معينة.

ثانيا. محفزات نجاح وسائل الدفع الالكترونية.

رغم حداثة وسائل الدفع الالكترونية، إلا أنها وصلت إلى مرحلة يمكن فيها تقييم هذه الوسائل واستنتاج العوامل المساعدة على نجاحها، كما يمكن ملاحظة العوامل التي تعرقل تقدم وتطور هذه الوسائل الحديثة وتؤدي إلى تهرب وتخوف الجمهور منها.

1.2 ظهور البنوك الالكترونية وخدمات مصرفية جديدة: في ظل وجود شبكة الانترنت وشيوعها وازدياد مستخدميها، واستغلال هذه الشبكة في ميدان النشاط التجاري الالكتروني، لم تكتف البنوك بدور المتفرج بل شهدت ثورة في المعاملات المصرفية أمدت هذا القطاع بأحدث الآليات، جعلته أكثر مرونة وسرعة في تقديم خدماته، وقد ظهر إلى الوجود ما يسمى بالبنوك الالكترونية.

والبنك الالكتروني هوبنك له وجود كامل على شبكة الانترنت ويحتوي موقعه على كافة البرمجيات اللازمة للأعمال المصرفية [6]، حيث يتيح هذا البنك للزبون بالقيام بكافة أعماله الخاصة بالبنك عن طريق أي مكان موجود به، وذلك بواسطة خط يوفره له البنك يسمح له بانجاز كافة معاملاته دون أن يضطر إلى الذهاب بنفسه إلى مقر البنك.

ولأن البنوك الالكترونية تحقق مع بعضها البعض العمليات المصرفية الفورية بسرعة تفوق العمليات المصرفية العادية كالتحويلات أو التسويات التي تأخذ وقتا طويلا وتكلفة مرتفعة؛ فقد سمح ذلك بجذب العملاء بشكل كبير، وللوصول إلى تحديد الفوارق في تكلفة العمل المصرفي الالكتروني وتكلفة العمل المصرفي التقليدي، نستخدم الجدول الموالي الذي يعطينا صورة عن تكلفة الصفقة باستخدام أنظمة التوزيع التقليدي وباستخدام التجارة الالكترونية [7].

2.2 الاستفادة من وسائل الأمان عبر شبكة الانترنت: تتميز وسائل الدفع الالكترونية عن الوسائل التقليدية، بالاستفادة من وسائل الأمان المبتكرة حديثا لاستعمالها عبر شبكة الانترنت، وخاصة لإضفاء الثقة على المعاملات البنكية والتجارية التي تتم عبر هذه الشبكة والتي تكون وسائل الدفع الالكترونية طرفا فيها.

3.2 ظهور منظمات ومؤسسات مالية عالمية في مجال المدفوعات: إن من بين العوامل المساهمة في انتشار وسائل الدفع الالكترونية، ظهور منظمات ومؤسسات عالمية أصبحت رائدة في إنتاج وتسويق هذه الوسائل لمختلف بلدان العالم، والجهات المصدرة للبطاقات البنكية والتي تعد أشهر وسائل الدفع الالكترونية يمكن تقسيمها كما يلي:

1.3.2 المنظمات العالمية المصدرة للبطاقات: المنظمات العالمية لا تعتبر مؤسسات مالية وإنما بمثابة ناد، حيث تمتلك كل منظمة العلامة التجارية للبطاقات الخاصة بها لكنها لا تقوم بإصدار بنفسها وإنما تمنح تراخيص بإصدارها للبنوك، وأشهر هذه المنظمات هي: فيزا ، ماستركارد.

2.3.2 المؤسسات المالية العالمية: وهي التي تشرف على عملية إصدار البطاقات المصرفية دون ضرورة منح تراخيص الإصدار لأي مصرف، ومن أشهرها ما يلي:

أ.أمريكان اكسبريس: مؤسسة مالية كبيرة تزاول الأنشطة المصرفية، ولها ثلاثة أنواع من البطاقات التي تصدرها وهي: أمريكان اكسبريس الخضراء (وهي بطاقة لعامة الناس)، وأمريكان اكسبريس الذهبية (تمنح للأثرياء)، وأمريكان اكسبريس الماسية (عن طريقها يتم استيفاء حقوق التجار والمؤسسات ولا تلزم حملة بطاقاتها فتح حساب لديها).

ب- الدينرزكليب: تعتبر رائدة رغم صغر عدد حملة بطاقاتها[8].

فهذه المنظمات والمؤسسات بفعل المنافسة بينها ساهمت وبشكل كبير في نشر استخدام وسائل الدفع الالكترونية، خاصة منها البطاقة بمختلف أنواعها وذلك بنشر فروعها عبر مختلف أرجاء العالم بالإضافة إلى الاستمرار في تحسين جودة خدماتها الالكترونية وإرساء الثقة في استعمالها.

ثالثا. معوقات نجاح وسائل الدفع الالكترونية.

هناك جملة من العوامل التي تعرقل نجاح وسائل الدفع الالكترونية وتؤدي إلى انعدام الثقة بهذه الوسائل الحديثة، فرغم النجاح والراحة والمزايا التي حققتها هذه الوسائل إلا أن هناك عوامل جعلت من هذا النجاح ناقصاً، حيث ظهر نوع من الجرائم التي ترتكب في حق البطاقات البنكية والإعلام الآلي مما أفرز مخاطر تنجم عن التعامل بوسائل الدفع الحديثة.

1.3 الجرائم الالكترونية ومخاطر المعاملات الالكترونية: تعتبر الجرائم الالكترونية (جرائم الانترنت) هي النوع الشائع الآن من الجرائم، إذ أنها تتمتع بالكثير من المميزات للمجرمين تدفعهم إلى ارتكابها ويمكن تعريف تلك الجرائم بأنها "الجرائم التي لا تعرف الحدود الجغرافية والتي يتم ارتكابها بأداة هي الحاسب الآلي عن طريق شبكة الانترنت وبواسطة شخص على دراية فائقة بهما"[9]

وقد كان لظهور وسائل الدفع الالكترونية عاملا مساهما في ظهور هذا النوع من الجرائم والتي يمكن أن نلخصها كما يلي:

1.1.3 انتحال شخصية الفرد: تتم عندما يستغل اللصوص بيانات (كالعنوان وتاريخ الميلاد ورقم الضمان الاجتماعي..) شخص ما على الشبكة الالكترونية أسوا استغلال، من أجل الحصول على بطاقات بنكية ائتمانية، حيث أن تلك البيانات تمكنهم من التقدم بطلبات لاستخراج البطاقات البنكية عبر الانترنت غالبا من خلال الهيئات التي لا تتخذ إجراءات أمنية صارمة عبر الشبكة.

2.1.3 جرائم السطو على أرقام البطاقات: أصبح السطو على أرقام البطاقات عبر شبكة الانترنت عملية سهلة، لذلك تزايدت هذه الحوادث التي أعقبتها عمليات الابتزاز لإرجاع تلك الأرقام أو لعدم نشرها أو لعدم استخدامها.

3.1.3 غسيل الأموال باستخدام البطاقات البنكية: غسيل الأموال هي عملية تحويل المصدر غير المشروع للأموال كالمخدرات إلى أموال مصدرها مشروع كالتجارة بالسيارات، وأبسط الطرق لهذه العملية هي القيام بسحب مبالغ كبيرة على دفعات من الصراف الآلي في بلد أجنبي من ثم يقوم فرع المصرف الذي سحب المبلغ من ماكينته بطلب تحويل المبلغ من الفرع الذي أصدر البطاقة، فتتم عملية التحويل بخصم المبلغ من رصيد العميل الذي يكون قد تهرب من دفع رسوم التحويل واستطاع أن يغسل أمواله[10].

كذلك تعتبر الانترنت من أحدث طرق غسيل الأموال المشبوهة خاصة أنها أسهل استخداما وأيسر في التعامل مع البنوك، وضغطة مفتاح تفتح له أفاق الدخول في حسابات وأنشطة مالية ومصرفية من أي جهة في العالم؛[11] فيقوم المجرمون بالاعتماد على عملية التحويل الالكتروني للأموال من خلال البنوك بإيداع الأموال المسروقة في حسابات متعددة بالبنوك، ثم تحول إلى عدة فروع في بلدان مختلفة.

4.1.3 السلب بالقوة الالكترونية: حيث يتم استخدام الحاسب في التلاعب بالمعلومات وذلك بإدخال بيانات زائفة من جانب المتحايل باختلاق دائنين كأجور يجب دفعها أو فواتير يجب سدادها، وذلك عن طريق اختلاق مدينين غير حقيقيين يجب عليهم سداد فواتير صادرة عن الحاسب، أما المدين المعتدى عليه فلن يتمكن من إثبات كونه غير مدين لوجود فواتير معلوماتية، وهكذا يستغل المتحايل طرق الدفع الآلية للحصول على أموال غير شرعية.[12]

بالإضافة إلى ما سبق هناك العديد من **العوامل المعرقلة** لتطور وسائل الدفع الالكترونية، وتتمثل هذه المخاطر فيما يلي[13]:

أ. المخاطر التنظيمية: تتعلق بعلاقة البنوك الالكترونية بالبنك المركزي، حيث أن النقود الالكترونية ستجعل من الصعب مراقبة وتحديد الكتلة النقدية، كذلك تداول عدة أشكال من النقود صادرة عن مؤسسات مصرفية وغير مصرفية يجعل الكثير من المبالغ خارج رقابة السلطة النقدية من الناحية التنظيمية، كما أن ذلك يؤدي إلى صعوبة في تحصيل الضرائب بالإضافة إلى مشكلة التهرب الضريبي التي أصبحت يسيرة لسهولة تحويل الأموال عبر الحدود.

ب. المخاطر القانونية: نظراً لسرية المعاملات المصرفية الالكترونية فان هذا يتيح درجة عالية من المخاطر القانونية بالنسبة للبنوك كعمليات غسيل الأموال، لذلك أصبحت البنوك تقوم بالتحقق جيداً من هوية العميل وعنوانه قبل فتح الحساب.

ج. مخاطر العمليات: إن طبيعة المعاملات المصرفية الالكترونية ينتج عنها تهديدات أمنية تأتي سواء من داخل النظام أو خارجه، وعلى البنوك تتبع ممارسات سليمة لضمان سرية البيانات والاعتماد على خبراء في ذلك.

د. مخاطر السمعة: إذا ما واجه أحد البنوك الالكترونية مشاكل في خدماته الالكترونية فقد يؤدي ذلك إلى فقدان الثقة بالبنوك المقدمة لهذه الخدمات.

وقد بدأت البنوك الالكترونية تطرح مخاطر ناجمة عن اتساع الهوة في علاقته مع العملاء مما جعلها تتعرض لعمليات نصب مختلفة، ذلك أن الخدمة البنكية عبر الانترنت يكون من الصعب مراقبتها بصورة دقيقة، وهو ما يؤثر على حجم السيولة النقدية سواء بالزيادة أو بالنقصان لصعوبة مراقبتها من طرف البنك المركزي [14].

وحتى يمكن التحكم والحد من هذه المخاطر لابد من إتباع إجراءات التقنين وذلك بالترخيص القانوني للطرق والمعاملات الالكترونية، كما لابد من التنسيق الدولي لتنظيم هذه المعاملات، وقد أصدر بنك التسويات الدولية في هذا الإطار مبادئ لإدارة المخاطر للمعاملات المصرفية الالكترونية، وقدم توصيات كاعتماد الجوانب الرئيسية لعملية مراقبة الأمان أو التحقق من هوية العملاء، وضمان حصول الموظفين على الخبرة التكنولوجية.

2.3 جرائم البطاقات البنكية: رغم المزايا التي حققتها وسائل الدفع الالكترونية إلا أن هذا لا يعني أنها مثالية، حيث تعددت الجرائم التي ترتكب في حقها، ومع ازدياد استعمال البطاقات على وجه الخصوص تعددت وسائل الاحتيال في استعمالها وتنوعت صورها، ويمكن تقسيم الجرائم المرتكبة باستخدام هذه البطاقات إلى جرائم يرتكبها حامل البطاقة وجرائم يرتكبها الغير كما يلي:

1.2.3 الجرائم التي يرتكبها العميل بسبب إساءة استعمال البطاقات البنكية: فالعميل نفسه مالك البطاقة قد يستعملها لارتكاب جرائم مخالفة للعقد المبرم بينه وبين البنك، وذلك بطبيعة الحال للحصول على أموال بأي طريقة كانت، ومعظم هذه الجرائم أو المخالفات نذكرها كما يلي:

- تجاوز الحامل لرصيده بالسحب خلال أجهزة الصراف الآلي: وتقع هذه الجريمة عندما يقوم حامل البطاقة بالسحب من الآلية للنقود بمبلغ يزيد عن رصيده بالبنك، أو يتجاوز الحد الأقصى المصرح له به[15]،
- إساءة استعمال بطاقات الوفاء[16]: قد يقدم العميل بشراء سلع وخدمات تتجاوز قيمتها المبلغ الذي يضمنه البنك أو الجهة المصدرة كحد أقصى لها، أو يقوم بشراء السلع والخدمات لا تتجاوز قيمتها المبلغ الذي يضمنه البنك

وإنما تتجاوز الرصيد الموجود في حسابه.

– استخدام بطاقة انتهت مدة صلاحيتها: لكل بطاقة مدة صلاحية معينة، وبعد مرور هذه المدة لابد على العميل بردها للبنك أو الجهة المصدرة لها وذلك إما لتجديدها أو التخلي عنها، وفي حال لم يفعل ذلك يرى البعض بضرورة اعتباره جرم [17].

– استخدام البطاقة الملغاة: قد يقوم البنك أحيانا بإلغاء البطاقة ووقف عملها ووفقا لذلك يطلب من العميل ردها، ففي حال امتنع العميل عن ذلك ويقوم باستعمالها، فان ذلك يعد اعتداء على مال الغير لأن العميل سيوهم التاجر بملكيته البطاقة وبائتمان مالي لدى البنك مستعيناً بالشهادة الصادرة من البنك والتي تقر بموجبها بائتمان للعميل,

– إساءة استخدام بطاقة ضمان الشيك: تقوم الجريمة هنا عندما يقوم الجاني بإصدار شيك للتاجر الذي اشترى منه البضاعة بقيمة تتجاوز السقف الذي يضمنه البنك.

2.2.3 الجرائم التي يرتكبها الغير بسبب إساءة استعمال البطاقات الالكترونية: قد يتم أيضا ارتكاب جرائم باستخدام البطاقات من قبل الغير وذلك على النحو التالي:

- استعمال البطاقة المسروقة أو المفقودة من قبل الغير[18]: إن سارق البطاقة أومن عثر عليها قد يستخدمها في سحب نقود من الموزع الآلي، وقد يستخدمها في الحصول على السلع والخدمات من التجار وهناك دول كفرنسا تطبق في مثل هذه الحالات عقوبة جريمة النصب،

– السحب ببطاقات الكترونية مزورة:[19] قد يقوم الغير بتزوير بطاقات الدفع

أو السحب عن طريق بطاقات ائتمان مسروقة، واستبدال بياناتها كما قد يتم ذلك بالتواطؤ مع صاحب البطاقة الذي يتركها للغير لاستعمالها في السحب وتزوير توقيعه، ثم يقوم بالاعتراض على السحب ويطعن على توقيعه حتى لا يخصم المبلغ المسحوب من حسابه الخاص.

ويلاحظ أن أكثر من نصف عمليات الاحتيال فيما يخص البطاقات تقع في الولايات المتحدة الأمريكية، أما الباقي فيوجد حوالي 30% منها في أوروبا خاصة بريطانيا، أما البطاقات المفقودة أو المسروقة تمثل أكثر من نصف الخسائر المترتبة على عملية الاحتيال، وتزوير هذه البطاقات يمثل الخطر الأكبر الذي يهدد التجارة الالكترونية.

ولما كان الاحتيال بالبطاقات بحيث لا يمكن من معرفة المستعمل لها إن كان الحامل الشرعي، أما الشخص السارق لها أومن عثر عليها فيمكن التخفيف من هذه الظاهرة باستخدام الصور.

فقد قام بنك بالولايات المتحدة الأمريكية هو "سيتي بنك"، بتنفيذ مشروع ضخم يتعلق بوضع الصور الشخصية على البطاقات في الولايات المتحدة الأمريكية وصدر وفقاً لهذا النظام أكثر من مليون بطاقة تحمل صورة صاحبها، وتم اختبار هذا المشروع ليتبين أنها فعالة جداً لمواجهة الاحتيال[20].

تعددت جرائم البطاقات حتى على شبكة الانترنت، حيث أصبحت هناك عصابات دولية تنشط على هذه الشبكة بهدف تجميع أكبر عدد ممكن من أرقام البطاقات؛ وهو الأمر الذي جعل التجارة الالكترونية ليست في المستوى الذي كان متوقع لها، بسبب تردد المستهلكين في الكشف عن بياناتهم الشخصية واستعمال بطاقاتهم على شبكة مفتوحة، وهو الأمر الذي يستدعى تحديث قوانين عقابية، تكفل حماية جزائية كاملة للبطاقات بوصفها أداة دفع.

- **خلاصة:**

يعرف الاقتصاد العالمي تحولات أفرزتها معطيات مختلفة أبرزها وأهمها التطورات التكنولوجية خاصة ما تعلق منها بأنظمة الاتصال عن بعد، هذا التطور جعل الاقتصاد العالمي يستفيد من السرعة والفعالية التي يوفرها له، وظهر إلى الوجود أفكار اقتصادية جديدة تعكسها هذه التطورات التي تسمح بتجديدها، هذه الأفكار امتدت إلى الجهاز المصرفي الذي استغلها كحلول لوسائل الدفع الكلاسيكية التي لم تعد تدر عليه ربحاً في غالب الأحيان وتكبده خسائر فادحة، فلم تعد هذه الوسائل ملائمة وتطورات العصر لا من حيث السرعة ولا من حيث الفعالية بل تسببت في حدوث أزمة ثقة بين البنك وعملائه، فكان من المنطقي أن يعتبر الحل إيجاد بدائل عنها في ظل تطورات توفر كل الأدوات والإمكانيات لتحقيق ذلك.

لقد ظهر إلى الوجود ما يسمى بوسائل دفع الكترونية كان أولها بطاقات بنكية تمكنت من الانتشار السريع عبر كل أنحاء العالم وحظيت بقبول واسع مما شجع على خلق وسائل دفع أخرى، ليستمر التطور فيشمل ابتكار أجهزة وتقديم خدمات جديدة تتلاءم وعالم الالكترونيات خاصة عمليات التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، غير أن هذه الوسائل الالكترونية بعد تقييمها اتضح انه هناك الكثير من العوائق التي تحد من انتشارها بالإضافة إلى العوامل الايجابية التي حببت الجمهور فيها، وهو كان أحد الأسباب التي ساهم في ضرورة إعادة النظر في الوسائل التقليدية وإعادة الاعتبار لها.

إن ظهور وسائل الدفع الالكترونية شجع على قيام خدمات مصرفية الكترونية ووسع الآفاق أمام التجارة الالكترونية وفتح المجال لظهور سوق خاص بها يتضمن شركات عملاقة حققت أرباحاً طائلة بالتخصص في هذه الوسائل حديثة النشأة؛ كما تسبب ظهور وسائل الدفع الالكترونية في انخفاض محسوس لاستخدام وسائل الدفع التقليدية، لكنه لم يؤد إلى اختفائها ولا زوالها وقد لا يحدث ذلك على المدى القصير وهذا يعود لإفراز وسائل الدفع الالكترونية لعيوب وعراقيل لا تأهلها لاحتلال مكان الوسائل التقليدية، بل تمكنها من التعايش معها.

الهوامش:

[1] بن رجدال جوهر، "الانترنت والتجارة الالكترونية"، رسالة ماجستير، قسم علوم تسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002، ص 83.

[2] الرومي محمد أمين، "التعاقد الالكتروني عبر الانترنت"، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 142.

[3] لطرش الطاهر، "تقنيات البنوك"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص 127.

[4] الصمادي حازم نعيم، "المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003، ص 30.

[5] المرجع السابق، ص 32.

[6] النجار راغب فريد، "الاستثمار بالنظم الالكترونية والاقتصاد الرقمي"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،2004، ص 286.

[7] الهندي عدنان، "التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت"، اتحاد المصارف العربية لبنان، 2000، ص 11.

[8] باتورة نواف عبد الله أحمد، "أنواع بطاقات الائتمان واشهر مصدريها"، مرجع سابق، ص 48، 49.

[9] الجنبيهي محمد والجنبيهي ممدوح، "جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 13.

[10] بداوي مصطفى، "غسيل الأموال الالكتروني"، مجلة آفاق، العدد 05، الجمعية العلمية الثقافية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة البليدة، سبتمبر 2005، ص 61، 62.

[11] عبد المطلب عبد الحميد، "العولمة واقتصاديات البنوك"، الدار الجامعية، مصر، 2003، ص 261.

[12] قشقوش هدى حامد، "جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 105.

[13] بن عمارة نوال، "وسائل الدفع الالكتروني"، الملتقى الدولي حول التجارة الالكترونية، جامعة ورقلة، الجزائر.

[14] حجازي بيومي عبد الفتاح، "النظام القانوني لحماية الحكومة الالكترونية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 426.

[15] المرجع السابق، ص 334.

[16] سامح محمد عبد الحكيم، "الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان –جرائم بطاقات الدفع الالكتروني–"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 72.

[17] المناعسة أسامة أحمد والزغبي جلال محمد والهواوشة صايل فاضل، "جرائم الحاسب الآلي والانترنت"، دار وائل للنشر، عمان، 2001، ص 175.

[18] سعودي محمد توفيق، "بطاقات الائتمان"، الطبعة الأولى، دار الأمين للطباعة، مصر، ص 130.

[19] محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 123.

[20] حجازي بيومي عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 139، 140.

- **قائمة المراجع:**

1- بن رجدال جوهر، "الانترنت والتجارة الالكترونية"، رسالة ماجستير، قسم علوم تسيير، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002.
2- الرومي محمد أمين، "التعاقد الالكتروني عبر الانترنت"، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.
3- لطرش الطاهر، "تقنيات البنوك"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.
4- الصمادي حازم نعيم، "المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية"، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، 2003.
5- النجار راغب فريد، "الاستثمار بالنظم الالكترونية والاقتصاد الرقمي"، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية،2004.
6- الهندي عدنان، "التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية والمالية عبر الانترنت"، اتحاد المصارف العربية لبنان، 2000.
7- باتورة نواف عبد الله أحمد، "أنواع بطاقات الائتمان واشهر مصدريها"، مرجع سابق.
8- الجنبيهي محمد والجنبيهي ممدوح، "جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
9- بداوي مصطفى، "غسيل الأموال الالكتروني"، مجلة آفاق، العدد 05، الجمعية العلمية الثقافية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة البليدة، سبتمبر 2005.
10- عبد المطلب عبد الحميد، "العولمة واقتصاديات البنوك"، الدار الجامعية، مصر، 2003.
11- قشقوش هدى حامد، "جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.

12- بن عمارة نوال، "وسائل الدفع الالكتروني"، الملتقى الدولي حول التجارة الالكترونية، جامعة ورقلة، الجزائر.
13- حجازي بيومي عبد الفتاح، "النظام القانوني لحماية الحكومة الالكترونية"، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
14- سامح محمد عبد الحكيم، "الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان –جرائم بطاقات الدفع الالكتروني-"، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
15- المناعسة أسامة أحمد والزغبي جلال محمد والهواوشة صايل فاضل، "جرائم الحاسب الآلي والانترنت"، دار وائل للنشر، عمان، 2001.
16- سعودي محمد توفيق، "بطاقات الائتمان"، الطبعة الأولى، دار الأمين للطباعة، مصر.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

تقنيات الدفع الالكتروني الحديثة عبر الانترنت

د/بركات كريمة
كلية الحقوق جامعة البويرة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

تقنيات الدفع الالكتروني الحديثة عبر الانترنت

الدكتور / كريمة بركات (*)

ملخص:

أصبح من الممكن على المستهلك أو العميل اقتناء أية سلعة أو خدمة معينة عبر الانترنت، بمجرد الدخول الفوري لأي موقع تجاري وقع الاختيار عليه، وتصفح محتواه، مع الالتزام بدفع مستحقات المنتجات بتقنيات دفع إلكترونية حديثة ومؤمنة. من بين هذه التقنيات الحديثة نجد النقود الالكترونية، الشيك الالكتروني، البطاقات الذكية والهاتف الذكي. حيث أصبح المستهلك يعول عليها في إجراء المعاملات المالية والتجارية عبر الانترنت، وذلك في وقت قصير من دون تنقل إلى عين المكان.

الكلمات المفتاحية:
تقنيات دفع الكترونية، معاملات مالية وتجارية، مستهلك الكتروني.

Abstract :

It has become possible for the consumer to purchase any specific good or service online, by immediately entering any chosen commercial site, and browsing its content, while committing to paying product dues with modern and secure electronic payment technologies. Among these new technologies we find electronic money, electronic check, smart cards and smart phone. As the consumer became reliable in conducting financial and commercial transactions via the Internet, in a short time without being transferred to the place.

Mots Clés :

electronic payment techniques, financial and commercial transactions, electronic consumer.

مقدمة :

(*)- أستاذة محاضرة أ كلية الحقوق -جامعة البويرة-

مقدمة :

فرض التطور الهائل في تكنولوجيا الاتصال والإعلام تغيرات جذرية في نمط إدارة المؤسسات الاقتصادية العامة أو الخاصة، وتحديث خدماتها المتاحة للعملاء، التي أصبحت تعتمد على أساليب وتقنيات حديثة أكثر فاعلية، في حين شهدت العمليات المصرفية خلال العشرية الأخيرة توسعات كبيرة في استخدام التكنولوجيا الرقمية في المجال المصرفي، وظهرت على أرض الواقع تطبيقات المصارف الالكترونية، التي تنام دورها بفعل الوساطة وتزايد حركية التدفقات النقدية والمالية في مجالات التجارة الالكترونية والخدمات المصرفية، إذ ساهمت المصارف في تقديم خدمات متنوعة وبتكاليف منخفضة عبر شبكة الانترنت.

وبالفعل أدخلت على المنظومة المصرفية العالمية في مجال الاقتصاد العالمي عدة تحولات وتطورات جعلتها تتماشى مع الخيارات الاقتصادية الراهنة التي فرضتها تكنولوجيا الثورة الرقمية في مجال الخدمات المصرفية، كل ذلك دفع بمختلف المؤسسات المصرفية إلى إعادة النظر في سياساتها المصرفية، وانتهاج هندسة مالية رقمية حديثة من شأنها أن تساهم في تطوير الخدمات المصرفية وجذب الكثير من المتعاملين لإنعاش ميدان التجارة عبر شبكة الانترنت.

وانطلاقا من ذلك، شهدت الأنظمة والتطبيقات المالية التقليدية تطورات مذهلة وسريعة من حيث أدوات وتقنيات الدفع الالكتروني التي أصبحت تتم عبر شبكة الانترنت، وذلك تزامنا مع توسع وانتشار تطبيقات التجارة الالكترونية، التي وضعتها الشركات أو المؤسسات في صميم اهتماماتها، وتسابقت على الاستفادة من التسهيلات التي تتيحها خدماتها، بغية الحصول على الإيرادات

من العملاء بطريقة آمنة وبكفاءة، مع تمكين هؤلاء من الحصول على ما يريدون من سلع أو خدمات بطريقة موثوقة عبر شبكة الانترنت.

حيث يعتبر التسويق الالكتروني من أبرز وأهم نشاطات التجارة الالكترونية التي تتم عبر الانترنت، حيث يعتمد عليه أطراف العملية التسويقية من أجل تسهيل وتبادل السلع والخدمات، من خلال استخدام أساليب وتقنيات تكنولوجية عالية المستوى، تساعد البائع أو التاجر على تصميم وإعلان وتسعير وبيع وتوزيع وترويج مختلف المنتجات والخدمات عبر موقع إلكتروني جذاب، يسمح للمستهلك أو المشتري باقتناء حاجاته بأسرع وقت ممكن وبأقل التكاليف، وفي أي مكان من العالم، مع دفع ثمنها بوسائل دفع إلكتروني حديثة على مستوى الموقع الالكتروني ذاته، باستخدام حاسوبه الشخصي أو هاتفه الذكي، أو وسائل دفع أخرى كالبطاقة الذكية والشيك الالكتروني...إلخ.

انطلاقا مما سبق، نطرح الإشكالية التالية:

ما هي أحدث تقنيات الدفع الالكتروني عبر الانترنت، وما مدى فعاليتها لتسهيل وتأمين المعاملات التجارية والمالية للمستهلك الالكتروني؟

وللإجابة عن الإشكالية فإننا نتبع المنهج التحليلي والمنهج المقارن، وقسمنا دراسة الموضوع إلى مبحثين، نتعرض في الأول لتقنيتي النقود الالكترونية والشيك الالكتروني، ونتناول في المبحث الثاني البطاقات الذكية والهاتف الذكي.

المبحث الأول: النقود الالكترونية والشيك الالكتروني

يعتبر القطاع المصرفي من بين القطاعات الحساسة في اقتصاد أية دولة من العالم، فدوام واستمرارية السيولة المالية في اقتصاد الدول هو بمثابة

العصب الرئيس، حيث شهدت البيئة المصرفية ثورة حقيقية في تقنيات الإعلام والاتصال، التي سيطر فيها العقل المبدع على نمط تقديم الخدمات المصرفية، وطرق إدارة الحسابات المالية الخاصة بالعملاء، التي تطورت وتنامت مع ظهور وشيوع مواقع التجارة الالكترونية وما توفره من خدمات إلكترونية وتسهيلات لأطراف التبادل التجاري من حيث تقنيات الدفع الالكتروني عبر الانترنت، والتي من بينها النقود الالكترونية (المطلب الأول)، والشيك الالكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: النقود الالكترونية

يشبه التعامل بتقنية النقود الالكترونية من الناحية العملية التعامل بالنقود التقليدية في معظم خصائصها، إذ لا تختلف النقود الالكترونية عن النقود التقليدية إلا في الوسيلة المستعملة للدفع، فهي مخزنة على وسيط إلكتروني(الفرع الأول)، كما ظهرت في الآونة الأخيرة عملات افتراضية مشفرة، غير رسمية لا تصدرها المصارف المركزية(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف النقود الالكترونية وخصائصها

أتاحت الثورة الرقمية تقنيات متعددة في بيئة التجارة الالكترونية، على غرار النقود الالكترونية(أولا)، التي تنفرد بمجموعة من الخصائص التي تميزها عن العملات المادية(ثانيا).

أولا: تعرف النقود الالكترونية

تتضمن العملات الالكترونية على مجموعة من البتات (BITS) التي تمثل وحدة أو قيمة نقدية مكافئة للقيمة المحددة بالعملة المادية الرسمية، إذ تشرف

على عملية إصدارها مؤسسة مالية مقابل إيداع مبلغ مالي في حساب مصرفي، حيث تحتوي كل وحدة نقود رقمية على رقم مرجعي خاص وفريد بها يميزها عن باقي العملات الرقمية الأخرى، مع التوقيع الرقمي للجهة المصدرة لها(المؤسسة المالية) والملتزمة بصفة قانونية أو اتفاقا بتحويل العملة إلى القيمة التي تكافئها من العملة الرسمية.

ويعتبر مصطلح النقود الالكترونية حديث لدى مختلف التشريعات، حيث عرفها المشرع الفيدرالي الأوروبي بموجب المادة 2/02 من التوجيه الأوروبي رقم 110/2009 المؤرخ في 16 سبتمبر 2009، المتعلق بالنفاذ إلى خدمات مؤسسات النقود الالكترونية ورقابتها، المعدل للتوجيهات الأوروبية رقم 60/2005 ورقم 48/2006 والملغي للتوجيه الأوروبي رقم 46/2000[1]، على أنها قيمة نقدية مخزنة في شكل إلكتروني أو مغناطيسي تمثل دين على عاتق الجهة المصدرة لها مقابل إيداع مبلغ مالي من المعني، يسمح له بتنفيذ العمليات النقدية المحددة بموجب المادة 5/04 من التوجيه الأوروبي رقم 64/2007 المؤرخ في 13 نوفمبر 2007 المتعلق بخدمات الدفع في السوق الداخلي[2]، حيث تكون مقبولة كوسيلة دفع من قبل الأشخاص الطبيعية والمعنوية غير الشركة المصدرة للنقود الالكترونية[3].

حيث طبق المشرع الفرنسي أحكام التوجيه الأوروبي رقم 110/2009 وبالخصوص نص المادة 2/02 حرفيا بموجب المادة L.315-1 من القانون المتعلق بالنقد والقرض[4].

انطلاقا من ذلك، فإن المشرع الفيدرالي للاتحاد الأوروبي قدم مفهوما خاصا للنقود الالكترونية، على نحو يجعلها تتماشى مع التطورات التكنولوجية

المستقبلية مع إخضاع عملية إصدارها لرقابة الدولة أو المصارف المركزية. حيث اعتبر المشرع النقود التي يتم تخزينها على أي وسيط إلكتروني مقابل مبلغ مالي مودع في الحساب المصرفي، الوحيدة التي تكيف على أنها نقودا إلكترونية تستعمل كوسيلة للدفع الالكتروني، وبالتالي فإن عملية تجريد النقود من ماديتها تتم بمجرد تخزينها على أي وسيط أو ذاكرة إلكترونية على سبيل المثال محفظة النقود الإلكترونية أو بطاقة تعبئة أو الدفع المسبق، هاتف نقال ذكي...إلخ، هذه النقود تضم توثيق هوية صاحب الحساب وتثبت رصيده النقدي حيث تسمح بالقيام بجميع التصرفات النقدية المعروفة في صورتها المادية[5].

ثانيا: خصائص النقود الالكترونية

من خلال أحكام المادة 2/02 من التوجيه الأوروبي رقم 110/2009 المتعلق بالنفاذ إلى خدمات مؤسسات النقود الالكترونية ورقابتها المذكور أعلاه، يتضح لنا النقود الالكترونية تتميز بثلاثة خصائص أساسية تميزها عن العملات المادية والالكترونية الأخرى، وتتمثل فيما يلي:

- أنها قيمة نقدية مخزنة في شكل إلكتروني أو مغناطيسي على أي وسيط إلكتروني.
- تمثل إيداعا ماليا في حساب مصرفي حيث لا تقل قيمة العملات الالكترونية عن القيمة المودعة من الأوراق المالية أو النقود المعدنية.
- تكون النقود الالكترونية مقبولة كوسيلة دفع من قبل الأشخاص الطبيعية والمعنوية غير الشركة المالية أو المصرفية المصدرة لها.

وعليه تتميز النقود الالكترونية بأنها مجرد كيانات افتراضية غير مادية تتضمن ملفات إلكترونية صغيرة ذات صلة بحاسب مصرفي أو بطاقة ممغنطة أو دفع مسبق باستخدام النقود المادية، وقابلة للتحويل في أي وقت إلى النقود الرسمية وإمكانية تبادلها مع مختلف السلع والخدمات المتاحة عبر شبكة الانترنت. كما تتميز النقود الالكترونية بأنها سهلة الاستخدام والتخزين والنقل، حيث يمكن وضعها على القرص الصلب أو في ذاكرة جهاز الحاسوب أو شحنها في البطاقات البلاستيكية الممغنطة أو البطاقات الذكية، التي بدورها تتطلب توافر معدات مدعومة ببرمجيات معلوماتية خاصة لتأمين وحماية القيم النقدية المحفوظة لتفادي العبث فيه أو سرقتها أو تزويرها[6].

بالإضافة إلى ذلك، نجد أن التوقيع الرقمي للجهة مصدرة النقود الالكترونية يمكن من تحديد وتوثيق هويتها ويوفر ضمانا كافيا بتحويل النقود الالكترونية إلى نقود مادية عند طلبها، وذلك من دون أن يضطر الأفراد بالتعريف بأنفسهم إلى البائعين أو أي مؤسسة مالية ما دام أنهم يقدمون نقودا مادية، وما يميز كذلك وحدة النقود الرقمية عدم صلاحيتها لإبرام أكثر من صفقة واحدة، مما يستدعي الأمر الاتصال من جديد بالمؤسسة المالية لإصدار وحدة نقدية رقمية وفقا لمرجع تسلسلي جديد لم يسبق استخدامه من قبل، وذلك على غرار النقود المادية التي تستمر في عملية الانتقال والتداول من يد إلى يد من دون الرجوع إلى السلطة المصدرة لها، وذلك باستثناء الظروف التي تستدعي سحبها من التداول كإتلافها أو تمزيقها أو تعرضها للتبليل، و تعتبر شركة (PayPal) من بين الشركات العاملة بنظم العملات الرقمية(Digital Cash) عبر أسواق العالم، حيث تمكن أطراف التبادل الالكتروني من إجراء المبادلات التجارية بسرعة مع ضمان عمليات الدفع الالكتروني[7].

الفرع الثاني: العملات الافتراضية

تعد النقود الالكترونية إحدى الوسائل الحديثة المستخدمة في التعاملات التجارية، حيث تنقسم إلى نقود إلكترونية اسمية والتي من خلالها تتضمن وحدة النقد الالكتروني على معلومات تتعلق بهوية الأشخاص الذين تداولوها، وهذا ما ينطبق على البطاقات الذكية (Cartes à puces)، بينما النقود الرقمية غير الاسمية أو الافتراضية هي نوع من النقود الرقمية غير المنظمة، غير المصدرة من طرف المصارف المركزية، حيث يمكن استخدامها كوسيلة دفع عبر الانترنت لقيمة السلع والخدمات، مع تحويلها مقابل العملات الرسمية التقليدية للدول أو العكس في إطار أسواق التبادل الخاصة بالعملات الافتراضية (Plates-formes de marché)،[8] وللتعرف أكثر حول العملات الافتراضية يستوجب التعرف على تقنية عملها(أولا)، والتسهيلات التي تتيحها(ثانيا)، وطبيعتها القانونية (ثالثا) ومخاطرها (رابعا).

أولا: تقنية عمل العملات الافتراضية

تعتمد تقنية العملات الرقمية الافتراضية على أسلوب الند للند وآليات التشفير اللا تماثلي(مفتاح عام وخاص) لغرض تأمين المعاملات المالية الالكترونية، حيث تمثل وحدات أو قيم نقدية إلكترونية مخزنة على القرص الصلب (Disque dur)، أو خادم جهاز الحاسوب(Serveur) أو الهاتف الذكي (Smart phone)...إلخ. تكون متكافئة مع قيم العملات التقليدية لمختلف الدول، في حين يتم إنشاؤها عبر الانترنت عن طريق نظام تقني متكامل وأساسي يرتكز على مجموعة من الخوارزميات الرياضية المعقدة، يشرف عليها مجموعة أو شخص معين معرف الهوية أو بدونها ولا تستدعي تواجد سلطة مركزية تشرف

على عملية إصدارها، ويتم تداولها فيما بين أرصدة أطراف التعامل الالكتروني بسهولة، ومن دون أي رسوم أو إجراء عمليات المقاصة ما دام أنها لا تخضع لرقابة المصارف المركزية[9]. وتعتبر البتكوين (Bitcoin) أول عملة رقمية افتراضية مشفرة تم إنشائها سنة 2008، طرحت لأول مرة للتداول عبر الانترنت سنة 2009 تحت شعار "« ฿ »" ,BTC, XBT، حيث ظهرت فيما بعد إلى جانبها العديد من العملات الافتراضية المنافسة لها مثل: Namecoin- Litecoin- Swisscoin- Peercoin- Moniro- ...etc[10]

تعتمد عملة البتكوين في المعاملات المالية على مبدأ الند للند الذي يستعين بدوره بمبادئ التشفير اللاتماثلي والخوارزميات، التي تسمح للمستخدمين والمعدنين أو المنقبين بالتعامل بطريقة مباشرة فيما بينهم من دون تدخل أي وسيط أو سلطة مركزية رسمية(المصارف المركزية)، حيث يملك كل مستخدم مسجل عبر الشبكة محفظة أو عدة محافظ نقود إلكترونية، تتضمن على واحد أو أكثر من العناوين الالكترونية للبتكوين التابعة للمستخدمين تمثل أرقام حسابات مصرفية لأرصدتهم عبر الانترنت، التي من خلالها يتم تبادل عملة البتكوين ونقلها فيما بين الأرصدة بكل سهولة ومن دون أي رسوم تحويل أو ضريبة أخرى، حيث يزود كل مستخدم بمفتاحين، أحدهما خاص يسمح له بالتوقيع على معاملات بيع وشراء البتكوين، الذي يجب الحفاظ عليه بطريقة مؤمنة لأنه في حالة ضياعه يفقد معه جميع عملات البتكوين المتحصل عليها ولا يستطيع تعويضها[11].

أما المفتاح العام فيتيح لبرمجيات الشبكة فحص والتحقق من صحة التوقيع الالكتروني لصاحب المعاملة، في حيت تسجل جميع عمليات شراء عملة

البتكوين في السجل المركزي للشبكة، في شكل سلسلة من الكتل، تحتوي على جميع عناوين ومعاملات المشاركين في الشبكة على النحو الذي يمكن من معرفة الرصيد الذي يملكه كل عنوان، حيث ترتبط كل كتلة" بدالة الهاش" بالكتلة السابقة لها وهكذا إلى غاية الوصول إلى كتلة التكوين (Genesis block) فتغيير أي كتلة يتطلب تغيير جميع الكتل مع تحديث "دالة الهاش" الرئيسية من جديد[12].

وعليه، فإن بيع وشراء عملة البتكوين تتمتع بقدر عال من المجهولية حيث يعتمد فقط على عناوين المستخدمين التي تتغير من حين لآخر لتعقيد فرص كشف والتعرف على هويتهم، كما أن عملة البتكوين لا تتضمن على أرقام تسلسلية تسمح بتتبع العملات التي تم إنفاقها للوصول إلى البائع أو المشتري وهذا ما يجعلها عملة لا مركزية وغير منظمة قانونيا. بالإضافة إلى ذلك فإن سعر عملة البتكوين منذ إنشائها في تذبذب(صعودا ونزولا) حيث يفوق في بعض الأحيان قيمة الذهب والدولار الأمريكي أو الأورو أو اليان الياباني[13].

ثانيا:التسهيلات التي تتيحها العملات الافتراضية

من بين التسهيلات التي تتيحها العملات الافتراضية المشفرة (Crypto-monnaies) نجد أنها أنشئت خصيصا لإجراء المعاملات التجارية والمالية عبر شبكة الانترنت من دون تدخل إي وسيط أو مصرف مركزي، حيث تعتمد هذه المعاملات على مبادئ التشفير اللاتماثلي التي تضمن السير الحسن لها ولا تستدعي إثبات هوية أطراف التعامل الالكتروني بل ترتكز فقط على العناوين الالكترونية لهم، كما تتم عملية نقل وتحويل الأموال فيما بين الأرصدة في أي مكان من العالم بكل سهولة وفي أقرب وقت ممكن من دون اشتراط أي سقف

معين للتحويل أو دفع رسوم تحويل أو إجراءات عمليات المقاصة فيما بين المصارف أو المرور عبر وسطاء[14].

وتستعمل العملات الافتراضية سواء كوسيلة دفع إلكتروني لقيمة مستحقات مختلف السلع والخدمات أو كسلعة تبادل فيما بينها في إطار منصات الأسواق المالية الالكترونية الخاصة بها، حيث يستطيع من خلالها المتعاملين عبر شبكة التسويق تبديل العملات الافتراضية مقابل العملات الرسمية للدول من خلال بيع العملات الافتراضية مقابل شراء العملات الرسمية أو العكس، في حين تتم عملية تحديد السعر الخاص بهذه العملات الافتراضية بطريقة آلية، إذ أن قيمتها تفوق عملية تحديد السعر الخاص قيمة الذهب أو حتى العملات الرسمية كالدولار واليان والأورو.

كما تتيح تقنية التعامل بالعملات الافتراضية لبعض الدول إمكانية اللجوء إليها خلال الأزمات الاقتصادية والتضخم النقدي، جراء انهيار قيمة العملة الوطنية الرسمية أو تراجعها وارتفاع الأسعار ونقص السيولة...إلخ، وذلك تزامنا مع استقرار أو ارتفاع قيمة العملات الافتراضية الأمر الذي يدفع بهذه الدول إلى حتمية استخدامها كبديل وحيد للعملة الرسمية المنهارة لهدف التخفيف من آثار الأزمة الاقتصادية أو المالية أو حتى القضاء عليها[15].

ثالثا: الطبيعة القانونية للعملات الافتراضية

إن وضع العملات الافتراضية حاليا لا يزال محل نقاش ولم يتم الاعتراف بها رسميا كعملة لغياب الإطار التشريعي أو التنظيمي الخاص بها، كما أن طبيعتها لا تتوافق من الناحية القانونية مع ما ورد في نص المادة 2/02 من التوجيه الأوروبي رقم 110/2009 المؤرخ في 16 سبتمبر 2009 المتعلق بالنفاذ إلى خدمات

مؤسسات النقود الالكترونية ورقابتها، حيث أن هذه العملات لا تصدر من طرف المؤسسات المالية والمصرفية التي تحصلت على ترخيص بمزاولة نشاطاتها، ولا تخضع لرقابة المصارف المركزية بمفهوم أحكام المادة 1/02، و3 من نفس التوجيه، كما أن المبلغ المالي الذي يتم إيداعه لا يمثل دين (Créance) على عاتق هذه الجهات، ما دام أنه يدفع لجهات تباشر نشاطاتها خارج الرقابة القانونية، وبالتالي فإن العملات الافتراضية لا تعتبر كعملة من الناحية القانونية وأن التعامل بها يثير مسائل قانونية أخرى حول تكييف وتطبيق أحكام التشريعات الضريبية، وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع فيما بين أطراف المعاملة التجارية[16].

اعترف المشرع الجزائري لأول مرة باستخدام التقنيات الالكترونية الحديثة في مجال المعاملات المصرفية، بموجب نص المادة 69 من الأمر رقم 03-11 المؤرخ في 26 أوت 2003المتعلق بالنقد والقرض[17]، التي من خلالها اعتبر جميع الأدوات التي تمكن الأشخاص من القيام بتحويل الأموال مهما كان "السند" أو "الأسلوب التقني" المستعمل فيها كوسائل دفع حديثة في الميدان المصرفي، حيث لم يتطرق في هذا الأمر إلى تعريف النقود الالكترونية ولا العملات الافتراضية، ولم ينظم خدمات الشركات المالية والمؤسسات المصدرة للنقود الالكترونية ورقابتها، بل اكتفى فقط بالكشف عن إرادته ونيته في استخدام تقنيات الدفع الالكتروني الحديثة في المعاملات المصرفية، كحتمية فرضتها مستجدات الثورة الرقمية، لكن بصدور القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 المتضمن لقانون المالية لسنة 2018[18]، قام المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 117 منه بمنع جميع التعاملات الالكترونية المتعلقة بشراء وبيع واستعمال وحيازة

العملات الافتراضية التي تفتقد للدعامة المادية كالقطع والأوراق النقدية وعملات الدفع بالصك أو بالبطاقة المصرفية.

وعليه، فإن مواقف الدول الأجنبية تفاوتت بشأن طبيعة التعامل بالعملات الافتراضية، حيث اعتبرتها ألمانيا كنقود من نوع خاص تستعمل كوسيلة دفع بين أطراف التعامل الالكتروني، بينما هي لدى بعض الدول كالنرويج وفنلندا والسويد بمثابة سلعا للتداول فقط وليست كوسيلة دفع، أما الولايات المتحدة الأمريكية وبريطانيا، كندا، البرازيل فتعتبرها كوسيلة بسيطة للتبادل والدفع فقط وليست نقودا بحد ذاتها، في حين منعت بعض الدول مؤسساتها المالية التعامل بهذه العملات على غرار كل من روسيا الفيدرالية، الصين، تايلاندا، اليابان، الجزائر، كما منعت بعض الدول على غرار فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وسويسرا وألمانيا بيع وشراء العملات الافتراضية على أراضيها، من دون أي ترخيص من طرف السلطات الرسمية المعنية، في حين تسعى بعض الدول كأستراليا مثلا إلى التفكير منذ 2015 حول كيفية تنظيم التعامل بالعملات الافتراضية، حيث لا تصنف المعاملات التي تتم بعملة البتكوين ضمن جرائم تبييض الأموال[19].

المطلب الثاني: الشيك الالكتروني

قامت المؤسسات المالية بتطوير وتحويل آليات الدفع من دعاماتها التقليدية إلى دعامات إلكترونية حديثة وجعلها تتواكب مع مستجدات ومتطلبات التجارة الالكترونية، في حين يعتبر الشيك الالكتروني في جوهره كبديل إلكتروني للشيك الورقي[20] وكالتزام قانوني بوفاء مبلغ مالي معين في مكان وتاريخ محددين لصالح فرد أو جهة معينة، إذ يحتوي بدوره على جميع البيانات

الإلزامية الواردة في الشيك الورقي، كتسمية السند" الشيك"، وتحديد المبلغ والمكان الذي يجب فيه الدفع، وتاريخ إنشاء الشيك، اسم الساحب مع توقيعه، اسم المسحوب عليه، واسم المستفيد عند الاقتضاء لأن عدم ذكر اسم هذا الأخير(المستفيد) يجعل الشيك صادرا لحامله ويكون قابلا للتداول بمجرد التسليم أو الاطلاع عليه، وعلى العموم يمكن تعريف الشيك الالكتروني أنه:" **ورقة مصرفية إلكترونية مكتوبة وفقا للأوضاع التي استقر عليها القانون تحمل على متنها أمرا من الساحب إلى المسحوب عليه الذي يكون على هيئة مصرف أو مؤسسة مالية مؤهلة قانونا، لدفع مبلغ محدد لشخص يدعى المستفيد أو حامل الشيك".**

انطلاقا من ذلك، يعتبر الشيك كأداة وفاء بالديون تحل محل النقود في التعامل ولا تؤدي وظيفة الائتمان، حيث يستعمل الشيك إما لسحب مبالغ مودعة في مصرف أو الوفاء بدين على عاتق ذمة الساحب أو يضاف إلى رصيد حساب جاري، وعليه تعد الشيكات الالكترونية كأدوات مفضلة لد أطراف معاملات التجارة الالكترونية وبالخصوص المستهلكين الذين وصلوا إلى سقف الائتمان المتاح لهم، أو لا يستحوذون على تقنيات الدفع الالكتروني الأخرى كبطاقات الائتمان...إلخ، كما أنها تعتبر الأكثر استعمالا من جهة المصارف والمؤسسات المالية، وذلك بالنظر إلى سهولة وبساطة تقنياتها وانخفاض تكاليف معالجة الشيكات الالكترونية بالمقارنة مع التكاليف الناجمة عن معالجة الشيكات الورقية[21].

إن التطورات التكنولوجية الحديثة التي شهدتها مجالات الثورة الرقمية وتزايد استخدام تقنيات الدفع الالكتروني الجديدة، دفع بالمشرع الجزائري إلى

إجراء بعض التعديلات في أحكام القانون التجاري بغية منه التأقلم ومسايرة التطورات التكنولوجية المستقبلية في مجالات المعاملات التجارية والمصرفية، من خلال تجريد التبادل المادي للأوراق التجارية والسماح بالتعامل بها على أية وسيلة أو دعامة إلكترونية حديثة محددة بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما، حيث نص بموجب المواد 3/414 و3/467 و2/502 من القانون التجاري[22] على إمكانية التعامل بإحدى الأوراق التجارية كالسفتجة أو السند لأمر أو الشيك، بأية وسيلة تبادل إلكترونية معترف بها بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.

المبحث الثاني: البطاقات الذكية والهاتف الذكي

تعتبر البطاقات الذكية (المطلب الأول)، والهاتف الذكي (المطلب الثاني) من بين تقنيات الدفع الالكتروني الحديثة، التي يعول عليها أطراف التعامل الالكتروني في إجراء المعاملات التجارية والمالية عبر الانترنت، وذلك باعتبارها وسائل دفع الكتروني مؤمنة، وذلك في وقت قصير ومن دون أي انتظار أو تنقل إلى عين المكان.

المطلب الأول: البطاقات الذكية

يعرف عن البطاقة الذكية Carte à puce أو Smart Card على أنها بطاقة بلاستيكية أو ورقية تحتوي على شريحة ذاكرة إلكترونية تسمح بتخزين بيانات ووحدات إلكترونية مع استرجاعها بطريقة منتظمة عند الحاجة إليها، حيث تزود La puce بمعالج تحكم مدمج يشبه من الناحية التقنية الشرائح الموجودة على مستوى أجهزة الحاسوب، مزود ببرنامج صغير متعلق بنظام تشغيل، يسمح بالتحكم في البطاقة مع إدارة ملفات البيانات وتنفيذ العمليات

الحسابية الخاصة كالتشفير والتوقيعات الرقمية والتفاعل بذكاء مع أجهزة القراءة في مختلف التطبيقات.

ويعود ظهور البطاقة الذكية لأول مرة إلى عام 1974 حيث اكتشفها العالم الفرنسي رولاند مورينو Roland MORENO الذي قام بتسجيل براءة اختراعه في نفس السنة، في حين استخدمت هذه البطاقة أكثر في عام 1983 في قطاع الاتصالات عبر أجهزة الهاتف العمومية، غير أنه انتشرت فيما بعد استخداماتها في التسعينات، وذلك تزامنا مع ظهور وتطور البطاقات الذكية التي تحتوي على شريحة الخط المستعملة في الهواتف المحمولة الشائعة آنذاك في أوروبا،التي تسمح بتحديد هوية صاحبها وتلقي المكالمات الهاتفية والرسائل وشحن قيم أو وحدات مالية معينة وتخزين المعلومات الشخصية للمستخدم وتحويل الوحدات الرقمية فيما بين الأرصدة، مع القيام بتعبئة الرصيد وبعمليات الاتصالات عبر شبكة الانترنت[23].

وتعتبر البطاقة الذكية كمحفظة نقود إلكترونية[24]، حيث تتعدد مجالات استخدامها بحسب الخدمات المتاحة للعملاء أو المستهلكين، كالتطبيقات المتعلقة بهوية الأشخاص (جوازات السفر، بطاقة التعريف البيومترية، بطاقات الدخول إل العمارات...إلخ)، وكذا في قطاع الصحة (بطاقة الشفاء) والضمان الاجتماعي (بطاقة التأمين الصحي)، والعمليات المالية والمصرفية (البطاقة البنكية)...إلخ، وبالتالي فإن كل نوع من البطاقات المصرفية الذكية(بطاقات السحب والدفع على الحساب وبطاقات الصراف الألي وبطاقات الائتمان الذكية...إلخ)، يتميز بصيغة تعاقدية مستقلة تتناسب مع وظيفتها.

وقد سمح المشرع الجزائري بموجب أحكام المادتين 543 مكرر23، و543 مكرر24 من القانون التجاري[25] بإمكانية التعامل تجاريا ببطاقات الدفع والسحب الالكترونية التي تصدرها المصارف والمؤسسات المالية المؤهلة قانونا لأصحابها، حيث يمكن لمالك البطاقة المصرفية القيام بعمليات سحب أو تحويل الأموال، ولا يجوز له الرجوع عن عملية الدفع في حالة تواجد أمر أو التزام بالدفع، ولا يمكن الاعتراض على عملية الدفع إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بها قانونا أو تواجد تسوية قضائية أو إفلاس المستفيد، بينما تتيح " بطاقة السحب" لصاحبها إمكانية سحب الأموال فقط.

لذا ألزم المشرع الجزائري بموجب أحكام المادة 111 من القانون رقم 17-11 المؤرخ في 27 ديسمبر 2017 المتضمن قانون المالية لسنة 2018، كل متعامل اقتصادي يقدم سلعا أو خدمات للمستهلكين أن تكون لديه وسائل دفع إلكتروني، تسمح للمستهلكين بدفع ثمن مشترياتهم باستعمال بطاقات الدفع الالكتروني بناء طلبهم، حيث يتعين على المتعاملين الاقتصاديين الامتثال لأحكام المادة 111 في أجل سنة واحدة ابتداء من تاريخ نشر قانون المالية لسنة 2018 في الجريدة الرسمية أي في 28 ديسمبر 2018، وكل مخالفة له يعاقب عليها بغرامة خمسون ألف دينار (50.000 د ج).

تعتبر بطاقة الائتمان الذكية وسيلة دفع إلكتروني حديثة تقوم على فكرتي الوفاء والائتمان في نفس الوقت، حيث تصدر بمعرفة مؤسسة مالية أو مصرف باسم حاملها التي تعطي له الحق في الحصول على تسهيل ائتماني، للوفاء بقيمة مشترياته من سلع أو خدمات لدى أصحاب المواقع التجارية الالكترونية، الذين تربطهم علاقة عقدية خاصة بالمصدر (المؤسسة المالية أو المصرف) حول

قبول بطاقات الائتمان الذكية كوسيلة وفاء عبر الانترنت، وبالتالي فإن بطاقة الائتمان الذكية تتشابه من حيث الحجم والشكل مع البطاقة البلاستيكية الممغنطة، إلا أنها تختلف مع هذه الأخيرة من حيث التقنيات التكنولوجية الحديثة المستخدمة في تسجيل واستعادة المعلومات المخزنة، حيث تحتوي بطاقة الائتمان الذكية على شريحة إلكترونية تشبه قرص صلب صغير محمي وفقا لسمات أمنية اختيارية، حيث تسمح بتخزين كمية هائلة من البيانات الالكترونية، واسترجاعها بطريقة آلية عند الضرورة، وكذا شحن وتخزين وحدات إلكترونية لاستخدامها في عمليات الوفاء بقيمة المشتريات من سلع وخدمات[26].

لكي تتم عملية الدفع باستعمال البطاقة المصرفية الذكية، يجب أن تربط بين مصدر البطاقة وحاملها علاقة عقدية ملزمة للجانبين (Contrat synallagmatique)، من خلالها يوافق المصدر(المصرف) على منح طالب البطاقة تسهيل ائتماني بمبلغ معين محدد المدة يستخدمه للوفاء بمشترياته لدى التجار الذين قبلوا الوفاء بالبطاقة عبر مواقعهم التجارية، كما يجب على المصدر أن تكون بينه وبين صاحب المتجر علاقة عقدية (Contrat de fournisseur) ، يلتزم من خلالها التاجر بقبول البطاقة في الوفاء عن بعد، وذلك مقابل التزام مصدر البطاقة بإتاحة جميع المعدات والبرمجيات الضرورية لإجراء الصفقات وضمان الوفاء للتاجر بقيمة مشتريات حامل البطاقة المصرفية، مع إخطار التاجر بصفة دورية ومنتظمة بجميع البطاقات المصرفية الذكية المنتهية صلاحيتها أو الملغاة أو المسروقة أو الضائعة وذلك لتفادي الاستخدام غير المشروع لها[27].

إن بطاقة الائتمان الذكية تحقق الكثير من المزايا لأطراف التعامل الالكتروني (مصدر البطاقة، حاملها، التاجر) إذ يتم تداولها في جميع أنحاء العالم ويتم قبولها كأداة وفاء وائتمان في نفس الوقت، باعتبارها وسيلة مرنة تسهل للعميل عمليات سداد تكاليف السفر والسياحة والصحة وإتمام الصفقات التجارية في الخارج...إلخ، وذلك من دون المخاطرة بحمل النقود المعدنية أو الأوراق المالية معه عبر الحدود، إذ يمكن للمستهلك أن يقوم عبر الانترنت في ظرف وجيز بشراء ودفع وطبع تذكرة السفر عبر المنصة الالكترونية لإحدى شركات الطيران، مع كراء سيارة له مسبقا عند الوصول إلى مطار بلد النزول، وحجز شقة عبر المنصة الالكترونية لأحدى فنادق بلد الوصول، وكذا يقوم بدفع مستحقات الخدمات المتعلقة بفاتورة الاتصالات، الغاز والكهرباء، الماء، النقل،...إلخ، من دون التنقل إلى عين المكان أو بذل أي جهد آخر، حيث توفر هذه البطاقة لحاملها عنصري الثقة والأمان كضمانات رئيسية في معاملاته الالكترونية، ففي حالة ضياعها أو الشك في سرقة المفتاح الخاص لحاملها يجب على هذا الأخير إخطار مصدر البطاقة لإيقاف التعامل بها فورا[28].

المطلب الثاني: الهاتف الذكي

تعتبر تقنية الدفع عن طريق الهاتف الذكي من بين الوسائل الالكترونية الحديثة المستخدمة في دفع ثمن مختلف السلع والخدمات، وكبديل لطرق الدفع عن طريق النقود أو الشيكات أو بطاقات الائتمان، حيث يمكن تمييز ثلاثة نماذج لتقنيات الدفع بواسطة الهاتف الذكي: الدفع عن بعد عبر الانترنت (Paiement à distance)(الفرع الأول)، والدفع عن طريق الاتصال القريب (Paiement de

(proximité(الفرع الثاني) وتحويل الأموال من هاتف ذكي إلى هاتف ذكي آخر(Transfert d'argent de mobile à mobile) (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الدفع عن بعد عبر الانترنت

تعتمد هذه التقنية على تطبيقات التسوق والشراء والدفع بالهواتف الذكية(AmazonShopping, Souq, Alibaba.com, Jumia,...etc)، التي تتيح للمستهلك سهولة وسرعة البحث عن المنتجات والمقارنة فيما بين الأسعار، فبمجرد دخوله إلى إحدى هذه التطبيقات، يقوم المستهلك بالتسجيل ثم يكتب اسم السلعة المطلوبة في خانة البحث، وبعدها يتبع الخطوات المشروحة بتلك المواقع لإتمام عملية الشراء أو الدفع بشرط توافر الرصيد الكافي لتلك العملية التي من خلالها يتم خصم رصيد التعبئة أو حساب بطاقته المصرفية الذكية، ولضمان الاستخدام المؤمن لهذه التطبيقات عبر شبكة الانترنت يجب على المستهلك أن يقوم بإدماج رقم هاتفه الذكي ببطاقته الالكترونية المصرفية لدى الهيئة المصدرة لها، وذلك لتسهيل عمليات الشراء والدفع في آن واحد، من دون إرسال البيانات السرية الخاصة ببطاقته المصرفية الالكترونية إلى الغير[29].

وعليه فإن معظم أنظمة الدفع الالكتروني لا تشترط على المستهلك الالكتروني، أثناء قيامه بالدفع عبر الانترنت تقديم البيانات السرية المتعلقة ببطاقة الائتمان، كما هو الحال مع شركة Buyster التي تشترط فقط رقم الهاتف مع الرقم السري للمستهلك، أو شركة PayPalالتي تشترط البريد الالكتروني مع الرقم السري للمستهلك من دون إرسال بيانات بطاقته المصرفية للمستفيدين، كما أن بعض المتاجر الافتراضية لا تقوم مباشرة بشحن جميع السلع إلى دول العالم، فمن الأفضل على المستهلك الاستعانة ببعض شركات

الشحن الوسيطة التي تقوم بإيصال السلعة إلى أي مكان في العالم، حيث تتشابه هذه الشركات في مبدأ عملها، لكنها تختلف في أسعار الخدمة وسرعة التوصيل.

الفرع الثاني: الدفع عن طريق الاتصال القريب

يطلق على هذه التقنية كذلك الاتصال القريب المدى أو الدفع اللاتلامسي التي تعتمد على تكنولوجيا Near Field Communication (NFC) أو(La (communication en champ proche CCP التي هي عبارة عن رقاقة يتم إدماجها على بطاقة SIM من خلالها يتم نقل وتحويل كمية صغيرة نسبيا من البيانات عبر مسافات قصيرة لا تتعدى بضعة سنتيمترات، إذ يكتفي أي مستهلك في المحلات التجارية برفع هاتفه الذكي وتقريبه إلى أحد نقاط البيع الطرفية(طاولة حساب، قارئ بطاقة مصرفية، أجهزة الدفع) من دون لمسها، ويتم الدفع فورا وأوتوماتيكيا من خلال السحب هاتفيا من حساب المستهلك المصرفي من دون الحاجة لإدخال رقم سري أو التوقيع إلكترونيا، حيث لا يمكن أن تتجاوز قيمة المبلغ المسحوب الحد الأقصى المسموح به (من 0 بإلى 20 أورو)، فإذا تجاوزت قيمة المشتريات هذا الحد يتعين على المستهلك وضع الرقم السري على هاتفه الذكي مع تقريب هذا الأخير مرة أخرى نحو نقطة البيع الطرفية لدفع مستحقات الشراء[30].

بالإضافة إلى تقنية تكنولوجيا NFC ، توجد تقنيات تكنولوجيا أخرى مستخدمة في الدفع اللاتلامسي عن طريق الهاتف الذكي، على غرار تقنية (iBeacon) التي استحدثتها شركة "آبل" للهواتف الذكية تعتمد على تكنولوجيا البلوتوث ((Bluetooth Low Energy (BLE التي تسمح بنقل وتحويل البيانات على مسافة 50 متر.

كما توجد كذلك تقنية الرقم السري المخفي (Quick) Code QR Response التي تتيح للمستهلك إمكانية إجراء عملية الدفع عن طريق تصوير الرقم السري بهاتفه الذكي الذي يقوم مباشرة بفك تشفيره مع إتمام عملية تحويل المبلغ من حساب المستهلك نحو حساب التاجر، في حين تتوافر هذه التقنية على مستوى جميع الهواتف الذكية، حيث تتنافس الشركات من كافة الاختصاصات على تطوير هذه التقنيات بما فيها المصارف وشركات الهاتف النقال ومواقع الدفع الالكتروني عبر الانترنت، كشركة "غوغل" التي طورت نظام تشغيل أندرويد(Android)، وشركة "آبل" التي طورت نظام تشغيل (IOS)[31].

الفرع الثالث: تحويل الأموال من هاتف ذكي إلى هاتف ذكي آخر

انتشرت في اللآونة الأخيرة تطبيقات الهواتف الذكية الخاصة بتحويل الأموال عبر الانترنت من حساب إلى حساب آخر (مصرفي أو بريدي)، من دون التنقل إلى المراكز المعينة للدفع أو سحب الأموال، حيث تسمح هذه التطبيقات للمستخدمين بتحويل الأموال عبر الانترنت أو حتى بين حساباتهم مع دفع فواتير الغاز والكهرباء والماء أو اشتراكات الهاتف أو الانترنت أو حتى المستحقات الناجمة عن المعاملات التجارية، وبالتالي قامت مؤسسة بريد الجزائر بإصدار تطبيق هاتف ذكي باسم " بريدي موب" (BaridiMob)، الموجه لأصحاب البطاقات الذهبية وأجهزة الهاتف الذكية (Smartphone) التي تعمل بنظام تشغيل "اندرويد" أو(أيفون بنظام (IOS) قريبا)، الذي يسمح لهم بإجراء المعاملات التي تتيحها البطاقة كإرسال واستقبال الأموال والاطلاع على الرصيد، شحن الرصيد الهاتفي ودفع فواتير الماء والغاز والكهرباء والهاتف والانترنت،...إلخ[32].

خاتمة:

إن حتمية البحث عن وسائل وتقنيات للدفع الالكتروني عبر الانترنت، أصبحت من المتطلبات التي فرضها عصر الرقمنة، وذلك بعدما أصبحت الوسائل التقليدية المستعملة في الدفع لا تستجيب لمستجدات الوضع الراهن، الذي عرف ظهور نظم وتطبيقات مالية حديثة ومتطورة، ساهمت في جذب العديد من المتعاملين بالتجارة عبر الانترنت، لذا تعد تقنيات الدفع الالكتروني الحديثة (النقود الالكترونية، الشيك الالكتروني ، البطاقات الذكية والهاتف الذكي)، عنصرا أساسيا ومهما في تفعيل وإنعاش نشاطات التجارة الالكترونية، والعمليات المصرفية عبر شبكة الانترنت، حيث تمكن هذه التقنيات أطراف التعامل الالكتروني من توفير الجهد والاقتصاد في الوقت، عند القيام بعمليات البيع والشراء، وتسديد المستحقات أو الاشتراكات من دون التنقل إلى عين المكان.

قائمة المراجع:

أولا": باللغة العربية

أ/ الكتب:

1- أحمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008.

2- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية(الكمبيالة- السند لأمر- الشيك- النقود الالكترونية- الأوراق التجارية الالكترونية- بطاقات الوفاء والائتمان)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.

ب/ الأطروحات:

1- حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014.

ج/ المداخلات:

1- سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة و التاجر، بحث مقدم في مؤتمر "الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، يومي 10 و12 ماي 2003، المجلد الثاني.

2- شريف محمد غنام، محفظة النقود الرقمية (رؤية مستقبلية)، بحث مقدم في مؤتمر "الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، يومي 10 و12 ماي 2003، المجلد الأول.

3- عصام حنفي محمود موسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم في مؤتمر "الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، يومي 10 و12 ماي 2003، المجلد الثاني.

4- نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الالكتروني والنقود الرقمية(دراسة مقارنة)، المجلد الأول، بحث مقدم في مؤتمر" الأعمال المصرفية بين الشريعة

والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، 10 و12 ماي 2003.

د/ النصوص القانونية:

1- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر العدد 11 الصادر في 09 فيفري 2005.

2- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد 52، الصادر في 27 أوت2001، معدل ومتمم.

3-قانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر العدد 76، الصادر في 28 ديسمبر2017.

ذ/ مواقع الانترنت:

1- http://www.epay.post.dz/mobilebank/ تم الاطلاع عليه في 2018/03/14.

ثانيا: باللغة الفرنسية

A/ OUVRAGRS :

1- Chiheb GHAZOUANI, Le commerce électronique international, Latrach édition (1 er édition), Tunis, 2011.

B/ ARTICLES :

1-Etienne WERY, « Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique ?, Art publier le 16/10/2000 sur http://www.droit-technologie.org, consulté le 12/09/.2017

2- Gerald STUBER, « Le bitcoin : une monnaie virtuelle sans émetteur central », Revue de la Banque du Canada-printemps, 2014, p. 16.http://www.revue-bdc-printemps14-fung,pdf.

3- Jean Claude PAILLES, « Les systèmes de paiement électronique sur internet », Revue Les Cahiers du numérique, 2003/1, vol,4, pp. 59, 60.

4-Laititia CHAIX, « Le paiement mobile : modèles économique et régulation financière », Revue d'Economie financière, 2013/4, n° 112.

5-Luc LENOIR, « Cryptomonnaie : le petro vénézuélien en vente », journal Le Figaro, 20/02/2018, 07 :19 sur :http://www.lefigaro.fr/flash-econ/2018/02/20.

6-Pierre STORRER, « Droit des moyens et services de paiement : Les monnaies virtuelles dans tous leurs états », Revue Banque n°775, septembre 2014.

7-Riccardo SANTONETTI , « Le bitcoin opportunités et risques d'une monnaie virtuelle », http://dievolkswirtschaft.ch\fr\2014\09\sansonetti-4, consultée le 12-02-2016.

8-Romain MEGEMONT, « Paiement mobile sur smart phone : présentation, fonctionnement et sécurité », article

publié sur FrAndroid, le 28/04/2018, http://www.Frandroid.com , consulté le 01/05/2018.

9- Sylvain MIGNOT, « Le Bitcoin : nature et fonctionnement », Revue Banque et Droit, n° 159 janvier-février 2015.

10-Thibault VERBIEST, Etienne WERY, » Commerce électronique par téléphone mobile ; un cadre juridique mal défini », Recueil DALLOZ, n° 41, 2004.

11- Y.POULLET et H. JACQUEMIN, « Blockchain : une révolution pour le droit ? », Journal des Tribunaux, 10 novembre 2018, 137e année- N° 6748.

C / TEXTES JURIDIQUES :

1-Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n° 0024 du 29 janvier 2013. **Code monétaire et financier,** dernière modification le 16 novembre 2019, document généré le 15 novembre 2019, http://www.legifrance.gouv.fr.

2-Directive 2007/64/CE du parlement européen et du conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, JOUE, n° L.319/1 du 5/12/2007.

3-Directive 2009/110/CE, du parlement européen et du conseil du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice

ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE, JOUE. N° L.267/7 du 10/10/2009.

D / RAPPORTS :

Rapport d'informmation (Sénat Français) fait au nom de la-1 commission des finances sur les enjeux liés au développement du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles, du 23 juillet 2014, http://www.senat.frrapr13-767, consulté le 25/06/2018.

الهوامش:

1-Directive 2009/110/CE, du parlement européen et du conseil du 16 septembre 2009, concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, modifiant les directives 2005/60/CE et 2006/48/CE et abrogeant la directive 2000/46/CE, JOUE. N° L.267/7 du 10/10/2009.

2-Directive 2007/64/CE du parlement européen et du conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 97/7/CE, 2002/65/CE, ainsi que 2006/48/CE et abrogeant la directive 97/5/CE, JOUE, n° L.319/1 du 5/12/2007.

3- وقد تم إلغاء التوجيه الأوروبي رقم 64/2007 المؤرخ في 13 نوفمبر 2007، المتعلق بخدمات الدفع في السوق الداخلي، وذلك بتاريخ دخول حيز التنفيذ التوجيه الأوروبي رقم 2366/2015 المؤرخ في 25 نوفمبر 2015، المتعلق بخدمات الدفع في السوق الداخلي، أي في 13 جانفي 2018.

4-Loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, JORF n° 0024 du 29 janvier 2013. **Code monétaire et financier,** dernière modification le 16 novembre 2019, document généré le 15 novembre 2019, http://www.legifrance.gouv.fr.

5- Chiheb GHAZOUANI, Le commerce électronique international, Latrach édition (1 er édition), Tunis, 2011, pp. 153, 154.

6- Jean Claude PAILLES, « Les systèmes de paiement électronique sur internet », Revue Les Cahiers du numérique, 2003/1, vol,4, pp. 59, 60.

7- Ibid, op.cit, p, 59

8- أحمد سفر، أنظمة الدفع الالكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2008، ص 49.

9- Gerald STUBER, « Le bitcoin : une monnaie virtuelle sans émetteur central », Revue de la Banque du Canada- printemps, 2014, p. 16.http://www.revue-bdc-printemps14-fung,pdf.

10- Y.POULLET et H. JACQUEMIN, « Blockchain : une révolution pour le droit ? », Journal des Tribunaux, 10 novembre 2018, 137e année- N° 6748, pp. 804-805.

11-http://www.bitcoin.fr/obtenir-des- bitcoin (consultés le 22/04/2016).

12- Y.POULLET et H. JACQUEMIN, op.cit, pp. 803-808.

13- Sylvain MIGNOT, « Le Bitcoin : nature et fonctionnement », Revue Banque et Droit, n° 159 janvier-février 2015, pp. 10-11.

14-Riccardo SANTONETTI , « Le bitcoin opportunités et risques d'une monnaie virtuelle », http://dievolkswirtschaft.ch\fr\2014\09\sansonetti-4, consultée le 12-02-2016.

15- تعتبر فنزويلا أول دولة قامت بإحداث عملة إفتراضية تدعى "بترو"Petro" قابلة للتداول مقابل سعر البترول الواحد، وذلك لهدف مواجهة الأزمات والاضطرابات في السياسة النقدية والاقتصادية في البلاد (التضخم النقدي ، المديونية الخارجية، عجز ميزان المدفوعات، اضطرابات اجتماعية...إلخ).

Luc LENOIR, « Cryptomonnaie : le petro vénézuélien en vente », journal Le Figaro, 20/02/2018, 07 :19 sur :http://www.lefigaro.fr/flash-econ/2018/02/20.

16-Pierre STORRER, « Droit des moyens et services de paiement : Les monnaies virtuelles dans tous leurs états », Revue Banque n°775, septembre 2014, pp.86-89.

17- أمر رقم 03-11 مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر العدد 52، الصادر في 27 أوت2001، معدل ومتمم.

18- قانون رقم 17-11 مؤرخ في 27 ديسمبر 2017، يتضمن قانون المالية لسنة 2018، ج ر العدد 76، الصادر في 28 ديسمبر2017.

19-Rapport d'informmation (Sénat Français) fait au nom de la commission des finances sur les enjeux liés au développement du Bitcoin et des autres monnaies virtuelles, du 23 juillet 2014, http://www.senat.frrapr13-767, consulté le 25/06/2018.

20- مصطفى كمال طه، وائل أنور بندق، الأوراق التجارية(الكمبيالة- السند لأمر- الشيك- النقود الالكترونية- الأوراق التجارية الالكترونية- بطاقات الوفاء والائتمان)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص ص 350 و351.

21- نبيل صلاح محمود العربي، الشيك الالكتروني والنقود الرقمية(دراسة مقارنة)، المجلد الأول، بحث مقدم في مؤتمر" الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، 10 و12 ماي 2003، ص ص 67-69.

22- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر العدد 11 الصادر في 09 فيفري 2005.

23 -Laititia CHAIX, « Le paiement mobile : modèles économique et régulation financière », Revue d'Economie financière, 2013/4, n° 112, pp. 278-280.

24- شريف محمد غنام، محفظة النقود الرقمية (رؤية مستقبلية)، بحث مقدم في مؤتمر "الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، يومي 10 و12 ماي 2003، المجلد الأول، ص ص 110 -113.

25- تنص المادة 543 مكرر 24 ق ت ج على ما يلي " الأمر أو الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع غير قابل للرجوع فيه، ولا يمكن الاعتراض على الدفع إلا في حالة ضياع البطاقة المصرح بها قانونا، أو تسوية قضائية أو إفلاس المستفيد".

26- سعد محمد سعد، المسائل القانونية التي تثيرها العلاقة الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان بين الجهة مصدرة البطاقة و التاجر، بحث مقدم في مؤتمر "الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، يومي 10 و12 ماي 2003، المجلد الثاني، ص ص801-805.

27-Etienne WERY, « Comment rédiger en pratique un contrat de commerce électronique ?, Art publier le 16/10/2000 sur http://www.droit-technologie.org, consulté le 12/09/.2017

28- عصام حنفي محمود موسي، الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، بحث مقدم في مؤتمر "الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون"، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع غرفة التجارة الالكترونية وصناعة دبي، يومي 10 و12 ماي 2003، المجلد الثاني، ص ص 859-861.

29-Thibault VERBIEST, Etienne WERY, » Commerce électronique par téléphone mobile ; un cadre juridique mal défini », Recueil DALLOZ, n° 41, 2004, pp. 03-04.

30-Romain MEGEMONT, « Paiement mobile sur smart phone : présentation, fonctionnement et sécurité », article publié sur FrAndroid, le 28/04/2018, http://www. Frandroid.com, consulté le 01/05/2018.

31- حوالف عبد الصمد، النظام القانوني لوسائل الدفع الالكتروني، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014، ص ص 297-301.

32- للاطلاع على القواعد العامة لاستعمال تطبيق " بريدي موب"، انظر الموقع الالكتروني التالي http://www.epay.post.dz/mobilebank/ تم لاطلاع عليه في 2018/03/14.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

المبادئ الأساسية ومتطلبات تطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني
إشراف ورقابة البنك المركزي

د/محمد شايب
جامعة فرحات عباس – سطيف1

ISBN: 978-9931-9651-0-7

المبادئ الأساسية ومتطلبات تطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني _إشراف ورقابة البنك المركزي_

الدكتور / محمد شايب (*)

ملخص: إن عمليات التحرير المالي والمصرفي وإزالة القيود والتغييرات الهيكلية والمنافسة الحادة، أدت مجتمعة إلى التعجيل بنشر عمليات التطوير والتحديث والابتكار والتشغيل التكنولوجي في خدمات وسائل الدفع الالكتروني.. وتنقسم العوامل المؤثرة في تطوير وتشغيل الدفع الإلكتروني إلى عوامل داخلية وعوامل خارجية، ومجموعة من المتطلبات والمصادر الرئيسية لإنشاء في النهاية بنية تحتية للنشاط الإلكتروني.

ما يتطلب هو وجود منظومة متكاملة تضمن سرية وتأمين وحماية إجراءات أنظمة ووسائل الدفع الإلكتروني وضمان جودتها، واستخدام أدوات وآليات متطورة للرقابة والإشراف من قبل البنك المركزي بما يضمن كفاءة وسلامة نظم المدفوعات وآليات المقاصة، واستدامة عملها بشكل يتلاءم مع احتياجات القطاع المصرفي والمالي، وبأقل قدر من المخاطر، وبتكلفة معقولة.

الكلمات المفتاحية:
خصائص. التجارة الدولية. العقد الدولي. الانترنت

Abstract : The processes of financial and banking liberalization, removal of restrictions, structural changes and intense competition have led together to accelerate the deployment of development, modernization, innovation and technological operations in electronic payment means services .. The factors affecting the development and operation of electronic payment are divided into internal and external factors, and a set of key requirements and sources for establishing Finally an infrastructure for e-activity.

What is required is an integrated system that ensures confidentiality, security and protection of electronic payment systems and means and ensuring their quality, and the use of advanced tools and mechanisms for control and supervision by the central bank to ensure the efficiency and safety of payment systems and clearing mechanisms, and the sustainability of their work in a manner compatible with the needs of the banking and financial sector, and with the least amount of Risks, at a reasonable cost.

Mots Clés : Electronic guide, information crime, data.

مقدمة :

(*)، أستاذ محاضر "أ" ، جامعة فرحات عباس سطيف1

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

يعود وجود نظم الدفع أساسا لدورها في القطاع المالي والمصرفي، ولقد تغيرت نظم الدفع إلى درجة كبيرة في أعقاب الإصلاحات التي شهدها القطاع المالي العالمي، أما عن تطورها فهي من تطور النقود بصفة عامة ابتداء من النقود السلعية، الورقية، الكتابية الائتمانية والإلكترونية ونقود الدولة كما جاء في العديد من أدبيات الكتب.

ومن أجل تقليص المخاطر المالية وزيادة المصداقية والسرعة دفع بالسلطات النقدية للعمل على إنشاء نظم دفع قوية وفعالة لاستخدامها في إجراءات اتخاذ القرارات الخاصة بالسياسة النقدية وخدمات الدفع، والذي يسهم في سرعة أداء الحكومة لعملها وتحويل أنشطتها الاقتصادية من الطرق التقليدية الورقية إلى أنشطة إلكترونية. وتوجد طرق خاصة وعديدة للدفع الإلكتروني تسمى أنظمة الدفع الإلكترونية (SPE) Systèmes de Paiement Electronique .

تتمثل العوامل الخارجية المؤثرة في تطوير أنظمة الدفع الإلكتروني والمقاصة في مجموعة القوى والعوامل التي لا تخضع لسيطرة البنك والمؤسسات المالية، ولا يمكنه التحكم فيها، كما هو الحال بالنسبة للعوامل الداخلية. فهذه العوامل تؤثر على البنك والمؤسسة المالية وعلى أدائه وخدماته من خلال ما تصنعه من فرص وما تفرضه من تهديدات وتحديات. وهذا ما يجعل العمل على تطوير وتشغيل نظام مدفوعات فعالا وفق قواعد تحدد حقوق ومسؤوليات مختلف الأطراف المعنية بالدفع أمرا ضروريا، ويترافق ذلك مع تطوير إطار قانوني سليم وشفاف وشامل يمنح الثقة القانونية، ويقلل المخاطر الخارجية.

واستناداً إلى ما سبق، سنحاول من خلال هذا البحث الإجابة على مجموعة من الأسئلة المتعلقة بأنظمة الدفع الإلكترونية في الاقتصاد:

_ فما هو مفهومها وما هي مكوناتها؟ وما هي أهدافها ومزاياها ووظيفتها؟

_ ما هي المبادئ الأساسية والمتطلبات القانونية لتطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني؟

للإجابة على الأسئلة خصصنا المحاور الأربع التالية:

المحور الأول: مفاهيم أساسية حول نظام الدفع الإلكتروني.

المحور الثاني: البنك المركزي وسياسته النقدية كآلية لتطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني.

المحور الثالث: العوامل الخارجية ومبررات التطوير والتشغيل للدفع الإلكتروني.

المحور الرابع: المتطلبات القانونية كآلية لتطوير وتشغيل خدمات الدفع الإلكتروني.

المحور الأول: مفاهيم أساسية حول نظام الدفع الإلكتروني

الدفع مصطلح لعملية تحويل النقود بين المتعاملين الاقتصاديين، كأن يكون مثلا بين التجار والمستهلك بخصوص تسديد قيمة الحاجات والسلع [1]. أما نظام الدفع الوطني فهو واحد من مكونات السياسة النقدية والمالية في البلد [2].

أولا: تعريف أنظمة الدفع الإلكترونية

1_ مفهوم نظام الدفع الإلكتروني: المقصود بالدفع الإلكتروني هو الوفاء بطريقة إلكترونية بأثمان السلع والخدمات المتعاقد عليها باستخدام إحدى وسائل أو أدوات السداد أو الدفع الإلكتروني [3].

ويعرف نظام الدفع على أنه مجموعة الوسائل والإجراءات والقواعد الخاصة بعملية تحويل الأموال بين الأعضاء المشاركين داخل النظام (البنوك والمؤسسات المالية)، وذلك وفقا لاتفاق مبرم بين كافة الأعضاء المشاركين بالنظام وبين مشغل النظام، على أن تتم عملية انتقال الأموال باستخدام بنية أساسية فنية وفقا لتقنيات متفق عليها [4].

كما تعرف نظم المدفوعات والتسوية Settlement and Payment Systems في التجارة الإلكترونية بأنها الدورة الإلكترونية المأمونة والسريعة لنقل الأموال من المشتري إلى البائع عبر المؤسسات المالية وبأقل تكلفة ممكنة [5]. ويعتبر النظام المالي _ البنوك والوسطاء والأسواق المالية غير المصرفية _ بصفة عامة، ونظام المدفوعات بصفة خاصة بمثابة البنية الأساسية المالية لعالم الأعمال الحديث [6]. حيث إن كل المعاملات المالية والتجارية في مجال التجارة الإلكترونية يصعب دفعها نقدا .

تعرف كذلك أنظمة الدفع الإلكترونية على أنها: أنظمة الدفع التي تتم إلكترونيا بدلا من الورق (الكاش ونقدا، الشيكات)، أين يستطيع شخص مثلا أن يحاسب على فواتيره إلكترونيا أو يقوم بتحويل النقود إلكترونيا عبر حسابه البنكي الخاص[7]. ويقصد بنظام الدفع كذلك بالمفهوم الواسع آلية العمل بين كل من منشآت الأعمال، الحكومات، المستهلكين والمؤسسات المالية الذي بتم من خلاله عمليات الدفع [8].

وبعبارة أخرى نظام الدفع هو: مجموعة أنظمة تحويل الأموال بين البنوك، ويتضمن كذلك تداول الأموال. وذلك من خلال القيام بالوظائف الأساسية التالية [9]: إرسال واستقبال أوامر الدفع، تحويل أوامر الدفع، المقاصة في حالة الأرصدة الصافية والتسوية.

من خلال ما سبق يمكن القول أن نظم الدفع تشمل الأدوات التي تسهل تبادل الأصول والخدمات بين الوحدات الاقتصادية، والهيكل المؤسسي والتنظيمي والإجراءات التشغيلية وشبكة الاتصال. ويتكون نظام الدفع: المؤسسات والوسطاء الماليون، وسائل الدفع، وإجراءات الدفع والتحصيل [10].

2_ آلية الدفع الإلكتروني: إن من خلال عملية الدفع سوف يتم بتحويل الأموال من حساب المشتري إلى حساب البائع، هذا إذا كان كل من البائع والمشتري لديهم حسابات في نفس البنك ويتم هذا بسهولة، أما إذا كان البائع والمشتري يستخدمان بنوكا مختلفة وهذه هي الحالة العامة، فإن عملية التسوية أو تحويل الأموال يجب أن تتم من خلال نظم المدفوعات. وتعمل نظم المدفوعات مثل عمل أي بنك من البنوك على أساس أن كل البنوك الأعضاء في نظام المدفوعات يكون لديها حسابات بودائع يمكن أن تستخدم كأرصدة تسوية Clearing Balances في إطار النظام. هذه المدفوعات بين البنوك الأعضاء تتم تسويتها في آن واحد بدائنية ومديونية الحسابات المعنية بذلك في بنوك الدفع والاستلام.

ثانيا: أهمية ووظيفة أنظمة الدفع الإلكترونية

1_ أهمية نظام الدفع الإلكتروني: تعود أهمية نظام الدفع الإلكتروني في أداء العمليات الاقتصادية والتجارية والائتمانية بين الأفراد والمؤسسات، ومختلف

الهيئات الحكومية. وبالتالي فهو ضـروري في عمل الاقتصـاد الحقيقي وسـير السوق المالي، وكذلك في تنفيذ إجراءات السياسة المالية. ولم تكن عمليا أنظمة الدفع الإلكترونية موضـوعا يثير اهتمام البنوك المركزية، حيث كان ينظر إليها على أنها نشـاط ميكانيكي داخلي لا ينطوي على أية أسـئلة حقيقية بشـأن السياسة، إلا أن هذا الموقف تغير فقد شهدت اقتصاديات السوق المتطورة خلال السنوات الماضية التغيرات التالية [11]:

_ زيادة كبيرة في العائد من أنظمة الدفع من حيث عدد الصـفقات والأهم من ذلك من حيث قيمة هذه التحويلات، ولقد انعكس هذا تحديدا في النمو السريع في نشاطات الأسواق المالية؛

_ التقدم التكنولوجي الكبير الذي نتج عنه إمكانية تحويل الأموال بسـرعة أكبر من خلال أنظمة الدفع.

وبالتالي يمكن القول أن هناك تفهما وإدراكا واسعين للدور المركزي الذي تلعبه أنظمة الدفع في أي اقتصاد سوق باعتبارها:

_ عنصر حيوي في البنية التحتية المالية والمصرفية للاقتصاد؛

_ قناة ضـرورية للإدارة الاقتصـادية الفعالة ولا سـيما من خلال السـياسـة النقدية؛

_ وسيلة لتحسين الكفاءة الاقتصادية.

يستمد هذا الدور أهميته من قدرة هذا النظام على آداء وظائفه بفعالية، ومن بين الشـروط التي يجب أن تسـتجيب لها أنظمة الدفع ضـرورة أن تكون عملية ومتميزة بالبسـاطة وتلقى القبول لدى العملاء. وبالتالي فإن المهمة الأسـاسـية لنظم الدفع هي تحقيق وضـمان الاسـتقرار المالي القائم علي مبدأي السـلامة

والكفاءة لأنظمة الدفع المختلفة، بالإضافة إلي توفير خدمات وأنظمة دفع مناسبة تلبي احتياجات مستخدميها، مع التأكيد على ضرورة استمرار تلك الخدمات، وضمان إتاحتها على نحو يرضي كافة المستخدمين. وذلك من أجل دعم الاقتصاد، والعمل على تقديم نظم الدفع كنموذج يُحتذى به.

2_ وظيفة الدفع الإلكتروني: وهو عبارة عن عمليات تحويل للأموال مع عدم تجاوز سقف معين، أي بقيم محددة، وهذا التحويل يتم من الزبون إلى التاجر أو المورد مقابل قيم السلع المشتراة أو الخدمات المؤداة، وهنا نميز بين:

_ **الدفع الجواري Paiement à Proximité:** حيث يكون كل من التاجر والزبون حامل البطاقة في الموقع نفسه ووجها لوجه.

_ **الدفع عن بعد Paiement à Distance:** ويتم فيه الدفع لقيم السلع والخدمات التي تم اختيارها عن بعد (تمت رؤيتها في التلفاز، المجلات، الإشهار..). ويتم الدفع عن طريق الهاتف أو الرسائل أو قسيمات أو الإنترنت، وذلك بإعطاء الاسم واللقب المدونان على البطاقة بالإضافة إلى رقم البطاقة وتاريخ نهاية الصلاحية.

_ **الدفع الآلي Paiement Automatique**: وهو عبارة عن دفع مقابل مشتريات دون وجود التاجر حيث يتم التعامل مباشرة مع الآلة، مثل الدفع في بعض محطات البنزين، شراء تذاكر السفر بالطائرة أو القطار..إلخ.

ثالثا: أهداف ومزايا نظم الدفع وأهمية توحيدها

1_ أهداف أنظمة الدفع الإلكتروني: من بين أهداف نظم الدفع الإلكترونية ما يلي:

_ الفعالية في تحويل الأموال فيما بين البنوك والمؤسسات المالية؛

_ تقليص مخاطر الدفع إلى أدنى حد، وسهولة إدارة الأموال؛

_ إتاحة الفرصة لتقديم خدمات جديدة في القطاع المصرفي والمالي؛

_ تطوير منتجات ومشروعات تهدف إلى خلق قيمة مضافة للقطاع.

2_ مزايا أنظمة الدفع الإلكترونية: بدأت البنوك والمؤسسات المالية الانتقال إلى نظم المدفوعات الإلكترونية لتخفيف القيود الناجمة عن الدفع نقداً، وتعزيز الكفاءة والشفافية في عملياتها والأمان وسهولة الاستخدام. ونتيجة لذلك استفادت الحكومات من خلال تعزيز السيولة لديها، وفتح نظامها المالي أمام أكبر عدد من سكانها. أما في الشركات فخفضت من تكاليف العمل، في حين أوجدت وسائل أكثر أمانا وموثوقية لإجراء التعاملات المالية. ومن جهتهم يحصل المستهلكون على رؤية أوضح لمواردهم المالية، بالإضافة إلى استعادة الوقت والجهد الضائع. ونشير كذلك إلى أن نظام الدفع الإلكتروني يساهم في تأمين عملية تحصيل الضرائب بدلا من الدفع النقدي ونقل الأموال التي تتعرض لمخاطر بالغة ومخاطر تزييف العملة. وكذلك انخفاض تكلفة تكنولوجيا الدفع نسبيا وأن انخفاض تكلفة الدفع الإلكتروني هو ميزة تنافسية إذا ما قورن مع الدفع التقليدي.

3_ أهمية توحيد أنظمة المدفوعات الدولية: لتوضيح ذلك نأخذ كمثال: التجربة الأوروبية قامت بإنشاء نظام للدفع، واختصاره SEPA [12]. تم إنشاؤه في 5 ديسمبر 2007. وإن توحيد أنظمة المدفوعات يعتبر إحدى الأدوات التي يستخدمها المصرف المركزي الأوروبي في تنفيذ السياسة النقدية الموحدة لنظام اليورو. فالبنك يستخدم عمليات السوق المفتوحة، حيث ستكون هي الأداة

الرئيسية للعمليات النقدية في الاتحاد الأوروبي، بحيث توجه أسعار الفائدة وتوفّر السيولة لنظام اليورو.

المحور الثاني: البنك المركزي وسياسته النقدية كآلية لتطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني

السياسة الاقتصادية المفتوحة تولّد إطارات من ذوي التفكير المفتوح. وهذا ما يكون مفيدا من زاوية الابتكار والتطوير، وأن مثل هذه السياسة يجب ألا تكون مقصورة بالقطاع العام فقط، بل تشمل القطاع الخاص أيضا.

أولا: السياسة الاقتصادية المفتوحة للبنك المركزي ونطاق عمله في أنظمة المدفوعات

1_ أنظمة المدفوعات والكفاءة الاقتصادية: قد يتطلب تنفيذ تعليمات الدفع وانتقالها من البنك الدافع إلى البنك المدفوع له وتسوية حساب الاستلام النهائي أسابيع بدلاً من أيام إذا كان نظام المدفوعات غير كفء وغير موثوق. لاشك أن نقص الكفاءة في نظام المدفوعات يشكل ظرفاً غير ملائم للمستخدمين، وقد يكون له تأثيرات سلبية على عمل الاقتصاد ككل. فإذا ما حجزت الأموال في نظام المدفوعات، فلن تكون متوفرة للآخرين لأغراض منتجة، وكذلك لا يستطيع الوكلاء الاقتصاديون التنبؤ بشكل دقيق بوصول الأموال، مما يعني أنه سيصبح عليهم التخطيط لإنفاقهم بطريقة مجدية وكفؤة.

ففي البنوك المركزية على إدارات اليقظة التكنولوجية والباحثين في مجال تطوير أنظمة الدفع في القطاع المالي والمصرفي أن يكونوا ملاحظين ومدققين جيدين بعدما ترتكب الأخطاء التقنية سهوا. فيسجلون كل ما حصل أولا بأول ويستفيدون مما حصل بشكل تام.

مثلا: مجلس الاحتياطي الاتحادي للبنوك هو المعني في تعزيز بيئة لدفع والتسوية، حيث يمكن تطوير خدمات الدفع المبتكرة لتلبية التفضيلات المتغيرة للمستخدمين النهائيين دون التضحية بمزايا الكفاءة الاقتصادية.[13]

2_ نطاق عمل وإشراف البنك المركزي وطبيعته في أنظمة الدفع والتسوية:

يقصد بنطاق إشراف البنك المركزي على أنظمة الدفع والتسوية تلك الأنظمة التي يحرص البنك على سلامتها وكفاءتها، ويضُع لذلك معايير أو سياسات معينة لتحقيق هذه السلامة والكفاءة. وسننتطرق إلى مختلف الأدوار المحتملة للبنك المركزي في عملية إنشاء وتبني أنظمة الدفع، والتي يمكن أن تصنف في أربعة وظائف أساسية:

_ **كمستخدم لأنظمة المدفوعات:** لدى البنك المركزي عملياته التي يجب أن يقوم بها، والتي تحتاج إلى حركية في النقد ،وتتضمن تسوية عمليات السوق المفتوح الرسمية من خلال نظام الدفع، بحيث يمكن تنفيذ السياسة النقدية وتسوية المدفوعات للصفقات الرسمية بالأوراق المالية الحكومية(بما فيها الإصدارات الجديدة ودفع قيمة السندات)، إما على المدى القصير في الأسواق المالية أو المدى الطويل في أسواق السندات الحكومية، وكذلك تسوية المسار الخاص بالعملة المحلية في صفقات القطع الأجنبي الرسمية، وكما هو الحال في الشركة، فإنه لدى البنك المركزي سندات ورواتب ومدفوعات تعاقد يجب أن يدفعها، ويتضمن كل هذا استخدام نظام الدفع (استخدام تسوية عمليات السوق المفتوحة أو عمليات السندات الحكومية أو لإنجاز عمليات الدفع الأخرى).

_ **كعضو في أنظمة الدفع:** يمكن للبنك المركزي أن يدفع ويتلقى مدفوعات نيابة عن زبائنه مثل: الوزارات الحكومية أو البنوك المركزية الأخرى.

_ **كمقدم لخدمات الدفع**: تتضمن هذه الخدمات ترتيبات تسوية تسهيلات الحسابات للبنوك التجارية العاملة في أنظمة المدفوعات، وكذلك تقديم الأجهزة البرمجيات اللازمة إما منه أو بالتعاون مع البنوك التجارية أو الجهات التجارية الأخرى أو شبكات الاتصالات لأنظمة المدفوعات.

_ **كأمين على المصلحة العامة**: يمكن أن يتضمن هذا الدور الواسع أي من الأمور التالية: العمل كمنظم لنظام الدفع، ومشرف على الأعضاء في النظام (الإشراف المصرفي)، وتقديم الإشراف والإدارة والتخطيط لأنظمة المدفوعات والتحكيم في حالات الشكاوى؛ والتعامل مع إجراءات التعويض وقد يعمل البنك المركزي أيضاً في قضايا أوسع مثل تشجيع التنافسية أو تشجيع التنمية، وتبني معايير فنية. وهنالك وظيفة خامسة للبنك المركزي وهي أن يعمل كضامن للتسوية اليومية باستخدام فعّال للأموال العامة للإيفاء بالتزامات البنوك التجارية الناتجة عن نشاطها في نظام الدفع.

3_ دوروأهمية البنوك المركزية في مر اقبة نظم الدفع والإشراف عليها: قامت البنوك المركزية بإنشاء وحدة لمراقبة نظم الدفع المختلفة للتأكد من توافق نظم الدفع ذات الأهمية النظامية مع المبادئ الأساسية لنظم الدفع الصادرة من بنك التسويات الدولية. وقد تم إعداد المبادئ المذكورة من قبل لجنة مكونة من البنوك المركزية للدول العشر الكبار وهي متبعة في معظم دول العالم، والهدف الأساسي من إتباع هذه المبادئ هو الحد من المخاطر في نظم الدفع باختلاف أنواعها من خلال وضع القواعد والمعايير التي تحكم عمل هذه الأنظمة والحفاظ على سلامة ونزاهة العمليات [14]. ويمكن القول أن البنوك المركزية وإدارتها المختلفة تعمل على مجموعة من المشاريع لتطوير نظم الدفع الإلكترونية،

وممارسة دورها الإشرافي والرقابي من أجل إيجاد بنية تحتية معيارية وكفؤة لاستخدم كافة وسائل الدفع الإلكتروني. وبالتالي تؤدي إلى خلق شبكة تحولات مالية بين زبائن البنوك والمؤسسات المالية كافة.

يكمن الهدف من الإشراف هو تحقيق الاستقرار المالي وتنفيذ السياسة النقدية وضمان المصداقية في استخدام الأموال ووسائل الدفع، والتأكد من كفاءة أنظمة الدفع في الحد من المخاطر وإدارتها، وكذلك من أن أنظمة الدفع تعالج العمليات في الوقت المناسب وبطرق موثوق بها (آمنة) وبتكلفة معقولة. والتأكد من تصميم وتشغيل وعمل الأنظمة بسلامة وكفاءة عالية، وزيادة الكفاءة الاقتصادية، وتحقيق الرفاه الاجتماعي [15].

ثانيا: المبادئ الأساسية لتطوير وتشغيل نظم الدفع الإلكترونية

من أجل تطوير نظم دفع فعالة وذات مصداقية في كافة الدول، قامت لجنة نظم الدفع والتسوية(Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS التي تعمل تحت مظلة بنك التسويات الدولية بالبدء في إجراء دراسة في عام 1998 لتحديد المبادئ التي يجب أن تحكم هيكل نظم الدفع وتشغيلها [16].

1_ المبادئ الأساسية لنظم الدفع ذات الأهمية النظامية: تتمثل قواعد المراقبة لنظم الدفع بصفه أساسية في المبادئ العشر لنظم الدفع ذات الأهمية النظامية التي أصدرتها لجنه نظم الدفع والتسوية CPSS، والمنبثقة عن بنك التسويات الدولية BIS وهي كما يلي [17]:

_ يجب أن يتمتع النظام بأساس قانوني متين أمام كافة السلطات القضائية ذات الصلة؛

_ يجب أن تمكن القواعد والإجراءات المشاركين في النظام من تكوين تفهم واضح لتأثير النظام على كل المخاطر المالية التي قد يتعرضون لها عند المشاركة في هذا النظام؛

_ يجب أن يشتمل النظام على إجراءات محددة بوضوح لإدارة مخاطر الائتمان والسيولة، والتي من شأنها أن تحدد المسؤوليات الخاصة بمشغلي النظم والمشاركين فيه، والتي توفر حوافز مناسبة لإدارة تلك المخاطر واحتوائها؛

_ يجب أن يتسم النظام بالسرعة في التسوية النهائية، ومن الأفضل أن يتم ذلك أثناء اليوم أو في آخر اليوم على الأقل؛

_ يجب أن يكون النظام الذي يقوم بعملية التصفية متعددة الأطراف قادرا على الأقل التأكد من إتمام التسويات اليومية في موعدها، وذلك في حالة عدم قدرة المشارك صاحب أكبر التزام تسوية على السداد؛

_ تكون الأصول المالية التي تتم عليها التسوية بالبنك المركزي، وفي حال عدم كونها كذلك، فإنه يجب ألا تحمل أي قدر من مخاطر السيولة أو الائتمان أو بقدر محدود للغاية؛

_ يجب على نظام الدفع أن يضمن توافر درجة عالية من الأمن والمصداقية التشغيلية، فضلا عن وجود ترتيبات الطوارئ لإتمام عمليات التشغيل اليومية في موعدها؛

_ يوفر نظام الدفع الوسائل التي تجعل المدفوعات عملية للمستخدمين وكفؤة للاقتصاد؛

_ على نظام الدفع أن يحدد بطريقة واضحة ومعلن عنها شروط العضوية بما يوفر تعاملا عادلا ومفتوحا مع النظام. ويجب أن تتسم معايير المشاركة في نظام الدفع بالموضوعية والعلانية؛

_ يجب أن تتسم ترتيبات حوكمة نظم الدفع بالفاعلية والشفافية فضلا عن إمكانية محاسبتها.

2_ مسؤوليات البنوك المركزية في تطبيق المبادئ الأساسية: بناءا على توصيات بنك التسويات الدولية يتعين على البنك المركزي القيام بما يلي :

_ تحديد أهدافه بشأن نظم الدفع، ونشر سياستها الأساسية بالنسبة لنظم الدفع ذات الأهمية النظامية؛

_ التأكد من توافق نظم الدفع التي يشغلها مع المبادئ الأساسية لنظم الدفع ذات الأهمية النظامية؛

_ التأكد من مدى توافق نظم الدفع التي تشغلها جهات أخرى مع المبادئ الأساسية لنظم الدفع ذات الأهمية النظامية وأن يكون قادرا على القيام بذلك الدور؛

_ التعاون مع السلطات النقدية الأخرى والجهات ذات العلاقة المحلية والأجنبية في سبيل تشجيع تطبيق نظم دفع متوافقة مع المبادئ الأساسية لنظم الدفع.

ورغم أن هذه المبادئ الأساسية تنطبق فقط على نظم الدفع المهمة نظامياً إلا أن نطاق عمل وحدة مراقبة نظم الدفع يشمل أيضا مراقبة نظم الدفع الأخرى مثل مقسم الإمارات الإلكتروني.

ثالثا: دور البنوك المركزية في تطوير وتشغيل والإشراف على نظم الدفع الإلكترونية

1_ أسباب تطوير البنوك المركزية لأنظمة الدفع: تمارس البنوك المركزية دورا أساسيا في إنشاء وتطوير وتشغيل نظم الدفع والرقابة عليها وذلك للأسباب التالية:

_ يعد نظام الدفع الجيد الآداء أمرا ضروريا لنجاح السياسة النقدية؛

_ يعد توفر عنصر الأمن والرقابة على هذه النظم أمرا حيويا، نظرا لأهميتها الإستراتيجية لاقتصاد الدولة؛

_ يتم تنفيذ العمليات الخاصة بالمدفوعات والأوراق المالية عالية القيمة على حساب البنوك المركزية؛

_ قد تساهم البنوك المركزية في الحد من المخاطر الائتمانية والمخاطر المتعلقة بالنظام المالي ككل، نظرا لتمتعها بسلطة إشرافية ورقابية.

2_ دور البنوك المركزية في مجال أنظمة الدفع في سوق التجزئة: تم تفصيل هذه الأدوار في ثلاث نقاط رئيسة وردت في نشرات بنك التسويات الدولية وهي:

_ **الدور التشغيلي:** في معظم دول العالم يأخذ البنك المركزي دور المشغل لأكثر من نظام من أنظمة الدفع والتسوية، ويتأثر هذا الدور بالإطار القانوني والصلاحيات التي يستطيع من خلالها البنك المركزي أن يمارس هذا الدور. ينقسم هذا الدور إلى قسمين هما خدمة التسوية وخدمة التقاص. بحيث تقدم خدمات تسوية المدفوعات للمؤسسات المالية والمصرفية المشاركة من خلال حسابات هذه المؤسسات لدى هذه السلطات. ويشمل أيضا تقديم البنى التحتية اللازمة لهذه الأنظمة مثل: الأجهزة والبرمجيات وانشاء الشبكات وهو ما يمكن أن يتم بشكل منفصل أو بمشاركة المؤسسات المالية والبنكية [18].

_ **الدور الإشرافي:** تأتي أهمية هذا الدور في تأمين بيئة تتسم بالكفاءة والأمان، كما وأن توفير عنصر الاستقرار عامل مهم من عوامل ترسيخ الثقة بأنظمة الدفع على المستوى العام أيضا. وقد تم تقديم شرح أوفى عن هذا الدور ضمن مسؤوليات البنوك المركزية فيما سبق.

_ **دور المنظم والمحفز:** في العديد من الدول يأخذ البنك المركزي هذا الدور المركب، والذي يعتبر من أهم الأدوار على الصعيد تحديد السياسات والتعاون مع القطاعات المختلفة على تطبيقها. ففي القطاع الخاص هناك الشركات المصممة والمشغلة لأنظمة الدفع، وفي القطاع العام هناك المؤسسات التي تقوم بالدور الإشرافي والرقابي والتشغيلي في بعض الأحيان.

3_ أساليب اشتغال البنوك المركزية في أنظمة الدفع: بالنظر لاقتصاديات الأسواق المتطورة يظهر وجود تنوع كبير في عمل البنوك المركزية في أنظمة الدفع، وتعكس هذه المتفاوتات إلى حد كبير الخلفية الاقتصادية والاجتماعية والقانونية والسياسية للدول المعنية [19]، وبالتالي قد تعمل بعض البنوك المركزية بشكل وثيق جدا في وضع أنظمة الدفع وإدارتها وتشغيلها (في دول مثل فرنسا وألمانيا وإيطاليا وإسبانيا). وقد يكون لها قدرة تشريعية أكبر تتعلق بمسؤوليات تشريعية محددة (مثل: ايطاليا وألمانيا والسويد).

المحور الثالث: العوامل الخارجية ومبررات التطوير والتشغيل للدفع الإلكتروني

يجب على البنك والمؤسسة المالية مراقبة حركة العوامل والمؤثرات الخارجية واتجاهاتها حتى يستطيع التعامل ما تفرزه من تفاعل، وترتبط هذه العوامل بالبيئة الخارجية التي ينشط فيها البنك والمؤسسة المالية من أجل تشغيل

وتطوير أنظمتها للدفع والمقاصة والتسويات المالية، والتي يمكن تقسيمها إلى بيئة خارجية داخلية وبيئة خارجية دولية.

أولا: التغيير في مجال الصناعة المالية والمصرفية والعولمة المالية

عملية التطوير والتشغيل تتأثر بأسباب التغير في مجال الصناعة المصرفية وهي[20]:

1_ الضغوط التنافسية المتزايدة في العمل المصرفي: تميزت بوجود ثلاثة اتجاهات تنافسية رئيسية في مجال العمل المصرفي والمالي:

_ تزايد حدة المنافسة في البنوك والمؤسسات المالية العالمية؛

_ تزايد حدة المنافسة بين المؤسسات المالية سواء ذات الصبغة المصرفية وذات الصبغة غير المصرفية؛

_ تزايد حدة المنافسة في السوق المصرفي لتقديم الخدمات المالية من قبل مؤسسات غير المالية؛

_ القيود والقواعد التنظيمية الخاصة بأعمال البنوك.

_ الابتكارات المالية (المنتجات والأساليب).

2_ التكنولوجيا: فمن خلال شبكة الاتصالات الحديثة أصبح من السهل معرفة آخر أخبار حركة الأسعار في مختلف الأسواق المالية الدولية، والمقارنة بينها من أجل اتخاذ القرارات الاستثمارية المناسبة في أقل وقت ممكن.

ولكي تسير البنوك والمؤسسات المالية باتجاه العولمة يجب وضع الإستراتيجيات البنكية والمالية الملائمة التي تنسجم مع هذا التوجه الجديد. ومن الملاحظ أن الأعمال البنكية والمالية تتجه نحو العولمة ولا يمكن لأي جهاز بنكي أن يساير التطور العالمي دون تقديم خدمة بنكية سريعة ومرضية للزبائن.

ثانيا: دور المنافسة وأهميتها في تطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكتروني

إن المنافسة القوية في البنوك والمؤسسات المالية تعني أنها تركز اهتمامها أكثر على الزبائن، وأنها أكثر شفافية، وتخصص موارد استثمارية أكبر، لذا فإن دخول البنوك الأسواق المالية غير المستقرة يعزز الاستقرار والثقة من خلال المحاولات الهامة التي تقوم بها لجعل النظام البنكي أكثر قبولا، فالانفتاح يعني الاستجابة القوية للمستثمرين والانسجام مع القواعد البنكية الدولية[21]. وفق استراتيجية التنافس التي تعبر عن مجموعة متكاملة من التصرفات تؤدي إلى تحقيق ميزة تنافسية متواصلة ومستمرة عن المنافسين في النشاط المالي والمصرفي.

ونظرا لشدة المنافسة في مجال الدفع الإلكتروني أصبحت البنوك التجارية والمؤسسات المالية يتعين عليها أن تقدر التكلفة حسب مواردها الخاصة، وأن تحرص على المردودية التي تساعدها على الزيادة في مواردها الخاصة [22].

إن المنافسة في الخدمة الدفع الإلكتروني ستساهم في زيادة ثقة المستهلكين في التسوق عبر الإنترنت، وتخفيض نسبة عمليات الشراء والبيع التقليدية، والتي يقوم فيها المستهلك بعدم متابعة عملية الدفع عند الوصول إلى المرحلة الأخيرة. ويمكن أن تنتج الميزة التنافسية في البنوك في مجال المقاصة الآلية والدفع الإلكتروني إما عن طريق تطبيق إستراتجية تخلق قيمة إضافية للبنك بشرط ألا تطبق هذه الإستراتجية من قبل البنوك المنافسة، أو عن طريق التنفيذ المتميز لنفس الإستراتجية المطبقة من طرف البنوك المنافسة. وتشتق هذه الميزة التنافسية من الموارد والقدرات، وتتمثل الموارد المتميزة في جودة الأصول وجوانب القوة والضعف في الإستراتجية البنكية المطبقة..

ثالثا: المصادر الخارجية لتطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكترونية والتسوية

تتمثل المصادر الخارجية في كافة الأطراف الخارجية عن إدارة البنك أي تلك الأطراف المتواجدة في المحيط الخارجي للبنك، وتغذي البنك بالأفكار والاقتراحات والآراء والانتقادات التي من شأنها تساعد في تطوير وتحديث الخدمات الإلكترونية بما فيها طرق وآليات الدفع والتسوية، ومن بين هذه المصادر الخارجية نذكر:

1_ عملاء البنك الحاليين: كثيرا ما يقوم عملاء البنك الحاليين بالتعبير عن آرائهم وتعليقاتهم عن خدمات الدفع التقليدي أو الإلكتروني التي يقدمها البنك، سواء بالاستحسان أو بالرفض.

2_ البنوك التابعة والتوكيلات: كثيرا ما تقوم البنوك بتأسيس بعض الشركات والبنوك التابعة التي يتم تخصيصها لمزاولة نوع معين من أنواع النشاط البنكي، أو لخدمة منطقة بذاتها. ومن ثمة تكون أقدر على دراسة ومعرفة هذا النشاط الإلكتروني، أو على معرفة ما تحتاجه تلك المنطقة من خدمات دفع إلكترونية حديثة، ومن ثمة يمكن لها التقدم باقتراحات لتحديث خدمات الدفع التقليدية التي يقدمها البنك الأم التابعة له. وتقوم البنوك المشتركة أو التابعة بدور كبير في تزويد البنك الأم بدراسات متعمقة عن الأسواق الدولية وأنظمة الدفع الجديدة.

3_ معرفة ما تحتاجه الحكومة أو المنظمات الحكومية: بعد اتساع وتطور دور الدولة وقيامها بتعظيم دورها في تخطيط وترويج وتقديم الخدمات والأنشطة الاقتصادية والاجتماعية أصبحت الدولة في حاجة إلى خدمات بنكية ومالية ذات طبيعة ومواصفات خاصة لخدمة هذا الدور، ومن ثمة فإن التعرف على ما

تحتاجه الدولة من خدمات سواء من خلال الإطلاع على الخطة العامة للدولة، أو من خلال دراسة احتياجات ورغبات الأجهزة الحكومية، يمكن البنوك من اكتشاف مجموعة من الخدمات البنكية التي يمكن إدخالها لأول مرة، والقيام بتطوير الخدمات الحالية لتتوافق مع احتياجات الدولة في شكلها الجديد.

4_ البنوك والمؤسسات المالية المنافسة: يعتمد البنك في أفكاره على تطوير خدمات الدفع والمقاصة الإلكترونية التي يقوم بتقديمها بدراسة ما تقوم البنوك المنافسة بتقديمه لعملائها في السوق، بل إن بعض البنوك تنتظر إلى حين قيام بعض البنوك الرائدة بتبني نظام دفع جديد في السوق، فإذا ما ثبت نجاحها قامت هذه البنوك بتقليدها، سواء بتقديم نفس الخدمة بعد إدخال التحسينات عليها، أو تقديم الخدمة البنكية كما هي دون تحديث.

5_ معاهد البحث العلمي والكليات الأكاديمية: كثيرا ما تهتم الرسائل الجامعية التي أعدت عن النشاط البنكي والمالي بدراسة الخدمات الإلكترونية، وتحليلها ونقدها واقتراح تحديثها، وبذلك تكون الرسائل الجامعية والأبحاث الأكاديمية مصدرا هاما من مصادر تطوير وتشغيل الدفع الإلكتروني والمقاصة الآلية.

6_ وكالات الإعلام ومحركات البحوث الخارجية: تقوم وكالات الإعلام نتيجة لاحتكاكها المباشر بالسوق المصرفي والمالي بتقديم اقتراحات لتطوير وتشغيل خدمات الدفع الإلكتروني المعلن عنها حتى يحقق الإعلان أهدافه، خاصة وأن تصميم الحملة الإعلانية وتنفيذها، ومتابعة نتائجها قد يكشف عن بعض أوجه القصور القائمة في خصائص ومميزات خدمات الدفع والمقاصة الإلكترونية، ومن ثمة يمكن معالجتها وتطويرها بشكل سليم.

رابعا: الظروف الاجتماعية والثقافية والنفسية ووجوب الدعاية الكافية

يعكس تنوع وسائل الدفع المتوفرة في أي بلد بالضرورة الخلفية التاريخية والاجتماعية لهذا البلد إلا أنه من الأهمية بمكان أن يتم الاختيار بشكل ينسجم مع تطور متطلبات الدفع غير النقدي في هذا البلد.

1_ العوامل الاجتماعية والثقافية: تلعب الظروف الاجتماعية وكذا الثقافية دورا أكثر تأثيرا على أداء أنظمة الدفع الإلكترونية ومدى قابليتها في السوق المالية والمصرفية، فمثلا:

_ الزيادة في عدد السكان دون وجود زيادة في الادخار يعتبر تهديدا لخدمة الإيداع والدفع الإلكتروني لدى البنوك وهي المصدر الرئيس لتمويل عملياتها؛

_ زيادة معدلات البطالة يقلل من زيادة الادخار وبالتالي الإيداع لدى البنوك، فضلا عن تقليل فرص التوظيف أمام البنوك في مجال الاستثمار في آليات الدفع الإلكتروني والمقاصة الآلية؛

_ انخفاض الوعي المصرفي لدى الأفراد يؤثر على حجم جميع عمليات البنوك وخاصة غير التقليدية ومنها المتعلقة بالمقاصة والدفع الإلكتروني.

مثلا: التوعية التكنولوجية لها دور كبير في نشر في تطبيقات الأعمال الإلكترونية، وذلك من خلال ورشات عمل تبين أهمية استبدال العمليات النقدية الورقية ووسائل الدفع التقليدية بعمليات إلكترونية ووسائل دفع بنكية حديثة باستخدام التقنيات الرقمية كأنظمة الدفع الإلكترونية وآليات التسوية المالية، ما يؤدي إلى نجاح خطط الدولة وسلطاتها النقدية وعلى رأسها البنك المركزي، وتحديث وتطوير الخدمات التي تقدمها المؤسسات الحكومية للمواطنين وتقليل التكاليف الناتجة عن إعادة إصدار النقود الورقية، وتأمين عدم سرقتها أو تزويرها.

2_ أهمية الدعاية ودور العوامل النفسية في الدفع الإلكتروني: من المعروف إن الدعاية والإعلان يلعبان دورا بالغا في تسويق الخدمات المصرفية والمالية الجديدة، وكذلك الأمر بالنسبة للأنظمة والتقنيات الحديثة في الدفع الإلكتروني والمقاصة الآلية، فحداثة وجودها وضعف الدعاية لها من شأنه أن يؤدي إلى ضعف انتشارها، وعدم الإقبال عليها من طرف عملاء البنوك والمؤسسات المالية، وبالتالي فإن هذه الأنظمة التقنية الجديدة في حاجة ماسة للدعاية والإعلان خاصة في المراحل الأولى للتعامل بها ومن خلالها.

أما بالنسبة للعوامل النفسية فلها أهمية خاصة في قبول آليات وتقنيات الدفع الجديدة، حيث تسود دائما حالة من الترقب والحذر في البداية إلى حين تتجلى وتتضح مزايا وعيوب أنظمة الدفع الجديدة، وخضوعا لحكم العادة فإنه يفضل كثير من الناس استخدام وسائل الدفع التقليدية فضلا عن النقود القانونية، على حيازة النقود الإلكترونية. ويرتبط بالعوامل النفسية أيضا مدى وجود الثقة من قبل المستهلكين والعملاء في مصدري النقود الإلكترونية، وكذلك في صدق التجار الذين لديهم الاستعداد في قبولها كأداة للدفع.

المحور الرابع: المتطلبات القانونية كآلية لتطوير وتشغيل خدمات الدفع الإلكتروني

إن مسألة تطوير وتشغيل أنظمة الدفع متعلقة بأهمية تأمين العمليات ضرورية، لأن العميل لا يمكن أن يحس بوجود قصور في عامل الأمان والحماية، وكذا التواكب مع مبادئ نظم الدفع والأعراف العالمية والدولية.

أولا: النظام القانوني لوسائل الدفع الإلكترونية كآلية للتطوير والتشغيل

1_ البيئة القانونية لأنظمة الدفع: يترافق مع تطوير وتشغيل آليات الدفع الإلكتروني والمقاصة إطار قانوني سليم وشفاف وشامل، يمنح الثقة القانونية ويقلل من المخاطر، ومدى مطابقتها مع المبادئ والتوصيات الموجودة بتقرير اللجنة الدولية لأنظمة الدفع والتسوية.

إذا يحتاج نظام المدفوعات إلى وجود قواعد تحدد حقوق ومسؤوليات مختلف الأطراف المعنية بعملية المدفوعات سواء وفق ظروف التشغيل العادية أو في حال حدوث أي مشاكل أثناء العملية وتزداد أهمية هذا الأمر مع استمرار التحول من الأنظمة المعتمدة على الورق إلى مختلف أشكال تحويل النقود الإلكترونية، حيث تصبح تعليمات الدفع ومكانها في نقطة معينة في الزمن أقل وضوحا وأكثر صعوبة في التحديد [23].

ومرة أخرى لا توجد طريقة مثالية واحدة يمكن من خلالها وضع هذا الإطار القانوني، فمن جهة قد يكون هنالك إطار يمكن أن يضع الأساس التشريعي، ويحدد الحقوق والواجبات التي يشملها القانون الفدرالي أو الوطني. وفي مثل هذه الحالة قد يكون البنك المركزي هو الذي يملك القدرة على إصدار التعليمات التي تحكم عملية أنظمة المدفوعات والتي لها الوضعية القانونية المصرفية والمالية. ومن الجهة المعاكسة قد لا يشكل الإطار القانوني دعما تشريعيا محددا بل يعتمد بدلا عن ذلك على مصفوفة من التعاقدات الضمنية أو المكتوبة فيما بين الأطراف المعنية.

وقد تكون الأمور في بعض البلدان فيما بين هذين الطرفين، إذ يشير من هم في صالح وجوب وجود إطار قانوني إلى مستوى الوضوح والموثوقية التي يمكن أن يقدمها ذلك، بينما يركز من يفضلون المنهج غير التشريعي على أمور مثل المرونة..

2_ متطلبات وضع الإطار القانوني لأنظمة الدفع: عند وضع الإطار القانوني لأنظمة المدفوعات في البلد يجب الأخذ بالاعتبار النقاط التالية:

_ يجب أن توازن القوانين بين الاحتياجات ومصادر قلق الزبائن الذين يستخدمون أنظمة المدفوعات من جهة، وبين المصادر التجارية والبنك المركزي الذين يعملون في هذا النظام من جهة أخرى. ويمكن زيادة ثقة الزبون بان هنالك توازن، ولاسيما فيما يتعلق بالحقوق والالتزامات في أنظمة نقل النقد الإلكترونية (أو تلك المعتمدة على البطاقة) من خلال تبني ونشر ميثاق السلوك من قبل البنوك التجارية، ويوجد لمثل هذه المواثيق دعم تشريعي أيضا.

_ يجب أن تشكل إجراءات وقواعد عمليات نظام المدفوعات الداخلية عنصرا هاما ضمن الإطار القانوني الأشمل، ويمكن أن توضع ضمن قيد التنفيذ قبل إتمام وضع صيغ تشريعية شاملة وإقرارها.

_ مهما كانت صيغة الإطار القانوني فإنه يجب أن يستجيب للظروف المتغيرة سواء كانت نتيجة للتطور التكنولوجي أو لتغير الآداء أو الممارسات في الصيرفة بشكل عام وفي نقل النقد بشكل خاص.

3_ النماذج القانونية المعدة من قبل لجنة بازل: من خلال هذا الفرع نتطرق إلى النماذج التي أعدت من قبل لجنة بازل للرقابة البنكية، الصادرة عن الإتحاد الأوروبي والنماذج المعدة من قبل هونكونغ.

_ **نماذج لجنة بازل:** أعدت لجنة بازل تقرير من أجل حماية الأموال الإلكترونية ومن الأمور الأساسية [24]:

_ التدقيق في الحسابات بشكل دوري ومستمر؛

_ تفعيل المراقبة الداخل بشكل مستمر؛

_ العمل باستمرار على تقسيم الأجهزة وتحديد صلاحياتها بالفحص والعمل على تطويرها.

لقد بقيت اللجنة تسعى باستمرار من أجل توفير الحماية المطلوبة فقد أوردت اللجنة عام 1998 بعض التعديلات من أجل تطوير أنظمة الحماية ورفع مستوياتها بغية الوصول إلى مستوى عال من الدقة والجودة لتكون أكثر ضمانا للأموال الإلكترونية ووضع البرامج المناسبة لإدارة هذه المخاطر مقسمة إلى:

_ إجراءات تتعلق بتقدير الخطر؛

_ السيطرة على إمكانية التعرض للخطر؛

_ إدارة المخاطر.

_ **نموذج الإتحاد الأوروبي:** قام الإتحاد الأوروبي بلجنتيه الاقتصادية والاجتماعية عام 1997 بتقديم وثيقة من شأنها أن تعمل على تشجيع نمو التجارة الإلكترونية، وقد ضمت هذه الوثيقة ضمن جناحيها السوق الأوروبي نظاما قانونيا معينا ينظم أعمال القائمين بالخدمات الإلكترونية، وأوجدت إلى حيز الوجود أهمية الحماية لهذا النظام لكامل محتوياته من التوقيع الإلكتروني والوثائق المرقمة وإيجاد حماية لوسائل الدفع إلكترونية، وقد نوهت اللجنة إلى المخاطر المالية وكيفية إدارتها منها: تحديد مكان إقامة مقدم الخدمات الإلكترونية، صحة العقود الإلكترونية..

_ **النموذج المقدم من هونكونغ:** تمتاز هونكونغ بأحسن أنظمة لشبكة الاتصالات الإلكترونية في آسيا [25]، حيث لوحظ أن البنية التحتية لهونكونغ قد أوجدت تقدما ملحوظا بأعداد أنظمة خاصة تتعلق بإدارة المخاطر في العمليات المالية، وتقوم اللجنة بأعمالها الأساسية المتمثلة في الأوراق المالية بالإضافة إلى

ما يقع على عاتقها من القيام بالصفقات الإلكترونية التي تكون مستخدمة في البنوك الإلكترونية.

ثانيا: الاحترام والالتزام للقواعد القانونية الخاصة بخدمات الدفع الإلكترونية

1_ احترام القواعد القانونية المنظمة لآلية سير أنظمة الدفع الإلكترونية: لنجاح عملية تطوير وتشغيل أنظمة المدفوعات الإلكترونية والمقاصة على البنوك والمؤسسات المالية احترام القواعد القانونية المنظمة لآلية سيرها والتشريعات المنصوص عليها. فهناك نظم قانونية واضحة ودقيقة بخصوص العمليات المصرفية والمالية الجديدة وإلكترونية، وتبرز أهم التحديات القانونية في تحدي قبول القانون للتعاقدات الإلكترونية، حجيتها في الإثبات، أمن المعلومات، وسائل الدفع، التحديات الضريبية، إثبات الشخصية، التواقيع الإلكترونية، أنظمة الدفع النقدي، المال الرقمي أو الإلكتروني، سرية المعلومات، أمن المعلومات من مخاطر إجرام التقنية العالية، خصوصية العميل، المسؤولية عن الأخطاء والمخاطر، حجية المراسلات الإلكترونية، التعاقدات المصرفية الإلكترونية، مسائل الملكية الفكرية لبرمجيات وقواعد معلومات البنك أو المستخدمة من موقع البنك أو المرتبطة بها، علاقات وتعاقدات البنك مع الجهات المزودة للتقنية أو الموردة لخدماتها أو مع المواقع الحليفة مشاريع الاندماج والمشاركة والتعاون المعلوماتية..

2_ التزامات مزود خدمة تطوير الخدمات التقنية لخدمات الدفع الإلكتروني: كذلك من أجل تطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكترونية وآلية المقاصة لا بد من التزام مزود الخدمة القيام بالأعمال التالية:

_ تركيب وتشغيل أحدث الأجهزة والبرمجيات الخاصة بقنوات الدفع الإلكتروني؛

_ تحمل نفقات نقل وتركيب الأجهزة في حالة انتقال الجهات الحكومية؛

_ الصيانة الفورية والدورية للتجهيزات الآلية، وحماية الشبكة الداخلية للشركة من الاختراقات؛

_ توفير مركز لخدمة العملاء، وتوفير موقع طوارئ؛

_ الربط بالشبكة الوطنية توفير التقارير اليومية والدورية لمعاملات الجهات الحكومية؛

_ تنفيذ حملة إعلانية لتوعية المواطنين والمقيمين بخدمات الدفع الإلكتروني الحكومي؛

_ عدم قطع الخدمة إلا بموافقة كتابية من وزارة المالية.

ثالثا: الإجراءات الحكومية المنظمة لتطبيق أنظمة الدفع الإلكترونية والمعايير الدولية لها

1_ أهمية الاعتبارات القانونية قبل وضع إطار تشغيل نظام الدفع: لدى وضع الإطار هنالك حاجات يجب التعامل قبل تشغيل نظام الدفع معها وهناك عدد من الأسئلة الرئيسية يجب طرحها وهي [26]:

_ ما هو نطاق القانون؟ أو ما هي المجموعات والمؤسسات التي يشملها قانون أو قاعدة قانونية؟

_ أين تبدأ حقوق والتزامات أطراف أي تحويل للنقد؟ وعند أي نقطة في عملية المدفوعات يقوم طرف باكتساب بعض الأهلية القانونية، أو يصبح مسؤولا قانونيا عن آداء بعض الواجبات؟ فمثلا في أي مرحلة تحديدا يصبح البنك المتلقي مسؤولا قانونيا عن الائتمان وعن حساب الزبون المتلقي؟

_ متى تنتهي عملية المدفوعات، وتصبح غير قابلة للاسترداد؟ ومتى يعرف الزبون المتلقي بأنه قد تلقى نقدا جيدا في حسابه المصرفي، وأن هذا النقل للنقد لا يمكن استعادته؟

_ من هو المسؤول عن عدم إتمام نقل النقد؟ وما هي الحقوق المترتبة على الزبون المرسل ومصرفه والزبون المستلم ومصرفه؟

_ كيف تنتقل المسؤولية في حالة فشل تحويل المدفوعات؟ وكيف تتقرر؟ هل حدث الاحتيال نتيجة إهمال من أي طرف من الأطراف المسؤولة عن تحويل النقد، وكيف يمكن تحديد هذا الإهمال؟ فإذا ما عملت جميع الأطراف بنية حسنة فمن سيتحمل الخسارة؟

_ ما هي التبعات على البنك الفاشل ضمن نظام المدفوعات؟ كيف يطبق القانون على إجراءات عدم الملاءة في نظام المدفوعات وتحديدا الأنظمة التي تتبع ترتيبات التسوية الصافية.

2_ دور الحكومة في عملية تنظيم أنظمة الدفع الإلكترونية: تصدر عادة وزارة المالية القواعد والإجراءات المنظمة لتطبيق خدمات الدفع الإلكتروني في الجهات المعنية، بحيث تتمكن هذه الجهات بموجب عقد الاتفاق الرئيسي والتعميم من التعاقد مع الشركة القائمة على الدفع لاستخدام قنوات الدفع (شروط التسجيل، متطلبات العضوية)[27] المتاحة حسب جاهزيتها لكل قناة من قنوات الدفع المذكورة سابقا، مثل الدفع عبر الإنترنت، الدفع من خلال أجهزة الهواتف النقالة، الدفع من خلال أجهزة نقاط البيع (الفردية والمتكاملة)، أجهزة الحاسبات الشخصية أجهزة الخدمة الذاتية (الأكشاك الإلكترونية).

وتعمل على توفير كافة الأجهزة والبرمجيات التي تضمن سرية وأمن البيانات الخاصة بالمعاملات المالية للمستخدم والتي تتم من خلال قنوات الدفع الإلكتروني وذلك طبقاً للقوانين والمواصفات المحلية والدولية. لذا يجب عليها تأمين المتطلبات اللازمة لتجاوز المعوقات والصعوبات التي تقف في وجه تحقيق التقدم في مجال تطبيق التكنولوجيا المصرفية الإلكترونية في البلد. فالمسؤولية الجزائية تكفل الحماية القانونية للعمليات المصرفية الإلكترونية وذلك لإصدار القانون إضافة إلى المسؤولية المدنية المحددة في مسؤولية البنوك والمؤسسات المالية والعميل.

3_ المعايير الدولية لأنظمة المدفوعات: يجب ضمان المعايير التي يعمل وفقها كل نظام دفع إلكتروني محلي وطني، وأن تكون له صيغة ربط بنظام دفع أجنبي بحيث يعمل وفق قواعد مشتركة ومستوى أمان مرتفع [28].

وبالرغم من أن المعايير الدولية وصفت أصلاً على أساس خطط تسوية وتصفية العملات عبر الحدود وللعملات المتعددة، إلا أنها في الحقيقة ذات صلة بعمليات أنظمة المدفوعات المحلية وهي متوافقة مع كثير من القضايا بالنسبة لمخاطرة التسوية مثلاً. ويركز التعاون الدولي والنقاش الدائر فيما بين البنوك المركزية في مجال أنظمة تسوية الأوراق المالية والمدفوعات على الحاجة للجمع بين كافة الأنظمة أو على الأقل الأنظمة التي فيها احتمال وجود خطر هيكلي في حالة وجود إعاقة أو فشل في النظام، وكذلك جمع هذه الأنظمة على مستوى مشترك من الأمان والصرامة.[29]

رابعا : تقليل المخاطر كآلية لتحديث وتطوير وتشغيل نظم المدفوعات الإلكترونية

1_ علاقة مخاطر العمليات المصرفية والمالية التقليدية بالإلكترونية: إن لقنوات توزيع الصيرفة والمالية الإلكترونية انعكاسات بالنسبة للمخاطر المصرفية والمالية التقليدية، إذ انه في ظل التحول الإلكتروني للعمل المصرفي قد تزداد حدة المخاطر التقليدية ومنها المخاطر الائتمان والسيولة وسعر العائد ومخاطر السوق. فعلى سبيل المثال نجد أن استخدام الإنترنت في منح الائتمان في الداخل والخارج قد يزيد من احتمالات إخفاق بعض العملاء في سداد التزاماتهم ومن ثم زيادة المخاطر الائتمانية، كذلك فإن أي معلومات سلبية أو غير صحيحة عن البنك يمكن أن تنتقل بسرعة عبر الإنترنت وتحمل عملائه على سحب ودائعهم بسرعة، وهو ما يعرض البنك لزيادة مخاطر السيولة، كما أن صيرفة الإنترنت تعمل على زيادة وحرية حركة الودائع، ومن هنا تظهر أهمية مراقبة البنك والمؤسسة المالية لحجم السيولة لرصد التغيرات التي تطرأ على الودائع والقروض بشكل مستمر ودقيق.

2_ أهمية إدارة المخاطر لتفعيل عملية تبني أنظمة الدفع الإلكترونية: من أجل تطوير وتشغيل أنظمة الدفع الإلكترونية ونجاحها يتطلب الأمر من البنك والمؤسسة المالية إدارة المخاطر الناتجة عن تبنيها. فلا بد من التقليل من المخاطر التي قد تتعرض لها [30].

مثلا: ضعف أساليب الحماية ضد القرصنة الإلكترونية قد يؤدي إلى الإحجام أو على الأقل إلى عدم التحمس لحيازة النقد الإلكتروني أو استخدامه. ومن بين المخاطر نذكر ما يلي: المخاطر الإستراتيجية Strategic Risk، المخاطر التشغيلية Operational Risk، مخاطر السمعة Reputational Risk، المخاطر القانونية Legal Risk.

مثلا: في إطار تطوير سياسات الأمان، ومن خلال إدخال تلك التكنولوجيا الحديثة إلى الهواتف الذكية والأجهزة اللوحية تم تشغيل تقنية الدفع عن طريق البصمة بالنسبة لمستخدمي المحفظة. ويهدف هذا التطوير والتشغيل الجديد إلى توفير المزيد من الأمان للمستخدمين من خلال استبدال كلمات المرور والرموز التقليدية بقراءة بصمات الأصابع، وهي الطريقة التي تتميز بصعوبة الاختراق.

الخاتمة:

في الأخير يمكن القول أن البنوك المركزية عند امتلاكها لمتطلبات نظم دفع عالية القيمة، فإنها تحدد القواعد التي تشغل هذه النظم، وتعمل على تنفيذ مشروعات جديدة ذات الصلة. كما تعمل البنوك المركزية على ضمان توافر أمن وفعالية هذه النظم وتتولى مراقبتها. وعلى تطوير نظام مدفوعات فعال وفق قواعد تحدد حقوق ومسؤوليات مختلف الأطراف المعنية بعملية الدفع.

إن وظيفتي الإشراف والرقابة على أنظمة الدفع والتسوية الالكترونيتين وظيفة من وظائف البنك المركزي التي تهدف لضمان سلامة وكفاءة هذه الأنظمة من خلال متابعة هذه الأنظمة، وتقييم عملها وفقا لذلك، وإحداث التغيير في هذه الأنظمة في حال استدعى الأمر ذلك لضمان السلامة والكفاءة. وهذا حسب تعريف اللجنة الدولية لأنظمة الدفع والتسوية لوظيفة الإشراف.

وبالتالي يمكن لأنظمة الدفع الإلكترونية أن تضع حدا لاقتصاديات الظل ودمجها في النظام المصرفي بما يعزز الشفافية ويزيد الثقة والمشاركة فيه. كما أن نظام المدفوعات الإلكترونية يساهم في سرعة دوران النقود في المجتمع، والتي تنعكس في سرعة دوران عجلة الأعمال الاقتصادية بما يوجد المزيد من الوظائف ويزيد

من معدلات نمو الناتج المحلى الإجمالي، وذلك من خلال الحد من الفساد المالي بشتى أنواعه.

ونظرا لما يصاحب إجراء العمليات المصرفية والمالية التقليدية والإلكترونية وإصدار وسائل دفع ونقود إلكترونية من مخاطر متعددة، فإن الأمر يستلزم وضع الأسس للمراجعة وللإدارة الحصيفة لهذه المخاطر والتحديد الدقيق لمسئوليات مختلف الجهات ذات العلاقة بها، وما يستلزم ذلك من الحصول على ترخيص من البنك وموافاته بالبيانات اللازمة، وهذا بغية تطوير عمليات الدفع والمقاصة وتشغيلها من أجل تحسين أداء البنوك والمؤسسات المالية.

الهوامش:

[1] Jakob De Haan, Sander Oosterloo and Schoenmaker, **Financial Markets and Institutions**, Cambridge University Press, Second Edition, 2012, P. 196.

[2] *Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS), **General Guidance for Payment System Development,*** Consultative Report, Bank for International Settlements (BIS), May *2005, P. 8.*

[3] أشرف حسن محمد جواد، **أنظمة الدفع الإلكترونية وطرق حمايتها**، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مجلة دورية تصدر عن الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية (مركز البحوث المالية والمصرفية)، عمان، الأردن، العدد 2، المجلد 22، 2014، ص. 22.

[4] تقرير لجنة التسويات "**CPSS**"، **المبادئ الأساسية لنظم الدفع الهامة نظامياً**، بنك التسويات الدولية، جانفي 2001.

[5] Frederic Mishkin, **la Monnaie Marchandise, Fiduciere, Scripturale, Electronique, et la Monnaie de l'Etat**, Pearson Education, Paris, France, 2014, P. 70-74.

[6] عبد الرحيم الشحات البحطيحي، **المخاطر المالية في نظم المدفوعات في التجارة الإلكترونية كأحد التحديات التي تواجه النظم المصرفية**، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد والإدارة، المجلد 21، العدد 2، 2008، ص. 53.

[7] محمد نور صالح الجداية وسناء جودت خلف، **التجارة الإلكترونية**، الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009، ص. 231.

[8] Joseph P. Daniels and David D. Van Hoose, **International Monetary and Financial Economics**, Pearson International Edition, United States, America, 2013_ 2014, P. 157.

[9] Chekkour Mohamed, **les Systèmes de Paiement**, Synthèse de la Première Partie du Séminaire: Généralités sur les Systèmes de Paiement, Hôtel Elaurassi, Algérie, 22-08-2003, P. 6.

[10] Un système de paiements est composé : des institutions, intermédiaires financiers, des instruments de paiements, et les procédures de paiement et de recouvrement.

[11] ديفيد شيبارد، **أنظمة المدفوعات**، كتيبات حول البنوك المركزية، منشورات مركز دراسات المصارف المركزية، مصرف إنجلترا، لندن، جانفي، 2001، ص. 7.

[12] L'**Espace unique de paiement en Euros**, en anglais **Single Euro Payments Area** (SEPA), est un espace de paiement en euro unifié mis en place par les banques membres de l'**EPC** ou European Payments Council (Conseil européen des paiements) en réponse à la demande de la Commission européenne.

[13] The Federal Reserve Banks, **Payment System Improvement - Public Consultation Paper-**, September 10, 2013, P. 2.

[14] اللجنة العربية لأنظمة الدفع والتسوية، **مبادئ الإشراف على أنظمة الدفع والتسوية ومسؤوليات المصارف المركزية**، صندوق النقد العربي، أمانة مجلس محافظي المصارف المركزية ومؤسسات النقد العربية، أبو ظبي، الإمارات العربية المتحدة، 2008، ص. 1.

[15] البنك المركزي الأردني، **الإشراف على أنظمة الدفع**، دائرة المدفوعات والعمليات المصرفية المحلية 2014، ص. 4.

[16] قد تم نشر نتائج هذه الدراسة في عام 2000 تحت عنوان المبادئ الأساسية لتظم الدفع الهامة على مستوى النظام ككل. ويجدر الذكر هنا أن ما ينطبق على أنظمة الدفع الخاصة بسوق الجملة (عالية القيمة) ينطبق على أنظمة الدفع في سوق التجزئة (منخفضة القسيمة)، والتي تعتبر أنظمة مقاصة الشيكات منها. وتسمى لجنة الدفع والتسوية باللغة الفرنسية:

règlement (CSPR) le Comité sur les systèmes de paiement et de.

[17] base juridique, prise en compte des risques financiers, gestion des risques financiers, rapidité du règlement définitif, règlement dans les systèmes de compensation multilatérale, actifs de règlement, sécurité et fiabilité opérationnelle, efficience, critères de participation, gouvernance :
_ la Comité sur les systèmes de paiement et de règlement (CSPR), **Principes Fondamentaux pour les Systèmes de Paiement d'Importance Systémique**, Rapport du Groupe de travail sur les principes et pratiques applicables aux systèmes de paiement.la Banque des règlements internationaux (BRI), Bâle, Suisse, 2001, P. 3.

[18] اللجنة العربية لأنظمة الدفع والتسوية، **مبادئ الإشراف على أنظمة الدفع والتسوية ومسؤوليات المصارف المركزية**، مرجع سابق، ص. 1.

[19] *Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS),* ***General Guidance for Payment System Development,*** *Op. Cit. P. 9.*

[20] مصطفى كمال السيد طائل، **الصناعة المصرفية في ظل العولمة**، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، 2009، ص. 140_141.

[21] المرجع السابق، ص. 166.

[22] Philippe d'arvisenet et Jean Piérre Petit**, Economie International: la Place des Banque**, Dunod, Paris, France, 2008, P. 330.

[23] ديفيد شيبارد، مرجع سابق، ص. 26.

[24] *Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS)**, Security of Electronic Money**, Group of Computer Experts Systems, August 1996,* **http://www.bis.org/publ/cpss18.htm**. ***Voir le; 15_03_2020.***

[25] حيث نجد بان أكثر من 130 شركة من الشركات التي تقدم خدمة الإنترنت موجودة فيها، بالإضافة إلى أنها أخرجت إلى حيز الوجود سنة 1996 إحدى وسائل التقدم التكنولوجي في العالم لإجراء عمليات الدفع والقيام بالمقاصة للمبالغ الكبيرة (RTGS).

[26] ديفيد شيبارد، مرجع سابق، ص. 26.

[27] تتطلب شروط التسجيل في البوابة أن يكون الطرف المشارك في عملية الدفع مؤهلاً لمتطلبات العضوية، وأن يوقع على كل من اتفاقية عضوية واتفاقية الحصول على خدمة الإنترنت مع البنك المحصل الإلكتروني.

[28] في شهر نوفمبر 1990 وضعت مجموعة من المعايير من قبل المصارف المركزية لمجموعة الدول الكبرى العشر G10، وقد وضعت هذه المعايير استجابة لمبادرة البنوك التجارية بتصميم وتشغيل غرف مقاصة لتسوية عقود تبادل القطع الأجنبي المتعددة الأطراف. وإحدى هذه الخطط هي قيد التشغيل الآن في لندن وفي منظمة غرفة المقاصة التبادلية (ECHO)، وهي تتوافق مع كافة المعايير المطلوبة للإيفاء بمتطلبات البنوك المركزية

[29] ديفيد شيبارد، مرجع سابق، 32.

[30] هذا وقد أشارت لجنة بازل للرقابة المصرفية إلى أهمية القيام بوضع السياسيات والإجراءات التي تنتج إدارة مخاطر العمل المصرفي الإلكتروني من خلال تقييمها والرقابة عليها ومتابعتها، كما أصدرت خلال مارس 1998 وماي 2001 مبادئ لإدارة هذه المخاطر.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

حماية المستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد الإلكتروني

د/شيخ سناء

جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم

ISBN: 978-9931-9651-0-7

حماية المستهلك في المرحلة السابقة للتعاقد الإلكتروني

الدكتور / شيخ سناء (*)

ملخص: تختلف الجريمة المعلوماتية عن الجرائم التقليدية في كون الأولى تتم في بيئة غير مادية أو ما تعرف بالوسط الافتراضي، حيث يمكن للجاني عن طريق نبضات إلكترونية رقمية لا ترى أن يبعث في بيانات الحاسوب أو برامجه وذلك في وقت قياسي قد يكون جزءا من الثانية، كما يمكن محوها في زمن قياسي قبل أن تصل يد العدالة إليه إذا ما استخدمت برامج خاصة في ذلك، مما يصعب الحصول على دليل مادي في مثل هذه الجرائم. وعليه فإن كشف ستر هذا النوع من الجرائم يحتاج إلى أدلة ذات طبيعة خاصة، ومختلفة عما ألفناه في الجرائم التقليدية، حيث تستخدم ذات الطبيعة التقنية الناجمة عن الحاسوب والانترنت، وتتمثل في الدليل الالكتروني (Electronicevidence). هذا التطور التكنولوجي لا يقف عند مضمون الدليل فحسب، بل يمتدّ أيضا إلى الإجراءات التي يترتّب عليها الحصول على هذا الدليل.

الكلمات المفتاحية:
خصـــائص. التجارة الدولية. العقد الدولي. الانترنت

Abstract :The information crime differs from the traditional crimes in that the first takes place in a non-physical environment or is known as the virtual medium, where the offender can through digital electronic pulses that you do not see to be transmitted in computer data or programs in a record time that may be a part of the second, and can also be erased In record time before it reaches the hand of justice if it uses special programs in that, which makes it difficult to obtain material evidence for such crimes.

Therefore, revealing the cover of this type of crime needs evidence of a special nature, different from what we have learned in traditional crimes, where it uses the same technical nature caused by computers and the Internet, and is represented in electronic evidence. This technological development not only stands at the content of the evidence, but also extends to the procedures that lead to obtaining this evidence.

Mots Clés : Electronic guide, information crime, data.

مقدمة :

(*)ـ، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

أدّى التقدم العلمي والتكنولوجي الذي عرفه العالم إلى ظهور الانترنت، فأصبحت المعاملات تتم بين أطراف متباعدة لا يجمعهم مجلس عقد واحد، وبدون معرفة سابقة، وأصبح بإمكانهم شراء ما يحتاجونه عن بعد دون حاجة للتنقل من مكان لآخر، وهذا ما يعرف بالتجارة الالكترونية.

ولقد ساهم مفهوم التجارة الالكترونية في تغيير طريقة تسوّق المستهلك ، وذلك من أسواق ومتاجر موجودة في العالم المادي إلى نمط آخر من التسوّق قائم في بيئة افتراضية بفضل مختلف تقنيات الاتصال الحديثة، وهذا ما فرض أن يحكم عقد التجارة الالكتروني قواعد تختلف أحيانا عن تلك المقررة في القواعد العامة في مجال العقود ، وذلك لحماية المستهلك الالكتروني لأنّ العلاقة الاستهلاكية قائمة بين طرفين غير متعادلين، إذ يعتبر أغلب العارضين للمنتجات عبر الإنترنت من فئة المحترفين، والذين يتعاملون مع مستهلكين لا يتمتعون بالدراية الكافية حول المنتوج وشروط بيعه لذا كان لابدّ من تدخّل المشرع لحماية المستهلك الإلكتروني.

لذا عمد المشرع الجزائري إلى مواكبة التطورات الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصال، فنظم المعاملات الإلكترونية في القانون رقم 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، والذي هدف من خلاله إلى حماية المستهلك الالكتروني باعتباره الطرف الضعيف ، ولتحقيق هذا الغرض وضع المشرع مجموعة من القواعد والالتزامات على عاتق المحترفين ، وذلك في المرحلة السابقة للتعاقد، من خلال تنظيم الإشهار الالكتروني ، وفرض التزام على عاتق المورد الالكتروني بإعلام وتبصير المستهلك بكل الجوانب المحيطة بالعقد والمنتوج

الذي يتم عرضه واقتناؤه عبر الانترنت بسبب تعذر معاينته وفحصه عن بعد.

إذن، التزام المحترف بالإعلان والإعلام من أهمّ القواعد الوقائية لحماية المستهلك الإلكتروني وتحقيق التوازن العقدي بينه وبين المهني المتخصص، فما المقصود بهما؟ وكيف نظمهما المشرع الجزائري؟

وماهي الجزاءات المدنية والجزائية التي توقع على المورد الالكتروني في حالة مخالفته لهذه الالتزامات ؟

وهل وفّق المشرع في وضع تدابير وقائية ناجعة تكفل حماية قانونية فعّالة للمستهلك الإلكتروني؟

المبحث الأول

القواعد المتعلقة بالإشهار الإلكتروني

تكون الأعمال الإلكترونية بصفة عامة مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان عبر شبكة الانترنت، ولا شكّ أنّ الإعلان أصبح من أهمّ آليات النشاط التجاري في المنافسة وتحقيق الربح عبر الشبكات الإلكترونية[1]، وإذا كان الإشهار وسيلة مباحة لتسويق المنتوج إلاّ أنّه يجب ألاّ يكون مضلّلا، لذلك تدخّل المشرع الجزائري واشترط وجود ضوابط في الإشهار الإلكتروني لمنع الإشهار المضلّل، ولحماية المستهلك الإلكتروني من الوقوع ضحية الخداع والغش من طرف المعلن، وهذا ما سأبيّنه فيما يلي:

المطلب الأول

تعريف الإشهار الإلكتروني

سأقوم بتعريف الإشهار الإلكتروني فقها، ثمّ تشريعا.

الفرع الأول

التعريف الفقهي للإشهار الإلكتروني

يُعرّف الإعلان التجاري بأنّه: "إخبار أو إعلام تجاري أو مهني القصد منه التعريف بمنتوج أو خدمة معيّنة عن طريق إبراز المزايا وامتداح المحاسن بهدف خلق انطباع جيد يؤدي إلى إقبال الجمهور على المنتج أو هذه الخدمة"[2].

كما يُعّرف الإعلان التجاري بأنّه: "كل فعل أو تصرّف يهدف إلى التأثير النفسي على جمهور المستهلكين، بهدف إقناعهم بمزايا السلعة أو الخدمة وما يمكن أن تحققه من فوائد، بغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ذلك بما فيها الإنترنت"[3].

إذن، يختلف الإعلان العادي عن الإعلان الإلكتروني في الوسيلة المستعملة في الإعلان، إذ يتمّ الاستعانة بالوسائل التقليدية المقروءة كالنشرات والمطبوعات والجرائد أو المسموعة مثل المذياع، أو المرئية مثل التلفاز، في حين يتمّ الإعلان الإلكتروني بوسائل الاتصال الحديثة، والمتمثلة في أجهزة إلكترونية مزودة بخدمة الإنترنت عن طريق هاتف ذكي أو جهاز حاسوب متصل بالإنترنت.

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للإشهار الإلكتروني

عرّف المشرع الجزائري الإشهار في المادة 04/03 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 23 جوان 2004 والمحدّد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، بأنّه "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع السلع والخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

يستفاد من هذه المادة أنّ المشرع لم يستبعد الاستعانة بوسائل الاتصال عن بعد التي عرّفها في المادة 03/03 من نفس القانون بأنّها: "كلّ وسيلة بدون الحضور الشخصي المتزامن للمتدخل والمستهلك يمكن استعمالها لإبرام عقد بين هذين الطرفين".

ثمّ عرّف المشرع الإشهار الإلكتروني صراحة في المادة السادسة من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنّه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

المطلب الثاني

صور الإشهار الإلكتروني

يتخذ الإشهار الإلكتروني صورا مختلفة بحسب اختلاف التقنية المتبعة في تعريف وعرض المنتوج عبر الإنترنت، ومن أهمّ هذه الصور:

الفرع الأول

الشرائط الإعلانية Bandeaux publicitaires

يتمثل الشريط الإعلاني في مستطيل إعلاني يتمّ وضعه أعلى أو أسفل الصفحة الرئيسية أو الصفحات الأخرى للمواقع الإعلانية، وقد يحتوي على ارتباطات تقود إلى الصفحة الرئيسية لموقع الشركة المعلنة[5]، ويحتوي هذا الشريط على صور ورسومات ونصوص كتابية تُعرِّف المستهلك بالمنتج.

ويظهر الشريط الإعلاني في شكل شريط ثابت أو متحرك، فبالنسبة للشريط الثابت هو مشتق من الملصق الثابت، ويمكن للمستخدم أن يضغط عليه كي يتجه إلى موقع المعلن، أو يتمّ التفاعل مع الإعلان نفسه لتقديم بعض

البيانات التفصيلية، ويعاب على هذا الشكل قلّة قدرته على جذب الانتباه بسبب انخفاض إثارته المرئية، لذا لجأ المصممون إلى إعلانات الشرائط المتحركة التي تضمن صورا ثلاثية الأبعاد وعناصر يمكن تقريبها وتحريكها محققة بذلك هدفا خاصا يتمثل في زيادة مساحة النص والصور المعروضة[6].

الفرع الثاني

إعلانات الفواصل Interstitial

وهي عبارة عن صفحة إشهارية كاملة تظهر على شاشة مستعمل الإنترنت، لفترة زمنية قصيرة أقلّها من خمس إلى عشرة ثوان قبل إزالة الصفحة الإعلانية التي قد تستمر إلى عدّة دقائق، وتشبه إعلانات الفواصل الإشهار في التلفاز الذي يظهر وسط برنامج معيّن[7].

الفرع الثالث

البريد الإلكتروني E.mail

يمثل البريد الإلكتروني عنوانا شخصيا لمستعمل الإنترنت، يُمكنه من إرسال وتلقي الرسائل الإلكترونية بما فيها الرسائل الإعلانية، وغالبا ما يتمّ ذلك بصفة مجانية وفورية، ممّا يجعله وسيلة إشهار فعّالة، بشرط حصول المحترف على عنوان البريد الإلكتروني لأكبر عدد من مستعملي الإنترنت، ممّا قد يشكل مضايقة للبعض الذي لا يرغب في غزو بريده بإعلانات إشهارية لا يرغب فيها[8].

الفرع الرابع

المواقع Les sites

تعتبر المواقع الإلكترونية إحدى التقنيات التي يلجأ إليه المتعاقدون عبر الإنترنت من أجل عرض منتوجاتهم، والإعلان عنها إمّا في شكل رسومات وصور

وألوان من أجل جلب الزبائن، أو قد يقتصر الإعلان الإلكتروني على تقديم إرشادات حول كيفية الحصول على المنتوج واستعماله.

المطلب الثالث

شروط الإشهار الإلكتروني:

تتجسد حماية المستهلك خلال الفترة التي تسبق إبرام العقد الإلكتروني في مراقبة مدى توافر الشروط القانونية في الإعلانات التجارية الإلكترونية، الأمر الذي يمنع تعرّض المستهلك للخداع أو التضليل من طرف المعلن، لذا واجه المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية الإشهار المضلل بمجموعة من الضوابط يجب توافرها في الإعلان الإلكتروني تمثل فيما يلي:

الفرع الأول

أن يكون الإشهار الالكتروني محدّدا

أوجب المشرع الجزائري في المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية شرطين في الإعلان الإلكتروني، يتمثل الأول في إمكانية التعرف على الإعلان التجاري بوضوح، والثاني يتمثل في التعرف على هوية الشخص الذي تمّ تصميم الرسالة لحسابه.

إذن، يشترط في الإعلان الإلكتروني أن يكون محدّدا من حيث محلّه، أي أن يكون محتوى ومضمون الرسالة الإعلانية واضحا، وهذا يعني أن يتضمن الإعلان البيانات الكافية عن السلعة أو الخدمة المقدمة، والتي من شأنها أن تخلق تفكيرا واعيا ومتبصّرا يعمل على تكوين إرادة واعية ومستنيرة لدى المستهلك وهو بصدد الإقبال على التعاقد[9].

كما يجب أن يحدّد في الإعلان هوية الشخص الذي تمّ تصميم الإعلان لحسابه تفاديا للممارسات الكاذبة والتضليلية التي يسهل اللجوء إليها في بيئة رقمية أو افتراضية.

كما اشترط المشرع في الفقرة الرابعة من المادة 30 من قانون التجارة الإلكترونية أن يحدّد بوضوح في الإعلان ما إذا كان العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا أو ترويجيا.

الفرع الثاني

ألاّ يمسّ الإشهار الإلكتروني بالنظام العام والآداب العامة

اشترط المشرع في المادة 4/30 من قانون التجارة الإلكترونية أن يراعي الإعلان الإلكتروني النظام العام والآداب العامة، إذ يتعيّن على المورد الإلكتروني أن يحترم في إعلانه القواعد المتعارف عليها في الجزائر، دون التمسك بنسبية فكرة المشروعية واختلافها من دولة لأخرى، إذ يجب أن يكون إعلانه خاليا من أي ابتذال.

ولقد تمّ في سنة 2016 منع جميع المعلنين الجزائريين في القطاع الخاص والعام من شراء مساحة إعلانية من مواقع إلكترونية أجنبية، لكون المقابل الذي تمّ دفعه بالعملة الصعبة، ممّا يخالف التشريع القائم الذي يقضي بعدم جواز الاستعانة بخدمات تدفع بالعملة الصعبة لأنّ ذلك يضرّ بالاقتصاد الوطني، ويمثل إخراجا للعملة الصعبة من البلاد، فبالرغم من أنّ الإعلان الإلكتروني أصبح حتميا في الجزائر إلاّ أنّه يجب أن يخضع للتنظيم والتقنين، وحصر المواقع الإلكترونية الأجنبية وفتح المجال أمام المواقع الإلكترونية الوطنية[10].

كما منع المشرع في المادة 34 من قانون التجارة الإلكترونية نشر أي إشهار أو ترويج عن طريق الاتصالات الإلكترونية لكل منتوج أو خدمة ممنوعة من التسويق عن طريق الاتصالات الإلكترونية بموجب التشريع والتنظيم المعمول بهما.

الفرع الثالث

أن يتضمن الإشهار الإلكتروني شروطا صحيحة وواضحة

اشترط المشرع أن يتضمن الإشهار الإلكتروني شروطا واضحة غير مضللة أو غامضة، وهذا حماية للمستهلك من الإعلان الإلكتروني المضلل الذي يؤدي إلى خداعه ودفعه إلى التعاقد.

يعتبر الإعلان خادعا ومضللا متى استخدم فيه المعلن – سواء كان تاجرا أو مقدّم خدمة – ألفاظا وعبارات كاذبة حول الخصائص والمميزات الجوهرية للسلعة أو الخدمة المعلن عنها إلكترونيا[11]، بما يؤدي إلى إيقاع المستهلك في خداع إلكتروني يدفعه إلى التعاقد أو يزيد من إقباله على التعاقد[12].

هذا، ولا يشترط في الإعلان المضلل أن تكون المعلومات المقدمة في الإعلان كاذبة فقط، وإنّما يكفي أن تصاغ الشروط بشكل غامض من شأنه أن تؤدي إلى وقوع المستهلك في غلط، كعرض مقدّم خدمة الهاتف النقال الذي يدعي فيه أنّ الشريحة تُمكّن المستهلك من إجراء مكالمات هاتفية غير محدودة لمدّة شهر إلاّ أنّ حقيقة العرض أنّ هذه المكالمات غير المحدودة مرتبطة بأجل ساعي مقدّر بثماني ساعات في الشهر، والتي قد تستهلك في اليوم الواحد أو تمتدّ صلاحيتها لعدّة أيام[13].

لقد يلجأ بعض الموردين الإلكترونيين من أجل تسويق منتجاتهم إلى استعمال الرسائل الإعلانية المزعجة "le spamming"، وذلك من خلال إرسال مجموعة كبيرة من الرسائل بشكل متكرّر إلى مستعملي الإنترنت دون أن يطلبوا ذلك، ممّا يشكل في غالب الأحيان إزعاجا لهم، وهذا ما جعل هذا النوع من الرسائل يوصف بالمزعجة والطفيلية[14].

حماية للمستهلكين وللحدّ من الإعلانات المزعجة نظّم المشرع الجزائري مسألة الإعلان الإلكتروني غير المرغوب فيه في المواد من 31 إلى 33 من قانون التجارة الإلكترونية، بحيث منع الاستبيان المباشر الذي يقوم به المحترف الإلكتروني لجمع المعلومات عن مستعملي الإنترنت بأي شكل من الأشكال، ما لم يبدوا موافقتهم المسبقة لتلقي استبيانات مباشرة عن طريق الاتصال الإلكتروني[15].

كما اشترط الموافقة المسبقة والحرة لمستعملي الإنترنت قبل استلام الاستمارات الإلكترونية[16]، فيجب على المورد الإلكتروني أن يضع منظومة إلكترونية يسمح من خلالها لكل شخص بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار منه عن طريق الاتصالات الإلكترونية، دون مصروفات أو مبررات.

وفي هذه الحالة، يلزم المورد الإلكتروني بتسليم وصل استلام عن طريق الاتصالات الإلكترونية يؤكد من خلاله الشخص المعني تسجيل طلبه، وأن يتخذ التدابير اللازمة لتلبية رغبته في غضون 24 ساعة[17].

نتيجة لعدم توازن المراكز القانونية بين التاجر المهني المتخصّص والمستهلك الشخص العادي يتعين على التاجر إخبار المستهلك بكلّ ما لديه من بيانات تتعلّق بالعقد ومعلومات كافية عن السلعة أو الخدمة التي يقدّمها حتى تستنير إرادة المستهلك ويُقدم على إبرام العقد على بصيرة.

تجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات لم تُعّرف الالتزام بالإعلام، وإنّما اكتفت بالإشارة إلى وجود التزام ملقى على عاتق المحترف بإعلام المستهلك. وبالرّجوع إلى فقهاء القانون فقد اختلفت تعريفاتهم للالتزام بالإعلام، فمنهم من عرّفه بأنّه:" التزام عام يغطّي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك يتعلّق بكافةّ المعلومات اللازمة لإيجاد رضاء سليم"[18]، ومنهم من عرّفه بأنه "التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدّم للمتعاقد الآخر قبل إبرام العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء كامل سليم متنوّر، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد"[19]. ومنهم من عرّف هذا الالتزام بأنه: " بوح للمشتري بما يجعله على بيّنة من المبيع وإدراك لخصائصه"[20].

يتّضح من التعريفات السابقة أنّه يقع على عاتق التاجر المهني التزام قانوني بإعلام المستهلك المقبل على التعاقد بالمعلومات الضرورية والبيانات اللازمة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي يقدّمها بغرض إبرام العقد على أساس التشاور في المعلومات، وهذا لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

هذا، وإنّ الالتزام بالإعلام لا يخصّ المستهلك العادي فقط، وإنّما يخصّ المستهلك الإلكتروني أيضا على اعتبار أنّ أساس وجود هذا الالتزام لا يتعلّق بالوسيلة التي يبرم بها العقد، وإنّما بسبب عدم التّوازن بين التاجر المحترف والمستهلك، ومع ذلك فإنّ هذا الالتزام يعتبر أكثر أهمية حينما يتعلّق الأمر بالمستهلك في عقود

المبحث الثاني

الالتزام بإعلام المستهلك

نتيجة لعدم توازن المراكز القانونية بين التاجر المهني المتخصّص والمستهلك الشخص العادي يتعين على التاجر إخبار المستهلك بكلّ ما لديه من بيانات تتعلّق بالعقد ومعلومات كافية عن السلعة أو الخدمة التي يقدّمها حتى تستنير إرادة المستهلك ويُقدم على إبرام العقد على بصيرة.

تجدر الإشارة إلى أنّ التشريعات لم تُعّرف الالتزام بالإعلام، وإنّما اكتفت بالإشارة إلى وجود التزام ملقى على عاتق المحترف بإعلام المستهلك. وبالرّجوع إلى فقهاء القانون فقد اختلفت تعريفاتهم للالتزام بالإعلام، فمنهم من عرّفه بأنّه:" التزام عام يغطّي المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك يتعلّق بكافةّ المعلومات اللازمة لإيجاد رضاء سليم"[18]، ومنهم من عرّفه بأنه "التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدّم للمتعاقد الآخر قبل إبرام العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء كامل سليم متنوّر، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد"[19]. ومنهم من عرّف هذا الالتزام بأنه: " بوح للمشتري بما يجعله على بيّنة من المبيع وإدراك لخصائصه"[20].

يتّضح من التعريفات السابقة أنّه يقع على عاتق التاجر المهني التزام قانوني بإعلام المستهلك المقبل على التعاقد بالمعلومات الضرورية والبيانات اللازمة المتعلقة بالسلعة أو الخدمة التي يقدّمها بغرض إبرام العقد على أساس التشاور في المعلومات، وهذا لحماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف.

هذا، وإنّ الالتزام بالإعلام لا يخصّ المستهلك العادي فقط، وإنّما يخصّ المستهلك الإلكتروني أيضا على اعتبار أنّ أساس وجود هذا الالتزام لا يتعلّق بالوسيلة التي

يبرم بها العقد، وإنّما بسبب عدم التّوازن بين التاجر المحترف والمستهلك، ومع ذلك فإنّ هذا الالتزام يعتبر أكثر أهمية حينما يتعلّق الأمر بالمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، ففضلا عن جهل هذا المستهلك بأصول معرفة وفنّ التاجر فإنّ المستهلك الإلكتروني يجهل أمورا أخرى، فالوسيلة التي يبرم بها العقد الإلكتروني لا تسمح بالتحقق من هوية التاجر أو السلعة التي يُقدم على شرائها، الأمر الذي يجعل من هذا الالتزام وسيلة أساسية من وسائل الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية[21].

إذن، يمكن القول بأنّ الالتزام بالإعلام في التجارة الإلكترونية هو التزام قانوني يقع على ذمّة المورد الإلكتروني تجاه المستهلك الإلكتروني بإعلامه عن كلّ معلومة من شأنها التعريف بالمنتجات أو الخدمات بشكل واضح وشامل، ويتضمّن الالتزام بالإعلام تبصير المستهلك بالمعلومات الآتية:

المطلب الأول

هوية المورد الإلكترونية

من أهمّ المشاكل التي تثير قلق المستهلك الإلكتروني، وتحدّ من إقباله على إبرام عقود الاستهلاك الإلكترونية هي عدم معرفة هوية البائع الذي يتعامل معه، فبيان شخصية المورد الإلكتروني يوفر عنصر الأمان في التعاقد[22]، لذا اشترط المشرع الجزائري في المادة 3-2-1/11 من القانون رقم 05/18 ما يلي:

"يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني في العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة، ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية:

-رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية ورقم هاتف المورد الإلكتروني.

-رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي".

يستفاد من هذه المادّة أنّه يجب أن يتضمّن العرض التجاري الإلكتروني بيانات تحدّد شخصية المورد الإلكتروني وتتمثل فيما يلي:

-رقم التعريف الجبائي، فمن خلال هذا الرقم يستطيع المستهلك أن يستعلم عن هويته ويتأكد منها، العناوين المادية والإلكترونية، ورقم الهاتف المورد الإلكتروني، وإذا تعلّق الأمر بشخص معنوي، مقرّ الشركة و عنوانها، وهذا ليسهل للمستهلك مهمّة الاتصال به، وكذلك تحديد النظام القانوني المطبّق عليه.

-رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي، وهذا من أجل أن يرجع المستهلك إلى رقمه في السجل حتى يستطيع أن يتأكّد من شخصيته وهويته.

وانّ هذه المعلومات مهمة جدا في تحديد الهوية الحقيقية للمحترف الالكتروني مما يكفل استبعاد الهوية الافتراضية التي قد يلجأ إليها بعض الأشخاص للتنصل من مسؤولياتهم، ولخداع المستهلك الالكتروني والنصب والاحتيال عليه.

المطلب الثاني

إعطاء البيانات الأساسية للسلع والخدمات وسعرها

ينبغي أن يقدّم المورد الإلكتروني معلومات تتضمن وصفا دقيقا للسلعة أو الخدمة محلّ العقد، وهذا ما نصّ عليه المشرع الجزائري في المادّة 11 من القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المتمثّلة في يلي:

الفرع الأول

طبيعة وخصائص السلع و الخدمات

يتعيّن على المورد الإلكتروني أن يقوم بتبصير المستهلك بالمعلومات المتّصلة بالسلع والخدمات، ولذلك نصّت المادّة 04/11 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 على إلزام المورد الإلكتروني الذي يعرض منتجاته عبر الإنترنت، بتحديد طبيعة وخصائص السلع والخدمات المقترحة، إذ ينبغي أن تتضمن المعلومات المقدمة وصفا دقيقا للسلع أو الخدمة محلّ العقد، فإذا كان محلّ العقد إحدى السلع المادية فإنّ وصفها يكون ببيان صفاتها كاملة من حيث الوزن أو الحجم، أو درجة الجودة، وقد يقدّم وصفا كافيا يتضمن العرض صورا فوتوغرافية للسلعة محلّ العقد، أمّا إذا كانت السلعة غير مادية كبرامج الحاسب الإلكتروني التي يتمّ إنزالها مباشرة على جهاز المستهلك فلابدّ من وصفها أيضا ببيان حجم البرنامج ونظام التشغيل أو التجهيزات المطلوبة لتشغيله بصورة صحيحة[23].

ويعتبر الحق بالإعلام وسيلة للتبصير بخصائص وصفات الخدمات المعروضة، ومن ثمّ الباعث الرئيسي لدى المستهلك للتعاقد[24].

كما يتعين على المورد أن يبيّن المدّة التي يبقى فيها العرض قائما [25] تحديدا دقيقا، فلا يعدّ كافيا بيان أنّ العرض قائم لحين انتهاء المخزون لدى التاجر، فالعرض على شبكة الاتصال الإلكترونية لا يقوم على دعائم مادية دائمة إذ لا يمكن تحديد بداية مدّة العرض ونهايتها على وجه دقيق.

يلاحظ من هذا النص أنه يحق للمستهلك العدول عن الشراء بشروط ووفق آجال يعرضها المورد الإلكتروني، عند الاقتضاء في العرض التجاري الإلكتروني، إذن يتبيّن أنّ المشرع فرض استعمال حقّ العدول خلال مدّة معينة ، أي بناء على اتفاق خاص بين الطرفين.

الفرع الثاني

معلومات متعلقة بالسعر

يعدّ الالتزام بتوضيح الأسعار للمستهلك الإلكتروني من بين أهمّ التزامات المورد الإلكتروني لأنّه يعدّ شرطا ضروريا لتحقيق الشفافية وتطوير المنافسة لذا نصّ المشرع الجزائري في المادّة 11 من قانون التجارية الإلكترونية على المعلومات المتعلّقة بالسعر و المتمثلة فيما يلي:

أسعار السّلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كلّ الرسوم[26]، كالضرائب أو كلفة الشحن أو التسليم.

طريقة احتساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا[27].

كيفية وإجراءات الدّفع[28].

تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

المطلب الثالث

تبصير المستهلك بكيفية تنفيذ العقد

يتعيّن على التاجر أن يقوم بتبصير المستهلك بكيفية تنفيذ العقد، فيحدّد له المدة التي يسلّم فيها المبيع إلى المستهلك، وكيفيات ومصاريف التسليم[29]، ويعلمه فيما إذا كان العقد يتضمّن تقديم خدمات ما بعد البيع وشروط الضمان التجاري[30]، ويقدّم وصفا كاملا لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الإلكترونية[31]، وشروط فسخ العقد عند الاقتضاء[32] وطريقة إرجاع المنتوج أو استبداله أو تعويضه[33].

هذا وحتى يؤدّي الالتزام بالإعلام دوره في تبصير المستهلك وحمايته نصّ المشرع الجزائري في المادّة 1/11 من القانون رقم 05/18 المتعلّق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي:" يجب أن يقدّم المورد الإلكتروني في العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة..."

يستفاد من هذه المادّة أنّ المشرّع اشترط في المعلومات التي يقدّمها المورد الإلكتروني أن تكون واضحة، ولتحقيق ذلك يتعيّن على التاجر أن يعرضها في موقعه على شبكة الإنترنت بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة.

المبحث الثالث

جزاء مخالفة القواعد الوقائية لحماية المستهلك الإلكتروني

تتميز عقود الاستهلاك الإلكتروني بعدم توازن المراكز القانونية للمتعاقدين وهما: التاجر المهني المتخصص ذو المعرفة التامة بما يتعاقد عليه، والمستهلك الإلكتروني الشخص العادي قليل الخبرة والمعرفة ممّا جعل المشرع يضع مجموعة من الضمانات الوقائية لحماية المستهلك الإلكتروني. وحتى تكون الحماية فعالة وناجعة وضع المشرع مجموعة من الجزاءات التي توقع على المخالف (المورد الإلكتروني) في حالة مخالفته هذه الضمانات الوقائية، وتتمثل هذه الجزاءات فيما يلي:

المطلب الأول

الجزاء المدني

إذا لم ينفذ المورد الإلكتروني الالتزامات الوقائية المفروضة عليه قانونا، جاز للمستهلك الإلكتروني إمّا طلب التنفيذ العيني للعقد أو إبطاله للغلط أو التدليس أو فسخه مع التعويض.

الفرع الأول

التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ العيني إجبار المورد الإلكتروني بتنفيذ ما التزم به عينيا في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني، وطبقا لأحكام القانون المدني فإنّه يجبر المدين (البائع الإلكتروني) بعد إعذاره بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان التنفيذ ممكنا وغير مرهق له[34].

فإذا أعلن التاجر المحترف عبر الإنترنت عن سلعة أو خدمة معيّنة من أجل التعاقد عليها وقَبِل المستهلك هذا العرض، وبعد ذلك امتنع المحترف عن تنفيذ التزامه وذلك بتسليم شيء غير الذي تضمنه الإعلان التجاري، أو شيء له مواصفات مغايرة عن تلك التي أعلمه بها المورد الإلكتروني، فإنّ المشرع ألزم المورد الإلكتروني طبقا للفقرة الثالثة من المادة 23 من قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 إمّا بتسليم جديد موافق للطلبية أو إصلاح المنتوج المعيب أو استبدال المنتوج بآخر مماثل.

وعليه استنادا لما سبق، يمكن للمستهلك الإلكتروني رفع دعوى التنفيذ العيني إذا تعلّق الأمر بالإشهار التجاري الكاذب أو في حالة عدم توافر المعلومات التي قدّمها المورد الإلكتروني في السلعة المقدمة للمستهلك، وذلك عن طريق إجباره بتنفيذ ما تعهّد به متى كان ذلك ممكنا، وفي هذا حماية كبيرة للمستهلك، بحيث يصبح كل بائع حريصا على صحّة المعلومات التي يقدّمها حول سلعته ويبتعد عن كل خداع أو كذب.

الفرع الثاني

طلب إبطال العقد

إذا تمّ إبرام العقد بناء على بيانات كاذبة أو مضللة، أو في حالة مخالفة المورد الإلكتروني لالتزامه بإعلام المستهلك، فإنّه يحق له – طبقا للقواعد العامة – طلب إبطال العقد على أساس الغلط أو التدليس.

فبالنسبة للإعلان الكاذب فإنّه يمكن للمستهلك الإلكتروني طبقا للقواعد العامة في القانون المدني أن يرفع دعوى إبطال العقد على أساس التدليس، بشرط أن يثبت أنّ المعلن استعمل طرقا احتيالية دفعته إلى التعاقد، إضافة إلى إثبات نيّة التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع، وأخيرا أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد[35].

كما أنّه في حالة مخالفة المعلومات المقدمة أثناء العقد لما هو في ذهن المستهلك فإنّ هذا يعني وقوع المستهلك في غلط يؤثر على إرادته ويمنحه الحق في طلب إبطال العقد، بشرط أن يثبت أنّه وقع في غلط جوهري[36]، وأنّ هذا الغلط هو الدافع للتعاقد[37].

إذن، يحق للمستهلك أن يطلب إبطال العقد – طبقا للقواعد العامة – استنادا إلى وجود عيب في إرادته إمّا للغلط أو التدليس، ولكنّ هذا الطريق لا يعدّ سهلا لصعوبة إثبات المستهلك وقوعه في الغلط أو التدليس.

الفرع الثالث

فسخ العقد

إذا ترتّب على الإشهار الكاذب أو المضلل ، أو على إخلال المورد الإلكتروني بالتزامه بالإعلام ، تسليم المستهلك غرضا غير مطابق للطلبية أو منتوجا معيبا، فيحق له أن يطالب المورد الإلكتروني بإلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة، كما

أنّ له الحق في المطالبة بالتعويض في حالة وقوع ضرر، وهذا وفقا لمقتضيات المادة 3-1/23 من قانون التجارة الإلكترونية.

إذن، في حالة إبرام العقد وتمّ تسليم المستهلك الإلكتروني منتوجا غير مطابق لما تمّ التعاقد عليه (كما جاء في الإشهار أو تمّ إعلامه به) فيحق له طلب فسخ العقد، ومن ثمّ إرجاع الحال إلى ما كانت عليه، إي إعادة إرسال المستهلك الإلكتروني السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدّة أقصاها أربعة أيام من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج المورد[38]، ومطالبة المورد الإلكتروني باسترجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ استلامه المنتوج بسبب عدم تنفيذ العقد وتعويضه عن الضرر اللاحق به[39].

المطلب الثاني

الجزاء الجنائي

إضافة إلى حق المستهلك الإلكتروني في التعويض المدني عاقب المشرع الجزائري المورد الإلكتروني المخالف لأحكام الإشهار الإلكتروني المنصوص عليها قانونا والسالف ذكرها بغرامة من 50.000دج إلى 500.000دج[40]، كما عاقب المورد الإلكتروني المخالف للقواعد المتعلقة بالتزامه بالإعلام بنفس مبلغ الغرامة[41].

تُبلّغ المصالح التابعة لإدارة التجارة المورد الإلكتروني خلال مدّة لا تتجاوز سبعة أيام من تاريخ تحرير المحضر، ويتمّ الأمر بالدفع عن طريق جميع الوسائل المناسبة مصحوبا بالإشعار بالاستلام، يتضمن هوية المورد الإلكتروني وعنوان بريده الإلكتروني وتاريخ وسبب المخالفة، ومراجع النصوص المطبقة، ومبلغ

الغرامة المفروضة بالإضافة إلى مواعيد وكيفيات الدفع. وإذا لم يتمّ دفع الغرامة في أجل 45 يوما يرسل المحضر إلى الجهة القضائية المختصة[42].

هذا، ويضاعف مبلغ الغرامة في حالة تكرار نفس الجريمة خلال مدّة لا تتجاوز 12 شهرا من تاريخ العقوبة بالجريمة السابقة[43].

الخاتمة:

يتميّز عقد الاستهلاك الإلكتروني بعدم التكافؤ والتوازن بين طرفيه، لذا كان لابدّ من أن يصدر المشرع تشريعا خاصا ومستقلا يهتمّ بالمعاملات الإلكترونية هو القانون رقم 05/18 وهذا من أجل حماية المستهلك الإلكتروني، بشكل يحدّد فيه الالتزامات الواقعة على عاتق البائع كمهني محترف، وذلك لقصور الالتزامات التقليدية المقررة في القواعد العامة عن حماية حقوق المستهلك في البيئة الإلكترونية.

لذا اشترط المشرع توافر مجموعة من الشروط القانونية في الإعلانات التجارية الإلكترونية، حتى لا يتعرّض المستهلك للإشهار المضلل، وفرض التزاما على عاتق المحترف بإعلام وتبصير المستهلك بكل الجوانب المحيطة بالعقد ابتداء من تحديد محلّ العقد وكذا حقوق المستهلك المترتبة على هذا العقد، وفرض جزاءات مدنية وجزائية على مخالفة المحترف لهذه الالتزامات.

ورغم التنظيم القانوني لهذه التدابير الوقائية التي وضعها المشرع لحماية المستهلك الإلكتروني إلاّ أنّه يتعذّر عليه بمفرده في حالة وقوعه ضحية إعلان خادع أو تعرّضه لعملية نصب أن يتمكّن من مواجهة مورد إلكتروني محترف لذا لابدّ من تعزيز دور جمعيات حماية المستهلك في هذا المجال.

الهوامش:

(1) – إبراهيم خالد محمود، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، الطبعة الأولى ، 2007، ص 73.

(2) – عبد الفضل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998، ص 11.

(3) – عبد الله نجيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص 36.

(4) – منشورة في ج.ر العدد 41، لسنة 2004، معدل ومتمّم.

ويراجع كذلك المادة 1/3 من المرسوم التنفيذي رقم 378/13 المؤرخ في 9-11-2013 الذي يحدّد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، منشور في ج.ر العدد 58، لسنة 2013.

(5) – طارق طه، التسويق بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 349.

(6) – طارق طه، نفس المرجع، ص 350.

(7) – عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 326–327.

(8) – عيلام رشيدة، نفس المرجع، ص 325.

(9) – رحمون شتوح بإشراف بعجي نور الدين، حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية (الجوانب الوقائية للتعاقد الإلكتروني)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 11، سنة 2018، ص 429.

(10) – كحال حمزة، مقال منشور بقناة الجزائر، بتاريخ 18 أكتوبر 2016، مشار إليه في عيلام رشيدة، المرجع السابق، ص 329.

(11) – ومن أمثلة الكذب في مكونات المنتوج أو في بلد المنشأ أو تاريخ الصنع، أو في الإعلان عن الثمن، أو في كمية المنتوج.

(12) – كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012، ص 180.

(13) – عيلام رشيدة، المرجع السابق، هامش 2 ص 335.

(14) – عيلام رشيدة، المرجع السابق، ص 340.

(15) – المادة 31 من قانون التجارة الإلكترونية.

(16) – المادة 33 من نفس القانون.

(17) – المادة 32 من نفس القانون.

(18) – جاء هذا التعريف في مقال للأستاذ Juglart بعنوان الالتزام بالإعلام في العقود، المجلة القضائية 1948، مشار إليه في بن مغنية محمد، حق المستهلك في الإعلام، مذكّرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص2005-2006، ص10.

(19) – مهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بأنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، ، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى ، دون تاريخ. أنظر: ص15.

(20) – محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1992، ص442.

(21) – آلاء يعقوب، الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية ، ص31.

(22) – محمد حسن منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية و الدّولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص148.

(23) – آلاء يعقوب، المقال السابق، ص35.

(24) – محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة، آلاء الإسكندرية، مصر، 2003، ص129.

(25) – يراجع نص المادة 13/11 من قانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

(26) – يراجع نص المادة 4/11 من قانون التجارة الإلكترونية رقم: 05/18.

(27) – يراجع المادة 9/11 من نفس القانون.

(28) – يراجع نص المادة 10/11من نفس القانون.

تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الإلكترونية عندما تحسب على أساس آخر غير التعريفات المعمول بها.

(29) – المادّة 6/11 من القانون رقم 05/18.

(30) – المادّة 8/11 من نفس القانون.

(31) – المادّة 12/11 من نفس القانون.

(32) – المادة 11/11 من نفس القانون.

(33) – المادّة 17/11 من نفس القانون.

(34) – يراجع نصّ المادة164 وما يليها من القانون المدني الجزائري.

(35) – يراجع نصّ المادتين 86 و87 من القانون المدني.

(36) – يعتبر الغلط جوهريا متى بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علم به المتعاقد لما تعاقد، ومن أمثلته ذلك الغلط في طبيعة المنتوج أو تركيبه أو مقدار عناصره الضرورية او طريقة استعماله.

(37) – يراجع نصّ المادة 81 وما يليها من القانون المدني.

(38) – المادة 2/23 من قانون التجارة الإلكترونية.

(39) – المادة 3/23 من قانون التجارة الإلكترونية.

(40) – يراجع المادة 40 من قانون التجارة الإلكترونية.

(41) – يراجع المادة 39 من قانون التجارة الإلكترونية.

(42) – يراجع المادة 47 من نفس القانون.

(43) – يراجع المادة 48 من نفس القانون.

قائمة المراجع

1- الكتب

- إبراهيم خالد محمود، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، الطبعة الأولى ، 2007.
- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، دار النهضة العربية، مصر، 1996.

– طارق طه، التسويق بالإنترنت والتجارة الإلكترونية، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2007.

– عبد الفضل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1998.

-علي فيلالي ، الالتزامات –النظرية العامة للعقد- موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، 2001.

– كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2012.

- محمد حسن منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية و الدّولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة، آلاء الإسكندرية، مصر، 2003.

- محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، مطبعة جامعة القاهرة، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1992.

- مهدي نزيه محمد الصادق، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بأنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة، ، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى ، دون تاريخ.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

-جلول دواجي بلحول، الحماية القانونية للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير كلية الحقوق، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2015/2014.

– عبد الله نجيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

– عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، دكتوراه في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

3-المجلات العلمية

– رحمون شتوح بإشراف بعجي نور الدين، حماية المستهلك من مخاطر المعاملات الإلكترونية (الجوانب الوقائية للتعاقد الإلكتروني)، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 11، سنة 2018.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

ضمانات حماية المستهلك الإلكتروني
وفقا لقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

د/يغلي مريم
جامعة باجي مختارعنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

ضمانات حماية المستهلك الإلكتروني وفقا لقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

الدكتورة/ يغلي مريم (*)

ملخص: فتحت تقنية الاتصال الالكتروني مجالا للأشخاص على اختلاف مواقعهم و تباعدها، و على تنوع ثقافاتهم و لغاتهم بالدخول إليها و تبادل المعلومات بحرية تامة دون أدنى اعتبار لحدود الجغرافيا، فلقد أضحت عالما بين الدول سادت فيه ثقافة العولمة في مجالات عديدة للأنشطة الاقتصادية، و خلقت بيئة جديدة أتاحت للموردين الالكترونيين وسائل متطورة للإعلان عن المنتوجات و الخدمات و كذا التعاقد عليها، هذه الوسائل المستحدثة بالرغم من أهميتها إلا أنها تنطوي على العديد من المخاطر التي تجعل المستهلك الالكتروني -باعتباره طرفا ضعيفا لا يرى المنتوج المطروح للتدوال أمامه- فريسة سهلة للمورد الالكتروني و هو الطرف المهني ذو القوة الاقتصادية و المعرفية و التقنية، و من هنا تظهر الحاجة لحماية المستهلك الالكتروني في البيئة الالكترونية و بمناسبة إقدامه على إبرام عقد التجارة الالكترونية.

الكلمات المفتاحية: المستهلك الالكتروني، العقد الالكتروني، التعاقد عبر الالنترنت

Abstract : *The electronic communication technology has opened a field for people of different locations and spacing, and for the diversity of their cultures and languages to enter it and exchange information completely freely without regard to the borders of geography, it has become a world among countries in which the culture of globalization prevailed in many areas of economic activities, and a new environment was created. It has provided electronic suppliers with advanced means of advertising products and services and contracting for them.These new means, despite their importance, involve many risks that make the electronic consumer - as a weak party who does not see the product offered for circulation in front of him - an easy prey for the electronic supplier and he is the party The professional with economic, knowledge and technical strength, and from here the need to protect the electronic consumer in the electronic environment emerges and on the occasion of his decision to conclude an electronic commerce contract*

Mots Clés : The electronic consumer, the electronic contract, the contract via the Internet

(*)-، أستاذة محاضرة "ب" ، جامعة باجي مختار عنابة.

ISSB: 2352-975X EISSN: 2588-2368

مقدمة :

لقد فتحت تقنية الاتصال الالكتروني مجالا للأشخاص على اختلاف مواقعهم و تباعدها، و على تنوع ثقافاتهم و لغاتهم بالدخول إليها و تبادل المعلومات بحرية تامة دون أدنى اعتبار لحدود الجغرافيا، فلقد أضحت عالما بين الدول سادت فيه ثقافة العولمة في مجالات عديدة للأنشطة الاقتصادية، و خلقت بيئة جديدة أتاحت للموردين الالكترونيين وسائل متطورة للإعلان عن المنتوجات و الخدمات و كذا التعاقد عليها، هذه الوسائل المستحدثة بالرغم من أهميتها إلا أنها تنطوي على العديد من المخاطر التي تجعل المستهلك الالكتروني -باعتباره طرفا ضعيفا لا يرى المنتوج المطروح للتدوال أمامه- فريسة سهلة للمورد الالكتروني و هو الطرف المهني ذو القوة الاقتصادية و المعرفية و التقنية، و من هنا تظهر الحاجة لحماية المستهلك الالكتروني في البيئة الالكترونية و بمناسبة إقدامه على إبرام عقد التجارة الالكترونية، الذي تم تقنينه أخيرا بموجب القانون 18-05 المؤرخ في 10ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية[1].

و مما سبق تظهر الحاجة إلى حماية المستهلك الالكتروني و ذلك عن طريق سن ضمانات قانونية تكفل حمايته منذ رغبته في التعاقد إلى غاية إبرامه العقد النهائي في تنفيذه، و من ثم ستهدف دراستنا إلى:

- تحديد مظاهر حماية المستهلك الالكتروني في قانون التجارة الالكترونية 0518-.
- تبيان خصوصية الحماية في ظل الوسائل المستحدثة للتعاقد.
- الوقوف على مدى كفاية ضمانات حماية المستهلك الالكتروني في قانون 18-05.

– إبراز الثغرات القانونية التي تشوب قانون 18-05 في مجال حماية المستهلك الالكتروني.

و بناء عليه ارتأينا طرح الإشكالية الآتية: **ما مدى كفاية و فعالية الضمانات القانونية الواردة في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في حماية المستهلك الالكتروني؟**

للإجابة عن هذه الإشكالية اعتمدنا على المنهج التحليلي أساسا للغوص في النصوص القانونية الناظمة للمسألة، فضلا عن المنهج الوصفي لإزالة الغموض عن بعض المفاهيم ذات الصلة بالموضوع، و من ثم قسمنا الموضوع إلى مبحثين، حيث تطرقنا في المبحث الأول إلى: **الضمانات المتعلقة بحماية رضا المستهلك الإلكتروني**، في حين يتضمن المبحث الثاني: **الضمانات اللاحقة على إبرام المعاملة التجارية الالكترونية**، و ذيلنا هذا البحث بخاتمة تتضمن أهم النتائج المتوصل إليها و الاقتراحات.

المبحث الأول: الضمانات المتعلقة بحماية رضا المستهلك الإلكتروني

يعتبر مبدأ الرضائية الأصل لتكوين جميع العقود، بل و مطلب أساسي في عقد التجارة الالكترونية، ذلك أنه لا يتصور قيام العقد إلا بوجود إرادة يتبلور بمقتضاها مبدأ الحرية العقدية و إرادة الالتزام، و تطبيقا لذلك حرص المشرع الجزائري على سن ضمانات قانونية لحماية رضا المتعاقد عموما، و المستهلك الالكتروني خصوصا باعتبار مركزه القانوني الذي يجعله في مركز ضعف مقارنة بالمهني الذي يتعامل مع و هو المورد الالكتروني من جهة، و كذا بسبب خصوصية الوسيلة المستعملة في التعاقد و هي الاتصالات الالكترونية، هذه الضمانات تتعلق بحماية رضا المستهلك الالكتروني منذ المرحلة السابقة على ابرام عقد التجارة الالكترونية**(المطلب الأول)**، امتدادا إلى مرحلة تكوين و إبرام العقد**(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: الضمانات السابقة على إبرام عقد التجارة الإلكترونية

لقد سن المشرع الجزائري في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية ضمانات تكفل الحد الأدنى من الحماية الخاصة برضا المستهلك الإلكتروني بإعتباره طرفا ضعيفا في مواجهة من يحظى بتفوق إقتصادي و هو المورد الإلكتروني، و ذلك في المرحلة السابقة على إبرام عقد التجارة الإلكترونية – و يظهر ذلك من خلال تكريس الزامية الإعلام المسبق للمستهلك الإلكتروني(**الفرع الأول**)، و كذا تأطير الإشهار الإلكتروني (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: الزامية الإعلام المسبق للمستهلك الإلكتروني

إن التقدم الصناعي و ما رافقه في زيادة كم المنتوجات المعروضة للبيع بالطرق المستحدثة، أدى إلى إنعدام التكافؤ بين المستهلك الإلكتروني و المورد الإلكتروني من حيث مستوى العلم و الدراية بالعناصر المتصلة بالعقد، هذه الضرورة أملت تقرير الإلتزام المسبق بالإعلام على عاتق المورد الإلكتروني بإعتباره مهنيا، بقصد إعادة التوازن العقدي إقتصاديا و معرفيا[2]، و عليه نتطرق إلى تعريف الإعلام المسبق (**أولا**) و إلى مضمونه(**ثانيا**).

أولا: تعريف الإعلام المسبق

تنص المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك[3]على أنه: " بغض النظر عن أحكام هذا المرسوم، تطبق على المنتوجات المعروضة للبيع عن طريق **تقنيات الإتصال عن بعد**..."

و بالرجوع إلى أحكام هذا المرسوم التنفيذي نجده قد عرف الإعلام حول المنتوجات ضمن الفصل الثاني المتعلق بالمبادئ العامة للمرسوم التنفيذي، و ذلك في المادة 3 فقرة 15على أنه: " كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك

على بطاقة أو أي وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشفهي" .

يتضح من هذا النص أن الغاية من تقرير إلزامية الإعلام المسبق على عاتق المورد الالكتروني، هو جعل المستهلك الإلكتروني يقدم على التعاقد و هو على علم و دراية بالمعلومات و البيانات الجوهرية و المؤثرة المتعلقة بالمنتوج أو الخدمة محل العقد و التي يكون يجهلها، و ذلك بهدف تكوين رضا حر و سليم عند إقباله على إبرام العقد[4]، و هذا ما أكده أيضا من خلال المادة 12 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي تنص على أنه: " تمر طلبية منتوج أو خدمة عبر ثلاث مراحل إلزامية :

-وضع الشروط التعاقدية في متناول المستهلك الإلكتروني، بحيث تمكنه من التعاقد بعلم ودراية تامة.

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

ثانيا: مضمون الإعلام المسبق للمستهلك الالكتروني

إن إلزامية الإعلام المسبق الملقى على عاتق المورد الالكتروني حتى يؤدي دوره الوقائي المتمثل في تكوين رضا مستنير للمستهلك الالكتروني، يجب أن يتضمن مجموعة من البيانات التي يمكن تقسيمها في مجملها إلى نوعين من المعلومات، يتمثل النوع الأول في الإعلام بهوية المورد الإلكتروني، حيث أوجب المشرع ضرورة أن يتضمن الإعلام تحديد هوية المدين بالإلتزام و ذلك من خلال المادة 11 من القانون 18-05، التي توجب أن يتضمن العرض الإلكتروني رقم التعريف الجبائي و العناوين المادية و الإلكترونية و رقم هاتف المورد الإلكتروني...الخ، و هذا سواء

كان محل العقد هو المنتوجات[5] أو تعلق بتقديم خدمات[6]، و الهدف من ذلك هو تحقيق عنصر الأمان في التعاقد، ذلك أن معظم المعاملات التجارية الإلكترونية تقوم على الإعتبار الشخصي[7].

أما النوع الثاني من المعلومات فيتعلق بالصفات الجوهرية للسلعة أو الخدمة، و يقصد بها الأوصاف المادية الكفيلة بالتعريف بمحل العقد في ذهن المستهلك الإلكتروني الدائن بهذا الإلتزام، بشكل يمكنه من الوقوف على مزايا العقد و خصائصه الذاتية و مدى جدواه في إشباع الحاجة التي يرمي إليها المستهلك الإلكتروني، لما في ذلك من تأثير بالغ الأهمية في التأثير على قراره بالإقبال على التعاقد[8].

الفرع الثاني: تأطير الإشهار الإلكتروني

يعتبر الإشهار الالكتروني وسيلة يستعملها المورد الالكتروني قصد التعريف بمنتجاته وجلب و إغراء الزبائن بفعاليتها، و من ثم إقدامهم على التعاقد معه بشأنها، و لما كانت هذه الوسيلة من شأنها التأثير على إرادة المستهلك الالكتروني في اتخاذ قرار التعاقد من عدمه، فقد وضع المشرع أطرا قانونية تحكمها، و عليه سنتطرق إلى شروط مشروعية الإشهار الالكتروني(**أولا**)، ثم إلى حظر الاستبيان المباشر للمستهلك الالكتروني(**ثانيا**).

أولا: شروط مشروعية الإشهار الإلكتروني :

لقد عرف المشرع الجزائري الإشهار الإلكتروني في نص المادة 6 من قانون 18-05، ضمن الكلمات المفتاحية لهذا القانون على أنه: " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج سلع أو خدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية ، كما عرف الإشهار أيضا في القانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، في المادة 3 فقرة 3 على أنه: "كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير

مباشرة إلى ترويج بيع السلع أو الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة".

من خلال هذين النصين يتضح أن الإشهار الإلكتروني وسيلة دعائية يستعملها المورد الإلكتروني قصد إظهار مزايا المنتوجات و الخدمات و من ثم جلب الزبائن و جعلهم يقبلون على إقتناء منتوجاتهم أو طلب خدماتهم عبر الإنترنت، غير أنه إذا كان الإشهار الإلكتروني وسيلة لتقديم المنتوجات و الخدمات في أحسن صورة لها، إلا أن المشرع الجزائري قد إحتاط من المبالغة في المسألة التي من شأنها أن تنعكس سلبا على المستهلك الإلكتروني و بالتالي تجعله يقدم على التعاقد عن شيء هو على خلاف حقيقته، و هي الضرورة التي فرضت تأطير المسألة بجملة من الضوابط، بل و تخصيص الفصل السابع من قانون 18-05 إلى الإشهار الإلكتروني، حيث حدد نطاق الإشهار الإلكتروني من حيث الموضوع و هو المنتوجات و الخدمات، بل و حدد قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية طبيعة المنتوجات و الخدمات التي يمنع أن تكون محلا للإشهار الإلكتروني و ذلك من خلال نص المادة 34، و يتعلق الأمر بالمعاملات المحظورة أساسا عن طريق الإتصالات الإلكترونية[9].

كما وضعت المادة 30 من قانون 18-05 جملة من الشروط التي ينبغي مراعاتها عند الإشهار عن طريق الإتصالات الإلكترونية، فأوجبت أن تكون محددة بوضوح فيما إذا كانت رسالة تجارية أو إشهارية، فضلا عن ضرورة تحديد هوية الشخص الذي تم تصميم الرسالة لحسابه و أن لا يمس بالآداب العامة و النظام العام، كما أوجب المشرع كذلك أن يحدد بوضوح ما إذا كان هذا العرض التجاري يشمل تخفيضا أو مكافآت أو هدايا، في حالة ما إذا كان هذا العرض تجاريا أو تنافسيا.

و لقد شدد المشرع في الأخير على ضرورة التأكد من أن جميع الشروط الواجب إستيفاؤها للإستفادة من العرض التجاري ليست مضللة و لا غامضة، و من ثم يتعين على المورد الإلكتروني الذي يصمم الإشهار الإلكتروني أو الرسالة الإعلانية لمصلحته أن يحرص على أن لا يكون إعلانه قبل عرضه متضمنا معلومات غير دقيقة أو ناقصة مما تؤدي إلى تغليط المستهلك الإلكتروني، و يعتبر هذا النوع من العرض التجاري إشهارا إلكترونيا مضللا la publicité trompeuse[10]، و هو الفعل المجرم و المعاقب عليه بعقوبة الغرامة من 50.000 إلى 500.000 دج، و ذلك وفقا للمادة 40 من قانون 18-05.

و لقد أعطى المشرع صورا على سبيل المثال للإشهار التضليلي و ذلك حسب المادة 28 من قانون 04-02 المتعلق بالممارسات التجارية، التي تقضي بأنه:

" دون الإخلال بالأحكام التشريعية و التنظيمية الأخرى المطبقة في هذا الميدان، يعتبر إشهارا **غير شرعي و ممنوع، كل إشهار تضليلي**، لا سيما إذا كان:

1-يتضمن تصريحات أو بيانات أو تشكيلات يمكن أن تؤدي إلى التضليل بتعريف منتوج أو خدمة أو بكميته، أو وفرته أو مميزاته.

2-يتضمن عناصر يمكن أن تؤدي إلى الالتباس مع بائع آخر أو مع منتوجاته أو خدماته أو نشاطه.

3-يتعلق بعرض معين لسلع أو خدمات في حين أن العون الاقتصادي لا يتوفر على مخزون كاف من تلك السلع أو لا يمكنه ضمان الخدمات التي يجب تقديمها عادة بالمقارنة مع ضخامة الإشهار" .

من خلال هذا النص يتضح أن الإشهار المضلل قد ينصب على طبيعة المنتوج و هي مجموعة صفاته الأساسية و الخواص الملازمة له و التي على أساسها يقدم الشخص على التعاقد، و هنا قد يكون المستهلك الإلكتروني عرضة للتضليل الإشهاري سواء من حيث وجود المنتوج من عدمه أو من حيث مكوناته أو من

حيث خصائصه الجوهرية أو النتائج الممكن إنتظارها أو من حيث طريقة الصنع أو المصدر[11].

كما نص المشرع أيضا على حظر الإشهار الكاذب الذي من شأنه إحداث لبس في ذهن المستهلك[12]، و يقصد بالإشهار الكاذب La publicité mensongère، ذلك الفعل العمدي الهادف إلى مخالفة للحقيقة و هذا ما يميزه عن الإشهار المضلل[13].

ثانيا: حظر الإستبيان المباشر للمستهلك الإلكتروني

لقد نص المشرع على الإستبيان المباشر في نص المادة 31 من قانون 18-05، الواردة تحت الفصل السابع بعنوان" الإشهار الإلكتروني"، هذا المصطلح منصوص عليه في القانون 18-07 المؤرخ في 10 يونيو 2018 المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي[114]، تحت مسمى تحت مسمى **"الاستكشاف المباشر**، المترجم إلى الفرنسية ب " la prospection directe"، الذي عرفته المادة 3 من قانون 18-07 ضمن الكلمات المفتاحية على أنه: "إرسال أي رسالة، مهما كانت دعامتها و طبيعتها موجهة للترويج المباشر أو غير المباشر لسلع أو خدمات أو لسمعة شخص يبيع سلعا أو يقدم خدمات."[15]

من خلال النص المذكور أعلاه يتضح أن الإستكشاف المباشر باعتباره صورة من صور الإشهار الالكتروني، وسيلة تهدف إلى الترويج للسلع أو الخدمات أو حتى سمعة شخص يبيع سلع أو خدمات، و بالتالي فهو مجموعة الإتصالات التي تجريها عادة المؤسسة بالمستهلكين المرتقبين بغرض إقناعهم و تعريفهم بالسلع و الخدمات المطروحة في الأسواق و إغرائهم بشرائها، مستخدمة في ذلك الرسائل بغض النظر عن طبيعة هذه الأخيرة[16] .

كما يهدف الإستكشاف المباشر أيضا إلى الحصول على إستجابة و/ أو تحقيق معاملة وذلك لكونه صورة من صور الإشهار الإلكتروني، حيث يستخدم

تكنولوجيا المعلومات والإتصال لتواصل المؤسسات مع زبائنها و ذلك بالإعتماد على قياس الإستجابة أو ردة فعل الزبائن عن طريق التكنولوجيا الحديثة و وسائلها المتاحة، و بالإعتماد على ميزة التفاعلية التي تمنح المستهلك بأن يعرب عن حاجاته و تفصيلاته بخصوص المنتوج الذي يرغب بالحصول عليه أو المواصفات التي يجب أن يكون عليها[17] .

و إذا كانت المادة 3 من قانون 18- 07 –المذكور سابقا – عندما عرفت الإستكشاف المباشر، قد ذكرت أنه يتم بإرسال أي رسالة و مهما كان نوعها، للشخص الذي يتم إستكشافه، و هو الزبون المحتمل، فإن الأهم من ذلك هو كيفية إيجاد هؤلاء الزبائن من طرف المؤسسات المروجة لمنتوجاتها أو خدماتها، حيث تعتمد هذه الأخيرة على تأسيس قاعدة بيانات تقوم بتجميع معلومات عن مستخدمي الإنترنت و ذلك عند الإبحار لما يقوم الزائر بتحميل صفحة الإنترنت، فيترك أثر مروره و من هذا العبور يمكن معرفة مراكز إهتماماته، فالإستكشاف في هذه الحالة يكون بالبحث عن علاقات لا يعرف عنها شيء مسبقا، لذلك تنطوي على الخوض في بحر من البيانات مثل تلك المتعلقة بتعاملات نقاط البيع الإلكترونية[18].

و لقد حظر المشرع الجزائري عملية الإستكشاف المباشر دون الموافقة المسبقة للمستهلك الإلكتروني، و جرم هذا الفعل باعتباره يقوم على نظام OPT-in أو ما يعرف بنظام الرضا المسبق للمستهلك الإلكتروني، و بمفهوم المخالفة حظر قيام المرسل بالإستكشاف المباشر إلا إذا أعطى المرسل إليه الموافقة المسبقة، و هذا موازنة بين إحترام مبدأ حرية التجارة و حماية المعطيات الشخصية للمستهلك الإلكتروني[19].

و ضمانا لذلك ألزم المشرع المورد الالكتروني بوضع منظومة إلكترونية تسمح للمستهلك الإلكتروني بالتعبير عن رغبته في عدم تلقي أي إشهار عن طريق

الإتصالات الإلكترونية، ومن ثم فإن إخلال المورد بوضع المنظومة الإلكترونية تحت تصرف المستهلك قصد تمكينه من ممارسة حقه في الإعتراض، يعد جريمة وفقا لنص المادة 40 من قانون 18-05 ، ويعد مجرم أيضا عدم إحترام المورد الإلكتروني رغبة المستهلك الإلكتروني في تلقيه الإشهار الإلكتروني و ذلك حتى إذا وفر له المنظومة الإلكترونية[20].

المطلب الثاني: الضمانات المكرسة عند إبرام عقد التجارة الالكترونية

لقد اهتم المشرع بمرحلة إبرام عقد التجارة الالكترونية بإعتبارها مرحلة هامة على أساسها يتوقف مصير العقد المراد إبرامه، لذلك حظيت إرادة المستهلك الإلكتروني بحماية خاصة أثناء هذه المرحلة، الهدف منها تكوين عقد سليم بإرادة حرة و مستنيرة، لذلك أوجب المشرع على المورد الإلكتروني خلال هذه المرحلة، إلزامية تقديم العرض التجاري الإلكتروني المسبق **(الفرع الأول)**، و من جهة أخرى عدم توجيه إختيار المستهلك الإلكتروني **(الفرع الثاني)** .

الفرع الأول: إلزامية تقديم العرض التجاري الإلكتروني المسبق

لقد نص المشرع الجزائري من خلال المادة 10 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على إلزامية أن تكون كل معاملة تجارية إلكترونية مسبوقة بعرض تجاري إلكتروني، و أن توثق بعقد يصادق عليه المستهلك، و يستعمل النص الفرنسي كترجمة لعبارة العرض التجاري الإلكتروني، عبارة L'offre commerciale électronique، و عليه نتطرق إلى تحديد المقصود بالعرض التجاري الالكتروني **(أولا)**، ثم إلى الشروط الواجب توافرها لصحته **(ثانيا)**.

أولا: المقصود بالعرض التجاري الالكتروني

إن العرض التجاري الإلكتروني هو ما أجمع الفقه على تسميته بالإيجاب الالكتروني وهو نفسه الإيجاب المعروف في القواعد العامة مع خصوصية الوسيلة المستعملة فيه و هي الاتصالات الالكترونية، و هو تعبير مفرد الجانب

عن الإرادة موجه إلى الجمهور أو إلى شخص محدد بغرض إبرام العقد[21]، و هو أيضا العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته، يتم عن طريق الإتصالات الإلكترونية، و يتضمن كافة الشروط و العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به إذا إقترن مع القبول[22].

و بالتالي لا يعتد قانونا بأي عرض تجاري إلكتروني، بل يعتد فقط بالعرض الذي يمكنه أن يعطي ميلادا للعقد بمجرد إقترانه بالقبول، فالأمر إذن يتعلق بالتعبير عن الإرادة المنفردة التي يبدي من خلالها الشخص رغبته في التعاقد و الشروط الأساسية للعقد، و يشكل القبول تكوين العقد[23]، و هذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 12 من قانون 18-05 عندما تطرق للمراحل الإلزامية التي يجب أن تمر عليها أي طلبية، حيث نص في الفقرة 3 على أن تأكيد الطلبية يؤدي إلى تكوين العقد.

ثانيا: شروط صحة العرض التجاري الإلكتروني

يشترط لصحة العرض التجاري الإلكتروني و قيامه ضرورة توفر مجموعة من الشروط وهي:

1- **أن يكون العرض التجاري الالكتروني دقيقا و محددا و واضحا**: يتعين أن يكون العرض التجاري الإلكتروني الذي يقدمه المورد الإلكتروني و هو الطرف الموجب، محددا بدقة غير متضمن لأي عبارات غامضة أو متناقضة[24]، و لقد إستعمل المشرع الجزائري في المادة 11 من قانون 18-05 عبارة (مفهومة) للدلالة على الوضوح، أما عبارتي (المقروئية و المرئية) فهما للدلالة على أن يكون العرض خارجيا.

و يكون العرض التجاري الإلكتروني دقيقا، محددا و واضحا متى اشتمل على كافة البيانات الضرورية التي من شأنها أن تعرف المستهلك الإلكتروني بالمنتوج أو الخدمة محل التعاقد، فضلا عن تحديد هوية المورد الإلكتروني و معلوماته

الشخصية، و في المادة 11 من قانون 18-05 أوجب المشرع الجزائري أن يتضمن العرض الإلكتروني مجموعة من المعلومات، جاءت في المادة على سبيل المثال لا الحصر، و هي تشكل الحد الأدنى من المعلومات الأساسية اللازمة لإبرام العقد التي تجعل العرض التجاري الإلكتروني دقيقا، محددا وواضحا[25].

2-أن يكون العرض التجاري الإلكتروني باتا

إن التعبير عن الإرادة حتى يشكل عرضا الكترونيا يجب أن يكون باتا و جازما لتكوين الإيجاب بالمعنى القانوني للمصطلح، فإقتراح التعاقد يجب أن يترجم إرادة المورد الإلكتروني، بأن يرتبط بقبول العرض من طرف المستفيد منه، و من ثم لا يكون هناك عرض بالمعنى التقني للمصطلح إذا كان صاحب الإقتراح لا يتوفر على النية النهائية للتعاقد[26].

الفرع الثاني: عدم توجيه إختيار المستهلك الإلكتروني

نصت المادة 12 من قانون 18-05 على ضمانة عدم توجيه إختيار المورد الإلكتروني في الفقرتين 4 و 5 التي تقضي بأنه: "يجب أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة، يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه إختياره"، و عليه نتطرق إلى ضمان الإختيار الصريح **(أولا)**، ثم إلى ضمان عدم توجيه إختيار المستهلك الإلكتروني **(ثانيا)**.

أولا: ضمان الإختيار الصريح للمستهلك الإلكتروني

لقد إشترط المشرع أن يتم تعبير المستهلك الإلكتروني عن إرادته حصريا بطريقة صريحة، ذلك أن خصوصية الوسيلة المستعملة في التعاقد تأبى أن يكون الإختيار ضمنيا و ذلك خروجا عن القواعد العامة، و يتم الإختيار صراحة سواء بإستعمال اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه بإجراء إتصال هاتفي عبر الإنترنت أو من خلال المحادثة أو الكتابة عبر البريد الإلكتروني، و

كذلك مجرد الضغط على مفتاح في لوحة مفاتيح الحاسوب أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الظاهر على الشاشة[27]، و حسب رأينا فإن إشتراط المشرع صراحة الإختيار دون سواها، يعد ضمانة هامة لحماية المستهلك الإلكتروني من التأويلات المحتملة لإرادته التي قد لا تصب في مصلحته.

ثانيا: ضمان الإختيار الحر للمستهلك الإلكتروني

يجب أن يكون الإختيار الذي يسلكه المستهلك الإلكتروني عندما تعرض عليه الشروط التعاقدية المتعلقة بالطلبية حرا و ناتجا عن محض إرادته، بحيث لا يكون قد وقع تحت ضغط أو إكراه لقبول العقد و الإلتزام بنتائجه، و بالتالي لا يكون للإختيار الذي يبديه المستهلك الإلكتروني أي قيمة إلا إذا كان بإمكانه فهم نتائج الإجراءات التي يقوم بها[28]، وهذا ما دفع بالمشرع إلى منع تعرض الخانات المعدة للملء من طرف المستهلك الإلكتروني إلى الملء المسبق لإحداها من طرف المورد الإلكتروني.

الفرع الثالث: ضمان احترام الخصوصية الرقمية للمستهلك الالكتروني

لقد إلتفت المشرع لمسألة حماية الحق في الخصوصية الرقمية للمستهلك الإلكتروني ضمن نص المادة 26 من قانون 18-05 التي تنص: "ينبغي للمورد الإلكتروني الذي يقوم بجمع المعطيات ذات الطابع الشخصي و يشكل ملفات الزبائن و الزبائن المحتملين، ألا يجمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية كما يجب:

-الحصول على موافقة المستهلكين الإلكترونيين قبل جمع البيانات.

-ضمان أمن نظم المعلومات و سرية البيانات.

-الإلتزام بالأحكام القانونية و التنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

يتم تحديد كيفيات تخزين المعطيات ذات الطابع الشخصي و تأمينها عن طريق التنظيم".

و عليه نتكلم في هذا الفرع عن الموافقة المسبقة للمستهلك الإلكتروني كشرط أولي قبل جمع المعطيات **(أولا)**، جمع البيانات الضرورية و ضمان سريتها و أمنها **(ثانيا)**، و أخيرا حفظ

معطيات المستهلك الإلكتروني مدة محددة **(ثالثا)**.

أولا: المو افقة المسبقة كشرط أولي لجمع المعطيات الشخصية

لقد عرفت المادة 3 من قانون 18-07 موافقة الشخص المعني على أنها: "كل تعبير عن الإرادة المميزة يقبل بموجبه الشخص المعني أو ممثله الشرعي معالجة المعطيات الشخصية المتعلقة به بطريقة يدوية أو إلكترونية".

من خلال هذا النص نلاحظ أن الموافقة المسبقة مناطها التمييز و هو بلوغ سن 13 سنة وفقا للقانون المدني، غير أن الأخذ بهذا الطرح من شأنه أن يتعارض مع نص المادة 7 من قانون 18-07 التي تقضي بأنه إذا كان الشخص المعني عديم الأهلية أو ناقص الأهلية فإن إعطاء الموافقة يخضع للقواعد العامة، و بمفهوم المخالفة لا يمكن للقاصر كقاعدة أن يبرم عقد التجارة الإلكترونية، ذلك أنه إذا كان يحظى بحماية في العقود التقليدية، فإن مبرر هذه الحماية يزداد عندما يتعلق الأمر بإستعمال وسائل الإتصالات الإلكترونية، من جهة لأنه طرف ضعيف مقارنة بالمورد الإلكتروني، و بسبب أن صغر سنه سيدفعه إلى التعاقد وقبول شروط قد لا يقبلها المستهلك الراشد[29]، و هذا ما يبرر إشتراط صدور الموافقة عن مستهلك إلكتروني راشد، و مع ذلك أجاز المشرع من خلال المادة 7 قانون 18-07 جمع المعطيات الشخصية دون الحاجة للحصول على الموافقة المسبقة للشخص المعني متى كانت معالجة المعالجة ضرورية و تهدف إلى تحقيق

مصلحة مشروعة من قبل المسؤول على المعالجة أو المرسل إليه مع مراعاة مصلحة الشخص المعني و/أو حقوقه و حرياته الأساسية[30].

ثانيا: جمع البيانات الضرورية و ضمان سريتها و أمنها

لقد أوجب المشرع في المادة 26 على المورد الإلكتروني أن يجمع فقط البيانات الضرورية اللازمة لإبرام المعاملة التجارية و ليس كل المعطيات الخاصة بالمستهلك الإلكتروني، وألزمه متى تحصل عليها أن يضمن سريتها و أمنها، ذلك أنها تشكل جزءا من الحياة الخاصة للمستهلك الإلكتروني عبر الإنترنت و من تم لا يجوز الإفشاء بها للغير بقصد أو بغير قصد، كما يجب وضع أنظمة إلكترونية تعمل على حماية أمنها من الإختراق و السرقة[31].

ثالثا: حفظ المعطيات الشخصية لمدة محددة

لقد نص المشرع الجزائري على ضرورة أن تكون المعطيات الشخصية محفوظة بشكل يسمح بالتعرف على الأشخاص المعنيين خلال فترة لا تتجاوز المدة اللازمة لإنجاز الأغراض التي من أجلها تم جمعها و معالجتها[32]، كما أوجب أن يتضمن التصريح المسبق الذي تمنحه السلطة الوطنية للمسؤول بالمعالجة "مدة حفظ المعطيات "[233].

غير أن ما يلاحظ على مدة حفظ المعطيات في القانون الجزائري أنها لم تحدد بمدة معينة، بل جعلها مرتبطة بإنجاز أو تحقيق الغرض الذي تم من أجله الجمع، الذي يختلف حسب الغرض، و لهذا تعتبر مسألة مدة الحفظ من المسائل المعقدة و في نفس الوقت التي يتعين على المؤسسات إحترامها، و في ظل سكوت المشرع في قانون 18 – 07 عن المدة الحفظ، ننتظر صدور النصوص التنظيمية التي توضح ذلك.

المبحث الثاني: الضمانات اللاحقة على إبرام المعاملة التجارية الالكترونية

لا تتوقف الضمانات القانونية لحماية المستهلك الالكتروني عند المرحلة السابقة على إبرام عقد التجارة الالكترونية أو مرحلة تكوينه فقط، بل تمتد هذه الحماية إلى ما بعد إبرام العقد أين تأتي مرحلة التنفيذ، و تأخذ الضمانات في هذه المرحلة تارة شكل الالتزامات التي تقع عاتق المورد الالكتروني -الواردة ضمن قانون التجارة الالكترونية- و هي ضمان تسليم منتوج أو خدمة مطابقة(**المطلب الأول**)، كما قد تأخذ صورة الحق المحمي قانونا، و الممنوح للمستهلك الالكتروني و نقصد بذلك الحق في العدول عن تنفيذ عقد التجارة الالكترونية(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول: ضمان تسليم منتوج/خدمة مطابقة

يهدف ظهور المنتجات المختلفة المعروضة للبيع عبر وسائل الاتصال الالكترونية، لإشباع حاجيات المستهلك الالكتروني و إثراء خياراته، غير أنه في نفس الوقت يزيد من تشويشها لاسيما في ظل انتشار الإشهار الالكتروني الذي على أساسه يلجأ المستهلك الالكتروني إلى التعاقد و إقتناء منتوج يعتقد أنه مناسب، دون أن يكون ملبيا حقيقة لحاجياته[34]، و من هنا تكمن أهمية فرض الالتزام بتسليم المورد الالكتروني منتوج مطابق للمستهلك الالكتروني، وخصوصا لما ينظر إليه كوسيلة لتأكيد الثقة بينهما، و عليه نتطرق إلى مضمون هذا الالتزام(**الفرع الأول**)، ثم إلى المكنات المتاحة للمستهلك الإلكتروني عند الإخلال به (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: مضمون الالتزام بتسليم منتوج / خدمة مطابقة

تنص المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 المذكور سابقا أنه: " يجب أن يكون المنتوج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له، و عند الاقتضاء:

- يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل و حائزا كل الخصائص التي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج،
- يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أن يتوقعها بصفة مشروعة، و التي أعلنها المتدخل أو ممثله علنا و لا سيما عن طريق الإشهار أو الوسم،
- يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به."

يستشف من خلال هذا النص أن المنتوج /الخدمة يكون مطابقا متى كان يتوافق مع الاشتراطات العقدية **(أولا)**، مع للغرض الذي أعد له**(ثانيا)** مع المواصفات القانونية والقياسية**(ثالثا)**.

أولا: تسليم منتوج مطابق للاشتراطات العقدية

يقصد بالإشتراطات العقدية تلك الاتفاقات التي يتم تضمينها في العقد قصد تحقيق مصالح طرفيه أو مصلحة أحدهما و قبولها من طرف الأخر، بشرط أن تكون مشروعة وممكنة، و لقد أوجب المشرع من خلال المادة 13 من قانون 18-05 على ضرورة أن يتضمن العقد الالكتروني على الحد الأدنى من المعلومات التي تسهل تنفيذ الالتزامات التعاقدية، و على الخصوص "الخصائص التفصيلية للسلع و الخدمات، شروط و كيفيات التسليم، شروط الضمان و خدمات ما بعد البيع...الخ

فالقول بمطابقة المنتوج المسلم للاشتراطات العقدية يعني أن يكون **مطابق وصفيا** لما تم الاتفاق عليه، و لهذا نصت المادة 12 من القانون 18-05 على إلزامية تمكين المستهلك الالكتروني من التحقق من تفاصيل الطلبية لاسيما فيما يخص "ماهية المنتوجات"، أي التعريف بالمنتوج من حيث الخصائص المميزة

له[35]، و هذا معناه أنه يتعين على المورد الالكتروني أن يسلم إلى المستهلك الالكتروني المنتوج المتفق عليه أثناء التعاقد و بصفاته المحددة[36].

كما يلتزم المورد الالكتروني **بتسليم منتوج مطابق من حيث نوعيته** لما هو منتظر، لكن بشرط أن تكون النوعية أيضا محلا للصفات المبينة و المشترطة في العقد الالكتروني، حيث تعتبر عنصر من عناصر المطابقة[37]، لكن لا يفترض أنه يتعين على المورد الالكتروني تسليم المستهلك الالكتروني منتوج من نوعية جيدة و لا من نوعية أقل[38]، بل يمكن لهذا الأخير أن يشترط الحصول على المنتوج المحدد في العقد الالكتروني[39].

ثانيا: تسليم منتوج مطابق للغرض الذي أعد له

لقد نص المشرع من خلال المرسوم التنفيذي رقم 13-327 -السالف الذكر- على ضرورة أن يكون المنتوج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له[40].

إن صلاحية المنتوج للاستعمال المخصص له يقصد بها "المطابقة الوظيفية"، التي يجب أن تتوفر إلى جانب المطابقة المادية أي مطابقة المنتوج المسلم للاشتراطات العقدية[341]، وإذا كان المشرع لم ينص عليها في قانون 18-05، إلا أنه نص عليها في المرسوم التنفيذي 13-327 الصادر في 26 سبتمبر 2013 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع السلع والخدمات حيز التنفيذ[42]، الذي يمكن تطبيقه في هذه الحالة[43].

و إذا كانت الصلاحية للاستعمال تعني ملائمة المنتوج عند التسليم للغرض الذي أعد له و هي نتيجة الحصول عليه و الفائدة التي يتطلع المستهلك الالكتروني للحصول عليها[44]، فإنها تتحدد بحسب طبيعته و طريقة إعداده ذلك لأنها هي التي تؤثر على المنافع التي يتيحها للمستهلك الالكتروني، على أن الاستعمال المقصود هنا هو الاستعمال العادي الذي يتم في ظروف عادية و الذي تم إنتاج الشيء بكميات كبيرة من أجله، فالمعيار المعتمد في تحديد الاستعمال المقصود يتم بناء

على ضوابط و معايير موضوعية لا تتوقف على رغبات أو تحفظات المتدخل بهدف التوفيق بين رغبات الطرفين[45].

ثالثا: تسليم منتوج مطابق للمواصفات القانونية والقياسية

يقصد بهذا النوع من المطابقة وجوب توفر المنتوج المعروض للاستهلاك على مواصفات و مقاييس قانونية تضمن للمستهلك الالكتروني الحد الأدنى من الجودة، و هذا ما كرسه المشرع من خلال المادة 10من قانون 09-03[46]، و كذا المادة 11 من قانون 09-03 **المعدلة بالقانون 18-09** المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش[47].

و تطبيقا لذلك صدر القانون رقم 16-04 المؤرخ في 19 يونيو 2016 المعدل والمتمم للقانون 04-04 المؤرخ في 23 يونيو 2004 المتعلق بالتقييس الذي يعزز حماية المستهلك عموما، و يظهر ذلك من خلال المادة2 فقرة 1 التي تعرف التقييس بأنه: "النشاط الخاص المتعلق بوضع أحكام ذات استعمال مشترك و متكرر في مواجهة مشاكل حقيقية أو محتملة، يكون الغرض منها تحقيق الدرجة المثلى من التنظيم في إطار معين..."

يتضح من هذا التعريف أن الهدف الأساسي من تقييس المنتوج يكمن في حماية صحة وسلامة المستهلك، لأنه ضمان المورد الالكتروني بصفته مهنيا مطابقة منتوجه لوثيقة مرجعية[48]، و **يتضمن التقييس أساسا عمليات صياغة ،إصدار و تطبيق المواصفات القياسية و يتميز بأنه تقنية تتمثل في مدى ملائمة المنتوج لرغبة المستعمل في الأمور ذات الصلة بالمواصفات الفنية، مثل الأبعاد و المكاييل والتغليف و الألوان، و الخصائص الكيمائية والطبيعية للمنتوج، و هذه الخصائص يجب أن تذكر في وثيقة مرفقة بالمنتوج لكي يتمكن المستهلك من الاطلاع عليها، كما يتميز أيضا التقييس كذلك بخاصية اقتصادية، تتمثل في مدى ملائمة المنتوج لرغبة المستعمل من ناحية**

السعر، ففي حالة تعدد المنتجات الحاملة لنفس الخصائص الفنية يكون للمستهلك الالكتروني أن يختار المنتوج الأقل سعرا و هذا يشكل بدوره ضمانة هامة لحماية المصلحة المادية لهذا الأخير.

<u>الفرع الثاني: الضمانات المتاحة للمستهلك الالكتروني عند الإخلال بالتسليم المطابق</u>

لقد حرص المشرع على إلزامية تسليم المورد الالكتروني منتوجا مطابقا للمستهلك الالكتروني بهدف إشباع حاجياته، و ذلك بأن رتب على الإخلال به جزاءات نصت عليها المادة 23 من القانون 18-05 التي تقضي بأنه: " يجب على المورد الالكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا.

يجب على المستهلك الالكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أقصاها (4) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، مع الإشارة إلى سبب الرفض، و تكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الالكتروني.

و يلتزم المورد الالكتروني بما يأتي:

-تسليم جديد موافق للطلبية، أو

-إصلاح المنتوج المعيب، أو

-استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو

-إلغاء الطلبية و إرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الالكتروني بالتعويض في حال وقوع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر (15) يوم من تاريخ استلامه المنتوج".

من خلال هذا النص يتضح أن جزاء الإخلال بالتسليم المطابق يأخذ صورة العديد من المكنات المتاحة للمستهلك الالكتروني، حيث سنتطرق إلى تسليم

منتوج جديد مطابق للطلبية **(أولا)**، إصلاح المنتوج المعيب**(ثانيا)**، استبدال المنتوج غير المطابق**(ثالثا)**، و أخيرا إلغاء الطلبية و إرجاع المبالغ المدفوعة**(رابعا)**.

أولا: تسليم منتوج جديد مو افق للطلبية

يقصد بهذه المكنة قيام المورد الالكتروني بتسليم منتوج جديد مطابق لطلبية المستهلك الالكتروني، أي المنتوج المتفق عليه تحت تصرف هذا الأخير بحيث يكون ملائما لحاجياته، بمعنى منتوج مطابق عقديا بغض النظر عن صورة المطابقة هنا، و كذا مطابق وظيفيا وقانونيا و قياسيا- كما رأينا سابقا- بحيث لا يجوز بالمقابل جبر المستهلك الالكتروني على تسلم منتوج آخر غير الذي تعاقد من أجله، و هذا الخيار ما هو إلا تطبيق مباشر لنص المادة276 من القانون المدني التي لا تجيز إجبار الدائن على قبول شيء آخر غير ذلك الذي تعاقد عليه.

ثانيا: إصلاح المنتوج المعيب

الإصلاح يعني القيام بالتعديلات الضرورية و الكافية على المنتوج المسلم من أجل إزالة عدم المطابقة، حيث تشمل عملية الإصلاح مكونات الشيء غير المطابق[49]، و هو الأصل لكونه صورة من صور التنفيذ العيني للالتزام، و يفهم ذلك من خلال نص المادة 13 من المرسوم التنفيذي 13-327 -السالف الذكر- التي تنص على أنه: " إذا لم يقم المتدخل بإصلاح العيب في الأجال المتعارف عليها مهنيا حسب طبيعة السلعة، فإنه يمكن للمستهلك القيام بهذا الإصلاح، إن أمكن ذلك عن طريق مهني مؤهل من إختياره، و على حساب المتدخل".

و في حالة تعذر قيام هذا الأخير الدائن به فإنه يجوز للمستهلك أن يلجأ مرة أخرى إلى الإصلاح و لكن ليس بواسطة مدينه المباشر و إنما فقط على نفقة هذا الأخير، على أن الإصلاح في هذه المرة يقوم به مهني آخر من إختياره.

ثالثا: إستبدال المنتوج.

يقصد بالاستبدال تغيير المنتوج غير المطابق بآخر مطابق[50]، أو بطريقة أخرى هو رخصة الحصول من الغير على المنتوجات التي لم يتم تسليمها من طرف المورد الالكتروني على نفقة هذا الأخير[51]، و سبب تقرير هذا الجزاء هو أن زوال حالات عيوب المطابقة تتطلب إستبدال بعض مكونات البضاعة، و في هذه الحالة ينتج الإستبدال عن إصلاح الشيء الذي يختلف عن الإستبدال المستقل للشيء[52].

و لما نص المشرع الجزائري على حق المستهلك الالكتروني في الإستبدال، فهو بذلك جعله إحدى حقوقه بعد فشل عملية إصلاح المنتوج، حيث تنص المادة 15 من المرسوم التنفيذي 13-327 المذكور سابقا على أنه: " إذا تعذر على المتدخل القيام بإصلاح السلعة فإنه يجب إستبدالها أو رد ثمنها في أجل 30 يوما إبتداء من تاريخ التصريح بالعيب"، كما يلاحظ أيضا من خلال هذا النص أن المشرع قد خير المستهلك عموما بعد فشل إصلاح الشيء المسلم و غير المطابق أو في حالة الإصلاح الذي لا يكون مجديا بأن يتعرض المنتوج إلى أعطاب متكررة بين إما إستبداله أو رد ثمنه[53].

و على الرغم من أن الإستبدال إحدى صور التنفيذ العيني إلى جانب إصلاح البضاعة غير المطابقة، إلا أن هناك من لا يؤيده كجزاء[54]، لأن الإلتزام بالتسليم المطابق هو وضع المنتوج المتفق عليه تحت تصرف المستهلك الالكتروني بحيث يكون ملائما لحاجياته، و لا يجوز بالمقابل إجبار هذا الأخير على تسلم منتوج آخر غير الذي تعاقد من أجله، و لهذا السبب لا يكون الإستبدال جزاء مناسب كونه يرد على شيء آخر غير ذلك الذي تم الإتفاق عليه، و قد قصد المشرع الجزائري في قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية تمييزه عن حق المستهلك الالكتروني في تسلم منتوج جديد مماثل للطلبية حيث يأتي هذا الخيار في المرتبة الأولى، و يبدو أن المشرع قد تدارك النقص الذي شاب المرسوم التنفيذي 13-327 من

حيث اعتبار أن تسليم منتوج مطابق هو الأصل أن بقية الخيارات تأتي في مرتبة أخرى، أما نحن فنعتقد أن الاستبدال كجزاء قد يكون مجديا إذا تعذر إصلاح عيب المطابقة، و هو وسيلة قانونية تهدف إلى الحفاظ على استقرار المعاملات و توقي مخاطر فسخ العقد.

و يشترط لممارسة الحق في الاستبدال أن يتم احترام شروط العقد الأصلي، أي أن يكون العقد الجديد مطابق تماما للعقد الأصلي و أن يحصل المستهلك الالكتروني على منتوج من الكمية و النوعية المماثلة لتلك المتفق عليها في العقد الأصلي[55]، كما يشترط أيضا إعذار المورد الالكتروني قبل ممارسته[56]، و دون الحاجة إلى اللجوء إلى القضاء لاستصدار ترخيص بذلك و هذا منطقي في نظرنا كونه يتماشى مع السرعة التي تتطلبها الحياة العصرية و مع المتطلبات الاقتصادية، كما أوجب المشرع أيضا أن يتم الاستبدال أو رد المهني عموما بما في ذلك المورد الالكتروني للثمن في أجل 30 يوم تسري من تاريخ التصريح بالعيب و بعد تعذر الإصلاح[57]، و هذه المدة هي في نظرنا مدة قصيرة فإذا كانت تناسب نوع معين من المنتجات فإنها لا تناسب أنواعا أخرى.

رابعا: إلغاء الطلبية ورد المبالغ المدفوعة.

يثبت للمستهلك الالكتروني حق رد المبالغ المدفوعة من المورد الالكتروني عندما لا يكون المنتوج المسلم مطابقا للاشتراطات العقدية، و عندما لا ينجح في الحصول على منتوج جديد مماثل للطلبية أو إصلاح أو استبدال المنتوج غير المطابق، و لقد جاء رد الثمن أو المبالغ المدفوعة كخيار و كحق منحه المشرع للمستهلك الالكتروني في المرتبة الأخيرة بين المكنات السالفة الذكر، و نعتقد أن ذلك راجع لمساسه باستقرار العقد، فرد الثمن لا يمكن أن يتم دون رد المنتوج، و هذا ما تفطن له المشرع من خلال قانون 18-05 عندما أقرن رد المبالغ المدفوعة من طرف المستهلك الالكتروني بإلغاء الطلبية تماما و هذا ما

لم يكن واضحا في المرسوم التنفيذي 13-327، و بذلك نكون أمام حالة رد كل طرف لما تلقاه من الآخر وهذا ما هو في نظرنا إلا إعادة المتعاقدين للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد و هو الأثر المترتب على فسخ العقد رغم أن الأصل في هذا الجزاء هو أن يطلب من القضاء.

و لابد أن نذكر أن استفادة المستهلك الالكتروني من الخيارات الواردة بالمادة 23 من قانون 18-05 مشروط بقيام المستهلك الالكتروني بإعادة إرسال المنتوج في غلافه الأصلي خلال مدة أقصاها 4 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي مع تسبيب الرفض، و معنى ذلك أنه يتعين على المستهلك الالكتروني أن يقوم بالتأكد من مطابقة المنتوج المسلم له بسرعة، و نعتقد أن مدة 4 أيام إذا كانت تتماشى و المنتوجات البسيطة إلا أنها مدة قصيرة جدا خاصة لا تتماشى مع تلك المعقدة التي لا يمكن أن تظهر عدم مطابقتها بسهولة.

المطلب الثاني: تكريس حق المستهلك الالكتروني في العدول

إن تكريس الحق في العدول عن تنفيذ عقد التجارة الالكترونية راجع إلى طبيعة هذا الأخير، بالنظر إلى تميزه بالمبالغة في الإشهار و السعة عند عرض المنتوجات أو الخدمات عبر الأنترنت، الأمر الذي قد يؤثر على رضا المستهلك الالكتروني مما يجعله يقدم على التعاقد دون تفكير أو تروي، و لقد نص المشرع الجزائري أخيرا على هذا الحق و ذلك ضمن المادة 11 من قانون 18-05 التي تحدد شروط العرض التجاري الإلكتروني في الفقرة 14 المتضمنة شروط و آجال العدول عند الاقتضاء، فضلا على النص عليه في القانون 18-09 المؤرخ في 10 يونيو 2018 الذي يعدل و يتمم القانون 09-03 [58]، ضمن المادة 19 التي أدرجت هذا الحق في فقرتها الثانية، و التي تنص على أن: "العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب.

للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد و دون دفع مصاريف إضافية.

تحدد شروط و كيفيات ممارسة حق العدول و كذا آجال و قائمة المنتوجات المعنية عن طريق التنظيم". من خلال هذا النص يمكن القول أن ممارسة المستهلك الإلكتروني في العدول مكنة تحكمها بعض الضوابط(**الفرع الأول)** ، فضلا عن أن ممارسة المستهلك لهذه الرخصة يرتب آثار هامة **(الفرع الثاني).**

الفرع الأول : ضوابط ممارسة حق العدول

لقد سكت المشرع عن مسألة الشروط و الكيفيات و الآجال و المنتوجات التي يسري عليها ممارسة حق العدول، و أحال في ذلك إلى التنظيم الذي لم يصدر إلى يومنا، لكن لما كان هذا الحق جاء بهدف حماية رضا المستهلك الإلكتروني بعد إبرام العقد فإنه يجب على هذا الأخير أن لا يتعسف في استعماله، حيث يجب أن يباشره في الوقت المناسب و لو أن المشرع قد أشار في المادة 2/19 قانون 18-09 المعدل و المتمم للقانون 09-03 أنه يمكن ممارسته دون وجه سبب، إلا أن هذا غير منطقي لأن ذلك من شأنه المساس باستقرار المعاملات التجارية الإلكترونية و من شأنه إبقاء المورد الإلكتروني تحت خطر التهديد بعدول المستهلك في أي وقت، و في ذلك مساس أيضا بمبدأ حسن النية في التعاقد و بالقوة الملزمة للعقد، و بالتالي يجب أن يكون الدافع إلى العدول مشروعا و ممارس في ظروف ليس من شأنها إلحاق الضرر الجسيم بالمورد الإلكتروني[59].

و يشير النص المذكور سابقا أن حق العدول يرد على المنتوجات و يفهم من ذلك أنه لا يمكن أن يمتد للخدمات، و هذا ما يتعارض مع نطاق تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بحماية المستهلك، و نصوصها التنظيمية التي تسري على المنتوجات و الخدمات على حد السواء، و ربما يرجع توقف المشرع عن حصر النطاق الموضوعي لحق العدول في المنتجات، هو صعوبة ممارسته على

الخدمات، خاصة الإلكترونية التي لا تتجسد في مظهر مادي مثل تحميل الخدمة الإلكترونية أو حتى بالنسبة للخدمات المادية مثل تقديم تذاكر الطيران و الخدمات السياحية و الفندقية و غيرها، فإن طبيعة هذه الخدمات يصعب إرجاعها إذا كان المستهلك الإلكتروني قد إستفاد منها قبل العدول[60].

و ترتبط ممارسة العدول في حقيقة الأمر بمدة زمنية محددة و ذلك حتى لا يبقى المورد الإلكتروني مهددا برجوع المستهلك الإلكتروني عن التعاقد معه في أي وقت، و إن كانت القوانين الجزائرية لم تتطرق إلى تحديد مدة سريان آجال العدول على عكس التشريعات المقارنة، إلا أنها يجب أن تراعي العديد من الأمور من بينها طبيعة المنتوجات و الخدمات محل العدول[61].

و تجدر الإشارة إلى أن حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن تنفيذ العقد هو من النظام العام بحيث لا يجوز التنازل عنه أو الإتفاق على الإعفاء منه لأن الهدف من سنه هو حماية المستهلك الإلكتروني بأن لا يقبل أن منتوج قد لا يراه مناسبا[62].

الفرع الثاني: الآثار المترتبة على ممارسة الحق في العدول

يترتب على ممارسة المستهلك الإلكتروني مكنة العدول، زوال العقد المبرم مع المورد الإلكتروني، و على إثر ذلك يتم رد المنتوج إلى هذا الأخير بالحالة التي كانت عليها وقت التعاقد أو وقت التسليم، و إذا كانت المنتوجات من تلك التي يؤدي إستهلاكها إلى تلفها و زوالها، فإنه يصعب ردها و من تم يبقى للمستهلك الإلكتروني خيار المطالبة بتعويضها، على أن الرد كأثر لممارسة حق العدول يكون غير ممكن أيضا بالنسبة لبعض الخدمات على غرار البرامج، التسجيلات الصوتية أو المترتبة، و ذلك خوفا من أن يكون المستهلك قد انتفع بها أو نسخها[63].

ويترتب أيضا على تقرير مكنة العدول أيضا استرجاع المستهلك الإلكتروني المبلغ الذي دفعه للمورد الإلكتروني نظير حصوله على المنتوج، على أن يتحمل المورد الإلكتروني نفقات إعادة الإرسال، ويتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال 15 يوم من تاريخ استلام المنتوج[64].

الخاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع ضمانات حماية المستهلك الالكتروني وفقا لقانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، توصلنا إلى النتائج الآتية:

– لقد وضع المشرع الجزائري ضمانات قانونية تضمن فقط الحد الأدنى لحماية المستهلك الالكتروني، سواء تعلق الأمر بمرحلة ما قبل إبرام عقد التجارة الالكترونية، أو مرحلة تكوينه أو مرحلة تنفيذه.

– فضلا عن قانون التجارة الكترونية هناك ترسانة من النصوص القانونية التي سنت أيضا ضمانات لحماية المستهلك، إلا أنه ورغم عددها وكمها غير أنها تفتقر إلى فعالية آليات تطبيقها.

– بعض النصوص القانونية الواردة في قانون التجارة الالكترونية تحيل الى النصوص التنظيمية التي لم تصدر.

– الرجوع إلى قانون 09-03 المعدل والمتمم بالقانون 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في كثير من الأحيان، رغم أن النطاق الشخصي لتطبيق هذا القانون هو المستهلك العادي وليس الالكتروني، وهذا قد لا يكون فعال بالنسبة لخصوصية الوسيلة المستعملة من طرف المستهلك الالكتروني في التعاقد.

وعلى أساس هذه النتائج نقترح ما يلي:

– إعادة النظر في الجانب الردعي لقانون التجارة الالكترونية، لأن الغرامات المقررة في حالة إخلال المورد الالكتروني هي مبالغ رمزية مقارنة بالثقة التي يجب أن تستند إليها المعاملات التجارية الالكترونية.

– الإفراج عن النصوص التنظيمية المطبقة على قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، لاسيما وأن هذا القانون يتضمن التزامات تقع على عاتق المورد الالكتروني، تتماشى وطبيعة هذه المعاملات، وذلك على غرار ضمان احترام الحق في الخصوصية الرقمية بتفاصيله.

– وضع تشريع خاص بالخدمات سواء المقدمة بطريقة تقليدية أو بطريقة إلكترونية، ذلك أن اهتمام المشرع بالنطاق الموضوعي لقوانين حماية المستهلك المتعاقبة في الجزائر ونصوصها التنظيمية، وصولا إلى قانون التجارة الالكترونية، إنما ينصب على المنتوجات أكثر من الخدمات.

-التكوين المكثف لرجال القانون في مجال المعاملات الالكترونية، وتأسيس الدعاوى التي ترفع في هذا الشأن على قواعد قانون التجارة الالكترونية باعتبارها قواعد آمرة في مجملها، وعدم التأسيس على القواعد العامة التي أثبتت قصورها في كل مرة يتعلق الأمر بمهني ومستهلك عموما.

الهوامش:

[1] – الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 28، المؤرخ في 10 ماي 2018.

[2] –يغلى مريم، تأثير صفة أطراف العقد على حدود الإلتزام بالإعلام في عقد الإستهلاك مجلة دراسات، عدد 51 – فيفري 2017، جامعة ثليجي عمار، الأغواط، ص 215.

[3] –الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 58، المؤرخ في 18 نوفمبر 2013.

[4] –نابي مريم، دور الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي في حماية المستهلك، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، عدد 4، مجلد 3، جامعة المسيلة، 2019، ص 148.

[5]– المادة 38 من المرسوم 13–378 المؤرخ في 9 نوفمبر 2013 الذي يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك، جريدة رسمية عدد 58، المؤرخ في 18 نوفمبر 2013.

[6]– المادتين 54 و 55 من المرسوم 13–378 المذكور سابقا

[7]–جامع مليكة، حماية المستهلك المعلوماتي، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم القانونية القانون الخاص، كلية الحقوق الجيلالي اليابس، سيدي بلعباس، سنة 2017–2018، ص 54.

[8]–أحمد بومدين، دور الإلتزام بالإعلام قبل التعاقد في حماية رضا المستهلك، مجلة العلوم القانونية، عدد 1، جوان 2010، الوادي، ص 176.

[9]–نص المادة 3 قانون 18–05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[10] -Rabih Chendeb, le régime juridique du contrat de consommation, étude comparative, droits français, libanais et égyptien, L .G.D.J, Paris, 2010, P 74 et 75.

[11]–قونان كهنية، مواجهة الإشهار المضلل عن طريق دعوى التدليس، مجلة دراسات و أبحاث المجلة العربية في العلوم الإنسانية و الإجتماعية، مجلد 10، عدد 3، سبتمبر 2018، ص 445.

[12]–أنظر المادة 56 من المرسوم التنفيذي 13–378.

[13] -Rabih Chendeb, op, cit, p 75.

[14]- الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 34، المؤرخ في 10 يونيو 2018.

[15] –نص المادة 3 من قانون 18–07 ، يقابله نص المادة 5– 34 من قانون البريد و الإتصالات الإلكترونية الفرنسي.

[16] – أزمور رشيدة، قرار شراء المنتوج الجديد بين تأثير الإعلان و العلامة التجارية، مذكرة ماجستير، تخصص تسويق، جامعة أبوبكر بلقايد –تلمسان، سنة 2010–2011، ص 2.

[17] – قعيد إبراهيم، بختي إبراهيم، دور المزيج الترويجي الإلكتروني في التأثير على سلوك المستهلك الجزائري، مجلة الدراسات الاقتصادية والمالية، جامعة الوادي، عدد 10، جزء 1، سنة 2017، ص 53.

[18] –سعد غالب ياسين، بشير عباس العلاق، التجارة الإلكترونية، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2009، ص 208.

[19] – جفالي حسين، دلول الطاهر، الحماية الجنائية للمستهلك من الإشهار التجاري الإلكتروني غير المرغوب فيه في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية و السياسية، العدد الرابع، المجلد 2، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، ص 528.

[20] –يغلى مريم، الاستكشاف المباشر بين المشروعية و انتهاك الحق في الخصوصية الرقمية، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 12، العدد2، أكتوبر 2019، جامعة محمد خيضر بسكرة، ص 133.

[21] –كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، سنة 2012، ص 397.

[22] –مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق و العلوم السياسية، سنة 2011، 2012، ص 97.

[23] -J. Ghestin, les obligations, le contrat ; formation, L.G.D.J. 3é édition, paris, 193,p 219.

[24] –كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص 400.

[25]- تتمثل في :

–رقم التعريف الجبائي و العناوين المادية و الإلكترونية، و رقم هاتف المورد الإلكتروني.

–رقم السجل التجاري أو رقم بطاقة المهنة للحرفي.

–طبيعة و خصائص و أسعار السلع أو الخدمات المقترحة.....الخ

[26] -Rabih Chendeb, op, cit, p 113.

[27]–كوثر سعيد عدنان، المرجع السابق، ص 436.

[28]–نفس المرجع، ص 438.

[29]– جامع مليكة، المرجع السابق، ص 103.

[30] – للمزيد من التفاصيل حول هذا النص أنظر : يغلى مريم، الإستكشاف المباشر بين المشروعية و إنتهاك الحق في الخصوصية الرقمية، المقال السابق، ص 125 و ما بعدها.

[31] –عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، طبعة 1، دار الحامد، الأردن، سنة 2007، ص 356.

[32] – المادة 9 فقرة هـ من قانون 18 – 07.

[33]– المادة 14 فقرة 6 من القانون 18 – 07.

[34] – جابر علي محجوب، ضمان سلامة المستهلك من الأضرار الناشئة عن عيوب المنتجات الصناعية المبيعة، مجلة الحقوق، سنة 20، عدد1، مارس 1996، جامعة الكويت، ص 208.

[35] – هذا النص تقابله المادة 10 فقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 13–327 التي تقضي بأنه: " يجب ان يكون المنتوج موضوع الضمان صالحا للاستعمال المخصص له، و عند الاقتضاء:

– يوافق الوصف الذي يقدمه المتدخل و حائزا كل الخصائص التي يقدمها هذا المتدخل للمستهلك في شكل عينة أو نموذج،

– يقدم الخصائص التي يجوز للمستهلك أن يتوقعها بصفة مشروعة، و التي أعلنها المتدخل أو ممثله علنا و لا سيما عن طريق الإشهار أو الوسم،

– يتوفر على جميع الخصائص المنصوص عليها في التنظيم المعمول به."

[36] – أمازوز لطيفة، إلتزام البائع بالتسليم في عقد البيع، رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، سنة 2011 ، ص 210.

[37] -Philippe Malaurie, Laurent Aynés et Pierre- Yves Gautier, droit civil, les contrats spéciaux, 2ème édition refondue, Defrénois, Paris, 2005, P 188 et 189.

[38] - Michel Alter, l'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, LGDJ, Paris, 1972, P 119.

[39] - G. Baudry – Lacantinerie – L.Saignant, traité théorique et pratique de droit civil, tome XIX, de la vente et de l'échange, 3ème édition, 1908, P 314.

[40] – المادة 10 فقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327 الذي يحدد شروط و كيفيات وضع ضمان السلع و الخدمات حيز التنفيذ.

[41] – ظهر هذا النوع من المطابقة منذ حوالي أكثر من عشرين عاما، و ذلك عندما ظهر تيار فقهي يقترح توسيع نطاق المطابقة التي أصبحت تقدر إلى جانب المنظور المادي من جانب وظيفي.

-voir: Jacques Ghestin et Bernard Desché, op,cit, P 749.

-جابر علي محجوب، المقالة السابقة، ص 203 و ما بعدها.

[42]– الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 49، المؤرخ في 2 أكتوبر 2013.

[43] – وفقا لنص المادة 2 التي تقضي بأنه: " تطبق أحكام هذا المرسوم على السلع أو الخدمات المقتناة المنصوص عليها في أحكام المادة 13 من القانون 09-03...، **مهما كانت طريقة و تقنية البيع المستعمل**"، و هذا النص يفيد أنه يمكن تطبيق هذا المرسوم التنفيذي أيضا على عقد التجارة الالكترونية.

[44] – سامي عبد الله الدريعي، معيار التمييز بين دعوى ضمان العيوب الخفية و دعوى الإخلال بالتسليم، مجلة القانون والاقتصاد، العدد 75، جامعة القاهرة، سنة 2005، ص 19.

[45] – ثروت عبد الحميد، ضمان صلاحية المبيع لوجهة الاستعمال، دار أم القرى للطبع والنشر، المنصورة، مصر، سنة 1998، ص19.

[46] – تنص على أنه: " يتعين على كل متدخل احترام إلزامية أمن المنتوج الذي يضعه للاستهلاك ..."،

[47] – تنص على أنه: "يجب أن يلبي كل منتوج معروض للاستهلاك الرغبات المشروعة للمستهلك من حيث طبيعته وصنفه و...

كما يجب أن يحترم المنتوج المتطلبات المتعلقة بمصدره و النتائج المرجوة منه و المميزات التنظيمية من ناحية تغليفه وتاريخ صنعه و التاريخ الأقصى للاستهلاك و كيفية استعماله و شروط حفظه والرقابة التي أجريت عليه".

[48] - Dalila Zennaki, l'importance de la détermination de la conformité, revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, fac de droit, université d'Alger, volume XXXIX, n° 01, 2002, p11.

[49] - G. Pignarre, les droits de l'acheteur dans la directive du 25 mai 1999 à la vente, actualité d'un texte communautaire à la veille de sa transposition, les petites affiches, 27octobre 2OO4, n° 4, p8.

[50] - G. Pignarre, op,cit, P 8.

[51]–أمازوز لطيفة، الرسالة السابقة، ص 416.

[52] - G. Pignarre, op,cit, P 8.

[53]–المادة 2/13 من المرسوم التنفيذي 13– 327 السالف الذكر.

[54] - Elise Degrave, la réparation et le remplacement d'une chose vendue non-conforme, annales de droit de Louvain, vol 65, n° 1-2, 2005 , P 138.

[55] - PH. Malaurie – L. Aynés et Pierre Yves Gauthier, op,cit, P 209 ; J. Schmidt Szalewski, vente, obligations du vendeur, obligation de délivrance, sanctions, JCP, civil, 2000 (articles 1603 -1623), fascicule 20, P 6.

[56] - A. Benabent, droit des contrats spéciaux civils et commerciaux, L.G.D.J, Paris, 2015, P129.

[57] – المادة 15 من المرسوم التنفيذي 13–327 السالف الذكر.

[58]–الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 35 المؤرخ في 13 يونيو 2018.

[59]–أنظر في هذا المعنى: يلس آسيا، حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن العقد بين الحاجة و غموض النص، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، أفريل 2017، بسكرة، ص 518.

[60]–سي يوسف زاهية حورية، حق العدول عن العقد آلية لحماية المستهلك الإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 7، عدد 2، سنة 2018، ص 20.

[61]–دليلة معزوز، حق المستهلك في العدول عن تنفيذ العقد الإلكتروني، مجلة المعارف، السنة 12، عدد 22، جوان 2017، ص 9.

[62]–عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 362.

[63]–معزوز دليلة، المقالة السابقة، ص 14.

[64]–المادة 23 قانون 18–05 فقرة أخيرة.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

المزادات الإلكترونية العكسية كآلية لإبرام الصفقات العمومية عبر البوابة الإلكترونية

د/قنوفي وسيلة و أ/ نمديلي رحيمة
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين – سطيف2

ISBN: 978-9931-9651-0-7

المزادات الإلكترونية العكسية كآلية لإبرام الصفقات العمومية عبر البوابة الإلكترونية

الدكتور / قنوفي وسيلة (*)
الاستاذة / نمديلي رحيمة (*)

ملخص: المزادات الإلكترونية العكسية هي نوع من المزادات الإلكترونية المبرمة بين المصلحة المتعاقدة والموردين من أجل الحصول على أقل سعر أو أحسن عرض من الناحية الاقتصادية في عقود التوريد والخدمات، نص عليها المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في المادة 206 من المرسوم الرئاسي 15-247، على غرار المشرع الأوروبي من خلال التوجيه الأوروبي رقم 2014-14 والمشرع الفرنسي في قانون العقود الإدارية الصادر في 2016 والمعدل والمتمم سنة 2018. وبناءا عليه، تجمع المزادات الإلكترونية العكسية بين خصائص المزادات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية ومبادئ الصفقات العمومية الإلكترونية، أي تفعيل مبدأ التفاوض وحرية الدخول إلى المنافسة ومبدأ الشفافية بين المترشحين من جهة، وتحقيق الأمن المعلوماتي للمبادلات الإلكترونية من جهة اخرى عبر ترميزها وتشفيرها وفقا لنظام قانوني خاص وأرشفتها في ملف خاص تحت إشراف مقدم خدمات التصديق الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: **المزادات الإلكترونية العكسية – مبدأ التفاوض – الأمن المعلوماتي – التشفير- أرشفة الوثائق– التصديق الإلكتروني.**

Abstract : An Electronic Reverse Auction is a public auction between a government's contracting department and economic suppliers, which is stipulated by the Algerian legislator in Article 206 of the Government Procurement and Public Services Delegating Law. This is similar to the European Directive n° 2014/14 on the coordination of procedures for the award of supply contracts, services contracts and works contracts and to the French Decree of 2001/846, amended and supplemented by Code of Public Procurement of 2016, which was amended and of which some provisions were repealed in 2018.

Building on these grounds, an Electronic Reverse Auction is a mix of electronic auction procedures and electronic government procurement principles; this is realised through the inter-supplier negotiation, competitiveness and transparency principles, the protection of transaction information on the electronic portal, and the archiving and restoration of electronic records following special regulations supervised by an electronic authentication service provider.

Mots Clés : Electronic Reverse Auctions, negotiation principle, electronic portal, electronic government procurement,.

مقدمة :

(*)-، أستاذة محاضرة "أ" ، مخبر تطبيق التكنولجيا الحديثة على القانون، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2

(*)-، أستاذة مساعدة"أ" ، مخبر تطبيق التكنولجيا الحديثة على القانون، جامعة محمد لمين دباغين سطيف2

مقدمة :

شهدت نظرية القعود الإدارية تطورات هائلة في مجال الإبرام والتنفيذ خاصة في ظل التكنولوجيا الحديثة، فظهرت أساليب حديثة لإبرام هذه العقود عبر الانترنت، على غرار العقود المدنية التي شهدت طفرة قانونية في ظل تزايد وانتشار التجارة الالكترونية.

وبناء عليه، ظهرت أساليب جديدة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية نتيجة للزواج بين العقود الإدارية وعقود التجارة الالكترونية، منها المزايدات الإلكترونية التي نص عليها المرسوم 2001-846 الخاص بالمزايدات الإلكترونية في فرنسا، وبعده التوجيه الأوروبي 2004-18 الخاص بالتنسيق في ابرام عقود التوريد والخدمات والأشغال.[1]

كما أقر المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 236/10 المؤرخ في 2010/10/07 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وكذا مراسيمه التنفيذية، كيفية إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية من خلال تأسيس بوابة إلكترونية تعالج بها هذه الصفقات وتتم المعاملات من خلالها.

وبناء على هذه التطورات القانونية في مجال إبرام الصفقات العمومية، ظهرت طريقة إبرامها بواسطة المزايدات الإلكترونية أو ما يسميها الفقه بالمزادات الإلكترونية المعكوسة، التي ظهرت في المزادات العلنية المدنية، واقتبسها قانون العقود الإدارية الفرنسي في المادة 84 من المرسوم 2016-360 المؤرخ في 25 مارس 2016 .[2]

أهمية دراسة الموضوع:

إن موضوع المزايدات الإلكترونية كآلية لإبرام الصفقات العمومية عبر البوابة الإلكترونية في الجزائر يعد موضوع حديث النشأة مقارنة بالقوانين المقارنة

كالقانون الأوروبي والفرنسي، التي أصدرت نظاما قانونيا خاصة بهذا الأسلوب في الإبرام منذ 2001 في فرنسا و 2004 في أوروبا.

لذا فإن هذه الدراسة من الأهمية بمكان، لأنها تحاول إبراز التقارب بين نظرية العقود المدنية الرضائية والعقود الإدارية الشكلية في ظل إنتشار التجارة الإلكترونية، وتخفف من جميع جميع الإمتيازات التي تحوزها الإدارة العامة في ظل العقود الإدارية، وتؤكد مبدأ التفاوض من خلال المزادات العلنية التي توفر أحسن عرض وأقل ثمن عن طريق التنافس بين الموردين في الفضاء الإلكتروني، كما توفر هذه الطريقة الوقت وتبسط إجراءات إبرام العقود الإدارية خاصة في عقود التوريد والخدمات.

إشكالية دراسة الموضوع:

تعد المزادات الإلكترونية العكسية أسلوب جديد في مجال إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية، نشأ عام 1995 في مجال التجارة الإلكترونية ثم انتقل إلى العقود الإدارية لتسهيل إبرامها في الفضاء الإلكتروني.

لذا نتساءل في هذه الورقة البحثية، عن الطبيعة القانونية للمزادات الإلكترونية في قانون الصفقات العمومية، أو ماهي خصوصية هذه الطريقة في إبرام العقود الإلكترونية مقارنة بالأساليب التقليدية كالمناقصة والمزايدة والمسابقات وغيرها.

وبناءا عليه، نطرح التساؤلات الفرعية التالية:

1- ماهي خصائص المزايدات الإلكترونية المعكوسة؟ وما المقصود بها في كل من الفقه والقضاء والتشريع في كل من فرنسا والجزائر؟

2- ماهي إجراءات إبرام الصفقات العمومية طبقا لهذا الأسلوب مقارنة بالأساليب التقليدية الأخرى؟

3- ماهي المبادئ القانونية التي يكرسها أسلوب المزايدات الإلكترونية المعكوسة؟

خطة ومنهجية دراسة الموضوع:

وفق منهج تحليلي ومقارن، نحاول الإجابة على الإشكاليات المطروحة، بناء ا على الخطة التالية:

المطلب الأول: ماهية المزادات الإلكترونية المعكوسة في القانون الأوروبي والفرنسي والجزائري.

المطلب الثاني: إجراءات المزادات الإلكترونية المعكوسة وفقا للتشريع الأوروبي والفرنسي والجزائري.

المطلب الثالث: المبادئ الحديثة في إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية وفقا لأسلوب المزايدات الإلكترونية.

المطلب الأول

ماهية المزادات الإلكترونية المعكوسة بين القانون الاوربي و الفرنسي و الجز ائري

نصت المادة 184 من المرسوم رقم 2016-360 المتعلق بالعقود الإدارية في فرنسا. والمعدل بالمرسوم رقم 2018-1075 الصادر في 3 ديسمبر 2018 بموجب المادة 14 منه على أن (المزايدات الإلكترونية هي ذلك الإجراء الذي يتم من خلاله تحديد العروض بوسيط إلكتروني ويسمح للمترشحين بمراجعة الأثمان إلى الأقل أو تعديل بعض العناصر القابلة للقياس بعروضهم). (3)

وبناءا على هذه المادة، فإن المزادات الإلكترونية هي تلك التي يتقدم المترشح بموجبها لإبرام العقد الإداري بعطاء الثمن عن طريق وسيط إلكتروني، وفي مدة زمنية محددة تحددها المصلحة المتعاقدة ويعلم بها جميع المترشحين.

كما يجوز وفقا لهذه المادة، التنافس بين المترشحين على عناصر قابلة للقياس الكمي، خاصة في عقود الأشغال والتوريد.

ولقد ظهرت هذه الآلية في الإبرام لأول مرة في عقود التجارة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1995 في الموقع الإلكتروني:www.ebay.com، بينما ظهرت في أوروبا في تشيكوسلوفاكيا عام 1991 في المؤسسات الصغيرة الصناعية.[4]

ولا تختلف هذه الآلية عن طريقة المزادات العلنية إلا من حيث الوسيلة وهي الوسائط الإلكترونية، فهذا النوع من المزادات الإلكترونية، تعد وسيلة منتشرة لشراء المنتجات أو القيام بالأشغال وتقديم الخدمات التي تتاح فيها للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، ويتم ذلك عن طريق موقع المزاد الإلكتروني، مستخدمين المعلومات الخاصة بالترتيب أو بالمبلغ للتفوق على عروض الموردين الآخرين ويستطيع الموردين أن يطلعوا إلكترونيا على سير العروض خلال المزاد وأن يدخلوا تعديلات على عروضهم تبعا لذلك.[5].

كما نصت المادة 206 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية و تفويض المرفق العام في الجزائر على أسلوب المزاد الإلكتروني العكسي لاختيار أحسن عرض من حيث الامتيازات الاقتصادية وذلك في حالة اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية بنصها على (يمكن للمصلحة المتعاقدة، إختيار أحسن عرض من بين الامتيازات الاقتصادية في حالة صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية باللجوء: لإجراء المزاد الإلكتروني العكسي، بالسماح للمتعهدين بمراجعة أسعارهم أو عناصر أخرى من عروضهم القابلة للقياس الكمي).

- للفهارس الإلكترونية للمتعهدين في إطار نظام اقتناء دائم تنفيذا لعقد برنامج أو عقد طلبات.

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بموجب قرار من وزير المالية)..[6]

وبناءا عليه، تعد المادة 206 من قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في الجزائر، الإطار القانوني لأسلوب المزاد الإلكتروني العكسي، حيث تعرف هذا الأسلوب بأنه طريقة لاختيار أحسن العروض من الناحية الاقتصادية والتي تهدف من خلالها المصلحة المتعاقدة اقتناء اللوازم أو تقديم الخدمات العادية ، ومن خلاله يقوم الموردين بمراجعة أسعارهم أو عناصر أخرى قابلة للقياس الكمي في موقع المزاد الإلكتروني للحصول على أدنى أو أقل سعر.

وبهذا يختلف المزاد الإلكتروني عن المزاد المزاد الإلكتروني العكسي , كون هذا الأخير يهدف من وراءه الحصول على أقل سعر على خلاف المزادات الإلكترونية التي تسعى إلى الحصول على أعلى سعر في عقود التجارة الإلكترونية.

كما أن المزاد الإلكتروني العكسي يسعى من خلاله الشريك الإداري إلى الحصول على أحسن عرض من الناحية الاقتصادية بإعتبار أن المادة 206 السالفة الذكر لم تضع معيارا واحدا للمزادات الإلكترونية العكسية بل أشارت إلى عناصر أخرى قابلة للقياس الكمي حسب نوع الطلب.

وبناءا على هذه التعاريف، يمكن تحديد خصائص المزادات الإلكترونية العكسية بأنها:

أولا: نوع من المزادات الإلكترونية كما هو الشأن في عقود التجارة الإلكترونية، لكن هذا النوع من المزادات يراد من خلاله الحصول على أحسن عرض أو أقل سعر لصفقات الشراء الحكومي.

ثانيا: يتم هذا النوع من الصفقات الإلكترونية بين المصلحة المتعاقدة كجهة حكومية، وجهة أخرى قد تكون شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص وفقا لإجراءات إبرام الصفقات العمومية.

ثالثا: تكون هذه الصفقات وفقا لقانون العقود الإدارية لسنة 2016 في فرنسا صفقات الأشغال والتوريد والخدمات على غرار قوانين الإتحاد الأوروبي أو

التوجيهات الأوروبية لسنة 2014 الصادرة في 26 فيفري 2014 المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية بوسائط إلكترونية بينما تكون المزادات الإلكترونية العكسية في الجزائر بالنسبة لصفقات التوريد والخدمات.

وبناءا عليه، يمكننا إعطاء تعريف للمزادات الإلكترونية العكسية على انها نوع من المناقصات بين الادارة والموردين في صفقات التوريد والأشغال والخدمات للحصول على أحسن عرض من الناحية الاقتصادية بناءا على حق المرشحين في مراجعة أسعارهم أو طلباتهم القابلة للقياس في موقع المزاد الإلكتروني المخصص لذلك.

المطلب الثاني

إجراءات المزادات الإلكترونية في القو انين المقارنة والقانون الجز ائري

لقد نصت القوانين المقارنة والقانون الجزائري على إجراءات المزادات الإلكترونية العكسية في قانون الصفقات العمومية لإعطاء الصفقة الإدارية لهذا الأسلوب. وفقا لمراحل معينة تديرها المصلحة المتعاقدة.

وبناءا عليه، نصت المادة 14 من التوجيه الأوربي رقم 2004-18 المتعلق بإجراءات إلزام صفقات التوريد والأشغال والخدمات والمعدل بالتوجيه الأوربي 2014-24الصادر في المعدل والمتمم , (7) . وكذا المادة 84 من المرسوم رقم 2016-36 الصادر في 25 مارس 2016 الخاص بالصفقات العمومية في فرنسا والمعدلة بموجب المادة 14 من المرسوم رقم 2018 - 1075 الصادر في 03 ديسمبر 2018[8].

أما في الجزائر، فقد نصت عليها المواد 203 إلى 206 من قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي 15 247، حيث تم في المادة 203 التعريف بالبوابة الإلكترونية بإعتبارها المنصة التي تتم من خلالها المزايدات الإلكترونية كغيرها من الأساليب التقليدية الأخرى ,أما المادة 204 تبين كيفية الدعوة إلى

المنافسة إلكترونيا من طرف المصلحة المتعاقدة، بينما المادة 205 تحدد اجراءات تبادل البيانات الإلكترونية بين الموردين والمصلحة المتعاقدة، اما المادة 206، تعرف كل من المزايدات الإلكترونية والفهارس الإلكترونية و اجراءاتها .

وعليه، ستقوم في هذا المطلب، بدراسة إجراءات إبرام المزاد الإلكتروني العكسي في كل من القانون الأوربي والقانون الفرنسي، ثم دراسة إجراء اته في التشريع الجزائري.

أولا: إجراءات إبرام المزادات الإلكترونية العكسية في القانون الأوربي و القانون الفرنسي.

طبقا للمادة 35 من التوجيه الأوربي رقم 2014 -24 الصادر عن البرلمان الأوربي في 26 فيفري 2014 والمعدلة للمادة 54 من التوجيه رقم 2004-18 المعلق بإجراءات إبرام الصفقات العمومية، فإن المصلحة المتعاقدة هي المسئوولة عن الإعلان عن المزايدة على شبكة الانترنت، مع التأكيد على موضوع المزاد الإلكتروني وكراسة الشروط ونظام الاستشارة، وكل البيانات والشروط الفنية والقانونية خاصة المدة التي يجري فيها المزاد، تاريخ البدء فيه والثمن المبدئي للعقد.[9].

أما إذا كان المزاد محدود، فيقوم الشخص المعنوي المسؤول عنه، بإرسال خطابات خاصة إلى المترشحين عبر البريد الإلكتروني أو نشر قائمتهم على الانترنت.

أما في مرحلة تقديم العروض، يقوم كل مترشح بإرسال توقيعه الإلكتروني مع المفتاح العام ، مع تعهد المصلحة المتعاقدة بتوفير الحماية والأمن المعلوماتي لها على الانترنت، ويجب أن تتوفر في هذه التوقيعات الشروط المنصوص عليها في المواد 1316 إلى 1516-4 من القانون المدني الفرنسي [10].

وبعد بدء المزايدة، تقوم المصلحة المتعاقدة بإعلام جميع المرشحين بعروض الثمن المقدمة مع ترتيبها من الأعلى إلى الأقل دون معرفة هوياتهم خلال مدة إبرام المزاد العكسي.

وعليه، يتم علق التنافس بالطرق التالية:

- إما بإنتهاء مدة المزاد المنصوص عليها في كراسة الشروط.
- أو التوصل إلى العطاء الأفضل من الناحية المالية والفنية.
- أو عدم وجود عطاءات جديدة تحقق الهدف من المنافسة .
- وبناء عليه، يتم إبرام المزاد العكسي الإلكتروني، بعد تطابق الإيجاب المقدم من طرف المترشح الفائز به عن طريق الانترنت مع قبول السلطة المختصة بإبرام لهذا العقد، وإخطار المترشح الفائز عن طريق الوسائط الإلكترونية سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق الويب.[11]

أما في القانون الفرنسي، فطبقا للمادة 54 من قانون الصفقات العمومية 2016-360 المؤرخ في 25 مارس 2016 والمعدل والمتمم فإن إجراءات إبرام المزادات الإلكترونية، تتم وفقا للتوجيه الأوربي 2014-24، وأنه اعتبارا من 1 أكتوبر 2018، كل الصفقات العمومية ذات القيمة الأعلى من 25 ألف أورو، تبرم بوسائط إلكترونية طبقا للمرسوم الصادر في 20 ديسمبر 2018 (12)، وذلك عن في منصة الكترونية تدعى Profil d'acheteur والتي أنشأت بموجب القرار الصادر في 14 أفريل 2017 المتعلق بكيفية التسيير والشروط الدنيا لاستخدام واجهات المشترين بموجب القرار الصادر في 22 مارس 2019 [13]

ويقوم الشخص المعنوي العام أو المصلحة المتعاقدة بنشر كراسة الشروط ونظام الاستشارة على المنصة الإلكترونية.

كما يقوم المترشحون بإرسال عروضهم وفقا لكراسة الشروط على المنصة الإلكترونية مع ارفاقها بتوقيعهم الإلكتروني وكذا مضادات الفيروسات. مع التذكير بإسم المؤسسة أو الشخص المعنوي صاحبة العرض وكذا إرسال البريد الإلكتروني لها.

وينتهي المزاد وفقا لقانون الصفقات العمومية الفرنسية على غرار التوجيه الأوربي 2014- 24، في حالة انتهاء المدة المنصوص عليها في كراسة الشروط أو في حالة عدم وجود عطاءات جديدة أو وجود عطاء واحد يستوفي الشروط المنصوص عليها في المزايدة [14]

ثانيا: إجراءات المزاد الإلكتروني العكسي في القانون الصفقات العمومية الجزائري:

تتم إجراءات المزاد الإلكتروني العكسي في القانون الجزائري عبر البوابة الإلكترونية طبقا للمادة 203 من قانون الصفقات العمومية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247، فما المقصود بهذه البوابة؟ وما هي وظائفها وإجراءات إبرام الصفقات العمومية من خلالها؟

1- تعريف البو ابة الإلكترونية:

لم يعرف المشرع الجزائري البوابة الإلكترونية تاركا ذلك للفقه الإداري، حيث عرفت هذه البوابة على أنها (مدخل موحد لمجموعة كبيرة من الخدمات الإلكترونية أو التطبيقات التي تشترك في نطاق قطاعي محدد ساعد المواطن على إيجاد الخدمات والمعلومات المتعلقة بالقطاع).[15]

كما يمكن تعريفها كذلك بأنها (موقع متخصصن للصفقات العمومية وفضاء يربط بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل الاقتصادي)[16]

وبناء على هذه التعريفات، يمكن إعطاء تعريف للبوابة الإلكترونية بأنها موقع متخصص لابرام الصفقات العمومية ونشر الوثائق والبيانات الخاصة بها وبيان

كافة المترشحين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية، فهي فضاء واسع يجمع بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين من خلال تجميع البيانات الخاصة بهم، ودعوتهم للمنافسة الإلكترونية وإيداع العروض.و ابرامها .

2- <u>وظائف البو ابة الإلكترونية:</u>

تتمثل وظائف البوابة الإلكترونية طبقا للمادة 174 من المرسوم الرئاسي 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية وكذا القرار 17 الصادر عن وزير المالية سنة 2013 في: النشر، التسجيل ,البحث.

أ- النشر الإلكتروني:

و هو الاختزان الرقمي للمعلومات مع تطويعها وبثها وتوصيلها وعرضها الإلكتروني عبر شبكات الاتصال ,وقد ألزم المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي 15-247 المصالح المتعاقدة على وضع وثائق الدعوة للمنافسة، إضافة إلى النشر في جريدتين يوميتين وطنيتين وفقا للمادة 49 من قانون الصفقات العمومية.

ب- **التسجيل**: بقصد التسجيل في البوابة الإلكترونية، تزويد كل من المصالح المتعاقدة، وكذا المتعاملين الاقتصاديين بحساب الكتروني على البوابة بموجب المادة 4 من القرار الصادر من وزير المالية لسنة 2013.

ويتم التسجيل عن طريق ملء الاستمارة وارسالها إلى مسير البوابة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني، كما يمكن إبداعها لدى المسير مباشرة، وبعد عملية التسجيل يكون لكل من المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصادين حساب خاص وكلمة سر، مع قيام المسؤولية عن المعلومات المرفقة لذلك (18).

ج- **البحث:** من خلال قاعدة البيانات التي يحتويها البوابة الإلكترونية، يمكن لكل المهتمين بإبرام الصفقات العمومية إيجاد جميع المعلومات والبيانات الخاصة بها دون الحاجة إلى مواقع الويب، فهي فضاء واسع من المعلومات والمنشورات الخاصة بالصفقات العمومية، يجد من خلالها الباحث ما يريد سواء

قائمة المترشحين بالصفقات العمومية أو شروطها أو الأنظمة القانونية الخاصة بها.

3- <u>إبرام المزاد الإلكتروني العكسي عبر البو ابة الإلكترونية:</u>

لما كان المزاد الإلكتروني العكسي نوعا من أنواع المناقصات لشراء المنتجات أو الخدمات، يقوم فيها الموردون بتعديل عروضهم بشكل مستمر لمنافسة العروض الأخرى، فإن إجراءاتها في القانون الجزائري لا تختلف عن إجراءات الأساليب التقليدية لإبرام الصفقات العمومية كإعلان المناقصة أو المزايدة وتقديم العروض والبت فيها و ارساءها .

حيث تقوم المصالح المتعاقدة بالإعلان عن المزاد الإلكتروني العكسي على البوابة الإلكترونية مع كراسة الشروط ونظام الاستشارة، مبينة مدة المزايدة وموضوعها وكل الشروط الفنية والقانونية لذلك وكذلك الثمن المبدئي للمزايدة أو العقد

وبعد بدء المزايدة إذا كانت محدودة، تقوم المصلحة المتعاقدة بإعلام المترشحين بالعروض المقدمة، في كل مرحلة من مراحلها ويتم ترتيبهم بناءا على عروض الأسعار المقدمة من اعلى ثمن إلى أقل ثمن خلال المدة الزمنية المحددة في دفتر الشروط دون الكشف عن هوية المرشحين.

ويتم إنتهاء المزاد الإلكتروني سواء بإنتهاء المدة المقررة في كراسة الشروط أو في حالة عدم وجود عروض جديدة أو حالة التوصل إلى أفضل عرض من الناحية الفنية أو المالية.[19]

ويلاحظ أن هذه الإجراءات هي نفسها الإجراءات المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية الفرنسي والتوجيه الأوروبي رقم 2014-24، مما يدل على عالمية هذه الإجراءات وإنتشارها بين النظم القانونية المقارنة. وتكريسا لمبدأ التنافس في الصفقات العمومية بإدخال أسلوب المزاد الإلكتروني إلى عقود المشتريات الحكومية. وكذا تفعيل مبدأ الشفافية عن طريق توفير المعلومات

والبيانات وعامة العروض المنافسة لطريقة إلكترونية مباشرة دون التصريح أو الكشف عن هوية المشاركين في المزاد الإلكتروني.

المطلب الثالث

المبادئ الخاصة بإبرام المزاد الإلكتروني العكسي

إن إعتماد القوانين المقارنة والقانون الجزائري عملية نزع الصفة المادية عن الصفقات العمومية بصفة عامة وإبرام الصفقات العمومية عن طريق المزاد الإلكتروني بصفة عامة من شأنه تخفيض التكاليف وربح الوقت وتحقيق جملة من المبادئ القانونية كتعزيز مبدأ المنافسة والعلنية في إبرام الصفقات العمومية، وتكريس السرية في التعامل بين أشخاص القانون العام والمتعاملين الاقتصاديين.

ولقد حدد القرار الوزاري الصادر عن وزير المالية لسنة 2013 في مادته العاشرة جملة من المبادئ التي يجب إحترامها في ظل إستعمال المعلوماتية في الصفقات العمومية عموما وإجراء المزاد الإلكتروني خصوصا أهمها:

- سرية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية.
- إنشاء صحيفة للأحداث تسمح بتعقب تبادل المعلومات بالطريق الإلكتروني.
- ضمان توافقية الأنظمة المعلوماتية لزيادة التواصل وتبادل المعلومات.
- تأمين أرشفة الوثائق. [20]

أولا: سرية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية:

لقد أكدت المادة الأولى في فقرتها الأخيرة من المرسوم رقم 2001-846 المتعلق بالمزادات الإلكترونية وكذا المادة 14 من التوجيه الأوروبي رقم 2004-18 المعدل والمتمم بالتوجيه الأوروبي رقم 2014-24، والخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد، أن على المصلحة المتعاقدة في إبرام الصفقات العمومية إحترام مبدأ المساواة بين المترشحين ومبدأ الشفافية والسرية، حيث تسهر الأشخاص المعنوية العامة أو المصالح المتعاقدة على حماية الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية عن طريق ترميزها مع إحترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها.[21]

وتطبيقا لمبدأ السرية في التعاملات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، تسعى القوانين المقارنة إلى إتباع نظام التشفير عن طريق المفتاح العام والمفتاح الخاص خاصة في مرحلة تقديم العروض وإرساء المناقصات والمزايدات، حيث ألزم المشرع الفرنسي والأوروبي إرسال العروض مع المفتاح العام مع الاحتفاظ بالمفتاح الخاص لوضع التشفير.[22]

وبناءا عليه، تلتزم كل مصلحة متعاقدة بوضع برنامج معلوماتي لتوفير السرية في تعاملاتها الإلكترونية وتحقيق مبدأ تكافؤ الفرص بين المترشحين والمتعاملين الاقتصاديين.

ثانيا: تأمين أرشفة الوثائق الإلكترونية:

لقد نصت المادة العاشرة من قرار وزير المالية لسنة 2013 المتعلق بتسيير البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية على قيام المصالح المتعاقدة بتأمين حفظ وأرشفة الوثائق الإلكترونية كما احتاط المشرع الفرنسي لذلك، عندما ألزم السلطات المتعاقدة حفظ كل الوثائق والمستندات الخاصة بإبرام العقد عن طريق ما يسمى بالأرشيف الإداري الإلكتروني، كما أقر المرسوم رقم 2002-692

الخاص بإبرام العقود الإدارية بالوسائط الإلكترونية على إمكانية حفظ دفتر الشروط ونظام الإستشارة وكل المستندات الخاصة بالصفقة من أجل تقديمها للقضاء، ذلك أن التكوين المادي والكيميائي للأقراص الممغنطة يتميز بقدر من الحساسية مما يعرضها للتلف السريع.[23]

ويقصد بالأرشيف الإلكتروني عملية تحويل المستندات في الورقة بكافة أنواعها إلى مستندات إلكترونية مما يسهل إستخراجها والتعامل معها.

ومن الناحية الفنية، تتم عملية الحفظ للوثائق الإلكترونية لدى المسؤول عن الأرشيف الإلكتروني، حيث يقوم أحد أطراف التعاقد بتجميع كل الوثائق والمعطيات المراد حفظها وأن يبين في هذه الوثائق زمن وتاريخ إنعقاد العقد بالتحديد، ثم يقوم بالتوقيع على هذه الحزمة من الوثائق الإلكترونية، وإرسالها إلى المسؤول عن الحفظ عبر البريد الإلكتروني فيقوم هذا الأخير بحفظها مع ذكر تاريخ وزمن الحفظ ويوقع عليها كذلك.[20]

ثالثا: انشاء صفحة للأحداث لتتبع المعلومات :

عن طريق إنشاء صفحة خاصة تسمح بتعقب المعلومات بالطريقة الإلكترونية، من خلال تتبع تاريخ الوثائق المتبادلة إلكترونيا عن طريق منح وصل إستلام يبين تاريخ وتوقيت إستلام العروض بالطريقة الإلكترونية.[24]

ويلاحظ أن هذه الصحيفة الإلكترونية هي عبارة عن أرشفة للصفقات العمومية بتحديد تاريخ إنعقادها وتاريخ إرسال العروض والبث فيها وإرساءها وكذا تاريخ إبرام الصفقة بعد موافقة السلطات المختصة.

رابعا: سلامة الوثائق المتبادلة بالطريقة الإلكترونية:

يقصد بسلامة الوثائق المتبادلة في الصفقات العمومية الإلكترونية عموما والمزادات الإلكترونية خصوصا توفر الأمن المعلوماتي للصفقات الإلكترونية من خلال إعداد برامج حماية خاصة ضد التهديدات الإلكترونية والتي تتنوع من تهديدات طبيعية أو بشرية أو تهديدات أخرى كالبرامج الخبيثة والفيروسات وملفات التجسس.

وعليه فإن، المادة 12 من قرار وزير المالية المتعلق بتسيير البوابة الإلكترونية، قد أشارت إلى إرسال نسخة بديلة من العرض على حامل ورقي أو إلكتروني، ويوضع ذلك العرض في ظرف مختوم يحمل عبارة "نسخة بديلة"، ويتم إيصال هذه الأخيرة إلى المصالح المتعاقدة في الآجال القانونية.

ولا يتم فتح النسخة البديلة، الا إذا كان العرض الأول المرسل إلكترونيا يحمل فيروسا أو لم يصل في الآجال القانونية أو لم تتمكن من نسخه.[25]

كما أضاف القانون الفرنسي ضمانة جديدة لحماية العروض في الصفقات الإلكترونية، حيث اعتبرت المادة 10 من المرسوم 2002-692 المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية بوسائط إلكترونية، أن في المرحلة الأولى، يتم إرسال التوقيع الإلكتروني المحمي للمرشحين وفي مرحلة ثانية، يتم إرسال العروض موقعة بنفس التوقيع الإلكتروني، على أن لا تتجاوز المدة بينهما الأربع و العشرين ساعة وإلا كانت مرفوضة، كما أكدت نفس المادة أن العروض التي تحمل فيروس معلوماتي تكون غير مقبولة من طرف المصلحة المتعاقدة أو يمكن إعتبارها كأنها لم ترسل من طرف المرشحين، وإعلامهم بوضع العروض تحت نظام حماية خاص.[26]

خاتمة:

لقد أصبحت المزادات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية من أهم وسائل الإبرام نظرا للأهميتها الإقتصادية وسرعة الوقت وإستعمال التفاوض والمنافسة

بين الموردين. ونظرا لتعددها واختلافها، حيث توجد العديد من المزادات الإلكترونية في المواقع المعروفة عالميا مثل C2C و C2B و B2B، أي المزادات بين المستهلك و المستهلك أو المزاد بين المورد و المورد والمزاد بين المورد والمستهلك.

وبناءا عليه، أصبحت المواقع الإلكترونية عبر شبكة الانترنت كوسائط لإتمام عملية المزادات الإلكترونية التي يعرض فيها البائع السلعة عبر الموقع، ويزداد التنافس بين المزايدين إلى غاية الحصول على أعلى سعر.

بينما المزادات الإلكترونية العكسية هي نوع من المناقصات الإلكترونية، يقتصر موضوعها على عقود التوريد والخدمات وعقود الأشغال في بعض الأحيان، لأن الهدف من إستعمالها هو الحصول على أقل سعر إذا كان السعر هو المعيار الأساسي في العقد، وفي هذا الإجراء يتيح للمورد معلومات عن العروض الأخرى المقدمة، وبذلك يستطيع تعديل عرضه بشكل مستمر على سبيل المنافسة مع العروض الأخرى.

حيث يقوم الموقع الإلكتروني بترتيب الأسعار من الأعلى إلى الأسفل إلى غاية إنتهاء مدة المزاد، ويفوز به العرض الذي قدم أقل سعر وأقل عرض، لذا سمي المزاد بالمزاد الإلكتروني العكسي.

وترتيبا على كل هذه المعطيات، تظهر المزادات الإلكترونية العكسية على أنها نوع من المزادات الإلكترونية السائدة في عقود التجارة الإلكترونية، لكن طبقا لشروط ومواصفات تضعها السلطة المتعاقدة عبر البوابة الإلكترونية التي تضعها السلطة المختصة لإبرام الصفقات العمومية.

ووفقا لمبادئ عامة تخضع لها جميع المناقصات الإلكترونية أو الصفقات العمومية الإلكترونية، كمبدأ السرية ومبدأ المنافسة ومبدأ المساواة بين المترشحين، ومبدأ الشفافية كمبادئ يحكمها القانون العام.

وعليه، فالمزادات الإلكترونية العكسية ذات طبيعة خاصة تجمع بين إجراءات المناقصات الإلكترونية العامة في قانون الصفقات العمومية و مراحل ابرام المزادات الالكترونية في عقود التجارة الالكترونية ، فهي وجه للتقارب بين القانون العام والقانون الخاص، وأداة لتحقيق التنافس الإلكتروني في المواقع الإلكترونية أو البوابات الإلكترونية .

ونظرا لأهمية هذه الطريقة في الإبرام، أصدر القانون الفرنسي مرسوما خاصا بها رقم 2001- 846 . والذي تم تعديله بموجب قانون العقود الإدارية لسنة 2016، كما اهتم المشرع الجزائري بهذه الآلية باستحداثه لطريقة المزادات الإلكترونية العكسية والفهارس الإلكترونية بموجب المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وعقود تفويض المرفق العام في المادة 206 منه .

و بناءا على هذه المعطيات، نتوصل إلى النتائج القانونية التالية:

1- المزادات الإلكترونية ظهرت في عقود التجارة الإلكترونية، وتنوعت وتعددت عبر المواقع الإلكترونية للحصول على أعلى سعر للخدمات والمشتريات بين الموردين والمستهلكين والمستهلكين فيما بينهم.

2- المزادات الإلكترونية العكسية هي نوع من المناقصات الإلكترونية التي نص عليها القانون النموذجي –الأنسترال- الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في مجال الإشتراء الحكومي، كما نصت عليها قوانين الإتحاد الأوروبي من خلال التوجيه الأوروبي 2014-24 الخاص بإبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد، وكذا المرسوم رقم 2001-846 الخاص بالمزادات الإلكترونية العكسية في فرنسا والمعدل والمتمم بقانون العقود الإدارية لسنة 2016 ثم قانون 2018.

3- نص المشرع الجزائري على المزادات الإلكترونية العكسية في المرسوم الرئاسي 15-247 من خلال المادة 206 لمواكبة التطورات الحاصلة في مجال إبرام

الصفقات العمومية عبر الوسائط الإلكترونية، ولتحقيق مبدأ التفاوض والمنافسة بين الموردين .

4- كما استحدث المشرع الجزائري من خلال المرسوم الرئاسي10-247 موقع إلكتروني خاص لإبرام الصفقات العمومية يسمى البوابة الإلكترونية، والتي يتم إنشاؤها وفقا لقرار وزير المالية لسنة 2013، حيث تعد هذه البوابة بمثابة موقع مزاد إلكتروني يتم من خلاله تبادل الوثائق والعروض وإرسالها إلى المصلحة المتعاقدة وفقا لمدة معينة تحددها هذه الأخيرة، وفي الأخير يرسو المزاد على المورد الذي قدم أحسن عرض وأقل سعر، إذا كان السعر هو المعيار الأساسي في العقد.

5- نص قرار وزير المالية لسنة 2013، على مجموعة المبادئ التي تحكم التبادلات الإلكترونية عبر البوابة الإلكترونية والتي تنطبق على المزادات الإلكترونية العكسية، من خلال تفعيل مبدأ سرية تبادل الوثائق الإلكترونية وتحقيق سلامتها وفق لبرنامج حماية معلوماتي خاص، وكذا تامين أرشفة هذه المعاملات الإلكترونية وحفظها وفقا لشروط قانونية نص عليها القانون الفرنسي وإنشاء صحيفة خاصة لتعقب التعاملات الإلكترونية بين المصالح المتعاقدة والموردين، وتحديد تاريخ إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية.

لكن رغم كل ذلك، نوصي المشرع الجزائري لتطوير إبرام الصفقات العمومية عموما عبر الوسائط الإلكترونية والمزادات الإلكترونية العكسية خصوصا على مايلي:

1- إصدار قانون خاص بالمزادات الإلكترونية العكسية من خلال النص على ماهيتها وطبيعتها القانونية وإجراءاتها عبر البوابة الإلكترونية، وكيفية تسوية المنازعات القضائية الناشئة عنها.

2- تفعيل القرار الخاص بالبوابة الإلكترونية من خلال النص على كيفية حفظ الوثائق الإلكترونية وأرشفتها كما فعل المشرع الأوروبي والفرنسي، وكذا

النص على وسائل الحماية المعلوماتية للمبادلات الإلكترونية عبر البوابة الإلكترونية.

3- إصدار قانون خاص بإبرام الصفقات العمومية الإلكترونية كما فعل المشرع الفرنسي من خلال المرسوم 2002-692 والخاص بإبرام الصفقات العمومية عبر وسائط إلكترونية، من خلال تبيان مراحل إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية من الإعلان على المناقصة إلى غاية إرساءها.

4- توفير برامج حماية معلوماتية من أجل تحقيق الشفافية والسرية في إبرام الصفقات العمومية الإلكترونية وتأمين نظام أرشفة المبادلات الإلكترونية الحكومية عن طريق تفعيل قاعدة البيانات الخاصة بالإحصاء الاقتصادي للطلبات العمومية من أجل تحسين مستوى الصفقات العمومية وعصرنتها.

الهوامش:

1- المرسوم رقم 2001-846 الخاص بالمزايدات الإلكترونية في فرنسا، (جريدة رسمية صادرة في 2001/09/19)

– التوجيه الأوروبي 2004-18 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود التوريد والخدمات والأشغال (جريدة رسمية للإتحاد الأوروبي 134، الصادرة في 2004/03/30).

2- المرسوم رقم 2016-360 المؤرخ في 25 مارس 2016 في فرنسا (جريدة رسمية رقم 74 الصادرة في 27 مارس 2016).

3- المرسوم رقم 2018-1075 الصادر في 03 ديسمبر 2018 المتعلق با لمشتريات العمومية في فرنسا (جريدة رسمية رقم 281 الصادرة في 05 ديسمبر 2018).

4- Mohamed fakher bentabeb : les enchères électronique inversés-BFOB-une nouvelle éte de la chaire logistique international d'intelligence économique, N°1, 2010, Volume 02.

5- شاكر تركي أمين، التسويق الإلكتروني، منشور على الموقع التالي: annaba.org/arabic/economic articles/14535 تم الإطلاع عليه يوم:2020/03/20 على الساعة 17:30.

6- المرسوم الرئاسي 247/15 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويض المرفق العام في الجزائر (ج ر رقم 50 صادرة في 20 سبتمبر 2015).

7- التوجية الاوروبي رقم 2014-24 المعدل والمتمم للتوجيه الأوروبي رقم 2004-18 المتعلق بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود التوريد والخدمات والأشغال (جريدة رسمية للاتحاد الأوروبي. L94– الصادرة في 2014/03/28).

8- أنظر المواد 203- 206 من المرسوم الرئاسي- 16-247 السالف الذكر. ر.ج رقم 50 الصادرة في 20 سبتمبر 2015)

9- المادة 35 من التوجيه الأوروبي 2014-24 الصادر في 26 فيفري 2014- السالف الذكر (ج 2014/03/28).

10- رحيمه نمديلي : العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية دراسة تحليلية مقارنة- رسالة ماجستير في العلوم الإدارية كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية 2006، ص 83-84.

11- رحيمه نمديلي- المرجع السابق، ص 85.

12- المرسوم رقم 1018-1075 الصادر في 03 ديسمبر 2018 المتعلق بالمشتريات الحكومية في فرنسا (السالف الذكر (ج ر رقم 281 الصادرة في 05 ديسمبر 2018).

13- القرار الصادر في 22 مارس 2019 المتعلق بكيفية تسيير واستخدام واجهات- المشتريين (ج ر فرنسية رقم 77 الصادرة في 31 مارس 2019).

14- محمد بوعماش و خلود كلاش : البوابة الإلكترونية للصفقة العمومية ضمن النصوص القانونية – مجلة الحقوق والعلوم السياسية -العدد 12 جوان 2019- ص 28.

15- محمد بوشنب موسى: رقمنة الإدارة كأسلوب لتحسين الخدمات العمومية في الجزائر- الإدارة الجبائية نمودجا- مجلة دراسات جبائية- المجلد5- العدد 02- 2016/12/13. ص 258.

16- صليحة بن عودة، أهمية التعاقد عبر البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، ص54.

17- القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، بحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسيرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية –ج ر عدد 21 مؤرخة في 09 أفريل 2014، ص 27.

18- أنظر المادة 4 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 المتعلق بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، مرجع سابق.

19- رحيمه نمديلي- العقد الإداري الإلكتروني- دار الجامعة الجديدة للنشر –الإسكندرية-2010. ص 518.

20- عبد اللطيف والى وجمال الدين دندن- استحداث مفهوم البوابة الإلكترونية في مادة الصفقات العمومية- مجلة العلوم القانونية والإجتماعية- العدد الأول- المجلة الرابع- مارس 2019- جامعة زيان عاشور- الجلفة. ص 182- 153.

21- رحيمة نمديلي: العقد الإداري الإلكتروني- مرجع سابق، ص 119.

22- عبد اللطيف والي و جمال الدين دندن - مرجع سابق، ص152 .

23- رحيمة نمديلي: العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية. مرجع سابق , ص 70.

24- عبد الله ودان ومركان محمد البشير- البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية نحو تحسين أفضل للخدمة العمومية في إطار الإدارة الإلكترونية- مجلة المالية والأسواق- المجلد 2- العدد الثاني- ص 173.

25- أنظر المادة 12 من القرار الصادر في 17 نوفمبر 2013 المتعلق بالبوابة الإلكترونية للصفقات العمومية- مرجع سابق.

26- رحيمه نمديلي: العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية مرجع سابق، ص 72.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

عن محاولة تبني تنظيم الصفقات العمومية للتعاقد الإداري الإلكتروني: آمال معلقة ونصوص مكبلة

د/مزهود حنان
جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل

ISBN: 978-9931-9651-0-7

عن محاولة تبني تنظيم الصفقات العمومية للتعاقد الإداري الإلكتروني: آمال معلقة ونصوص مكبلة

الدكتورة / مزهود حنان (*)

ملخص: لم يعد خفيا مدى أهمية تكنولوجيات الإعلام والاتصال لتطوير النشاط الإداري وعصرنته من حيث ربح الوقت والجهد والمال، سواء بالنسبة للجهة الإدارية مقدمة الخدمة أو بالنسبة للمتعامل مع الإدارة.

شكلت التعاقدات الإلكترونية مظهرا أساسيا من مظاهر عصرنة الإدارة، حيث أصبح لزاما على هذه الأخيرة أن تواكب التطورات التي فرضتها تكنولوجيا المعلومات، وهو نفس التحدي الذي جعل تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 يحمل في طياته فصلا متعلقا بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية.

الكلمات المفتاحية:
تنظيم الصفقات العمومية، العقود الإدارية الإلكترونية، البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية، المزاد الإلكتروني العكسي.

Abstract : Les technologies de l'information et de la communication sont importantes pour développer et moderniser l'activité administrative en termes de gain de temps, d'efforts et d'argent, tant pour le service administratif fournissant le service que pour le client traitant avec l'administration.

Les contrats électroniques constituaient un aspect essentiel de la modernisation de la gestion, car il était devenu nécessaire pour cette dernière de suivre le rythme des évolutions imposées par les technologies de l'information, qui est le même défi qui a fait que l'organisation des marchés publics 15-247 comportent un chapitre relatif à la communication et de l'échange d'informations par voie électronique.

Mots Clés : Réglementation des marchés publics, Contrats administratifs électroniques, portail électronique des marchés publics, enchères électroniques inversées.

(*)-، أستاذة محاضرة "ب" ، جامعة محمد الصديق بن يحي- جيجل

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

لقد شهد العالم تطورا معلوماتيا رقميا لم يشهده من قبل حيث غزت الوسائل والوسائط الإلكترونية جميع مظاهر الحياة البشرية، وبلغت من عمق التأثير حدا لم يعد بإمكان الإنسان أن يعيش بمنأى عنها.

لقد ارتبط وجود الإدارة منذ القدم بتوفير متطلبات جمهور المواطنين من خدمات أساسية من صحة وأمن وقضاء، إلا أن هذا الدور لم يعد كافيا، فقد تميز القرن العشرين بالعديد من التطورات والتحديات التي كان لها الأثر المباشر في آداء الإدارة العامة، ومن هذه التحديات تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لذلك اقتضت قدرة الجهاز الإداري على مواجهة هذه التحديات ضرورة إحداث تغييرات جذرية في أساليب الإدارة وكيفيات تقديمها للخدمات.

لقد سعت الجزائر إلى تبني وتعميم استعمال تكنولوجيات الإعلام والاتصال في مجالات متعددة في إطار ما يعرف ب"الإدارة الإلكترونية" من خلال إصدار سلسلة من النصوص القانونية سواء كانت ذات طابع تشريعي أو تنظيمي، إضافة إلى تكريس بعض من التعاملات والتقنيات الحديثة على تعاقداتها لاسيما من خلال ما يعرف بالعقود الإدارية الإلكترونية.

في نفس السياق وسعيا لتحقيق غايات عدة أهمها ضمان الشفافية في مجال الصفقات العمومية وتسهيل وتبسيط إجراءات التعاقد، حمل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام[1] في طياته محاولة من المشرع لتكريس بعضا من مظاهر التعاقد الإداري الإلكتروني، لأجل ذلك نبحث من خلال هذه الدراسة عن مظاهر تبني تنظيم

الصفقات العمومية للتعاقد الإداري الإلكتروني، متسائلين عن مدى قدرته وكفايته في الإلمام بالعناصر الأساسية لهذا النوع من العقود.

للإجابة عن هذه الإشكالية قسمنا دراستنا إلى قسمين أساسيين خصص الأول للحديث عن تبني تنظيم الصفقات العمومية لبعض آليات التعاقد الإلكتروني، في حين خص القسم الثاني للحديث عن استحداث تنظيم الصفقات العمومية لأسلوب جديد من أساليب التعاقد الإلكتروني.

أولا: تجليات تبني التعاقد الإداري الإلكتروني من خلال إجراءات إبرام الصفقة العمومية

تختلف العقود الإدارية عن العقود الخاضعة للقانون الخاص وسبب هذا الاختلاف يعود إلى اختلاف محل كل منهما، فإذا كان محل العقود الخاضعة للقانون الخاص هي أموال خاصة يكون مالكها حرا في كيفية التصرف فيها، فإن محل العقود الإدارية هي أموال عمومية رصدت لتقديم خدمات عامة لجمهور المواطنين، لذلك كان لابد من إحاطتها بضوابط شكلية تضبط عملية إبرامها[2].

يعرف العقد الإداري الإلكتروني بأنه ذلك العقد الذي يكون أحد أطرافه على الأقل شخص معنوي عام، ينصب على إدارة أو تسيير أو تنظيم مرفق عام عن طريق شبكة الإنترنت، مع تضمين العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص[3].

تبعا لذلك اشترط تنظيم الصفقات العمومية لصحة هذه الأخيرة مجموعة إجراءات وشكليات يجب التقيد بها، فإن تم الاعتماد على الوسائل

الإلكترونية في هذه الإجراءات ازدادت فرص احترام مبدأ الشـــفافية وترشـــيد النفقات العمومية أكثر نظرا لانحسار مجال التدخل البشري.

I- مظاهر تبني التعاقد الإلكتروني في المراحل السابقة للصفقة العمومية:

إن تطوير شبكة المعلومات بين مختلف الهيئات الإدارية وداخل الهيئة نفسها، يعتبر من أهم متطلبات الشفافية الإدارية، لأنه يسهل تدفق المعلومات إلى المستويات المختلفة داخليا وخارجيا، ويساعد على إيصال المعلومة للمهتمين بها في أقل الآجال وبأقل التكاليف[4].

لأجل ذلك لم يكن إقرار التعاقدات الإدارية الإلكترونية بهدف رفض أي قيد رسمي على العقود الإدارية، وإنما بهدف إعادة التفكير في الإجراءات المتبعة فيها من خلال تدعيم مساهمة التقنيات الجديدة في إجراءاتها دون تقويض نهائي للإجراءات التقليدية[5].

من هذا المنطلق كرس تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 بعض التعاملات الإلكترونية بالنسبة لبعض الإجراءات السابقة للصفقة العمومية:

1- الإعلان الإلكتروني عن الصفقة العمومية: يعتبر الإعلان عن الصفقة العمومية مرحلة جد هامة من المراحل التي تمر بها الصفقة، نظرا لكون هذا الإجراء هو الذي يخرج الصفقة إلى العلن مما يسمح للراغبين في المشاركة فيها بتحضير عروضهم.

إن الإعلان عن الصفقة العمومية وتوجيه الدعوة من جانب الإدارة للكافة مبينة رغبتها في التعاقد يكفل تحقيق مبدأ حرية المنافسة والمساواة، حيث يبين

الإجراءات والشروط الواجب توافرها في المتقدمين للتعاقد مع الإدارة والتنافس على أساسها، كما يستهدف الحصول على أفضل العروض المقدمة شروطا وسعرا[6].

ألزم تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المصالح المتعاقدة الراغبة في التعاقد أن تعلن عن صفقاتها- مع اشتراط تضمين الإعلان لبيانات إلزامية متعلقة بالصفقة- في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني، أما الإعلان بالطريقة الإلكترونية والذي يكون من خلال بوابة الصفقات العمومية فإن المادة 15 من القرار المتعلق ببوابة الصفقات العمومية لم يعتبره إجراء ملزما للمصلحة المتعاقدة[7]، وكذلك تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247، هذا الموقف يمكن استنتاجه اعتمادا على عدة نقاط:

- عندما تم تعداد كيفيات النشر التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بالتقيد بها والمحددة في المادة 65 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، لم يذكر من بينها النشر في بوابة الصفقات العمومية.

- عندما أشارت المادة 03/66 من تنظيم الصفقات العمومية إلى آجال تحضير العقود أكدت أن هذه الآجال تحدد بالاستناد إلى تاريخ أول إعلان عن المنافسة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الصحافة أو في بوابة الصفقات العمومية، مستعملة في ذلك عبارة تفيد بعدم إلزامية هذا الإجراء في جميع الأحوال وهي عبارة "عندما يكون مطلوبا"، وهو نفس التوجه الذي تبناه قرار الوزير المكلف بالمالية حيث أكد أن التاريخ الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند

حساب مدة تحضير العروض هو التاريخ المطبق في إطار الإجراءات المتبعة بالنسبة للحامل المادي الورقي[8].

إذن فالمشرع وإن كان قد تبنى فكرة الإعلان والدعوة إلى المنافسة بالطرق الإلكترونية فإنه مازال مترددا بشأن اعتبارها إجراء إلزاميا يغني عن الطرق التقليدية، بل عكس ذلك اعتبرها مجرد وسيلة إعلان إضافية ومكملة لوسائل الدعوة إلى المنافسة الإلزامية[9].

إن هذا الموقف من المشرع ليس له ما يبرره نظرا للمزايا التي يمتاز بها النشر الإلكتروني من خلال بوابة الصفقات العمومية مقارنة بالطرق التقليدية، حيث يسمح النشر الإلكتروني بفتح باب المنافسة لأكبر عدد من المتعهدين وبشكل يفوق بكثير النشر التقليدي، كما يتميز بالبساطة والمرونة وكسب الوقت إضافة إلى ضمان المساواة بين الراغبين في المشاركة في الصفقة العمومية[10].

2- تبادل المعلومات إلكترونيا: في إطار توجه تنظيم الصفقات العمومية نحو التعاقد إلكترونيا، سمح للمصالح المتعاقدة أن تضع الوثائق المتعلقة بالدعوة إلى المنافسة تحت تصرف الراغبين في المشاركة في الصفقة العمومية المعلن عنها بالطريقة الإلكترونية[11].

لم يحدد تنظيم الصفقات العمومية طبيعة الوثائق التي تلتزم المصلحة المتعاقدة توفيرها بالطريقة الإلكترونية، ما يحيلنا إلى المادتين 63 و64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 اللتان حددتا طبيعة الوثائق التي تلتزم المصلحة المتعاقدة بتوفيرها بالطرق التقليدية.

إن من شأن توفير المصلحة المتعاقدة للوثائق المرتبطة بالصفقة بالطريقة الإلكترونية أن يخفف عن الراغبين في المشاركة في الصفقة العمومية الجهد

والوقت والمال، حيث يغنيهم ذلك عن التنقل إلى مقر المصلحة المتعاقدة للحصول على هذه الوثائق.

في ظل عدم صدور قرار وزير المالية الذي من شأنه أن يحدد أطر تطبيق الأحكام المتعلقة بتوفير الوثائق المتعلقة بالصفقة العمومية إلكترونيا، لم يجعل تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 هذا الإجراء إلزاميا بل تركه جوازيا بالنسبة للمصلحة المتعاقدة، على خلاف المشرع المغربي الذي ألزم الإدارة المتعاقدة بوضع ملف طلب العروض والوثائق التكميلية له رهن إشارة المتنافسين، إضافة إلى إلزامها بتحديد طريقة استلام العروض بالطريقة الإلكترونية أو على حامل ورقي[12].

II- مظاهر تبني التعاقد الإلكتروني خلال مراحل إبرام الصفقة العمومية: إن إتباع الإدارة للوسائل الإلكترونية في تعاقداتها يعتبر أداة فعالة لإرضاء المواطن وإشباع حاجاته المتعددة من خلال الارتقاء بالخدمة العمومية، ووسيلة لتخفيف الآثار السلبية لظاهرة الفساد الإداري والمالي حيث تضمن هذه الوسائل إرساء قواعد الشفافية وسهولة توفير المعلومة[13] لذلك لم يقتصر لجوء تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام إلى تكريس التعامل بالوسائل الإلكترونية على المراحل السابقة للصفقة، بل امتد إلى إجراءات إبرامها من خلال:

1- إرسال العروض إلكترونيا: سمح تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام للمتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالرد على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية.

يقصد بالرد على الدعوة عن المنافسة في هذا المقام إرسال عرض المتعهد أو المرشح الراغب في المشاركة في الصفقة العمومية إلى المصلحة الإدارة العمومية التي أعلنت عن الصفقة، هذا الإرسال أجاز المشرع أن يتم بالطريقة الإلكترونية ردا على الدعوة إلى المنافسة التي تمت بنفس الطريقة، وفق الجدول الزمني المحدد في قرار الوزير المكلف بالمالية المنتظر صدوره[14].

إن المصلحة المتعاقدة غير ملزمة بوضع الوثائق تحت تصرف المترشحين إلكترونيا فإن فعلت ذلك جاز لهم إرسال عروضهم بالطريقة الإلكترونية، فتنظيم الصفقات العمومية وحسب صياغة المادة 204 منه لم يجعل إرسال العروض بالطريقة الإلكترونية إلزاميا على المتعهدين الراغبين في المشاركة في الصفقة على أساس أن المصلحة المتعاقدة لم يلزمها أيضا بالإعلان إلكترونيا، ولا بتوفير الوثائق المتعلقة بالدعوة إلى المنافسة إلكترونيا لاسيما دفتر الشروط.

من جانب آخر وتخوفا من المشرع من الاعتماد الكلي على الطرق الإلكترونية في إرسال العروض، أجاز القرار الصادر عن الوزير المكلف بالمالية الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية للمتعهدين إيصال عروضهم على حامل ورقي ضمن نفس الآجال تحت تسمية "النسخة البديلة"، هذه النسخة لا يتم فتحها إلا إذا كان العرض المرسل إلكترونيا يحمل فيروسا، أو لم يصل في الآجال القانونية، أو لم يتمكن من فتحه[15].

إن مقارنة هذه الأحكام المتعلقة بإرسال العروض إلكترونيا مع التشريع المغربي تبين عدم فعليتها، فعلى الرغم من أن المادة 148 من المرسوم رقم 349-12-2 المتعلق بالصفقات العمومية لم تتضمن إلزاما للإدارة المتعاقدة بضرورة توفير الوثائق المتعلقة بالصفقة إلكترونيا، ولا إلزاما للمترشحين بإرسال

عروضهم إلكترونيا، فقد صدر عن اللجنة الوطنية للطلبات العمومية رأي يوضح بدقة كيفية تطبيق هذه الأحكام، وهو الرأي رقم 15/2019 الصادر بتاريخ 26-02-2019 بشأن" تمكين المتنافسين من إيداع أظرفتهم وعروضهم بطريقة إلكترونية"[16] الذي يقضي بأن المصلحة المتعاقدة (صاحب المشروع) ملزمة بإخبار المتنافسين بإمكانية إيداع ملفاتهم بطريقة إلكترونية أو على حامل ورقي، ليبقى للمتنافسين الاختيار بين الأسلوبين لإيداع ملفاتهم، فإن لم تتقيد المصالح المتعاقدة بهذا الالتزام اعتبر ذلك عيبا في إجراء طلب العروض يترتب عنه إلغاءه.

في الجزائر يبقى الإشكال القائم هو عدم صدور النصوص التطبيقية لهذه الأحكام والتي كان من شأن صدورها أن يساهم في رفع اللبس عن أحكام عدة من تنظيم الصفقات العمومية، أكثر من ذلك فإن العروض المقدمة والتي تتضمن العرض المالي والتقني للمترشح ليست مجرد وثائق بسيطة يسهل إرسالها إلكترونيا، ولكنها تتضمن معلومات وبيانات سرية يجب ضمان وصولها إلى المصلحة المتعاقدة بشكل آمن[17]، وهذا ما أخذه المشرع المغربي بعين الإعتبار حيث بين أن إيداع العروض يتم من خلال حساب خاص في بوابة الصفقات العمومية وكلمة سر للمتعهد، إضافة إلى تشفير أظرفة المتنافسين قبل إيداعها[18].

2- تفعيل التواصل عبر البوابة الإلكترونية: إن إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية لهو تعبير عن رغبة المشرع في ضمان السرعة وإضفاء الشفافية على عمليات إبرام الصفقات العمومية من خلال إيجاد آلية للتواصل بين المصالح المتعاقدة والمتعهدين مجردة عن أي تدخل بشري.

يبرز التواصل عبر البوابة الإلكترونية إضافة إلى الإعلان عن الصفقة وتوفير الوثائق المتعلقة بها وإرسال العروض، وإن كانت كل هذه الإجراءات غير ملزمة للمصلحة المتعاقدة ولا للمتعهد، من خلال المنح المؤقت للصفقة، حيث أن تنظيم الصفقات العمومية 15-247 وإن لم يشر صراحة إلى إلزامية الإعلان إلكترونيا عن المنح المؤقت الصفقة العمومية، فإنه اعتد بتاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت في بوابة الصفقات العمومية لاحتساب آجال الطعن في هذا المنح، وبشكل يوازي من حيث قيمته القانونية النشر في النشرة الرسمية للمتعامل العمومي وفي الصحافة المكتوبة لأنه استعمل عبارة" أو" التي تفيد كفاية أحد الأساليب الثلاثة في النشر للاعتداد به في احتساب آجال الطعن.

في المقابل عاد تنظيم الصفقات العمومية وتراجع عن هذا المكسب عندما تعلق الأمر بحالات إعلان عدم الجدوى أو إلغاء إبرام الصفقة العمومية أو إلغاء منحها المؤقت، حيث اعتد فقط بالطريق التقليدي في التبليغ وهو الرسالة الموصى عليها مع وصل الاستلام[19].

من جانب آخر تثار بشأن الحديث عن الإعلان الإلكتروني عن المنح المقت للصفقة العمومية مسألة جد هامة وهي إمكانية الطعن في هذا المنح إلكترونيا، حيث جاء المرسوم الرئاسي رقم 15-247 خاليا من أي إشارة إلى هذه المسألة رغم أهميتها، حيث كان حريا بالمشرع وما دام قد أجاز الإعلان عن المنح المؤقت إلكترونيا أن يجيز رفع الطعن إلى لجان الصفقات المختصة بالطرق الإلكترونية، على خلاف المشرع المغربي الذي أجاز للمتعهدين الطعن إلكترونيا في الصفقة العمومية من خلال المادتين 169، 170 من المرسوم رقم 349-12-02 المتعلق بالصفقات العمومية.

3- إنشاء قاعدة بيانات إلكترونية: إن التواصل إلكترونيا عن طريق بوابة الصفقات العمومية يسمح بإدخال وثائق وبيانات متعددة سواء كانت متعلقة بالصفقة العمومية أو متعلقة بعروض المتعهدين، هذه المعلومات يمكن استعمالها لتشكيل قاعدة بيانات يتم استغلالها في إطار القانون، كما يتم حفظ ملفات المترشحين لاستعمالها في الإجراءات اللاحقة[20]، من أجل تشكيل "أرشيف إلكتروني" يضمن- مقارنة بالأرشيف الورقي- ليونة في التعامل مع الوثائق وقدرة على تصحيح الأخطاء بسرعة، إضافة إلى ضمان نشر وإرسال الوثائق لأكثر من جهة في أقل وقت ممكن، والإستفادة منها في كل وقت[21].

إن هذه الطريقة وعلى الرغم من أهميتها تعتريها مخاطر مرتبطة أساسا بحفظ وحماية هذه البيانات نتيجة إمكانية تعرض قاعدة البيانات للإختراق الإلكتروني، وهو ما جعل المشرع المغربي يؤكد على امتلاك المتعهدين المسجلين في قاعدة البيانات التابعة لبوابة الصفقات لحساب خاص يضم شق خاص بالمعلومات الخاصة وصندوق حديدي إلكتروني لإيداع الوثائق المثبتة للمؤهلات القانونية والمالية والتقنية[22].

ثانيا: تجليات تبني تنظيم الصفقات العمومية للتعاقد الإلكتروني من خلال استحداث أسلوب المزاد الإلكتروني العكسي:

ما يميز المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وفي إطار سعيه إلى تكريس الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، أنه استحدث أسلوبا جديدا لإبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية، وهو المزاد الإلكتروني العكسي مواكبة منه لعدد من التشريعات المقارنة التي تبنت هذا الأسلوب وطبقته بالنسبة لطوائف محددة من الصفقات العمومية.

I- مفهوم المزاد الإلكتروني العكسي: أدى التزاوج بين الإدارة الإلكترونية وإجراءات إبرام العقود الإدارية إلى إيجاد أساليب حديثة للتعاقد الإداري كالمزاد الإلكتروني العكسي.

المزاد الإلكتروني العكسي هو أسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، والتي لا يتحقق إبرامها إلا باتباع أساليب لا نظير لها في مجال عقود القانون الخاص، بل أكثر من ذلك حيث تنفرد عملية التعاقد الإداري الإلكتروني بأحكام خاصة لا نظير لها في النظرية للعقد الإداري التقليدي[23].

لم يظهر المزاد الإلكتروني كأسلوب للتعاقد قائم بذاته إلا بظهور فكرة التعاقد الإداري الإلكتروني التي رافقت التطورات التكنولوجية الحاصلة على جميع الأصعدة، وقد كرسه التشريع الجزائري لأول مرة بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، على الرغم من أنه عرف أسلوب المزاد عموما كأسلوب للتعاقد في القانون المدني، وذلك على خلاف المشرع الفرنسي الذي كان سباقا في تكريس مثل هذا النوع من العقود الإدارية الإلكترونية وذلك سنة 2001 بموجب المرسوم رقم 2001-210[24]، الذي أحال بشأن شروط تطبيق المزادات الإلكترونية إلى مرسوم يصدر لاحقا وهو المرسوم رقم 2001-846 المتعلق بتطبيق المادة 56 من تقنين الصفقات العمومية والمتعلقة بالمزادات الإلكترونية العكسية[25].

ورغم أن المادة 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام قد استحدثت أسلوب المزاد الإلكتروني العكسي، فإنها لم تقدم تعريفا ولا تحديدا للمقصود بالمزاد الإلكتروني العكسي ولا لإجراءاته تاركة الأمر لقرار يصدر عن الوزير المكلف بالمالية، ونظرا

لعدم صدور هذا القرار يبدو من الضروري الاستناد على بعض النصوص القانونية المقارنة لتقديم مفهوم له ولإجراءات إبرامه.

يعرف المزاد الإلكتروني العكسي حسب المادة الأولى من المرسوم رقم 2001-846 المتعلق بتطبيق المادة 56 من تقنين الصفقات العمومية الفرنسي والمتعلقة بالمزادات الإلكترونية العكسية بأنه ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المرشح لإبرام العقد الإداري بعطاء الثمن عن طريق وسيط إلكتروني وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام ويعلم بها مسبقا جميع المرشحين[26].

أما في المغرب فقد قدم المرسوم رقم 2-12-349 المتعلق بالصفقات العمومية تعريفا للمزاد الإلكتروني العكسي والذي أسماه" المناقصة الإلكترونية المعكوسة"، بأنه إجراء لاختيار العروض يتم بطريقة إلكترونية بحيث تمكن المتنافسين من مراجعة الأثمان التي يقترحونها بالتخفيض طيلة سريان المناقصة في حدود التوقيت المحدد للمناقصة، حيث يقبل صاحب المشروع عند نهاية المناقصة عرض المتنافس الأقل ثمنا الذي يتم تعيينه فائزا بالصفقة المزمع إبرامها[27].

ظهر هذا النوع من المزايدات الإلكترونية لأول مرة في هولندا حيث يتقدم المرشحون بعطاءاتهم في مظاريف مغلقة وبطريقة سرية إلى الإدارة، ليقوم محافظ البيع بالمزاد العلني بالإعلان عن بدأ المزاد عن طريق الإنترنت، فيبدأ التنافس بين العروض المقدمة حتى التوصل إلى الثمن الأقل ليرسو المزاد على صاحبه[28].

II- مجال المزاد الإلكتروني العكسي: عرف المزاد الإلكتروني العكسي نتيجة التفاعل بين أسلوب المزادات العلنية المنصوص عليها في القانون المدني،

وإجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية في أوروبا وفرنسا لاسيما عقود التوريد، إذ أن هذه الأخيرة يمكن أن تتسم بالطابع المدني إذا لم يتضمن العقد شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[29].

تبعا لذلك قصرت المادة 206 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام مجال اللجوء إلى المزاد الإلكتروني العكسي على صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية دون غيرها من العقود الإدارية، أما المشرع المغربي فقد قصرها فقط على صفقات التوريدات الجارية عندما تكون متعلقة بشراء منتجات موجودة في السوق لا تتطلب خصائص مميزة، في حين قصره المشرع الفرنسي في المادة 01 من المرسوم رقم 2001-846 على عقود اقتناء اللوازم التي لا تتطلب مواصفات فنية خاصة.

إذن فاتباع أسلوب المزاد الإلكتروني العكسي يقتصر في القانون الجزائري على:

- صفقات التوريد أو اقتناء اللوازم، وهي تلك الصفقة التي تهدف إلى اقتناء أو إيجار أو بيع بالإيجار بخيار الشراء أو بدونه من طرف المصلحة المتعاقدة، لعتاد أو مواد مهما كان شكلها موجهة لتلبية الحاجات المتصلة بنشاطها لدى مورد.

- صفقات تقديم الخدمات العادية: وهي تلك الصفقات العمومية المبرمة مع متعهد خدمات والتي تهدف إلى إنجاز تقديم خدمات[30]، وتكون صفقة خدمات عادية عندما لا تتطلب مؤهلات تقنية معقدة.

III- إجراءات إبرام المزاد الإلكتروني العكسي: يمر المزاد الإلكتروني العكسي باعتباره أسلوبا مستحدثا لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية بإجراءات

إبرام شأنه شأن باقي العقود الإدارية، وهو يخضع في ذلك لنفس المبادئ العامة التي تحكم إبرام العقود الإدارية كمبدأ المساواة والشفافية والاعتماد على معايير موضوعية لاختيار المترشحين.

لم يتناول تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام هذا النوع من العقود إلا في مادة وحيدة، لذلك فقد جاء خاليا من أي تحديد لكيفيات وإجراءات إبرامه في انتظار صدور القرار الوزاري الذي يتولى تحديد ذلك.

تبعا لذلك ارتأينا الاستئناس بالتشريع المغربي الذي حدد بالتفصيل إجراءات إبرام المزاد الإلكتروني العكسي في المواد من 16- 30 من القرار رقم 14-20:

يمر المزاد الإلكتروني العكسي بإجراءات عديدة تتمثل في:

1- إعداد ملف المزاد الإلكتروني العكسي: تلتزم الإدارة المتعاقدة بإعداد ملف للمزاد يتضمن على الخصوص نموذجا لدفتر الشروط الخاص بالمزاد ونظام المزاد الإلكتروني الذي يحدد المعايير التي تستند عليها المصلحة المتعاقدة لاختيار المتنافسين كالعدد الأدنى للمتنافسين المقبولين للمشاركة في المزاد، آجال وشكليات المشاركة في المزاد، عتبة التناقص الأدنى والأقصى للمزاد...[31].

2- مرحلة الإعلان عن المزاد الإلكتروني العكسي: بعد إعداد ملف المزاد الإلكتروني تقوم المصلحة المتعاقدة بنشر إعلان المزاد بالطريقة الإلكترونية عن طريق البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية لمدة محددة- حددها المشرع المغربي بـ10 أيام على الأقل- مع اشتراط تضمن الإعلان لبيانات إلزامية كموضوع المزاد واسم المصلحة المتعاقدة والتاريخ الأقصى لإيداع العروض...، كما يتم نشر

ملف المزاد والوثائق والمعلومات المرتبطة بالصفقة والتي توضح شروط التعاقد[32].

3- تقديم عروض المتنافسين: يعتبر المزاد الإلكتروني العكسي أسلوبا إلكترونيا للتعاقد الإداري لذلك فإن جميع إجراءاته يجب أن تتم بالطريقة الإلكترونية، وهو ما ينطبق على تقديم العروض حيث يلتزم المتنافسون الراغبون في المشاركة في المزاد بتقديم عروضهم المالية والتقنية إلكترونيا من خلال بوابة الصفقات العمومية[33].

قبل إرسال العروض يرسل المرشحون توقيعاتهم الإلكترونية مع المفتاح العام لكل توقيع إلكتروني، ويقع على عاتق الإدارة توفير الحماية القانونية والأمن المعلوماتي لهذه التوقيعات على الإنترنت[34]، إلا أن هذا الإجراء ورغم أهميته فإن المشرع المغربي لم يتضمن إشارة إليه.

4- فحص العروض وحصر لائحة المتنافسين المقبولين للمزاد: في هذه المرحلة تجتمع لجنة المزاد المتكونة من أعضاء يمثلون المصلحة المتعاقدة المعلنة عن المزاد كمرحلة أولى في اليوم والساعة المحددين في نظام المزاد الإلكتروني لتقوم بفحص وثائق الملفين الإداري والمالي وتقوم بإقصاء:

- المتنافسين الذين لم يقدموا الوثائق المطلوبة والمعلن عنها،
- المتنافسين الذين تكون مؤهلاتهم المالية والتقنية غير كافية

بعد ذلك تقوم بحصر لائحة المتنافسين المقبولين للمشاركة في الصفقة العمومية، حيث تتقيد المصلحة المتعاقدة بهذه اللائحة وتلتزم بدعوة المتنافسين المقبولين أوليا من أجل المشاركة في المزاد، كما تلتزم بتبليغ المتنافسين المقصيين بسبب استبعاد عروضهم، وذلك بالطريقة الإلكترونية[35].

5- ترتيب العروض: بعد أن تدعو المصلحة المتعاقدة المتنافسين المقبولة عروضهم للمشاركة في المزاد، وضمانا لشفافية المزاد الإلكتروني تتدخل بوابة الصفقات العمومية- عن طريق الهيئة المكلفة بتسييرها وهي الخزينة في القانون المغربي- لضمان مبادئ عدة كالإعلان عن عدد المتنافسين المقبولة عروضهم، وتحديد مراتب العروض دون الإفصاح عن هوية أصحابها، الحرص على ضمان عدم تبادل المراسلات بين المصلحة المتعاقدة والمتنافسين أو المتنافسين فيما بينهم[36].

6- إسناد الصفقة: بعد الإعلان عن ترتيب العروض المقبولة للتنافس تستدعي لجنة المزاد الإلكتروني المتنافس الذي قدم العرض الأقل ثمنا من أجل تقديم الوثائق المطلوبة المرتبطة بعرضه، ليتم إسناد الصفقة له بعد فحص هذه الوثائق، إلا أن هذا لا يمنع الإدارة المتعاقدة أن تعتمد على معايير أخرى غير معيار السعر الأقل[37].

يعتبر العرض المقدم من طرف المرشح الفائز بمثابة الإيجاب الإلكتروني الذي يجب أن يتطابق مع القبول الذي يكون باعتماد السلطة المختصة بإبرام العقد، وإخطار المتعاقد معها عن طريق الوسيط الإلكتروني[38].

من جانب آخر يمكن للإدارة المتعاقدة أن تتفاوض مع المتنافس المقبول رغم التحديد المسبق للسعر والمدة القانونية للمزاد، ويكون التفاوض بشأن الشروط الأخرى للعقد كالتسليم والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بمنازعات إبرام العقد[39].

يمكن أيضا للإدارة المتعاقدة التصريح بعدم جدوى المزاد الإلكتروني العكسي في حالات محددة كأن يكون العدد الأدنى للمتنافسين المسجلين للمشاركة في المزاد يقل عن الحد الأدنى المحدد من الإدارة المتعاقدة، كما يمكن إلغاء المزاد نهائيا إذا توافرت حالة من حالات إلغاء طلب العروض عموما كتغير

المعطيات الاقتصادية أو التقنية للأعمال موضوع الصفقة تغييرا جوهريا، أو تجاوز مبالغ العروض المقدمة اعتمادات الميزانية المخصصة للصفقة...[40].

الخاتمة:

على الرغم من أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام 15-247 يعتبر أول تنظيم للصفقات العمومية يكرس صراحة استعمال تقنيات الإعلام والاتصال في مجال الصفقات العمومية، فإنه لم يكن في مستوى التطلعات والآمال، فقد أظهرت دراسة الأحكام المتعلقة بالاتصال والتعاقد الإداري الإلكتروني الواردة فيه محاولة محتشمة من المشرع لمواكبة ما وصلت إليه عدد من التشريعات المقارنة الغربية وحتى العربية، ويظهر ذلك بالنظر إلى عدة جوانب:

- لم يتبن بشكل موسع الاعتماد على تكنولوجيات الإعلام والاتصال بل كرس مجموعة من التعاملات التي يمكن إجراؤها بوسائل حديثة للتعاقد فقط لا تغني بأي حال عن التقنيات التقليدية في إبرام الصفقة...

- تدبدب موقف تنظيم الصفقات العمومية بالنسبة للتعملات الإلكترونية في إبرام الصفقات حيث يقبل الوسائل الإلكترونية في بعض إجراءات الصفقة العمومية ويستغني عنها معتمدا على الطرق التقليدية في حالات أخرى.

- حتى بالنسبة لبعض إجراءات الصفقات العمومية التي قبل فيها تنظيم الصفقات العمومية الإعتماد على الوسائل الإلكترونية، وكذلك بالنسبة للمزاد الإلكتروني العكسي كأسلوب مستحدث للتعاقد إلكترونيا لم تكن الأحكام القانونية كافية وموضحة لجميع جوانب هذه الإجراءات.

- الجانب الأكثر أهمية فيما يتعلق في تبني تنظيم الصفقات العمومية لآليات التعاقد الداري الإلكتروني هو الإحالة فيما يتعلق بتوضيح كيفيات تطبيق هذه الآليات إلى نصوص تنظيمية طال انتظار صدورها.

في حقيقة الأمر فإن موقف المشرع المتردد والمتدبدب ليس له ما يبرره لأنه في ظل هذا الكم الهائل من تطور تقنيات المعلومات وتكنولوجيات الاتصالات لم نعد نملك الخيار بعدم مسايرة هذا التيار، بل لا بد من المضي قدما في تفعيل الخطوة الجادة التي تم اتخاذها سنة 2015.

الهوامش:

[1]– مرسوم رئاسي رقم 15–247 مؤرخ في 16–09–2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج عدد 50، صادر في 20–09–2015.

[2] - Nadine Poulet, Gibot Leclerc, droit administratif : sources, moyens, contrôles, éditions Bréal, France, 2007, p131.

[3]– رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 54.

[4]– مزهود حنان، " دور الشفافية الإدارية في الوقاية من إهدار المال العام"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة وادي سوف، المجلد 09، العد 03، 2018، ص355.

[5] - Nicolas Fouilleul, le contrat administratif éléctronique : l'exemple des marché publics, Thèse de Doctorat en droit public, université d'Aix-Marseille, 2007, p 05.

[6]– جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002، ص43.

[7]– لم يصدر في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15–247 قرار وزاري متعلق ببوابة الصفقات الإلكترونية، ما يجعلنا نعتمد على القرار الصادر في ظل المرسوم الرئاسي رقم 10–236 الملغى، وهو قرار وزير المالية المؤرخ في 17–11–2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 21، صادر في 09–04–2014.

[8]– المادة 16 من قرار وزير المالية يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.

[9]– رغم ذلك فإن بعض التعليمات الخاصة ببعض الإدارات العمومية تقضي بضرورة الإعلان عن الصفقة في صفحاتها ومواقعها على شبكة الإنترنت، نقلا عن: جلطي أعمر، "أثر الوسائل الإلكترونية على العقد الإداري في التشريع الجزائري"، ص 162.

[10]– بلغول عباس، " الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي رقم 15–247"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 06، العدد 02، ص ص 44، 45.

[11]– المادة 01/204 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[12]– المادة 05 من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 14–20 الصادر في 04–09–2014، يتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، جريدة رسمية عدد 6298، صادرة في 09–10–2014، من الموقع: adala.justice.gov.ma>production>html

[13]– بدر محمد السيد إسماعيل القزاز، دور الإدارة الإلكترونية في محاربة الفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015، ص 349.

[14]– المادة 02/204 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[15]– المادة 12 من يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية.

[16]– رأي رقم 15/2019 بتاريخ 26–02–2019، صادر عن اللجنة الوطنية للطلبات العمومية المغربية بشأن تمكين المتنافسين من إيداع أظرفتهم وعروضهم بطريقة إلكترونية، من الموقع:

[17]– بلغول عباس، مرجع سابق، ص 48.

[18]– المواد 02، 09 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[19]– المادة 03/82، 05 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[20]– المادة 205 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247.

[21]– قمرة النذير، "مساهمة الإدارة الإلكترونية في محاربة الفساد الإداري وتنمية الإدارة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، المجلد 07، العدد 01، 2020، ص 1042.

[22]– المادة 14 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[23]– بن عزة حمزة، "أثر التحول نحو الإدارة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري"، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة، العدد 01، 2019، ص 416.

[24] -Article 56 du **Décret no 2001-210 du 7 -03-2001, portant code des marchés publics,** JORF n°57 du 8 -03- 2001, voir le site :

https://www.legifrance.gouv.fr/

[25] - **Décret n° 2001-846 du 18 -09- 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques,** JORF n°217 du 19 -09- 2001, voir le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

[26] - Art. 1er du **Décret n° 2001-846 du 18 -9- 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques :** Les enchères électroniques constituent le procédé par lequel les candidats à un marché public admis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur public et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats.

[27]– المادة 151 من المرسوم رقم 349–12–2، المتعلق بالصفقات العمومية.

[28]– نمديلي الصغير ساعد رحيمة، مرجع سابق، ص 115.

[29]– نمديلي رحيمة، " أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية، جامعة وادي سوف، عدد 02، 2011، ص200.

[30]– المادة 29 من المرسوم الرئاسي رقم 15–247، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[31]– المادتين 17، 18 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[32]– المادة 16 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[33]– المادة 20 قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[34]– نمديلي رحيمة، " أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري"، مرجع سابق، ص 200.

[35]– المادة 24 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[36]– المادة 26 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

[37] - Art. 1er du **Décret n° 2001-846.**

[38]– حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 47.

[39]– نمديلي رحيمة، " أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري"، مرجع سابق، ص 201.

[40]– المواد 28، 29، 30 من قرار وزير الاقتصاد والمالية المغربي رقم 14–20.

المراجع المعتمدة:

باللغة العربية:

أولا: الكتب

1. بدر محمد السيد إسماعيل القزاز، دور الإدارة الإلكترونية في محاربة الفساد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2015.
2. جابر جاد نصار، المناقصات العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2002.
3. حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2013.
4. نمديلي الصغير ساعد رحيمة ، العقد الإداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.

ثانيا: المقالات العلمية

1. بلغول عباس، " الصفقات العمومية الإلكترونية في المرسوم الرئاسي رقم 15-247"، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد 06، العدد 02.
2. بن عزة حمزة، "أثر التحول نحو الإدارة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري"، مجلة القانون والعلوم السياسية، جامعة، العدد 01، 2019.
3. جلطي أعمر، "أثر الوسائل الإلكترونية على العقد الإداري في التشريع الجزائري".

4. قمرة النذير، "مساهمة الإدارة الإلكترونية في محاربة الفساد الإداري وتنمية الإدارة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، جامعة باتنة، المجلد 07، العدد 01، 2020.
5. نمديلي رحيمة، " أثر الحكومة الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري"، مجلة العلوم القانونية، جامعة وادي سوف، عدد 02، 2011.

ثالثا: النصوص القانونية

1. مرسوم رئاسي رقم 15-247 مؤرخ في
2. قرار وزير المالية المؤرخ في 17-11-2013، يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج ر ج ج عدد 21، صادر في 09-04-2014.

رابعا: النصوص القانونية الأجنبية

1. مرسوم رقم 349-12-2
2. قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 14-20 الصادر في 04-09-2014، يتعلق بتجريد مساطر إبرام الصفقات العمومية من الصفة المادية، جريدة رسمية عدد 6298، صادرة في 09-10-2014، من الموقع: adala.justice.gov.ma>production>html
3. رأي رقم 15/2019 بتاريخ 26-02-2019، صادر عن اللجنة الوطنية للطلبات العمومية المغربية بشأن تمكين المتنافسين من إيداع أظرفتهم وعروضهم بطريقة إلكترونية.

باللغة الفرنسية:

1- **Ouvrages** :

Nadine Poulet, Gibot Leclerc, droit administratif : sources, moyens, contrôles, éditions Bréal, France, 2007
2-
Thèses :

Nicolas Fouilleul, le contrat administratif éléctronique : l'exemple des marché publics, Thèse de Doctorat en droit public, université d'Aix-Marseille, 2007.

3-Textes juridiques :

Décret no 2001-210 du 7 -03-2001, portant code des marchés publics, JORF n°57 du 8 -03- 2001, voir le site : https://www.legifrance.gouv.fr/

Décret n° 2001-846 du 18 -09- 2001 pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques, JORF n°217 du 19 -09- 2001.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

حقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت
(العلامة التجارية عبر الانترنت)

د/بن زيد فتحي
مخبر تطبيق التكنولجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين – سطيف2

ISBN: 978-9931-9651-0-7

حقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت (العلامة التجارية عبر الانترنت)

الدكتور / بن زيد فتحي(*)

ملخص: إن تطور الحياة التجارية مع ظهور شبكة الانترنت والتي ترتب عليها توسع نطاق التجارة لتتم عبر الحدود، وهي الوضعية التي نتج عنها تقديم الخدمات للمستهلك على مدار الساعة، إلا أن هذا التطور صاحبه إشكالات حقيقية مرتبطة بحماية علامة المحل التجاري عبر شبكة الانترنت من عمليات الانتهاك التي تطالها تتطلب تدخل المشرع لتعزير هاته الحماية وتعديل القوانين المنظمة لها.

الكلمات المفتاحية: العلامة التجارية، الموقع الالكتروني، المحل التجاري، شبكة الانترنت، الحماية.

Abstract : The development of commercial life with the emergence of the Internet and the consequent expansion of the scope of trade to take place across borders, which is the situation that resulted in providing services to the consumer around the clock, but this development was accompanied by real problems associated with protecting the brand across the Internet from violations What it involves requires the legislator's intervention to enhance this protection and amend the laws regulating it.

Mots Clés : : trademark, website, commercial store, internet, protection.

مقدمة :

(*)-، أستاذة محاضرة "أ" ، مخبر تطبيق التكنولوجيا الجديثة على القانون محمد لمين دباغين سطيف2 .

مقدمة :

تحتل العلامات التجارية في العصر الحالي أهمية كبيرة في تمييز المنتجات والخدمات وتقديمها المستهلكين من جهة، ومن جهة أخرى تطوير مناخ الأعمال، وانتشارها وخصوصا في الآونة الأخيرة حيث تصدرت اهتمامات القطاعات الاقتصادية المختلفة باعتماد خطط التدرج والتسويق الحديثة للعلامات والتي تمثل الأنشطة الاقتصادية، واستخدام وسائل الاتصال الحديثة في نشر هذه العلامات وإيصالها إلى أكبر قدر من العملاء.

لقد أصبح للتعاملات التجارية الإلكترونية دور بارز في عصرنا الحالي، والتي استمدت انتشارها الواسع عبر شبكة الإنترنت، الشيء الذي نتج عنه حرص الشركات والمشروعات على اختيار علامتها التجارية، حتى تميزها عن العلامات الأخرى التي تمتلكها شركات منافسة، نظراً لما تمثله أهمية في ترويج السلع والمنتجات عبر الانترنت وما تحققه التجارة الالكترونية من مزايا في هذا المجال. وهذا الأمر أدى بدوره إلى ظهور القرصنة الالكترونية للعلامات التجارية.

إشكالية الورقة البحثية: بالرغم من صدور قانون التجارة الالكترونية 08-15 وكذا قانون التوقيع والتصديق الالكترونيين 15-04، وكذا الأمر 03-06 المتضمن قانون العلامات والتعديل للقانون التجاري الأخير15-20، إلا أن الكثير من الاشكاليات بقية عالقة دون أن يتطرق لها المشرع الجزائري والمرتبطة بحقوق الملكية الفكرية عبر شبكة الانترنت والجرائم المرتبطة بها كالقرصنة والتعدي على حقوق مالكها ومن بينها حماية العلامة التجارية للمحل التجاري عبر الانترنت ومن هنا نطرح التساؤلات التالية:

1- ما طبيعة الحماية القانونية المقررة للعلامة عبر الانترنت وهل يمكن تطبيق القواعد التقليدية المقررة لها في المر 03-06 ؟

2- إلى أي مدى يمكن الإقرار القول بفرضية المحل التجاري عبر الانترنت دون أن يكون له وجودا ماديا ثابتا ؟

3- إلى مدى يمكن الحكم بصحة فرضية اعتبار الموقع الالكتروني كعنصر من المحل التجاري ؟

للإجابة على هاته الإشكالية: قسمنا العمل في هاته الورقة البحثية إلى مبحثين، المبحث الأول (العلامة التجارية للمحل التجاري عبر الفضاء الرقمي) والمبحث الثاني (حماية العلامة التجارية للمحلات التجارية عبر الانترنت).

المبحث الأول:

العلامة التجارية للمحل التجاري عبر الفضاء الرقمي

تعتبر العلامة التجارية أهم عناصر المحل التجاري نظير القيمة المالية الكبيرة التي تمثلها في المشروع التجاري[1]، ولما تطورت الحياة التجارية بوجود الانترنت التي أصبحت مرتعا للمعاملات التجارية، كان لزاما الرجوع إلى تعريف المحلات التجارية وبيان طبيعة الموقع الالكتروني الذي يمارس بواسطته التاجر معاملاته التجارية، ومن ثم نتناول مفهوم العلامة التجارية لتلك المحلات.

المطلب الأول

المحل التجاري الافتراضي

إذا كان المحل التجاري بمفهومه التقليدي قد لاق الدراسة الكافية فقها وقانونا ولأجل دراسة المحل التجاري عبر الانترنت من حيث وجوده فعلا وقانونا ومن حيث اختلافه مع المحل التجاري بمفهومه التقليدي، وما مدى كون الموقع التجاري عنصرا من عناصره أم هو مستقل بذاته، لذا سنتناول في الفرع الأول تعريف المحل التجاري عبر الفضاء المعلوماتي، وفي الفرع الثاني بيان طبيعة الموقع الالكتروني للمحل التجاري عبر الانترنت.

الفرع الأول

تعريف المحل التجاري الافتراضي

نص القانون التجاري بالمادة 97 على أنه: " تعد جزء من المحل التجاري الأموال المنقولة المخصصة لممارسة نشاط تجاري ، ويشمل المحل التجاري إلزاميا عملاءه وشهرته ، كما يشمل أيضا سائر الأموال الأخرى اللازمة لاستغلال المحل التجاري كعنوان المحل والاسم التجاري، والحق في الإيجار، والمعدات، والآلات، والبضائع ، وحق الملكية الصناعية والتجارية كل ذلك ما لم ينص على خالف ذلك ".[2]

وعرّف أيضا بأنه مجموعة أموال منقولة مادية ومعنوية تآلفت معا ورتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على عملاء والعناصر التي تتركب منها هذه المجموعة لا تذوب فيها في محيطها ولا تتفاعل فيما بينها تفاعلا يترتب عليه فقدان خصائصها، إنما يضل كل عنصر محتفظ بذاتيته وطبيعته وخاضعا للقواعد القانونية الخاصة به[3].

وعلى اعتبار أن الأموال المشكلة للمحل التجاري منها ما هو مادي ومنها ما هو معنوي، ومع انتشار استعمال المواقع الالكترونية سواء للدعاية أو لممارسة التجارة عبر الانترنت[4]، وهو الوضع الذي نتج عنه تزايد عدد المتسوقين والمستهلكين عبر هاته المواقع الالكترونية داخليا وعبر الحدود وبالتالي فإن التساؤل الذي يجب الإجابة عليه هو مدى اعتبار هاته المواقع على أنها محلات تجارية من الناحية القانونية **فإذا كانت المؤسسة تمارس نشاطها التجاري عن طريق البيع عبر شبكة الاتصال الالكتروني مثل الانترنت هل تملك محلا تجاريا؟ فإذا كانت الإجابة بنعم إذا اعتبرناه محلا تجاريا افتراضيا فهل يختلف عن المحل التجاري التقليدي**[5] ؟

يتكون المحل التجاري من مجموع من العناصر المادية والمعنوية[6]، لكن ليس معنى ذلك أن هذه العناصر تكون واحدة في كل الأحوال، بل تختلف باختلاف نوع التجارة وظروف الاستغلال، فقد تكون براءة الاختراع مثلا عنصرا في بعض المحلات في حين لا يكون لها أثر في بعض المحلات الأخرى.

بالرجوع إلى أحكام القانون التجاري الجزائري فنجد أنه أشار إلى عناصر المحل التجاري بمفهومه التقليدي من خلال المادة (78) على أنه مكون من مجموعة من العناصر هي الاتصال بالعملاء، والشهرة التجارية، والعنوان التجاري، والاسم التجاري والحق في الإيجار، وحقوق الملكية الصناعية والتجارية إلى جانب العناصر التي لم تذكرها هذه المادة وهي حقوق الملكية الأدبية والفنية والرخص الاعتمادات الإدارية.

ويعتبر عنصر الاتصال بالعملاء من أهم عناصر المحل التجاري بما له من قيمة اقتصادية فهو جوهري للمحل التجاري ويدخل في تقييمه ويرتبط بعناصره الأخرى[7]، إذ هو روح القاعدة التجارية وقلبها النابض، لذا فمالك القاعدة التجارية يستعمل كل الوسائل المشروعة لجذب العملاء لمتجره[8]، ويرى غالبية الفقه أن لعنصر العملاء أهمية جوهرية في حياة القاعدة التجارية[9]، ولا يقتصر على تجارة دون أخرى فهو لازم لكل تجارة[10]، وعليه فعنصر الاتصال يتوقف عليه المحل وجودا وانقضاءا[11].

إن عنصر الاتصال بالعملاء هو نتيجة مجموعة علاقات نشأت بين التجار والزبائن بغض النظر عن وضعهم كعملاء دائمين أو عرضيين، وإنما جوهر هاته العلاقة هو الثقة وسمعة التاجر وجودة السلع أو الخدمات المقدمة[12]، ويمتاز التعامل مع الزبائن عبر المحلات التجارية الالكترونية بتمامه وفق نظام برمجي يعمل على شبكة الانترنت ليسهل تبادل المعلومات والبيانات وتقريب المسافات مابين البائعين والعملاء، فباستخدام الانترنت أصبح بالإمكان البيع في نهاية

العالم بنفس السهولة التي تبيع فيها لشخص قريب منك، وأصبح العالم مفتوح دون عوائق كأنه سوق واحدة، كما أصبح لدى المشترين كم كبير من المعلومات وعدد لا نهائي من خيارات الشراء لما معروض للبيع على موقع الشركات أو الأشخاص على شبكة الانترنت من منتجات فجعلت لديهم القدرة على شراء ما يريدون طيلة أيام الأسبوع وساعات اليوم وفي اللحظة التي يقررون، وعلى أي حال، فإن الانترنت وسيلة اتصال هائلة، ليس فقط يوفر على شبكة الانترنت ومعلومات عن المنتجات في أي وقت، ولكنه يمكن أن يسمح لشركة القيام بالبيع 24 ساعة في اليوم، وسبعة أيام في الأسبوع[13].

هذا بالإضافة إلى ان التعامل مع المحلات الالكترونية تتيح لهاته الأخيرة معرفة عدد الزبائن المتعاملين معها خلال اليوم وبالتالي إعطاء إحصائيات دقيقة عنهم وحتى بالمعطيات الشخصية عنهم من خلال جداول إحصائية دورية وكذا عدد زورا الموقع[14].

فالأسواق الالكترونية هي أسواق التي يستطيع المشترون والبائعون من خلالها تبادل المعلومات المتعلقة بالأسعار و مدى توفر المنتجات، والقيام بالدفع الكترونيا، بحيث تتم هذه العمليات بسرعة أكبر وتكلفة أقل، إن السوق الالكتروني هو عالم افتراضي حيث المنتجات والخدمات موجودة كمعلومات رقمية ويمكن تسويقها وتوزيعها خلال قنوات مبنية على المعلومات [15]. تبادل السلع أو الخدمات عبر الإنترنت يغير عادات و الممارسات التجارية. من ناحية ، توسع التجارة الإلكترونية نطاق المنتجات بشكل ملحوظ قابلة للتسويق من ناحية أخرى ، فإنه يزيد من سرعة المعاملات بإلغاء الحدود، أخيرا يولد المنافسة المتزايدة بين الاقتصادية والوطنية ودولي، إنها **المنافسة العالمية**[16].

وبها تتم العملية بين طرفي العلاقة التاجر والمستهلك وفق موقع الكتروني يقدم خدمات التسوق للمستهلك وبطريقة تفاعلية تمكنه من تصفح كامل المعلومات

من خلال عرض كاف عن الشيء المبيع وسعره ومواصفاته، وكذا تصفح جميع الخيارات المتاحة حول سلع مماثلة وفق عقد معد سلفا[17]، كما يمكن التصفح دون ضرورة الشراء ودون تكلف عناء التنقل إلى المتاجر التقليدية التي قد تضطر للشراء منها دون رغبة منك.

وعليه من حيث الواقع أن مختلف تصفحات مواقع التسوق عبر الانترنت جاءت نتيجة أنظمة تكنولوجيا توفرها محركات البحث إذ توفر للزبون إمكانية متابعة عملية تسليم المنتوج، تسليمه في الوقت والساعة وتسيير نظام الإرجاع وخدمات ما بعد البيع[18]، ومنه إن كان موقعا الكترونيا سهل الاستعمال والبحث ومنظم فإنه يقوم مقام قاعدة تجارية[19].

وعليه يشكل المتجر الالكتروني اللبنة الأساسية في النشاط التجاري الالكتروني. فهو مجموعة من العناصر خاصة عنصر العملاء والتي تتكامل مع بعضها البعض لممارسة النشاط التجاري عبر الانترنت، وهو يتفق مع المتجر التقليدي من حيث الهدف الذي يسعى إليه التاجر ألا وهو ممارسة العمل التجاري[20].

الفرع الثاني

الموقع الالكتروني للمحلات التجارية

يعرف الموقع الالكتروني مجموعة من الصفحات المرتبطة تستضيفها حاسبة من نوع خادم تسمي ملقم وتحتوي معظم مواقع الويب على صفحة رئيسية كنقطة بداية تتصل الصفحة الرئيسية بصفحات أخرى باستخدام ارتباطات تشعبيه.

ويعرف بأنه : " مجموعة من الصفحات والنصوص والصور ومقاطع الفيديو ، وفق هيكل متماسك بحيث يكون الوصول إليه البيانات عن جهة ما أو مؤسسة ما ومتفاعل يهدف إلى عرض و وصف المعلومات و بحيث يكون الوصول إليه غير

محدد المكان والزمان وله عنوان فريد يميزه عن بقية المواقع على شبكة الانترنت"[21].

لذا فإن أي منشأة تطور نشاطها التجاري الوحيد على مستوى شبكة الانترنت، وما هو أكثر من ذلك، فإن اسم الموقع يجعل من الممكن تعيين محل تجاري وهو المتجر التجاري لهاته المنشاة[22].

وبينما يرى غالب الفقه أن العقار لا يمكن أن يعد من عناصر المحل التجاري كون الطبيعة المنقولة للمحل التجاري يتناقض مع اعتبار العقار من مكوناته، حيث يتمتع العقار بكيان قانوني خاص يختلف تماما عن الكيان القانوني للمنقولات المكونة المحل التجاري [23]

ويضاف على ذلك أن العقار بحكم طبيعته والنظام القانوني لتداوله يخرج عن ميدان العلاقات التجارية إذ يحيطه القانون بجملة من الإجراءات الشكلية لاعتبارات خاصة بالنظام العام للملكية العقارية والتقليل من المنازعات بشأنها[24].

وعلى أساس أن التجارة الالكترونية تتم عبر الموقع الالكتروني وفي فضاء عبر الانترنت، مما يدل على عدم اشتراط وجود قاعدة تجارية كمقر ثابت وبالتالي التساؤل المطروح **هو مدى اعتبار الموقع الالكتروني محلا تجاريا أو هل يأخذ حكم التاجر المتنقل؟**

التاجر المتنقل هو التاجر الذي يمارس نشاطه التجاري دون ان يكون مقرا ثابتا ومعلوم، ويكون في الطرقات العامة، المعارض والأسواق.

ولم يعطي المشرع الجزائري كغيره من التشريعات تعريفا للتاجر المتجول، ما عدا البعض منها مثل المشرع القطري، فحسب المادة الأولى من القانون القطري يعد بائعاً متجولا:

1- كل من يبيع سلعاً أو بضائع أو يعرضها للبيع أو يمارس حرفة أو صناعة في الطريق أو مكان عام دون أن يكون له محل ثابت[25]،

فإن كان التاجر المتنقل هنا يمارس نشاطه بالبيع دون أن يكون له مقرا ثابتا وهو ما يتطابق ومفهوم التاجر الالكتروني، لكن مكمن الاختلاف أن التاجر التنقل يمارس نشاطه على مستوى الطرقات والأسواق وهو الحال الذي لا يتوافق مع التاجر الالكتروني الذي يمارس نشاطه التجاري على مستوى الانترنت، وبالتالي لا يمكن تطبيق قواعد أحكام التاجر المتنقل على التاجر الالكتروني.

لذا حاول بعض الفقه محاولة التقريب بين فكرة عقد تأجير عقار ليكون مقرا أساسيا للمحل التجاري لممارسة التجارة وبين فكرة عقد إيواء الموقع الالكتروني ليكون أساسا ومقرا لممارسة التجارة على شبكة الانترنت[26].

-متعهدو خدمة الإيواء: إن مصطلح إيواء (hébergement)، بمعناه الإلكتروني الواسع، يشمل وضع الوسائل التقنية والمعلوماتية بمقابل أو بالمجان تحت تصرُّف العملاء؛ ليتمكنوا من الدخول إلى شبكة الإنترنت في أيَّة لحظة، بُغية بث مضمون معلوماتي معين (نصوص، أو صور، أو أصوات...) للجمهور[27]. ويتولَّى هذه المهمة متعهد للإيواء (d'hébergement fournisseur) يعمل على تخزين البيانات والمعلومات التي يبثها أصحاب المواقع الإلكترونية (site d'Internet) على حاسباته الآلية المرتبطة على الدوام بشبكة الإنترنت، بحيث يتمكن أصحاب هذه المواقع من اطلاع الجمهور على مضمونها المعلوماتي على مدار الساعة[28].

كما عرفتها المادة 14 من التوجيه الأوروبي حول "التجارة الإلكترونية" والمادة 2/1-6 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي": عبارة عن نشاط يُمارسه شخص طبيعي أو معنوي، يهدف إلى تخزين مواقع إلكترونية وصفحات

ويب (web pages) على حاسباته الآلية الخادمة بشكل مباشر ودائم مقابل أجر أو بالمجان، ويضع، من خلاله، تحت تصرف عملائه الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تُمكنهم في أي وقت من بث ما يريدون على شبكة الإنترنت، من نصوص، وصور، وأصوات، وتنظيم المؤتمرات والحلقات النقاشية (forum de discussion)، وإنشاء روابط معلوماتية مع المواقع الإلكترونية الأخرى.[29].

وعرفه المشرع الجزائري بموجب القانون 09-04 في المادة الثانية فقرة د منه بأنه: " أي كيان آخر يقوم بتخزين أو معالجة معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعملها "[30].

وفي إطار الالتزام العقدي، ومن أجل تحديد الطبيعة القانونية للخدمة التي يقدمها متعهد الإيواء، يجب التمييز بين من يُزوِّد خدمة الإيواء بمقابل ومن يُزوِّدها بالمجان؛ تقديم خدمة الإيواء بمقابل هو بمنزلة تأجير لجزءٍ من القرص الصلب أو لمكان على الشبكة تابع لمتعهد الإيواء (المؤجر) لصاحب الموقع الإلكتروني (المستأجر). أما الإيواء بالمجان فيتمثل بإعارة جزءٍ من القرص الصلب، أو مكانٍ على الشبكة تابع لمتعهد الإيواء (المعير) لصاحب الموقع الإلكتروني (المستعير)[31].

لذا إن تكييف خدمة الإيواء قانوناً على أنها إجارة أو إعارة، بحسب وجود المقابل من عدمه أمرٌ يتفق وأحكام القانون. فالإجارة هي تمليك المؤجِّر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجَّر لمدة معينة لقاء عوض معلوم، والإعارة هي تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين، على أن يرده بعد الاستعمال. ومن المعلوم أن التأجير والإعارة يمكن أن يقعا على أشياء مادية وأخرى غير مادية، وهذا هو حال تخصيص متعهد الإيواء لمساحة معينة من قرصه الصلب لصالح صاحب الموقع الإلكتروني[32].

وعلى هذا الأساس نرى أن تخصيص مؤدي خدمة الإيواء لصاحب الموقع التجاري حيزا لتخزين المعلومات وإيصالها للمستهلك بالطريقة التي تجعلها متاحة له دون انقطاع وعلى مدار الوقت يعتبر بمثابة عقد إيجار لعقار يؤدي مفهوم مقرا للمحل التجاري، وقد اعتبر الفقه أن المحل التجاري هو مال منقول مادي ومعنوي لا تنطبق عليه الأحكام الخاصة بالعقارات[33]، ويغلب عليه الطابع المعنوي، ومع غياب النص القانوني في التشريع الجزائري الذي يشترط وجود مقرا ماديا للمحل التجاري ممثلا في عقار فما يمنع من اعتبار الحيز الذي يستغله التاجر بموجب الموقع الالكتروني في الفضاء المعلوماتي بمثابة مقرا معنويا لهذا المحل التجاري بخلاف العقار الذي يعتبر أساسا لمقر المحل التجاري التقليدي.

فالمحل التجاري الإلكتروني ليس له موقع مادي ولا يثبت على عقار أو بناية إنما هو محل شبكي يحتوي معاملات تجارية[34]. ويقع على التاجر الالكتروني في ذلك تجهيز المخازن في مستودعات التي تمثل عنصر في غاية الأهمية في عالم التجارة الإلكترونية، فمن المهم اتخاذ قرار التوزيع الجغرافي للمخازن بحكمة وبناءاً على دراسة، هذا القرار يعتمد على العملاء المستهدفين لشراء المنتجات، وبالتالي، فإن الموقع الإلكتروني هو القادر على التغلب على هذه الإعاقة أو الفراغ من خلال ترميز التوطين الإلكتروني، فاسم الموقع هو الذي يحدد المحل التجاري الالكتروني على شبكة الانترنت ويعطيه هوية تجارية، فهو ليس فقط مفهوم تقني أو وسيلة تواصل بسيطة، بل أساس وجود المحل التجاري الالكتروني[35].

ومنه نستخلص أن الموقع التجاري الالكتروني المحدد الذي يقدم خدمات أو سلع للزبائن عبر الفضاء الافتراضي ينطبق عليه وصف المحل التجاري التقليدي وتنطبق عليه أحكام هذا الأخير.

المطلب الثاني

ماهية العلامة التجارية للمحل التجاري في الانترنت

مما لا شك فيه أن المواقع التجارية تستعين بعلامة تجارية تصرف تحتها سلعها وخدماتها الكترونيا، وبالتالي سنتناول بالدراسة مفهوم العلامة التجارية للمحل التجاري عبر الانترنت وما مدى اختلافها عن العلامة التجارية بالمفهوم التقليدي.

الفرع الأول

مفهوم العلامة التجارية للمحلات التجارية في الانترنت

تعد العلامة التجارية بمثابة عنصر أساسي في المجال التجاري الذي يعتبر ركيزة اقتصاد كل دولة فلا نستطيع الاستغناء عنها في المشاريع الاقتصادية، إذ أنها تلعب دورا رئيسيا في نجاح الاقتصاد(36).

وعرفها المشرع الجزائري بموجب المادة (1/2) من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات كما يلي: " العلامات هي كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي لاسيما الكلمات، بما فيها أسماء أشخاص والأحرف... المميزة للسلع أو توضيبها، أو الألوان بمفردها أو مركبة، التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره "(37).

من خلال هاته المادة نجد أن المشرع قد وضع حالات تتخذ فيه العلامة التجارية آلية لتمييز المؤسسات والمنتجات عن غيرها، فقد تكون اسما أو رمزا.

ومنه فإن العلامة التجارية لها أهمية بالنسبة للمنِتج حيث توفر له الحماية أي استئثار الانتفاع بها، واستعمالها على منتجاته لدلالة على أن هذه الأخيرة تخصه من حيث الإنتاج وتعزز روح المبادرة في العالم من خلال سعي المنتجين إلى تحسين وتطوير منتوجاتهم لاكتساب ثقة المستهلكين فكلما زادت جودت البضاعة الموضوعة عليها العلامة التجارية زادت شهرة الشركة وزادت مبيعاتها وتزداد قيمة العلامة التجارية. ولا يقتصر دور العلامة التجارية على هذا، بل تؤدي عدة وظائف اقتصادية للمشروع والمستهلك وهي: التسويق والدعاية، التمييز والمصدر، المنافسة الشريفة، وضمان الجودة(38).

إن العلامة من العناصر المالية المعنوية والمنقولة المشكلة للمحل والتجاري والتي يمارس بواسطتها نشاطه التجاري، ولها قيمتها المالية والاقتصادية من حيث تقييم هذا المحل التجاري، ونظرا للدور الذي تمثله من حيث ضمان جودة السلع والخدمات المقدمة للمستهلك فقد ألزم المشرع الجزائري التاجر على استعمال العلامة التجارية بموجب نص المادة (03): " تعتبر علامة السلعة أو الخدمة إلزامية لكل سلعة أو خدمة مقدمة، بيعت أو عرضت للبيع في التراب الوطني"[39]، ونظرا للقيمة المالية للعلامة التجارية كعنصر من المحل التجاري فإن المشرع قد سمح بالتصرف فيه بكافة التصرفات القانونية من تنازل مع المحل التجاري أو مستقلة عنه[40]، أو رهن[41] أو ترخيص[42] أو تقديمها كحصة في الشركة[43].

وقد يختلط الأمر بين العلامة التجارية والعنوان الالكتروني[44]، هذا الأخير يعد فكرة جديدة ارتبط ظهورها بظهور الإنترنت وزيادة التبادل التجاري عبر الشبكة، لذا أصبح لازما على هذه الشركات أن تحجز لها أمكنة على شبكة الإنترنت عن طريق إيجاد موقع ويب web على هذه الشركة، والذي يعرف على أنه : " اسم يدخل المستخدم عن طريقه إلى شبكة الإنترنت لغرض ما وفي نطاق التجارة الإلكترونية يستخدم لغرض تجاري يتعلق بشركة أو مؤسسة أو مجموعة اقتصادية وهو عنوان افتراضي لأنه يحدد مواقع لمشروعات على أرض الواقع ولكنه يحددا على شبكة الإنترنت"[45]، هذا ولم يرد تعريف للعنوان الالكتروني في التشريع الجزائري. ويعتبر العنوان الالكتروني بوابة الوصول إلى الموقع الالكتروني التجاري التي تعد من مرتكزات سياسة الشركات التجارية فيما يتعلق بالمنافسة وإبرام الصفقات عبر الانترنت، مما اكسبه قيمة تجارية ومادية مستقلة[46].

ولأجل القيمة الاقتصادية للعنوان الالكتروني، اعتبر جانب كبير من القفه أن العنوان الالكتروني هو عنصر من عناصر الملكية الصناعية نظير التشابه

بينهما[47]، والذي يدور حول التمييز بين المشاريع الاقتصادية أو الشركات في البيئة الرقمية وعالم التجارة.

بينما يرى جانب أخر أن العنوان الإلكتروني هو موطن افتراضي للأشخاص على شبكة الإنترنت فالشخص عندما يقوم بتسجيل عنوان إلكتروني باسمه على شبكة الإنترنت فقد اختار مقرا قانونيا ترتبط به مصالحه ويباشر من خلاله نشاطا يتمثل في نشر بياناته الخاصة وأسراره الشخصية وهوياته وغيرها من الأعمال، وهو ما وصفته بعض أحكام القضاء الفرنسي[48].

وعليه وبما أن الغالب من الفقه قد اعتبر أن العنوان الالكتروني هو من عناصر الملكية الصناعية يهدفان إلى ترقية النشاط الاقتصادي للمؤسسات الاقتصادية في عالم يتميز بالمنافسة الشديدة، تستخدمها الشركات مع بعض في التجارة الالكترونية لتعريف منتجاتها، ورغم التشابه بينهما إلا أنه من الملاحظ أن العلامات التجارية تميز المنتجات والخدمات عن غيرها بينما العنوان الإلكتروني يقوم بتحديد الموقع الخاص بالمشروع على شبكة الإنترنت يعرض من خلاله منتجاته وخدماته بعد ذلك[49].

فمن خلال بيان أهمية العنوان الالكتروني نجد أنه عنوان المشروعات عبر الانترنت[50]، ويعد من عناصر جذب العملاء عبر شبكة الانترنت[51].

وحتى تؤدي العلامة التجارية دورها في نشاط المؤسسة اشترط المشرع اشتمالها على ثلاثة شروط حتى تكون قابلة للتسجيل وبالتالي يسمح لها بالنشاط على التراب الوطني وهي:

1- **الصفة المميزة**: جميع السمات المادية التي تصلح لتمييز المنتجات والخدمات فيما بينها وتمنح لها شكلا مميزا، أو تدل على مصدرها أو نوعها أو رتبتها أو طريقة صنعها أو تدل على تأدية خدمة ما تكون قابلة للاستخدام كعلامة مسجلة وتستفيد من حماية القانون[52].

2- **صفة الجدة:** يعد شرط الجدة من أهم الشروط الموضوعية اللازم توافرها في العلامة التجارية ويقصد به أن تكون العلامة جديدة أي لم يسبق استعمالها أو تسجيلها[53]، والجدة المقصودة هنا تكون في شكلها العام، حيث لم يسبق استعمالها أو تسجيلها على نفس البضائع أو الخدمات[54].

3- أن تكون العلامة مشـروعة: لا يكفي أن يكون للعلامة مظهرا مميزا وأن تكون جديدة الاستعمال حتى تكون محل حماية قانونية، إذ يجب أن تكون مشروعة، أي لا تكون مخالفة للنظام والآداب العامة[55] كالصـلبان الأحمر، والدمغات الرسمية وصوره الخليعة وغيرها[56].

الفرع الثاني

تمييز العلامة التجارية للمحلات التجارية عبر الانترنت عما يشابهها

قد يحدث أحيانا لبس أو خلط بين العلامة التجارية وبعض مفردات الملكية الفكرية الأخرى مثل: الاسم التجاري، أو العنوان التجاري، أو البيانات التجارية، أو الرسم والنموذج الصناعيين، أو العنوان الالكتروني، أما فيما يتعلق ببراءات الاختراع وتمييزها عن العلامات التجارية فالأمر في الغالب واضح.

1- تمييز العلامة التجارية عن الاسم التجاري: العلامة التجارية هي كل رمز قابل لتمثيل الخطي يستعمل من أجل تمييز خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع وخدمات غيره، في حين الاسم التجاري هو الاسم الذي يستخدمه التاجر لتمييز محله التجاري عن المحلات المماثلة له، وتعود ملكية العلامة إلى الأسبقية في التسجيل بينما تعود ملكية الاسم إلى الأسبقية في الاستعمال[57]، تتمتع العلامة بحماية مدنية وجزائية، بينما تقتصر حماية الاسم التجاري على المكان الذي يزاول فيه نشاطه عن طريق دعوى منافسة غير المشروعة[58].

2 – تمييز العلامة التجارية عن العنوان التجاري: العنوان التجاري هو اسـم يتخذه التاجر الفرد لأجل إجراء معاملته أو معاملتهم التجارية والتوقيع به على

الأوراق المتعلقة بالنشـاط التجاري، وعناصـر العنوان هي الاسـم المدني أو اسـم أسـرته (اللقب) فالعنوان التجاري عنصر ذّاتي ينصـرف إلى الشـخص ليميزه عن غيره من الأشـخاص، ولا يمكن أن يتصـرف به الغير فهو توقيع صـاحبه وليسـت له قيمة مالية[59]، بينما تكون العلامة علامة للمنشـــأة و للإنتاج و ليس للفرد كما تكون لها قيمة مالية، لذا يمكن القول أن الفروق بين العلامة التجارية والعنوان التجاري هي كالفروق بينها وبين الاســم التجاري باســتثناء أن العنوان التجاري يتضـمن الاسـم الشـخصـي المدني لشـخص في حين أن الاسـم التجاري يكون خاليا من الاسم الشخصي[60].

3- تمييز العلامة التجارية عن البيان التجاري: البيانات هي إيضـاحات يضـيفها التـاجر أو المنتج للمنتجـات والســلع بغرض بيـان عـددهـا، كميتهـا أو وزنهـا أو مصدر إنتاجها أو طريقة تركيبها، صنعها، إنتاجها، عناصر تركيبها، خصائصها، صــفات منتجها أو صــنعها. لا يتمتع التاجر الذي يضــع بيانا تجاريا معينا على منتجاته بحق احتكار اســتغلاله في حين العلامة تخول لصــاحبها حق الاحتكار والاستغلال[61].

4- تمييز العلامة عن الرســم والنموذج الصــناعيين: تنتمي العلامة التجارية، الرسـم و النموذج الصـناعيين إلى حقوق الملكية الصـناعية حيث نصـت المادة **(1)** من الأمر86/66 المتعلق بالرسوم والنماذج: " يعتبر رسما كل تركيب خطوط أو ألوان يقصــد به إعطاء مظهر خاص لشــيء صــناعي أو خاص بالصــناعة التقليدية، يعتبر نموذجا كل شكل قابل لتشكيل ومركب بألوان أو بدونها أو كل شيء صناعي أو خاص بالصناعة التقليدية يمكن استعماله
كصــورة أصــلية لصــنع وحدات أخرى ويمتاز عن النماذج المشــابهة بشــكله الخارجي"[62].

5- تمييز العلامة التجارية عن تسميات المنشأ: عرفت المادة الأولى من الأمر 65/76 المتعلق بتسميات المنشأ تسمية المنشأ بأنها: " الاسم الجغرافي لبلد أو جزء من منطقة أو ناحية أو مكان مسمى من شانه أن يعين منتجا ناشئا فيه وتكون جودة هذا المنتوج أو مميزاته منسوبة حصرا أو أساسا لبيئة جغرافية تشمل على العوامل الطبيعية والبشرية"[63].

فتسمية المنشأ إذن ترتكز على منطقة الإنتاج خاصة إذا كانت لهذه المنطقة خصائص أو شهرة معينة للمنتج بينما العلامة هدفها تمييز تلك السلع عن مثيلاتها والظهور في شكل مميز يجذب المستهلكين.

المبحث الثاني

حماية العلامة التجارية للمحلات التجارية عبر الانترنت

لا قيمة للعلامة التجارية للمحل التجاري من الناحية الاقتصادية ما لم تكن مضمونة بحماية قانونية فعالة، لذا نحاول من خلال هذا المبحث بيان القواعد التقليدية التي تنظم حماية العلامة التجارية في التشريع الجزائري وما مدى ملائمة هاته القواعد لحماية العلامة التجارية في الفضاء الافتراضي كمطلب أول، ومن ثمة دراسة الوسائل البديلة لحل منازعات العلامة التجارية للمحل التجاري في البيئة الافتراضية كمطلب ثاني.

المطلب الأول

ملائمة القواعد التقليدية لحماية العلامة التجارية للمحلات عبر الانترنت

أقرت التشريعات الوطنية لحماية العلامة التجارية قواعد وأسس تحمى بها العلامة التجارية من كل الاعتداءات التي تطالها من الغير، والتي تقوم على أساس الأولوية في التسجيل والتسجيل على أساس النطاق المكاني، **فهل تنطبق هاته القواعد والأسس على حماية العلامة التجارية للمحل التجاري عبر الانترنت؟**

الفرع الأول

الحماية على أساس قاعدة الأسبقية في التسجيل

يمكن اكتساب ملكية العلامة التجارية حسب طريقتين، إما نظرا لإيداعها أو نظرا لاستعمالها، ويقصد بالعملية الأولى، استيفاء إجراءات إدارية يظهر المودع بواسطتها إرادته في امتلاك علامة معينة قصد تمييز منتجاته أو خدماته، فلا شك أن عملية التسجيل التابعة للإيداع تمنح المودع حقوق شرعية، بينما يقصد بالعملية الثانية اكتساب ملكية علامة ما نظرا لاستعمالها وفي هذه الحالة يتوجب على المعني بالأمر إثبات أنه قام بتصرفات أو أعمال تثبت إرادته في امتلاك علامة، ومثال ذلك منتجات تحمل هذه السمة أو إرسال نشرات دعاية تحملها[64].

وفي ظل التشريع الجزائري السابق كان ينص على أن ملكية العلامة لمن كانت له الأسبقية في إيداعها[65]، شريطة استعمالها في السنة الموالية للإيداع، و إلا أصبح الإيداع عديم الآثار، وفيما يخص الأحكام الراهنة، فهي تقضي بملكية العلامة لأول من استوفى الشروط المحددة لصحة الإيداع أو الشخص الذي أثبت أقدم أولوية لإيداعه حسب المفهوم الوارد في اتفاقية إتحاد باريس[66]، مما يمكنه التمسك بالحق المخول عن التسجيل في مواجهة الغير الذي يستعمل استعمالا تجاريا علامة، رمزا أو اسما تجاريا بكيفية تكاد تحدث لبسا مع البضاعة أو الخدمات التي تحمل علامته[67]، لذا فملكية العلامة التجارية كقاعدة عامة تعود لمن كانت له الأسبقية في التسجيل، فيكون بذلك مالكا لها وأول من استعملها، شريطة أن يكون هذا الاستعمال ظاهريا وفعليا ومثبتا على السلعة أو الخدمة المقدمة[68].

فضلا عن ذلك تستفيد من الحماية المقررة قانونا العلامة المسجلة لدى الجهات المختصة، فلكي يتمكن صاحب علامة تجارية من تمييز بضائعه أو

خدماته التي هي من صنعه وتميز البضائع التي يتاجر بها أو التي ينوي الاتجار بها يجب عليه أن يقوم بتسجيل العلامة لدى مسجل العلامة التجارية، وهي هنا المعهد الوطني للملكية الصناعية (INAPI)[69]، لذا فإن تسجيل العلامة التجارية هو النتيجة النهائية للسير في الإجراءات المحددة التي نص عليها القانون ابتداء من تقديم الطلب و إلى غاية الموافقة عليه[70].

والحماية المقررة للعلامة التجارية بالوسائل التقليدية على الاعتداءات الواردة عليها تنطبق في مفهومها على الاعتداء الذي يطالها عبر الانترنت، إذ يمكن لمالك العلامة رفع الدعوى المدنية والجزائية.

الفرع الثاني

الحماية على أساس مبدأ إقليمية العلامة

يتحدد نطاق حماية العلامة التجارية بمبدأ الإقليمية حيث ينحصر الحق في العلامة على إقليم الدولة التي سجلت فيها ولهذا المبدأ جانب إيجابي، حيث يتم حماية العلامة في مجموع قطاعات إقليم الدولة ولو لم تستعمل إلا في بعضها، لأن الحماية المقررة ذات مضمون وطني كما أن لهذا المبدأ جانبا سلبيا، حيث أن الأعمال والإجراءات التي يترتب عليها اكتساب ملكية العلامة أو المحافظة عليها لا ترتب أثارها إلا في الدولة التي اتخذت فيها هذه الإجراءات أو الأعمال[71]، ولا يجوز من حيث المبدأ التأثير على هذا الحق في إطاره الإقليمي بأي أعمال أو تصرفات تتخذ في دولة أجنبية.

ولذلك يجب على كل من يرغب في توسيع نطاق حماية علامته التجارية أن يتخذ الإجراءات اللازمة لحمايتها في كل دولة من الدول التي يرى ضرورة لحمايتها فيها وفي هذه الحالة يكون كل حق جديد ناشئ عن اتخاذ هذه الإجراءات مستقل عن الحق المقرر في دولة الأصل، وذلك ما لم يتم إيداع العلامة التجارية وتسجيلها طبقا لقواعد معاهدة مدريد[72]، ويترتب على مبدأ الإقليمية العلامة التجارية أنه

يجوز من حيث المبدأ لأي شخص تسجيل واستعمال العلامة في أي دولة أخرى، لم تسجل فيها هذه العلامة سواء كان ذلك لتمييز منتجات مماثلة أو غير مماثلة، وذلك ما لم يوجد قاعدة قانونية سواء داخلية أو دولية تقضي بخلاف ذلك، لذا يسعى المجتمع الدولي إلى تسهيل عملية تسجيل جماعي لمختلف عناصر الملكية الصناعية خارج دولة المنشأ للتخفيف من حدة تطبيق هذا المبدأ وتحقيق أكبر قدر من الحماية لمالك العلامة.[73]

ويستثنى من تطبيق هذا المبدأ كل من العلامة المشهورة[74]، والعلامة المسجلة دوليا بموجب اتفاقية مدريد[75] وبروتوكول مدريد[76].

المبحث الثاني

أحكام حماية العلامة التجارية للمحلات عبر الانترنت

إن حماية العلامة التجارية نقطة مهمة لحماية هوية أعمال التاجر، حيث بدون حماية يمكن لأي الاستفادة من جهد الغير نتيجة استعمال علامة تجارية مملوكة للغير ينتج عنها حصوله على فوائد من هذا الاستعمال غير المشروع، وعليه كلما كانت الحماية فعالة كلما ساهم في تعزيز نطاق التبادل التجاري وتشجيع الاستثمار من جهة، من جهة أخرى تعزيز ثقة المستهلك من خلال ضمان جودة المنتج وسهولة التعرف عليه، ولدراسة نظام حماية العلامة التجارية، سيكون المطلب الأول للحماية المدنية والمطلب الثاني للحماية الجزائية.

المطلب الأول

الحماية المدنية للعلامة التجارية للمحلات عبر الانترنت

إن التعدي على حق صاحب العلامة التجارية يعطي لمالكها حق المطالبة التعويض بموجب دعوى مدنية أو دعوى منافسة غير شريفة كما يلي.

الفرع الأول

الدعوى المدنية لحماية العلامة التجارية للمحلات عبر الانترنت:

إن المنـافســـة تعتبر عملا مرغوب فيـه يعود الفضـــل لهـا لازدهـار المشـــروعات وتطويرها وهو ما حفز على الابتكار والإبداع الذي يعود بأفضـــل النتائج على العمل التجاري والصـناعي، ولكن قد تنصـرف هذه المنافسـة وترتب مسؤولية التاجر عن تعويض الضرر الذي أصاب الغير والكف عن الاستمرار في هذا العمل عن طريق الحماية المدنية.

تعتبر الحماية المدنية من الأســاليب القانونية المتبعة لحماية الحق على أسـاس قواعد المسـؤولية، وبما أن العلامة التجارية من الحقوق التي المعترف بها لمالكها أمام القضـاء المدني، لذا له الحق في المطالبة بالتعويض عن الضـرر الذي لحقه جراء التعدي عليها.

تقوم الدعوى المدنية هنا على أساس المطالبة بالتعويض عن الضرر الحاصل ووقف الاعتداءات الواقعة على العلامة التجارية، وهذا عملا بأحكام المادة (28) من الأمر 03- 06 السالف الذكر بأنه: " يحق لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضـــائية ضـــد كل شـخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسـجلة.....أعمالا توحي بأن تقليدا سـيرتكب"، فيتبين من حكم المادة أن الدعوى المدنية مرتبطة أصـــلا بدعوى جزائية قائمة على إثبات جنحة التقليد، وهذا يتوافق مع أحكام المادة (2) قانون الإجراءات الجزائية[77]:" يتعلق الحق في الدعوى المدنية المطالبة بالتعويض عن ضـــرر ناجم عن جناية أو جنحة أو مخالفة...".

ترفع الدعوى المدنية وفقا لثلاثة أوضـــاع، فإما أن تكون الدعوى المدنية تبعية مع الدعوى الجزائية الناظرة في جنحة التقليد أو بموجب دعوى مسـتقلة حيث يرفع مالك العلامة دعوى أما القســم التجاري طالبا التعويض مما يدفع

القاضـي المدني إرجاء الفصـل إلى حين البت في الدعوى الجزائية الواردة على نفس الأطراف وعلى نفس الحق وهو التعدي على العلامة جزائيا وأخيرا يكون له الحق في اللجوء للقضـاء التجاري باعتباره تاجرا للمطالبة بالتعويض مسـتندا لحكم جزائي على أساس حكم جنحة تقليد علامة سابق.

في إطار الدعوى المرفوعة من مالك العلامة للمطالبة بالتعويض عن الضـرر، جاز له أن يرفع طلبا ثانيا مفاده الحكم بوقف الاعتداءات الواقعة على علامته مهما كانت هاته الأفعال من حيث الطبيعة أو الجسـامة، ما دامت تشـكل تعديا على العلامة المسـجلة والمحمية، وهو حق مكرس قانونا بموجب المادة (29) من الأمر 03-06 سـالف الذكر لمالك العلامة وحده فلا يجوز للقاضـي إثارته من تلقاء نفسه ولو لم يطلبه المعني بالأمر.

إن الحق المالي المترتب لمالك العلامة عن التعويض عن التعدي عليها بموجب المادة (29) السـالفة الذكر، والمدعمة بالمادة (124) من القانون المدني الجزائري، يخضع لتقدير قاضي الموضوع، مقدرا في ذلك على الربح الذي حرم منه مالك العلامة والضـرر الناتج عن تخفيض قيمة العلامة بفعل المنتجات الأقل جودة ومصاريف ومراقبة المقلدين[78].

الفرع الثاني

مفهوم دعوى المنافسة غير المشروعة

إن مختلف التشريعات بما فيها التشريع الجزائري لم يعطي نصا قانونيا ينص صراحة على تعريف هذا المصطلح، إذ أن إعطاء تعريف محدد للمنافسـة غير المشـروعة سـوف يجعل هذا المصـطلح أكثر جمودا وعليه سـنتطرق في ثلاثة فقرات تعريف المنافسـة غير المشـروعة، الأسـاس القانوني لعدوى المنافسـة غير المشروعة وشروط رفع هذه الدعوى.

أ- تعريف المنافسة غير المشروعة: يقصد بالمنافسة غير المشروعة ارتكاب أعمال مخالفة للقانون أو العادات أو استخدام وسائل منافية لمبادئ الشرف والأمانة في المعاملات إذ قصد بها إحداث اللبس بين منشأتين تجاريتين أو إيجاد اضطراب بأحدهما متى كان من شأنه اجتذاب العملاء لإحدى المنشئتين لأخرى وأصرف عملاء المنشأة عنها وهي كل الطرق والأساليب[79] التي يستخدمها التاجر والتي تخالف القوانين والعادات التجارية وتتعارض مع الأمانة والصدق في نطاق النشاط التجاري[80].

ب- الأساس القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة: لم يضع المشرع قواعد خاصة لتنظيم المسؤولية الناجمة عن أعمال المنافسة غير المشروعة، لذا وجب الرجوع إلى القواعد العامة والمطبقة في نطاق المسؤولية التقصيرية[81] استنادا إلى نص المادة (124) من القانون المدني الجزائري التي تقضي بقولها " كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

كما يمكن تأسيسها على المادة(2/10) من اتفاقية باريس والتي انضمت إليها الجزائر بتاريخ1966/06/24 والتي تعدّ معدّلة للقوانين الجزائرية إذ نصّت على أنه " تلتزم دول الاتحاد بأن تكفل لرعايا دول الاتحاد الأخرى حماية فعالة ضد المنافسة".

نستنتج أن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة يقوم على أساس رفع دعوى المسؤولية التقصيرية فكل تاجر أصابه ضرر على المنافسة بطرق ووسائل منافية للقانون والعادات. يحق له المطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به جراء تلك الأعمال بشرط أن تكون الشروط الثلاثة اللازمة قائمة وهي الخطأ، الضرر وعلاقة سببية[82].

إن رفع دعوى المنافسة غير المشروعة لا يقتصر في الأصل على مالك العلامة التجارية المسجلة، طالما أن الأخير يمكنه اللجوء للحماية التي تستند إلى الأمر

03-06 المتضمن العلامات، ومنه فإن دعوى المنافسة غير المشروعة يمكن أن يرفعها كل من أصابه ضرر جراء المنافسة غير المشروعة[83].

إلا أن المشرع الجزائري منع استعمال أية علامة تجارية إلا بعد تسجيلها أو إيداع طلب تسجيل بشأنها، حيث إنه جعل من استعمال علامة تجارية غير مسجلة جريمة يعاقب عليها القانون[84]، وبالتالي فهو لا يمنح أي نوع من الحماية للعلامة التجارية غير المسجلة حتى بموجب دعوى المنافسة غير المشروعة، لأنه لا يحق أن يحمي حقا ناتجا عن فعل غير مشروع أصلا ومعاقب عمله قانونا.

ج- شروط المنافسة غير مشروعة: إن دعوى المنافسة غير المشروعة تقوم على أركان دعوى المسؤولية التقصيرية مع مراعاة الطبيعة الخاصة لهذه الدعاوى، وتتمثل أركانها في:

1- الخطأ: لا تتحقق المسؤولية إلا إذا كان هناك خطأ ارتكب والخطأ هو انحراف الشخص عن سلوك الرجل العادي، ويتمثل الخطأ في دعوى المنافسة غير المشروعة في استعمال وسائل غير قانونية أو منافية للعرف التجاري أو العادة التجارية[85]، وعادة تحصل هذه المنافسة بين شخصين يمارسان تجارة واحدة أو متشابهة، مثلا تعتبر منافسة غير مشروعة من صاحب مصنع لإنتاج الجلود وصناعة الأحذية ضد مصنع لصناعة الجلود وتعود للقاضي السلطة في تقدير الفعل المكون للمنافسة غير مشروعة[86].

2- الضرر: لا يكفي لحدوث خطأ التاجر قيام دعوى المنافسة غير مشروعة بل يجب أن ينجم عن خطئه ضرر الغير ويقع على المضرور عبئ إثبات الخطأ والضرر، والضرر الذي يستوجب التعويض هو الضرر الذي وقع فعلا أو سيقع حتما في المستقبل، أما الضرر الاحتمالي هو غير محقق الوقوع أي قد يقع وقد لا يقع فلا يستوجب التعويض عنه[87]، كذلك لا أهمية إذا كان الضرر ماديا أو

أدبيا صـــغيرا أو كبيرا، فالضـــرر المادي ينال المضـــرور في أمواله، وأدبيا ينال المضرور في سمعته أو اعتباره الاجتماعي(88).

3- العلاقة السببية: لكي نستطيع القول أن هناك منافسة غير مشروعة واستحقاق التعويض يجب توجد علاقة سببية بين الضرر والخطأ أي يكون الضرر الذي أصاب التاجر إنما كان بسبب الخطأ أو أعمال المنافسة غير مشروعة التي صدرت من التاجر المنافس(89).

كما لا يخفى أن استخلاص وجود الربطة السببية بين الخطأ والضرر من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع(90).

د- آثار دعوى المنافســـة غير المشـــروعة: تعتبر الدعوى المدنية المرفوعة من المتضـــرر من التعدي الواقع على العلامة التجارية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الناتج عن هذا التصرف بالإضافة إلى أثارا أخرى كما يلي:

1- التعويض عن الضرر المادي: تقدر المحكمة التعويض بسبب ما أصاب المضرور من ضرر مادي يقوم القاضي بتقويمه، ولذلك يجب تطبيق نّص المادة (124) من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر(91).

2- التعويض عن الضـــرر المعنوي: إضـــافة إلى الضـــرر المادي، قد يترتب ضـــرر معنوي يصيب صاحب شهادة التسجيل بسمعته أو شهرته أو شرفه التجاري، وهو في دعوى المنافسة غير المشروعة غالبا ما يكون مبلغا نقديا فتأمر المحكمة بالتعويض عن كافة الأضـــرار المادية والأدبية التي لحقت بالمدعي كما يجوز أن يكون التعويض عينيا والمحاكم هي التي تتولى تحديد الطريقة المناسبة للتعويض في كل حالة على حدى(92).

3- وقف أعمال التعدي: تقتضـي دعوى المسـؤولية التقصـيرية وفقا للقواعد التي تنظمها إلى التعويض عن الضـــرر الحاصـــل نتيجة تصـــرف الغير، لذا تم تكييفها على أنها دعوى علاجية، بينما الهدف من دعوى المنافسة غير المشروعة

بالإضـافة للتعويض هي وقف ومنع اسـتمرار أفعال التعدي مهما كان الوصـف الذي يلحقها، فهي تكيف على أنها دعوى علاجية وقائية، عن طريق حجز السلع والمعدات وإتلاف السلع والبضائع محل التقليد[93].

نستنتج من المادة أعلاه أن القسم التجاري هو المختص في الدعاوى الناتجة عن الفعل غير المشروع الذي يكون بسبب مزاولة النشاطات التجارية والاقتصادية والصناعية.

المطلب الثاني

الحماية الجزائية للعلامة التجارية للمحلات عبر الانترنت

من أهم الاعتداءات التي تقع على العلامات التجارية هي جريمة التقليد بمختلف صورها، وهذا ما جعل المشرع الجزائري يحرص على محاربة هذه الجرائم وعلى رأسها جريمة تقليد العلامة بحمايتها حماية جنائية، وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مطلبين، مفهوم جريمة التقليد (أولا)، العقوبات المقررة لجريمة التقليد والإجراءات التحفظية (ثانيا).

الفرع الأول

مفهوم جريمة التقليد

إن مختلف التشريعات الدولية بها فيها التشريع الجزائري أعطى تعريفا شاملا وليس دقيقا للتقليد، لذا لابد من تحديد مفهوم دقيق للتقليد، ومن هنا سوف نحاول إعطاء المفهوم الفقهي والتشريعي لمصطلح التقليد.

1- **تعريف جريمة التقليد**: تعريف جريمة التقليد من الناحية الفقهية والتشريعية كما يلي:

أ- **التعريف الفقهي لجريمة التقليد**: يعرفه الفقه على أنه اصطناع علامة مطابقة تطابقا تاما للعلامة الأصلية[94]، أو صنع علامة تشبه في مجموعها العلامة الحقيقية، بحيث يمكن للعلامة الجديدة أن تضلل المستهلك[95]، أما

التشبيه فهو اصطناع علامة تشابه في مجموعها العلامة الأصلية من شأنه أن يخدع الجمهور ويضلله[96].

ب-التعريف التشريعي لجريمة التقليد: لقد عرّف المشرّع الجزائري التقليد من خلال المادة (1/26) من الأمر 06/03 السالف الذكر على أنّه: " يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامة قام بها الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة".

نستنتج من خلال نص المادة أعلاه، أن المشرع الجزائري قصر الحماية الجنائية على العلامات التي تكون مسجلة والتي تمس العلامات بصورها المختلفة.

ج- تمييز جريمة التقليد عن التزوير: فعل التزوير يتحقق متى تم نقل علامة مسجّلة نقلا حرفيا بحّيث تكون العلامة المزوّرة مطابقة تماما للعلامة التجارية الأصلية[97].

أما تقليد العلامات فيعني اصطناع أو محاكاة علامة تمثل في مجموعها العلامة الأصلية تماثلا من شأنه أن يخدع الجمهور ويضلله بخصوص مصدر البضاعة التي تميزها

العلامة، فلكي نكون أمام تقليد للعلامة يجب القيام بعمل من شأنه أن يؤدي إلى خلق الشبه بين العلامة الأصلية والمقلدة من جهة وتضليل الجمهور بخصوص مصدر البضاعة التي تميزها العلامة من جهة أخرى، حيث لا جريمة في حالة عدم قيام التضليل[98].

2- أركان جريمة التقليد: من التعارف عليه أن للجريمة أركانا ثلاثة كما يلي:

أ- الركن الشرعي: لا يعاقب شخص إلا بوجود نص قانوني يقرر العقوبة، ويجرم الفعل وهذا ما يسمى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات[98]، إذ تنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير أمن بغير

قانون"[100]، فالرّكن الشّرعي يوضح الأفعال المادية غير المشروعة التي تكون الجريمة وهي جوهر الركن المادي[101].

ب-الركن المادي: تقوم جريمة تقليد العلامة على أساس عملية التقليد فعلا حتى ولم تستخدم على المنتجات أو الخدمات لتمييزها، فعملية نقل العلامة التجارية وحدها تكفي لبيان جريمة التزوير، فلا يهم إذا كانت هذه العلامة استعملت أم لا، فإثبات التقليد بمجرد إيداعها لدى المصلحة المختصة بغية تسجيلها وذلك نتيجة لتطابقها تطابقا تاما للعلامة الأصلية[102].

ج-الركن المعنوي: تقتضي كل جريمة توفر النية الإجرامية، لكن في جريمة التقليد لم ينصّ المشرع الجزائري على النّية الإجرامية، بل اكتفى بتقرير الجزاء وإثبات الفعل المتمثل في اصطناع علامة مطابقة تطابقا تاما للعلامة الأصلية أو اصطناع علامة مشابهة لها[103].

3- صور تقليد العلامة: يمكن أن يكتسي الاعتداء على العلامة التجارية أشكالا مختلفة، فالبعض منها يتمثل في الاعتداء المباشر على الحق في العلامة ، والبعض الآخر يتمثل في الاعتداء على قيمة العلامة باعتباره غير مباشر[104]، وتعتبر الأفعال التي يرتكبها المنافس تعديا على حقوق العلامة التجارية إذا كانت من الأعمال التالية: **التقليد المباشر للعلامة**[105]، **تشبيه العلامة**[106] **و جرائم مرتبطة بجنحة التقليد**[107].

ثانيا- العقوبات المقررة لجريمة التقليد: أقرّ المشّرع الجزائري عقوبات للحدّ من جريمة التقليد، كما منّح لها وسيلة أخرى لحماية حقّ مالك العلامة وذلك من تمكّينه منّ اتخاذ إجراءات تحفظية وعليه سنتناول العقوبات المقررة لجريمة التقليد والإجراءات التحفظية[108].

1- العقوبات الأصلية المقررة لجريمة التقليد: المشرع الجزائري تعرض لموضوع الحماية غير مباشرة في قانون العقوبات وذلك على النحو التالي:

أولا- قانون العلامات: نص الأمر 03-06 المتضمن قانون العلامات عقوبات توقع في حال انتهاك الحق في العلامة، وجعل منها عقوبات أصلية وأخرى تبعية كما يلي:

1- العقوبات الأصلية: العقوبات الأصلية هي التي يحكم بها القاضي الجزائي حال النظر في دعوى مرتبطة بجريمة، وتتمثل في الجنح الحبس ولغرامة المالية [109]، وطبقا للمادتين (32-33) من الأمر 03-06 يمكن الحكم بهما معا أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

أ- الحبس: يعتبر الحبس عقوبة سالبة للحرية مقررة لمادة الجنح، وتتراوح مدة الحبس من شهرين إلى 05 سنوات[110].

بالنسّبة للجرائم المرتبطة بجنحة التقليد والواقعة على علامة تجارية مسجلة فحسب المادة (32) من الأمر رقم 03-06 السالف الذكر عقوبة الحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين[111].

أمّا الجرائم التي تقع على العلامة التجارية دون أن تكون مرتبطة بفعل التقليد فيعاقب على جنح الاعتداء الأخرى على العلامة بالحبس و/أو الغرامة وذلك طبقا لأحكام المادة (33) من الأمر رقم 03-06 السالف الذكر[112]

ب- الغرامة المالية: الغرامة عقوبة مالية تمس المدان في ذمته المالية، وتعد من مصادر الإيرادات للخزينة العمومية، حيث تعرف بأنها إلزام المحكوم عليه بدفع مبلغ من المال مقدر في حكم قضائي إلى الخزينة العامة للدولة[113].

ويختلف مقدار الحكم بهاته العقوبة بحسب طبيعة الجريمة الواقعة على العلامة بين الجرائم المرتبطة بفعل التقليد وما هي مستقلة وغير مرتبطة به[114].

وعمليا لا تقوم النيابة العامة بتولي تحريك الدعوى العمومية مباشرة فغالبا ما يتولى إجراءات تحريكها مصالح مكافحة الغش" مديرية التجارة " ويجب إتباع إجراءات المباشرة والتحرك ضدّ جرائم العلامة التجارية قبل انقضاء مدّة 3

سنوات من تاريخ ارتكاب الوقائع وإلا تقادمت لكون هذه الجريمة تشكل جنحة غير مستمرة.

ويعهد الاختصاص لقسم الجنح لفعل التقليد، وينعقد الاختصاص المحلي لهاته الجرائم المكان الذي ارتكبت فيه الجريمة، أو مكان إقامة المتهم أو الذي ألقي فيه القبض عليه، طبقا لنص المادة (329) من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري 156/66 السالف الذكر.

وإذا تعلق الأمر بمتابعة شخص معنوي وفقا للمادة (65) مكرر وما يليها من قانون الإجراءات الجزائية، فإن المحكمة المختصة محليا هي المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصيا مكان ارتكاب الجريمة، أو المقر الاجتماعي لمشخص المعنوي، إلا أنه إذا تمت متبعة أشخاص طبيعية في الوقت ذاته مع الشخص المعنوي، يكون الاختصاص المحلي للجهة القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية[115].

ثانيا- قانون العقوبات الجزائري: جاء في المادة (429) من قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة مالية[116].

في جميع الحالات فعلى مرتكب المخالفة إعادة الأرباح التي حصل عليها بدون حق[117].

2- العقوبات التكميلية لجريمة التقليد: إلى جانب العقوبات الأصلية التي المنصوص عليها في المادتين (32-33) من الأمر رقم 03-06 المتعلق بالعلامات، فقد نص على عقوبات تكميلية لإحاطة العلامة بحماية أوسع ووضع حدّ لجريمة التقليد وتتمثل هذه العقوبات بما يلي:

أولا- الغلق النهائي أو المؤقت للمؤسسة: بالرجوع إلى الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات، فإلى جانب عقوبة الحبس والغرامة يحكم القاضي بالغلق النهائي أو المؤقت للمؤسسة[118]، إذ أنه في حالة الحكم على المتهم بعقوبة جزائية يقرر

القاضي غلق المؤسسة، إلاّ أنّ المشّرع الجزائري لم يحدد مدة الغلق المؤقت، بخلاف نظيره الفرنسي الذي نّص للمحكمة أن تأمر بالغلق الكلي أو الجزئي، نهائي أو مؤقت للمؤسسة لمدة أقصاها 5 سنوات[119].

ثانيا- المصادرة: يفهم من المصادرة أنها المصير النهائي لمال أو لمجموعة أموال معينة إلى الدولة[120]، فإن كانت هاته العقوبة إجبارية بموجب نص وجب على القاضي النطق بها في حكمه وملزما بها[121]، تتمثل هذه العقوبة في مصادرة المنتجات والأدوات التي استخدمت لارتكاب جنحة التقليد وهذا ما نصت عليه المادة (32) الأمر رقم 03-06 السالف الذكر ولا يمكن للقاضي أن يأمر بالمصادرة إلا في حالة الحكم بعقوبة جزائية وعليه فإن الحكم المصادرة إلزامي للقاضي في حالة الحكم بإدانة المتهم[122].

ثالثا- الإتلاف: وتتمثل في إتلاف الأشياء محل المخالفة والتي قد تتمثل في المنتجات التي تحمل علامة مقلدة أو الوسائل التي تستعمل لارتكاب الجريمة وقد اعتبرها إلزامية أيضا
للقاضي للحكم بها في حالة إدانة المتهم[123].

وللمحكمة أن تأمر بإتلاف جميع الأختام، ونماذج العلامات، والإعلانات ومواد التغليف،
واللّوحات المستعملة لارتكاب الجنحة، أي جميع الأشياء المستعملة في جنحة التقليد والجنح المرتبطة بها[124]، والأمر بها وجوبي وليس جوازي وتبرره الاعتبارات السابق ذكرها في المصادرة، وهي قيمة العلامة التجارية وضرورة حمايتها وإنقاذ سمعتها[125].

3- **الإجراءات التحفظية:** لقد أجاز المشرع الجزائري لمالك العلامة حتى يتمكن من إثبات الجريمة المتعلقة بالعلامة أن يستصدر بناء على عريضة بموجب أمر رئيس المحكمة المدنية باتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة، مستعينا في ذلك عند

الاقتضاء بأحد الخبراء للقيام بوصف دقيق للسلع التي يدعي بأنها تحمل علامات إقرار به سواء افترق هذا الأمر بتوقيع حجز أو بدونه ويشترط أن ترفق العريضة بما يثبت تسجيل العلامة، وفي حالة ما إذا طلب مالك العلامة توقيع الحجز يمكن للقاضي أن يأمر بدفع كفالة، وهذا طبقا لأحكام المادة (34) من الأمر 03-06 السالف الذكر[126].

وتعتبر الإجراءات السالفة الذكر بمقتضى المادة (35) من الأمر باطلة بقوة القانون، وهذا ما لم يتبع المدعي مالك العلامة برفع دعوى مدنية أو جزائية خلال شهر وذلك بصرف النظر عن تعويضات الأضرار التي يمكن المطالبة بها[127].

خاتمة:

من خلال ما تم بيانه من قيمة العلامة في الأسواق التجارية أو الخدمية، حيث تقوم المؤسسات في مجال العلامات التجارية بتقدير القيمة السوقية للعلامة حسب معايير وأساليب متفق عليها فكلما كانت القيمة المالية للعلامة التجارية مرتفعة كان دليلا على قوتها وسمعتها وزادت بذلك قيمتها المالية..

الهوامش:

1- ووفقًا لمجلة "فوربس" تتصدر شركة أبل قائمة أكثر العلامات التجارية قيمة في العالم بقيمة تبلغ 104.3 مليار دولار، تليها مايكروسوفت بقيمة 56.7 مليار دولار، ثم كوكاكولا بقيمة 54.9، يليها آي بي إم بقيمة 50.7 مليار دولار، ثم جوجل بقيمة 47.3 مليار دولار.

2- المادة 78 من الأمر 59/75 ،المعدل والمتمم، مؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية عدد 101 ، الصادرة يتاريخ 1975/12/19 .

3- سيد خلف محمد، إيجار وبيع المحل التجاري، دار محمود للنشر و التوزيع، الإسكندرية، مصر، طبعة 2001،ص 7.

4- محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص47 وما يليها.

5 -LARCIER, LE FONDS DE COMMERCE VIRTUEL : UNE RÉALITÉ JURIDIQUE ?, aricle publieé au journal des tribunaux, 22/02/2002, no :6044,

6- علي حسن يونس، المحل التجاري ، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1974 ،ص 4.

7- محمد عزمي البكري، شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الأول (الأعمال التجارية-التاجر-الدفاتر التجارية-السجل التجاري-المتجر-الأسواق المالية)، دار محمود ، القاهرة، مصر ،(د س ن)، ص390.

8- حسن الماحي، القانون التجاري، الأعمال التجارية، التجارة، التجار، المحلات التجارية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996-97، ص 181.

9- HOUIN (Roger) et PEDAMON (Michel), Droit commercial, acte de commerce et commerçant, activité commerciale et concurrence, 8ème éd, Précis Dalloz, Paris, 1985, p. 181.

10- حمادوش أنيسة، المركز القانوني للاتصال بالعملاء كعنصر جوهري في القاعدة التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه حقوق، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص55.

11- سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجارة المصري، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر ، 2012، ص301.

12- رشا محمد تيسير خطاب ود.مها يوسف الخصاونة، تطبيق النظام القانوني للمحل التجاري على الموقع الالكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد46، 2011، ص 347.

13- الريادة في البيع الالكتروني وزيادة فاعلية الاداء التسويقي لمنظمات الاعمال الاستاذ المشارك الدكتور زاهد عبد الحميد السامرائي جامعة البترا- قسم التسويق، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة العدد السابع و الثلاثون، 2013، ص 168.

14-. رشا محمد تيسير خطاب ود.مها يوسف الخصاونة، مرجع سابق، ص350

15- -ابو فارة يوسف ،التسويق الالكتروني، دار وائل،عمان ،الاردن،2010، ص187.

16- Sabine De Kik, Le fonds de commerce électronique : Des enjeux réels face aux défis virtuels, université libanaise, article publié sur son site : http://www.legallaw.ul.edu.lb/, sans datte d'apparition, p4.

17- رامي محمد علوان، منازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الانترنت، مجلة الشريعة والقانون، العدد22، 2005، ص242.

18- Sabine De Kik, op-cit, p 6.

19- LARCIER, op-cit, p4.

20- مجلة جامعة البعث ـ المجلد 93 العدد 44 عام 2017 د. حنان مليكه، التصرفات القانونية الواردة على المتجر االلكتروني، دمشق، سوريا، ص11.

21- محمد مصطفى، تقييم جودة المواقع الالكترونية .29 ،ص 2010 ،العراق،ع18 ، مجلد06، للعلوم الإدارية و الاقتصادية،مجلة تكريت

22- **G. Loiseau**, Nom de domaine et Internet : turbulence autour d'un nouveau signe distinctif, Dalloz 1999 Chronique p. 245 '' **lorsqu'une entreprise développe son activité commerciale sur le réseau internet et, qui plus est, lorsqu'elle a exclusivement pour objet le commerce électronique, le nom de domaine permet de désigner un fonds virtuel, celui du magasin électronique**''.

23- كامران الصالحي، بيع المحل التجاري في التشريع المقارن، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1996 ،عمان، ص89.

24- عاشوري وهيبة، تقديم المحل التجاري كحصة في شركة المساهمة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلزم السياسية، جامعة سطيف2، 2016، ص35.

25- مرسوم بقانون بشأن الباعة المتجولين رقم 9 /1969 ،عدد المواد 18 ،تاريخ الطباعة 99 - أفريل 8191.

26- رشا محمد تيسير خطاب ود.مها يوسف الخصاونة، مرجع سابق، ص350

27- Guide Permanent Droit et Internet, E 3.3 Hébergement du site, mars 2002, Éditions Législatives, nº 1, p. 4.

28- Ch. VERDURE, "Les hébergeurs de sites web: victimes ou régulateurs de la société de l'information", DCCR, n° 68-2005, doctrine, p. 35.

29- H. LANGLOIS, "La responsabilité des intermédiaires en matière de commerce électronique", Petites Affiches, 6 février 2004, n° 27, p. 28.

30- القانون رقم 09-04 المؤرخ في 2009/08/05 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام و الإتصال ومكافحتها،الجريدة الرسمية العدد 47 ، الصادرة بتاريخ 2009/08/16.

31 -Guide Permanent Droit et Internet, E 3.3 Hébergement du site, précité, nº 7 et 8, p.6 et 7.

32- نفس المرجع.

33- نادية فوضيل، القانون التجاري الجزائري، ط 6، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 2004، ص 181.

34- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الالكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 181.

35- **G. Loiseau**, L'appropriation des espaces virtuels par les noms de domaine, droit et patrimoine, mars 2001 p. 59. : '' **Le nom de domaine situe le fonds sur le réseau et il lui donne une identité commerciale. Il est plus qu'une détermination technique ou qu'un simple moyen de communication, il forme un tout et doit se définir dans sa globalité**''.

36- حمادي زوبير . الحماية القانونية للعلامة التجارية . الطبعة الأولى . بدون جزء . بيروت . ص1.

37- الأمر 03/06 المتعلق بالعلامات، المؤرخ في 19 يوليو 2003، الجريدة الرسمية عدد44 ، الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2003.

38- كنعان الأحمر، الانتفاع بالعلامة التجارية كأداة للتنمية الاقتصادية، ندوة الويبو الوطنية حول الملكية الصناعية، من أجل ريادة الأعمال والتجارة والبحث والتطوير، دمشق 11-12 ماي 2004.

39- المادة 03 من الأمر 03-06 السالف الذكر.

40- المادة 14 من الأمر 03-06 : " .....يمكن نقل الحقوق المخولة عن تسجيل العلامة كليا أو جزئيا...."

41- المادة 14 من الأمر 03-06 السالف الذكر ".... أو رهنها".

42- المادة 16 من الأمر 03-06 السالف الذكر: " يمكن أن تكون الحقوق المرتبطة بالعلامة موضوع رخصة....".

43- وهذا ما نصت عليه المادة 416 القانون التجاري الجزائري، ونظرا لاعتبارها مالا منقولا معنويا، تعد العلامة على غرار براءة الاختراع من الأموال الجائز تقديمها كإسهام في شركة.

44- يطلق عليه اسم الدومين، اسم النطاق، اسم المجال، عنوان الموقع الالكترونيDomain Name

45- شريف محمد غنام: حماية العلامات التجارية دار الجامعة، الجديدة للنشر الإسكندرية، طبعة 2007، ص15.

46-بوترفاس حفيظة، حماية العلامة التجارية في المجال الالكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2016، ص90.

47- R. CHOUEIRI, la loi applicable au fond dans les litiges concernant et les noms de domaine, Mémoire L.L.M, Université de Montréal, 2006, p.7.

48- ضياء علي أحمد نعمان: الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي، الطبعة والوراقة الوطنية، الطبعة الأولى 1432هـ/2011، ص60.

49- شريف محمد غنام، مرجع سابق، ص20.

50- شريف محمد غنام، حماية العلامة التجارية في علاقتها بالعنوان الالكمتروني، مجلة الحقوق، العدد الثالث، 2004، ص362.

51- رشا محمد تيسير خطاب ود.مها يوسف الخصاونة، مرجع سابق، ص353.

52- نوّارة حسين، الملكية الصناعية في القانون الجزائري، دار الأمل للطباعة و النشر والتوزيع، تيزي وزو، سنة 2005، ص48 .
53- صلاح زين الدين، العلامة التجارية وطنيا ودوليا، دار الثقافة للنشر والتوزيع، طبعة أولى، عمان، 2001، ص42.

54- محمد احمد عبد الحميد مبارك، العلامة التجارية وطرق حمايتها وفق القوانين النافذة في فلسطين، مذكرة ماجستير قانون خاص، جامعة النجاح، فلسطين، 2006، ص30.
55- أنظر المادة 07 فقرة 4 من الأمر 03-06 المتعلق بالعلامات السالف الذكر.
56- نسرين شريفي، تحت إشراف مولود ديدان، حقوق الملكية الفكرية، دار بلقيس للنشر، دار البيضاء (الجزائر)، طبعة 2014، ص143.
57- إعداد نسرين شريفي، إشراف د مولود ديدان،المرجع نفسه ، ص 144.

58-Albert Chavanne-Jean Jacques Burst, Droit de la propriété industrielle, Dalloz Delta ; 5éme édition ;1998 ;p479.

59- Jean-Bernard Blaise, Droit des affaire: Commerçants, Concurrence; Distribution, 2ème édition ,Paris; 200, p478.

60- سمير جميل حسين الفتلاوي، الملكية الصناعية وفق القوانين الجزائرية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1998، ص255 .

61- محمد حسنين، الوجيز في الملكية الفكرية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، سنة 1985، ص224.

62- المادة الأولى من الأمر رقم 86/66، المؤرخ في 28 /1966/04، المتعلق بالرسوم والنماذج، الجريدة الرسمية، عدد33، الصادرة في 1966/05/03.

63- الأمر 76-65 المتضمن قانون تسميات المنشأ، المؤرخ في 1976/07/16، الجريدة الرسمية عدد 866 الصادرة في 1976/07/23 .

64- دعماش عزيزة، النظام القانوني للعلامة التجارية في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2016، ص82.

65- الأمر 66-57 المؤرخ في 1966/03/17 المتضمن قانون علامة الصنع والعلامات التجارية الملغى، حيث تنص المادة الخامسة: " إن ملكية العلامة يختص بها من كانت له الأسبقية في إيداعها وذلك مع مراعاة التحفظات المنصوص عليها في الأحكام الانتقالية المبينة بعده ".

66- أنظر المادة 1/6 من الأمر 03-06 المتضمن قانون العلامات السالف الذكر.

67- فرحة زراوي صالح،الكامل في القانون التجاري الجزائري (الأعمال التجارية-التاجر-الحرفي-الأنشطة التجارية المنظمة -السجل التجاري)، ابن خلدون للنشر و التوزيع، النشر الثاني 2003، ص255.

68- إذ تنص المادة 2/3 من الأمر 03-+06 المتضمن قانون العلامات الجزائري السالف الذكر بأن " يجب وضع العلامة على الغلاف الخارجي أو على الحاوية...".

69- تحت إشراف وزارة الصناعة و المؤسسات الصغيرة والمتوسطة وترقية الاستثمار تم إنشاء **المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية**(INAPI) كهيئة عمومية ذات طابع اقتصادي وتجاري بموجب المرسوم التنفيذي رقم69- 98 المؤرخ في 21 فبراير1998 مهامه هي: تحسين الخدمة المقدمة للمستخدمين من خلال تقليص أجال معالجة الطلبات؛ تسهيل الوصول إلى المعلومات عن طريق الموقع inapi.org: على شبكة الإنترنت؛ تشجيع اللجوء للملكية الصناعية بغية تشجيع التطور من خلال الابتكار ؛ المساهمة في تحسين المحيط القانوني والمؤسساتي؛ ليكون عضوا رئيسيا في محاربة التقليد، ويسمى في التشريع التونسي: **الهيكل المكلف بالملكية الصناعيّة**، ويسمى في التشريع المغربي: **الهيئة المكلفة بالملكية الصناعية**، ويعهد إليه تسجيل كافة التصرفات الواردة على حقوق الملكية الصناعية، كما يساهم في إعطاء صورة على الجانب الاقتصادي للدولة من خلال المعطيات الرقمية والبيانات حول عدد التسجيلات التي تمت ومجموع الحقوق والتصرفات التي تمت في إطار الاستثمار، الشيء الذي يسمح للدولة باتخاذ إستراتيجية أكثر فعالية من خلال تشجيع تدفق الصناعيين على الدخول إلى السوق المحلية.

70- عماد الدين محمود سويدات، الحماية المدنية للعلامة التجارية، طبعة أولى، بدون جزء، الأردن، ص 33.

71-Jean Christophe Galloux, droit de la propriété intellectuelle, en collaboration avec J. Azéma, 6e ed., Précis Dalloz, 2006, 950 p.

72-Luis Van Bunnun, aspects actuels du droit des marques dans le marché commun, Bruxelles, 1967, p 267.

73- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الجزء الثاني، ابن خلدون للنشر والتوزيع، طبعة 2006، ص 183.

74- تم إدراج المادة ال2/6 في اتفاقية باريس التي تهدف إلى حماية العلامة المشهورة غير المسجلة في الدولة التي يطلب فيها الحماية بما تسمح بتمديد الحماية في خارج الحدود الإقليمية لبلد المنشأ.

75- أبرمت سنة 1891 بمدريد وأصبحت سارية المفعول سنة 1892، انضمت لها الجزائر بموجب الأمر 72-10 المؤرخ في 1972/03/22 المتضمن انضمام الجزائر إلى الاتفاقيات الدولية، الجريدة الرسمية عدد 32 الصادرة بتاريخ 1972/04/21.

76- اعتمد سنة 1989 ودخل حيز النفاذ سنة 1995وبدأ العمل به سنة 1996.

77- الأمر 66-156 المؤرخ في 1966/06/08 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، وأخر تعديل له كان بموجب الأمر 15 - 02 المؤرخ في 23 يوليو 2015.

78- ميلود سلامي النظام القانوني للعلامات التجارية في القانون الجزائري والاتفاقيات الدولية أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة الحاج لخضر باتنة 2010-2011، ص191-192.

79- عصام نجاح، دعوى المنافسة غير المشروعة، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8ماي 1945 قالمة،2012-2013، ص19.

80- زينة غانم عبد الجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة، الملكية الصناعية (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الجامد لنشر والتوزيع، الأردن، سنة 2007، ص23.

81 - نادية فضيل، القانون التجاري الجزائري، مرجع سابق، ص 288 . **يجب ذكر المعلومة**

82- سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص428.

83- المادة 4 والمادة 33 من الأمر 03-06 المتضمن قانون العلامات، مرجع سابق.

84- الوافي فضيلة، دور القضاء في حماية العلامة التجارية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق فرع الملكية الفكرية، جامعة باتنة 1، 2015-2016، ص165.

85- عصام نجاح، المرجع السابق، ص40. **يجب ذكر المعلومة**

86- نادية فوضيل، المرجع السابق، ص 229.

87- نفس المرجع.

88- صلاح زين الدين، العلامات التجارية والبيانات التجارية، المكتبة القانونية 302، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 388.

89- عمار عمورة، العقود والمحل التجاري، دار الخلدونية، الجزائر، دون طبعة ، ص 189.

90- صلاح زين الدين، الملكية التجارية والصناعية المرجع السابق، ص390.

91- سمير جميل حسين الفتلاوي، المرجع السابق، ص 436.

92- زينة غانم عبد الجبار الصفار، المرجع السابق، ص 149. **يجب ذكر المعلومة.**

93- 93- المواد 39 و44 من الأمر 04-02 المتضمن القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، **ذكر المعلومة كاملة.**

93- فرحة زراوي صالح، المرجع السابق، ص 282. **ذكر المعلومة كاملة**

94- حمادي زوبير، المرجع السابق، ص187. **ذكر المعلومة كاملة**

95-القاضي انطوان، المرجع السابق، ص149. **ذكر المعلومة كاملة**

96- احمد محرز، مرجع سابق ، ص 323 . **ذكر المعلومة كاملة**

97- حمادي زوبير، المرجع السابق، ص 188.

98- المادة 1 الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 1966/06/08، المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية عدد49، المؤرخة في 1966/06/08.

99- سمير جميل حسن الفتلاوي، المرجع السابق، ص402.

100- احمد محرز، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة 1995، ص322.
101- ميلود سلامي، مرجع سابق، ص 165- 166.

102- حمادي زوبير، المرجع السابق، ص 189.

103-نفس المرجع.

104- نوارة حسين، المرجع السابق، ص 103.
105- نصت المادة (28) من الأمر 06/03 السابق ذكره على أنه " لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضد كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسّجلة، ويستعمل نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالا توحي بأن تقليدا سيرتكب".
106- يقصد بتشبيه العلامة اصطناع علامة بصفة تقريبية للعلامة الأصلية، من شأنه أن يؤدي إلى الخلط لدى الجمهور بين العلامتين، فالركن المعنوي يتمثل في القصد الجنائي لخداع المستهلك، لأن الجريمة لا تقوم إلا إذا كانت المحاكاة كفيلة بخداع المستهلك. انظر نوارة حسين، المرجع السابق، ص 104.
107- لقد حدّد المشرّع الجزائري بموجب الأمر 03-06 المتضمن قانون العلامات أنّ هناك أفعالا أعطى لها الوصف الجزائي بالنّظر إلى أحكام هذا الأمر والتي تتمثل في:
* - **جريمة التقليد:** في حدّ ذاتها عملا بنص المادة (26) من الأمر 03-06
*- **جريمة استعمال علامة مقلدة:** المادة **(26) من الأمر 03-06**
*- **جريمة بيع منتجات تحمل علامة مقلدة:** نص المادتين **(9-26)** من الأمر 03-06.
*- **جرائم غير مرتبطة بجنحة التقليد:** المادة (33) من الأمر 03-06 .
108- راشدي سعيدة، العلامات في القانون الجزائري الجديد، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، جامعة مولود معمري كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيزي وزو، سنة 2014، ص249.
109- المادة 05 من قانون العقوبات الجزائري، مرجع سابق.
110- المادة 05 من قانون العقوبات نفس المرجع.
111- المادة (32) من الأمر رقم 03-06 السالف الذكر " كل شخص ارتكب جنحة تقليد يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين".
1- كل من قام دون تزييف علامة مسجلة بتقليد هذه العلامة تقليداً تدليسياً من شأنه أن يضلل المشتري أو استعمل علامة مقلدة على سبيل التدليس.

112-المادة 33 من الأمر 03-06 والتي تنص أن يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500.000 دج) إلى مليوني دينار (2.000.000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط الأشخاص الذين:

1- الذين خالفوا أحكام المادة 3 من هذا الأمر 06/03 بعدم وضع علامة على سلعهم أو خدماتها أو الذين تعمدوا بيع أو عرضوا للبيع سلعة أو أكثر أو خدموا خدمات لا تحمل علامة.

2- الذين وضعوا على سلعهم أو خدماتهم علامة لم تسجل أو لم يطلب تسجيلهم وفقا للمادة **(4)** الأمر 03-06 السالف الذكر، وذلك مع مراعاة الأحكام الانتقالية المنصوص عليها في هذا الأمر.

113- بن يوسف فاطمة الزهراء، الغرامة الجزائية في ضوء قانون العقوبات الجزائري، رسالة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة، 2010-2011، ص25.

114- فقد قدر المشرع الجزائري بموجب الأمر 03-06 السالف الذكر إذا كان الجرم مرتبط بفعل التقليد بنّص المادة (32) منه من: 2.500.000--- 10.000.000دج.

وإن كان الجرم الواقع على العلامة غير مرتبط بفعل التقليد فنصت المادة **(33)** من الأمر 03-06 المتضمن قانون العلامات من: 500.000--- 2.000.000دج.

هذا وترفع الدعوى الجزائية من النيابة العامة بصفتها ممثلة المجتمع أو من الضحية صاحب العلامة أو من ورثته من بعد وفاته.

115-Albert Chavanne et Jean-Jacque Burt, Droit de la propriété industrielle. Dalloz Delta. 5ème édition. 1998 - p744-750.

116- تنص المادة 429 من قانون العقوبات الجزائري يعاقب بالحبس من شهرين إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 2000 إلى 20.000 دج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط كل من يخدع أو يحاول أن يخدع المتعاقد:

- سواء في الطبيعة أو الصفات الجوهرية أو في التركيب أو في نسبة المقومات اللازمة لكل هذه السلع؛ سواء في نوعها أو مصدرها؛ سواء في كمية الأشياء المسلمة أو في هويتها.

117- الوافي فضيلة، مرجع سابق، ص284**//// ذكر المعلومة كاملة**

118- المادة 1/32 من الأمر 06/03 المتعلق بالعلامات السالف الذكر.

119- Chavanne Albert et Salomon chandine, Marque de fabrique de commerce ou de service, Enyclopédié juridique Dalloz, paris, 2003, p 89.

120- المادة 15 من قانون العقوبات الجزائري، السالف الذكر.

121- أحسن بوسقيعة الوجيز في القانون الجزائي العام، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، الطبعة التاسعة، 2009، ص281.

122- المادة 2/32 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، السالف الذكر.

123- محمد سلامي، مرجع سابق، ص186.

124- المادة 32/ 3 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، السالف الذكر.

125- المادة 34 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، السالف الذكر.

126- المادة 35 من الأمر 06/03، المتعلق بالعلامات، السالف الذكر.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

حماية حقوق الملكية الفكرية و حقوق المؤلف عبر شبكة الإنترنت

د/يصرف حاج
جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس

ISBN: 978-9931-9651-0-7

حماية حقوق الملكية الفكرية و حقوق المؤلف عبر شبكة الإنترنت

الدكتور/ يصرف حاج (*)

ملخص: في هذه الورقة البحثية تعرضنا إلى العوامل المساهمة في نجاح وسائل الدفع الالكترونية والمعرقلة لها، حيث تبين أن هذه الوسائل قدمت العديد من المزايا التي حرم منها العملاء عند استعمالهم للوسائل التقليدية، كما تمكنت وسائل الدفع الإلكترونية من الحد من بعض العراقيل والمشاكل التي أفرزتها تلك الوسائل التقليدية، لكن بالمقابل لم تكن الوسائل الحديثة مثالية كما توقع المصرفيون أن تكون، فهي الأخرى أفرزت مشاكل وعيوب من نوع آخر عرقلت مسار نجاحها الذي كان مسطر لها؛ فقد كان أكبر مشكل لهذه الوسائل الحديثة غياب نظام قانوني يوحد أحكامها، وإشكالية الإثبات وحجيته بالوسائل الالكترونية كالتوقيع الالكتروني وإثبات عملية الدفع عبر الانترنت عند إبرام صفقات التجارة الالكترونية، هذا بالإضافة إلى الجرائم الالكترونية التي استقطبت المجرمين والقراصنة لاعتمادها على الاتصال عن بعد. وكانت البطاقة البنكية أفضل وسيلة تمارس بها الجرائم الالكترونية، فهي لا تعط أمان شبه كامل مثلما أرادت البنوك أن تقنع به عملائها، بل هي وسيلة متعددة الحوادث.

الكلمات المفتاحية: **-وسائل الدفع -الإنترنت -التكنولوجيا.**

Abstract: *In this research paper, we examined the factors that contribute to the success of electronic payment methods that are obstructed by them, as it was found that these methods provided many advantages that customers were deprived of when using traditional methods, and electronic payment methods were able to reduce some of the obstacles and problems that these traditional methods have created. But, on the other hand, the modern methods were not ideal as bankers expected to be, as the other produced problems and defects of another type that hindered the path of their success that was underlined by them; the biggest problem of these modern methods was the absence of a legal system that unifies its provisions, the problem of proof and its authenticity with Electronic means such as an electronic signature and proof of the online payment process when concluding electronic commerce deals, in addition to electronic crimes that attracted criminals and pirates to their reliance on remote communication. The bank card was the best way to practice cybercrime, as it does not give almost complete security as the banks wanted to convince its customers, but rather a multi-accident method.*

Mots Clés: *Payment tools - te Internet – technology*

(*)-، **أستاذ محاضرة "أ" ، جامعة جيلالي ليابس سيدي بلعباس.**

مقدمة :

يحظى موضوع حماية الإنتاج الفكري بأهمية بالغة على المستويين المحلي والدولي، ويتجلى ذلك واضحاً من خلال اتجاه معظم الدوّل إلى صياغة نصوص وقوانين وطنية من شأنها حماية حقوق لملكية الفكرية بشكل عام وحقوق المؤلف بشكل خاص، إضافة إلى تلك المبادرات المتجسّدة في مجموع الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي حاولت البحث عن أنجع الآليات والطرق الرامية إلى تنظيم أحكام هذه الحماية.

وإذا كانت حركة هذه القوانين والتشريعات، على اختلاف أنواعها ومستوياتها، تشير بما لا يدع مجالاً للشك إلى ارتباطها الوثيق بالتطوّرات والمستجدات الاقتصادية والاجتماعية فإن للتطوّر التكنولوجي نصيبه الأوفر من التأثير الذي خلّفه على الفكر القانوني المهتم بهذه الطائفة من الحقوق، ولعل هذا ما برز بشكل واضح وجلي في النصف الثاني من القرن العشرين بعد التطوّرات التي شهدتها شبكة الإنترنت، وبالضبط بعد الثمانينات، الفترة التي دخلت فيها مرحلتها الجماهيرية وتحوّلها إلى وسيط يعتمد عليه في نشر وإتاحة نوع جديد من المصنفات اتفق على تسميتها فيما بعد بالمصنفات الرقمية.

أدت هذه التحوّلات إلى ظهور فرع قانوني جديد ضمن حقوق الملكية الفكرية يُعرف بين فقهاء القانون بقانون الملكية الفكرية الرقمية، يهتم بالبحث في موضوع حماية نوع جديد من المصنفات تمثلت، إضافة إلى برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات على الخط، في أسماء النطاقات (عناوين مواقع الإنترنت) ومحتوى المواقع الإلكترونية في حدّ ذاتها، سواء كانت نصوصاً، صوراً أو مواد سمعية بصرية؛ وما يثار تبعاً لذلك من تساؤلات وإشكالات تتعلق بالطبيعة القانونية لهذا النوع من المصنفات ومدى إمكانية خضوعها لنصوص الملكية الفكرية التقليدية وأهم الصعوبات التي تحول دون تحقيق ذلك، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار الطبيعة المتفرّدة والتكوين الذي يميّز البعض منها عن غيرها من المصنفات الأخرى مثل أسماء المواقع وبعض محتويات هذه الشبكة التي لا تجد سبيلاً للنشر إلا عبر مواقعها.

وعلى الرغم من أن البدايات الأولى لمحاولة بناء نظام قانوني يوّفر الحماية القانونية للإنتاج الفكري المنشور عبر شبكة الإنترنت قد أفضت إلى إيجاد أساليب

كفيلة بحماية حقوق المؤلف، كما يظهر من خلال التعاون الدولي المتجسّد في الاتفاقيات والمعاهدات الدولية وفي مقدمتها معاهدة الإنترنت الأولى والثانية (معاهدة الويبو الأولى والثانية)، إلا أن هناك العديد من الإشكالات القانونية المرتبطة بهذا الموضوع لا تزال تنتظر البحث عن حلول وتضافراً للجهود من أجل تذليل الصعوبات التي تواجه تطبيق حقوق الملكية الفكرية وحقوق المؤلف على هذه الشبكة .

بناءً على ذلك حاولنا تسليط الضوء على موضوع هذه الورقة البحثية من خلال معالجتنا للإشكالية التالية:

إلى أي مدى تأثرت تشريعات الملكية الفكرية وقوانين حقوق التأليف بالتطوّرات التكنولوجية في مجال المعلوماتية؟ وهل تمكّنت هذه التشريعات فعلاً من التأقلم مع هذه التطوّرات؟ وما هي أهم التحديات والصعوبات التي صادفت الجهود المبذولة في سبيل صياغة نصوص قانونية مستقلة تضمن الحماية لهذه الطائفة من الحقوق على شبكة الإنترنت؟

إشكالية تطبيق حقوق الملكية الفكرية وحقوق المؤلف على مصنفات شبكة الإنترنت

أفرز الاستخدام الواسع لشبكة الإنترنت إشكالات قانونية متعدّدة من بينها تلك المتعلقة بكيفية حماية المصنفات التي وجدت طريقها للنشر من خلالها، فإذا كانت تشريعات الملكية الفكرية وقوانين حقوق التأليف قد حققت تقدماً معتبراً في مجال حماية المصنفات التقليدية فإن التحوّل إلى نظام التمثيل الرقمي للبيانات والمعلومات فرض إعادة النظر في مدى كفاية وفعالية هذه الأنظمة لحماية هذه المصنفات نظراً لما ينتج عن ذلك من تحوير وتعديل يطرأ عليها، وما يطرحه ذلك من تساؤلات حول امتداد الحماية إلى تلك التي يشمل مدلولها الكتب، المقالات، المصنفات السمعية والسمعية البصرية المنشورة على صفحات مواقعها باعتبارها تشّكل جزءاً مهماً من محتوياتها.

فبالإضافة إلى المواد التي سبق نشرها بطريقة تقليدية في العالم الواقعي والتي لا تطرح إشكالاً حول مدى جدارتها بالحماية بموجب قانون حق المؤلف كونها مصنفات تتوّفر فيها الشروط اللازمة للحماية وكل ما يطرأ عليها من تعديلات هو

تجسيدها بصورة رقمية على موقع الويب، يثار التساؤل حسب بعض الباحثين[1] حول أمرين: يتمحور أولهما حول المواد و العلامات و الأشكال والرسومات التي لا يكون ثمة وجود لها إلا عبر الموقع، أي المواد المكتوبة أو المصنفات التي يتم نشرها أو لم يسبق نشرها إلا رقمياً عبر موقع الويب (هذا ما ينطبق على سبيل المثال على الموسوعة الإلكترونية **ويكيبيديا**[2] التي تعتبر من بين المصنفات المكتوبة الأكثر تمثيلاً للنشر الإلكتروني على الخط مباشرة)؛ ويتعلق الأمر الثاني بمحتوى الموقع الإلكتروني كوحدة واحدة بما يشتمل عليه من مصنفات مختلفة (سواء كانت خاضعة للحماية بموجب قوانين حقوق المؤلف أم لا)، وتصميمه وشكله وكيفية ترتيب محتواه وتنظيمه، وهنا يطرح السؤال حول مدى اعتبار موقع الويب أو على الأقل صفحة الويب مصنفاً يحوز شروط الحماية من ابتكار وتجسيد، وبالتالي يكون جديراً بالتمتع بها عن طريق حقوق المؤلف.

تشير خلاصة ذلك إلى إمكانية تطبيق نصوص الملكية الفكرية التقليدية على مصنفات شبكة الإنترنت متى كان للمصنف محل الحماية وجوداً مادياً سابقاً لنشره إلكترونياً، ولعل هذا ما يقترب في مدلوله من الاتجاه الذي يأخذ بعدم إمكانية إضفاء وصف المصنف الرقمي على هذا النوع من المصنفات[3]، وسبب ذلك هو أنّ المصنفات الورقية، السمعية والسمعية البصرية وكل المصنفات ذات وجود مادي سابق لنشرها عبر هذه الوسيلة يمكن كتابتها أو تمثيلها أو تجسيدها في صورة مادية، كما يمكن في ذات الوقت تجسيدها بصورة إلكترونية، وبالتالي فهي لا تأخذ وصف أو حكم المصنف الرقمي عندما يتم تثبيتها على دعامة إلكترونية أو تحوير محتواها إلى الصيغة الرقمية على الرغم من أنه لا يمكن الاطلاع على مضمونها إلا بالوسائل الإلكترونية كأجهزة الحاسب الآلي، وإنمّا تظل محتفظة بطبيعتها بالنظر إليها كمصنف يخضع للتقييم، خاصة من ناحية الابتكار المطلوب كشرط لحماية المصنف، على عكس بعض المصنفات الرقمية الأخرى كبرامج الحاسب الآلي مثلاً – تعتبر مصنفات رقمية بطبيعتها- بحيث لا يمكن كتابتها إلا بلغة رقمية متعارف عليها دولياً تستطيع الآلة وحدها فك رموزها.

و تأكيداً لهذه الفكرة يذهب البعض من الباحثين[4] إلى القول بأن طريقة التعبير عن المصنف المُدخل في شبكة الإنترنت لا أثر لها على درجة الحماية القانونية المقرّرة له، إذ أنه يتمتع بها أياً كانت الوسيلة أو الدعامة التي تحتويه، وهذا ما يدخل

تحت نطاق "اختلاف وسيلة التعبير"، وتستوي تبعاً لذلك الوسائل التقليدية، بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت مكتوبة، سمعية أو سمعية بصرية مع الوسائط الذي أفرزتها التطوّرات التكنولوجية الحديثة، ولاشك أن هذا التصوّر يسمح بحماية المصنفات التي تظهر على ركائز جديدة دون الحاجة إلى صياغة نصوص قانونية تضمها إلى طائفة الأعمال المستحقة للحماية.

فالمصنف يبقى محتفظاً بطبيعته على الرغم من تحوير محتواه إلى الصيغة الرقمية وهذا نظراً لكون أن الحاسب الذي تُدخل من خلاله المعلومات إلى شبكة الإنترنت ما هو إلا وسيلة يتم من خلالها التعامل مع الجمهور، وهذا يعني أن مُدخل المعلومات إلى الشبكة يتعامل مع المتلقي لها بصورة مباشرة أو غير مباشرة (بواسطة الحواسيب الشخصية، أو التي تملكها المراكز المتخصّصة) ولا فرق بين هذه الحالة وحالة عرض الأعمال السينمائية أو الموسيقية التي تبث عن طريق أجهزة معيّنة، وعليه فلا يعتبر تلقي الحواسيب للمعلومات سبباً كافياً لاستبعاد الحماية وفقاً للقواعد القانونية المتعلقة بحق المؤلف[5].

وهذا ما يعتبر حسب رأينا في الموضوع اعترافاً من قبل هذا الاتجاه بإمكانية حماية جميع أنواع المصنفات المنشورة على شبكة الإنترنت عن طريق نصوص الملكية الفكرية التقليدية دون تمييز بين تلك التي تحظى بالحماية بعيداً عن موقع الإنترنت وتلك التي لا يكون لها وجود إلاّ عبر الموقع؛ ويؤخذ عليه عدم التمييز بين وسائل التعبير التي يقصد المشّرع من خلالها الكتابة، الصوت، الصورة، الحركات، الإشارات، الألوان...، و وسائل عرض المصنف على الجمهور لأن شبكة الإنترنت تعتبر بمثابة وسيلة عرض وليست وسيلة تعبير. ومن المعلوم أن طبيعة هذه الوسيلة، إذا أخذنا بعين الاعتبار هذه النقطة، تختلف عن طبيعة الوسائل التقليدية الأخرى المكتوبة، السمعية، السمعية البصرية خاصة فيما يتعلق منها بسرعة نقل المصنف و إتاحته لعدد كبير من الأفراد، وهنا يثار الإشكال عندما يتم نشر المصنف بدون إذن صاحبه أو التعدي على أي عنصر من عناصر الملكية الفكرية الأخرى حيث يواجه صعوبات بالغة لحماية حقوقه و إيقاف الاعتداء على مصنفه ومنع ما يحول دون استمرار إتاحته للجمهور عبر الشبكة، الأمر الذي يحيلنا إلى ضرورة التفكير في صياغة قوانين خاصة لحماية حقوق الملكية الفكرية تتلاءم مع طبيعة هذه الوسيلة باعتبارها كأداة لعرض المصنفات.

كما أن هذا الرأي قد جانب الصواب حينما وضع جميع المصنفات المنشورة على شبكة الإنترنت أمام درجة واحدة من الحماية، فإذا سلمنا فرضاً بأن البعض منها يبقى محتفظاً بطبيعته الأصلية، وبالتالي يتمتع بالحماية عن طريق حقوق الملكية الفكرية التقليدية متى توفرت فيه الشروط المطلوبة لذلك على الرغم من تحويره إلى الصيغة الرقمية التي يقتضيها النشر الإلكتروني، إلا أننا نجد في المقابل البعض الآخر لا يمكن الاطلاع عليه إلا من خلال شبكة الإنترنت مثلما هو عليه الحال بالنسبة لعنوان الموقع الإلكتروني، وبالتالي يثار التساؤل هنا حول القانون الأصلح للتطبيق من بين قوانين الملكية الفكرية التقليدية عندما يتم الاعتداء على هذا العنصر خاصة في ظل اختلافه عن باقي عناصر الملكية الفكرية الأخرى، وهذا دليل على ضرورة التفكير في صياغة قوانين خاصة لحماية مصنفات هذه الشبكة أو على الأقل البعض منها، ولعل عدم التمييز الذي أغفله هذا الرأي يعود إلى تركيزه على المعلومات أو المصنفات المدخلة في شبكة الإنترنت وإهماله لتلك التي لا تجد مكانا لها للنشر إلا من خلالها.

من جهة أخرى لا يمكن التسليم ببساطة بفكرة حصر وظيفة الحاسب الذي تُدخل من خلاله المعلومات والمصنفات إلى شبكة الإنترنت واعتباره مجرد وسيلة يتم من خلالها التعامل مع الجمهور، لأن هذه العملية تتم عن طريق برمجيات تنظّم البحث عن المعلومات، ترتيب النتائج والتحميل عن بعد...، وهنا يثار الإشكال حول الوضع القانوني لهذا النوع من البرامج، ويطرح التساؤل حول مدى فعالية وقدرة قوانين الملكية الفكرية التقليدية على حمايتها باعتبارها مصنفات رقمية بطبيعتها، إضافة إلى كونها تُستخدم لتنظيم المعلومات والمصنفات المنشورة على شبكة الإنترنت.

في نفس السياق يذهب البعض إلى القول بأن نشر المصنفات الرقمية وما يقتضيه من حماية لا يخرج عن أساسيات قانون الملكية الفكرية[6]، مؤكداً بذلك عدم وجود علاقة ارتباط بين حداثة هذا النوع من النشر والقانون، نظراً لاستقلالية مفهوم المصنف عن نوع وطبيعة وحتى مادية الدعامة التي ينشر عليها، فتغيّر طبيعة الحامل لا يؤدي بدوره إلى تغيّر القانون الواجب التطبيق، كما أنّ تجسيد المصنف في صورة كيّان مادي لا يعتبر شرطاً لتطبيق قانون حق المؤلف، ويستدل على ذلك

بالأعمال المسرحية التي تعتبر أعمالاً ذات طبيعة غير مادية ومع ذلك فهي تحظى بالحماية عن طريق حقوق الملكية الفكرية[7].

كما يستند هذا الرأي لتبرير موقفه على فكرة تمكّن قوانين الملكية الفكرية من التكيّف بدون عوائق مع طبيعة الكيانات اللامادية للمصنفات منذ أن بدأت القرارات والأحكام القانونية تطبّق في هذا المجال على مصنفات البث الإذاعي، بحيث تعاملت هذه القوانين مع ظاهرة تحويرها من الطبيعة المادية إلى الطبيعة اللامادية، لكن الاختلاف يكمن فقط في درجة أهميتها مقارنة مع تطبيقها على المصنفات الرقمية التي أفرزتها التطوّرات في مجال التكنولوجيا الرقمية الحديثة.

فالمصنفات الموسيقية عرفت قبل هذه المرحلة مثل هذا النوع من التحوير، الذي نعتقد اليوم بأنه ظاهرة جديدة، وبنفس الطريقة عمل النشر الإلكتروني من خلال شبكة الإنترنت على تحوير المصنفات، لكن ليس بالقدر الذي يمنع أو يعيق تطبيق حقوق المؤلف، وبالتالي يكون من الخطأ القول بأن التشريعات التي تحمي حقوق النشر والتأليف تواجه ظواهر جديدة تماماً في مثل هذه الحالات، فعلى الرغم من اختلاف التقنيات إلا أنّ التأثيرات تبقى مشابهة لتلك الناتجة عن نشر المصنفات عن طريق البث الإذاعي والتلفزيوني، وخلاصة ذلك تشير إلى أن الحماية لا ترتبط بطبيعة الدعامة التي ينشر من خلالها المصنف، كما أنّ التقنيات الحديثة لا تغيّر من إمكانية تطبيق حقوق المؤلف على شبكة الإنترنت[8].

إضافة إلى ذلك يرى هذا الاتجاه بأنّ التعديلات الناتجة عن استخدام تقنيات المعلومات الحديثة، التي من شأنها تغيير طبيعة المصنف عن طريق دمج عناصر جديدة فيه قد تطرأ بدورها على المصنفات التقليدية، وهذا ما نجد مثيلاً له عند الحديث عن تقنيات تعديل الصورة الفوتوغرافية التي تسمح بتطوير أنماط جديدة من أشكال التعابير الفنيّة ومع ذلك تبقى هذه المصنفات خاضعة للحماية عن طريق حقوق الملكية الفكرية.

2. الجهود الدولية الرامية لحماية حقوق الملكية الفكرية وحقوق المؤلف على شبكة الإنترنت: معاهدة الإنترنت الأولى والثانية (معاهدة الويبو الأولى والثانية)

أدت التطوّرات التقنيّة في مجال نسخ المصنفات على اختلاف أنواعها إلى تزايد اهتمام المنظمات غير الحكومية بداية، متبوعة ببعض الدوّل فيما بعد، بالبحث عن

الآليات التي تمكّن من حماية حقوق المؤلفين على شبكة الإنترنت خاصة بعد انفتاح الحدود وتحرّر التجارة الأمر الذي جعل من هذا المطلب ضرورة ملحة في مجتمع أصبحت ترسم معالمه المصالح الاقتصادية.

بدأ التحضير لهذه الترتيبات ضمن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية ***تريبس*** التي تعدّ أكبر خطوة في تاريخ التنظيم الدولي لحماية حقوق الملكية الفكرية اتخذت في القرن العشرين[9] تمثل هدفها الرئيسي كما ورد في المادة 7 منها في تشجع روح الابتكار التكنولوجي ونقل التكنولوجيا بالأسلوب الذي يحقق الرفاهية الاجتماعية والاقتصادية، والتوازن بين الحقوق والواجبات، وتوسيع نطاق الحماية لبراءة الاختراع سواء كانت منتجات أو عمليات صنّاعية في كافة ميادين التكنولوجيا بشرط أن تكون جديدة وفيها إبداع وقابلة للاستخدام في الصناعة، دون تمييز في ذلك بين أماكن الاختراع أو المجال التكنولوجي أو ما إذا كانت المنتجات مستوردة أو منتجة محلياً حسب المادة 27 منها[10]؛ وعلى الرغم من ذلك يرى بعض الباحثين[11] أن هذا الاتفاق لم يتصدّ لكل التحديات التي يطرحها تطبيق حقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت، رغم نطاقه الواسع الذي يُمكِّن في حال تفسيره تفسيراً سليماً من حل عديد القضايا التي يثيرها هذا الموضوع.

تطبيقاً لحكم المادة 20 من اتفاقية برن، أثمرت الجهود الدولية في المرحلة التالية لهذه الاتفاقية صياغة أحكام خاصة تمثلت في **معاهدة الويبو بشأن حقوق المؤلف** في سنة 1996، كما أبرمت اتفاقية أخرى تتوافق معها هي **معاهدة الويبو بشأن فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية** في العام نفسه، ويطلق على هاتين الاتفاقيتين اتفاقيتا الإنترنت لأنهما توفّران الحماية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة على هذه الشبكة[12].

عالجت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف في إطار جدول أعمالها الرقمي بعض المسائل التي أفرزها التطوّر التكنولوجي، و على وجه الخصوص تلك المتعلقة باستخدام الإنترنت مثل تخزين المصنفات ونقلها عبر الأنظمة الرقمية، والمشاكل الناتجة عن تثبيتها على الدعامات الإلكترونية، وما إذا كان تحميل المصنف محل الحماية على أجهزة المُستخدِم يعتبر من قبيل الاعتداء عليه[13]، إضافة إلى بعض الأحكام المتعلقة بحق النسخ وتطبيقاته على تخزين المصنفات في صورة رقمية على أي وسيط أو دعامة إلكترونية[14]، وفي هذا الصدّد ألزمت الدوّل الأطراف بضرورة

النّص في قوانينها على حقوق التأليف بشكل عام وحقوق التأليف على شبكة الإنترنت بشكل خاص، وهذا ما ينطبق تحديداً على حقوق التأليف على المواقع الإلكترونية وفقاً لنص المادة 2 منها التي أكدت على حماية المصنفات التي يتم التعبير عنها بطريقة ما على الموقع الإلكتروني باستثناء الأفكار أو الإجراءات أو أساليب العمل أو مفاهيم الرياضيات في حدّ ذاتها طبقاً لقواعد حقوق التأليف، كما اعترفت في المادة 8 منها بالحقوق التي تثبت لمؤلفي هذه المصنفات بالنص على أنه "يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية بالحق الإستئثاري في التصريح بنقل مصنفاتهم إلى الجمهور بأي طريقة سلكية أو لاسلكية...".

تتحدّد الحماية القانونية المقرّرة للمواد التي تشكّل محتوى الموقع الإلكتروني، بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت مصنفات أدبية، فنية أو موسيقية والتي تجعل من مضمونه يختلف عن مضامين المواقع الإلكترونية الأخرى، حسب بعض الباحثين على ضوء معرفة ما إذا كانت هذه العناصر بحدّ ذاتها محمية وفقاً للقوانين والتشريعات الخاضعة لها مقارنة بكون وجودها على الموقع الإلكتروني يعتبر أول ظهور لها وأنها غير محمية من خلال أي قانون أو تشريع آخر[15].

في مثل هذه الحالات يمكن القول بأن حماية محتوى الموقع الإلكتروني سواء تضمن مصنفات أدبية، علمية، فنية أو موسيقية تبقى خاضعة لأحكام قانون حق المؤلف وحقوق الملكية الفكرية، ويضاف إلى ذلك دون أدنى شك تلك المصنفات التي ليس لها وجود سابق أو بمعنى آخر تلك التي يتم نشرها على شبكة الإنترنت لأول مرة، وتبرير ذلك يكمن في كون أن انتماء المصنف إلى فئة معيّنة ليس شرطاً من شروط استفادته من الحماية القانونية طبقاً لهذه القواعد، وهذا ما ينطبق على مصنفات هذه الشبكة على الرغم من أن دمجها في مصنف واحد في بعض الأحيان قد يؤخذ وصفا جديداً[16].

فالرقمنة، باعتبارها كعمل في حدّ ذاته يسمح بالدمج بين أنواع مختلفة من المصنفات على نفس الحامل، لا تغيّر من طبيعة الابتكار، ويبقى المصنف الناتج عن ذلك رقمياً و يتضمن جهداً فكرياً أصيلاً.[17]

من ناحية أخرى يثير تصميم الموقع الإلكتروني، باعتباره عملاً يحتاج إلى نوع من الابتكار ولو في أبسط صوره، كونه يتكوّن من ترتيب وتنسيق معيّن للعديد من العناصر التي تدخل في ذلك كالصور، الإشارات، الألوان... أو مزيجاً من كل ذلك أو

بعضها، مدى جدارته بالحماية القانونية، وبسبب تشابه طبيعته مع طبيعة برامج الحاسب الآلي يرى بعض الباحثين[18] أن الحماية التي يخضع لها تصميم هذا المصنف تخرج من نطاق براءات الاختراع إلى نطاق حقوق المؤلف، وهذا استناداً على ما اعتمدت عليه المنظمة العالمية للمكية الفكرية بعد التشاور والبحث مع خبراء من منظمة اليونسكو بشأن حماية البرمجيات الذي انتهى إلى اعتبارها من قبيل المصنفات الفكرية و الأدبية، فإذا كان هذا هو الحال بالنسبة لبرامج الحاسب الآلي بشكل عام فإنه من باب أولى اعتبار الموقع الإلكتروني، كونه ينطوي على خطوة إبداعية و ابتكارية، من ضمن المصنفات الأدبية الخاضعة للحماية طبقا لقانون حق المؤلف.

وتجدر الإشارة في هذا الصدّد إلى تلك الأحكام التي وردت في هذه الاتفاقية والمتعلقة ببرامج الحاسب الآلي، باعتبارها مصنفات أدبية في مفهوم المادة 2 من اتفاقية برن، وهذا ما يشير إلى تتمتع تلك المتضمنة منها في المواقع الإلكترونية بذات الحماية المقرّرة للبرامج المخّزنة على قرص مدمج[19]، وينطبّق ذلك على قواعد البيانات أياً كان شكلها إذا كانت تعتبر من قبيل الابتكارات الفكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها، وهذا ما يؤدي بدوره إلى امتداد حماية المواقع الإلكترونية إلى قواعد البيانات التي تتضمنها - قواعد البيانات على الخط- وتتحوّل نتيجة ذلك إلى مصنفات تتمتع بالحماية بموجب قواعد حق التأليف على شبكة الإنترنت[20].

وبالرجوع إلى النصوص القانونية الواردة في اتفاقية **تريبس**، خصوصاً تلك المتعلقة بإلزام الدوّل الأعضاء بمراعاة المواد من 1 إلى 21 من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية باعتبارها كل إنتاج في المجال الأدبي، العلمي والفني أياً كانت طريقة أو شكل التعبير عنه، إضافة إلى أحكام المادة 10 الفقرة 1 المتعلقة ببرامج الحاسب الآلي بوصفها مصنفات أدبية من وجهة نظر اتفاقية برن، والمادة 10 الفقرة 2 من نفس الاتفاقية التي تقّر الحماية لقواعد البيانات بموجب حق المؤلف شرط أن يكون انتقاء أو ترتيب مضمونها يمثّل إبداعات فكرية بصرف النظر عن طريقة عرضها على الجمهور، نجد بأن هذه الأحكام تسري على جميع أنواع هذه المصنفات متى كانت منشورة على المواقع الإلكترونية لشبكة الإنترنت، وبالتالي يصبح محتوى الموقع في حدّ ذاته مشمولاً بالحماية القانونية عن طريق حقوق المؤلف.

وإدراكاً منها للصعوبات الفنيّة والتقنيّة التي تواجه الأطراف المتعاملة بشبكة المعلومات حثت هذه الاتفاقية على ضرورة اتخاذ الجهات التي تقوم على إدارة المعلومات على هذه الشبكة، كالشركات مُقدّمة الخدمة، للإجراءات التقنية التي تحول دون التمكّن من اختراق الأعمال المنشورة عبرها والتعدي على حقوق التأليف أو الإخلال بها، ومن بين تلك الإجراءات نجد الترميز، التشفير أو وضع شروط وإشارات تبّين طرق الاستفادة من هذه الأعمال وبيان صاحب الحق في حمايتها[21]، وهذا ما يستفاد من نص المادة 11 من الاتفاقية نفسها.

كما تناولت معاهدة الويبو بشأن الأداء والتسجيل الصوتي (معاهدة الإنترنت الثانية) في إطار جدولها الرقمي تنظيم حقوق منتجي التسجيلات الصوتية و حقوق فناني الأداء من خلال تطرقها للأحكام المتعلقة بتخزين التسجيلات الصوتية وتنظيم إرسالها عبر الأنظمة الرقمية وما يتطلبه ذلك من التزامات متعلقة بالتدابير التكنولوجية لإنفاذها، إضافة إلى معالجة التقييدات والاستثناءات الواردة على هذه الحقوق في المحيط الرقمي من خلال صياغة معايير دولية جديدة لمواجهة التحديات التي أصبحت تفرضها التكنولوجيا الرقمية في هذا المجال وهذا بالنظر لما تتمتع به هذه الوسائل من أثر عميق في إنتاج أوجه الأداء والتسجيلات الصوتية والانتفاع بها.

بالنسبة لحماية محتوى الموقع الإلكتروني عن طريق الحقوق المجاورة، اهتمت هذه الاتفاقية بمعالجة أثر التكنولوجيا الرقمية على حماية محتوياته وفقاً لهذه المبادئ نظراً لعدم كفاية الأحكام التي أقرتها اتفاقية روما ذات الصلة بهذه الطائفة من الحقوق، وعجزها عن مواجهة التطوّرات والتغيّرات التكنولوجية في مجال تقنيات الفيديو وأنظمة التسجيل المنزلي، إضافة إلى البث الفضائي المرئي والمسموع عبر الأقمار الصناعية، وأخيراً مستجدات التسجيل عبر الدعامات الإلكترونية وشبكة الإنترنت[22]، حيث أشارت إلى اعتراف الأطراف المتعاقدة بحماية حقوق فناني الأداء ومنتجي التسجيلات الصوتية من مواطني سائر الأطراف المتعاقدة إذا ما وضعوا إنتاجهم هذا على الشبكة أو ضمن المواقع الإلكترونية[23].

و بشأن التطوّرات التي عرفتها كل من معاهدة الويبو الأولى والثانية تجدر الإشارة إلى أنّ الاتجاه الذي كان سائدًا عند الشروع في العمل التحضيري بين سنتي 1990 و 1991 تمحوّر حول وضع معاهدة واحدة فقط كان من المقرّر أن تحمل في بادئ الأمر عنوان "بروتوكول اتفاقية برن"[24]، ثم أصبحت في نهاية المطاف تحمل

عنوان معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف بحيث تشمل التسجيلات الصوتية أيضاً وتكون بذلك جسراً يربط مختلف الأنظمة القانونية، إلاّ أن الحاجة إلى الفصل بين حق المؤلف والحقوق المجاورة التي طالبت بها بعض الدوّل أفرز معالجة حقوق منتجي التسجيلات الصوتية وفناني الأداء في نص خاص.

3. التحديات والصعوبات التي تواجه تطبيق قواعد حقوق الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت

تعترض تطبيق نصوص الملكية الفكرية على شبكة الإنترنت بعض الصعوبات نذكر من بينها:

أ. الصعوبات المتعلقة بتفاوت درجات تأثر عناصر حقوق المؤلف اتجاه عملية رقمنة المصنفات وما تطرحه من إشكالات قانونية

مقارنة بالحقوق المعنوية للمؤلف تتأثر الحقوق المالية بدرجة مختلفة اتجاه عملية رقمنة المصنفات، وهذا ما يؤدي إلى عدم إمكانية تطبيق قوانين الملكية الفكرية على جميع هذه العناصر بنفس الطريقة، وتبعاً لذلك يمكن القول بأن الحقوق المعنوية تتأثر عموماً بدرجة أقل، هذا مع العلم بأن التسليم بهذه القاعدة يدعو إلى الأخذ بعين الاعتبار التفاوت النسبي بين عناصر هذه الطائفة من الحقوق، فحق النشر مثلاً، الذي يمنح المؤلف سلطة اختيار الوقت و الطريقة المناسبة لعرض مصنفه على الجمهور، يعتبر من بين الحقوق المعنوية الأقل تأثراً لأن المؤلف وحده يبقى محتفظاً بقرار نشر مصنفه من عدمه، سواء تم ذلك باستخدام طرق النشر التقليدية أو الحديثة (النشر عن طريق شبكة الإنترنت)؛ مقارنة بذلك ينتج عن رقمنة المصنفات إضعاف فعالية الحق في نسبة المصنف إلى مؤلفه "حق الأبوة" وهذا بسبب تعرض المصنف للنسخ المتكّرر وتخزينه إلى جانب مصنفات أخرى دون أن يتمكّن الجمهور من معرفة اسم مؤلفه الأصلي.

بدوره يتأثر حق المؤلف في احترام مصنفه بهذه العملية، نظراً لما تتيحه التقنية الحديثة من سهولة بالغة في إدخال تعديلات أو تغييرات على المصنف دون إذن مؤلفه، في الوقت ذاته يعتبر حق سحب المصنف من التداول من بين العناصر الأكثر تأثراً بهذه العملية لأن المؤلف عادة ما يجد صعوبة في سحب مصنفه بعد نشره على شبكة الإنترنت.

تبقى هذه التأثيرات طفيفة نوعاً ما مقارنة بتلك التي تفرضها عملية رقمنة المصنفات أمام الحقوق المالية للمؤلف عند محاولة إخضاعها للقواعد التي تنظم حقوق الملكية الفكرية وحقوق التأليف، سواء تعلق الأمر **بحق النسخ *Droit de reproduction*** أو **حق التمثيل *Droit de representation*** ، فمن المعلوم أن المُؤلِف يتمكّن من استغلال ثمرة جهده مالياً من خلال ممارسته لحق النسخ الذي يخوّله التثبيت المادي للمصنف بأي طريقة تسمح بنقله إلى الجمهور بصورة غير مباشرة، وقد أورد المشّرع الفرنسي الطرق التي يتم من خلالها ذلك لاسيما الطباعة، الرسم، النحت...؛ تدّل كلمة "لاسيما" على أن هذه الطرق قد ورّد ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر[25]، وهو نفس الاتجاه الذي تبنته المادة 1 الفقرة 4 من معاهدة الويبو الأولى بشأن حق المؤلف التي أكدت على ضرورة مراعاة المواد من 1 إلى 21 من اتفاقية برن، وبالضبط المادة 9 التي نصت على أنه "يتمتع مؤلفو المصنفات الأدبية والفنية الذين تحميهم هذه الاتفاقية بحق استئثاري في التصريح بعمل نُسَخ من هذه المصنفات بأية طريقة وبأي شكل كان"، وبالتالي يمكن القول بأن عملية نَسْخ المصنف قد تتم بأي طريقة بما في ذلك رقمنتة. وهكذا أصبح من الثابت قانوناً والمستقر عليه قضاءً أن رقمنة المصنف تعّد نَسْخاً له[26].

و تجدر الإشارة هنا إلى أن هذه العملية، التي تسمح بدورها بتثبيت المصنف على ذاكرة الحاسوب، تطرح تحدياً أمام الحق المالي للمؤلف خاصة إذا كان هذا الجهاز مرتبطاً بشبكة الإنترنت نظراً لكون أنها تسهل من إعادة نَسْخِه إلى ما لانهاية، و تمكّين جميع مُستخدمي الشبكة من الوصول إليه، وهذا ما يعدّ انتهاكاً للحقوق المالية للمؤلف التي تخوّله استغلال مصنفه بالطريقة التي يراها مناسبة بحيث لا يجوز مباشرة هذا الحق إلا بإذنه، ويشكّل عائقاً أمام إمكانية تطبيق قوانين الملكية الفكرية التقليدية في المحيط الرقمي.

من الناحية النظرية يطبّق حق التمثيل، الذي يقتضي عرض المصنف على الجمهور بطريقة مباشرة، بدون إشكال في المحيط الرقمي لأنه يفترض وجود جمهور خلف شاشة الحاسب لتلقي عرض المصنف، لكنه يصبح من دون معنى من الناحية الواقعية، وبالتالي يفقد فعاليته في هذا المحيط، مقارنة بحق النسخ لأن تحقيقه يتطلب الاتصال بالجمهور من دون وسيط.

ب. الصعوبات والتحديات الناتجة عن محاولة تطبيق مفهوم النسخة الشخصية والنسخة الخاصة في المحيط الرقمي

عموماً تعتبر النسخة الخاصة و النسخة الشخصية بمثابة استثناء يرد على الحقوق المالية للمؤلف يخوّل المُستخدِم الاستفادة من المصنف بدون دفع مقابل مالي لصاحب الحق في ذلك، فالاستعمال الشخصي يعني بشكل عام "استخدام أي مصنف منشور عن طريق إعداد نسخة واحدة منه (بالاستنساخ أو الترجمة أو الاقتباس أو التعديل أو التحوير أو بأي شكل آخر) لأغراض معيّنة مثل البحث، الدراسة والترفيه؛ ومن الأمور المتفق عليها في تفسير الاستعمال الشخصي أنه يتعارض مع مفهوم الاستعمال الجماعي، كما يفترض فيه انعدام نيّة الربح"[27].

أما الاستعمال الخاص للمصنف فيتحقق من خلال "استنساخ المصنف المنشور أو ترجمته أو الاقتباس منه أو تحويره بأي شكل من الأشكال في نسخة واحدة أو أكثر، ولكن ليس لاستعمالها لأغراض شخصية بحتة ،كما هو الحال بالنسبة للاستعمال الشخصي، وإنما لاستعمالها لأغراض مشتركة بين جماعة معّينة من الأشخاص"[28].

يتبيّن لنا من خلال التفرقة بين هذين المصطلحين أن مفهوم النسخة الإلكترونية الشخصية يتطابق مع استعمال أي مصنف منشور، من قبل مُستخدمي شبكات الإنترنت لمجرد الاستفادة الشخصية منه عن طريق تصّفحه، أو نسخه على جهاز الحاسوب الخاص بالمستفيد لمرة واحدة فقط لأغراض شخصية بحتة كالدراسة، البحث أو الترفيه... شرط أن لا يخل ذلك بالاستعمال العادي له أو يلحق ضرراً غير مبّرر بحقوق المؤلف[29]؛ في حين يتعلق مفهوم النسخة الإلكترونية الخاصة أو الاستعمال الخاص باستعمال المصنف في اجتماعات داخل إطار عائلي أو طلابي في المنشآت التعليمية مثلاً... دون تحصيل مقابل مالي مباشر أو غير مباشر[30]، وهذا ما يوّضح الاختلاف بين النسخة الشخصية التي تتعلق بالاستعمال الفردي والخاصة التي يكون استخدامها موجهاً لخدمة أغراض مشتركة بين جماعة معيّنة من الأشخاص.

يطرح هذا النوع من النسخ تحديات وإشكالات قانونية عديدة تتمثل أساساً في مدى إمكانية تطبيق هذه الاستثناءات على النسخ الرقمية المنشورة على شبكة الإنترنت، خاصة بعد تطوّر تكنولوجيا المعلومات والاتصال الحديثة التي مهدت

الطريق أمام مُستخدمي هذه الشبكة، وسهلت من مهمة عمل نسخة وحيدة من المصنف دون الحاجة إلى دفع مقابل مالي أو الحصول على إذن مسبق من المؤلف، الأمر الذي يترتب عنه كثرة النُسَخ وتداولها في دائرة الاستعمال الخاص، وبالتالي تجريد الحق المالي للمؤلف من مضمونه الحقيقي، لأن إمكانية حصول كل مُستخدِم على نسخة شخصية أو خاصة بمقتضى القانون يعني في نهاية المطاف الإخلال بالاستغلال العادي للمصنف وضيّاع الحقوق المالية للمؤلف وإلحاق ضرّر بمصالحه المشروعة بسبب الامتناع عن شراء النُسَخ الأصلية والاكتفاء بالمستنسخة منها. كما أثيرت أسئلة أخرى تتعلق بمدى جواز تبادل المعلومات التي يحصل عليها مُستخدِم الشبكة الذي يعدّ أرشيفاً يتكوّن مضمونه من المصنفات التي اطلع عليها من خلال الإنترنت لينشرها أو يتبادلها مع من يحتفظ بعناوينهم الإلكترونية في إطار التراسل الخاص، ومدى امتداد هذا الاستثناء إلى مجال برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات باعتبارها مصنفات تسري عليها أحكام قوانين النشر والتأليف.

من أجل البحث عن حلول لهذه الإشكالية اتجه جانب من الفقه الفرنسي إلى القول بضرورة توفير الحماية التقنية للمصنفات الرقمية للتحكم في استخدام هذا النوع من الاستنساخ أو منعه؛ ويرى جانب آخر بأن المشكلة تكمن أساساً في قوانين حقوق المؤلف نفسها التي تسمح بعمل هذا النوع من النُسَخ دون ضرورة الحصول على الإذن المسبق من المؤلف.

ويذهب بعض الباحثين إلى القول بعدم توافر مقتضيات هذا الاستثناء في المحيط الرقمي[30]، مركزين بذلك على الحلول القانونية التي يمكن التوّصل إليها عن طريق إعادة صياغة قوانين حقوق الملكية الفكرية نفسها على نحو يميل إلى تدارك فوات الربح الذي يلحق بالمؤلف، وهذا ما يتوافق مع ما ذهبت إليه بعض التشريعات الأوروبية من فرض ما يسمى بالمقابل المالي من أجل الحصول على النسخة الخاصة لتفادي الأضرار التي قد تلحق بأصحاب الحقوق كالتشريع النمساوي، التشريع السويدي، التشريع الهنغاري والتشريع الفرنسي[31].

كما ذهبت بعض محاكم القضاء الفرنسي إلى القول بأن شبكة الإنترنت تشّجع الاستخدام الجماعي وأنه من غير المنتج الدفع بأن من اتخذ موقعاً لم يقم بأي عمل ايجابي في الإرسال، بل إن السماح بالحصول على نُسَخ يتوّفر ضمنياً من

حق الدخول على الصفحات أو المواقع الخاصة وهذا ما ينطوي على استخدام جماعي للمصنفات يخرجها عن نطاق الاستعمال الخاص[32].

في حين يرى أنصار الاتجاه الثاني ضرورة عدم المساس بحق استنساخ نسخة للاستعمال الشخصي باعتباره من الحقوق الأساسية للمُستخدِم وينطبق ذلك على مواقع الإنترنت متى كانت زيارتها غير مقيّدة بضوابط أو كلمة سرّ معّينة.

بالنسبة للإشكاليات التي أثيرت حول القيد الخاص بعمل نسخة وحيدة من برنامج الحاسب الآلي، ينبغي أن نشير بداية إلى أن إخضاع هذا النوع من المصنفات إلى قوانين حقوق المؤلف، خاصة بالنسبة للتشريعات التي تكتفي بالتصوّر التقليدي لحمايتها ضمن عمومية النصوص التي تنظّم كيفية حماية المصنفات التقليدية، يقتضي تطبيق ما يرد من استثناءات على برامج الكومبيوتر طالما أن المشّرع لم يخصه بقواعد وأحكام خاصة، ومن ضمنها الاستثناء الذي يجيز عمل نسخة للاستعمال الشخصي؛ الأمر الذي يؤدي إلى تحمل شركات إنتاج البرمجيات لخسائر مالية كبيرة نظراً لإحجام المُستخدِم عن شراء برامج الحاسب الآلي والاكتفاء بعمل نسخة منها لتحقيق هذا الغرض [33].

دفع هذا الإشكال، الذي يعكس وجهاً من أوجه الاختلاف بين طبيعة هذا المصنف عن بقية المصنفات الأدبية و عدم الانسجام مع أحكام القوانين التقليدية التي يخضع لها، العديد من النظم القانونية إلى تعديل أحكامها وفق ما يتلاءم مع الصفة المميّزة لبرامج الحاسب الآلي، بما في ذلك الاستثناءات التي ترد على الحق المالي لمؤلفه، وهكذا ظهر مفهوم **النسخ الاحتياطية** كحق من حقوق المستخدمين التي أصبحت مقرّرة في الكثير من القوانين، يجيز هذا الحق للمُرخَص له باستخدام البرنامج عمل نسخة احتياطية لاستعمالها في حالة فقدان أو تلف النسخة الأصلية قصد توفير حماية إضافية للبرنامج أو لاستخدامها في عمل اختبارات أو التدريب عليه، وقد تقرّر هذا الاستثناء في القانون الأمريكي بنص المادة 117 من قانون حقوق الطبع، وفي القانون الإنجليزي بنص صريح بموجب المادة A 50 من قانون حقوق الطبع، والمادة L .122-6 من قانون الملكية الفكرية الفرنسي وغيرها من التشريعات التي اعتمدت هذا الاستثناء.

تتلخص الضوابط المتعلقة بهذا الاستثناء وفقاً للعناصر التالية[34]:

- هذه الرخصة مقرّرة فقط لشخص حاز البرنامج حيازة قانونية.

- أن تستعمل النسخة الاحتياطية في إدارة أعمال المرخص له الداخلية فقط وبالقدر الضروري الذي يمكّنه من استخدام البرنامج استخداما أمناً.
- ضرورة التعامل مع النسخة الاحتياطية ذات المعاملة المقرّرة للنسخة الأصلية، من حيث اتخاذ كافة الاحتياطات لحمايتها من اطلاع الغير عليها وإعادتها إلى صاحب حق الملكية بعد انتهاء الترخيص.

وبعيداً عن الأطر القانونية، يرى بعض الباحثين أن الغاية من النسخة الاحتياطية هو الحفاظ على البرنامج في حالة وقوع ضرّر يلحق بالنسخة الأصلية، بخلاف النسخة المقرّرة للاستعمال العائلي التي تفتح المجال أمام انتشار البرنامج دون إذن مؤلفه[35].

وتنسحب إشكالية النسخة الخاصة على قواعد البيانات الإلكترونية وقواعد البيانات على الخط نظراً لطبيعتها التقنية و قيمتها الاقتصادية التي تجعل منها مصنفاً مختلفاً عن باقي أنواع المصنفات التي يخضع استعمالها لهذا الاستثناء، وبناءً على ذلك يرى بعض الباحثين ضرورة تقييد هذا الاستثناء أو عدم العمل به، لأن السماح للمُستخدِم بعمل نسخة خاصة عن قواعد البيانات يخوّل كل فرد الحصول على نسخة منها مما يلحق ضرراً بالغاً بالحق المالي لمؤلفها[36].

باستقراء بعض قوانين حماية قواعد البيانات يتضح لنا النّص على إمكانية وضع ضوابط أو قيود على الحقوق الاستئثارية التي تثبت لمؤلف قاعدة البيانات المحمية في مواجهة الغير في حالة إعادة إنتاج ونسخ القاعدة غير الإلكترونية لأغراض الاستخدام الخاص؛ وبمفهوم المخالفة يتضح لنا أن قواعد البيانات الإلكترونية لا يسري عليها هذا الحكم ما يحيلنا إلى القول بأن نسخ أو إعادة إنتاج القاعدة الإلكترونية لأغراض الاستخدام الخاص تدخل في صميم الأعمال التي ينبغي الحصول على إذن مسبق من مؤلفها، وهذا بالضبط ما تبناه القرار التوجيهي الأوروبي بشأن الحماية القانونية لقواعد البيانات[37] في مادته 5 التي وردت تحت عنوان الأعمال المحظورة والتي نصت على ما يلي:

"مؤلف قاعدة البيانات المحمية بمقتضى هذا القرار يملك حقاً استئثارياً في القيام بالأعمال التالية أو الإذن بها:

إعادة إنتاج القاعدة بشكل دائم أو مؤقت، وبأي طريقة، وفي أي صورة. كلياً أو جزئياً.

الترجمة و التهيئة والترتيب وأي صورة من صور التعديل.

....."

والمادة 6 بشأن الاستثناءات الواردة عليها التي نصت على ما يلي:

"يجوز للمُستخدم الذي لديه حق استخدام القاعدة أو نسخة منها إتيان الأعمال الواردة في المادة 5 المشار إليها، إذا كان ذلك ضروريا للوصول إلى محتويات القاعدة، أو للاستخدام العادي لمحتوياتها.....

للدوّل الأعضاء حرية وضع ضوابط أو قيود على الحقوق المشار إليها في المادة 5 في الحالات التالية:

في حالة إعادة إنتاج (نسخ) القاعدة غير الإلكترونية لأغراض الاستخدام الخاص .

....."

ت. التحديات التي يطرحها تفعيل مبدأ سقوط بعض المصنفات الرقمية في الملك العام أمام تطبيق قوانين الملكية الفكرية وحقوق المؤلف على شبكة الإنترنت

تحدّد أغلب قوانين حقوق المؤلف الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظّمة لهذا الحق مُدّداً زمنية معيّنة- تختلف باختلاف القوانين- للحماية ينتج عن انقضائها سقوط المصنف في الملك العام، بحيث يصبح بإمكان أي شخص أو جهة استخدامه دون الحصول على موافقة المؤلف وبدون مقابل مالي وتحقيق مكسب اقتصادي نتيجة هذا الاستخدام ابتداءً من تاريخ انتهاء مدّة الحماية التي يمنحها القانون للمؤلف أو لورثته أو لخلفه العام، تحتسب ابتداءً من تاريخ وفاة المؤلف أو من تاريخ حدث معيّن يتصل بالمصنف في حدّ ذاته (كتاريخ نشره لأول مرة)؛ علماً أن قاعدة احتساب المدّة في الحالة الأولى يرّد عليها بعض الاستثناءات خاصة عندما تكون عملية الحساب غير ممكنة من الناحية العملية بسبب تعدّد مؤلفي المصنف أو في حالة المصنفات التي لا تحمل اسم مؤلفها أو لكون العمل نشر لأول مرة بعد وفاة المؤلف، وفي هذه الحالات نكون أمام تطبيق قواعد خاصة لحساب المدّد القانونية.

والجدير بالذكر أن سقوط المصنف في الملك العام بسبب انتهاء مدة الحماية المقررة له قانوناً، لا يحول دون تمتعه بالحماية من جديد إذا اقتبسه مؤلف آخر و أظهره بصورة مبتكرة[38]، كما أن سقوط المصنف في الملك العام لا يشمل الحقوق الأدبية للمؤلف في أغلب القوانين، ذلك أن هذا النوع من الحقوق، أو على الأرجح الكثير منها، لا تنقطع بسقوط المصنف في الملك العام وإنما تبقى ما استمر المصنف متداولاً بين الناس، نظراً لعدم تعارض مبدأ حرية الانتفاع بالتراث الفكري للمجتمع ،ممثلاً في المصنفات الأدبية والفنية بعد وفاة مؤلفيها بمدّة معيّنة، مع مبدأ حماية حقوقهم الأدبية التي تستند على احترام شخصية المؤلف وحماية المصنف في حدّ ذاته باعتباره نتاجاً فكرياً بغض النظر عن مؤلفه، بعكس المدّد التي ترّد على التمتع بالحقوق المالية للمؤلف التي تنقطع بوفاته أو ابتداءً من تاريخ يحدّده القانون في بعض الأحيان.

على عكس بعض القوانين الوطنية[39]لم يحض موضوع مصير المصنفات التي تنقضي مدّة حمايتها وتؤول إلى الملك العام بأحكام خاصة في الاتفاقيات الدولية المنظمة لحق المؤلف، إنما اكتفت بالإشارة إلى مدّة الحماية الممنوحة بعد وفاة المؤلف بشكل عام، والأحكام المتعلقة ببعض أنواع المصنفات، وتلك التي وردت بشأن تحديد المدّد الخاصة.

في هذا الصدد نصت اتفاقية برن في مادتها 7 الفقرة 1 على أن "مدّة الحماية التي تمنحها هذه الاتفاقية تشمل مدّة حياة المؤلف وخمسين سنة بعد وفاته"، يبدأ سريان حسابها اعتباراً من أول يناير من السنة التالية لوفاته حسب الفقرة 5 من نفس المادة، فاسحة المجال لدوّل الإتحاد تقرير مدّة أطول للحماية مقارنة بتلك المنصوص عليها في الفقرة 1 من هذه المادة (المادة 7 الفقرة 6)، باستثناء دوّل الإتحاد الملتزمة بأحكام وثيقة روما التي تمنح تشريعاتها الوطنية السارية المفعول وقت التوقيع على اتفاقية برن مدّداً أقل من المنصوص عليها في هذه الفقرات بحيث تتمتع بحق الإبقاء عليها عند التصديق على هذه الوثيقة أو الانضمام إلى الاتفاقية، كما نصت على عدم إمكانية انقضاء الحقوق الأدبية للمؤلف وإنما تظل محفوظة بعد وفاته وذلك على الأقل إلى حين انقضاء الحقوق المالية؛ يتضح لنا من خلال ذلك أن المصنفات الأدبية والفنية المشمولة بالحماية بموجب هذه الاتفاقية تؤول كقاعدة

عامة إلى الملك العام بعد انقضاء مدّة خمسين سنة على وفاة مؤلفيها مع منح الدوّل الأعضاء المنضمين أو الموّقعين على هذه الاتفاقية حق تقرير مدّداً تفوق هذه المدّة.

ولما كانت معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف (معاهدة الإنترنت الأولى 1996) تعدّ بمثابة اتفاق خاص بمعنى المادة 20 من اتفاقية برن لحماية المصنفات الأدبية والفنية بالنسبة إلى الأطراف المتعاقدة مع بلدان الإتحاد المنشأ بموجبها، ونظرا لكون حق النسخ ينطبّق انطباقاً كاملاً على المحيط الرقمي كما نصت عليه المادة 9 من اتفاقية برن خاصة فيما يتعلق بالانتفاع بالمصنفات في شكلها الرقمي، وتطبيقاً لهذه القاعدة على مدّة حماية المصنفات الرقمية نلاحظ بأن معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف وبموجب المادة 9 منها استثنت حالة وحيدة فقط تخرج عن نطاق تطبيق أحكام المادة 7 من اتفاقية برن والمقصود بها مصنفات التصوير الفوتوغرافي التي نصت عليها في فقرتها 4، الأمر الذي يفهم منه ضمنياً إمكانية تطبيق الأحكام التي وردت في جميع الفقرات ماعدا الحكم الذي أقرته الفقرة 4 على الرغم من عدم وجود نص صريح في المادة 9 من اتفاقية الويبو يشير إلى ذلك، وبالتالي يمكن القول بأن مدّة حماية المصنفات الرقمية التي ورد النص بشأنها في معاهدة الويبو تؤول كقاعدة عامة قياساً على الأحكام المطبّقة على المصنفات الأدبية والفنية التي نظمت أحكامها معاهدة برن، إلى الملك العام بعد انقضاء مدّة خمسين سنة من تاريخ وفاة مؤلفها، وتطبّق الأحكام ذاتها المنصوص عليها في الفقرات الأخرى على هذه المصنفات ماعدا أحكام الفقرة 4 من المادة 7 التي ورد بشأنها منع صريح بموجب المادة 9 من اتفاقية الويبو.

بالنسبة لتحديد مدّة حماية برامج الحاسب الآلي و قواعد البيانات، لابد أن نشير بداية إلى أن معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف أقرت حماية هذا النوع من المصنفات بمقتضى المادة 4 و5 منها على التوالي، خاصة وأن المادة 4 ورد النص فيها صراحة على الاعتراف بحماية برامج الحاسب الآلي باعتبارها مصنفات أدبية بمعنى المادة 2 من اتفاقية برن، ما يعني خضوعها لأحكام المادة 6(ثانيا) الفقرة (2) التي نصت على أن الحقوق الممنوحة للمؤلف بمقتضى الفقرة (1) السابقة (المقصود بها الحقوق الأدبية) تظل محفوظة بعد وفاته وذلك على الأقل إلى حين انقضاء الحقوق المالية...، وبالرجوع إلى نص المادة 7 الفقرة (1) من الاتفاقية نفسها نجد بأن مدّة الحماية التي تمنحها هذه الاتفاقية لهذا النوع من الحقوق تشمل مدّة حياة المؤلف

وخمسين سنة بعد وفاته، ما يعني إمكانية القول بسقوط برامج الحاسب الآلي في الملك العام بعد انقضاء نفس المدّة المقرّرة لسقوط المصنفات الأدبية والفنية من وفاة مؤلفيها. وينطبّق الأمر ذاته على قواعد البيانات التي تمثّل مجموعات المصنفات الأدبية والفنية لدوائر المعارف والمختارات الأدبية التي تعتبر ابتكاراً فكرياً بسبب اختيار وترتيب محتوياتها حسب ما ورد في الفقرة 5 من المادة 1 لاتفاقية برن، وباعتبارها مصنفا رقمياً يتمتع بالحماية حسب ما ورد في المادة 5 من معاهدة الويبو بشأن حق المؤلف.

ولما كان من الشائع اشتراك أكثر من مؤلف واحد في إعداد برامج الكومبيوتر وقواعد البيانات، تحيلنا المادة 7 (ثانيا) إلى مدّد خاصة متمثلة في خمسين سنة تحسب اعتباراً من وفاة آخر من بقي من الشركاء على قيد الحياة.

من حيث المبدأ، لا يتنافى هذا الرأي مع ما نص عليه القرار التوجيهي الأوروبي بشأن الحماية القانونية لبرامج الكومبيوتر بخصوص مسألة إمكانية سقوط برنامج الحاسب الآلي في الملك العام، عندما نصت المادة 8 منه في فقرتها الأولى على تمتع هذا المصنف بالحماية طيلة حياة المؤلف وخمسين سنة تالية لوفاته، وإذا كان برنامج الكومبيوتر مجهول المؤلف أو صدر باسم مستعار، أو إذا كان المؤلف شخصاً معنوياً فإن مدّة الحماية هي خمسون سنة تبدأ من تاريخ أول مرة وُضع فيها البرنامج للتداول العام بشكل مشروع، تحسب هذه المدّة من أول يناير من السنة التالية لتلك التي حدثت فيها الوفاة أو التي وضع فيها البرنامج للتداول العام[40].

بناءً على ما تقدم تجدر بنا الإشارة إلى القول بأن إمكانية سقوط برنامج الحاسب الآلي في الملك العام يخفي وراءه إشكالات قانونية عديدة، خاصة عندما تتولى شركات البرمجيات صناعة وإنتاج هذا النوع من المصنفات، أين تطرح مسألة طبيعة العقد الذي يربط مؤلف البرنامج بالشركة وما يترتب عن ذلك من تحديد الجهة المخوّل لها الانتفاع بحقوق المؤلف، وهل يظل لمؤلف البرنامج وحده الحق في الانتفاع بعمله حتى ولو كان ذلك يقع في نطاق عقد العمل الذي يربطه بالشركة المنتجة، إضافة إلى تحديد أسباب انقضاء مدّة الحماية القانونية للحق المالي التي ينتج عنها سقوط البرنامج في الملك العام في هذه الحالة.

بدورها تطرح الفترة الزمنية المحدّدة لانقضاء الحماية والمقدّرة بخمسين سنة يبدأ حسابها من السنة التالية لوفاة مؤلف البرنامج أو آخر مؤلف في حالة المصنفات

المشتركة مشكلاً آخر، باعتبارها مدّة طويلة جداً بالنظر إلى ما قد يطرأ من تحوّلات وتغيّرات في مجال تكنولوجيا المعلومات التي تتم بوتيرة متسارعة، ما يجعل سقوط برنامج الحاسب الآلي في الملك العام واستعماله بدون ترخيص من قبل المؤلف عديم الفائدة من الناحية العملية.

أما بالنسبة لقواعد البيانات فإن الإشكال يطرح بشأن حساب مدّة حمايتها في حالة إدخال تعديلات جوهرية على مستوى اختيار وترتيب محتوياتها، ومدى اعتبار ذلك بمثابة قاعدة بيانات جديدة تبدأ معها مدّة حماية جديدة دون الإخلال بمدّة الحماية التي كانت مقرّرة للقاعدة الأصلية.

ث. بالإضافة إلى التحديات السالفة الذكر، فرضت التطوّرات التي عرفتها مبادرات الوصول الحرّ إلى معلومات شبكة الإنترنت تحدياً جديداً أمام إنفاذ وتطبيق قوانين الملكية الفكرية وقوانين حقوق المؤلف على هذه الشبكة، وهذا على غرار مبادرة بودابيست (2002)[41]، بيدستا (2003)[42] و برلين (2003)[43]، بحيث شكّلت هذه النصوص والتي تلتها فيما بعد فرصة لإتاحة البحوث والتقارير العلمية للباحثين مجاناً عبر شبكة الإنترنت ودون أي قيود مالية أو قانونية بما في ذلك عدم الحصول على التراخيص المسبقة، وهذا من خلال إتاحتها على الخط مباشرة دون الخضوع للتقييدات التي تفرضها قوانين حقوق التأليف.

نتيجة ذلك أصبحت مشروعية حقوق الملكية الفكرية موضع تشكيك من قبل علماء الاقتصاد ودعاة حقوق الإنسان[44]، خاصة حينما ينظر إلى الأمر من ناحية التعريفات المرتفعة والقيود القانونية التي تفرضها هذه التشريعات مقابل النفاذ الحرّ أو الوصول المفتوح إلى البيانات و المعلومات العلمية على شبكة الإنترنت، و التي تعكس بدورها الأهداف الحقيقية التي تسعى الدوّل المتقدّمة إلى تحقيقها باعتمادها على تشريعات الملكية الفكرية كآلية من آليات حماية الاقتصاد الرقمي و متطلبات التجارة الإلكترونية المبنية أساساً على صناعة واقتصاد المعلومات؛ إضافة إلى محاولتها البحث عن حلول في هذه القوانين تمكّنها من السيطرة على عملية نقل التكنولوجيا و احتكار نتائج البحث العلمي.

يقدّم لنا هذا التحليل تفسيراً للنتائج السلبية المترتبة عن اعتماد وتطبيق قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية على تدفق المعلومات في الدوّل النامية كونه يُعّد وجهاً من أوجه احتكار عملية نقل التكنولوجيا وزيادة معدّلات نمو الاقتصاد

الرقمي وتحويل مخرجات البحث العلمي إلى معرفة تساهم في إنتاج السلع والخدمات لصالح الدوّل المتطوّرة، خاصة إذا أخذنا بعين الاعتبار مخلفات الفجوة الرقمية واختلال التوازن بينها وبين الدوّل النامية التي لازال أغلبها يعاني من انعدام رؤية واضحة وإستراتيجية فعّالة في مجال الاستثمار في قطاع المعلومات وإهمال بناء القدرات الذاتية في هندسة البرمجيات وصناعة المعلومات إضافة إلى ضعف صناعة المحتوى الرقمي، بحيث أصبح من الواضح بأن أغلب هذه الدوّل لم تعد تشّكل في حقيقة الأمر سوى طرفاً مستهلكاً للمحتوى المعلوماتي العالمي، دون القيام بأي مبادرة جادة لإثرائه وهذا باستثناء الجهود التي قامت في البعض منها لتجاوز هذا الوضع ومحاولة رفع التحدي للتخلص من الهيمنة التي تفرضها الدوّل المتطوّرة و الشركات المستثمرة في قطاع المعلومات.

ج. التحدي الآخر الذي يعيق تطبيق قوانين الملكية الفكرية التقليدية على المصنفات الرقمية يتمثل في عدم مواكبة مبدأ إقليمية القوانين، الذي يحدّد نطاق تطبيقها، مع خصائص شبكة الإنترنت التي تتميّز بالعالمية وعدم الاعتراف بالحدود الجغرافية، بحيث أصبح من الصعب التعرّف على الدولة منشأ المصنف الرقمي الأصلي والمكان أو الموقع الذي يدخل منه إلى الشبكة[45]، إضافة إلى تعدّد واختلاف القوانين واجبة التطبيق على تلك النزاعات اعتماداً على الأماكن والدوّل التي تم فيها الاعتداء من خلال النشر أو إعادة النشر أو الاستغلال دون ترخيص أو بغير موافقة صاحب حق المؤلف[46]، مع ما ينتج تبعاً لذلك من إشكالات قانونية تتعلق بضوابط الإسناد وحدودها في حالة تطبيق أحكام قوانين الملكية الفكرية المستمدّة من القانون الدولي الخاص.

اصطدمت محاولات البحث عن الآليات القانونية لحماية حقوق الملكية الفكرية وحقوق التأليف على شبكة الإنترنت بالعديد من العراقيل وواجهتها العديد من الصعوبات أدت إلى غياب تشريعات ونصوص قانونية مستقلة عن قواعد الملكية الفكرية التقليدية في الكثير من الأحيان وهذا ما يظهر من خلال محاولة تكييف القواعد التي تنظّم حماية المصنفات الرقمية مع ما ورد من أحكام في اتفاقية برن واتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التريبس) وفقاً للتصّور التقليدي لهذه الحماية ومراعاة لعمومية النصوص والصياغة المرنة للقواعد القانونية التي تقتضي خضوع المصنفات الجديدة التي لم تكن قد ظهرت

وقتها لمبادئ وقوانين الملكية الفكرية التقليدية، أما بشأن تلك التي حاولت تكييف قواعد حقوق الملكية الفكرية مع هذه التطوّرات و سعت إلى استحداث نصوص تشريعية خاصة تنسجم مع ما تنفرد به هذه المصنفات من خصائص تميّزها عن المصنفات التقليدية فقد اصطدمت بدورها بتعدّد واختلاف طبيعة محتويات الفضاء الرقمي من جهة، واحتواء بعض المواقع الإلكترونية من جهة أخرى على بعض المصنفات الرقمية المشمولة بالحماية مثل برامج الكومبيوتر وقواعد البيانات على الخط. نتيجة لذلك يمكن القول أنّ عدم وجود تكييف قانوني خاص لمحتويات شبكة الإنترنت أدى بالضرورة إلى تأجيل صياغة رؤية واضحة في هذا المجال على الرغم من المجهودات الكبيرة التي حاولت تجاوز هذه الصعوبات، خاصة تلك التي جسدتها معاهدتي الويبو الأولى والثانية التي اعترفت لبعض المواد المنشورة على شبكة الإنترنت بالحماية طبقاً لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة ومن ضمنها المصنفات التي يتم التعبير عنها بطريقة ما على الموقع الإلكتروني، وإدراجها كل من برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات باعتبارها مصنفات رقمية تتمتع بالحماية عن طريق حقوق المؤلف، وهذا يعني أن برامج الحاسب الآلي المتضّمنة في هذه المواقع تتمتع بذات الحماية التي يتمتع بها البرنامج المخّزن على قرص مدمج، كما أن قواعد البيانات عندما تُضّمن في موقع إلكتروني (قواعد البيانات على الخط) بترخيص ممن يمتلكها فإن حماية الموقع في حدّ ذاته تمتد لتشمل هذا النوع من المصنفات، على اعتبار أنها محمية بموجب قواعد حقوق التأليف على شبكة الإنترنت، إضافة إلى إمكانية إخضاعها لقانون خاص يقرّر لها الحماية عن طريق الحق المجاور لحقوق المؤلف الذي تم إقراره بموجب أحكام التوجيه الأوروبي لسنة 1996 بشأن حماية قواعد البيانات الذي يعترف لها إلى جانب الحماية القانونية عن طريق حق المؤلف بالحماية من نوع خاص يترتب على البناء الهندسي لها، وينتج عنه محلاً آخر للحماية بموجب هذا القانون يتمثل في محتوى القاعدة، بحيث يمنح حقاً مجاوراً لصانع قاعدة البيانات الذي استثمر فيها استثماراً جوهرياً، كيفياً أو كمياً أو كلاهما معاً، سواء في ما يتعلق بطريقة الحصول على محتوياتها، تدقيقها أو عرضها في مواجهة المستثمرين والمنافسين له.

الهوامش:

[1] رامي ابراهيم حسن الزواهرة: ***النشر الرقمي للمصنفات وأثره على الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف، دراسة مقارنة في القانون الأردني والمصري والانجليزي***، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2013، ص: 241-242.

[2] Mounier Pierre ; Dacos Marin: ***édition électronique :*** Communication, n^0 88 , 2011 : p 52.

[3] محمد حماد مرهج الهيتي: ***نطاق الحماية الجنائية للمصنفات الرقمية، دراسة مقارنة في القوانين العربية لحماية حق المؤلف***: مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 48، أكتوبر 2011: ص 409 – 414.

[4] سليم عبد الله الجبوري: ***الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت***، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011: ص 240- 241.

[5] المرجع نفسه: ص 242.

[6] Gabriel de Broglie : ***Le droit d'auteur et l'internet*** , rapport de groupe de travail de l'académie des sciences morales et politiques ;Paris : Presses universitaires de France :p 28.

[7] IBID: P 28.

[8] IBID: P 28-29.

[9] محمد محمود الكمالي، أياد محمد محمود طنش: ***آلية حماية حقوق الملكية الفكرية***، بحوث مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقية منظمة التجارة العالمية ، تنظيم كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، من 9- 11 ماي 2004، المجلد الأول، ط1، 2004: ص 256.

[10] النص الرسمي لاتفاقية تريبس باللغة الانجليزية المنشور على الموقع الالكتروني:

http://www.wto.org/english/docs _e/legal

[11] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: ***التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية***، الإسكندرية: دار الفكر العربي، 2004: ص 150.

[12] خالد ممدوح إبراهيم: ***جرائم التعدي على حقوق الملكية الفكرية***، ط1، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2010: ص 236.

[13] حسن جميعي: ***حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة في المحيط الرقمي***، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع معهد الدراسات الدبلوماسية، القاهرة: 13- 16 ديسمبر 2004، منشورات الويبو، جونيف، 2004: ص5.

[14] المرجع نفسه: ص 7.

[15] عامر محمود الكسواني: ***التجارة عبر الحاسوب***، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008: ص 156.

[16] Carole lespy: ***la protection du droit d'auteur sur internet*** ; mémoire, DEA de droit des obligations civiles et commerciales, sous la direction de madame le professeur Martine Béhar- Touchais : Université René Descartes : Paris V, 2001 : p 19

[17] IBID: p 20.

[18] عامر محمود الكسواني: مرجع سبق ذكره: ص 152.

[19] نصت المادة 4 من اتفاقية الويبو الأولى بشأن حق المؤلف على ما يلي:" **تتمتع برامج الحاسوب بالحماية باعتبارها مصنفات أدبية بمعنى المادة 2 من اتفاقية برن وتطبق تلك الحماية على برامج الحاسب أياً كانت طريقة التعبير عنها او شكلها" .**

[20] نصت المادة 5 من اتفاقية الويبو بشأن حق المؤلف على ما يلي:" ***تتمتع مجموعات البيانات أو المواد الأخرى بالحماية بصفتها هذه، أياً كان شكلها، إذا كانت تعتبر ابتكارات فكرية بسبب اختيار محتوياتها أو ترتيبها ولا تشمل هذه الحماية البيانات أو المواد في حد ذاتها..."***

[21] بسام التلهوني: ***الإنترنت وإدارة الحقوق الرقمية***، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى، التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، مسقط: 23 و24 مارس 2004، منشورات الويبو، جونيف، 2004: ص 4.

[22] فاتن حسين حوى: ***المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية***، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010: ص 129.

[23] المرجع نفسه: ص 30.

[24] منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: مرجع سبق ذكره: ص 156.

[25] Gabriel de Broglie :op. cit : P 29.

[26] أسامة أحمد بدر: ***تداول المصنفات عبر الإنترنت مشكلات وحلول في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002***، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004: ص 80.

[27] نواف كنعان: ***حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته***، ط1، عمان: دار الثقافة، 2009: ص 280.

[28] المرجع نفسه: ص 85.

[29] أسامة أحمد بدر: مرجع سبق ذكره: ص 85.

[30] المرجع نفسه: ص 85.

[30] المرجع نفسه: ص 93.

[31] فاضلي إدريس: ***حقوق المؤلف والحقوق المجاورة***: الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008: ص 179.

[32] المرجع نفسه: ص 140.

[33] شحاته غريب شلقامي: ***حقوق الملكية الأدبية والفنية بين التقييد والتقليص، دراسة مقارنة***، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015: ص 44.

[34] فاروق علي الحفناوى: ***قانون البرمجيات دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكومبيوتر***، موسوعة قانون الكومبيوتر والانترنت، الكتاب الأول، القاهرة: دار الكتاب الحديث 2001: ص 245-247.

[35] خالد مصطفى فهمي: ***الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية طبقا لأحدث التعديلات، دراسة مقارنة***، الأزاريطة: دار الجامعة الجديدة، 2005: ص 94-95.

[36] محمد عطية علي محمد الرازي: ***الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة***، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2013: ص 379.

[37] Directive du parlement européen et du conseil du 11 mars 1996 concernant ***la protection juridique des bases de données*** ; n^0 96/9/CEE / ; Journal officiel des Communautés européennes n^0 L 77/20 du 27.3.1996.

[38] نواف كنعان: ***حق المؤلف النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته***، ط1 ، الإصدار الرابع، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004: ص 388.

[39] تنص بعض القوانين الوطنية على شروط وضوابط معينة تحدد بموجبها مصير حماية بعض المصنفات التي تنقضي مدة حمايتها وكيفية استخدامها كشرط الحصول على ترخيص مسبق في بعض الحالات أو ضرورة تحقق شروط معينة في حالة تعديلها أو الاقتباس منها؛ مثل قانون حق المؤلف الدنمركي الذي نص صراحة على عدم جواز تحويل مصنف أدبي أو فني أو وضعه في متناول الجمهور بعد انقضاء اجل الحماية المقررة له إذا كان ذلك ينطوي على انتهاك للمصالح الثقافية؛ وقانون حق المؤلف الفنلندي الذي نص صراحة على حماية بعض المصنفات الأدبية والفنية التي تؤول إلى الملك العام والتي تندرج تحت ما اسماه بحماية الروائع.

[40] Directive du conseil du 14 mai 1991 concernant ***la protection juridique des programmes d'ordinateur*** ; n^0 91/250/CEE / ; Journal officiel des communautés européennes n^0 L 122/42 du 17.5.1991

[41] ***Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert*** **:** Libre accès à l'information scientifique et technique **;** Actualités**,** problématiques et perspectives **:** Publié le 26 mars 2004**.** Disponible sur le net a l'adresse suivante **:** http://openaccess.inist.fr/?Initiative-de-Budapest-pour-l

[42] ***Déclaration de Bethesda pour l'édition en libre accès*** **:** Libre accès à l'information scientifique et technique Actualités**,** problématiques et perspectives : Publié le 27 mai 2004. Disponible sur le net a l'adresse suivante : http://openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Bethesda-pour-l.

[43] ***Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en sciences exactes, sciences de la vie, sciences humaines et sociales*** **:** Libre accès à l'information scientifique et technique Actualités, problématiques et perspectives **:** Publié le 12 juillet 2004. Disponible sur le net a l'adresse suivante **:** http**:**//openaccess.inist.fr/?Declaration-de-Berlin-sur-le-Libre

[44] عجة الجيلالي: ***أزمات حقوق الملكية الفكرية (أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول الى المعرفة)***، الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2012: ص 334.

[45] Gabriel de Broglie: op cit : p 35-36.

[46] حسن جميعي: ***حق المؤلف والحقوق المجاورة في سياق الانترنت***، ورقة عمل مقدمة ضمن أعمال ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع جامعة الجامعة الأردنية، عمان: 6-8 أبريل 2004، منشورات الويبو 2004: ص 4.

قائمة المصادر والمراجع

1. المصادر والمراجع باللغة العربية

1.1 الكتب

01 أسامة أحمد بدر: ***تداول المصنفات عبر الإنترنت مشكلات وحلول في ضوء قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم 82 لسنة 2002***، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2004.

02 خالد مصطفى فهمي: ***الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي في ضوء قانون حماية الملكية الفكرية طبقا لأحدث التعديلات، دراسة مقارنة***، الأزاريطة: دار الجامعة الجديدة، 2005.

03 خالد ممدوح إبراهيم: ***جرائم التعدي على حقوق الملكية الفكرية***، ط1، الإسكندرية: الدار الجامعية، 2010.

04 رامي ابراهيم حسن الزواهرة: ***النشر الرقمي للمصنفات وأثره على الحقوق الأدبية والمالية للمؤلف، دراسة مقارنة في القانون الأردني والمصري والانجليزي***، ط1، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع، 2013.

05 سليم عبد الله الجبوري: ***الحماية القانونية لمعلومات شبكة الانترنت***، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2011.

06 شحاته غريب شلقامي: ***حقوق الملكية الأدبية والفنية بين التقييد والتقليص، دراسة مقارنة***، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2015.

07 عامر محمود الكسواني: ***التجارة عبر الحاسوب***، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.

08 عجة الجيلالي: ***أزمات حقوق الملكية الفكرية (أزمة حق أم أزمة قانون أم أزمة وصول الى المعرفة)***، الجزائر: دار الخلدونية للنشر والتوزيع، 2012.

09 فاتن حسين حوى: ***المواقع الإلكترونية وحقوق الملكية الفكرية***، ط1، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2010.

10 فاروق علي الحفناوى: ***قانون البرمجيات دراسة معمقة في الأحكام القانونية لبرمجيات الكومبيوتر***، موسوعة قانون الكومبيوتر والانترنت، الكتاب الأول، القاهرة: دار الكتاب الحديث 2001.

11 فاضلي إدريس: ***حقوق المؤلف والحقوق المجاورة***: الجزائر: ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

12 محمد عطية علي محمد الرازي: ***الحماية القانونية لقواعد البيانات في القانون المصري والتشريعات المقارنة***، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، 2013.

13 منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: ***التعاون الدولي في مجال حماية حقوق الملكية الفكرية***، الإسكندرية: دار الفكر العربي، 2004.

14 نواف كنعان: ***حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته***، ط1، الإصدار الرابع، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

15 نواف كنعان: ***حق المؤلف، النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته***، ط1، عمان: دار الثقافة، 2009.

2.1. المؤتمرات و الملتقيات الدولية

01 بحوث مؤتمر الجوانب القانونية والاقتصادية لاتفاقية منظمة التجارة العالمية، تنظيم كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، من 9-11 ماي 2004، المجلد الأول، ط1، 2004.

3.1. المجلات العلمية

01 مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 48، أكتوبر 2011.

4.1. ندوات وحلقات الويبو

01 أعمال حلقة الويبو الوطنية التدريبية حول الملكية الفكرية للدبلوماسيين، التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع معهد الدراسات الدبلوماسية، القاهرة: 13- 16 ديسمبر 2004، منشورات الويبو، جونيف، 2004.

02 أعمال ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء مجلس الشورى، التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع وزارة التجارة والصناعة ومجلس الشورى، مسقط: 23 و24 مارس 2004، منشورات الويبو، جونيف، 2004.

03 أعمال ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية لأعضاء هيئة التدريس وطلاب الحقوق في الجامعة الأردنية التي نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) بالتعاون مع جامعة الجامعة الأردنية، عمان: 6- 8 أبريل 2004، منشورات الويبو 2004.

2. المصادر باللغة الأجنبية

1.2 القوانين والتشريعات

01 Directive du parlement européen et du conseil du 11 mars 1996 ***concernant la protection juridique des bases de données*** ; n^0 96/9/CEE / ; Journal officiel des Communautés européennes n^0 L 77/20 du 27.3.1996.

02 Directive du conseil du 14 mai 1991 ***concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur*** ; n^0 91/250/CEE / ; Journal officiel des communautés européennes n^0 L 122/42 du 17.5.1991

2.2 مبادرات النفاذ الحر إلى المعلومات

01 ***Initiative de Budapest pour l'Accès Ouvert*** : Libre accès à l'information scientifique et technique ; Actualités, problématiques et perspectives : Publié le 26 mars 2004.

02 ***Déclaration de Bethesda pour l'édition en libre accès*** **:** Libre accès à l'information scientifique et technique ; Actualités**,** problématiques et perspectives : Publié le 27 mai 2004.

03 ***Déclaration de Berlin sur le Libre Accès à la Connaissance en sciences exactes, sciences de la vie, sciences humaines et sociales*** : Libre accès à l'information scientifique et technique Actualités, problématiques et perspectives : Publié le 12 juillet 2004.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

تأثير التقنية العالية على أنشطة التقاضي البديلة في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة . - التحكيم الإلكتروني نموذجا –

د/بودالي خديجة و د/ محمودي فاطيمة الزهرة
جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

ISBN: 978-9931-9651-0-7

تأثير التقنية العالية على أنشطة التقاضي البديلة في القانون الجزائري و التشريعات المقارنة .

-التحكيم الإلكتروني نموذجا –

الدكتور / بودالي خديجة (*)
الدكتور / محمودي فاطيمة الزهرة (*)

ملخص: أدت ثورة المعلومات و حداثة الاتصالات الى حدوث تغييرات عميقة في المجتمعات في شتى المجالات ، الشيء الذي كان له الأثر البالغ على تطور النصوص و المصطلحات القانونية المختلفة و إذا كان السبق للفقهاء على حساب التشريعات و القضاء في معالجة الإشكالات القانونية المترتبة عن عالم الإلكترونيات ، فان المشرع الجزائري لم يلبث أن رفع التحدي ، حتى لا يكون القانون التقليدي عائقا أمام انتشار المعاملات الالكترونية ونموها ، و بالتالي جعل القانون يواكب هذا التطور التقني الحديث ليوجد آليات تلبي التطلعات المشروعة لأفراد المجتمع و تستجيب للحاجات المستجدة و المتزايدة .

الكلمات المفتاحية: تقنيات القمنة، التقنية العالية، التقاضي والانترنت

Abstract : The information revolution and the modernity of communications have led to profound changes in societies in various fields, which have had a great impact on the development of texts and various legal terms. The Algerian challenge was quickly raised, so that traditional law would not be an obstacle to the diffusion and growth of electronic transactions, thus allowing the law to keep pace with this modern technical development to create mechanisms that respond to the legitimate aspirations of members of society and respond to emerging and growing needs

Mots Clés : digitization technique, High Technologie, Litigation and the Internet.

(*)-، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

(*)-، أستاذة محاضرة "أ" ، جامعة مصطفى اسطمبولي معسكر

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

أصبح تعبير الفجوة الرقمية شائعا تماما خلال السنوات القليلة الماضية فهو تعبير يستخدم للدلالة على الهوة أو الشرخ الذي يفصل بين من يمتلكون المعرفة و التكنولوجيا و أدواتها والذين لهم القدرة على استخدام تقنيات المعلومات و الكمبيوتر و الانترنيت ، و بين من لا يمتلكون مثل هذه المعرفة ، ذلك أن المجتمع أصبح ينقسم على هذا النحو ، بالإضافة إلى انقساماته التقليدية الأخرى على أسس طبقية و اجتماعية و اقتصادية 1.

و قد أدت ثورة المعلومات و حداثة الاتصالات الى حدوث تغييرات عميقة في المجتمعات في شتى المجالات ، الشيء الذي كان له الأثر البالغ على تطور النصوص و المصطلحات القانونية المختلفة2 .

و إذا كان السبق للفقهاء على حساب التشريعات و القضاء في معالجة الإشكالات القانونية المترتبة عن عالم الإلكترونيات ، فان المشرع الجزائري لم يلبث أن رفع التحدي ، حتى لا يكون القانون التقليدي عائقا أمام انتشار المعاملات الالكترونية ونموها ، و بالتالي جعل القانون يواكب هذا التطور التقني الحديث ليوجد آليات تلبي التطلعات المشروعة لأفراد المجتمع و تستجيب للحاجات المستجدة و المتزايدة .

و كان من الطبيعي أن تتجه الجهات القائمة على إدارة نظم القضاء في العديد من الدول إلى إدخال التقنية في أنشطة التقاضي و في نظام و إدارة المحاكم و مراكز التحكيم .

و للتزايد الهائل في حقل معلومات القانون و تنامي فروعه و الحاجة الى المعرفة القانونية المتجاوزة النظام الوطني الى النطاقين الإقليمي و الدولي ، و لما تتطلبه

الأنشطة القانونية في عصر تحرير الخدمات و التجارة من إلمام بالنظم القانونية المقارنة و التعامل مع لغات المواد و الدراسات القانونية الأجنبية ، فان الأثر الطبيعي لكل ذلك تنامي أنشطة المعلوماتية القانونية و الاتجاه نحو أتمتة النشاط القضائي و التحكيمي .

و في هذا العصر الرقمي ، شاع مفهوم التجارة الإلكترونية عبر الإنترنيت التي تتيح العديد من المزايا ، فأصبح من الممكن تجنب مشقة السفر للقاء شركائهم و عملائهم 3.

من خلال هذا المصدر السريع للمعلومات تتم العديد من المعاملات و التصرفات عن بعد خاصة عقود التجارة الدولية و التي تتسم بالسرعة في إبرامها ، و في أغلب الأحيان يتم إدراج شروط للتحكيم لحل المنازعات الناشئة عنها ، مما يثير العديد من المشكلات القانونية و الفنية نظرا لخصوصية و سائل الاتصال الحديثة و دعائمها و الطبيعة الخاصة للشبكة العنكبوتية العالمية .

فاتجه التفكير نحو تسوية منازعات التجارة الإلكترونية من خلال آليات تقوم على ذات التقنية المستخدمة في إبرام هذه المعاملات، ولتكون التسوية بالتالي إلكترونية، تعتمد بصفة أساسية على شبكة الاتصال الالكترونية دون حاجة تواجد أطراف المنازعة في مكان واحد، باستخدام الوسائل التكنولوجية لتسوية المنازعات عبر الخط.

لقيت فكرة حل المنازعات الإلكترونية عبر الخط قبولا من طرف دول عديدة منها الإتحاد الأوربي، هذا ما تجلى من خلال التوجيه رقم 31 لعام 2000 في مادته الأولى التي حث فيها دول الأعضاء السماح لموردي خدمات المعلومات والمتعاملين معهم بتسوية منازعاتهم بعيدا عن المحاكم، ذلك عن طريق استخدام الوسائل التكنولوجية لتسوية فض المنازعات

وأمام عجز القضاء عن اللحاق بالطفرة الإلكترونية وتوفير وسائل سريعة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، إذ غدت الحاجة ملحة للبحث عن سبل أكثر نجاحا لفض منازعات تتلاءم والآلية التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين على الحفاظ في ذات الوقت على متطلبات التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها، فكانت نتيجة جهودها التحكيم الإلكتروني.

وعلى الرغم من فعالية وأهمية التحكيم الإلكتروني في فض المنازعات الناشئة عن التعاملات الإلكترونية إلا أنه وكأي نظام حديث تعترضه مشاكل ثانوية يقع على عاتق رجال القانون تجاوزها بشكل يتلاءم ويواكب هذا التطور المذهل في ثورة الاتصالات.

وباعتبار أن التحكيم الإلكتروني يواجه تحديات عديدة بخصوص الإطار والقواعد القانونية الناظمة له ، فقد طرح هذا الطريق البديل لحل المنازعات بوسائل حديثة و التي تعرفها علوم الاتصالات و المعلوماتية بصفة عامة ، إشكالات قانونية عديدة ؟ و بالتالي كيف يمكن معالجة و تأطير مسألة التحكيم الإلكتروني من الناحية القانونية و الفنية .

كل هذه التساؤلات تجسد الإشكالية الرئيسية المتمثلة في مدى توفير نظام قانوني يحمل ضمانات كافية للجوء إلى هذه الوسيلة البديلة ، الاستثنائية و الجديدة ضمن التشريعات العربية و الدولية ؟.

أهمية الدراسة :

إن التطور المستمر و السريع في ميادين العلوم و تكنولوجيات الاتصالات السلكية واللاسلكية ، يستدعي و يقتضي بالضرورة أن يكون البحث القانوني مواكبا لهذا التطور المتسارع .

و مع زيادة البحوث في مجال التحكيم التجاري الدولي ، و قصور القواعد القانونية التقليدية لاستيعاب ما يمكن أن يستجد من مبتكرات في هذا المجال تزداد الحاجة إلى البحث في هذا الموضوع خاصة أن الكثير من دول العالم لحد الآن لم تضع نظام قانوني مستقلا لتكنولجيات الإعلام و الإتصال أو أنها لم تعالج مسألة التحكيم الإلكتروني في مثل هذه القوانين .

أهداف الدراسة :

-رسم معالم واضحة لمفهوم التحكيم الإلكتروني ، و بيان مدى تمتعه بذاتيته تفصل بينه وبين التحكيم التقليدي ، و لو باستخدام وسائل اتصال حديثة .

- تبيان النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني و مدى حجيته ، و تعد من بين الدراسات بالغة الأهمية خاصة في مجال التنفيذ .

-مدى قبول و الاعتداد بالكتابة الإلكترونية في مجال التحكيم في مختلف النظم القانونية الوطنية و الدولية .

إشكالية البحث:

إن التحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة عن القضاء الوطني يؤدي بنا إلى التساؤل عن الإطار القانوني لهذا النوع الخاص و الحديث و الذي يتم بوسائل الكترونية و رقمية ؟

منهج البحث :

انطلاقا من طبيعة الموضوع محل البحث ، و ما يثيره من إشكاليات قانونية ارتأينا معالجته في إطار المنهج التحليلي و المنهج الاستقرائي عن طريق تحليل و تقصي الاتجاهات الفقهية و استقراء النصوص التشريعية المتعلقة به في التشريع الجزائري و الأنظمة القانونية المقارنة معتمدين في ذلك أيضا على المنهج المقارن.

خطة البحث :

للإجابة على إشكالية البحث و التعمق فيه قسمنا هذا البحث إلى ماهية التحكيم الإلكتروني و نطاقه كمبحث أول ، و النظام القانوني للتحكيم الالكتروني كمبحث ثاني .

المبحث الأول : ماهية التحكيم الإلكتروني و نطاقه .

إن ظهور فكرة التحكيم الإلكتروني كنظام خاص لحل المنازعات في سياق فض منازعات أسماء النطاق الإلكتروني أدى إلى عدم وضوح معالم هذه الفكرة ، و خلط فكرة التحكيم الإلكتروني و الوسائل الأخرى لحل المنازعات ، خاصة التحكيم التقليدي الذي تستخدم وسائل الاتصال عن بعد لإدارته .

و لهذا يثور التساؤل في مقام أول عن ما هو الفارق بين التحكيم العادي أو التقليدي

و التحكيم عبر الوسائل الإلكترونية ؟

كما أن تطور التحكيم الالكتروني على الصعيدين القانوني و التكنولوجي يدفعنا الى التساؤل في مقام ثان عن مدى رواج فكرة التحكيم الالكتروني، و طريقة ظهورها ، ومدى ازدهار المؤسسات التي نادت بتنظيمه كوسيلة واعدة وفعالة لفض المنازعات ؟.

و للإجابة على هذه الإشكاليات سوف نقسم هذا المبحث إلى ظهور التحكيم الإلكتروني في النظم المقارنة ، مفهومه و مزاياه في مطلب أول ، أما المطلب الثاني هو حول مراكز التحكيم الإلكتروني الدولية .

المطلب الأول: ظهور التحكيم الإلكتروني في النظم المقارنة ، مفهومه و مزاياه:

نشأ نظام التحكيم الالكتروني منذ ما يقارب عشرين عاما ، و هي فكرة كفيلة بإفتراض إكتمال أركانها ، و بيان مضمونها و نطاقها ، و هذا يرجع الى التطور

الهائل في البنية التكنولوجية ، كظهور المساحات التخزينية الهائلة ، و إيجاد وسائل للإستيثاق الالكتروني لخدمة الأغراض القانونية كالتوقيع الرقمي 4، كما شهدت هذه الفترة تطورا تشريعيا دوليا في مجال تنظيم المعاملات الإلكترونية و سوف نتطرق تبعا الى نشأة هذا النظام، مفهومه ومزاياه .

الفرع الأول : نشأة التحكيم الإلكتروني .

في عام 1988 أنشأت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية "هيئة الأرقام المخصصة للإنترنيت، أو ما يعرف اختصارا « IANA » ، و التي أنشأت عقب مجموعة من الأنشطة البحثية و العلمية في سبعينات القرن الماضي ، ليكون من بين مهامها وضع مواثيق مباشرة المؤسسات العاملة في مجال تكنولوجيا المعلومات لأنشطتها 5 ، علاوة على تخصيص أسماء النطاق الالكتروني Domain Names.

و لقد رصدت الأينا « IANA » منذ وقت مبكر أن استخدام أسماء النطاقات قد يؤدي الى تضليل المتعاملين على الشبكة ، و بالتالي بدأت بدراسة المشكلة من الناحية القانونية المقارنة بالتعاون مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO، و في عام 1998 وافقت الولايات المتحدة على التنازل على "الأينا" ، وذلك بإنشاء ما يسمى بمؤسسة الأيكان ICANN ، و التي صارت منذ ذلك الوقت الجهة المهيمنة على تخصيص عناوين نطاقات الانترنيت ، سواء الحكومية أو غير الحكومية ، و سواء للمنظمات أو الأفراد 6.

و في أبريل 1999 أصدرت الويبو تقريرا بضرورة وضع إجراءات إدارية إلزامية في شأن تسجيل أسماء النطاق الالكتروني بسوء النية للإضرار بالغير ، و في ديسمبر من نفس السنة قامت مؤسسة "الأيكان " بتبني ما عرف باسم اللائحة الموحدة

لفض منازعات أسماء النطاقات أو العناوين الإلكترونية UDRP، و التي تضمنت بعض الإجراءات السريعة لحسم منازعات أسماء النطاق الالكتروني .

إن الغرض من التحكيم الخاص بمنظمة الأيكان هو محاربة و التصدي لاستغلال أسماء وعناوين شهيرة قبل فئة مندسة بغرض إعادة بيعها .

و هذا التحكيم إجباري بالنسبة للمدعي عليه و اختياري بالنسبة للمدعي و يترتب على الحكم فيه شطب الأسماء و العناوين الإلكترونية غير المشروعة7 . و لقد أوحت تلك الإجراءات الناجزة للأيكان بفكرة أخرى انطوت على قدر من الإستباق و السعي نحو مزيد من الفاعلية في سياق معاملات العالم الإفتراضي ،ألا و هي فكرة "**التحكيم الإلكتروني** "8.

الفرع الثاني : مفهوم التحكيم الالكتروني.

قد رئينا أن فكرة " التحكيم الإلكتروني " نشأت في سياق تبني مؤسسة "الأيكان " للائحة فض منازعات أسماء النطاق ، أو العناوين الإلكترونية ، و التي تنص على بعض الإجراءات إدارية مباشرة وصولا لقرار يتم تنفيذة مباشرة بمعرفة الهيئة .

و يمكن القول بأن أغلبية الفقه لا يرى في التحكيم الإلكتروني خصوصية تفرق بينه و بين التحكيم التقليدي إلا من حيث وسائل الاتصال ، بينما حاول جانب من الفقه إبراز الخاصية الرئيسية لعمليات التحكيم الإلكتروني و هذان الاتجاهان سنوضحهما تبعا :

أولا : إنكار خصوصية التحكيم الإلكتروني :

يرى هذا الجانب من الفقه أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة ، و أنه مجرد ميكنة لعملية التحكيم المؤسسي ،

بما يعني أنه نظام بمقتضاه يتفق الأطراف على تولي شخص خاص أو أكثر مهمة الفصل في النزاع بحكم ملزم باستخدام شبكة الانترنيت .

و يعرفه جانب أخر من الفقه بأنه :" ذلك التحكيم الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعتهم الناشئة عن صفقات أبرمت في الغالب بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة إلى أتفاق أطراف النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم ".

و يلاحظ في هذه التعاريف أنها لم توضح خصوصية التحكيم الإلكتروني في مقابلة التحكيم التقليدي الذي يستخدم وسائل الاتصال الإلكترونية في إدارته منذ زمن ليس بالقصير، حتى ان البعض الفقه من خلال بعض تقاريره 9 و كتاباته قام بهدم المعيار الشكلي و التصريح بأن إجراءات التحكيم الإلكتروني قد تتم كلها أو بعضها على الخط ، و هو التعارض بين الرغبة في إطلاق المجال الموضوعي للتحكيم الالكتروني ، و بين ضرورة مراعاة المبادئ الأساسية للتقاضي كتقرير أهمية عقد جلسات مادية للمرافعة خارج عالم الشبكة ، مع عدم الاعتراض من حيث المبدأ على ما يسمى بالجلسات الافتراضية .

ثانيا : خصوصية التحكيم الإلكتروني .

يقرر هذا الجانب من الفقه نتيجة منطقية مفادها ، أنه من المفترض في التحكيم الإلكتروني أن تجري الجلسات عن طريق نظام الاجتماعات الافتراضية، و الذي يرون فيه بديلا عن الجلسات المادية المنطوية على اللقاء المباشر بين الخصوم و المشاركين في عملية التحكيم.

و أكد هذا الجانب من الفقه أنه لابد من وجود فارق جوهري بين ما هو مألوف في خصومات التحكيم التقليدية من استخدام أدوات الاتصال عن بعد كالفاكس و التلكس ورسائل البريد الإلكتروني ، وحتى صدور الحكم ، باستخدام الإنترنيت ، ودون لقاء مادي بين الأطراف أو بينهم و بين المحكمين أو الشهود أو الخبراء و هذا ما يسمى بالتحكيم على الخط **L'arbitrage en ligne**.

و لإجمال تعريف شامل و وافي للتحكيم الالكتروني هو التحكيم الذي يحسم الخلافات التي تنشأ بسبب تنفيذ العقود الالكترونية أو ذات الأساس التعاقدي، كما يشمل المنازعات الالكترونية ذات الأساس غير التعاقدي ، كما هو الحال في حالة أسماء النطاق الالكترونية أو عناوين المواقع الالكترونية .

و إذا كان التحكيم التقليدي يستند إلى مثلث تتكون أضلاعه من كلا الطرفين و المحكم ، إلا أن التحكيم الإلكتروني يضيف عنصرا رابعا هو التكنولوجيا الرقمية التي تستخدم في إدارة التحكيم و التي تتم في جميع مراحله بما فيها تقديم طلب التحكيم عبر الانترنيت بواسطة البريد الالكتروني أو غرف المحادثة أو الفيديوكونفرنس 10 .

الفرع الثالث :مز ايا التحكيم الإلكتروني .

القاعدة في مجال التحكيم بصفة عامة ، و علاقته بقضاء الدولة أن القاضي يبحث عن التشريع و يعتد به ، أما المحكم فهو يبحث عن العدالة البحتة ، مما جعل التحكيم أكثر تميزا بالنسبة للأطراف لأنه ينجز لهم العدالة دون الدخول في متاهات التشريعات و التفاسير11. ومن الثابت أن التحكيم في ثوبه التقليدي و على مدى أكثر من نصف القرن قد ارتكز على العديد من المبادئ المهمة التي من شأنها إعطاء ضمانات كبيرة للأطراف ، و هذا ما تضمنه أيضا التحكيم

الإلكتروني بالإضافة الى آلية تكنولوجية حديثة تعطيه ميزة في الاستخدام وأولوية في التطبيق و استئثارا كاملا بأنواع معينة من المنازعات التجارية 12.

و يمكن إجمال مزايا التحكيم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة فيما يلي :

1-**تقريب المسافات :** إذ أن أغلب منازعات التجارة الإلكترونية تتم بين أطراف تختلف جنسيتهم و تتباعد أماكن إقامتهم وبالتالي يحقق التحكيم الإلكتروني تسوية المنازعات بين أشخاص يقيمون في مختلف المناطق الجغرافية دون تكبد مشقة السفر .

2-**يؤمن لأطراف النزاع مسايرة القوانين الحديثة و مواكبة تطور التجارة الإلكترونية ، ويتم عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة و محل ثقة**13.

3-**سرعة الفصل في المنازعات** :يفوق التحكيم الالكتروني كثيرا التحكيم التقليدي في سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه ، و يجمع أغلب الفقه أن السرعة هي الميزة الأساسية للتحكيم الالكتروني خاصة بين أطراف تجارية يرتبطون فيما بينهم بعلاقات مستمرة ويخشون من تأثر الأداءات التجارية المتبادلة من طول الإجراءات .

4- **خفض لتكاليف** : فضلا عن إسهام التحكيم الالكتروني في حسم النزاع في فترة زمنية قصيرة ، و بالتالي خفض النفقات ، إذ لا يحتاج أي طرف من أطراف النزاع و حتى أعضاء هيئة التحكيم أو الشهود التنقل الى دولة أخرى و بالتالي يمكن توفير مصاريف الانتقال و الإقامة .

5-**السرية** : يكفل التحكيم الالكتروني سرية هامة جدا في العلاقات التجارية خاصة الالكترونية منها التي تنتشر فيها الأخبار بسرعة كبيرة حاملة أسرارا تجارية أو صناعية أو غيرها 14.

6-**الملاءمة** : خلافا للمحاكم الوطنية و هيئات التحكيم التقليدية ، فان التحكيم الالكتروني متاح على مدار أربع و عشرين ساعة في اليوم و سبعة أيام في الأسبوع ، كما يمكن لأعضاء هيئة التحكيم مباشرة مهمتهم من أي مكان دون قيد ، حيث يتم بذلك بواسطة جهاز الكمبيوتر في المنزل أو في العمل أو في أي مكان أخر ، فأصبح بإمكان أطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر دون الوجود فعليا في المكان نفسه .

7- **الإمكانات التكنولوجية** : إضافة إلى المزايا الأخرى توفر التكنولوجيا الحديثة لحل المنازعات بواسطة التحكيم تسهيل تخزين المعلومات الضرورية للتحكيم و إمكان استرجاعها و مراجعتها و معاودة استخدام تلك المعلومات المخزنة بحيث يمكن البحث عن معلومة معينة في قاعدة بيانات ضخمة فائقة و بسهولة مذهلة15 .

المطلب الثاني : مراكز التحكيم الإلكتروني الدولية :

عند ظهور شبكة الانترنيت ووسائلها الالكترونية و مزاياها اتجه الفكر الى الاستفادة منها ومن وسائطها في تطوير الطرق التقليدية لفض المنازعات مثل التفاوض ، الوساطة ، التوفيق و التحكيم لتساير هذا النوع المتقدم من العلم و المتمثل في الإلكترونيات و غيرها16.

و قد تبنت العديد من التنظيمات الاقتصادية و الإقليمية و مراكز التحكيم المختلفة عبر العالم و التي تهتم بمواكبة التطور الالكتروني السريع وسيلة

التحكيم الالكتروني و سوف نستعرض فيما يلي أهم تجارب بعض مراكز التحكيم الالكتروني العالمية :

الفرع الأول :نظام NETCASE الخاص بمحكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية CCI[17].

أنشئ هذا النظام عام 2005 بهدف إدارة القضايا التحكيمية الكترونيا على مدى واسع مما يسمح لمحكمة تحكيم غرفة التجارة الدولية من إدارة أكثر من 1000 منازعة في أن واحد، ويستند هذا النظام إلى شروط خاصة يجب على جميع الأطراف قبولها و التوقيع بذلك .

و يعطي هذا النظام لجميع المشاركين فيه مزايا متعددة منها : الاتصال الفوري المباشر بالوسائل الالكترونية ، الاطلاع الكترونيا على جميع المعلومات المتعلقة بالنزاع و تصفحها على مدار 24 ساعة يوميا ، الأمان العام و السرية المطلقة باستخدام كلمة السرPassword كما يتم استخدام تقنية التشفير Encrypotography في سبيل التبادل الأمن للمراسلات و هو من الضمانات الأساسية للتحكيم الالكتروني [18].

الفرع الثاني : المنظمة العالمية للملكية الفكرية WIPO.

أنشئ مركز الويبو للتحكيم و الوساطة [19] من أجل التشجيع على تسوية المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية عام 1994 بجنيف و المركز هو الهيئة الدولية الوحيدة التي تقدم سبلا بديلة لتسوية المنازعات المتعلقة بالملكية الفكرية ، و يضع في تصرف المتعاملين معه قاعدة بيانات مفصلة .

و قد أنشئ نظام خاص بالتحكيم الالكتروني 20 أطلق عليه WIPO ECAF و كسابقيه من الأنظمة المذكورة يسمح هذا النظام بتبادل البيانات و المعلومات و المستندات الكترونيا21.

و لهذه المنظمة إسهامات كبيرة في تطوير نظام التحكيم الخاص بالتجارة الالكترونية وتفعيل وسائله خاصة في مجال المسائل المتعلقة بالملكية الفكرية و أسماء الدومين ، و العلامات التجارية .

و يقوم هذا النظام بحل الكثير من المشاكل التي تواجه المحكم مثل اختيار القانون الواجب التطبيق ، و يتضمن نظام المنظمة وحدة الحلول رغم اختلاف الجنسيات 22.

الفرع الثالث: مشروع القاضي الافتراضي :

إن التجربة الأولى في مجال تسوية المنازعات عبر القضاء الإلكتروني تسمى القاضي الافتراضي ، و هو مشروع أمريكي نشأ سنة 1996 تولى إدارته و الإشراف عليه عدة جهات هي معهد قانون الفضاء ، جمعية التحكيم الأمريكية ، المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية ، ومركز القانون وقواعد المعلومات .

و تتكون محكمة التحكيم وفقا لنظام القاضي الافتراضي من محكم فرد أو من هيئة مشكلة من ثلاثة محكمين ، و تتم إجراءات التحكيم من خلال الموقع الالكتروني ينشأ على شبكة الانترنيت يخصص لكل نزاع على حدة و لا يسمح بدخول هذا الموقع سوى للأطراف المعنية و المحكمين من خلال مفتاح شفيرة خاصة بهم 23.

الفرع الرابع : نظام المحكمة الفضائية :

استتبع ظهور القاضي الافتراضي تجربة أخرى أطلق عليها اسم "المحكمة الفضائية "نسبة إلى الحيز اللامحدود و غير المادي الذي يميز التعاملات التي تتم على الانترنيت . و قد جاء ذلك من قبل مركز البحوث في القانون العام في **مونتريال بكندا** عام 1998 .

و كان الهدف منه وضع نظام أو آلية لتقديم خدمات التحكيم عبر قنوات ووسائط الكترونية وقد تم التركيز على وضع قواعد سلوك لمستخدمي الفضاء الالكتروني ، وتفعيل تطبيق القواعد في المنازعات عن طريق تطويع القواعد الإجرائية تماشيا مع الوتيرة السريعة والوسائط الالكترونية المعدة لهذا الغرض.

الفرع الخامس: نظام ملف لتحكيم الالكتروني Webfile الخاص بالجمعية الأمريكية للتحكيم AAA 24.

أنشأت الجمعية الأمريكية للتحكيم نظاما متكاملا يسمح بتقديم طلب التحكيم إلكترونيا دون إرسال أية مستندات بالبريد العادي أو خلافه، حيث يتم إيداع طلب التحكيم عن طريق استمارة على الخط تشمل أسماء و بيانات الأطراف و طبيعة النزاع و قيمة الطلبات المقدمة، كما يسمح بطبيعة الحال بتصفح لائحة التحكيم و الاطلاع على قواعده وإجراءاته والخطوة الثانية حساب مصروفات التحكيم و الدفع الكترونيا عن طريق بطاقة الائتمان . وعندئذ ترسل رسالة الكترونية تثبت إيداعه طلب التحكيم ، ثم يختار المعني المحكمين من خلال قائمة المحكمين على الموقع الالكتروني للجمعية الأمريكية للتحكيم 25.

المبحث الثاني : الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني :

نظرا للتطور الهائل على مستوى مجال الاتصالات و من بينها شبكة الإنترنيت و إبرام الاتفاقات و العقود الدولية عن طريقها كانت الحاجة ماسة إلى تنظيم هذا

النوع من العقود وبالتالي تنظيم اللجوء إلى التحكيم بخصوص هذه العقود الالكترونية فظهر ما يعرف بالتحكيم الالكتروني و قد استحدثت التشريعات المختلفة قبول هذا النظام البديل لحل منازعاتها نظرا لحتميته في الوقت الراهن.
و السؤال المطروح ما هو الأساس القانوني لقبول هذه الوسيلة الحديثة و البديلة لحل المنازعات، و ما هي الأطر القانونية التي تحكمها ؟
للإجابة على هذه التساؤلات قسمنا هذا المبحث إلى الأساس القانوني للتحكيم الالكتروني في التشريع الجزائري في المطلب الأول، أما المطلب الثاني هو عن الشكل المطلوب في التحكيم الإلكتروني.

المطلب الأول : الأساس القانوني للتحكيم الالكتروني في التشريع الجزائري :

ظهر ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني و هو ضمن وسائل الاتصال المشار إليها بنص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري ، فالتحكيم الإلكتروني تتم إجراءاته عن طريق الإنترنيت ابتداء من ملئ النموذج الخاص بالموافقة على اللجوء إلى التحكيم عبر الشبكة و مرورا بتبادل الرسائل الإلكترونية و تعيين المحكم أو الهيئة التحكيمية و سماع الخبراء و الشهود و صدور قرار التحكيم .
و ينطبق على أحكام التحكيم الالكتروني أحكام التحكيم التجاري الدولي و المنصوص عليها في قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري إلا ما كان مخصص بأحدهما لطبيعته الخاصة 26.

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الإجراءات التحكيم الالكتروني وموضوع النزاع:

يتم تحديد الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة التحكيمية طبقا للقانون الجزائري أساسا من قبل الأطراف أنفسهم، وفي غياب ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات في صلب اتفاقية التحكيم أو استنادا إلى نظام تحكيم27.

كما يمكن أن تتضمن الاتفاقية الإحالة إلى نص إجرائي معين أي قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم، فإذا لم تنص الاتفاقية على ذلك، تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم هذا ما نصت عليه المادة 1043 من ق.ا.م.ا.ج .

أما عن القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع هو ما يرتضي أطرف التحكيم تطبيقه على النزاع المطروح أما هيئة التحكيم و تكون هيئة التحكيم ملزمة بأحكام هذا القانون كما يكون الأطراف ملزمون بذلك، فأطراف التحكيم يمكنهم اختيار القانون الواجب التطبيق بإحدى الطرق التالية :

-اختيار القانون الوطني الذي يطبق على موضوع النزاع .

-ترك الأمر لهيئة التحكيم لاختيار القانون الواجب التطبيق .

-اختيار قواعد التجارة الدولية 28.

الفرع الثاني : تحديد مكان التحكيم الالكتروني :

امتدادا إلى حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم كوسيلة بديلة للقضاء العادي و تحديد مكان المحكمين و القواعد الموضوعية و الإجرائية المنظمة له كذلك لغة التحكيم فان للأطراف تحديد مكان التحكيم و مقره ، و تتجاذب في هذا المجال فكرتان مختلفتان في كيفية تحديد مقر التحكيم : أولهما هو التحديد القانوني لمقر التحكيم ، و ثانيهما هو التحكيم الجغرافي له و باللجوء إلى قوانين التحكيم

الوطنية و لوائح مراكز التحكيم المختلفة نجد تحديد مقر التحكيم يتوقف على الأسس التالية :

أ-يتولى الأطراف تحديد مقر التحكيم بإرادتهم المشتركة .

ب-تتولى هيئة التحكيم تحديد مقر التحكيم في حالة عدم اتفاق الأطراف مع مراعاة ظروف التحكيم و ملائمة الأطراف للمقر .

ج-حرية هيئة التحكيم في تحديد مكان سماع الشهود أو الخبراء ، وعقد اجتماعات المداولة في المكان الذي تراه مناسبا مع مراعاة ظروف التحكيم .

د-اعتبار حكم التحكيم كما لو كان صدر في مكان التحكيم .

و يستخلص مما سبق أن فكرة التحديد القانوني و هو ما يتماشى مع مناخ التحكيم الالكتروني و التعارض مع فكرة التحديد الجغرافي حيث أنه من المسلم به أنه لا عبرة بمكان أو مركز وجود المعول الالكتروني (SERVEUR ELECTRONIQUE) ، و الذي تتم به إجراءات التحكيم ، زيادة إلى وجود أطراف النزاع الالكتروني و هيئة المحكمين في دول مختلفة وعدم تمركزهم في مكان واحد أو مقر مشترك مستخدمين الوسائل الالكترونية للاتصال فيما بينهم لإدارة الخصومة التحكيمية مع سكرتارية أو أمانة مركز التحكيم 29.

الفرع الثالث : حكم التحكيم الإلكتروني :

يعرف حكم التحكيم سواء أكان تقليديا أم الكترونيا بأنه القرار الصادر عن هيئة التحكيم والذي يفصل بشكل قطعي ، على نحو كلي أو جزئي ، في المنازعة أو في مسألة تتصل بالإجراءات أدت بهيئة التحكيم إلى الحكم بإنهاء الخصومة .

و يجوز أن يصدر حكم التحكيم الإلكتروني بعد مداولات يستخدم فيها وسائل إلكترونية مثل الفيديو كونفرنس بين المحكمين عند تعددهم ، و يتم إصدار الحكم و تبليغه للأطراف بعد توقيعه و إرساله إليهم إلكترونيا .

و قد استلزم القانون الجزائري في المادة 1027 من قانون الإجراءات المدنية و الإدارية تسبيب حكم التحكيم و أن يتضمن بيانات محددة حسب ما نصت عليه المادة 1028 من ق.ا.م.ا.ج . كما أكدت المادة 1029 من نفس القانون على ضرورة توقيع جميع المحكمين على الحكم .

الفرع الثالث : الاعتراف و تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني :

الأصل أن يتم الاعتراف و تنفيذ الحكم الالكتروني بالآلية نفسها التي يتم فيها تنفيذ حكم التحكيم التقليدي طواعية دون تعطيل تكريسا لمبدأ الرضائية بين الأطراف ، وفي ظل النظام الحالي والمعمول به أمام المحاكم الوطنية و تحديدا نموذج القانون الجزائري للتحكيم التجاري الدولي في هذا الشأن أنه يخضع الاعتراف بأحكام التحكيم الدولية في الجزائر إلى مدى توفر مجموعة شروط هي:

1-إذا أثبت من تمسك بأحكام التحكيم الدولية ، بأن هذه الأحكام موجودة ، كأن يقدم الأصل مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما تستوفي شروط صحتها و يتم إيداعها بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من الطرف المعني بالتعجيل في هذه الحالة يقع على الخصم إثبات العكس 30.

2-إذا كان هذا الاعتراف غير مخالف للنظام العام الدولي 31.

و تعتبر قابلة للتنفيذ في الجزائر و بنفس الشروط ، بأمر صادر عن رئيس المحكمة التي صدرت أحكام التحكيم في دائرة اختصاصها أو محكمة محل التنفيذ إذا كان مقر محكمة التحكيم موجود خارج الإقليم الوطني 32.

و يتم إيداع حكم التحكيم قلم كتاب المحكمة المختصة بالتنفيذ ممن صدر الحكم لصالحه ، و كذلك تقديم أصل الحكم و صرة من اتفاقية التحكيم أو نسخ عنهما تستوفي شروط صحتها33.

و بالرغم من الأشواط التي قطعها القضاء الجزائري في محاولة عصرنة الجهاز القضائي وإدخال التقنيات الحديثة و الإلكترونية في مجال إدارته، إلا أننا في هذه الحالة هنا نصطدم بصعوبات بالغة نتيجة عدم وجود أي وسيلة تقنية في القضاء الجزائري لحد الساعة تسمح بتلقي المستندات الإلكترونية حال إرسالها إلى قلم المحكمة و ببرمجتها و بتبويبها وبتخزينها.

و بالرغم من تحديث قانون التحكيم التجاري الدولي الجزائري بما يتناسب و متطلبات التجارة الدولية و الإلكترونية جلبا لرؤوس الأموال والاستثمارات الدولية ، إلا انه لابد من أن نقر بوجود ما يسمى بالفجوة الرقمية في استخدام التكنولوجيا بين الدول المتقدمة و الدول النامية و خاصة في النظام القضائي .

و قد يأتي اليوم الذي تتم فيه الكترونيا جميع الخطوات في مرحلة ما بعد صدور حكم التحكيم الإلكتروني ، لذا على أصحاب الشأن من ابتكار حلول جديدة و خليطة يحصل بمقتضاها أصحاب الشأن على نسخة مكتوبة من حكم التحكيم الإلكتروني موقعا من المحكمين لاستخدامها أمام المحكمة 34.

المطلب الثاني : الشكل المطلوب في التحكيم الإلكتروني :

نظرا لأهمية اتفاق التحكيم الالكتروني في عقد التجارة الدولية كونه العصب الأساسي للتحكيم الالكتروني و مدى أهمية إرادة الأطراف في إبرامه و تحديد الآثار القانونية المترتبة عنه ، و كذا المزايا التي تترتب على حرية أطرافه في اختيار القانون الواجب التطبيق على الإجراءات و موضوع النزاع المترتب على عقد

التجارة الالكتروني ، فقد اختلفت الدول في شكل الكتابة الخاصة به و هذا ما سوف نتطرق إليه تبعا .

الفرع الأول: اشتراط الكتابة لاتفاق التحكيم الالكتروني و قوة ثبوته :

تشترط معظم الدول أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و إلا كان باطلا كما هو الحال في القانون الجزائري و القانون المصري (المادة 1040 من ق.ا.م.ا.ج ، والمادة 12 من ق.ت.م رقم 1993/27) .

و هناك دول أخرى لا تشترط الكتابة في اتفاق التحكيم إذا كان قد وقع بين التجار كالسويد ، الدنمارك وألمانيا 35.

و تعتبر بعض الدول شرط الكتابة هو شرط إثبات و ليس شرط انعقاد ، كما هو الحال في ايطاليا، بلجيكا ، إنجلترا و الولايات المتحدة الأمريكية و قد أخذت بهذا قوانين معظم الدول العربية.

كما تطلبت معظم الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك و الاتفاقية العربية للتحكيم التجاري الدولي36 والقانون النموذجي الذي وضعته اليونسترال 37على أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا.

و في الأخير هناك نظم قانونية اعترفت باتفاق التحكيم الشفهي في إطار المعاملات التجارية الدولية وهي فرنسا و الاتفاقية الأوروبية و لكن بشروط .

و عليه يستنتج من كل ما سبق أنه يجب أن يكون كحد أدنى اتفاق التحكيم الإلكتروني مكتوبا حتى يمكن إثبات وجوده أو انعقاده ، و لأن الكتابة باعتبارها أقوى طرق الإثبات لكافة مصادر الحقوق ، فإنها تشترط عادة لإثبات معظم

اتفاقات التحكيم و لكن السؤال الذي يطرح أي نوع من الكتابة مقبول من هذه النظم القانونية ؟

الجدير بالذكر أن اتفاق التحكيم كما رأينا أنه وفقا لبعض النظم القانونية ليس بالعقد الشكلي و بالتالي فان طريقة تبادل البيانات المتعلقة بالعقد لن تؤثر في انعقاده و ليس هو الشأن في نظم قانونية أخرى و التي تتطلب ركن الكتابة تحت طائلة البطلان أي أن اتفاق التحكيم هو عقد شكلي و الكتابة ركن لانعقاده بالنسبة لهذه القوانين .

ومن المعلوم أن المستندات الورقية تقبل كدليل إثبات بشرط أن تكون موقعة من الطرف المدعى عليه بالحق المثبت في المستند الورقي ، كما أن البرقيات و التلكسات التي كانت تستخدم لإبرام بعض العقود التجارية و التي كانت تدرج فيها اتفاقات التحكيم كانت نفسها وسيلة لإثبات هذه العقود .

من ناحية أخرى هناك تسارع في استبدال التعامل بواسطة المستندات الورقية التقليدية إلى استخدام الحاسبات الآلية و الرسائل الالكترونية في إبرام عقود التجارة الالكترونية خاصة في المجال الدولي 38.

أما عن إمكانية قبول المحاكم البيانات الالكترونية كدليل إثبات بدلا من الوثائق التقليدية ، و بمعنى أخر هل تتساوى البيانات الالكترونية كدليل للإثبات بدلا من الوثائق التقليدية ؟ أي هل يعتد باتفاق التحكيم الإلكتروني و المنصوص عليه ضمن هذه البيانات الالكترونية والمتعلقة بالنشاط التجاري الالكتروني ؟

قد وقف القضاء المقارن طويلا مترددا أمام مسألة قبول البيانات الالكترونية من عدمه إلا أنه تشير كافة الدلائل على إمكانية قبول معلومات الحاسب الآلي

كدليل يعتد به أمام المحاكم ، على أساس أنه يمكن تحميل البيانات إلى أي وسيلة معدة لحمل هذه البيانات ، فقد تكون الوسيلة لحمل البيانات على شكل محرر ورقي ، أو شاشة الحاسب الآلي ، أو شريط تسجيل و هكذا . و من أوائل المبادرات الدولية بخصوص قبول البيانات الالكترونية كدليل قانوني يعتد به نجد توصية مجلس التعاون الجمركي الأمريكي « CCC » و التي تفيد بإمكانية استخدام المعلومات الظاهرة على شاشة الحاسب الآلي كدليل قانوني .

كذلك أجاز قانون الإثبات المدني في المملكة المتحدة لسنة 1968 للقاضي بقبول البيانات المستخدمة من الحاسبات الآلية إذا ما كان الحاسب الآلي يعمل أثناء هذه الفترة بانتظام ، وأن الحاسب الألب كان يغذى بجميع البيانات المتعلقة بالموضوع بصفة منتظمة و ذلك كدليل على الواقعة القانونية39 .

و مهما يكن فإن الوسيلة المعدة لحمل البيانات و لو اختلفت عبر الأزمنة عن طريق التقدم التكنولوجي لا تحتاج إلى تعديل قوانين العمل بها ، إلا أن للقاضي الحق في تقييم و تقدير مدى الاعتماد على هذه السجلات في الإثبات .

و يلاحظ أن"قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني" (UNCID) قد ألزمت الأطراف المتعاقدة بمسك سجلات شاملة لكل البيانات التجارية محل النشاط التجاري المتبادل بين الحاسبات الآلية ، مع تعيين أحد المسئولين لمراقبة ذلك بطريقة دقيقة .

الفرع الثاني : التوقيع الإلكتروني و أهميته في مجال التحكيم الالكتروني .

لقد حقق نظام الرسائل الالكترونية نجاحا في ما يخص معالجة مسألة التوقيع عن طريق استبدال مسألة التوقيع على المستند عن طريق عدة بدائل بغرض

التأكد من شخصية مرسل الرسالة الالكترونية ، وتتمثل هذه البدائل في استخدام شفرة معينة بين المرسل و المرسل إليه أو مفاتيح اختبار 40 أو إدخال نظام النداء المرتد أو النداء العكسي41 أو شفرة إضفاء الشرعية 42.

و يرى البعض الفقه المقارن أن استخدام هذه البدائل من غير التوقيع التقليدي على المستند الورقي يعطي ضمانا أكبر ولا يترك أي فرصة للغش أو التزوير43، كما نجد أن هناك دراسة أجرتها منظمة اليونسترال خلصت إلى أنه يتعين على الدول التي تستلزم قوانينها وضع التوقيع على السندات العرفية كشرط لسريان مفعولها أن تقوم بتعديل تلك القوانين و تعترف بنظام الإرسال الالكتروني كبديل للتوقيع على السندات الورقية .

لعل مبعث هذه الأهمية يكمن أيضا في أن غالبية القواعد القانونية في مجال الاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم الدولية مستسقاة من الاتفاقية الدولية الموقعة في نيويورك 1958 ، والتي تقف المادتان الثانية والرابعة منها حجر عثرة أمام هذا الاعتراف ، فقد نصت المادة الثانية على :" تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم الأطراف بمقتضاه أن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي ستنشأ بينهم بشأن علاقة قانونية محددة ، سواء أكانت تعاقدية أو غير تعاقدية تتعلق بموضوع قابل للتسوية عن طريق التحكيم . و تعبير اتفاق مكتوب يشمل شرط التحكيم الوارد في عقد اتفاق التحكيم الموقع عليه من الأطراف أو تضمينه الخطابات المتبادلة أو البرقيات ".

ويستفاد من هذا النص بأن تنفيذ حكم التحكيم يقتضي كتابة الاتفاق أو إفراغه في وثيقة موقع عليها من قبل الأطراف (كخطاب أو برقية) يفيد قبولهم

له . فكأن هذه المادة تقيد التزام الدول بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية و تنفيذها بقيد مؤداه أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا و موقعا عليه من قبل الأطراف ، فضلا عن ضرورة أن يكون حكم التحكيم موقعا . ولا شك من أن هته القيود تحول دون تحقيق الهدف المنشود من التحكيم.

الأمر الذي يقتضي ضرورة توسيع المفهوم التقليدي لكل من الكتابة والتوقيع ليشملا ما استحدثته التقنيات الجديدة من صور لهما كما سنرى لاحقا ، وذلك حتى يمكن إسباغ الحماية التي أقرتها اتفاقية نيويورك الدولية لسنة 1958 على اتفاقيات التحكيم الالكترونية وعلى الإجراءات التي يتم إنجازها عبر شبكة الاتصال الإلكترونية كذلك تستلزم المادة الرابعة من تلك الاتفاقية مجموعة من الشروط الشكلية التي يتعين على طالب التنفيذ استيفاؤها حتى يمكن النظر في تنفيذ الحكم الأجنبي ، وذلك .

بنصها :" 1-على كل من يطلب الاعتراف و التنفيذ المنصوص عليهما في المادة الثالثة أن يقدم مع الطلب :

أ-أصل الحكم مصدقا عليه أو صورة معتمدة من الأصل تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

ب-أصل الاتفاق المنصوص عليه في المادة الثانية أو صورة تجمع الشروط المطلوبة لرسمية السند .

2- و على طالب الاعتراف و التنفيذ ، إذا كان الحكم أو الاتفاق المشار إليهما غير محرر بلغة البلد الرسمية المطلوب فيها التنفيذ ، أن يقدم ترجمة معتمدة من مترجم رسمي أو محلف أو أحد رجال السلك الدبلوماسي أو القنصلي "44 .

إن هذا النص و النصوص المشابهة له في التشريعات الداخلية المختلفة للنظم المقارنة ما يزيد الأمر إلا تعقيدا و يضيف مشكلة أخرى أمام اتفاقات التحكيم الإلكترونية و ما يصدر عنها من أحكام بتطلبه أن يقدم طالب التنفيذ أصل الحكم و أصل الاتفاق أو صورة معتمدة منهما.

و بالتالي يتحتم ضرورة تغيير نصوص هذه الاتفاقية على نحو يحقق الاستمرارية لهذه الآلية و هي إبرام اتفاقات التحكيم الالكترونية سواء كانت شرطا أو مشارطة 45، و يكفل الفعالية لما يصدر عنها من أحكام و يزيل ما يعوقها من عقبات و هذا التغيير لابد أن يمتد إلى التشريعات الوطنية ، لما تلعبه من دور في توجيه القاضي الآمر بالتنفيذ 46.

الخاتمة :

نظرا لتطور الأداء التكنولوجي في حياتنا حتى أصبح موجودا في جميع مناحي و مجالات التعاملات اليومية للأشخاص سواء الطبيعية و حتى المعنوية منها ، إلى غاية بلوغ ذروة ما يطلق عليه في العصر الحالي بالحكومة الإلكترونية وهي حتمية فرضت على الدولة بأن تظهر أعمالها بنمط جديد و بصفة مستمرة و دائمة عن طريق وسائل اتصال حديثة التي يميزها الانترنيت .

و لقد أدت التقنيات الحديثة للمعلومات و الاتصالات إلى إحداث تطورات هائلة في الحياة العامة سواء على مستوى الأفراد الذين يرغبون في الحصول على خدماتهم بصورة أكثر تطورا و سرعة و دقة عالية ، أو على مستوى الهيئات و المؤسسات القائمة على تقديم تلك الخدمات 47.

و قد كان من الطبيعي أن تتجه الجهات القائمة على إدارة نظم القضاء في العديد من الدول إلى إدخال التقنية الحديثة و العالية في أنشطة التقاضي، و في نظم إدارة المحاكم ومراكز التحكيم 48.

كما كان لتطور التجارة الإلكترونية عبر القنوات الإلكترونية الأثر الكبير في تطوير أساليب جديدة و فعالة لتسوية المنازعات بين أطراف متباعدة مكانيا مما يسمح بحسمها سريعا وبأقل التكاليف هذا ما تجسد في الطرق البديلة لحل المنازعات التجارية الدولية و التي تتم بالتقنية العالية و ما يطلق عليها اليوم باسم التحكيم الإلكتروني ، و الذي يتم بآليات متعددة كنظام المحكمة الفضائية و القاضي الافتراضي . و هو تحكيم يكون عبر الخط في كل مراحله من يوم وضع طلب التحكيم إلى غاية النطق بالحكم التحكيمي وهو يختلف عن التحكيم التقليدي الذي يتطلب الوجود المادي لأطرافه.

و بعد ما تطرقنا سابقا إلى ماهية التحكيم الإلكتروني ونطاقه و مؤسساته و نظامه القانوني خلصنا إلى مجموعة من التوصيات ذكرنا أهمهما تبعا:

أولا :إن ازدهار التجارة الالكترونية عالميا يتطلب تطوير أساليب جديدة لتسوية المنازعات بين الأطراف المتباعدة مكانيا بموجب نظام يكفل مصداقية الإجراءات الالكترونية و ينضم إليه أطراف النزاع و يحقق الارتباط به ، بموجب إطار تعاقدي من ناحية أخرى و هذا ما يحققه التحكيم الالكتروني والذي كان محل هذه الدراسة .

ثانيا : تعزيز دور التحكيم الالكتروني لحل منازعات التجارة الدولية و الالكترونية نظرا لاستجابته لطبيعة هذه المعاملات .

ثالثا : نظرا لوجود البيئة الالكترونية في فضاء مفتوح و متاح للجميع فان أفضل الحلول في هذا المجال هو تبني جهود جماعية دولية عن طريق وضع تشريع و نظام قانوني دولي يحكم هذا النوع من المعاملات و يعالج مثل هذه التطورات و يعاصرها و يواكبها بحيث تتم موائمة كافة التطورات التي يمكن حدوثها في عصر الالكترونيات .

رابعا : على تشريعات الدول بصفة عامة و التشريع الجزائري على وجه الخصوص الاهتمام أكثر بالتحكيم الإلكتروني و الذي أصبح حقيقة واقعية ، ليس بمقدور العاملين في المجال الاقتصادي و التكنولوجي تجاهلها ، و بالتالي محاولة توفير بيئة قانونية مناسبة له أصبح ضرورة حتمية و استعجاليه .

خامسا : إن نجاح التحكيم الإلكتروني يحتاج لبنية تشريعية و تقنية حديثة في الدول ذات الصلة بالمنازعة الناشئة عن عقد التجارة الإلكترونية ، إذ لن يكتب لحكم التحكيم الإلكتروني إمكان التنفيذ المباشر خارج الشبكة أو عليها إلا إذا كانت الدولة أو المؤسسة المعنية تتمتع ببنية قانونية و تقنية ملائمة ، و هو ما لن يكون محل تساؤل في الواقع العملي ، بحكم التشابه في تلك البنى بين الدول المهيمنة على التجارة الإلكترونية و أدواتها .

سادسا : إن قبول المشرع الجزائري في نظامه القانوني و التشريعي المعاملات الإلكترونية لمواكبة الركب التكنولوجي العالمي و محاولة من الدولة جلب الاستثمارات الأجنبية ولتذيق الفجوة الرقمية ، كان لزاما على المشرع إنشاء فرع المعلوماتية القانونية في حقل تقنية المعلومات للتعامل مع وسائله و مخرجاته ، و لا يكون هذا إلا من خلال إدراج هذا النوع من الدراسات القانونية و المعروف بالمعلوماتية القانونية في الجامعات و كليات الحقوق وتدعيم مخابر البحث

القانونية للبحث و تأطير كل موضوعات قانون الكمبيوتر، و كل ما يتصل بتوظيف التكنولوجيا في كل الأنشطة القانونية ، القضائية و البديلة بما فيها التحكيم الإلكتروني .

سابعا : على المشرع الجزائري تأطير النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني وتبيان التعامل به ووضع أحكام صريحة لتنفيذ أحكامه ، مع محاولة إنشاء محاكم افتراضية وطنية كما هو معمول به في النظم القانونية المقارنة .

الهوامش:

1-د.معوان مصطفى ، الإثبات في المعاملات الالكترونية في التشريعات الدولية ، دار الكتاب الحديث ، سنة 2009،ص 17.

2-د.رايس محمد، حجية الإثبات بالتوقيع الالكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد ، المجلة الجزائرية للقانون المقارن ، العدد الأول ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان ،ص31.

3-د .معوان مصطفى ، المرجع السابق، ص 23.

4- محمد محمود ، تقويم فكرة التحكيم الالكتروني ، دار النهضة العربية ، ص 4.

5- www.iana.org

6-محمد محمود ، المرجع السابق ، ص6.

7- د محمد ماجد محمود الحلو،التحكيم الالكتروني في بيئة الكترونية ، دراسة مقارنة ، الهيئة المصرية العامة للكتاب ،2017، ص 40 .

8- محمد محمود ،المرجع السابق ، ص 7.

9- و نقصد التقرير الذي قدمه Mr.O.Cachard لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية لعام 2004 حول "تسوية المنازعات "، و لقد جاء في التقرير في الجزء 9/5 من أعمال المؤتمر بعنوان " التحكيم الالكتروني ".

10- ميناس ختشادوريان ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني رؤية مستقبلية ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، أكتوبر 2010 ، ص17.

11- د محمد ماجد محمود الحلو،المرجع السابق ، ص 19.

12- د.ميناس ختشادوريان ، المرجع السابق ،ص 18 .

13-. محمد ماجد محمود الحلو،المرجع السابق ، ص20.

14-Alexia Roussos, la résolution des différends,lex Electronica,vol.6NI ,2000

15- د.ميناس ختشادوريان ،المرجع السابق، ص 20 .

16- محمد ماجد محمود أحمد، المرجع السابق ،ص29 .

17-www.iccnectcase.org.

18-. د.ميناس ختشادوريان، المرجع السابق، ص30.

19- www.arbiter.wipo.int.

20- www.wipo.int/amc/en/ecaf

21- د.ميناس ختشادوريان ، المرجع السابق، ص31.

22- محمد ماجد محمود أحمد،المرجع السابق، ص31.

23- د.ميناس ختشادوريان ، المرجع السابق، ص27.

www.aaa.com24-

25- د.ميناس ختشادوريان ،المرجع السابق، ص30 .

26- بوضياف عادل ، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية ، الجزء 2 ، الطبعة الأولى 2012، دار كليك للنشر، ص 416.

27- بربارة عبد الرحمان،شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، منشورات بغدادي ، طبعة 2009 ،ص554.

28- و قد نصت المادة 1050 من ق.ا.م.ا.ج على :"تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف ، و في غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون و الأعراف التي تراها ملائمة "

29- د.ميناس ختشادوريان ، المرجع السابق ، ص27.

30- بربارة عبد الرحمان ، المرجع السابق ،ص558.

31- الفقرة الأولى من المادة 1051 من ق.ا.م.ا.ج

32- الفقرة الثانية من المادة 1051 من ق.ا.م.ا.ج

33- المادتين 1052 و1053 من ق.ا.م.ا.ج

34- د. ميناس ختشادوريان ، المرجع السابق ، ص35.

35- محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة ، ص402.

36- قد وضعت المادة 2/2 من هذه الاتفاقية مقترح لشرط نموذجي يمكن إدراجه في العقود التي يراد إخضاع المنازعات الناشئة عنها للتحكيم و من ثم يمكن القول بأن هذه الاتفاقية قد أخذت بالكتابة لإدراج الشرط في العقد أو لتنظيم اتفاق لاحق حول حسم النزاع بالتحكيم .

37- قد نصت المادة2/7 على ضرورة أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا كما أشارت إلى اعتبار الاتفاق مكتوبا إذا ورد في وثيقة موقعة من الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرا من وسائل الاتصال السلكي و اللاسلكي تكون بمثابة سجل للاتفاق . أو في تبادل المطالبة و الدفاع التي يدعي فيها احد الطرفين و جود اتفاق و لا ينكره الطرف الأخر و تعتبر الإشارة في عقد ما إلى مستند يشتمل على شرط التحكيم

بمثابة اتفاق تحكيم ، شريطة أن يكون العقد مكتوبا و أن تكون الإشارة قد وردت بحيث تجعل ذلك الشرط جزءا من العقد .

38- محمد عبد الفتاح ترك ، عقود البيوع البحرية الدولية ، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة ،سنة 2007 ص391.

39- المرجع السابق ذكره ،ص 392.

40-Test Keys .

41-Call back .

42-Macro Authentication code

43- محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري ،المرجع السابق ، ص 415.

44- نفس الحكم أخذت به المادة 1515 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي .

45-فشرط التحكيم الالكتروني يكون كبيان مدرج ما بين بيانات عقد النقل البحري الالكتروني سواء كان مشارطة إيجار أو سند الشحن أما مشارطة التحكيم الالكتروني و هي إبرام عقد التحكيم عبر شبكة الاتصال الالكترونية بين أطراف عقد النقل البحري بعد نشأة النزاع .

46-محمد إبراهيم موسى،المرجع السابق ، ص 207.

47-عبد الوهاب مليانى ، الأمن المعلوماتي للحكومة الإلكترونية / مجلة الدراسات القانونية و السياسية ، العدد الأول، جامعة عمار ثليجي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الأغواط ، سنة 2015 ، ص93.

48-مناني فراح ، أدلة الإثبات الحديثة في القانون ، دار الهدى ، بدون طبعة ، ص 51.

قائمة المراجع :

-قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

-قانون المرافعات المصري.

- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي الجديد .

-القانون النموذجي لسنة 1975بشأن التحكيم التجاري الدولي .

- اتفاقية نيويورك لسنة 1956 بشأن الاعتراف و تنفيذ أحكام التحكيم الدولية.

- اتفاقية جنيف لسنة 1961بشأن التحكيم التجاري الدولي .

- بوضياف عادل ، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية و الإدارية ، الجزء 2 ، الطبعة الأولى 2012، دار كليك للنشر.

-د.رايس محمد، حجية الإثبات بالتوقيع الالكتروني طبقا لقواعد القانون المدني الجزائري الجديد ، المجلة الجزائرية للقانون المقارن ، العدد الأول ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة تلمسان

- عبد الوهاب ملياني ، الأمن المعلوماتي للحكومة الإلكترونية ، مجلة الدراسات القانونية و السياسية ، العدد الأول، جامعة عمار ثليجي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة الأغواط ، سنة 2015

-محمد ابراهيم موسى ، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع و المأمول ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1995.

- د.محمد ماجد محمود أحمد ، التحكيم الإلكتروني في بيئة إلكترونية دراسة مقارنة -، الهيئة المصرية العامة للكتاب ، سنة 2018.

- محمد محمود ، تقويم فكرة التحكيم الالكتروني ، دار النهضة العربية ، سنة 2018.

- معوان مصطفى ، الإثبات في المعاملات الالكترونية في التشريعات الدولية ، دار الكتاب الحديث ، ،سنة 2009.

- محمد عبد الفتاح ترك ، التحكيم البحري، دار الجامعة الجديدة، بدون طبعة، سنة 2005.

- محمد عبد الفتاح ترك ، عقود البيوع البحرية الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2007.

- مناني فراح ، أدلة الإثبات الحديثة في القانون ، دار الهدى ، بدون طبعة.

- ميناس ختشادوريان ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني رؤية مستقبلية ، مجلة التحكيم ، العدد الثامن ، أكتوبر 2010.

Alexia Roussos, la résolution des différends,lex Electronica,vol.6NI ,2000-

ISSB: 978-9931-9651-0-7

التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية

أ/بودليو سليم و د/ نويوة هدى
جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

التحكيم الإلكتروني ودوره في حل المنازعات الناتجة عن التجارة الإلكترونية

الدكتور / بودليو سليم (*)
الدكتورة / نويوة هدى (*)

ملخص: تعد التجارة الإلكترونية أهم مظاهر تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصال ونظرا لما تتميز وتنفرد به من خصائص وتقنيات تجعل وأن تسوية منازعاتها لا يكون بالوسائل التقليدية بل بوسائل بديلة تتمثل في التحكيم الإلكتروني الذي يتمتع بدوره بنظام أكثر تميزا خاصة في ظل ما يتوفر عليه من سرعة وفعالية وهو الوسيلة الملائمة لهذا النوع من التجارة. **الكلمات المفتاحية:** تجارة إلكترونية - تحكيم إلكتروني - اتفاق التحكيم.

Abstract : E-commerce is the most important manifestation of the development of information and communication technology and in view of its unique features and techniques that make and that the settlement of disputes is not by traditional means but rather by alternative means represented in electronic arbitration, which in turn has a more distinctive system, especially in light of what is available from its effectiveness is the appropriate means for this type of trade.

Mots Clés : e-commerce, electronic arbitration, arbitration agreement

(*)-، أستاذ محاضرة "أ"، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

(*)-، أستاذة محاضرة "أ"، كلية الحقوق جامعة الإخوة منتوري قسنطينة

مقدمة :

إن حل المنازعات التي تقوم بين الأشخاص سواء على المستوى الداخلي أو الدولي يتم عن طريق اللجوء إلى قضاء الدول والذي يكون لفترات طويلة، غير أن التغيرات التي عرفتها المجتمعات والعلاقات الانسانية وظهور معطيات جديدة منذ نهاية القرن العشرين أدت إلى التوجه نحو إيجاد وسائل جديدة أكثر فعالية وسرعة لحل المنازعات سيما في عالم التجارة والأعمال خصوصا على المستوى الدولي، ولعل من بين هذه الوسائل التي احتلت مكانة كبيرة في مجال الأعمال هو التحكيم التجاري الدولي، الذي أصبح وإلى حد كبير لا يخلو أي عقد من عقود التجارة الدولية إلا وتضمنه المتعاقدان أو اتجها لاحقا إلى ابرام اتفاق التحكيم.

هذا التطور الكبير الذي عرفته العلاقات التجارية الدولية صاحبه تطور ليس في المجال التجاري فقط بل في كل مناحي الحياة تمثل في الثورة المعلوماتية (الالكترونية) الكبيرة التي يشهدها العالم بأسره والتي انعكست بشكل مباشر على التجارة الدولية، نجم عنها بالموازاة سرعة في التنفيذ وتقليل في التكاليف وغيرها من المزايا التي صاحبتها.

وجدير بالذكر أن الثورة الإلكترونية بخلاف الثورة الصناعية الأولى لا تعتمد على الثروات الطبيعية إلا بقدر يسير بينما تمثل الثروات البشرية رأس المال الحقيقي اللازم لهذه الثروة، فالفكر البشري والقدرة على الابتكار والتطوير هما لب هذه الثورة بينما يمثل الجهد الإنساني يدها التي تقوم بتحويل الأفكار إلى منجزات ذات ابتكار وكفاءة وذات ربحية عالية في الوقت ذاته.

كما أن التقدم العلمي في المجال الإلكتروني، وما تبعه من تنمية معلوماتية، واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين

الأفراد، ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية، وأسس المسؤولية المدنية والجنائية، ونشأ نتيجة ذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية، والتي أثارت الكثير من التساؤلات المتعلقة بها مثل صفة هذه المعاملات وتكييفها، فضلا عن كيفية تسوية المنازعات التي قد تنجم عنها، وكذا القانون الواجب التطبيق، وأعقب ذلك العديد من النزاعات المتعلقة بتلك المعاملات الإلكترونية ما أثار بعدها البحث عن كيفية وأفضل الطرق وأكثرها ملائمة لحلها، وهو ما نجم عنه ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني (أو التحكيم الرقمي كما يطلق عليه بعض فقهاء القانون) والذي يعتبر من أكثر المواضيع إثارة للجدل القانوني في وقتنا الحاضر، كما أن له دور فعال في منازعات التجارة الإلكترونية يتمثل في الحسم الفوري لها والتي نتجت عن التطور الهائل للحياة الاقتصادية وازدياد التجارة الدولية وإبرام العقود والأعمال القانونية باستخدام التقنية الإلكترونية.

حيث أصبح التحكيم الإلكتروني هو الوسيلة الأنسب لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية في الوقت الحاضر على الأقل في تقديرنا، على أساس أن التجارة الإلكترونية وتقنياتها وكيفية تنفيذها وأثارها يكون التحكيم التقليدي وحتى القضاء غير مناسب لها ولا يمكن أن يكون مسايرا لها، فثروة المعلوماتية في المجال التجاري يجب أن تصاحبها أدواتها والتي تتجلى أبرزها في التحكيم الإلكتروني.

من هذا المنطلق يمكن القول أن التحكيم الإلكتروني تواجهه عدة تحديات تتعلق بالاطار القانوني والقواعد القانونية الناظمة له، فمن جهة ثمة تشريعات نظمته بموجب قوانين تحكيم خاصة وأخرى قامت بتنظيمه في ثنايا القوانين المدنية أو الاجرائية كما هو الشأن بالنسبة لقواعد التحكيم في

الجزائر، ولم يكن متوقعا بالنسبة لواضعي هذه القوانين إمكانية لجوء أطراف النزاع إلى استخدام الوسائل الإلكترونية في عملية التحكيم سواء من حيث الاجراءات أو إصدار الحكم التحكيمي، زيادة على إشكالية القانون الواجب التطبيق على كل مناحي العملية التحكيمية، وعلى ذلك يُطرح الاشكال الرئيسي الذي يثار بشأن هذه الدراسة هل التشريعات الوطنية ومن بينها التشريع الجزائري التي وُضعت كآلية للتحكيم التقليدي تصلح للتطبيق على التحكيم الالكتروني، أم أن هذه القواعد عاجزة عن استيعاب المشاكل التي تترتب عن استخدام التقنيات الحديثة في إجراء التحكيم وهل نحن فعلا بحاجة إلى قواعد وتشريعات جديدة لحكم هذا النوع من التحكيم؟.

إن الاجابة عن هذا التساؤل وغيره من التساؤلات الفرعية التي تظهر في ثنايا البحث تتطلب منا تقسيم البحث إلى محورين نتناول في الأول الجوانب الموضوعية للتحكيم الالكتروني وفي المحور الثاني الجوانب الاجرائية الخاصة به على أن نخلص في خاتمة بحثنا إلى تقديم نتائج ومقترحات نراها ضرورية لتحسين القواعد التشريعية في هذا الإطار.

المحور الأول: الأحكام الموضوعية للتحكيم الإلكتروني

مما لاشك فيه أن التحكيم الإلكتروني يختلف عن التحكيم التقليدي من عدة جوانب بالنظر للخصوصية التي يمتاز بها، وانطلاقا من ذلك نتناول جملة من المسائل الموضوعية بدءً من التعريف به ومزاياه وكيف يتم اللجوء إليه وغيرها من المسائل التي نتناولها اتباعا في هذا المحور.

أولا: التحكيم الإلكتروني مز اياه ومخاطره

1. تعريف التحكيم الإلكتروني

تتعدد تسميات التحكيم الإلكتروني رغم وحدة الدلالة ومن هذه التسميات التي تطلق عليه

Cyber-Arbitration, Arbitration-cyberspace, Virtual arbitration, Electronic-Arbitration, Arbitration Using online.

غير أنه وبالاطلاع على مختلف المراجع والقواعد الدولية في هذا الشأن نجد أن المصطلح الأكثر شيوعا هو "Online arbitration" وهو المصطلح الذي سنعتمده في هذا البحث[1]. وبالرجوع إلى التحكيم الالكتروني فقد اختلف الفقه حول تعريفه وانقسم إلى اتجاهين:

أ. الاتجاه الواسع

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التحكيم الالكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي، فلا وجود للورقة والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم.

فيعرفه البعض على أنه " طريقة لحل النزاع تتم فيها جميع الاجراءات . بما فيها تقديم طلب التحكيم . عبر الانترنت بواسطة البريد الاليكتروني أو غرف المحادثة أو الفيديو كونفرنس"، كما عرفه البعض بأنه " التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين[2].

لكن أصحاب هذا الاتجاه اختلفوا فيما بينهم حول ما إذا كان يجب أن تتم جميع مراحله الكترونيا أم يقتصر على مرحلة من مراحله ليعد كذلك، فمنهم من يرى أنه يكون الكترونيا حتى ولو تمت مرحلة واحدة فقط من مراحله الكترونيا. فيمكن أن

يقتصر على مرحلة ابرام اتفاق التحكيم الكترونيا أو على مرحلة خصومة التحكيم في حين تتم باقي المراحل الأخرى تقليديا، بينما يذهب فريق أخر الى القول بوجوب أن يكون التحكيم الكترونيا إذا تمت جميع مراحله إلكترونيا بدءً من اتفاق التحكيم وصولا إلى إصدار حكم التحكيم[3].

ب. الاتجاه الضيق

يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يمكن وصف التحكيم بأنه إلكترونيا لمجرد استخدام الانترنت في إجراءاته، فعادة ما يتم تبادل العديد من الرسائل عبر البريد الالكتروني في إجراءات التحكيم وبالتالي لا يعد الكترونيا لهذا السبب الوحيد، ويتساءل كم من الاتصالات يجب أن تتم بواسطة شبكة الانترنت لحل النزاع حتى يصنف التحكيم بأنه إلكترونيا؟ فإذا كانت بعض تلك الاجراءات تتم بواسطة الانترنت فكم عددها؟ وما الذي يميزها عن تلك الرسائل المتبادلة عبر البريد الإلكتروني في التحكيم التقليدي؟ ومن ثم يعتقد بصعوبة هذا المعيار لتمييز التحكيم الالكتروني عن التحكيم التقليدي، ويرى أنه بالإضافة إلى ما سبق يجب أن تتم المعاملات محل التحكيم بطريقة إلكترونية حتى نكون بصدد تحكيم إلكتروني[4].

هذا الرأي هو الأخر وجهت له عدة انتقادات إذ يرى البعض أنه لا يمكن قصر هذا التحكيم على المعاملات التجارية التي تتم عبر الانترنت بل تتعداه لغيرها من المعاملات.

من خلال كل التعاريف السابقة ومختلف الاتجاهات نستنتج في تقديرنا أن التحكيم الإلكتروني هو التحكيم الذي يجمع بين هذا وذاك. حيث يعد تحكيما إلكترونيا " كل تحكيم يتم عبر الانترنت أو أي وسيلة اتصال الكترونية لفض

النزاعات التي تنشأ بمناسبة المعاملات التجارية الإلكترونية على أن يتم الاتفاق التحكيمي بصورتيه وإجراءات الخصومة وإصدار القرار التحكيمي إلكترونيا".

2. مزايا ومخاطر التحكيم الإلكتروني

مما لاشك فيه أن التطور الذي عرفته التجارة الدولية وإبرام وتنفيذ كل المعاملات التجارية بوسائل الكترونية يعد قفزة كبيرة، وأن مصاحبة هذا التطور بوسيلة الكترونية لحل الخلافات يعد أمر جد إجابي ويجعل التحكيم يتميز بميزات وخصائص تجعله ينفرد عن غيره من الأنظمة، لكن رغم ذلك تبقى بعض المعوقات أو بعض المخاطر التي ينطوي عليها اختيار هذه الوسيلة البديلة لحل المنازعات فيا ترى فيما تتمثل هذه المزايا والمخاطر ؟.

أ. مزايا التحكيم الإلكتروني

. سرعة الفصل في النزاع: على غرار التحكيم التقليدي الذي يمتاز أيضا بسرعة الفصل في النزاع، إلا أن التحكيم الالكتروني يعد أكثر سرعة منه ما يجعله يتماشى وسرعة التعامل التجاري الالكتروني، وفي تقديرنا يرجع السبب في ذلك إلى انعدام وجوب تنقل اطراف الخصومة التحكيمية إلى مكان معين وكذلك هيئة التحكيم أو المحكم وما يصاحبه ذلك من وجوب اتخاذ إجراءات كثيرة ومتعددة منها ما يتعلق بوجوب الحصول على التأشيرة ومنها ما يتعلق بمكان الاجتماع وغيرها من العوامل التي تنتفي في التحكيم الالكتروني.

ومن الأسباب التي تجعله أيضا يتسم بالسرعة، هو أن اللقاءات تتم عن بعد وبأي وسيلة من وسائل الاتصال الكترونيا وأن الوثائق والمستندات يتم تبادلها بين الأطراف وهيئة التحكيم في ذات الوقت عبر البريد الالكتروني أو أية وسيلة الكترونية أخرى[5] ولا تستغرق العملية برمتها إلا بعض الدقائق إن لم نقل ثواني معدودة، زيادة على أن المرافعات متى كانت مستوجبة تتم الكترونيا.

. **تقريب المسافات:** إن أهم ميزة تميز التحكيم الالكتروني عن التحكيم التقليدي وعن القضاء هو تقريب المسافة بين المتخاصمين حتى لو كانوا في مناطق بعيدة في مختلف قارات العالم طالما لا يشترط فيه الوجود المادي في مكان محدد[6]، بل الأكثر من ذلك أن هذا التحكيم يزيل الحدود التي تفرق بين الدول، زيادة على أن التحكيم عبر شبكة الأنترنت يفتح نافذة محايدة يلتقي فيها الأطراف ودون أي ضغوط أو شيء من هذا.

. **خفض المصاريف:** مما لاشك فيه أن التحكيم الالكتروني تكاليفه أقل بكثير من التحكيم التقليدي الذي تكون تكاليفه باهظة الثمن، سواء من حيث أتعاب المحكمين أو المحامين والمركز الذي يتولى تحضير عملية التحكيم أو مصاريف التنقل والاقامة وغيرها من التكاليف الكبيرة التي ترهق كاهل المتخاصمين، لذلك يأتي التحكيم الالكتروني ويجعل كل هذه التكاليف تنتفي وتزول، على أساس أن كل طرف يكون جالسا في مكان ما وأمامه جهاز الكمبيوتر أو حتى هاتف نقال وما إلى ذلك ويدير العملية من مكانه.

. **الخبرة:** ليس المقصود بالخبرة هنا معناها الفني، إنما المقصود بها التجربة والكفاءة لحل المنازعات (Experience)، بمعنى عرض النزاع على أشخاص ذوي خبرة فنية خاصة ومحل ثقة، تكون مواكبة لتطور التجارة الالكترونية خاصة في المجال الفني والقانوني لهذه التجارة [7] سيما وأن النزاعات التي تنشأ عن ابرام و تنفيذ العقود الالكترونية تستلزم شخصا يتمتع بخبرات في هذا المجال وهي خبرات بالكاد تتوفر في القاضي الوطني.

. **ضمان تخزين وتوفير المعطيات في وقتها:** إن استعمال تكنولوجيا الاتصالات في عملية التحكيم تؤدي إلى تسهيل عملية تخزين واسترجاع ومراجعة المعطيات

المستخدمة والمخزنة وبكل سهولة، حيث تستخدم الحواسيب لتخزين كم كبير من المعطيات والمعلومات والوثائق ومهما كانت كثرتها.

فقاعدة البيانات التي يحتويها الجهاز تجعل من اليسير البحث عن المعطيات وعن محتوى أية وثيقة في لحظات، ما يؤدي في مرحلة من مراحل العملية التحكيمية أن المحكم يستطيع الرجوع إلى معلومة أو وثيقة مخزنة لديه في لحظات سريعة ويراجعها ويدقق فيها بل والبحث عن الحلول والاطلاع على مختلف القوانين والوثائق وغيرها وحتى سوابق تحكيمية وقضائية في لحظات.

مع ذلك، ورغم كل هذه الميزات التي يمتاز بها التحكيم الالكتروني، يبقى أن اختياره كوسيلة بديلة حل منازعات التجارة الالكترونية تحفها جملة من المخاطر تتمثل في الأتي:

ب. مخاطر التحكيم الالكتروني

.عدم إمكانية ضمان السرية: إذا كانت السرية من بين ميزات التحكيم التقليدي التي تميزه بحيث لا تنشر مجريات الخصومة التحكيمية ولا الحكم الصادر إلا بموافقة طرفي النزاع، فإن هذه الميزة قد لا تتوفر في التحكيم الالكتروني، على أساس أنه يمكن اختراق حسابات أي طرف من الأطراف سواء مركز التحكيم أو المحكمين أو طرفي النزاع من طرف قراصنة الانترنت، ما يعني أن هذه السرية لا يمكن ضمانها 100% حتى ولو تم تشفير البيانات وتزويد المواقع الالكترونية التي تضم هذه البيانات ببرامج حماية من الاختراق والتجسس[8].

. عدم مواكبة التشريعات الوطنية للتطور الحاصل في مجال التجارة الالكترونية: عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع الحاصل في مجال التجارة الإلكترونية، إن لم تكن هذه النظم لاتشرع هذه المعاملات والتجارة الإلكترونية في قوانينها، إضافة إلى جمود القواعد القانونية الموجودة في كثير من

دول العالم المتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي من الإعتراف بإجراء التحكيم بوسائل إلكترونية، وعدم تعديل التشريع الموجود للاعتراف بأحكام التحكيم الإلكترونية.

في هذا الصدد وجب التنويه أن المشرع الجزائري أصدر قانونا يتعلق بالتجارة الالكترونية تحت رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 محاولة منه لمسايرة هذا التطور، إلا أن ما يؤخذ عليه عموما أنه أحال الكثير من المسائل إلى التنظيم.

وقد كان للجنة (اليونسترال) دورٌ واضح ومهم في إصدارها لاتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية[9]، والتي نصت في المادة (1/20) على" تنطبق أحكام هذه الإتفاقية على إستخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين أو تنفيذ عقد أو إتفاق تسري عليه أي من الإتفاقيات الدولية التالية، التي تكون الدولة المتعاقدة في هذه الإتفاقية، أو قد تصبح دولة متعاقدة فيها :- اتفاقية الإعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها (نيويورك، 10 حزيران/ يونيو 1958)".

. **عدم التزام المحكم بالقواعد الآمرة:** يخشى الأطراف وخاصة الطرف الضعيف في العقد من اللجوء إلى التحكيم بصفة عامة والتحكيم الإلكتروني بصفة خاصة، وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد والأوامر الحمائية المنصوص عليها في القانون الوطني أو حتى في القانون الذي حصل الاتفاق بشأنه، ومخالفة ذلك قد يترتب عليه بطلان حكم التحكيم كما هو الشأن في قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري الذي نص في المادة 1058 منه على حالات الطعن بالبطلان في الحكم التحكيمي والتي أحالت بشأنها للمادة 1056 من القانون[10].

ثانيا: طرق اختيار التحكيم الإلكتروني

التحكيم الالكتروني مثله مثل التحكيم التقليدي لا يتم اللجوء إليه بصفة انفرادية بل يقتضي الأمر أن يحصل اتفاق بين طرفيه، ويكون ذلك بكل حرية، وعلى ذلك فإن التحكيم الالكتروني لا يمكن تصوره دون إتفاق بين طرفي العلاقة التجارية التي تتم الكترونيا، بناءً على ما سبق فإن اتفاقية التحكيم التي من خلالها يتم اللجوء إليه تقتضي منا البحث فيها من خلال تعريفها وبيان صورها ثم كيف يتم تحريرها والشكل الذي يستوجب أن تظهر فيه قانونا وواقعا سيما في مجال التجارة الالكترونية.

1. تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني

دون الخوض في مختلف التعريفات الفقهية للتحكيم التقليدي يمكننا الإشارة إلى التعريف التشريعي لاتفاق التحكيم، من ذلك ما ورد بالمادة السابعة الفقرة الأولى من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 والتي جاء فيها " اتفاق بين الطرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض المنازعات المحددة التي نشأت أو قد تنشأ بشأن علاقة قانونية محددة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية".

أما بالنسبة للقانون الجزائري نجد وأن المشرع لم يقدم تعريفا لاتفاق التحكيم بنصوصه إنما جاءت المادة 1040 في باب أحكام التحكيم التجاري الدولي ببيان نطاق اتفاقية التحكيم بالنص على أنه" تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية"[11].

وفيما يخص تعريف اتفاق التحكيم الإلكتروني فإنه بتصفح مختلف التشريعات الوطنية والدولية لا نجد تعريفا لهذا النوع من الاتفاقات، لذلك

فمجمل التعريفات الواردة هي فقهية وتختلف باختلاف الزاوية التي يُنظر من خلالها للعملية التحكيمية الإلكترونية.

إذ نجد فريقا يعرف اتفاق التحكيم الإلكتروني بأنه "اعتماد أطراف التحكيم على استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في الاتفاق على التحكيم،[12] في حين يعرفه البعض الأخر على أنه " تلك الاتفاقية التي بمقتضاها يتعهد أطراف المنازعة الإلكترونية بأن يتم الفصل في النزاع القائم بينهما أو المحتمل نشوئه من خلال التحكيم[13]، بينما يعرفه البعض بأنه" اتفاق الأطراف على التحكيم بطريقة إلكترونية لحسم المنازعات القائمة بينهم، والتي تتعلق بالمعاملات التجارية التي تتم عبر شبكة الانترنت الدولية"[14].

من خلال مجمل التعاريف السابقة يمكن صياغة تعريف لاتفاق التحكيم حسب وجهة نظرنا ندرج ضمنها صورتي اتفاق التحكيم على النحو الأتي" اتفاق طرفي العلاقة التعاقدية التجارية الالكترونية على عرض نزاع قد ينشأ أو نشأ بينهما على التحكيم عن طريق شبكة الانترنت".

2. صور اتفاق التحكيم الإلكتروني

التحكيم الالكتروني مثله مثل التحكيم التقليدي يظهر في صورتين لا ثالث لهما وهما إما شرط التحكيم أو مشارطة التحكيم.

أ. شرط التحكيم الإلكتروني

يقصد بشرط التحكيم على العموم الشرط أو البند الذي يرد في العقد الأصلي أو في ملحق له يتفق من خلاله طرفا العقد على إحالة النزاع الذي قد ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ أو تفسير العقد الذي يجمعهما على التحكيم، بمعنى أن الضابط بالنسبة لشرط التحكيم هو ابرام الاتفاق على التحكيم قبل نشوء النزاع بين الأطراف[15]، ولم يحد المشرع الجزائري عن هذه

القاعدة، إذ نص في المادة 1007 على أن " شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم".

وشرط التحكيم في عقود التجارة الالكترونية يتم إدراجه إلكترونيا في العقد الالكتروني الذي يتم إبرامه بين طرفيه، فهو في النهاية يحرر في شكل بند في الاتفاق الإلكتروني قد يكون مفصلا وقد يكون مقتضبا، وقد يكون في ملحق للعقد الأصلي.

ب. مشارطة التحكيم الإلكتروني

يقصد بمشارطة التحكيم في التحكيم التقليدي إتفاق الأطراف في عقد مستقل عن العقد الأصلي بل ويكون لاحقا له وبعد نشوء النزاع حول تنفيذ العقد أو تفسيره أو غيرها من حالات الخلاف، يكون محتواه عرض النزاع القائم بينهما بالفعل على التحكيم، وهو نفس المعنى الذي أورده المشرع بالمادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي جاء فيها" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم".

إذا فمشارطة التحكيم، هي اتفاق أطراف علاقة تعاقدية ما على تسوية ما ثار بينهم من منازعات بشأن هذه العلاقة بواسطة التحكيم، فلا يتم الاتفاق عليها إلا بعد نشوء النزاع ووقوع الخلاف فعلا بينهم.[16]

والثابت أن هذه الأحكام والخاصة بالتحكيم التقليدي تسري على مشارطة التحكيم في التحكيم الإلكتروني، بحيث يتم الاتفاق إلكترونيا بمختلف وسائل الاتصال عن طريق الانترنت كما هو الحال في الاتفاق التجاري الإلكتروني وبنفس معطياته، على اعتبار أن مشارطة التحكيم الالكتروني هي اتفاق بكل

المقاييس، يتضمن كل المسائل التي تتعلق بالعملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها، بل وقد يمتد إلى كيفية التنفيذ.

3. الشروط المستوجبة لوجود اتفاق التحكيم الإلكتروني

اتفاق التحكيم الإلكتروني كغيره من الاتفاقات العقدية، يقتضي توفر شروط موضوعية وشروط شكلية، مع مراعاة خصوصيته في هذا الجانب وكيفية ابرامه.

أ. الشروط الموضوعية لاتفاق التحكيم الإلكتروني

كغيره من العقود يجب أن تتوفر في اتفاق التحكيم أركان أساسية تنطلق من الرضا فالمحل ثم السبب.

. الرضا في اتفاق التحكيم الإلكتروني: معناه يجب أن تتقابل إرادة طرفي الاتفاق على اتخاذ التحكيم وسيلة لفض النزاع الناشئ أو المحتمل النشوء في المستقبل والغالب أن يقع التعبير عن الإرادة صريحا فيبرم الطرفان اتفاقا خاصا على التحكيم أو ينصان في العقد الأصلي على الالتجاء إلى التحكيم عند قيام النزاع في المستقبل[17].

والواقع في تقديرنا أن مسالة الرضا في حد ذاتها لا تُطرح إلى حد ما إذا تعلق الأمر بشرط التحكيم على اعتبار أنه يعد بندا في العقد الأصلي وهو مرتبط بالرضا الذي يُبنى عليه العقد الأصلي حتى لو أن شرط التحكيم يكون مستقلا عن العقد الأصلي من حيث أحكامه.

زيادة على ما سبق فإن الرضا الذي يقدم، قد تواجهه بعض الاشكالات في الواقع العملي سواء ما كانت قائمة في إطار التحكيم التقليدي أو في التحكيم الإلكتروني، وهي مسألة الرضا الضمني مثلما نجده في العقود المتكررة بين المتعاقدين سيما العقود التي تبرم إلكترونيا وما تتميز به من سرعة وتكرار

وتواصل دائم، فمن الممكن ألا يُضمن في كل عقد على حدى شرط التحكيم الإلكتروني، فهل يجوز اعتبار طريقة التعامل بينهما كفيلة باعتبار أن رضاهما اتجه في كل مرة إلى التحكيم الإلكتروني أم أن الأمر خلاف ذلك.

يضاف إلى ذلك إشكالية وجود الشروط العامة في بعض البيوع الدولية من بينها شرط التحكيم حتى ولو لم ينص عليها في العقد، زيادة على تضمن بعض العقود النموذجية تلقائيا خاصة في التجارة البحرية بند التحكيم وبالتالي فهل هنا ينعدم الرضا، يضاف إليها المشكلة المتعلقة بما يعرف بالتحكيم بالإحالة إلى عقود نموذجية مستقلة عن العقد الأصلي وهي كثيرة في مجال التجارة الدولية سيما البحرية منها وسواء تمت إلكترونيا عقودها أو بالطريق العادي.

ففي كل هذه الحالات نعتقد أن الرضا قائم، من منطلق التوجه نحو إبرام العقد برمته دون الالتفاف إلى هذه الشروط زيادة على طبيعة المعاملة التجارية الإلكترونية المتواترة بين المتعاملين والأعراف التجارية الدولية المتبعة، تجعل من الرضا بقبول بنود تتعلق بالتحكيم لم تحصل بشأنها المفاوضة أمر تلقائي ومتعارف عليه بين التجار والمتعاملين على مستوى العلاقات التجارية الدولية، لكن الاشكال الذي يطرح بشأن الرضا في العقود الالكترونية على خلاف التحكيم التقليدي هو كيف يتم التعبير عن ذلك؟.

لقد أقر قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل تشريعه المعدل لسنة 1996[18] ومختلف التعديلات اللاحقة له صحة التراضي المجسد عبر تقنيات الاتصال الحديثة من خلال نص المادة 11 منه والتي جاءت بعبارة" في سياق تكوين العقود، ومالم يتفق الأطراف على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض، وعند استخدام رسالة بيانات

في تكوين العقد، لايفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

كما أن بعض التشريعات تستوجب لاعتبار القبول الإلكتروني صحيحا زيادة على إرسال السائل والتأكيد عليها ضرورة أن تكون الموافقة على التعاقد مستتبعا بإشعار بالوصول يُبعث من طرف البائع (accusé de réception) ، هذا ما أقرته المادة 11 من التعليمة 31/2000 للاتحاد الأوروبي الخاصة ببعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، وتضيف المادة 10 من ذات التعليمة، التزاما على عاتق البائع الإلكتروني بتوضيح فحوى العقد عن طريق تبيان مراحل انعقاد العقد وتجسيد بنود واضحة لا لبس فيها[19].

ما نخلص إليه من خلال كيفية تقديم الرضا إلكترونيا، وحتى لا تنشأ بشأنه خلافات بين الأطراف في حقيقة تضمين الاتفاق الأصلي بند شرط التحكيم أو الاتفاق الذي يبرم بعد نشوء النزاع، فإننا نرى وجوب أن يتضمن الاتفاق بنوعيه توقيعا إلكترونيا من أجل صحته بل ومن أجل إثباته ما يدفع إلى تعزيز الثقة بين المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية ويؤدي إلى توسع نطاق التحكيم الإلكتروني.

. **المحل في اتفاق التحكيم الإلكتروني:** من المؤكد أنه يجب أن يكون محل التحكيم قابلا للتسوية عن طريق التحكيم الإلكتروني كما هو الشأن بالنسبة للتحكيم التقليدي، والمقصود بالمحل في التحكيم هو النزاع المراد حله، وبناءً على ذلك فهناك بعض المسائل المستثناة بنصوص التشريعات الوطنية المختلفة من التحكيم على حسب التوسع في قابلية الأخذ بالتحكيم كما فعل المشرع الجزائري أو التضييق من ذلك، فهناك بعض النزاعات لا تقبل التحكيم

بشأنها سواء كان تقليديا أو إلكترونيا من ذلك المسائل المتعلقة بالنظام العام بنوعيه الداخلي أو الدولي على حسب التشريعات[20].

وبالرجوع على سبيل المثال للقانون الجزائري، فإننا نجد أن عرض النزاعات الماسة بالنظام العام الدولي على التحكيم التجاري الدولي سواء كان إلكترونيا أو تقليديا يؤدي إلى الطعن في ذلك الحكم عند إدخاله للنظام الاجرائي الجزائري بالبطلان[21].

السبب في اتفاق التحكيم الإلكتروني: إن الاتفاق على التحكيم الإلكتروني يجد سببه في إرادة الأطراف التي تتجه إلى استبعاد طرح النزاع على القضاء الوطني وتفويض الأمر لمحكمين أو محكم يتم اختيارهم من أطراف النزاع وبكل حرية.

ب. الشروط الشكلية المتطلبة في اتفاق التحكيم الإلكتروني

. الشكل الذي يُفرغ فيه اتفاق التحكيم: قد يبدو للوهلة الأولى أن عبارة الشروط الشكلية في الاتفاقات الإلكترونية غير مستصاغة من الناحية القانونية ومن الناحية الواقعية والتقنية، على اعتبار أن التعاملات عبر شبكة الانترنت لا تجسد في دعائم ورقية إنما في شكل بيانات ومعطيات تعالج وترسل إلكترونيا.

لكن هذه النظرة الاستغرابية تزول تدريجيا عندما نجد أن المشرع الجزائري وإن استوجب كقاعدة عامة في التحكيم التجاري الدولي وجوب كتابة اتفاق التحكيم التقليدي، فإنه فتح المجال لاتفاقات التحكيم الإلكترونية التي يمكن أن تكون محل إثبات بالكتابة. بمعنى أن المشرع بأحكام المادة 1040 من القانون لم يقيد اتفاقات التحكيم التجارية الدولية أن تتم كتابة إنما يمكن أن تبرم إلكترونيا ولكنها قابلة للإثبات بالكتابة من خلال نسخ هذه الاتفاقات في دعائم

ورقية، وهي نظرة من المشرع نراها موفقه حتى لا يضع نصا يعاكس التطورات الكبيرة التي تعرفها شبكة الانترنت[22].

من هذا المنطلق فإن الشكلية المطلوبة في اتفاقية التحكيم التقليدي أو الإلكتروني هي شكلية للإثبات وليست للانعقاد، ويشترط في الكتابة الإلكترونية لاتفاقية التحكيم أن تكون واضحة وظاهرة، وأن تسمح هذه الكتابة بالتعرف على هوية الشخص المصدر لها وأن يتم إعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها، كما يجب أن تكون الكتابة على دعامة تسمح بإثباتها وبقائها مدة من الزمن، مما يسمح بالرجوع إليها واسترجاعها لاستخدامها في الاثبات أو غيره[23].

كما يشترط في الكتابة حتى يطمئن لها وأن تؤدي دورها كاملا في مجال التحكيم الإلكتروني أن تكون موقعة إلكترونيا، وهو توقيع معترف به من طرف المشرع الجزائري بعد تبنيه لنظام التوقيع الإلكتروني والذي عرفه المشرع بالمادة 2 من القانون بعبارتها " ...1 . التوقيع الالكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق..."[24].

4. محتوى اتفاق التحكيم الإلكتروني

تتمتع اتفاقية التحكيم الإلكتروني المبرمة عبر شبكة الانترنت بذات القيمة القانونية للاتفاقية المبرمة على الدعائم الورقية، طالما جاءت مستوفية لكل الشروط الموضوعية والشكلية المستوجبة قانونا وتكون منتجة لأثارها القانونية سواء ما تعلق منها بتحديد القانون الواجب التطبيق أو تعيين المحكمين أو كيفية ذلك[25].

أ. تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم الإلكتروني

يتحدد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني في مختلف التشريعات الوطنية والدولية يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى أن هذه التشريعات تمنح للأطراف الحرية في اختيار هذا القانون، ولعل مناط تطبيق هذه الحرية تتجسد بشكل واضح في اتفاقات التحكيم الإلكترونية ولا يرد عليها أي قيد إلا ما تعلق بالنظام العام.

وتتعد الأنظمة التي تحكم القانون الواجب التطبيق، فنجد منها ما يتعلق بمكان التحكيم، غير أنه في التحكيم الالكتروني الأمر قد يكون مستبعدا لكون هيئة التحكيم لا تعقد جلساتها في مكان محدد بذاته، فقد يكون محكما في فرنسا والمحكم الأخر في اليابان والثالث في كندا وهذا ما يعني بالضرورة إعطاء الحرية التامة لطرفي العقد في الاتفاق على قانون معين أو تفويض الأمر للمحكمين لاختيار قانون معين، وفي العادة إذا كان المحكم فردا فيختار قانون وطني معين وإذا كانت هيئة التحكيم متعددة فيحصل الاتفاق بين أعضاء الهيئة على قانون وطني معين دون إغفال القانون الذي يخضع له موضوع النزاع.

ب. تحديد وتعيين الهيئة التحكيمية في التحكيم الإلكتروني

من الثابت أن تعيين المحكمين أو كيفية تعيينهم هي مسألة تتوقف من جهة على إرادة الأطراف ومن جهة أخرى على قبول المحكمين للمهمة المنوطة بهم، على اعتبار أن أي محكم يتم اختياره في التحكيم الإلكتروني من حقه قبول القيام بالمهمة أو رفضها.

ثم إن طرفي النزاع وبكل حرية لهم أن يختاروا اللجوء إلى نظام التحكيم الحر أو نظام التحكيم المؤسسي، وفي هذه الأخيرة تتولى مؤسسة التحكيم (مركز التحكيم) تعيين المحكمين على حسب القوائم المعتمدة لديها من خبراء

ومحكمين ويستوي في ذلك الأمر في التحكيم الإلكتروني كما في التحكيم التقليدي، وهو ما نصت عليه المادة 1041 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بفقرتها الأولى التي نصت على أنه " يمكن للأطراف، مباشرة أو بالرجوع إلى نظام التحكيم، تعيين المحكم أو المحكمين أو تحديد شروط تعيينهم وشروط عزلهم أو استبدالهم...".

المحور الثاني: النظام الاجرائي للتحكيم الإلكتروني

نقصد بالنظام الاجرائي لعملية التحكيم الإلكتروني مختلف الاجراءات التي تبدأ بها الخصومة التحكيمية وصولا إلى صدور حكم التحكيم ثم بعد ذلك كيفية تنفيذه وهي المسائل التي نتناولها في نقاط متتالية على النحو الأتي:

أولا: الخصومة التحكيمية في التحكيم الالكتروني

التحكيم الإلكتروني شأنه شأن التحكيم التقليدي، تبدأ إجراءاته عند حصول خلاف بين أطراف اتفاق التحكيم، حيث يبدأ أحد الأطراف في إعلان رغبته في تحريك إجراءات الخصومة التحكيمية، والتي حتما تبدأ بتوجيه الطلب ثم تشكيل هيئة التحكيم ثم انعقاد جلسات التحكيم وتبادل المذكرات والمسندات عن طريق هيئة التحكيم، وهي المسائل التي سنتناولها في هذه الفقرة.

1. عرض النزاع التحكيمي (طلب التحكيم)

التحكيم الإلكتروني يبدأ في السير منذ لحظة عرض النزاع أو طلب التحكيم ومن خلاله يتوجه المدعي (مقدم الطلب) إلى موقع التحكيم المعين على شبكة الانترنت والنقر بعدها على مفتاح إحالة النزاع (Crest a Case) فيظهر على الشاشة النموذج المعتمد للتحكيم والمعد سلفا من قبل مركز التحكيم[26]، وفي

كيفية تقديم طلب التحكيم نجد وأن الأمر يختلف بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسسي.

أ. التحكيم الحر (Arbitrage Ad Hoc)

في هذا النوع من النظام فإن إرادة الأطراف هي السارية فيما يخص اختيار المحكمين سواء تم ذلك بشكل مسبق في الاتفاق على التحكيم أو ضمن الشرط المدرج في العقد أو في وقت لاحق بعد نشوء النزاع، ومن ثم فالقاعدة الأساسية في التحكيم الحر هي أحقية الأطراف في اختيار المحكم أو المحكمين بحرية تامة[27].

ما تجب الإشارة إليه أن التحكيم الحر وإن كان له تطبيق في الواقع العملي في التحكيم التقليدي، فإن اللجوء إليه في التحكيم الإلكتروني يعد منعدما والسبب في ذلك يرجع لحداثته ولعدم اكتمال ملامحه ولذلك فهو غير مفضل في الوقت الحالي بالنسبة لأطراف التحكيم[28].

ب. التحكيم المؤسسي (المؤسساتي)

التحكيم المؤسسي هو التحكيم الذي يُعرض في مراكز التحكيم بحيث تتولى هذه المراكز تنظيم العملية التحكيمية من بدايتها إلى نهايتها وعبر مراحل مختلفة.

وفي مجال التحكيم الإلكتروني، فإن مراكز التحكيم في هذا المجال تعد قليلة بالمقارنة مع مراكز التحكيم التقليدي التي لها انتشار واسع عبر مختلف الدول، حيث توجد عدة مراكز للتحكيم الإلكتروني نذكر من بينها:

. مركز المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)[29]

ويعد هذا المركز تابعا للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، والذي له دور كبير في مجال تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عن طريق التحكيم، ويتم اللجوء إليه وتطبيق قواعده فيما يخص بدء إجراءات التحكيم.

فالإجراءات وفقا لهذا المركز تبدأ بملء نموذج معدا من قبل المركز إذا تعلق ذلك بأسماء المواقع أو أن يرسل إلى المركز طلبا خطيا عبر البريد الإلكتروني على عنوانه arbiter.mail@wipo.int ويتضمن النموذج المعلومات التي تتعلق بطلب إحالة النزاع للتحكيم والذي يتم بموجب قواعد التحكيم للمنظمة العالمية للملكية الفكرية، وأن يرفق النموذج بنسخة من اتفاق التحكيم وكذا يتضمن أسماء ممثلين في نظر النزاع وتحديد وسيلة الاتصال بهم مع وصف موجز لطبيعة وظروف النزاع، والحلول التي يراها مع تحديد عدد المحكمين وذلك بالاختيار بين أعضاء اللجنة المقترحين (1-3) و غيرها من البيانات وفقا لما تنص عليه المادة التاسعة من لائحة المركز.

.وفقا لنظام القاضي الافتراضي (VMAG)

يعد هذا النظام التجربة العملية الأولى لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية باستخدام شبكة الانترنت، وبرنامج القاضي الافتراضي هو فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة مركز القانون وأمن المعلومات، ودعم هذا النظام جمعية المحكمين الأمريكيين(AAA) ومعهد قانون الفضاء والمركز الأمريكي لأبحاث المعلوماتية الأمريكيين وكان الهدف من هذا المشروع هو إعطاء حلول سريعة للمنازعات المتعلقة بالأنترنت عن طريق وسيط معتمد من المركز له خبرة في التحكيم والقوانين الناظمة للتجارة الإلكترونية وعقودها[30].

وفقا لنظام هذه المحكمة يتم النقر على المفتاح الخاص بإنشاء الادعاء(fill a complaint) ثم يصل مقدم الطلب إلى نموذج يحتوي على فراغات يقوم بملئها بالمعلومات المتعلقة بالمدعي، تتضمن اسمه كاملا وعنوانه الإلكتروني واسم الشركة التي يمثلها إن وجدت وكذلك المعلومات المتعلقة بالمدعى عليه ببيان اسمه وعنوانه الإلكتروني واسم الشركة التي يمثلها، ثم بعد ذلك يعرض كل المعلومات المتعلقة بالنزاع ووقائعه وسبب الدعوى يضاف إليها تقديم طلباته المتعلقة بالفصل في النزاع وله أن يطلب أن تكون جميع المعطيات المتعلقة بادعائه سرية، بعد قيام المدعي بملء هذا النموذج يقوم بإرساله إلى المركز عن طريق النقر على زر (submit Dispute) ليقوم المركز بتسجيله ثم تبدأ مختلف الاجراءات المتعلقة بالعملية التحكيمية.

. المحكمة الافتراضية (Cyber Tribunal)

تأسست هذه المحكمة تحت رعاية وإشراف مركز أبحاث القانون العام بجامعة مونتريال في كندا سنة 1996 وصدر الإصدار التشريعي الأول لها في 4 يونيو 1998 ثم صدر الإصدار الثاني الذي دخل حيز التنفيذ بتاريخ 2004/02/16، إذ تهدف هذه المحكمة إلى إيجاد حلول للمشكلات التي تثور في بيئة الفضاء الإلكتروني وصولا إلى توحيد القواعد القانونية التي يمكن تطبيقها على المعاملات التي تجري بواسطة وسائل الاتصال الحديثة، كما تختص المحكمة بالنظر في جميع المنازعات الناشئة عن التجارة الإلكترونية ما عدا المسائل ذات الصلة بالنظام العام والمنازعات المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي تبرم بالطرق التقليدية[31].

ويتم الاتصال بسكرتارية المحكمة عن طريق النموذج الذي يتم ملؤه وإرساله على موقع المحكمة، ومن خلال ذلك يتم فتح موقع خاص بالقضية

لتتم بعد ذلك جميع المراسلات والاتصالات وكذلك الوثائق بينها وبين الأطراف والمحكمين عن طريق هذا الموقع، كل ذلك وفقا لما تنص عليه المواد 4 و5 و6 من القواعد الخاصة بنظام المحكمة.

على العموم يتفق الأطراف بموجب شرط التحكيم أو في ملحق للاتفاق الأصلي أو اتفاق التحكيم (المشارطة) على اختيار مركز معين أو وضع قواعد يتفق عليها لتكون دستورا للعملية التحكيمية الإلكترونية، ومن المعلوم أن القواعد والخطوات التي تحصل عادة في هذا النوع من التحكيم أو يحصل الاتفاق بشأنها تكون وفق الخطوات التالية:

. التقدم لمركز التحكيم المعين عن طريق النموذج المبين على موقع الإنترنت.

. يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه في نظر النزاع.

ـــ تحديد وسيلة الاتصال (البريد الإلكتروني – الفاكس – التلكس – الفيديو كونفرنس).

. تقدم الوثائق والمستندات والأدلة بالطرق المبينة سلفا.

. يبدأ تاريخ نظر النزاع باستلام المركز لطلب التحكيم.

. تحدد محكمة التحكيم الإلكتروني أسماء المحكمين.

. يحدد المركز موعد المحاكمة.

. يقوم المركز بإخطار الطرف الآخر بوجود النزاع وبداية المحاكمة.

ـــ يتم إنشاء موقع إلكتروني لكل محاكمة (له كلمة سر وكلمة مرور خاصة به تسلم للأطراف).

. أخيرا نقول بأن جميع إجراءات التحكيم تتم بطريقة إلكترونية على موقع المركز الإلكتروني المفتوح بخصوص القضية محل التحكيم.

ج. تحديد مهمة محكمة التحكيم الإلكتروني من خلال طلب التحكيم

يعتبر اختصاص القاضي اختصاصا عاما وشاملا، على غرار التحكيم التجاري سواء التقليدي أو الإلكتروني، ومصدر هذا الاختصاص هو سلطان الإرادة الذي يمنح للمحكم سلطات واختصاصات استثنائية، ويستبعد اختصاص المحاكم القضائية المختصة أصلا لهذا فإن المحكم لا يمكنه أن يخرج عن المهمة التحكيمية التي عُهدت إليه من الأطراف بمحض إرادتهما[32].

تقوم هيئة التحكيم بتحديد المهمة الموكلة إليها على ضوء ادعاءات الأطراف والمستندات المقدمة منهم، هذا ما أصطلح على تسميته في إطار نظام غرفة التجارة الدولية (ICC -CCI)[33] بوثيقة مهمة التحكيم التي تطرقت إليها المادة 18 من ذات النظام، حيث أنه وبمجرد تلقي الأمانة العامة لملف المنازعة، تقوم هيئة التحكيم بإعداد وثيقة مهمة التحكيم استنادا إلى المستندات المقدمة من الأطراف.

هذه الوثيقة حسب المادة 18 تتضمن أسماء وصفات الأطراف كاملة وعناوينهم بالإضافة إلى عرض مختصر لمطالب الأطراف والاشارة قدر الامكان إلى كل مبلغ مطالب به في طلب التحكيم أو في الرد المقابل له، ومن جهة اخرى ذكر أسماء وعناوين المحكمين، وتوضيحات مختلفة حول القواعد الاجرائية المطبقة متى وجدت.

توقع في الأخير هذه الوثيقة المهمة حسب نظام التحكيم بغرفة التجارة الدولية، من طرف المحكم والأطراف ومحكمة التحكيم وترسل إلى أمانة المركز في ظرف شهرين من تاريخ تسلمها ملف المنازعة وبكل وسائل الاتصال، على أن يقدم دليل على ذلك بين سكرتارية المركز والمحكمين والأطراف.

وتعتبر وثيقة مهمة التحكيم ذات أهمية بالغة سيما وأنها أصبحت بمثابة عرف في الكثير من مراكز التحكيم حتى ولو لم ينص عليها النظام الخاص بها،

بل امتد مداها إلى التشريعات الوطنية على غرار المشرع الجزائري الذي أشار في المادة 1058 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية والتي تحيل إلى المادة 1056 إلى أن من بين أسباب الطعن بالبطلان في حكم التحكيم هو إذا فصلت محكمة التحكيم بما يخالف المهمة المسندة إليها.

د. رسوم التحكيم

طبعا أتعاب المحكمين في التحكيم الحر هي مسألة اتفاقية وقد تكون هذه الاتعاب بناءً على ما يحدده المحكمون، بمعنى أن المحكم عند قبوله للتحكيم عليه تقديم حدود معينة لأتعابه ويعرضها على الخصوم لأجل قبولها أو رفضها أو المناقشة بشأنها، وعلى العموم تتحدد على حسب طبيعة النزاع وأهمية القضية المعروضة على التحكيم وقيمتها المالية وكذلك المجهود الذي يُبذل للفصل في النزاع.

أما بالنسبة للتحكيم الذي يتم على مستوى مراكز التحكيم المؤسسي، فإن هذه الأخيرة تستوجب رسوما لعملية التحكيم يدفعها الأطراف عند قبول أو الاتفاق على عرض النزاع على مركز من مراكز التحكيم الإلكتروني، وهي تختلف من مركز إلى أخر، كما تختلف على حسب طبيعة ونطاق النزاع المعروض على هيئة التحكيم.

وتشمل هذه الرسوم رسوم التسجيل والرسوم الإدارية ورسوم المحكمين، ومن الممكن أن نجد بعض هذه الرسوم محدد مسبقا من طرف المركز سيما رسوم التسجيل والرسوم الإدارية، زيادة على أن بعض الرسوم من الممكن أن تكون محل اتفاق بين المركز والأطراف المتنازعة.

2. إجراءات سير الخصومة التحكيمية الإلكترونية

بعد تقديم الطلب من خلال ملء النموذج الذي يعرضه مركز التحكيم وقبول التحكيم من خلال المركز يتم إرسال هذا الطلب وموضوع النزاع وكل ما يتعلق به إلى الطرف الثاني، وفي تقديرنا أن إرسال رسالة عبر الموقع المخصص للقضية محل التحكيم واستقبال الطرف الثاني لذلك، حينها فقط تبدأ الخصومة التحكيمية في السير ويبدأ تفعيل الاجراءات اللاحقة لها بكل تفاصيلها.

ما تجب الإشارة إليه أن التحكيم الذي يجرى على مستوى مركز التحكيم التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) قد يكون تحكيما من النوع المعجل أو السريع (Expedited Arbitration) وهي طريقة أوجدها هذا المركز بحيث لا تتجاوز مدة الفصل في القضية التحكيمية ثلاثة أشهر[34].

أ. عقد جلسات التحكيم الإلكتروني

تعقد هيئة التحكيم في التحكيم التقليدي جلسات في مكان أو في أماكن محددة وبالوجود المادي للهيئة ولأطراف الخصومة ومحاميهم، بحيث يمكن كل طرف من تقديم أدلته ودفوعه والمذكرات المختلفة وطلب وسماع الشهود وتلقي إفادات الخبراء، زيادة على إمكانية تقديم مرافعات شفاهية من هيئات الدفاع عن الأطراف إذا كان ذلك مستوجبا.

هذه الوضعية التي يوجد عليها التحكيم التقليدي لا نجد لها تطبيقا في التحكيم الإلكتروني، على اعتبار أن جميع الاجراءات تتم عبر شبكة الانترنت أي عبر الخط سواء ما تعلق بالمذكرات وتقديم الأدلة أو تقديم المرافعات الشفاهية وإفادة الخبراء والشهود الذين يقدمهم الأطراف لتدعيم أدلة الاثبات.

ب. تبادل المذكرات والأدلة الثبوتية في جلسات التحكيم الإلكتروني

بما أن جلسات التحكيم الإلكتروني تكون عن بعد وبمختلف الوسائط الإلكترونية من فيديوهات مرئية وغيرها من الوسائل الحديثة للاتصال، فيحدث وأن يتم تبادل هذه المذكرات بصفة إلكترونية وحتى مختلف الوثائق التي تقدم لتدعيم ادعاءات وطلبات أي طرف من الأطراف وهو الأمر الذي نصت عليه المادة 4 فقرة 2 من نظام المحكمة الافتراضية السابق بيانه، حيث نصت على أنه يتعين على الأطراف والسكرتارية ومحكمة التحكيم إرسال البلاغات المكتوبة والإخطارات بالبريد على موقع القضية[35].

ومن أجل إعطاء فعالية كبيرة للتحكيم الإلكتروني وتمكين الأطراف من تقديم دفوعاتهم وتقديم الشهود وسماع إفادة الخبراء، فقد تقرر هيئة التحكيم عقد جلسة للمرافعات الشفاهية على الرغم أن هذا النوع من الجلسات غير حتمي في التحكيم التجاري الدولي[36] وتكون هذه الجلسات بشكل مرئي وغيره.

ما يجب التأكيد عليه هو أن هيئة التحكيم الإلكتروني من خلال جلساتها المختلفة عليها أن تجسد المبادئ التي تقوم عليها العملية التحكيمية وهي مبدأ المواجهة والاستمرارية والمساواة، على اعتبار أن حكم التحكيم وفقا للقانون الجزائري الذي لم تراع فيه محكمة التحكيم مبدأ الوجاهية يكون محل طعن بالبطلان طبقا للمادة 1058 و1056 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية.

ج. التدابير التحفظية والمؤقتة

عرفتها المادة 17 فقرة 2 من قانون الأونسترال النموذجي لسنة 1985 بالصيغة المعتمدة في سنة 2006 أنها " التدبير المؤقت هو أي تدبير وقتي، سواء أكان في شكل قرار أم شكل أخر، تأمر فيه هيئة التحكيم أحد الأطراف، في أي وقت يسبق إصدار القرار الذي يفصل نهائيا في النزاع بمايلي:

أ. أن يبقى الحال على ما هو عليه أو يعيده إلى ما كان عليه إلى حين الفصل في النزاع أو

ب. أن يتخذ إجراء منع حدوث ضرر حالي أو وشيك أو مساس بعملية التحكيم نفسها، أو يمتنع عن اتخاذ إجراء يحتمل أن يسبب ذلك الضرر أو المساس..."

فلهيئة التحكيم الإلكتروني طبقا لهذه القواعد وغيرها أن تتخذ ما تراه مناسبا من تدابير مؤقتة أو تحفظية لتساعدها على الفصل في النزاع بشكل عادل بين الأطراف وعلى ذلك فإن المادة 18 من نظام محكمة التحكيم الافتراضية السابق الإشارة إليه أقرت لمحكمة التحكيم الاختصاص في أخذ التدابير المؤقتة التي تراها مناسبة بالنظر إلى المنازعة المعروضة أمامها، كما تضيف الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه يحق لأي طرف من أطراف النزاع طلب اتخاذ تدابير مؤقتة من محكمة وطنية، ولا يعد هذا الطلب بمثابة تنازل أو انتهاك لاتفاق التحكيم.

بعد الانتهاء من تبادل المذكرات والأدلة الثبوتية وتقديم مختلف الدفوع وحتى المرافعات الشفاهية متى كان ذلك ممكنا وكذلك تلقي شهادة الشهود وإفادة الخبرات وبعد أن تصبح القضية جاهزة للفصل، تقرر هيئة التحكيم الفصل في القضية وإيداعها للمداولة لتصدر حكم التحكيم الإلكتروني. على هذا الاساس نتناول في الفقرة الموالية الحكم الصادر في القضية.

ثانيا: حكم التحكيم الإلكتروني

1. كتابة حكم التحكيم الإلكتروني

تشترط معظم القوانين الوطنية والدولية أن يكون حكم التحكيم مكتوبا، فعلى الصعيد الدولي تستوجب قواعد اليونسترال في مادتها 31 أن يصدر قرار التحكيم كتابة وأن يوقعه المحكم أو المحكمون أو أن يوقعه أغلبية أعضاء

محكمة التحكيم مع وجوب ذكر سبب غياب أي توقيع، وهو نفس الأمر في القوانين الوطنية من ذلك القانون الجزائري الذي يستوجب تقديم أصل الحكم من أجل الحصول على الاعتراف به والحصول على الصيغة التنفيذية.

هذه الأحكام تسري على حكم التحكيم الإلكتروني الذي يصدر بالكتابة الإلكترونية ويحقق شرط الشكل المطلوب الذي تتطلبه مختلف التشريعات وطنية كانت أو دولية، رغم أنه لايوجد شكل خاص لصياغتها أو طريقة لتدوينها، فقد تكون بخط اليد أو بالوسائل الإلكترونية كما قد تدون على دعامة ورقية أو في شكل محرر إلكتروني، وعلى العموم فقد أصبح في مختلف التشريعات اعتماد المستند الإلكتروني والذي يعد سندا خطيا.

2. **توقيع الحكم**

يقتضي الأمر أن حكم التحكيم يكون موقعا، فإذا كان حكم تحكيمي فردي فعلى المحكم الفرد أن يوقعه، أما إذا كانت هيئة التحكيم مشكلة تشكيلة جماعية، فيقتضي توقيعه من جميع المحكمين أو على الأقل الأغلبية مع ذكر سبب عدم توقيع باقي الأعضاء وفقا لما أوجبته قواعد القانون النموذجي اليونسترال.

3. **بيانات الحكم**

يقتضي حكم التحكيم الإلكتروني كغيره من أحكام التحكيم أن يحتوي على جملة من البيانات الوجوبية من بينها أسماء وألقاب المحكمين وبيانات الخصوم وتاريخ ومكان إصدار الحكم، ملخص بدفوع وطلبات الأطراف وحيثيات القضية، بالإضافة إلى عنصر مهم في البيانات هو تسبيب الحكم وأخيرا منطوق الحكم الذي يجب أن يكون واضحا ودقيقا حتى لا يطرح إشكالات تتعلق بتفسيره أو ما من شأنها تعطيله عن التنفيذ.

4.تبليغ الحكم

بما أن التحكيم هو تحكيم إلكتروني، فعلى هيئة التحكيم بعد النطق بالحكم وتوقيعه أن تقوم بإبلاغ طرفي النزاع بمحتواه، على أن يكون هذا الإعلان بالطرق الإلكترونية عبر شبكة الانترنت كما هو الشأن في النظام الخاص بالقاضي الافتراضي وكذلك بالنسبة للمحكمة الافتراضية التي تتضمن قواعدها أنه يجب على هيئة التحكيم إبلاغ الأطراف بالحكم الصادر في النزاع عن طريق البريد الإلكتروني بإرسال الحكم بوثيقة إلكترونية مشفرة، كما تقوم هذه الهيئة بحفظ الحكم على الموقع الذي تمت عليه مباشرة الأعمال التحكيمية الإلكترونية خلال نظر النزاع[37].

5.تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني

لايختلف أمر تنفيذ حكم التحكيم الإلكتروني عن تنفيذ الحكم التحكيمي التقليدي، فهي ذات القواعد في مختلف التشريعات الوطنية والدولية، فالاعتراف وتنفيذ أحكام التحكيم تسري عليها قواعد اتفاقية نيويورك لعام 1958 وكذلك الاتفاقية الأوربية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961 والقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985 وذلك من خلال إيداع أصل الحكم التحكيمي مرفقا باتفاقية التحكيم أو بنسخ عنهما بأمانة ضبط الجهة القضائية المختصة من طرف المعني بالتنفيذ وفقا لما تنص عليه المادة 1052 و 1053 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية الجزائري على سبيل المثال.

خاتمــة:

من خلال هذه الدراسة والتي تمحورت حول التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لحل النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الإلكترونية، تبين لنا أن هذا

التحكيم يتميز عن التحكيم التقليدي في عدة مسائل على اعتبار أنه يتم عبر شبكة الانترنت، ويتم بنفس الوسائل التي تتم بها عقود التجارة الإلكترونية، فضلا على أنه يعد من أهم مظاهر التطور الذي أفرزته الثورة المعلوماتية.

إذ ميزة هذا التحكيم بالمقارنة مع النظام القضائي الوطني والتحكيم التقليدي هي السرعة، بل أنه ثمة نوع من التحكيم يسمى بالتحكيم السريع أو المعجل أين يتم الفصل في القضية في فترة قصيرة تُمكن الأطراف من الحصول على حكم قابل للتنفيذ في ظرف وجيز، وهو النمط الذي لايحققه لا التحكيم التقليدي ولا القضاء زيادة على التقليل من النفقات وقصر المسافات والجهد، رغم ما يكتنفه من هواجس تتعلق بعدم مواكبة الكثير من التشريعات لهذا التطور الهائل، زيادة على إشكالية ضمان السرية التي هي أهم دعائم التحكيم الإلكتروني والتقليدي.

بالإضافة إلى كل ما سبق نجد محدودية تناسب أنظمة التحكيم القائمة سواء الدولية منها أو الوطنية مع تطبيقات التحكيم الإلكتروني لكونها في الأصل ليست صادرة للتطبيق على هذه النوعية الحديثة من المنازعات.

من أجل رفع كل هذه الصعوبات فإننا نرى أنه من الواجب على المشرع الجزائري تعديل النصوص المتعلقة بالتحكيم بما يتماشى وهذا النوع من التحكيم وبشكل مباشر، وأن يراعي في ذلك ارتباط التحكيم بالتجارة الإلكترونية، بحيث يكون القانون قادرا على استيعاب تطبيقات التحكيم الإلكتروني.

زيادة على ضرورة أن تسعى الجزائر إلى إرساء قواعد أكثر تطورا تتعلق بشبكة الاتصالات المتطورة تسمح بازدهار التجارة الإلكترونية سيما تطوير نظام الدفع الإلكتروني وتحرير عمليات الصرف للعملة الاجنبية بضوابط

واضحة، مع وجوب نشر هذه الثقافة على مستوى الجامعات ووضع برامج لتدريب مختلف الفاعلين في هذا المجال من رجال القضاء وهيئات الدفاع والقانونين في الجامعات والمتعاملين الاقتصادين والتجاريين والعاملين في البنوك وكل من لهم علاقة بالتجارة الإلكترونية.

الهوامش:

1. المحمد عماد الدين، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008، ص 1038.

2. إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة 1 دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 248.

3. النعيمي آلايعقوب، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008، ص 975.

4- Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz: Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Published by Kluwer Law International, 2004,
P.26

5 . ابراهيم خالد ممدوح، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1 دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008، ص 250.

6. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006، ص 93.

7. مقابلة زيد نبيل، التحكيم الالكتروني، بحث منشور بموقع www.f.law.net/Law.

8. مقابلة زيد نبيل، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009 ، ص 217.

9. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية المعتمدة بنيويورك بتاريخ 23 نوفمبر 2005 والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1 مارس 2013 وتهدف إلى تسهيل استخدام الخطابات الإلكترونية في التجارة الدولية للاطلاع أكثر على نص الاتفاقية راجع في ذلك الموقع . www.uncitral.org

10 . قانون رقم 09/08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية ، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008.

11 . ما تجب الإشارة إليه أن المشرع الجزائري في قانون الاجراءات المدنية والإدارية أورد تعريفا خاصا بشرط التحكيم بالمادة 1007 وتعريفا خاصا باتفاق التحكيم (مشارطة التحكيم) بالمادة 1011 على الرغم من أنه عبر عنه باتفاق التحكيم وكان الأولى بالمشرع وضع تعريف جامع لصورتي اتفاق التحكيم.

12 . خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص 278.

13 . حابت آمال، التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه علوم، كلة الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 429.

14 . ابراهيم خالد ممدوح ، مرجع سابق، 279.

15 . لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 250.

16 . جعفر ذيب المعاني، التحكيم الالكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 69.

17 . محمد أمين الرومي، مرجع سابق، 103.

18 . القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية متاح على الموقع:

www.uncitral.org

19 -l'article 11 énonce « … le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique. – La commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les partie auxquelles il sont adressés peuvent y avoir accès...». Voir : - directive 2000/31/ce du parlement Européen et du conseil=du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, J.O. n° E L 178/1 du 17/07/2000, p12. Disponible sur le site : www.eur-lex.europ.eu

20- les commerçant dans les contrats électronique ont tendance à les rendre longue dans la mesure où ils n'ont pas de limites techniques comme il été autre fois sur un support physique (papier), cela démontre une volonté de " mise à la disposition " plutôt que la mise à la connaissance", dans la mesure que la longueur du document contractuel nuit à la compréhension.

مأخوذة من رسالة بوديسة أكرم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص 46.

21. وفق ما تنص عليه المادة 1058 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية عند النص على أسباب الطعن بالبطلان والتي تحيل للمادة 1056 من نفس القانون.

22. تنص المادة 1040 من قانون الاجراءات على أنه "...أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة...".

23. حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل المنازعات التجارية الالكترونية، بحث منشور بمجلة العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة، عدد 48 ديسمبر 2017، ص 233.

24.. قانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني ج. ر عدد 06 الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015 والذي جاء بمادته الثانية الفقرة 1 على أن "...1. التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق...".

25. حمادوش أنيسة، مرجع سابق، 234.

26. محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 124.

27. محمد مأمون سليمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011 ، ص 297.

28. رجاء حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني (دراسة مقارنة) أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2009، ص 85.

29. قواعده متاحة على الموقع / http://www.wipo.int

30. David Loundy, Virtual Magistrate becomes a reality sort, of. Consulter le site http://www.vmag.Law.vill.ed:8080/

31. عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 433.

32. يمكن الاطلاع على قواعد المحكمة الافتراضية على موقعها: www.cybertribunal.org

33. بوديسة أكرم، مرجع سابق، ص 115.

34. يمكن الاطلاع على نظام الغرفة في هذا المجال على الموقع:

www.iccwbo.org/courtarbitration

35 بوديسة أكرم، مرجع سابق، ص 116.

36. وفق ما تنص عليه المادة الرابعة الفقرة الثانية من نظام المحكمة الافتراضية والذي هو متاح على الموقع: www.cybertribunal.org

37. عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية كلة الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008، ص 508.

المراجـــع

. المؤلفات

. ابراهيم خالد ممدوح: . التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة ط 1 دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008.

. ـــــــــــــــــ: التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، ط1 دار الفكر الجامعي الاسكندرية، 2008.

. جعفر ذيب المعاني، التحكيم الالكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2014.

. عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة ، ط1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.

. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، ط2، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر 2014.

. محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

. محمد مأمون سليمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

.الاطروحات والرسائل الجامعية

. مقابلة زيد نبيل، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع الأردن، 2009.

.حابت آمال، التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه علوم ، كلية الحقوق جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015.

.بوديسة أكرم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري 2012.

.رجاء حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة) أطروحة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية 2009.

.البحوث و المداخلات

. حمادوش أنيسة، خصوصية التحكيم الإلكتروني في حل المنازعات التجارية الإلكترونية، بحث منشور بمجلة العلوم الانسانية، جامعة قسنطينة، عدد 48 ديسمبر 2017.

. مقابلة زيد نبيل، التحكيم الإلكتروني، بحث منشور بموقع www.f.law.net/Law

. المحمد عماد الدين، طبيعة وأنماط التحكيم مع التركيز على التحكيم عبر الانترنت، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008.

.النعيمي آلايعقوب، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008..

.عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، أيام 28-30 أفريل 2008.

.النصوص القانونية

. اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعتمدة بنيويورك بتاريخ 23 نوفمبر 2005 والتي دخلت حيز النفاذ بتاريخ 1 مارس 2013.

.قانون رقم 09.08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الاجراءات المدنية والإدارية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 الصادرة بتاريخ 23 افريل 2008.

.قانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكتروني ج. ر عدد 06 الصادرة بتاريخ 10 فيفري 2015.

.قانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتضمن قانون التجارة الالكترونية ج. ر عدد28 الصادة بتاريخ 16 ماي 2018

. المراجع باللغة الأجنبية

-David Loundy, Virtual Magistrate becomes a reality sort, of. Consulter le site http://www.vmag.Law.vill.ed:8080/

-Gabrielle Kaufmann-Kohler, Thomas Schultz: Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice, Published by Kluwer Law International, 2004, P.26.

. المواقع الالكترونية

www.wipo.int
www.iccwbo.org
www.cybertribunal.org
www.uncitral.org
www.vmag.Law.vill.ed
www.eur-lex.europ.eu

ISSB: 978-9931-9651-0-7

أسماء النطاق

Les Noms de Domaines

أ/قادري عبد المجيد
جامعة باجي مختار عنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

أسماء النطاق Les Noms de Domaines

الدكتور / عبد المجيد قادري (*)

ملخص: لكل جهاز كمبيوتر متصل بالإنترنت عنوانًا فريدًا. وهذا العنوان عبارة عن سلسلة معقدة للغاية من الأرقام تفصل بينها نقاط يطلق عليه اسم بروتوكول الإنترنت اختصاره هو العنوانIP ، من الصعب تذكره، لذلك وجد نظام اسم النطاق يجعل استخدام الإنترنت أكثر سهولةً عن طريق السماح باستخدام سلسلة مألوفة من الحروف و الأرقام يمكن حفظها و تذكرها بسهولة.
لذلك شهد نظام اسم النطاق تطورا كبيرا، ليشمل أسماء نطاق دولية و أسماء نطاق وطنية أو جغرافية، مما سمح بالولوج إلى المواقع الإلكترونية، و تبادل المعلومات و البيانات من أي نقطة في العالم- و مهما كانت اللغة المستعملة- يتم بسرعة و سهولة.

الكلمات المفتاحية:
اسم النطاق- برتوكول الإنترنت- اسم نطاق دولي- اسم نطاق وطني- المواقع الالكترونية.

Abstract : Toute connexion au réseau internet implique une adresse numérique, unique à chaque internaute, qu'on appelle "IP", composée d'une suite de chiffres séparés par des points.

Il est apparu tout de suite évident que, pour mieux identifier le site, il fallait que cette simple suite de chiffres soit doublée par des adresses dites logiques, aujourd'hui appelées "noms de domaine".

Un nom de domaine est constitué d'un préfixe, d'un radical du choix du déposant, puis d'une extension générique. Ou nationale. Le nom de domaine devenu un signe distinctif indispensable pour se faire connaître et reconnaître

Mots Clés : Nom de domaine adresse IP- iInternet – Identifier-.

(*)- أستاذ التعليم العالي، كلية الحقوق ، جامعة باجي مختار عنابة .

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

يعود الاهتمام بالتجارة الالكترونية خلال السنوات القليلة الماضية إلى ما حصل من تطور في مجال المعلومات والاتصالات، وبظهور الانترنت بصفة خاصة ظهر ما يسمى بأسماء النطاق التي حظيت باهتمام كبير خاصة من الدول المتقدمة على رأسها الولايات المتحدة الأمريكية باعتبارها أول من وضعت نصوصا خاصة لتظيمها قانونيا.

لذلك لا ينفصل اسم النطاق في اهميته عن أهمية شبكة الانترنت وفعاليتها ؛ ذلك أن عمل نظام شبكة الانترنت يوجب التعرف على جميع الأجهزة المتصلة مع أنظمته المسؤولة عن إدارته، وآلية ذلك هي اسم النطاق الذي أوجده **جون بوستل**[1] وفيه استبدل تسلسل أرقام عنوان Protocol Internet الذي يرمز له IPالأجهزة الحاسوب عن طريق تسلسل جديد هو تسلسل أحرف يشكل كلمة مفهومة يختارها صاحب العنوان IP وتتميز بأنها سهلة الحفظ والتذكر، وأطلق على هذا التسلسل الجديد اسم النطاق[2]، فمثال اسم النطاق لجامعة باجي مختار عنابة هو: www.univ-annaba.dz، في حين عنوان IP لها هو: **193.194.84.194**

فهاته الأرقام تشكل عائقا وصعوبة في تذكرها على عكس التسلسل الحرفي لاسم نطاق الجامعة الذي يمكن تذكره بكل سهولة، و وفقا لآخر الإحصائيات فقد بلغ عدد أسماء النطاق إلى غاية تاريخ 25 أفريل 2020 حوالي 1,766,230,302موقع[3].

هذا الرقم الفلكي يبين الأهمية المتزايدة لأسماء النطاق على مستوى العالم، مما يطرح لنا العديد من التساؤلات حول مفهوم أسماء النطاق، و

أنواعها، و كيفية الحصول عليها، و الأهم من ذلك طبيعتها القانونية، كل هذا سوف نحاول تناوله في النقاط التالية:

أولا: مفهوم اسم النطاق.

ثانيا: أنواع اسم النطاق

ثالثا: تسجيل اسم النطاق

رابعا: الطبيعة القانونية لإسم النطاق.

أولا: مفهوم اسم النطاق

يعتبر اسم النطاق من الابتكارات الجديدة التي ارتبطت بظهور الانترنت وبالمعاملات الإلكترونية فأخذ صور مختلفة، وتميز بعدة خصائص جعلت منه قيمة تجارية بالنسبة للشركات والمشروعات ، ولذلك تعددت التعريفات التي قيلت بشأنه باختلاف أراء الفقه وأحكام القضاء .

المصطلح الإنجليزي لاسم النطاق هو Domain Name ، و المصطلح الفرنسي هو Nom de Domaine، أما الترجمة المرادفة للمصطلح باللغة العربية فنجدها تختلف من تشريع إلى آخر فنجد: اسم النطاق، اسم المجال، اسم الدومين ، اسم الحقل... [4]و هذا ما يعكس التعريفات المختلفة لأسماء النطاق.

1- التعريف الفقهي

لا يوجد تعريف موحد لاسم النطاق وذلك لتركيز كل تعريف على وجهة نظر معينة ويرجع هذا الاختلاف إلى الدور المهم الذي يلعبه اسم النطاق في التجارة الدولية عموما والالكترونية بشكل خاص فمن التعريفات الفقهية من اهتمت بالجانب الفني للاسم ومنها من اعتمدت على تكوينه، كما استندت بعض التعريفات على وظيفته

ركزت بعض الآراء على الطبيعة الفنية اسم النطاق فوصفوه بأنه ":تحويل أو نقل مجموعة من الأرقام في صورة حروف تشكل مصطلحا يتماشى و اسم المشروع أو المنظمة ، والحروف المعتمدة في هذا العنوان هي الحروف اللاتينية[5].

كما عرفه البعض بأنه " :ترجمة لأرقام تتم عن طريق حروف معينة تسمح بدوران المعلومات عبر شبكة الانترنت[6].

استند البعض من الفقه عند تعريفه اسم النطاق إلى الوظيفة التي يقوم بها هذا الأخير " فعرف بأنه ":بديل للعنوان البريدي المحدد لتعريف شخص معين عبر شبكة المعلومات وعرف كذلك بأنه":عنوان منفرد لموقع على شبكة الانترنت، يسمح بتحديد الموقع وتمييزه عن غيره من المواقع الأخرى[7].

و في تعريف آخر ":عنوان موقع يوضع على شبكة الانترنت يمكن عن طريقه التعريف بصاحب الموقع أو التعريف بما يقدمه العالم من منتجات أو خدمات تجارية أو مهنية أو علمية كما يمكن عن طريقه تتبع ما يفعله أو يقدمه المنافسون في مختلف دول العالم أو أي أنشطة أخرى ،وهو أفضل وسيلة للإعلان بدون نفقات"[8]

2- التعريف التشريعي.

اختلفت التشريعات العربية في مسألة تعريف اسم النطاق، مثلما اختلفت في تسميته، و من بين التشريعات التي عرفته نذكر:

المشرع الجزائري استعمل تسمية اسم النطاق، حيث عرفه في المادة 06 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 و المتعلق بالتجارة الالكترونية بأنه: " عبارة عن سلسلة أحرف و/أو أرقام مقيسة و مسجلة لدى السجل الوطني لأسماء النطاق و تسمح بالتعرف و الولوج إلى الموقع الالكتروني".

المشرع الجزائري مزج مابين التعريف الشكلي من خلال التطرق إلى مكونات اسم النطاق و التعريف الوظيفي على أساس أن اسم النطاق يسمح بالتعرف و الولوج إلى الموقع الإلكتروني.

كما أطلق المشرع البحريني تسمية اسم النطاق، حيث تنص المادة 21 من قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر بتاريخ 2002/09/14، على أنه:" يقصد باسم النطاق (bh فيما يتعلق بتطبيق أحكام هذه المادة ، المستوى العلوي للنظام العالمي لاسم النطاق المعين لمملكة البحرين ، والذي يتكون من حرفين وفقا للمعيار الدولي أيزو 1- 3166 رموز تمثيل أسماء البلدان وتقسيماتها الفرعية الخاص بالمنظمة الدولية للتقييس "[9].

في حين يستعمل المشرع السوري تسمية اسم موقع على الإنترنت، حيث تنص المادة الأولى من القانون رقم 04 المتعلق بالتوقيع الالكتروني و خدمات الشبكة السوري، المؤرخ في 2009/02/25 على أنه:"مجموعة من الرموز الأبجدية والرقمية ذات دلالة قابلة للتذكّر، وتقابل عنوان موقع على الإنترنت. ويتألف هذا الاسم من مجموعة من الحقول التراتبية التي يفصل بين كل اثنين متتاليين منها النقطة"[10].

المشرع الأمريكي عرف أسماء النطاق في قانون مكافحة العدوان على أسماء النطاق بأنها:"عنوان أو اسم الذي يميز مساحة تخص مؤسسة ما عن غيرها في مجال التجارة الالكترونية وأن هذا الاسم هو مرجع هذه المؤسسة على شبكة الانترنت، بالإضافة إلى ذلك يعتبر عنوانا للتعاملات"[11].

المشرع الفرنسي أورد في ميثاق التسمية الخاص بفرنسا fr تعريفا لأسماء النطاق في إطار شرح مصطلحات الميثاق وجاء التعريف كالتالي :" هي مجموعة من العناوين التي تخضع للإدارة المشتركة، وتكفل هذه العناوين التقابل بينها وبين

عناوين بروتوكولات الانترنت المستخدمة في أجهزة الحاسوب، وتكون هذه العناوين فريدة من نوعها وبإمكانها تمييز المؤسسات عن بعضها البعض"[12].

أما بالنسبة للمنظمات الدولية التي تضطلع بموضوع أسماء النطاق مباشرة نجد تعريف مؤسسة الانترنت للأسماء والأرقام المخصصة ICANN تعريفها لأسماء النطاق جاء مستندا لتكوينه وقد عرفته بأنه:" يشتمل اسم النطاق على عنصرين هما الاسم المختار يمثل المستوى الثاني للنطاق SLD والعنصر الثاني الذي يحدد نشاط الموقع ومداه الجغرافي وهو يمثل المستوى العالي للنطاق ويرمز لهTLD ، يستخدم هذا العنوان لاحقا ليمد النظم العاملة"[13].

في مقابل ذلك عرفت المنظمة العالمية للملكية الفكريةWIPO أسماء النطاق بأنها:" عنوان مستخدم الانترنت عادة الذي يسهل معرفته أو تذكره"[14].

2- التعريف القضائي.

عرفت محكمة استئناف باريس[15] اسم النطاق بأنه:" العنوان التجاري الالكتروني هو مجرد عنوان افتراضي ، يحدد مواقع المشروعات على شيكة الانترنيت". حيث اعتبر القضاء الفرنسي اسم النطاق حقا من حقوق الملكية الفكرية.

اعتبر القضاء الأمريكي اسم النطاق:" أكثر من مجردٍ عنوان عبر الانترنت، فهو أيضا يبين هوية موقع الانترنت لمن يسعى للوصول إليه، تماما مثل اسم الشخص الذي يشير إلى فرد معين، أو بشكل أكثر دقة إلى مدة صحة علامة تجارية لشركة، فاسم الشركة يشير إلى هوية شركة معينة"[16].

ثانيا: أنواع أسماء النطاق.

تتيح الانترنت للأشخاص و الشركات والمنظمات و الهيئات المختلفة اتخاذ موقع لها عبر الشبكة .ويتم الوصول إلى هذه المواقع من خلال أسماء النطاق والتي تأخذ صورتين إما أسماء نطاق عامة[17] (دولية) أو أسماء نطاق وطنية (محلية) وفيما يلي بيان من الصورتين[18]:

1- النطاقات العامة النوعية Generic Top Level Domains[19]

هذا النوع من النطاقات يتكون في الغالب من ثلاثة حروف فأكثر و هي مرتبطة إلى حد كبير بنشاط المؤسسة أو طبيعتها[20] ، وتقسم إلى نوعين[21]:

-النطاقات العامة المقيدة

-النطاقات العامة غير المقيدة.

أ- النطاقات العامة المقيدة : sponsored TLDs

هي أنواع متخصصة[22] من النطاقات العامة TLDs، تدار وفقا لقواعد وشروط موضوعة مسبقا، أشبه بميثاق يتعلق بالنطاق يعرف بالهدف الذي أنشأ من أجله وطريقة عمله، ويوجد له منسق يمثل هذا النوع من النطاقات ؛ حيث يقوم المنسق بالإشراف على رسم السياسة داخل النطاق ، و يتحمل مسئولياته فيما يتعلق بهذا النطاق الخاص .و فيما يلي أهم النطاقات العامة المقيدة[23]:

-النطاقedu: يخصص للمؤسسات التعليمية، والمعاهد، والجامعات، ويدار بواسطة Educause [24].

-النطاق gov : و يخصص للمواقع الحكومية و يدار بواسطة Us General services Administration[25].

-النطاق int: ويستعمل فقط لتسجيل المنظمات الدولية؛ بناء على اتفاقيات دولية بين الحكومات ويدار بواسطة[26] IANA Int Domain Registry

-النطاقmil : ويخصص للجيوش والمواقع العسكرية[27] ، ويدار بواسطة The US Dod Network information Center [28]

-النطاق :mobi وهو مخصص لمستهلكي الخدمات ومزوديها، ومنتجات الهاتف المحمول ، ويدار بواسطة Mtld [29]

- النطاق. :aero وهو مخصص لشركات النقل الجوي ، وصناعة الطيران ، ويدار بواسطة SITA[30]

- النطاق:coop وهو مخصص للمؤسسات الخيرية، والتعاونيات، ويدار بواسطة[31] LLc cooperation Dot

- النطاق:travel وهو مخصص لشركات السياحة والسفر ومؤسساتهما، ويدار بواسطة[32] Tralliance Corporation

- النطاق:asia وهو مخصص لدول المحيط الهادي الأسيوية ، ويدار بواسطة [33] Dot Asia Organization

ب- **النطاقات العامة غير المقيدة[34]:Un - sponsored TLDs**

هذا النوع من النطاقات يعمل ضمن سياسات وضعتها مؤسسة الايكان، وهي المؤسسة التي تتولى تخصيص الأسماء والأرقام على شبكة الانترنت The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers، ويرمز لها بالرمز ICANN هذه النطاقات متعددة، وأهمها ما يلي :

- النطاق:org خاص بالمنظمات و الهيئات التي لا تسعى إلى تحقيق الربح، ويدار بواسطة[35] Registry internet Public

- النطاق :net خاص بالهيئات التي تعمل في مجال الانترنت، ويداربواسطة[36] Global Version registry Service
- النطاق :com خاص بالمشروعات التجارية، ويدار بواسطة Version Global Registry service [37]
- النطاق:info خاص بالمعلومات ، و يدار بواسطة[38] Afilias Limited

- النطاق:biz خاص بالأعمال التجارية، ويدار بواسطة Neustar Registry Services [39]

- النطاق:name خاص بالأفراد والأشخاص، ويدار بواسطة name Global Registry [40]

2- **النطاقات العالية الوطنية الخاصة بالدول :Country– code TLDs**

ويقصد بها تلك الأسماء المرتبطة بالدول والتي تنتهي بحرفين يشيران إلى اسم الدولة التي تنتمي إليها هذه الأسماء. فهي ترتكز على تقسيم المستوى العالي لأسماء المواقع الالكترونية تقسيما جغرافيا، وهناك ما يزيد عن 244 اسما يدخل في إطار هذا التقسيم الجغرافي، فيخصص لكل دولة من دول العالم رمزا خاصا بها يتكون من حرفين باللغة اللاتينية من اسم كل دولة وفقا لمعيار الإيزو ISO 3166 STANDARD 1-3166 [41]، فمثلا الجزائر dz.، المغربma. ، تونس tn.، فرنسا fr. ، كندا ca.، روسيا ru....إلخ[42].

و يمكن أن تكون أسماء النطاق الوطنية ثانوية[43] حيث تقترن بنوعية النشاط، فتكون التسمية على شكل: com.dz - gov.dz - info.dz ....[44]

ويجب الإشارة إلى أن هيئة "الإيكان" قد وافقت في العام 2010 على استخدام أسماء نطاق وطنية بأبجديات غير اللغة اللاتينية[45] ، من بينها اللغة العربية ، الصينية، السيريانية....وهي أسماء نطاق مكتوبة باللغة العربية، بحيث تستخدم بنفس الطريقة التي تستخدم فيها أسماء النطاق الحالية، في مختلف التطبيقات التي تستخدم فيها أسماء النطاق، وخصوصا في تصفح المواقع والوصول إليها[46].

وأول الدول العربية التي أطلقت نطاقاتها الوطنية باللغة العربية: هي مصر والسعودية والإمارات، بعد حصولها على الموافقة النهائية من قبل "الايكان" وتكتب على الانترنت.مصر، .السعودية، .إمارات، قطر.قطر، و سورية.سورية، أما بالنسبة للجزائر فقد حصلت هذه الأخيرة على الموافقة بإطلاق نطاقها باللغة العربية.الجزائر سنة 2011 من قبل هيئة " الإيكان"، و تتم على الخط بصفة مجانية، و وفق قواعد صياغة محددة[47].

ثالثا: تسجيل أسماء النطاق

لا تختلف إجراءات تسجيل أسماء النطاق من الناحية الفنية كثيراً باختلاف نوع النطاق المرغوب بتسجيله إذ ؛ تتشابه إجراءات التسجيل الفنية على شبكة الانترنت بين أسماء النطاق العالية النوعية و، أسماء النطاق العالية الوطنية، مع مراعاة الشروط الخاصة التي تتطلبها النطاقات الوطنية للدول عند التسجيل. بالتالي سنتحدث في هذا المطلب عن: تسجيل أسماء النطاق العالية النوعية، ثم نتحدث عن تسجيل أسماء النطاق العالية الوطنية.

أولاً: تسجيل أسماء النطاق العالية النوعيةTLDs

لقد تطور نظام التسجيل[48]، ففي بداية الأمر كان نظام تسجيل أسماء النطاق العالية النوعية يعود حصرا لشركة أمريكية وهي Internet Authority Assigned Number و تعرف اختصارا IANA ، بعدها انتقلت سلطة منح هذه العناوين إلى الشركة الأمريكية ICANN و هي شركة لا تهدف إلى تحقيق الربح، حيث أصبحت هذه الأخيرة الجهة الرئيسية المخولة لتسجيل وادارة أسماء النطاق العالية النوعية ، فقامت بوضع القواعد والمبادئ الواجب إتباعها في تسجيل هذه الأسماء في كل دول العالم[49].

كما أن خدماتها تقدم حسب سياسات وشروط التسجيل التي تضعها في هذا الخصوص[50] ، والتي تكون متوافقة بطبيعة الحال مع السياسات العامة التي تضعها الأيكان والجهات المسؤولة عن التسجيل .كما فوضت اختصاصاتها إلى كثير من الشركات في أنحاء العالم بحسب موقعها الجغرافي[51].

وتتلخص إجراءات تسجيل أسماء النطاق العالية النوعية وفق الآتي[52]:

- اختيار أحد المسجلين المعتمدين من قبل هيئة الايكان، المدرجين على موقعها الرسمي، الذي يقوم بدوره بالتأكد من إمكانية تسجيل اسم النطاق المرغوب فيه، أو عدم إمكانية تسجيله.
- فتح حساب له مع الشركة المسجلة يتضمن معلومات عن اسمه الشخصي ، اسم عائلته ، عنوانه، رقم هاتفه، بريده الالكتروني،...الخ ؛) واختيار اسم مستخدم خاص به login user ؛ وكلمة سر؛ حتى يستطيع معاودة الدخول للحساب مرة أخرى[53] .

- بعد التأكد من أن اسم النطاق غير مسجل من السابق؛ يقوم بتعبئة طلب التسجيل الذي يتضمن معلومات شخصية عن الطالب، ووسائل الاتصال به، واسم النطاق المرغوب تسجيله وطريقة تسديد رسوم التسجيل.
- إعلان الموافقة من قبل الراغب في تسجيل اسم النطاق، على بنود اتفاقية التسجيل، بينه وبين المسجل.
- يتم إرسال رسالة لطالب التسجيل عبر البريد الالكتروني، تطلب منه مراجعة المعلومات التي دونها، وبعد التأكد من صحة المعلومات، وتحصيل رسم التسجيل، يمنح طالب التسجيل اسم النطاق الذي رغب في تسجيله.

ثانياً: تسجيل أسماء النطاق العالية الوطنية ccTLDs

تختلف اجراءات التسجيل من دولة إلى دولة أخرى[54]، و هذا بحسب تنظيم عملية التسجيل و الجهة المختصة بذلك، فمثلا في الجزائر أسندت مهمة تسجيل اسم النطاق على شكل: DZ" إلى مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني **cerist** بالتزامن مع توفير الانترنيت في الجزائر منذ عام 1994، و اعتماده من قبل هيئة الأركان و دخوله حيز التنفيذ منذ ماي 1995.

ومنذ جوان 1999 قام مركز البحث في الإعلام العلمي والتقنيcerist بإنشاء مصلحة تابعة له تعمل على استقبال كافة الطلبات التي ترسل للموقع بصفة مجانية وتسمى هذه الهيئةNIC. DZ Network Information Centre[55]

يتولى المركز الوطني المسؤولية عن كل أسماء النطاق في المنطقة dz" ،."حيث يتولى ضمان حسن تشغيل وإدارة أسماء النطاق ضمن المنطقة الجغرافية الخاضعة لها، وهو الذي يضع وبشكل مستقل الشروط اللازمة لمنح وتسجيل أسماء النطاقات تطبيقا للميثاق المحدد[56]، وبموجب نموذج عقدي منظم مسبقا بصورة استمارة طلب تسجيل اسم النطاق يشتمل على شروط وأحكام تسجيل هدا الاسم. كما يقوم هذا المركز أيضا بدور المسجل المحلي لتزويد مجتمع الأنترنت بعناوين وبروتوكول الأنترنت التي تلزم للدخول إلى الشبكة. والقاعدة المطبقة في تسجيل اسم النطاق على شكل." dz" هي نفس القاعدة المتبعة في تسجيل أسماء النطاقات العامة، وهي من يصل أولا يخدم أولا.

تتم إجراءات التسجيل في الجزائر كما يلي:

المرحلة الأولى: تقديم الطلب عبر المسجل[57]:

أي طلب للتسجيل يجب أن يمر بتقديم ملف لدى مركز أسماء النطاقات ، يحتوي على الوثائق التالية :

- طلب تسجيل موقع من المالك النهائي لاسم النطاق[58]
- وثيقة لتبرير اختيار اسم النطاق
  - نسخة من السجل التجاري (كيان تجاري) أو ،
  - نسخة من تسجيل العلامة لدى المعهد الوطني لحقوق الملكية الفكرية أو المنظمة العالمية للملكية الفكري أو،
  - نسخة من قرار الإنشاء (هيئة حكومية، جمعية أو منظمة.....)

في حالة وجود وسيط ، يقدم الطالب وكالة يعين فيها الوسيط المكلف بعملية تسجيل اسم النطاق العرض لمركز أسماء النطاقات . الجزائر .

المرحلة الثانية: تقديم الطلب لمركز أسماء النطاقات .الجزائر من طرف المسجل :

يتعين على المسجل وضع الملف عبر الأنترنيت على الرابط:

- الاستمارة مملوءة و ممضاة[59]

- وثيقة لتبرير اختيار اسم النطاق الجزائر.

المرحلة الثالثة: دراسة الطلب من قبل مركز أسماء النطاقات .الجزائر:

يقوم مركز أسماء النطاقات .الجزائر بتقديم شهادة تسجيل اسم النطاق تحت الطلب .

يقوم مركز أسماء النطاقات. الجزائر بالتحقق من صلاحية الملفات، إذا تم اكتشاف أن بعض شروط التسجيل أو معظمها غير كاملة أو متغيرة في هذه الحالة يلجئ المركز .الجزائر إلى إلغاء التسجيل

الدخول في قاعدة أسماء النطاق :

يقوم مركز أسماء النطاقات .الجزائر بتسجيل أسماء النطاقات في قاعدته الخاصة، التي تعتبر أصلية و تحتوي على جميع أسماء النطاقات . الجزائر ، كما يحتفظ هذا الأخير بحقه في جعل كل المعلومات متاحة للجميع عبر موقع الأنترنيت مركز أسماء النطاقات.الجزائر ، و تسمح هذه الطريقة لمعرفة اسم النطاق واتصالاته الإدارية و التقنية.

تحديث المعلومات في مركز أسماء النطاقات . الجزائر:

من الممكن طلب إجراء تعديلات في أي وقت من الأوقات على العناصر الإدارية لأسماء النطاق : تغيير الإتصال التقني و الإداري ، تغيير معلومات .....الخ

رابعا: الطبيعة القانونية لاسم النطاق

أثارت الطبيعة القانونية[60] لإسم النطاق جدلاً كبيراً بين فقهاء القانون إذ ذهب فريق للقول بأن اسم النطاق لا ينتمي إلى عناصر الملكية الفكرية ، لأنه لا يعدو أن يكون موطنا ناً فتراضياُ للأشخاص على شبكة الانترنت، فالشخص عندما يقوم بتسجيل اسم نطاق على شبكة الانترنت ، يكون قد اختار مقراً قانونياً يباشر به نشاطه، وإن هذا التسجيل لا يعطي مسجل اسم النطاق سوى حق الاستعمال ليس ،إلا ولا يعطيه أي حق من حقوق الملكية عليه كما هو الحال في العلامات التجارية.

و ذهب فريق آخر من الفقهاء إلى اعتبار اسم النطاق عنصراً جديداً من عناصر الملكية الفكرية؛ لأنه لا يعدو أن يكون مثل: العلامة التجارية، والاسم ، والعنوان التجاري و، بالتالي يستفيد من التنظيم القانوني لهذه العناصر ، وإن كان الهدف من استخدامه في بداية ظهور شبكة الانترنت مجرد وسيلة للوصول إلى الموقع الالكتروني المطلوب، إلا أنه اكتسب أهمية اقتصادية فاقت بكثير الهدف الذي أنشئ من أجله، فقد أثبت الواقع العملي أن أهمية اسم النطاق في ظل التنافس التجاري الكبير على شبكة الانترنت يفوق أهمية الكثير من العلامات التجارية التقليدية[61].

1- اسم النطاق لا ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية والتجارية

يتفق مؤيدوا هذا الاتجاه على استبعاد اسم النطاق من دائرة عناصر الملكية التجارية والصناعية ،إلا أنهم يختلفون حول الطبيعة القانونية لاسم النطاق، فمنهم من اعتبره موطنا افتراضيا يقابل الموطن الحقيقي، في حين ذهب البعض الآخرإلى تشبيهه برقم الدخول إلى خدمةمنيتيل MINITEL في فرنسا ، بينما رأى آخرون انه يختلف عن جميع الأنظمة القانونية القائمة وبالتالي ينفرد بطبيعة قانونية خاصة.

أ- **اسم النطاق موطن افتراضي**

يرى البعض أن أسماء النطاقات ما هي إلا مواقع افتراضية[62] يتم التعامل من خلالها على شبكة الأنترنت، وأن و ظيفتها الرئيسية تتمثل في عملية الدخول إلى الموقع الإلكتروني بشكل سريع ومتناسق، وهي بهذا الشكل تختلف عن عناصر الملكية الفكرية وخصوصا العلامات التجارية التي تتجسد وضيفتها الرئيسية بتمييز البضائع والخدمات والسلع عن غيرها.

إضافة إلى ذلك فأسماء النطاقات قد تميز منتجات وسلع وخدمات عبر شبكة الأنترنت، ولكن هذه الوظيفة ليست الوظيفة الرئيسية التي تقدمها أسماء النطاقات، وانّ ما يمثل دورها الرئيسي في تحديد دور معين أو عنوان عبر شبكة الأنترنت بقصد التعرف عليه و سهولة الوصول إليه[63].

وقد أثيرت فكرة الموطن الافتراضي و تشابهه مع اسم النطاق أمام محكمة استئناف باريس 2في 14 أوت 1996 في قضية المدرسة الوطنية العليا للاتصالات[64] . "ENST" وتتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد طلبة هذه المدرسة قام بإنشاء موقع باسمه عن طريق شبكة المدرسة وسجل على هذا الموقع الأغنيات الحديثة للمغني ". Sardou Michel" فتقدم الممثل الفني لهذا المغني

والذي يحتكر نشر هذه الأغنيات الحديثة بدعوى تقليد ضد الطالب والمدرسة على أساس أنهم اعتدوا على أحد المصنفات المحمية بحق المؤلف .

احتج الطالب وممثل المدرسة أيضا بحجج عديدة وما يهمنا هنا هي الحجة المتعلقة بفكرة الموطن الافتراضي. ومفاد هذه الحجة أن الموقع الذي يملكه الطالب يعد موقعا خاصا به لا موطنا عاما مو جها إلى الجمهور. ومن ثم تجب حمايته وصيانته بكل أوجه الحماية الجنائية و المدنية .رفضت المحكمة هذه الحجج المقدمة من الطالب والمدرسة، وأسست رفضها استنادا إلى حجج منطقية وأخرى قانونية. وتتمثل الحجج المنطقية في أنه لا يمكن اعتبار العنوان أو الموقع موطنا خاصا لشخص.

أما الحجج القانونية فتتمثل في أن الموطن هو المكان الذي تتوافر فيه الإقامة الرئيسية للشخص حسب المادة 102 من القانون المدني الفرنسي. ومن ثم يربط القانون والقضاء دائما بين هذا الموطن وفكرة الإقامة المعتادة المرتبطة بمكان ما.

و هذا الشرط لا يتوافر في اسم النطاق، إذ هو مجرد بيانات تسجل على الخادم ، و لا يتواجد فيها الشخص بصفة دائمة أو حتى متقطعة، وهي في ذات الوقت متاحة لكل مستخدمي الأنترنت.

ب- اسم النطاق ورقم الدخول لخدمة المنيتيلMINITEL

اتجه جانب من الفقه إلى تشبيه اسم النطاق برمز الدخول في خدمة المينيتل MINITEL الفرنسي[65]، إذ يتشابه النظامان من الناحية الفنية: فاسم النطاق و رمز الدخول لخدمة المينيتل يتكونان من مجموعة من الحروف و الأرقام يكتبها المستخدم ليتمكن من الولوج لمجموعة من البيانات و المعلومات،

و هما متشابهان من الناحية الوظيفية، لأنهما يستخدمان في الأنشطة التجارية، و الإعلان عنها.

هذا التشابه يؤدي حسب أصحاب هذا الاتجاه، إلى تطبيق الأحكام المتعلقة بخدمة المينيتل على اسم النطاق، و هذا ما أكدته محكمة مارسيليا في حكم صادر لها سنة 1998، فقد أشار الحكم إلى أن اسم النطاق تطبق عليه الأحكام نفسها التي تطبق على رمز الدخول لخدمة المينيتل[66].

وفي حكم صادر عن محكمة استئناف باريس سنة 1991، حددت الطبيعة القانونية لرمز الدخول في خدمة المينيتل، حيث وصف بأنه مجرد وسيلة فنية لاستغلال الأنشطة التجارية و لا يعد عنصرا من عناصر الملكية الصناعية، و بالتالي لا تخضع هاته الخدمة للنظام الذي تخضع له عناصر الملكية الصناعية، و هو ما أكدته محكمة باريس في حكمها الصادر بتاريخ 1994، حيث فصلت بوضوح باستبعاد رمز الدخول لخدمة المينيتل من نطاق تطبيق المادة 4/711 من قانون الملكية الفكرية التي تعدد الشارات و العلامات المميزة التي تكون عتصرا من عناصر الملكية الصناعية، هيث جاء فب القرار:" إن رقم الدخول في خدمة المنيتل لم يسجل بصفته علامة تجارية لا يدخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة 4/711 من قانون الملكية الفكرية، بخاصة أن الشركة المدعية لم تثبت أن رمز الدخول في خدمتها سجل في صورة علامة مميزة لها".

و يؤكد أنصار هذك الفكرة إسقاط الطبيعة القانونية لخدمة المينيتل على أسماء النطاق[67]، و بالتالي لا يعد هذا الأخير علامة أو إشارة مميزة تدخل في عناصر الملكية الصناعية وفق ما نصت عليه المادة 4/711 من قانون الملكية الفكرية.

ج- إسم النطاق فكرة قانونية مستقلة

يعتبر هذا الاتجاه أن اسم النطاق نظاما قانونيا خاصا[68] ، لا يمكن للأنظمة القانونية القائمة أن تطبق عليه؛ استنادا لما يمتاز به من خصوصية ترجع إلى الهيئة التي تتولى تسجيل عناوين المواقع على الانترنت، والقواعد المحددة لشروط التسجيل و إجراءات هذا التسجيل التي لا تتشابه مع إجراءات تسجيل عناصر الملكية الصناعية والتجارية، فالأساس القانوني الذي تعتمد عليه اسماء النطاق موجودة في القواعد القانونية الموضوعة من طرف الهيئات المختصة التي تشرف عليه ،التي تنظمه وتحكمه وتعطيه التميز القانوني المستقل وهذا ما نلمسه في الحكم الصادر من محكمة نانتر الفرنسية[69] في عام 2000 إن اسم النطاق لا يخضع إلى أي تنظيم قانوني خاص، ولا يتمتع سوى بالحماية التي تقررها المبادئ العامة في القانون

نفس الأمر نجده في حكم آخر صادر من محكمة" Mans" الابتدائية عام 1999[70] ،فقد وصفت المحكمة اسم النطاق صراحة بأنه فكرة قانونية جديدة لا تخضع لأي تنظيم قانوني خاص[71]، وانما تنطبق عليه القواعد القانونية العامة وبالرغم من أن اسم النطاق يميز المشروع التجاري على الشبكة عن غيره من المشاريع ، فإن هذا التشابه لا يصل إلى حد إلحاقه بعناصر الملكية الصناعية والتجارية[72].

2- اسم النطاق ينتمي إلى عناصر الملكية الصناعية والتجارية

على خلاف الآراء السابقة اتجه جانب كبير من الفقه إلى فكرة انتماء اسم النطاق إلى عناصر الملكية الصناعية والتجارية[73]، وحجتهم في ذلك التشابه القائم بين اسم النطاق وعناصر الملكية الصناعية والتجارية كالعلامة

التجارية والاسم التجاري في أكثر من وجه[74]، غير أنهم اختلفوا في تحديد مكانته من بين هذه العناصر، كما اعتبره اتجاه آخر من الفقه بأنه عنصر جديد من عناصر الملكية الصناعية والتجارية.

أ- اسم النطاق عنصر من عناصر الملكية الصناعية والتجارية

اتفق أنصار هذا الاتجاه إلى أن اسم النطاق يعتبر واحدا من عناصر الملكية الصناعية والتجارية العلامة التجارية والاسم التجاري.....،حيث يتشابه معهما[75] من حيث الوظيفة التي يؤدونها وطبيعة الحق الذي يمنحه كل منهما[76]:

فمن حيث الوظيفة الاسم التجاري والعلامة التجارية هي في الواقع وسائل تعريفية لتحديد هوية المؤسسة أو الشركة التجارية لتمييزها عن غيرها وتمييز منتجاتها وخدماتها وبالتالي تهدف إلى تعريف المستهلك بالشركة والمنتجات والخدمات التي تقدمها بما يميزها عن غيرها من الشركات المنافسة، وهذا هو الدور نفسه الذي يؤديه اسم النطاق على شبكة الانترنت، فتعرف المشروعات والشركات التجارية من خلال عناوينها الالكترونية، والتي من غير الممكن أن تتماثل مع أي عنوان لشركة أخرى.

من حيث طبيعة الحق يتشابه اسم النطاق مع عناصر الملكية الصناعية والتجارية من حيث طبيعة الحق الذي يحميه، فإذا كانت عناصر الملكية الصناعية و التجارية تعطي لصاحبها الحق في الاستعمال والاستغلال والتصرف وفقا لشروط قانونية محددة، فنفس الشيء بالنسبة لاسم النطاق الذي يعطي لصاحبه الحق في استعماله واستغلاله دون منازعة أحد شريطة تجديد تسجيله سنويا، و الا فقد صاحبه حقه في العنوان دفع الرسوم المقررة

وفقا لتشريعات التسجيل الالكتروني وأصبح العنوان متاحا من جديد، بحيث يمكن للغير تسجيله من بعد.

إذا كان اسم النطاق يتشابه من حيث الدور الذي يقوم به مع العلامة التجارية والاسم التجاري إلا أن مظاهر الاختلاف بينهما[77] كثيرة نذكر بعضها بإيجاز:

- بينما اسم النطاق يقوم بتمييز المشروع ذاته لا منتجاته فيحدد الموقع الخاص بالمشروع على شبكة الانترنت يعرض من خلاله منتجاته وخدماته.
- الجهة التي يتم تسجيل العلامة و الإجراءات الازمة عن ذلك تختلف عن الجهة و الاجراءات التي تتم بها تسجيل اسم النطاق.
- في حالة تسجيل العلامة التجارية ، يجب أن يحدد المالك العلامة فئة المنتجات التي سيتم تسجيل العلامة عليها بحيث ستشملها الحماية المقررة للعلامات التجارية دون غيرها ،أما تسجيل اسم النطاق لا يلزم مسجله أن يحدد فئة المنتجات التي يقدمها المشروع فكل ما هنالك يجب على المسجل أن يحدد المجال الذي يتم فيه تسجيل اسم النطاق.
- إذا تم تسجيل علامة تجارية معينة فإنه لا يجوز تسجيل نفس العلامة داخل الإقليم الذي تم إلا إذا استخدمت لتمييز منتجات وخدمات أخرى بخلاف تلك المحددة في طلب تسجيل العلامة، أما بالنسبة لتسجيل اسم النطاق إذا تم تسجيل اسم النطاق في مجال معين سواء كان

دوليا أو وطنيا فانه يصبح غير متاح في كل أنحاء العالم دون تفرقة بين دولة وأخرى، فلا يجوز استخدام هذا العنوان مرة أخرى حتى ولو لتمييز مشروع يتعامل مع منتجات وخدمات مختلفة.

و مع كل هذه الاختلافات بين اسم النطاق والعلامة التجارية ، أصبح اسم النطاق يقترب أكثر من فكرة الاسم أو العنوان التجاري الذي يتخذه التاجر لتمييز متجره أو الشركة التجارية ؛ حيث يكون لها اسم تتفرد به عن غيرها من الشركات ، فللعنوان الالكتروني نفس الدور داخل البيئة الرقمية ، حيث يسهل على المستهلكين معرفة الشركة ، فهو يميز موقعها على شبكة الانترنت حيث الاسم التجاري يقوم به في بيئة مادية والعنوان، كان لهما نفس الدور ولكن في مكان مختلف الكتروني عبر شبكة الانترنت، وهذا الأمر الذي دفع بعض الفقه بان اسم النطاق نوع من الاسم التجاري ولكن عبر شبكة الانترنت

ب-اسم النطاق عنصر جديد من عناصر الملكية الصناعية والتجارية

اجتهد رأي فقهي آخر تبعته بعض أحكام القضاء في اعتبار اسم النطاق عنصر جديد[78] من عناصر الملكية الصناعية والتجارية، يضاف إلى باقي العناصر الموجودة ، فهذا الفقه يتفق مع اعتبار اسم النطاق عنصرا من عناصر الملكية الصناعية والتجارية ، لكنه لم يحاول تقريبه منه انما اعتبره إشارة أو علامة حديثة تضاف إلى باقي العناصر المميزة للمشروع كالعلامة التجارية والاسم والعنوان التجاري ، و التي تطلبتها خدمة الانترنت ومقتضيات التجارة الالكترونية[79].

وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس الغرفة الرابعة في حكمها الصادر بتاريخ 1995/12/19 بقولها:

il s'agit d'un nom spécifique adopté par une entreprise pour désigner le service et le différencier d'autres services concurrents et permettre à la clientèle de l'identifier comme un signe distinctif[80]

ويستند أنصار هذا الرأي على فكرة المحلات التجارية الافتارضية التي ظهرت مع ظهور ممارسات التجارة الالكترونية واتخاذ الشركات مواقع لها تمثلها على شبكة الانترنت ، حيث يسهل اسم النطاق الوصول إلى هذه المحلات الافتارضية ويميزها عن غيرها داخل البيئة الافتارضية وبالتالي يعد اسم النطاق احد أهم العناصر المهمة في هذا المحل الالكتروني[81]، كما أن أصحاب هذا الرأي يؤسسون قولهم بان حماية اسم النطاق على أساس نصوص مبدأ الأسبقية في التسجيل، وعلى أساس نصوص قانون الملكية الفكرية والمنافسة غير المشروعة، لدليل قوي على اعتباره عنصرا مميزا وجديدا من عناصر الملكية الصناعية والتجارية[82].

و يخلص أصحاب هذا الرأي إلى أن مسألة الأسبقية و الأولوية التي يمنحها القضاء للعناوين الالكترونية ضد أصحاب العلامات التجارية اللاحقة له[83] ، تعتبر لدى أنصار هذا الرأي تمهيدا قويا لاعتبار هذا اسم النطاق عنصرا مميزا من عناصر الملكية الصناعية والتجارية يضاف إلى العناصر القائمة فحماية العنوان على أساس نصوص قانون الملكية الفكرية والمنافسة غير المشروعة دليل قوي على اعتباره عنصرا مميزا جديدا من عناصر الملكية الصناعية والتجارية .

خاتمة:

يعتبر اسم النطاق من المفاهيم القانونية الحديثة التي فرضت نفسها على الأنظمة القانونية الوطنية و الدولية، وأمام القصور الواضح في التنظيم القانوني لمختلف جوانب هذا النظام القانوني سواء على صعيد التشريعات الوطنية أو الهيئات الدولية، بحيث تم اسقاط الأحكام المقررة للعلامات التجارية على أسماء النطاق، أصبح من الضروري افراد أسماء النطاق بأحكام قانونية خاصة بها.

كما يتطلب الأمر التنسيق الفعال ما بين الهيئات المشرفة على أسماء النطاق سواء على المستوى الدولي أو الوطني من جهة ومزودي الخدمات والقائمين على التسجيل من خلال وضع أنظمة تسمح بتبادل المعلومات أثناء عملية التسجيل أو بعدها، بما يضمن تفادي الإضرار بالمصالح وتساهم في حل المنازعات في آجال معقولة.

الهوامش:

[1] **محمد خير محمود العدوان و سعيد مبروكي مبروكي**، تسوية المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق: دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني و الجزائري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد 1، 2018، ص: 104.

[2] **Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara**, Droit des activités numériques ; première ED. Dalloz, Paris, 2014, N : 917

[3] . https://www.internetlivestats.com/total-number-of-websites/ تاريخ الاطلاع 2020/04/25 على 23.40

[4] **هادي مسلم يونس**، أسماء النطاق على الأنترنيت و طبيعتها القانونية، الرافدين للحقوق، المجلد 2، السنة العاشرة، العدد 25، 2005، ص: 143.

[5] **حواس فتيحة**، حماية المصنفات الرقمية و أسماء النطاق على شبكة الإنترنيت، دكتوراه، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2016 ص: 172

6 **شريف محمد غنام**،حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقاتها بالعنوان الالكتروني ، دارالجامعة الجديدة،2007 ،2 ص11.

[7] **محمد خير محمود العدوان و سعيد مبروكي مبروكي**، المرجع السابق، ص: 107

[8] **علي خالد القطيشات**، الطبيعة القانونية لأسماء النطاق دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية و الإدارية، مجلة دورية تخصصية محكمة، نصدر عن جامعة المجمعة، السعودية، العدد 2، 2012، ص: 93.

[9] http://www.bahrainlaw.net/post1673.html تاريخ الإطلاع 2020/04/28

[10] http://moct.gov.sy/sites/default/files/uploadss/e-signature%20law.pdf

[11] **محمد خير محمود العدوان و سعيد مبروكي مبروكي**، المرجع السابق، ص: 109.

[12] w w w . afnic . fr / medias / documents / cadre légal / charte de nommage 22032016 VF.pdf. _https://www.icann.org/

13 https://www.icann.org/

[14] **هادي مسلم يونس**،المرجع السابق، ص: 144.

[15] Cour d'appel de Paris, 28 janvier 2000, JCP, ed. E, 2000, p. 1856.

[16] **عبد الفتاح بيومي حجازي** ، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ،الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي،2003
ص36

[17]**هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص: 151.

[18] **Romain Gola**, La régulation de l'internet : noms de domaine et droit des marques; Thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille III ; Octobre 2002 p p : 53-54

[19] https://www.icann.org/resources/pages/listing-2012-02-25-en

[20] **Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara,** Op. Cit, N
918

[21]https://www.icann.org/resources/pages/cctlds-21-2012-02-25-en

[22] **هلا شحادة**، حل المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 2013، ص: 11، **هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص: 153.

[23] **Romain Gola,** Op . Cit. , P 55.

[24] http://www.educause.edu

[25] http://www.gsa.gov

[26] http://www.iana.org/domains/int/

[27] **كوثر مازوني** ، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية ، دار الجامعة الجديدة ،2008 ،ص218

[28] http://www.nic.mil/

[29] https://dotmobi.mobi/

[30] http://www.sita.aero

[31] http://www.nic.coop

[32] http://www.ttpc.travel

[33] https://www.dot.asia/

[34] **هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص: 154.

[35] http://www.pir.org

[36] http://www.verisign.com

[37] http://www.verisign.com

[38] http://www.afilias.info

[39] http://www.neulevel.biz

[40] http://www.crunchbase.com/company/globalnameregistry

[41] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 184.

[42] **هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص: 158 **Romain Gola,** . Op . Cit. , P 57.

[43] **محمد موسى أحمد هلسة**، المرجع السابق، ص: 17.

[44] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 185.

[45] **Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara,** Op. Cit, N 920

[46] **محمد موسى أحمد هلسة**، منازعات العلامات التجارية و أسماء النطاق في النظام القانوني الفلسطيني– دراسة مقارنة– ، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2010، ص: 15

[47] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 186.

[48] **محمد موسى أحمد هلسة**، المرجع السابق، ص ص : 19–22.

[49] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 188.

[50] https://archive.icann.org/ar/topics/new-gtlds/rfp-clean-19sep11-ar.pdf

Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara, Op. Cit, N 934

[51] **رامي محمد علوان**، المنازعات حول العلامات التجارية و أسماء مواقع الإنترنيت، مجلة الشريعة و القانون، العدد 22، 2005، ص: 257

[52] **Basile Ader**, Le nom de domain dans le pysage juridique Français https://www.cairn.info/revue-legicom-2000-1-page-37.htm; p.: 39.

[53] **رامي محمد علوان**، المرجع السابق، ص: 259

[54] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 189.

Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara, Op. Cit, N 979

[55] www.nic.dz

[56] http://www.nic.dz/images/pdf_nic/charte.pdf

[57] http://www.nic.dz/images/pdf_nic/RegistrarForm.pdf

[58] http://www.nic.dz/images/pdf_nic/formulaire.pdf

[59] http://www.nic.dz/images/pdf_nic/RegistrarForm.pdf

[60] **Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara,** Op. Cit, N 925.

[61] –**شريف محمد غنام** ، مرجع سابق،34

[62] **هلا شحادة**، المرجع السابق، ص ص: 19-20

[63] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 225.

[64]**هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص ص: 160-161.

[65] **وسام عامر شاكر سوداح**، التنظيم القانوني لأسماء النطاق، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2016، ص: 19

[66] **هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص: 162

[67] **شريف محمد غنام**، المرجع السابق، ص 39

[68] **علي خالد القطيشات**، المرجع السابق، ص ص: 101-102.

[69]TGI, Nanterre, ord référ,13 mars 2000, D, 2000, somm, p275.

[70] TGI, Mans, 29 juin 1999, cahier lamy droit de l'informatique, Novembre, 1999, p9

[71] **حواس فتيحة**، المرجع السابق، ص: 227.

[72] **Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara,** Op. Cit, N 926

[73] **علي خالد القطيشات**، المرجع السابق، ص: 102.

[74] **شريف محمد غنام** ، المرجع السابق ، ص 42.

[75] **هادي مسلم يونس**، المرجع السابق، ص ص : 166-167. **رامي محمد علوان**، المرجع السابق، ص ص: 264- 265.

[76] **هلا شحادة**، المرجع السابق، ص: 21

[77] **Romain Gola,** Op . Cit. , P p 122-123.

[78] **Romain Gola,** Op . Cit. , p P 119-120.

[79] **هلا شحادة**، المرجع السابق، ص ص: 24-28.

[80] **Basile Ader**, Op. Cit p :
37

[81] **وسام عامر شاكر سوداح**، المرجع السابق، ص: 53.

[82] . **شريف محمد غنام**، مرجع سابق،ص: 61

[83]**وسام عامر شاكر سوداح**، المرجع السابق، ص: 39.

قائمة المراجع:

أولا. باللغة العربية:

- **حواس فتيحة**، حماية المصنفات الرقمية و أسماء النطاق على شبكة الإنترنيت، دكتوراه، كلية الحقوق، سعيد حمدين، جامعة الجزائر 1، 2016
- **رامي محمد علوان**، المنازعات حول العلامات التجارية و أسماء مواقع الإنترنيت، مجلة الشريعة و القانون، العدد 22، 2005.
- **شريف محمد غنام**، حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقاتها بالعنوان الالكتروني، دار الجامعة الجديدة،2007 .
- **عبد الفتاح بيومي حجازي** ، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ،الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي، 2003

- **علي خالد القطيشات**، الطبيعة القانونية لأسماء النطاق دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية و الإدارية، مجلة دورية تخصصية محكمة، نصدر عن جامعة المجمعة، السعودية، العدد 2، 2012
- **كوثر مازوني** ، الشبكة الرقمية وعلاقتها بالملكية الفكرية ، دار الجامعة الجديدة ،2008
- **محمد خير محمود العدوان و سعيد مبروكي مبروكي**، تسوية المنازعات المتعلقة بأسماء النطاق: دراسة مقارنة بين التشريعين الأردني و الجزائري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد 15، العدد 1، 2018.
- **محمد موسى أحمد هلسة**، منازعات العلامات التجارية و أسماء النطاق في النظام القانوني الفلسطيني- دراسة مقارنة- ، رسالة ماجستير، جامعة بيرزيت، فلسطين، 2010
- **هادي مسلم يونس**، أسماء النطاق على الأنترنيت و طبيعتها القانونية، الرافدين للحقوق، المجلد 2، السنة العاشرة، العدد 25، 2005.
- **هلا شحادة**، حل المنازعات المتعلقة بأسماء المواقع الإلكترونية التجارية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 2013
- **وسام عامر شاكر سوداح**، التنظيم القانوني لأسماء النطاق، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، 2016.

ثانيا باللغة الفرنسية.

- **Basile Ader**, Le nom de domain dans le pysage juridique Français
https://www.cairn.info/revue-legicom-2000-1-page-37.htm
- **Luc Grynbaum, Caroline Le Goffic et Lydia Morlet-Haïdara**, Droit des activités numériques ; première ED. Dalloz, Paris, 2014.
- **Romain Gola**, La régulation de l'internet : noms de domaine et droit des marques ; Thèse de doctorat, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille III ; Octobre 2002

ثالثا: مواقع الإنترنيت.

- w w w . afnic . fr / medias / documents / cadre légal / charte de nommage 22032016 VF.pdf.
_https://www.icann.org/
- http://www.afilias.info
- http://www.bahrainlaw.net/post1673.html
- http://www.crunchbase.com/company/globalnameregistry
- https://www.dot.asia/
- https://dotmobi.mobi/
- http://www.educause.edu
- http://moct.gov.sy/sites/default/files/uploadss/e-signature%20law.pdf
- http://www.gsa.gov

- http://www.iana.org/domains/int/
  http://www.icann.org
- https://www.internetlivestats.com/total-number-of-websites
- http://www.neulevel.biz
- http://www.nic.coop
- www.nic.dz
- http://www.nic.mil/
- http://www.pir.org
- http://www.sita.aero
- http://www.ttpc.travel
- http://www.verisign.com

ISSB: 978-9931-9651-0-7

أثر المعاملات الإلكترونية على المبادئ والقواعد الضريبية العامة

أ/رابح بن زارع
جامعة باجي مختار عنابة

ISBN: 978-9931-9651-0-7

أثر المعاملات الإلكترونية على المبادئ والقواعد الضريبية العامة

الدكتور / رابح بن زارع (*)

ملخص: رغم التطور الحاصل في عالم التجارة الإلكترونية، إلا أن هذا النوع من الأنشطة التجارية بقي تقريبا على هامش القانون الضريبي، خاصة فيما يتعلق بحركة الأموال الغير مادية التي تتنقل دون أن تظهر للهيأت العمومية.

بسبب المميزات والخصائص التي تتميز بها المعاملات الإلكترونية وخاصة بوجود المو اقع الافتراضية وعدم التواجد المادي الخاص بالمبادلات التي تتم فيها بين المتعاملين، فإن ذلك قد أدى إلى استبعاد القواعد والمبادئ التي تقوم عليها الضريبة المطبقة على الأنشطة التجارية التقليدية.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية - التجارة التقليدية- الضريبة - إقليمية الضريبة

Résumé :

Malgré le développement du commerce électronique, il reste presque à la marge du droit fiscal notamment pour les biens immatériels qui peuvent circuler sans possibilité d'appréhension pour les pouvoirs publics, Les caractéristique fondamentales du commerce électronique, surtout la virtualité des sites et l'immatérialité des transactions qui transitent par eux viennent bousculer les règles sur lesquelles est fondée la fiscalité du commerce traditionnel.

Mots Clés :

Commerce électronique - Commerce Traditionnel - Fiscalité - Territorialité de L'impôt.

(*)- أستاذ تعليم عالي بجامعة باجي مختار عنابة

مقدمة :

يعتمد القانون الضريبي على مبادئ عامة معروفة، أهمها أن فرضالضريبة لا يكون إلا بناء على قانون وهو ما يعبر عنه بمبدأ المشروعية، كما تعتمد على توزيع العبء الجبائي بشكل عادل بين المكلفين بالضريبة وهو ما يعبر عنه بمبدأ المساواة والعدالة الجبائية.

يعتبر التشريع الضريبي امتدادا لسيادة الدولة التشريعية بحيث يحق لكل دولة أن تستقل بتشريعها الضريبي الخاص بها، وعادة ما تعتمد هذه الدولة في فرض الضريبة على مبدأ الإقليمية أي بمعنى فرض الضريبة على الأرباح التي حققت داخل إقليم الدولة وبغض النظر عن جنسية الشخص المكلف بها.

من جهة أخرى تملك الإدارة الجبائية حق مراقبة الأنشطة الخاضعة للضريبة على إقليمها وذلك حفاظا على مصالح الخزينة العمومية من جهة، وردعا لمحاولات التهرب والغش الجبائيين وتمارس الإدارة الجبائية حقها في الرقابة وإعادة التقويم وفقا لقواعد إجرائية يطلق على تسميتها قانون الإجراءات الجبائيةوهو القانون الذي يحاول من جهة أخرى الحفاظ على مصالح المكلفين من خلال منع تعسف الإدارة الجبائيةفي ممارسة حقها.

لقد اجتهد المشرع الجبائي في وضع أنسب القواعد التي يمكن تطبيقها وتنفيذها إذا تعلق الأمر بالاقتصاد التقليدي،غير أن هذا الأخير لم يعد الشكل الوحيد للتعامل، بل أصبح يزاحمه وبشكل متزايد يوما بعد يوم ما يعرف بالاقتصاد الرقمي الذي يعتمد على الأنظمة الألكترونية والاتصالات التكنولوجية، وهو الذي قلب عالم الأعمال بفعل التغيرات والتطورات التكنولوجية السريعة، وهو ما يطرح التساؤل بجدية حول جدوى الاعتماد على المبادئ القانونية التي تحكم

الاقتصاد التقليدي واسقاطها برمتها لتطبيقها على معاملات الاقتصاد الرقمي، أم أن هذه القواعد أصبحت ميراثا قديما لا يصلح للتطبيق على المعاملات الإلكترونية بما يتعين معه استبدالها بقواعد أخرى أو بدائل جديدة أكثر تلائما مع التطورات التي يشهدها عالم الأعمال ؟.

للإجابة عن هذا الإشكال يتعين قبل كل شيء الوقوف على أهم خصائص ومميزات المعاملات الإلكترونية "المبحث الأول" ثم المشاكل الضريبية التي تثيرها المعاملات الإلكترونية "المبحث الثاني" وأخيرا الحلول المقرحة لتذليل هذه المشاكل والصعوبات"المبحث الثالث"

المبحث الأول :خصائص التجارة الإلكترونية :

شهد العالم في السنوات الأخيرة ظهور ما يعرف بالاقتصاد الرقمي القائم على أساس استخدام تكنولوجيات الإعلام والاتصال الحديثة ولاسيما الفضاء الإلكتروني الذي نتج عنه ظهور ما يعرف بعالم التجارة الإلكترونية، وهذا النوع من الاقتصاد أصبح اليوم ينافس الاقتصاد العادي التقليدي، بل ويهيمن شيئا فشيئا على الأسواق والمعاملات والمبادلات العالمية.

الأمر الذي يوجب الوقوف على مفهومه وتطوره "المطلب الأول" ثم أهم مميزاته مقارنة بالاقتصاد التقليدي "المطلب الثاني"

المطلب الأول :مفهوم التجارة الإلكترونية وتطورها :

ينبغي قبل كل شيء الوقوف عند تعريف التجارة الإلكترونية "الفرع الأول" تم مدى تطورها "الفرع الثاني"

الفرع الأول :تعريف التجارة الدولية:

أثار موضوع التجارة الإلكترونية إهتمام العديد من الباحثين الأكاديميين والهيآت التي لها علاقة بعالم التجارة والأعمال، فحاول كل منهم توظيفها وإعطاء تعريف لها.

فقد عرفتها منظمة التجارة العالمية على أنها "مجموعة العمليات التجارية المتكاملة" (خدمات ومنتجات)، التي يتعامل معها كافة الفعاليات من مؤسسات وشركات وأفراد والتي تعتمد على المعالجة الإلكترونية صوتا وصورة ونصوصا والتي يتم توفيرها من خلال شبكة الأنترنت" أو هي النشاط التجاري الذي شمل إنتاج وترويج وتسويق وبيع المنتجات من سلع وخدمات من خلال شبكة اتصالات الكترونية.[1]

كما عرفتها منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية على أنها : "عمليات بيع أو شراء السلع والخدمات التي تجريها مؤسسة أو شخص أو إدارة أو أي هيئة عمومية أو خاصة عن طريق الشبكة الإلكترونية"[2]

عرف البعض [3] التجارة الإلكترونية على أنها نشاط تجاري يهتم بتعاقدات البيع والشراء وطلب الخدمة وتلقيها بآليات تقنية وضمن بيئة تقنية خاصة به.

بينما عرفها آخرون[4] على أنها عمليات بين المنتجين والمستهلكين أو بين الشركات بعضها ببعض باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ورأي آخرون بأنها شكلا من أشكال التبادل التجاري باستخدام شبكة الاتصالات بين الشركات بعضها ببعض والشركات وعملائها أو بين الشركات والإدارة العامة[5]

وهكذا فإن التجارة الإلكترونية تعني وجود سوق عالمي إلكتروني يتمكن من خلاله العاملون في الحلقات الإنتاجية بالتعامل الآلي الفوري مع بعضهم البعض

لمصلحتهم المشتركة والمتبادلة، فهي بذلك تخلق بيئة تمكن الزبائن من التحكم بشكل أكثر فعالية في عملية الشراء والحصول على معلومات حسب الطلب.[6] وقد بدا واضحا أن هذا السوق الإلكتروني يزداد انتشارا وتوسعا بل وتطورا يوما بعد يوم.

الفرع الثاني :تطور التجارة الإلكترونية :

لقد جرى التبادل سابقا وفق أسس تقليدية رسمية كتابية طال فها الانتظار والاتفاق، في حين يتم هذا التبادل اليوم بمجرد لحظات سريعة وبطريقة مرنة، إذ يمكن أن نسجل إبرام اتفاقيات وصفقات كبيرة بسرعة ودقة عالية، كما أصبحت الأسواق العالمية متجانسة بحدود كبيرة كما لو أننا نتحدث عن سوق عالمية واحدة تتماثل فيها الأنماط والعادات الاستهلاكية وأساليب الاستخدام وغيرها من المفردات.[7]

يعود الفضل في ذلك إلى تطور تكنولوجيا المعلوماتية التي عرفت ثورة حقيقية منذ ثلاث عقود خلت، وهو ما صاحبه نوع جديد من الأنشطة الاقتصادية التي تعتمد على استخدام الوسائل الحديثة لتكنولوجيات الإعلام والاتصال في ممارسة الأنشطة الاقتصادية المختلفة سواء من حيث التصنيع أو الإنتاج أو التسويق وغيرها.

ولقد انتشر هذا النوع من الأنشطة الاقتصادية بداية ضمن القطاع الرقمي والاتصالات خاصة بظهور الفضاء الإلكتروني الذي يشهد اليوم إضافة 840 مشترك جديد بموقع فيسبوك في الدقيقة الواحدة[8] و455 توتية في الدقيقة على موقع التدوينات القصيرة تويتر، ومشاهدة 4,5 مليون فيديو أيضا في

الدقيقة، وهو كم هائل من تدفق البيانات الذي يحقق أرباحا كبيرة للشركات العاملة في هذه التكنولوجيات من جميع أنحاء العالم.

في عام 2017 مثلت التجارة الإلكترونية 10,2% من حجم تجارة التجزئة في العالم، ومن المتوقع أن تصل إلى 17,5% عام 2021، وتحقق هذا النوع من التجارة مكاسب هامة للشركات حيث بلغت مبيعات شركة أمازون 178 مليار دولار سنة 2017 كما حققت شركة علي بابا مبيعات بقيمة 25 مليار دولار في يوم واحد فقط.

في فرنسا مثلا، يمثل القطاع الرقمي والاتصالات أهم قطاعات النشاط بحيث تجاوز نسبة 25% من النمو الاقتصادي الفرنسي، كما أنه بحسب الوكالة الفرنسية للإستثمارات الدولية فإن المعيار الأول لاختيار وتفضيل الاستثمار في فرنسا بالنسبة للمستثمرين الأجانب، يكمن في تطوير شبكة الاتصالات بها. (10)

يتوقع الخبراء أنه قريبا سيكون العالم بأسره أمام اقتصاد رقمي مهيمن بحيث لن يبقى من الاقتصاد العادي شيئا.

إن ظهور هذا النوع من الاقتصاد كان بفضل التطور التكنولوجي الذي جعل من الأنشطة الاقتصادية عموما أقل تكلفة وأكثر فعالية ودليل ذلك التمدد السريع للاقتصاد الرقمي في عديد المجالات مثل التوزيع، الإعلام، الصناعة فعلى سبيل المثال حلت شبكات التواصل الاجتماعي محل التلفاز في قطاع الإعلام السمعي والبصري.(11)

إن وجود الاقتصاد الرقمي جعل من الصعب بل من المستحيل اليوم عزل العالم الرقمي عن باقي الاقتصاد العالمي، وقد سمح ذلك لبعض الشركات مثل غوغل آبل وأمازون، وأوبر بالانتشار السريع داخل أسواق عالمية إلى درجة اعتبارها

شريكا في تحرير السياسة التجارية الدولية وحلقة هامة في بروز ما يعرف بالعملة الافتراضية الإلكترونية.[12]

لأجل ذلك فإن التجارة الإلكترونية تتميز بعدة خصائص مقارنة بالتجارة العادية.

المطلب الثاني :خصائص التجارة الإلكترونية :

على الرغم من عدم وجود تعريف موحدمتفق عليه بشأن التعاملات التجارية الالكترونية إلا أن هناك شبه إجماع على أن هذه المعاملات تجمع [13]ستة خصائص رئيسية تجعلها متميزة عن المعاملات التجارية التقليدية ويمكن تلخيصها فيما يلي :

اختفاء الوثائق الورقية للمعاملات : فمن الواضح أن المعاملات التجارية الالكترونية غير مرتبط بوجود أية وثائق ورقية متبادلة بين أطراف المعاملة، وهذا بحد ذاته يخلق صعوبات كثيرة في إثبات هذه التعاملات وبشكل أكثر دقة فإن هناك صعوبات كبيرة في إثبات وجود العقد الإلكتروني وكذا صحته وذلك بسبب أن كافة مراحل التعامل تتم بشكل إلكتروني دون استخدام الورق..

وعلى هذا فإن السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين لإثبات التعاقد في حالة نشوب نزاع يتمثل في الرسالة الإلكترونية ولذلك يعتبر موضوع أدلة الإثبات المتعلقة بالعقود الإلكترونية من المواضيع التي شدت وأثارت إهتمام العديد من الباحثين في هذا المجال، كما يثير هذا الموضوع أيضا مسألة التزاماتالأطراف.[14]

المبيعات عبر العالم : وهو ما يعبر عنه بإلغاء القيود الزمانية والمكانية ويظهر ذلك بوجه خاص من خلال ظهور الشركات العملاقة التي تستطيع أن تمارس

نشاطها عبر معظم دول العالم دون قيود وذلك تزامنا مع تزايد انتشار التجارة الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الأنترنت وهو ما شكل تحديا للاقتصاديات الوطنية للدول.

علاوة على ذلك بدأت تظهر شركات صغيرة الحجم، إلا أنها وبفضل[15] استخدامها للأنترنت فإنها تستطيع أن تمارس نشاطها خارج حدود الدولة الواحدة وهو ما يثير مشاكل قانونية وضريبية هامة كما سوف نقف عنده لاحقا.

خلافا لذلك، فإن التجارة التقليدية مقيدة بعدة نقاط تحكم عند دخول السلطة أراضي دولة ما بحيث يتم أخذ رسوم الجمارك وفقا لنوعية وكمية السلعة، وتقوم الشركة بعد استلام السلعة بتسجيلها محاسبيا في دفاترها، ثم يتم ترحيل الحسابات إلى حساب النتائج (أرباح وخسائر) أين تقوم الشركة بتسديد الضرائب وفقا لذلك في نهاية السنة "ضريبة مباشرة" وفي المقابل تقوم بفرض سعر للسلعة لإعادة بيعها مع فرض ضريبة مبيعات تحصلها من المشتري وتدفعها للدولة كضريبة غير مباشرة، وهي القواعد المعمول بها في ظل النظام الذي يحكم التعاملات التقليدية.[16]

الانفصال المكاني : بفضل شبكة الاتصال العنكبوتية، أصبحت المؤسسات الاقتصادية قادرة على إدارة تعاملاتها التجارية وبكفاءة عالية من أي موقع جغرافي بسبب أن مقر المعلومات الخاص بالشركة يمكن تواجده في أي مكان دون أن يؤثر على الأداء.

خلافا لذلك تعتمد الشركات في ظل الاقتصاد العادي على أن يكون لها مقرا رئيسيا ثابتا ومعروفا، وذلك تسهيلا للتعامل معها. كما تبرز أهمية هذا المقر في تركيز الجهود الإدارية وأعمال التسيير في مكان معين لضمان تسيير أحسن

وفعال للشركة للمضي بها قدما نحو تحقيق نتائج وأرباح أفضل بل وعادة ما تلجأ الشركة التقليدية إلى إنشاء مقرات ثانوية في الأماكن البعيدة المتواجدة بها تحقيق لنفس الأهداف.

يسمح تحديد مقر الشركة الرئيسية أو مكان تواجد المنشأة الثابتة [17] بمعرفة القضاء المختص بنظر النزاع القائم وكذا القانون الواجب التطبيق خاصة القانون الواجب التطبيق خاصة القانون الضريبي، وطالما أن عالم التجارة الإلكترونية يتميز بظاهرة الانفصال المكاني فإن ذلك يخلق تحديات وصعوبات جبائية صعبة.

عدم إمكانية تحديد الهوية : لأن المعاملات تتم في عالم افتراضي، فإن طرفي العلاقة لا يرى بعضهما، بل وقد لا يعرفان كل المعلومات الضرورية عن بعضها البعض، وذلك خلافا للتعاملات التجارية التقليدية التي هي قائمة أساسا على أن يتم إبرام العقد في مجلس العقد وبحضور الطرفين، بل وعادة ما يسبق إبرام العقد النهائي مراحل أهمها التفاوض والعقد الابتدائي وغيرها.

ينتج عن ذلك أنه كثيرا ما يجد المتعاملون عبر الأنترنت صعوبات في إعداد ملفات ضريبية والتصريح بأنشطتهم بل وقد يستغلوم ذلك للتهرب أصلا من دفع الضريبة لعدم إمكانية تسجيل هذه المعاملات الرقمية وغياب أثرها على أنظار إدارة الضرائب.

المنتجات الرقمية : أدى تطور المعاملات الإلكترونية إلى إمكانية تسليم بعض المنتجات رقميا ومثالها برامج الحاسوب، والتسجيلات الموسيقية وأفلام الفيديو، والكتب والأبحاث والتقارير الإلكترونية، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات وغيرها. [18]

يثير ذلك تحديا حقيقيا وهاما بالنسبة للهيأت العمومية، بحيث لا يوجد حتى اليوم آليات حقيقية متفق عليها من أجل إخضاع هذه المنتجات الرقمية غير المنظورة للضريبة.[19]

سرعة تغيير القواعد الحاكمة : ذلك أنه لم يتم إلى غاية اليوم وضع صياغة نهائية للقواعد الضريبية التي تحكم المعاملات التجارية الإلكترونية، والسبب في ذلك يعود أساسا إلى عدم قدرة القواعد الضريبية التقليدية على التلائم مع التفاعلات الجديدة التي تتسم بسرعة وتطور مذهل.

لذلك لا بد من صيانة إطار تشريعي مرن وقابل للتعديل في أي وقت بغرض مواكبة منجزات التقدم والتطور التكنولوجي خاصة وأن هناك مشاكل ضريبية حقيقية ينبغي حلها.

المبحث الثاني :المشاكل الضريبية التي تثيرها المعاملات الإلكترونية

لتحديد مختلف المشاكل الضريبية التي تثيرها المعاملات التجارية الإلكترونية وجب الوقوف أولا عند أهم القواعد والمبادئ التي يتطلبها تطبيق النظام الضريبي "المطلب الأول"، وهي عموما القواعد التي بدت غير فعالة وغير متلائمة مع مميزات وخصائص الاقتصاد الرقمي وهو ما أنتج ظهور هذه المشاكل الضريبية التي فتحت مجالا واسعا وجدلا حول ما إذا كان الوقت قد حان لتغيير القواعد الضريبية حتى تصبح أكثر ملائمة مع تطور المعاملات التجارية "المطلب الثاني"

المطلب الأول :القواعد العامة الضريبية :

يرتكز النظام الضريبي سواء في الجزائر أو في غيرها من الدول على مجموعة من المبادئ والقواعد تمثل أساسا لتنفيذ السياسة الجبائية التي تعتمدها الدولة.

يمكن تقسيم هذه القواعد إلى ثلاثة مجموعات أساسية منها ما يتعلق بالمبادئ الضريبية، ومنها ما يتعلق بالقواعد الضريبية الموضوعية ومنها ما يتعلق بالقواعد الإجرائية.

الفرع الأول :على مستوى المبادئ والأسس الضريبية

تقوم الأنظمة الضريبية الحديثة على مجموعة من المبادئ أهمها :

1- **مبدأ المشروعية** : بحيث لا يمكن فرض الضريبة أو اقتطاعها إلا إذا كان ذاك بموجب نص تشريعي وهو ما يطلق على تسميته بمبدأ قانونية الضريبة.[20]

2- **مبدأ المساواة والعدالة الضريبية** :تعتبر المساواة أمام القانون الضريبي مبدأ راسخا يمكن من المحافظة على حقوق المكلفين بالضريبة من جهة وحقوق الخزينة العامة من جهة أخرى.

يقتضي مبدأ المساواة أن تراعي الدولة عند اقتطاعها الضريبة عدة اعتبارات منها القدرة التكليفية للممول وطبيعة نشاطه ومدى صلاحية هذا النشاط للمجتمع.

كما تقتضي العدالة الضريبية أن يقتصر فرض الضريبة على فئات دون فئات أخرى رغم توافر مناط استحقاقها فيهم جميعا.[21]

الفرع الثاني :على مستوى القواعد الموضوعية :

وسواء تعلق الأمر بضريبة الدخل الإجمالي أو بالضريبة على أرباح الشركات، تعتمد معظم الأنظمة الضريبية الحديثة مبدأ الإقليمية ومؤداه أن كل المداخيل والأرباح التي يتم تحقيقها داخل إقليم الدولة تخضع للضريبة فيها، وبغض النظر عن جنسية الشخص أو الشركة التي حققت هذه الأرباح.

مبدأ إقليمية الضريبة :

يتحدد تطبيق القانون الضريبي، شأنه في ذلك شأن سائر القوانين الأخرى بمكان وزمان معينين، ويرجع هذا التحديد إلى مبدأ هام يعرف بمبدأ السيادة الضريبية.[22]

ولقد أخذت الدول قديما بعدة معايير منها التبعية السياسية والتبعية الاجتماعية والتبعية الاقتصادية وهذا المعيار الأخير هو الذي استقرت عليه معظم تشريعات العالم اليوم.

وعليه فإن للدولة سلطة فرض الضريبة بصورة مطلقة داخل إقليمها كما أنها تفتقد لأية سلطة خارج إقليم الدولة، باستثناء الشركات دولية النشاط والاتفاقيات الدولية التي تهدف إلى تجنبالإزدواجية الضريبية أو مكافحة التهرب الضريبي خاصة عن طريق الجنات الضريبية أو الاستعمال وسائل إحتياطية مثل تحويل الأرباح نحو الخارج بشكل غير مباشر عن طريق التلاعب بأسعار التحويل أو أسعار الخدمات وغيرها. [23]

تطبيقا لذلك، تنص المادة 3 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة على أنه : "يخضع لضريبة الدخل على كافة مداخيلهم، الأشخاص الذين يوجد موطن تكليفهم في الجزائر"

كما تنص المادة 137 من نفس القانون على أنه : "تستحق الضريبة على الأرباح المحققة بالجزائر"

تعتبر أرباحا محققة بالجزائر على الخصوص :

- الأرباح المحققة في شكل شركات، والعائدة من الممارسة العادية لنشاط ذي طابع صناعي أو تجاري أو فلاحي عند عدم وجود إقامة ثابتة.
- أرباح المؤسسات التي تستعين في الجزائر بممثلين ليست لهم شخصية مهنية متميزة عن هذه المؤسسات.
- أرباح المؤسسات وإن كانت لا تملك إقامة أو ممثلين معينين إلا أنها تمارس بصفة مباشرة أو غير، مباشرة، نشاطها يتمثل في إنجاز حلقة كاملة من العمليات التجارية.

إذا كانت مؤسسة ما تمارس في آن واحد نشاطها في الجزائر وخارج التراب الوطني فإن الربح الذي تحققه من عمليات الإنتاج أو عند الاقتضاء من عمليات البيع المنجزة بالجزائر بعد محقق فيها، ماعدا حالة إثبات العكس من خلال مسك محاسبين متباينين"

الفرع الثالث :على مستوى القواعد الإجرائية :

تعتمد مختلف التشريعات الحديثة إلى وضع قواعد إجرائية تضبط كيفيات وآليات تدخل الإدارة الجبائية بمختلف هياكلها من أجل بسط رقابتها على مختلف الأنشطة الخاضعة للضريبة وذلك بغرض حماية مصالح الخزينة العمومية.

تتمتع الإدارة الجبائية في مجال المراقبة بجملة من الحقوق أهمها حق الزيارة الميدانية وحق التحقيق والاطلاع[24] وإعادة التقويم وغيرها.

تملك الإدارة الجبائية مصالح مركزية وأخرى جهوية، ومحلية، كما هو محدد في هياكلها الإدارية، وتمارس بموجبها نوعان من الرقابة، إما عامة أو معمقة خاصة بالوضعية الجبائية ككل.

تسمح الاتفاقيات الجبائية بالتعاون فيما بين الدول فيما يخص تبادل المعلومات ومحاربة التهرب والإزدواج الضريبي.

إن أهم ما يمكن ملاحظته حول القواعد الإجرائية هو صعوبة الوصول إلى أدلة ثابتة ودامغة بشأن التعاملات الإلكترونية خاصة مع ضعف البنية الرقمية على مستوى الإدارة الجبائية الجزائرية

المطلب الثاني :المشاكل الضريبية التي تثيرها المعاملات الإلكترونية :

يثير الاقتصاد الإلكتروني أو الرقمي جملة من المشاكل الضريبية أهمها :

1- **القصور التشريعي :**

وهي التي تتمثل في قصور التشريع الضريبي الحالي والذي وضع بما يتفق مع طبيعة التعاملات التجارية التقليدية ودون مراعاة لمعالجة التعاملات التجارية الإلكترونية، فحتى وإذا أعلنت الجزائر على برنامجها الوطني للتجارة الإلكترونية وسنها للقانون الذي ينظم هذه المعاملات وهو القانون رقم 05/18 إلا أنه وعلى مستوى التشريع الجبائي يلاحظ أن هناك قصور تشريعي حقيقي وهو ما يثير التساؤل حول مبدأ مشروعية فرض الضريبة على المعاملات الإلكترونية.

2- **مشكلة تحقيق العدالة الجبائية :**

في ظل تباين مستويات الضرائب بين دول العالم، ونتيجة مرونة الحركة التي تدعمها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بدا الاختلال واضحا في مستوى تحقيق العدالة الضريبية وهو مبني على أساس تكنولوجي، لأنه سيصعب فرض الضريبة على المؤسسة والأفراد ذوي المكاسب المرتفعة، لما يتمتعون به من مرونة في نقل نشاطهم إلى دول أخرى يقل فيها العبئ الضريبي.

3- **مشكلة إثبات العقود والمعاملات الإلكترونية :**

بشكل عام، فإن غياب التشريعات والقوانين التي تأخذ بالاعتبار المعاملات التي تتم الكترونيا من شأنه أن يحدث صعوبة في مجال الإثبات.

يضاف إلى ما تقدم أن البحث عن الدليل فيما يتعلق بهذا النوع من التعامل قد يتعارض مع مبدأ السرية، كما أنه يصعب على الإدارة الجبائية في الكثير من الأحيان معرفة محتوى المبادلات وبالتالي قيمتها، وكذلك أسماء المتعاملين وهو ما يشكل عائقا لفرض الضريبة.

4- **مشكلة الإزدواجالضريبي :**

بعدما استخدمت الكثير من الدول إما مبدأ الإقليمية أو فكرة المنشأة الثابتة[25] بغرض تحديد مجال تطبيق الضريبة، وهو ما نتج عنه حق الدولة في فرض سيادتها الضريبية على كل شخص تحقق مداخيل أو أرباح شرط أن يكون له وجود مادي داخل إقليمها أو على الأقل شرط أن يكون له ممثلا عنه، وهو ما طبقته التشريع الجبائي الجزائري لاسيما بموجب المادة 137 من قانون الضرائب المباشرة.

إلا أن ظهور التجارة الإلكترونية وانتشارها وتطورها بسرعة فائقة عبر العالم أدى إلى عدم ملائمة مبدأ المنشأة الدائمة أو الثابتة ذلك أن الشركات أصبحت

تمارس نشاطها التجاري دون حاجة إلى تواجد مادي داخل إقليم هذه الدولة أو تلك، ودون حاجة أيضا إلى أن يكون لها ممثل عنها داخل هذه الدول التي تحقق فيها مصدر الدخل أو الربح.

يعني ذلك عدم إمكان الاحتكام لفكرة المنشأة الثابتة إذا تعلق الأمر بالتجارة الإلكترونية، علما أن هذه الفكرة هي أساسا مبتدعة من أجل الحد من ظاهرة الازدواج الضريبي.

وبالنتيجة فإن كل دولة قد تجد نفسها على حق في فرض الضريبة على المعاملات الإلكترونية بما يخلق إزدواجا ضريبيا.

5- <u>مشكلة التهرب الجبائي</u> :

إن التطور الكبير الذي يعرفه عالم الأعمال لم يصحبه تطور كبير على المستوى الضريبي ذلك أن منظمة التعاون الاقتصادي والاجتماعي التابعة للأمم المتحدة تقر بأن محاسبة الاقتصاد الرقمي ضريبيا يمثل تحديا كبيرا للدول النامية والمتقدمة على حد سواء حيث تعتبر اليوم الفكرة الإقليمية التي تقوم عليها معظم الأنظمة الضريبية في العالم فكرة مستمدة من ميراث قديم لا ينسجم مع الاقتصاد الرقمي الذي تحقق من خلاله الشركات أرباحا طائلة بدول لا تتواجد داخلها.[26]

تلجأ شركات الاقتصاد الرقمي إلى نقل الإدارة إلى إحدى دول الملاجئ والجنات الضريبية لتجنب الخضوع الضرايبي، فحتى تخضع للضرائب في دولة ما لا بد أن يكون الخادم (le serveur) داخل تلك الدولة وهو ما يؤدي إلى الإفلات من الضرائب.

فضلا عن ذلك تنص القواعد التقليدية على فرض الضريبة على الوكيل التابع للشركة إذا كان لهذا الوكيل سلطة التوقيع على العقد وتحايلت الشركات على ذلك بأن جعلت التوقيع يتم خارج دولة المصدر بأن يتم إرسال العقود لتوقيعها في المقر الرئيسي للشركة في دولة الإقامة وبالتالي لا يعتبر الوكيل منشأة دائمة ولا يحق للدولة التي يتواجد بها فرض الضريبة وفقا للقواعد التقليدية.

هناك أشكال أخرى تتعلق بتعمد الشركات الرقمية إلى تحويل أرباحها نحو الخارج من خلال التصريح بمداخيلها داخل دولة أخرى تطبق نسب ضريبية منخفضة وذلك بقصد التهرب من الضرائب.[27]

يضاف إلى ما تقدم وفيما يتعلق بالرسم على القيمة المضافة فلا يوجد مجال للحديث مما يتعلق بفرضها على السلع لأن السلع المستوردة تخضع للضريبة ولكن المشكلة هنا تتعلق بالخدمات، فالشخص داخل الجزائر يمكنه تلقي الخدمة من خلال الأنترنت من دولة أخرى ويقوم بالدفع مقابلها دون أن تعرف الإدارة الضريبة أي شيء عن هذه المعاملة.

6- <u>مشاكل الرقابة الجبائية</u> :

في ظل تأخر عصرنة رقمنة الإدارة الجبائية، وفي ظل اعتماد قانون الإجراءات الجبائية على الإجراءات الوجاهية في تعامل الإدارة مع المكلفين بالضريبة، وفي ظل صعوبة الحصول على أدلة كتابية واضحة ودقيقة فإنه يصعب على الإدارة الجبائية ممارسة حقها في الرقابة على التعاملات التجارية الإلكترونية [28] خاصة وأن الأمر يتطلب تعاونا جبائيا دوليا.

إن من أهم الصعوبات التي تجابه الإدارة الجبائية صعوبة تحديد المكلف بالضريبة بسبب وجود صفقات تتم Online في أماكن بعيدة ودول مختلفة،

وهناك صفقات تتم دون وسطاء وأخرى عن طريق وسطاء مثل البنوك أو الخادوم، ولذلك يطرح التساؤل عن هوية المكلف وكيفية مخاطبته وما هو عنوانه وكيفية تحديد وعاء الضريبة ونوع الضرائب المفروضة عليه.[29]

وفي حالة معرفة هوية المكلف تثار صعوبات أخرى تتعلق بعملية الفحص والرقابة ذاتها، وأهمها :

- اختلاف المستندات والأدلة المثبتة لحدوث العمليات وذلك بسبب غياب المستندات الورقية مما يثير مسألة عدم القدرة على الاطلاع على المستندات.
- ظهور مخاطر إخفاء أو تغيير البيانات في السجلات الإلكترونية.
- عدم قدرة الفاحص الضريبي على تتبع وفحص السجلات الإلكترونية.[30]

المبحث الثالث :الحلول المقترحة لتذليل المشاكل الضريبية الناتجة عن المعاملات الإلكترونية

لقد حظت جباية المعاملات الإلكترونية باهتمام الجميع من باحثين، وهيآت عمومية والعاملين في القطاع، وكذا المنظمات التابعة للأمم المتحدة وأهمها منظم التعاون الاقتصادي والاجتماعي OCDE وكذا منظمة التجارة العالمية.

ذلك أن هذه المشكلة لا تخص فقط الدول المتقدمة ولكن أيضا الدول المختلفة وذلك بسبب انتشار هذه المعاملات في كل أنحاء العالم.

المطلب الأول :مقترحات منظمة التعاون الاقتصادي والاجتماعي (OCDE)

اقترح خبراء منظمة التعاون الاقتصادي والاجتماعي التابعة للأمم المتحدة OCDE جملة من الحلول التي من شأنها أن تساهم في تذليل الصعوبات والمشاكل التي تواجه فرض الضريبة على المبادلات التي تتم عبر العالم الافتراضي وأهم هذه الحلول :[31]

1- وجوب إخضاع الدخل للضريبة ليس وفقا لمبدأ الإقليمية وإنما وفقا لمبدأ عالمية الإيراد، ويعني ذلك فرض الضريبة على الدخل الذي حققه الشخص أو الربح الذي حققته الشركات عن عملها في جميع أنحاء العالم، على أنه ينبغي على دولة الإقامة أن تراعي هذا المبدأ الأخير تفاديا للإزدواج الضريبي وذلك بمنح الشركة خصما ضريبيا بمقدار ما دفعه في دولة المصدر.

2- وجوب التصدي لظاهرة تحويل الأرباح التي تحققها الشركات الرقمية نحو الملاجئ الضريبية أو الجنات الضريبية Les paradis Fiscaux بحيث اقترحت منظمة التعاون الاقتصادي والاجتماعي OCDE إمكانية الاعتماد على معيار جديد لفرض الضريبة وهو الدولة التي تحقق فيها القيمة المضافة للنشاط.

3- اتجهت منظمة التعاون الاقتصادي والاجتماعي إلى استبدال ما يعرف بقاعدة المنشأة الثابتة كأساس للخضوع الضريبي بقاعدة أخرى تسمى المنشأة الثابتة الافتراضية.

4- اقترحت المنظمة أيضا جواز استبدال نظام الضريبة على أرباح الشركات بضريبة نسبية يتم اقتطاعها، تحسب على أساس نسبة من رقم الأعمال.

5- بدأ البحث فيما يتعلق بالرسم على القيمة المضافة عن نموذج آخر، يتعلق بتحصيل البائع بدل المشتري، إذ يقتضي الأمر أن تقوم الشركة غير المقيمة

بتحصيل الضريبة وتوريدها إلى الإدارة الضريبية في دولة المصدر، أو هناك نظام آخر تتبعه بعض الدول، يتمثل في تحصيل الوسطاء للضريبة وتوريدها لمصلحة الضرائب، مع أن فرض هذه الضريبة قد يواجه مشكلة خصوصية البيانات.

المطلب الثاني :نحو إطار جديد لمفاهيم الضرائب :

نظرا للتصاعد الكبير الذي يشهده العالم اليوم في أرقام المبادلات التجارية الإلكترونية، ونظرا لوجود قصور تشريعي يواكب هذه التطورات السريعة خاصة على مستوى القوانين الضريبية، فإن ذلك من شأنه أن يدعو إلى سرعة التحرك من أجل وضع إطار متكامل يحقق استقرار المداخيل الضريبية للدول تحقيقا لمصالح الخزينة العمومية.

إن اتساع نطاق الأعمال وتحول المؤسسات الصغيرة والمتوسطة من العمل في إطار محلي إلى العمل في إطار عالمي يستدعي وضع تعريف لهذا المفهوم وذلك حتى يمكن تحقيق بعض الانضباط المفقود.[32]

ينبغي أيضا إيجاد رؤية عالمية تسمح بتذليل وتفادي الاختلاف والتنوع في النسب والمستويات الضريبية بين دول العالم، وهو ما من شأنه أن يحقق تفادي اللجوء إلى تحويل الأرباح نحو الجنات الضريبية.

إن إصرار الشركات على قيد مواقعها تحت أسماءها التجارية فقط دون الإشارة إلى دولة المقر أصبح يمثل تهديدا على فرض الولاية القانونية عند ظهور مشاكل تتعلق بالمعاملات الإلكترونية، كما أن ما تسمح به الأنترنت من وجود مقار مشابهة (Mirror sites) من مناطق مختلفة من العالم لأداء العمل يؤدي إلى زيادة تعقد إمكانية التتبع المكاني لأنشطة الشركات والمؤسسات التي تمارس التجارة الإلكترونية وعليه فإن هناك حاجة ملحة اليوم لتنظيم هذه المقرات

بصورة تمكين من تحديد جهة التعامل وتميز مقر الشركة المشابهة عن مقر الشركة الأصلية.

في ظل عجز معظم الحكومات عن السيطرة عن هذه التجارة الحديثة، فإن هناك بعض النقاط التي وجب مراعاتها في أي من السياسات المستقبلية الخاصة بالضرائب عند التذكير بشأن المعاملة الضريبية للتجارة الإلكترونية منها الاتساق مع أسس التجارة العالمية، وتجنب الازدواج الضريبي.

إضافة إلى الحلول التي اقترحتها منظمة OCDE، فإن هناك مقترحات إضافية تهدف إلى فرض الضريبة على الاستهلاك بدلا من فرضها على الدخل، وهو ما يساعد في جمع الضرائب من أولائك الذين يحققون دخولا مرتفعة من التعاملات غير الملموسة عبر شبكة الأنترنت حيث يقومون بإنفاق هذه الدخول بأي حال من الأحوال.

وأخيرا هناك مقترح يهدف إلى تطبيق ضريبة BITTAX لتنظيم المعاملات التي تنطوي على انتقال الكتروني للبيانات، ويتم تحصيلها على أساس كمية البيتسBITS الرقمية التي يتم استخدامها.[33]

خاتمــة :

على الرغم من التطور السريع والمذهل لعالم الأعمال الذي أصبح يعرف اليوم هيمنة للأسواق والمعاملات الافتراضية وظهور الشركات الرقمية التي تحقق أرباحا ضخمة في الكثير من الدول في آن واحد وفي زمن قصير جدا. ما يستدعيه من تغيرات على مستوى المفاهيم التقليدية الخاصة بالتسويق والإنتاج وعرض الخدمات والمنافسة وغيرها وظهور ما يعرف بالمنتجات والخدمات الرقمية، كل ذلك لم يصاحبه تعديلات تشريعية على المستوى الضريبي. فالضريبة لا تزال

تحتكم إلى القواعد الفنية المطبقة بشأن الاقتصاد العادي التقليدي وأهمها قاعدة الإقليم أو المنشأة الدائمة وغيرها من المبادئ الأخرى التي ثبت عدم تلائمها مع التطورات الجديدة في عالم الأعمال.

ينبغي إذن البحث عن قواعد ومفاهيم جديدة أكثر تناسبا مع هذا النمط من الأنشطة

الهوامش :

1- د. الحواس زواق، د ولهي بوعلام : الضرائب على التجارة الإلكترونية- المشكلات وآليات الإخضاع، ص02.
أنظر كذلك : منير نجار أحمد : إشكالية البعد الضريبي في التجارة الإلكترونية، جامعة الكويت 2002، ص14.

2- عبد المجيد قدي : دراسات في علم الضرائب، دار جرير للنشر والتوزيع، عمان، الأردن 2011 ص179 وما يليها.

3- نوح سليم : التجارة الإلكتروني في الأردن، المعلومات، العدد 94، سورية ص116-129.

4- ناصر الدين مصطفى : التجارة الإلكترونية أشكالها وأبعادها الاقتصادية والمالية الشركة العربية للإنتاج العلمي (شعاع) 1999 ص52.

5- رضوان رأفت : عالم الاكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص348.

6- د/ لطيف زيود/ ماهر الأمني، جنان بهجت منصور : التحديات الضريبية للتجارة الإلكترونية العربية وإمكانية تطويرها، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29 العدد 1 سنة 2007، ص137

7- العسكري أحمد، الغالبيطاهر : تحديات التجارة الإلكترونية، جامعة الزيتونة، الأردن، 2002، ص191.

8- http :wwwdot.misr.com.new

9- المرجع السابق.

10- http:www.//Fr.mwikipedia.org/fiscalité du numérique.

11- http://observateur.OCDE.20/06/2016.Fiscalité d'économie numérique défis.fiscaux et ruptures.

12- المرجع السابق.

13- رأفت رضوان، رشا عوض، ولاء الحسيني : الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية، ص03.

14- سهاد كشكول عبد : أثر التجارة الإلكترونية في خزينة الضرائب مقال منشور بمجلة العلوم الاقتصادية والإدارية المجلد 18 العدد 68/ جامعة بغداد، ص465.

15- أ.دادن عبد الوهاب : الجبانية الافتراضية والتجارة الإلكترونية النقاشات، المشاكل والتحديات، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير العدد 03-2004، ص155.

16- المرجع السابق، ص156.

17 - د. سوزي عدلي ناشد : ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وأثارها على اقتصاديات الدول النامية، منشورات الكلي الحقوقية، ط1-2008 بيروت، ص186.

18- سهاد كشكول عبد : مرجع سابق، ص 04.

19- نفس المرجع السابق.

20- كرست جميع الدساتير في الجزائر هذا المبدأ ومنها المادة 78 من دستور 1976 وكذا المادة 98 ف1 من دستور 1996/11/28 المعدل في سنة 2002.

21- د. حسام فرحات أبو يوسف : العدالة الاجتماعية في النظام الضريبي المصري المجلة الدستورية، العدد 15 السنة السابعة أفريل 2009 ص07 وما يليها.

22- د. سوزي عدلي فاشد : ظاهرة التهرب الضريبي الدولي، مرجع سابق ص 23.

23- أنظر المادة 189 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة.

24- أنظر المادة 60 من قانون الإجراءات الجبائية.

25- د. سوزي عدلي ناشد : مرجع سابق ص :

26- www : O.C.D.E .ORG/FR/Fiscalité :

-OCDE : 2016 : relever des défis fiscaux posé par l'économie numérique, action 01 rapport annuel 2015- édition OCDE.

27- رغم أن المادة 189 من قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة وضح أصلا لمحاربة التحويل غير المباشر للأرباح نحو الخارج، أنظر د/ بن زارع رابح : التحويل غير المباشر لأرباح الشركات نحو الخارج، مقال منشور بمجلة التواصل جامعة عنابة العدد 28 سنة 2010.

28- د/ بن زارع رابح : الرقابة الجبائية والاقتصادية الإلكتروني : مدخلة مقدمة بالملتقى الوطني الأول حول : القانون الاقتصادي الجزائري بين المقتضيات الاقتصادية والاعتبارات الاجتماعية، كلية الحقوق جامعة سطيف 29 و2019/10/30.

29- دادن عبد الوهاب : مرجع سابق ص 163.

30- نفس المرجع السابق، ص164.

31- www.OCDE.Org/Fr/fiscalité : rapport (2015) édition OCDE-précité .

32- رأفت رضوان، رشاعوض، ولاء الحسينب : الضرائب في عالم الأعمال الإلكتروني، مرجع سابق ص13.

33- نفس المرجع السابق.

قائمة المراجع :

1- النصوص القانونية :

- الأمر رقم 76-103 المؤرخ في 1976/12/09 المتضمن قانون الضرائب المباشرة والرسوم المماثلة المعدل والمتمم.
- القانون رقم 21/01 المؤرخ في 2001/12/22 المتضمن قانون المالية لسنة 2002 والمتضمن قانون الإجراءات الجبائية المعدل والمتمم.
- القانون رقم 18-05 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

2- الكتاب :

- د. عبد المجيد قدي : دراسات في علم الضرائب، دار جرير للنشر والتوزيع، عمان الأردن 2011.
- د. سوزي عدلي ناشد : ظاهرة التهرب الضريبي الدولي وأثارها على اقتصاديات ادول النامية، منشورات الحلبي الحقوقية ط1، بيروت 2008.

3- المقالات والمداخلات :

- د. الحواس زواق ود. ولهي بوعلام : الضرائب على التجارة الإلكترونية، المشكلات وآليات الإخضاع، ص02.
- العسكري أحمد الغالبي طاهر : تحديات الجارة الإلكترونية، جامعة الزيتونة، الأردن 2002-، ص193.
- د/ بن زارع رابح : التحويل غير المباشر لأرباح الشركات نحو الخارج، مجلة التواصل جامعة عنابة العدد 28 2011.

- د/بن زارع : الرقابة الجبائية والاقتصادية الإلكترونية : مداخلة بالملتقى الوطني حول القانون الاقتصادي الجزائري بين المقتضيات الاقتصادية والاعتبارات الاجتماعية، كلية الحقوق جامعة سطيف، 29 و30 أكتوبر 2019.
- د/دادان عبد الوهاب، الجباية الافتراضية والتجارية الإلكترونية النقاشات - المشاكل والتحديات، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير العدد 03، 2004 الجزائر.
- د. حسام فرحات يوسف : العدالة الاجتماعية في النظام الضريبي المصري المجلة الدستورية العدد 15 السنة 7، أفريل 2009.
- د. سهاد كشكول عبد : أثر التجارة الإلكترونية في فرض الضرائب، مقال منشور بعنوان العلوم الاقتصادية الإدارية المجلد 18، العدد 68، جامعة بغداد.
- د. رأفت رضوان، رشا عوض، ولاء الحسيني، الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية.
- 1د. رضوان رأفت : عالم التجارة الإلكترونية المنظمة، العربية للتنمية الإدارية 1999.
- د. نوح سليم : التجارة الإلكترونية في الأردن، المعلوماتي عدد 94 سوريا.

4- المواقع الإلكترونية :

- http : // www.dot.msr.com.new.
- http : //Fr.m.wikipedio.
- http : // observateur .O.C.D.E 20/06/2016 Fiscalité : d'économie numérique défis fiscaux et ruptures.

ISSB: 978-9931-9651-0-7

أثر الذكاء الاصطناعي على القانون
- المسؤولية المدنية نموذجا-

أ/بلعيساوي محمد الطاهر
مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون
جامعة محمد لمين دباغين- سطيف 2

ISBN: 978-9931-9651-0-7

أثر الذكاء الاصطناعي على القانون
-المسؤولية المدنية نموذجا-

الدكتور / بلعيساوي محمد الطاهر (*)

ملخص: يعبر الذكاء الاصطناعي عن آخر تطورات تقنيات الاعلام الآلي والتي تعرض تطبيقات فائقة الدقة والاتقان، والتي ولجت المجالات المختلفة للحياة اليومية للمؤسسات والمجتمع. ولعل في هذا الولوج الأثر البالغ على تقنيات خلق الثروة من خلال استبدال اليد العاملة (الباهضة القيمة في بعض الحالات)، بالآلات الذكية والتي تمكنت وفي وقت قياسي من تحقيق أضعاف ما يحققه الإنسان العادي وبجودة أعلى وأدق، كما ولج الذكاء الاصطناعي مجمل مجالات الحياة اليومية للفرد، فالتعليم، والصحة والعمل، وصناعة كلها مجالات أصبحت اليوم تعتمد وبشكل كبير على هذا نوع من التقنيات التي لا محال يسير المجتمع الحديث نحو اعتمادها بشكل أو بآخر في كافة المجالات وحتى الحساسة منها كتلك المتعلقة بالأمن العسكري والسياسة الخارجية لكل الدول.

الكلمات المفتاحية: الذكاء الاصطناعي، مسؤولية عن الآلة، الإنسان آلة.

Abstract : Artificial intelligence expresses the latest developments in automated computing technologies, which offer applications of high precision and perfection, which penetrate the different areas of the daily life of institutions and society. This penetration has a great impact on the techniques of wealth creation by replacing labor (exorbitant value in some cases) by intelligent machines, which have managed in record time to achieve several times what a normal person. achieves with higher and more precise quality. Artificial Intelligence has penetrated all areas of the daily life of the individual. Education, health, work and industry are all areas that today have become heavily dependent on this type of technology that modern society is inevitably moving towards adoption in some way. other in all areas, even sensitive ones, such as those related to military security and the foreign policy of all countries.

Mots Clés : Artificial intelligence responsability Of the Machine, Humanoid.

(*)- أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق -محمد لمين دباغين سطيف2 -
مدير مخبر تطبيق التكنولوجيات الحديثة على القانون

ISBN: 978-9931-9651-0-7

مقدمة :

يعد الذكاء الاصطناعي من المصطلحات الحديثة، والتي تعني بالبحث عن تطوير، ذكاء الآلة بالشكل الذي تصل به إلى مراتب عالية جدا من الجودة والاتقان في قيامها بمختلف الأعمال المنوطة بها.

ولعل أهمية البحث في الذكاء الاصطناعي تظهر في عدة جوانب سواء تمثلت في الجانب الاقتصادي وتأثير هذا النوع من التكنولوجيات على حياة الاقتصادية بالنظر إلى الميزانيات الكبيرة التي تخصصها الدول العظمى في مجال هذه التكنولوجيات، بغرض استباق السيطرة على عالم الغد، أو تمثلت في الجوانب الاجتماعية وتأثيرات الذكاء الاصطناعي على سوق العمل في المستقبل أين يتم استبدال الإنسان بالإنسآلة أو بالآلات المدمجة مع الذكاء الاصطناعي بالنظر إلى الدقة والسرعة التي تتميز بها هذه التكنولوجيات في الوصول إلى أهداف أدق وأجود وبتكاليف أقل.

وتتجلى هذه الأهمية أيضا في العديد من النقاط يمكن إجمالها في أن الذكاء الاصطناعي يسهل المحافظة على الخبرات البشرية المتراكمة بنقلها إلى آلات ذكية. كما أن مكنة استعمال اللغات الإنسانية بدلا من لغات البرمجيات (البرمجة الحاسوبية) مما يجعل الآلات واستخداماتها في متناول كل شرائح المجتمع حتى ذوي الاحتياجات الخاصة، وتخفيف الكثير من المخاطر والضغوطات النفسية عن الإنسان خاصة الأعمال التي تستوجب الدقة اللامتناهية بالنظر إلى كثرة التفاصيل وتعقيداتها والتي تحتاج إلى تركيز عقلي متعب وحضور ذهني متواصل وقرارات سريعة وحساسة لا تحتمل التأخير. ويساعد الذكاء الاصطناعي أيضا في مجال الصحة في تشخصي الأمراض ووصف

الأدوية وإعطاء الاستشارات القانونية، المهنية، التعليم التفاعلي وفي المجالات الأمنية العسكرية[1].

لعل أبرز النقاشات الفلسفية والقانونية في عصرنا الحالي تتمثل في مسألة الذكاء الاصطناعي، بالنظر إلى المراحل الجد متقدمة للتكنولوجيات الحديثة في هذا المجال وبالمقارنة التأخر التشريعي في الإحاطة بمختلف الإفرازات التي نتجت عن هذه التطورات المتسارعة للتكنولوجيات على مختلف جوانب الحياة الاجتماعية للإنسان، رغم عديد الأبحاث التي عملت على التحذير من التأخر المخاطر المتزايدة للركون إلى هذه التكنولوجيات المتمتعة بالذكاء الاصطناعي[2].

إن الدراسات القانونية في مجال المسؤولية قليلة جدا بالمقارنة مع جدية هذا الموضوع ولعل أهم ما يثبت هذه الجدية منذ 2015 قررت اللجنة الأوربية للشؤون القانونية إنشاء فريق عمل يعني بدراسة المسائل القانونية المرتبطة بتطوير الذكاء الاصطناعي والربوتات في الاتحاد الاوربي، لا سيما الجوانب القانونية (القانون المدني). وعقد هذا الفريق 10 اجتماعات بين ماي 2015 وسبتمبر 2016، وتم الاستعانة بالعديد من العلماء والخبراء القانونيين وأصحاب المصلحة (ممن يشاغلون في هذه المجالات). وفي جوان 2016 نشرت وحدة البحوث الاستشرافية في مركز الأبحاث الأوربي بدراسة استشرافية تتناول الجوانب الأخلاقية للقضايا ذات الصلة بالذكاء الاصطناعي والإنسآلة (النسان الآلي)، كما بينت موقفها من بعض الأسئلة القانونية التي تتناول هذه الروبوتات، لا سيما مركزها القانوني في المجتمع الأوربي. وفي 16 جانفي 2017 اعتمد البرلمان الأوربي بأغلبية 396 صوت ومعارضة 123 نائبا وامتناع 85 نائبا عن التصويت

تقرير هذه اللجنة والذي سمي بتقرير MADY DELVAUX استنادا إلى النائبة التي أعدته مع فريق العمل المكلف تحت اسم القواعد الأوربية للقانون المدني للإنسآلة، وداعيا المجلس الأوربي لوضع قواعد قانونية تؤطر عمل الروبوتات والذكاء الاصطناعي في إطار عملية الاستغلال الاصطناعي المدني بهدف ضمان أعلى قدر من المعايير المهنية لذلك.[3]

إن الحديث عن الذكاء الاصطناعي يثير العديد من الإشكاليات القانونية ولعل أبرزها فيما يتعلق بموضوع بحثنا هذا تتعلق بالمسؤولية في هذا المجال، بمعنى في الحالة التي يترتب عن الآلة المتمتعة بالذكاء الاصطناعي ضرر للغير، من يكون مسؤولا عن جبر الضرر الحاصل، وهل أن النظم القانونية الخاصة بالمسؤولية الموجودة كفيلة بالتعرض لهذه المسؤولية، بمعنى ما هو الأساس القانوني الذي يتم اعتماده فيما يتعلق بالمسؤولية المترتبة عن الذكاء الاصطناعي؟

إن محاولة الإجابة على هذه التساؤلات تستوجب منا الحديث عن المفاهيم الأساسية للذكاء الاصطناعي لتحديد العامل المسبب للضرر فيما يتعلق بالمسؤول عن الضرر(مع من نتعامل من الناحية القانونية)، ثم بعد ذلك نتطرق إلى مدى كفاية النظم المعروفة للمسؤولية في الإحاطة بالمسؤولية المترتبة عن الذكاء الاصطناعي.

أولا: مفاهيم أساسية حول الذكاء الاصطناعي من الناحية القانونية: (تحديد عامل المسؤولية):

1- محاولة تعريف :

أولا: مفاهيم أساسية حول الذكاء الاصطناعي من الناحية القانونية: (تحديد عامل المسؤولية):

1- محاولة تعريف :

إن مفهوم الذكاء الاصطناعي كان محلا لتطور كبير بالنظر إلى عديد المحاولات للمهندسين والعلماء البحث عن تعريف جامع مانع للذكاء الاصطناعي. لقد ظهر مصطلح الذكاء الاصطناعي l'intelligence Artificiel في سنة 1956 في مقال للعالم Alain Turing والمعنون بـ: Computing Machinery and Intelligenceوالذي من خلاله اقترح Turing تجربته الرائدة والمعروفة بـ: Test Turing من خلال محاولة تعريف (مصطلح) (un standard والذي يسمح بوصف آلة بأنها مدركة (consiente).

بعد ذلك كان هذا المصطلح محل تعريف أول بمناسبة مؤتمر DARTMOUTH لسنة 1956 من طرف العالم Marwin lee Misky والذي عرف الذكاء الاصطناعي أنه:

« La construction de programmes informatiques qui s'adonnent à des taches qui sont pour l'instant accomplies de façon plus satisfaisante par des êtres humains, car elles demandent des processus mentaux de haut niveau tels que l'apprentissage perceptuel, l'organisation de la mémoire et le raisonnement critique »[4].

وفي إطار نفس المؤتمر تم تعريف الآلة الذكية والتي تتميز بـ:

« Machine capable de reprendre le comportement d'un être humain spécifique ou non, une machine capable de modéliser le fonctionnement d'un être Humain »[5]

بمعنى الآلة الذكية هي التي في مقدورها إعادة القيام بسلوك (أو عمل) إنسان في مجال خاص أو لا، الآلة القادرة (تقليد) وظيفي للإنسان.

بعد أكثر من 60 سنة يعرف الذكاء الاصطناعي أنه :

« la capacité d'une unité fonctionnelle à exécuter des fonctions généralement associées à l'intelligence humaine telles que le raisonnement et l'apprentissage ».[6]

بمعنى قدرة وحدة تشغيلية لممارسة مهام عموما تكون مرتبطة بالذكاء الإنساني، كالقدرة على التفكير والتعليم. ويجب أن يأخذ بعين الاعتبار أنه نظام مستقل، والذي يظهر استقلالية تقريرية (في اتخاذ القرار)، وبهذا الصدد وجب التمييز بين الذكاء الاصطناعي من النوع advenced analytic والذي يستغل معطيات مهيكلة وموصوفة، وبين الذكاء الاصطناعي الذي يستعمل معطيات غير مهيكلة وغير موصوفة بصفة مستقلة عن مستعملها، إن هذه الأخيرة هي التي تستوجب النظر من الوجهة القانونية من خلال مكنتها التحليلية للبيئة المحيطة بها وقدرتها التعليمية وشخصيتها.

من جانبنا نرى أن التعريف الشامل للذكاء الاصطناعي لا يزال في مرحلة المخاض، وذلك نظر لكون هذا المصطلح يشير في ذات الوقت إلى مجال بحثي يتعلق أساسا بالتكنولوجيا الحديثة والذي من خلاله تتمتع الآلات بالذكاء أو العلم الذي يصبوا إلى تمكين الآلة من صفة الذكاء لمحاكاة قدرات التفكير المنطقي التي ينفرد بها الإنسان، وبمكنته في التفاعل مع المحيط واتخاذ القرارات بناء على تحليل منطقي وبصفة مستقلة عن أي تدخل بشري خارجي عن المكونات الأساسية للآلة في حد ذاتها.

2- تطور الذكاء الاصطناعي:

إن الذكاء الاصطناعي هو في النهاية عبارة عن برنامج إعلام آلي يهدف إلى القيام على الأقل بدرجة أفضل من تلك الخاصة بالإنسان، بأعمال تتطلب درجة عالية من الذكاء والاتقان المرجو، وتتعلق أساسا بالوصول إلى جميع مجالات العمل الانساني، التنقل، التعلم والتعليم، التفكير الإبداع وعموما جميع مجالات الحياة الاجتماعية[7].

في بدايات الذكاء الاصطناعي أدت الأهداف غير المحققة منه والمتمثلة أساسا في الوصول بالآلة إلى محاكاة الذكاء الإنساني، إلى التمييز بين نوعين من الآلات المعتمدة على الذكاء الاصطناعي، حيث توجد آلات تتمتع ليس فقط بالقدرة على العمل بمنطق مماثل للمنطق الإنساني، بل ولها أيضا إدراك مادي بوجودها، وهو ما يسمى بالذكاء الاصطناعي القوي L'intelligence artificielle forte. ويوجد في المقابل آلات والتي تقوم بالعديد من الخدمات للإنسان بالاعتماد على التماثل في الذكاء الانساني وهي ما تسمى بالذكاء الاصطناعي الضعيف[8].

بمعنى أن نوعي الذكاء الاصطناعي يعتمد بداية على الذكاء الانساني في وجوده غير أن الذكاء الأول يستقل بذاتية خاصة تجعله مدركا لوجوده على الأقل، وتمكنه من تحليل الوسط والبيئة التي يوضع فيها لامتلاكه القدرة على التعليم والتفاعل من خلال ذكائه الذاتي. ولعل في المثال الشهير الخاص بتغلب الحاسوب الذكي على لاعب الشطرنج العالمي Garry Kasparov أمر بالغ الدلالة[9].

إن الهدف من الذكاء الاصطناعي القوي يحتاج إلى العديد من النقاشات حوله لوجود مكنة خلق آلة والتي تتخطى الشخص الطبيعي وقد تتجاوزه والتي تدرك هذا التفوق وتغرسه في المجتمع، إن هذا الطرح وإلى غاية الساعة يعد حسب الباحثين في مجالات الذكاء الاصطناعي مستحيلا تحققه، بينما يقوم الذكاء الاصطناعي الضعيف بوضع جميع التكنولوجيا المتاحة للآلة من أجل تقديم الخدمة المطلوبة من المستخدم. فالذكاء الاصطناعي أريد به تقليد عمل العقل البشري مع فرضية أننا نفكر بواسطة قواعد الاستدلال (مقاربة منطقية للذكاء الاصطناعي) من خلال وبداية من ثمانينات القرن المنصرم بواسطة الخلايا العصبية الرسمية ثم بواسطة شبكات عصبية.

لقد كان لتطور اللوغاريتمات، المنطق، القوة الحسابية وتوحيد لغات الإعلام الآلي من جهة، وعلم الأحياء وعلوم المعرفة بالغير من جهة أخرى الأثر البالغ في إعطاء الذكاء الاصطناعي تطورا مماثلا، حيث تمكن هذا الأخير في شتى المجالات البحثية المرتبطة بها (تمثيل المعرفة، المعالجة الآلية للغات، الروبوتيك، المعرفة والتعلم، البحوث الاسترشادية المعرفة النمطية....). من حل العديد من المشاكل والأكثر تعقيدا منها وخلق نظام وأنظمة تتفاعل مع البشر بسلاسة وكفاءة عالية جدا[10].

1-التعلم الآلي الاوتوماتيكي: هو مجوعة من التقنيات (البرامج) التي تسمح للحاسوب (الآلة) التكيف مع محيطها (بيئتها الموضوعة فيها) والتعلم من تجربتها أو من خلال تحليل الأمثلة أكثر من استعمال برمجية خاصة[11]. بمعنى البرمجيات التي تمكن الحاسوب من التكيف مع البيئة الموضوع فيها دون تدخل الإنسان أو

بتدخل جزئي منه، وتقنيا هو تصميم خوارزميات قادرة على اتخاذ قرارات مستقلة ودون برمجة مسبقة.

فعلى خلاف تقنيات التعليم التقليدية تم تطوير برمجيات معرفية ليس انطلاقا من مجموعة قواعد منطقية رسمية، ولكن انطلاقا من تحليل تجريبي سابق، وجميع المقاربات التعليمية الآلية تتضمن فترتين (مرحلتين):

تتمثل الأولى في التعلم بالمعنى الدقيق وتتماثل في اختيار نموذج (مثلا شبكة عصبية) تم ضبطه من خلال إدخال بيانات مثلا صور معينة كنموذج إيحائي بصري.

فيما تتمثل المرحلة الثانية في مرحلة الاستدلال، انطلاقا من المعالم التي تم أخذها أو تلقينها (تعليمها)، فيقوم اللوغاريتم بالوظيفة أو المهمة المسندة إليه، مثلا التمييز بين صور القطط وصور الكلاب أو الحيوانات الأخر. ومن خلال مقاربات التعلم الآلي يمكن التمييز بين تقنيات مختلفة للتعلم والتي يمكن أن تتوافق مع مختلف المشاكل.[12]

° **التعليم الآلي الخاضع للإشراف:** يقدم هذا الشكل من التعلم معلومات أكثر للآلة، بمعنى يعتمد على تقديم المعلومات بصورة أكبر من سابقتها التعليم الآلي المركز، عمليا يتم توفير مئات الآلاف من الصور لسيارة مثلا من أجل تمكين الآلة من التعرف على سيارة.

المشكل في هذا النوع من النمط التعليمي هو تمييز تصنيفات الأشياء المحددة مسبقا، بمعنى بتعليم النظام التصنيف بناء على نموذج يقدمه له المستخدم، فمثلا في مرحلة التعليم يقوم بالضبط التدرجي لمعالم النموذج لتجنب الخطأ في النماذج أو الأمثلة المعروفة، بينما في مرحلة الاستدلال تقوم الآلة بتصنيف

المعطيات المعروفة، حيث تتعرف مثلا على القطط أو الكلاب في الصور الجديدة[13].

بمعنى يقدم هذا الشكل من التعلم معلومات أكثر للآلة، فكلما كانت المعلومات أكر كلما كانت النتائج أفضل، حيث يتم توفير مئات الآلاف من الصور لسيارة مثلا من أجل تمكين الآلة من التعرف على سيارة.

°**التعلم الآلي غير الخاضع للإشراف**[14]: وهو يمثل أو يعني التعلم الأساسي المستعمل من الإنسان والحيوان، ويعتمد على التنبؤ بالمستقبل أو استباق المستقبل. عندما يكون لدى المصمم أمثلة فقط ولكن ليس لديه تصنيفات الأشياء مسبقا فهنا يكون التعلم غير خاضع للإشراف، وفي هذه الحالة يكون على الخوارزمية اكتشاف بنية المعطيات والبيانات المختلفة لاستخراج التصنيفات، ففي مرحلة التعلم يكون الهدف هو وضع التصنيفات بينما في مرحلة الاستدلال تقوم الخوارزمية بتصنيف المعطيات من خلال المعطيات والبيانات المختلفة، وهو نفسه في مرحلة الاستلال في التعلم الخاضع للإشراف. بمعنى يمثل التعلم الأساسي المستعمل من الإنسان والحيوان، ويعتمد على التنبؤ بالمستقبل أو استباق المستقبل.

° **التعليم الآلي المركز:** ويماثل هذا التعليم لذلك المستعمل لتعليم الحيوانات في السرك، حيث ينتظر منه أن يقوم بعمل معين (مطلوب) وفي المقابل يقدم له مكافئة.

يتميز هذا التعلم عن سابقيه في كونه لا يعتمد على اللجوء إلى الأمثلة المشكلة مسبقا، فتعلمه يتم من خلال تفاعله مع البيئة (المحيط)، حيث تقوم الآلة بفعل يتغير بموجبه أو بسببه المحيط أو البيئة وتحصل الآلة على مكافأة

بالمقارنة مع النتيجة المحصلة، وتمكن المكافأة الآلة من الاكتشاف التدريجي لأحسن الأفعال الواجب القيام بها مقارنة مع النتيجة المراد الوصول إليها[15]. بمعنى أن الخوارزمية تتعلم السلوك عن طريق الملاحظة تم تتكيف، حيث تعمل على تلقي النتيجة من بيئتها فتحاول بطريقة مستمرة التحسين في أدائها وخطواتها المستقبلية. إن هذا التعلم يماثل التعلم المستعمل لتعليم الحيوانات في السرك، حيث ينتظر منه القيام بعمل معين (مطلوب) وفي المقابل يقدم له مكافأة. ومثالها التطبيقي: محاكاة الاستراتيجيات الخاصة بألعاب الحرب، حيث يتعلم الجنود الافتراضيون الحركات والقرارات على أساس الخسائر والمكاسب أثناء المعارك الافتراضية.[16]

°**التعليم المعمق (l'apprentissage Approfondi):** إن التعليم المعمق أو ما يعرف بـ: Deep Learning هو تقنية تدخل تحت مجال التعليم الآلي والذي عرف تجديدا مدهشا سنة 2016، وهو تقنية تعليم تسمح على سبيل المثال لنظام بالتعرف على المحتوى في صورة وفهم اللغة المتكلم بها، هذه النماذج مصممة انطلاقا من عناصر أساسية للحساب تسمى ألياف (neurones) مشكلة عموما من طبقات متتالية، هذه الألياف تترابط فيما بينها عن طريق روابط والتي يتم ضبطها تبعا لأهميتها أثناء مرحلة التعلم. وكل ليف (neurone) يحول مداخله إلى مخرج باستعمال وظيفة تحويل لمجموع المعطيات (المعلومات) التي تحصل عليها من خلال هذا الترابط، وتكون شبكات الألياف نظام تمثيلي مستوحى من عمل العقل البشري (الدماغ)[17].

سيلعب الذكاء الاصطناعي في وقتنا الحالي دورا كبيرا جدا بالمقارنة مع دوره في السابق، حيث ستصبح أحد مفاتيح العالم على حد قول الرئيس الورسي

vladimir Pouting "من سيتحكم أكر في الذكاء الاصطناعي سيحكم العالم " ذلك أننا في عالم رقمي بامتياز يوما بعد يوم ومن جهة إلى أخرى، عالم معطيات وبيانات هذه الأخيرة التي هي قلب عمل الذكاء الاصطناعي الحال. وفي هذا العالم والذي هو عالمنا الحالي تمثل هذه التكنولوجيات أكثر من مجرد برامج بحثية: فهي تحد من قدراتنا على تنظيم المعارف، وإعطائها معنى وزيادة ملكاتنا في اتخاذ القرارات والتحكم في الأنظمة، وكذا الاستفادة أو تقويم هذه المعطيات والاستفادة من ذلك. فالذكاء الاصطناعي يعد أحد مفاتيح السلطة غدا في العالم الرقمي، وهو ما يبعث على ضرورة البحث عن الابقاء على الاستقلالية (الحرية) غير أن المنافسة شديدة فالولايات المتحدة الأمريكية والصين يعدان من رواد هذه التكنولوجيات والاستثمارات المتعلقة بهذه المجالات تفوق بكثير تلك الخاصة بأوروبا وباقي دول العالم وتحتل كل من كندا إنجلترا وإسرائيل مكانا أساسيا في هذا النظام الحديث النشأة : فالتعليم المعمق يتجسد في ثلاث صور هي: التعليم المركز، التعليم الآلي الخاضع للإشراف، والتعليم الآلي غير الخاضع للإشراف[18] من خلال النماذج السابقة للذكاء الاصطناعي يمكننا القول أن النموذجين الأولين يقومان على وجود الإنسان (المعلم) ومنه فالآلة لا تتمتع بأي استقلالية تذكر، فهي لا تضع قواعدها الخاصة على اعتبار أنها تتبع ما تم تلقينه لها من طرف الأستاذ(المعلم)، بمعنى اتباع البرامج المعدة مسبقا في القيام بالنشاطات والأعمال المعهود بها لها وبالتالي فهي لا تتمتع بالاستقلال المنشود في مجال المسؤولية عن الأفعال.

ثانيا: قواعد المسؤولية في مجال الذكاء الاصطناعي:

إن الصفة المميزة للذكاء الاصطناعي أنه يمزج في العديد من الحالات بين تجسيد مادي له في شكل آلة متمتعة بقدرات القيام والامتناع عن اتيان التصرفات، وبين العنصر المعنوي والمتمثل في اللوغارتيمات المدمجة في شكل برامج غير مادية (حسية) تشكل بشكل أساسي الدماغ الذي يسيطر على الآلة المتمتعة بهذه القدرات الفذة في القيام بالأعمال بمنتهى الدقة والسرعة التي تتخطى في الكثير من الأحيان قدرات الإنسان العادية.

إن بحث مسألة المسؤولية عن فعل الذكاء الاصطناعي يستدعي إبراز الخصوصية التي يتميز بها الذكاء الإصطناعي (1) ومدى كفاية النظم القانونية المتاحة (حاليا) في الإحاطة بالفعل الضار للذكاء الاصطناعي من خلال الأسس القانونية المعروفة(2).

1-خصوصية الذكاء الاصطناعي:

أصبح من الواضح في الوقت الحالي ضرورة تسليط الضوء على التمييز بين الذكاء الاصطناعي وأي شيء آخر عرفه القانون، فكل تخصص الذكاء الاصطناعي يظهر بصورة خاصة في الطريقة التي يعمل بها وفي الطبيعة المعنوية، حيث يمكن القول بأننا نتحدث عن عامل معنوي يعمل بدون تدخل الإنسان. إن الطبيعة الخاصة للذكاء الاصطناعي والتي تتجسد من خلال استقلاليته من جهة وطبيعته المعنوية من جهة أخرى تؤثر في فعله والذي يكون غير متوقع وغير محدد، حيث ينجم فعله غير المتوقع من خلال استقلاليته في اتخاذ القرار (pouvoir décisionnel)، في حين يظهر من خلال طابعه غير المادي غياب الشكل أو التكوين المادي للذكاء الاصطناعي، وبالتالي غياب الفعل المادي.

1-1/ استقلالية العامل الاصطناعي:

تمثل الاستقلالية من جهة قدرة العامل (agent) على أخذ القرار الخاص بتصرفاته بغير الرجوع إلى غيره، بمعنى القدرة على أخذ القرار في اتيان تصرف معين بغير ضرورة مراجعة شخص آخر ويعبر عنها بالقدرة التقريرية.[19] في حين ومن جهة أخرى فالاستقلالية تعود إلى المكنة أو القدرة بإعطاء قانون خاص بالأشخاص المتمتعة بهذه المكنة، وفقا للقواعد والأهداف المرجوة من تصرفه. بمعنى ترجع الاستقلالية في قدرة (الإنسان) على وضع قواعد خاصة تمكنه من بلوغ الأهداف التي سطرها[20]، وتطبيقا لهذا فالآلة حتى ولو تمتعت بذكاء اصطناعي فائق ستبقى دائما خاضعة للأهداف المفروضة من قبل مخترعها أو صانعها، ومنه فالجانب الثاني للاستقلالية يبقى من الصعب تصوره بالنسبة للآلة التي تتمتع بذكاء اصطناعي، فمتى كانت الآلة حائزة (تمتلك) سلطة تقريرية فاستباق تصرفاتها يكون مستحيلا حتى من طرف مبرمجها، وبالنتيجة تكون التصرفات الضارة المحتمل وقوعها أو حدوثها من قبل هذه الآلة غير متوقعة أيضا.

1-2/ السلطة التقريرية للعامل الاصطناعي: يقصد بالسلطة التقريرية بأنه توجد مجموعة من الأسباب المادية والتي تبدأ من تلقي المعلومات من قبل مستقبلات (des capteurs) ثم الانتقال إلى اتخاذ القرار ووصولا إلى تنفيذ تصرف معين بدون تدخل الإنسان. إن هذا التطور في قدرات الآلة يرجع بصورة أساسية من نظام التعلم المعمق (le processus de l'apprentissage profond) والمستوحى من عمل العقل البشري. إن هذه المكنة للتعلم المعمق الآلي من خلال المعارف التي تكونها هي ذاتها بدلا من برنامج موضوع من طرف الإنسان.

بمعنى آخر فالعوامل الاصطناعية تتكون من مجموعة قواعد أخذ قرار والمأقلمة بهدف معين والتي ترمي إلى تمكين البرنامج من التصرف بالطريقة الأكثر نجاعة لبلوغ هذا الهدف[21].

وبالنتيجة سيكون للآلات القدرة على التصرف باستقلالية عن كل تدخل انساني وبموجب قراراتهم الذاتية، وهو ما يمثل بدون أي شك نقطة جدل كبير على المستوى القانوني، لأن هذه الذاتية الأحادية غير مأخوذة بعين الاعتبار في أغلب القوانين العربية والغربية على حد سواء والتي عادة ما تميز بين ثلاث أصناف من الفواعل المحتمل أو ذات القدرة على التسبب في الضرر وهي الإنسان، الحيوان والأشياء الجامدة.

من الناحية القانونية إن ثنائية التمييز المعتمدة هي تلك التي تتضمن طائفتين أساسيتين، الشخص والشيء. إن هذا التقسيم لم يكن محلا ابتكار أو اختراع من القانون بل هو موجود بصورة طبيعية بدون تدخل من المشرع، ويمكن بسهولة تمييز الشيء عن الإنسان انطلاقا من عدة معايير، غير أن المعيار الذي يهمنا (في إطار الذكاء الاصطناعي) هو ملكات الشخص الطبيعي، مثل الذكاء والفطنة والإدراك، واستناد إلى هذا المعيار يعتبر الفيلسوف Hegel أن الشيء هو كل شيء مختلف مباشرة عن الروح الحرة (Ce qui est immédiatement diffèrent de l'esprit libre) وما هذا إلا تعريف عن المظهر الخارجي.

إذا فالشيء الذي يتمتع بذكاء، واستقلالية يمكن له أن يربك هذا التقسيم الأساسي الثنائي المعتمد في القانون، غير أن التمعن في النظام الخاص بالحيوان يمكن اعتباره كدواء لهذا الارتباك بالنظر إلى أن الحيوان يعتبر كعنصر مستقل يمتلك الإحساس والإدراك. ويتجه القانون إلى تصنيف الحيوان في طائفة

الأشياء رغم أن الحيوان هو كائن حي، والذي مكنه التصرف (العمل) بدون تدخل الإنسان خاصة عندما لا يكون ملكا لأحد[22].

على مستوى الأموال فالحيوان يصنف أنه منقول بطبيعته وعندما يرتبط بخدمة محل فإنه ينتمي إلى طائفة العقارات بالتخصيص. إن التأكيد على أن الحيوان يصنف ضمن الأشياء ينتج أيضا بالاستناد إلى قانون العقود، ما دام أنه يمكن أن يكون محلا لعقد البيع أو الإيجار أو الإعارة، إضافة إلى جل نصوص القانون المدني للدول العربية يعتبر بأن الذي يسأل عن الأفعال الضارة للحيوان هو مالكه أو الذي يستعمله عندما يكون حائزا للاستعمال (مسؤولية حارس الحيوان). ويبقى الحارس مسؤولا حتى في حالة ما إذا ضاع الحيوان أو فر، وتجد المسؤولية هنا أساسها في الحراسة مثلما هو الحال بالنسبة لحراسة الأشياء[23].

وخلاصة القول أن الطبيعة القانونية الخاصة للحيوان والتي يتمتع بأحاسيس وذكاء ضعيفين من جهة، وفاقد للعقلانية من جهة أخرى لا يثير أي عائق في تصنيفها في طائفة الأشياء، وهو ما يمكن أن يشكل وفقا لتفكير مماثل حلا يمكن اعتماده للإحاطة بالذكاء الاصطناعي وبالتالي تصنيفها في طائفة الأشياء. غير أن الذكاء الاصطناعي من طبيعة معنوية (غير مادية) بعكس الحيوان، ومنه فتبقى طبيعته خاصة ومختلفة عن طبيعة الحيوان. لم تتعرض جل التشريعات (العربية أو الغربية) لعنصر معنوي ومستقل والذي يكون الذكاء الاصطناعي، حيث أن هذه الاستقلالية لا تؤثر فقط في تصنيفه القانوني، بل وأيضا عدم توقع أفعاله وتصرفاته.

1-3/ عدم القدرة على التنبؤ بالأفعال (التصرفات) الضارة:

إن برمجة عنصر ما (الآلة) يعتمد على امكانيات التصرف التي يمكنها أن تقوم بها، غير أن اختيار التصرف المحقق واقعيا فمتروك للآلة ذاتها (العنصر ذاته) أين تكون مكنة التنبؤ بتصرفاتها محل وجود عند هذا المستوى، ذلك أن المستعمل لهذا العنصر (الآلة) لا يمتلك أي رقابة أو سلطة على القرارات المتخذة من الآلة. وعلى العكس فإن الفعل الآلي(AUTOMATIQUE) دائما يكون محل تنبؤ، دقة وثبات، أي الآلي يقوم بالفعل أو بالعمل بنفس الطريقة (الصورة) مثل الغسالة مثلا التي تقوم بمهمتها بصورة أوتوماتيكية دون امتلاك أي استقلالية أو حرية[24].

إن هذه المواصفات (الصفات) تمس بالرقابة التي يمارسها الشخص على الآلة، فالمستعمل والذي لا يمكنه استباق فعل العامل الاصطناعي يكون له دور سلبي في كل العملية ويفقد بذلك الرقابة كليا عليها، فنحن أمام عنصر يعتبر بطريقة أساسية كشيء لكنه يتمتع باستقلالية تقريرية خاصة بالشخص الطبيعي. وزادت الميزة في تعقيد التصنيف الخاص بالذكاء الاصطناعي حسب الأصناف التقليدية، إضافة إلى أن عدم القدرة على التنبؤ بأفعال الذكاء، يمس أيضا وبدون شك طرق المسؤولية الممكن انطباقها على أفعال وتصرفات الذكاء الاصطناعي. فعدم القدرة على التنبؤ هو أحد المميزات وعناصر القوة القاهرة والتي هي وسيلة إعفاء أو سبب من أسباب دفع المسؤولية المدنية التقصيرية.

إن الإشكالية التي تطرح بخصوص هذا الموضوع هي معرفة ما إذا كان المسؤول عن تصرف أو فعل الذكاء الاصطناعي يستفيد دائما من هذه الميزة الموجود دائما في فعل الذكاء الاصطناعي، خاصة وأن العامل الذي لا يمكن

مقاومته يمكن إثباته بطريقة سهلة بمجرد أن يثير المستخدم غياب مراقبة التحكم في الآلة.

من غير الدخول في تفاصيل حالات الإعفاء وطريق المسؤولية المطبق على هذه الحالة، ينصب الاهتمام في هذا المستوى على معرفة ما إذا كانت مكنة التنبؤ هذه يمكن أن تؤخذ بعين الاعتبار كصفة مميزة أو خاصية دائمة في مجال الذكاء الاصطناعي.

إن الإجابة بكل تأكيد هي بالنفي، حيث أنه بداية يجب أن نعرف بأنه متى تعلق الأمر بالتنبؤ بفعل الذكاء الاصطناعي وعمله، فالعامل الخارجي يستثنى مباشرة لأن الخاصية تتعلق بعمل الآلة ذاتها، ثم ثانيا حتى وإن كان شرط العامل الخارجي محققا، فالمسؤول لا يمكنه أن يستفيد من هذه الخصوصية، فيكفي علمه بأن التكنولوجيا سوف تعمل بطريقة غير متنبئ بها لكي يتم تقرير أن جميع الأفعال التي تمت أو المترتبة عن الاستعمال محتملة الوقوع[25].

إن هذا التطور لا يشكل انتهاكا للقانون لأنه وبملاحظة القضاء وخاصة الفرنسي[26] يمكننا القول بأن القوة القاهرة هي مفهوم نسبي متغير، حيث تشترط محكمة النقض الفرنسية درجة عالية من عدم الاحتمال، وبالاعتماد على مثل هذا التصور من الاحتمال يكون لنا القدرة على القول وبمجرد تحقق الفعل فإن إظهار طابعه المحتمل يكون ثابتا.

إن هذا الطرح مقبول جدا بالنسبة لفعل الذكاء الاصطناعي ذلك أن عدم التنبؤ في مجال الروبوتيك هو مفهوم نسبي، تقنيا فبرنامج الإنسآلة سيضمن مجموعة من القرارات أو الاختيارات والتي تكون للآلة اللجوء إليها لأجل اتخاذ القرار الخاص بفعلها (تصرفها) الخاص، وهو ما يجعل الآلة

(الإنسآلة) لا يمكنها أن تتخذ قرار غير محتمل لا يوجد في مجوعة القرارات الوارد في البرنامج[27]. بمعنى آخر ردة الفعل أو سلوك الذكاء الاصطناعي للآلة سيكون دائما مرتبط بمهمته ودائما في علاقة معها. إن تصرفات الذكاء الاصطناعي تكون غير محتملة ما دامت تتمتع بسلطة التقرير، رغم أن هذا ليس الميزة الوحيدة المؤثرة في تصرفات الذكاء الاصطناعي فالطابع المعنوي هو أيضا له تأثيره في هذه التصرفات ويزيد في تعقيد تحديد المسؤولية عندما ترتب أفعال الذكاء الاصطناعي ضررا للغير لغرض جبره.

2-معنوية العامل الاصطناعي:

تعترف جل القوانين المقارنة بالشخص أو المال المعنوي، فالمال المعنوي يمكن أن يكون محلا للملكية، ويتعلق الأمر حينها بالحق في كل مكان إضافة إلى أن الشيء المعنوي يمكن أن يحدث ضررا للضحية. فمثلا المعلومة الخاطئة يمكن أن تحدث ضررا للشخص المعني، رغم طبيعتها المعنوية. إن هذه الخصوصية للذكاء الاصطناعي تسهل التمييز بين العامل الاصطناعي الإنسآلة (الروبو) والذي هو بالطبيعة شيء مادي له جسد ومظهر خارجي مجسد، بالرغم من ذلك فهي تعقد تحديد الفعل الضار (المحدد للضرر) المحدث من الذكاء الاصطناعي سواء كانت داخلة في تركيبه أو لا إذا كان الفعل في حد ذاته معنوي[28].

إن الذكاء الاصطناعي يعرف أنه بناء أو تصميم برامج إعلام آلية لها مهمة تنفيذ أو القيام بعمل والتي تتطلب مجهود فكري ذو مستوى عالي، فعمليا الذكاء الاصطناعي هو عبارة عن برنامج أو مجموعة برامج أو لوغاريتمات، إن البرمجيات هي عبارة عن برنامج من التعليمات الموجهة إلى الآلة بغرض معالجة المعلومات المعطاة. حيث يعتبر المشرع الفرنسي في المادة L112-2 من قانون

الملكية الفكرية والتي تقابلها المادة .... من قانون الملكية الجزائري بأن البرمجيات (logiciels) باعتبارها متنوج ذهني (فكري) وبهذا الصدد فإن البرمجيات إضافة إلى الوسائل المعتمدة في تكوينها تتمتع بحقوق المؤلف[29].

إن هذا يظهر جليا الطابع غير المادي (المعنوي) للبرمجيات (logiciels) رغم أن دعامتها مادية، إن هذا التمييز بين البرمجيات ودعائمها المادية أساسي جدا لأن الذكاء الاصطناعي هو من حيث المصدر برمجيات وهذه الأخيرة هي من تدفعها إلى الفعل (التصرف) أو أداء عملها، فالدعامة ما هي إلا جهاز يعمل استنادا إلى تعليمات أو أوامر الذكاء الاصطناعي.

يمكننا أن نأخذ مثالا هنا عن السيارة ذات القيادة الذاتية (المستقلة) فالمظهر الخارجي لهذه السيارة هو نفسه مظهر أي سيارة عادية وما يختلفان فيه هو برمجة السيارة ذات القيادة الذاتية، قدراتها وفعاليتها ومستوى أدائها وهي كلها مجالات تدخل ضمن الذكاء الاصطناعي وليس الوسائل أو مظهر السيارة في حد ذاتها، ذلك أن هذه التكنولوجيا لا يمكنها القيام بمهامها (أفعالها) بدون إدخالها ضمن عضو أو آلة مادية، وبالتالي تحقق (تجسد) الآلة (أو الوسائل) الصبغة المعنوية ويجعله واقعا حسا في الميدان.

يقول الفقيهCedric Sauviat :

« Les gens qui disent que puisque L'IA n'a pas de corps, elle ne pourra pas être similaire à l'homme, doivent comprendre que son corps sera aux dimensions de la planète ».[30]

من خلال المفهوم للطبيعة المعنوية للذكاء الاصطناعي يمكننا أن نستنتج أن هذه الأخيرة لا ترجع دائما إلى الإنسآلة (الروبو)، فهذا الاخير يمثل الآلة المادية

في حين يمثل الذكاء الاصطناعي عقلها[31]. حيث أن الذكاء الاصطناعي هو من يوجه الإنسآلة (الروبو) مثلما توجه أي آلة متمتعة بهذه التكنولوجيا.

ويتأسس تقرير Robot Law على العديد من المعايير للغرض توضيح مختلف أنواع الإنسآلة (الروبوتات)، أحد هذه المعايير وبالنظر إلى طبيعة الروبو يتعلق ويخص مظهر هذه الآلة وشكلها وتجسيدها المادي. في إطار هذه الفئة يمكننا التمييز بين فئتين فرعيتين أساسيتين الإنسآلة المادي، والإنسآلة المعنوي (اللامادي). حيث تظهر البرمجيات والعناصر المعنوية الأخرى في الفئة الفرعية الثانية في حين تدخل السيارة الذاتية القيادة والآلات المالكة (المتمتعة) بذكاء اصطناعي في الفئة الفرعية الأولى، ويكمن الهدف من هذا التمييز إلى توسيع مجال تعريف الإنسآلة ليشمل العناصر المعنوية[32].

إن المظهر الفيزيولوجي (الجسدي) للإنسآلة ليس موحدا فقد يظهر في شكل الإنسان وهو ما يعرف l'Humanoïde أو في شكل حيوان وهو ما يعرف أو يسمى L'animaloide وبالتالي يختلف الوضع بالنظر إلى الصورة التي يختارها الصانع ورغبته[33].

غير أن الحقيقة أن الصورة التي يظهر عليها الذكاء الاصطناعي لا تمثل أهمية كبيرة في مجال دراسة المسؤولية ذلك أن الروبو لما يتم مماثلته إلى الإنسان أو القريب من إمكانياته يجب أن يعمل ويتصرف كالإنسان بمعنى أن التصرف أو العمل هو من يحدد الشكل.

إذا يمكن أن نستنتج أن للذكاء الاصطناعي شكلين مختلفين فيمكن أن يكون ذكاء اصطناعي مجسم (ومدمج) incarnée كما يمكن أن يكون بلا جسد désincarnée (غير مدمج)[34].

ومهما كان شكله فتصرفه يبقى واحدا فيمكنه أن يتصرف في الحالتين بدون أي عائق، غير أنه يجب ملاحظة أن الذكاء الاصطناعي لا يتصرف فقط جسديا (ماديا) بل يمكنه أيضا التصرف بصورة معنوية، مثلما هو الحال عندما تقوم بكتابة نصوص أو عقد معاملات معينة، وبالتالي فالطابع اللامادي لا يقتصر فقط على طبيعة الذكاء الاصطناعي، بل تمس أيضا تصرف هذا الأخير والذي يمكن أن يكون غير مادي.

2-2-التفكير في تطبيق النظام القانوني الحالي على الذكاء الاصطناعي:

بداية لا يوجد إلى غاية يوم قانون خاص بالذكاء الاصطناعي سواء على المستوى الوطني أو الدولي، غير أن هناك العديد من المحاولات في فرنسا وأوروبا وحتى بعض الدول العالم الأخرى والتي عكفت على النظر في مدى انطباق أو كفاية النظم القانونية الحالية للتصدي لظاهرة الذكاء الاصطناعي، أو هل يجب البحث على وضع نظام قانوني جديد خاص به.

فعلى سبيل المثال قامت الحكومة الفرنسية بتنصيب لجة

قامت خلية INRIA بنشر كتاب مخصص للذكاء الاصطناعي بغرض إعطاء نظرة عامة للإشكاليات التي قد تحدث بالنظر إلى الوضع الذي من خلاله تبين أن الأبحاث في (AI) الذكاء الاصطناعي سمحت بتحقيق نتائج معتبرة ومبهرة خلال العشرية الأخيرة، وهذا في جميع المجالات[35].

ثم قام ديوان البرلماني للاختيارات العلمية والتكنولوجية بنشر تقرير في 15 مارس 2017 والذي يعرض فيه أيضا التحديات الأخلاقية والقانونية الاقتصادية والاجتماعية والعلمية لهذه التكنولوجيات الجديدة.[36]

ثم قامت الحكومة الفرنسية في 20 جانفي 2017 بمبادرة فرنسا الذكاء الاصطناعي la France IA وهي مبادرة تتكون من أفواج عمل والتي من بينها فوج عمل مخصص لدراسة الإشكالات القانونية والذي عكف على ضرورة المزج بين "الميكانزمات الحديثة والنظم القانونية الحالية " وبين المرونة التعاقدية لمجابهة التطورات التكنولوجية (إلا الحالات الخاصة) والمحافظة أو تقديم حد أدنى من الأمن القانوني[37].

بالإضافة إلى توصية تشريعية والمتضمنة في التوصيات المقدمة من اللجنة الأوربية حول قواعد القانون المدني المتعلقة بالروبوتيك (ROBOTIQUE) والذكاء الاصطناعي المعتمدة في 16 فيفري 2017، حيث يقترح البرلمانيون الأوربيون ضرورة التعجيل بتشريع عاجل لوضع المبادئ والقواعد الأخلاقية Les Normes éthique وتوضيح القواعد القانونية الخاصة "باستقلالية الرجل الآلي (l'autonomie des Robots) من خلال طرح التساؤل حول طبيعتها القانونية على ضوء الأصناف القانونية الموجودة، ومدى استيعاب التصنيفات التقليدية لها أو ضرورة البحث عن صنف جديد يتمتع بمواصفاته وآثاره الخاصة به. ويقترح خلق تنظيم أدنى وربطه (في حالة وجود أمكانية) بمخططات موجودة مثلما هو الحال عليه في صناعات السيارات أو الطيران بالنسبة للآليات المستقلة ذاتية Autonome[38].

إن هذه المحاولات غير المحددة القائمة تجد تبريرا لها من خلال الإشكالات القانونية المترتبة بفعل التكنولوجيات الحديثة، بما فيها تلك المتعلقة بالمسؤوليات والملكية الفكرية، فكلما أصبحت الآلة مستقلة كلما قل توظيف الإطار القانوني الحالي (الموجود) معها.

2-3-قانون المسؤولية:

إن أحد أهم التحديات القانونية لانتشار أنظمة الذكاء الاصطناعي يتمثل دون منازع في التكفل بمسؤولية نظام ذاتي مستقل والذي يحدث أضرار ما للغير.

تقوم المسؤولية وفقا للقواعد العامة على المبدأ " ليكون الشخص مسؤولا وبالتالي يتحمل عبء تعويض الأضرار التي تعرض لها الغير وجبرها، يجب أن يكون هذا الشخص متمتعا بالشخصية القانونية والتي هي حكر على الأشخاص الطبيعية أو الأشخاص المعنوية في إطار شروط معينة مسبقا قانونا، كما هو الحال عليه في الشركات التجارية.

فنظام الذكاء الاصطناعي بوصفه هذا لا يمكن تحميله المسؤولية لتبعة أفعاله في حالة وقوع ضرر للغير، فأنظمة المسؤولية المدنية الكلاسيكية (التقصيرية أو العقدية) أو حتى الجزائية هي التي تطبق غير أنها غير متوافقة مع الذكاء الاصطناعي، بمعنى أنها لا تتلاءم مع أنظمة الذكاء الاصطناعي.

فالمسؤولية الجزائية تستدعي تدخل الشخصية القانونية، والمسؤولية المدنية تستدعي كشرط مسبق قيام شخص متمتع بالشخصية المعنوية بعمل تسبب في ضرر للغير، في حين المسؤولية الخاصة بالأشياء تستوجب وجود شيء موضوع تحت الحراسة والذي تنعدم فيه الذاتية أو الاستقلالية، بينما مسؤولية التابع عن المتبوع تستوجب وجود رابطة التبعية والتي لا يمكن أن تنطبق في حالة الذكاء الاصطناعي والتي تعمل بكل استقلالية بالمقارنة مع مستعملها.

ومن جانب آخر فإن هذه الأنظمة الذكية (الذكاء الاصطناعي) تخلق شبكة من المسؤوليات بين المصنع (Fbricant) للشيء أو الرجل الآلي (الآلة عموما)

(HARD) والذي يدمج الرقاقة ضمن الهيكل (PLATFORME) ذكاء اصطناعي (SOFT) ، والتي في غالب الأحيان لا يكون المصنع هو مالكها ، وبين المنشئ (Développeur) ، الموزع (éditeur) لهذه الرقاقة الذكية. فالمسؤولية بالنسبة لصانع الإنسان الآلي يمكن بسهولة إقامتها في حالة وقوع ضرر باعتبار الـ (HARD و SOFT) تشكل كلا واحدا بمعنى منتوج مركب. وفي هذا الفرض فإن مسؤولية الموزع لهذه الرقاقة يكون جد صعب إقامتها فعندما يساهم المستعمل (l'utilisateur) في الـ processus (النظام) التقريري processus désionnelle للوسائل الموضوعة تحت تصرفه من طرف الموزعين فيكون مسؤولا عن نظام التعلم le système d'apprentissage[39].

ولعل المثال الأبرز سنة 2017 يتمثل في CHATBOTS، وهؤلاء الآليين المتحدثين les agents conversationnels والذي يتفاعلون مع الإنسان الطبيعي، حيث أنه في فيفري 2017 قام شركة ميكروسوفت بوضع الآلي TAY[40] موضع الخدمة والذي يمثل ذكاء اصطناعي في التفاعل مع مستخدمي الانترنت بصفة مستقلة تماما، غير أنه وبعد ساعات فقط من ميلاده على TWETTER استعمل الآلي TAY عبارات وأقوال عنصرية ، جنسية، التحفظ، وعبارات أخرى يمكن تصنيفها في التحفيز على الكراهية، الاقصاء والعنصرية.

إن السؤال المطروح هو من المسؤول عن الخطأ اللإنساني للآلي TAY لوغاريتم مركز بذكاء اصطناعي، المصنع ((e concepteur) المنشئ، المستعمل المالك أو الـ CHATBOTS؟[41]

وفي 02 فيفري 2017 وفي إطار التقرير المتضمن للتوصيات للجنة الأوربية المتعلقة بقواعد القانون المدني الخاص بالروبوتيك ، حددت اللجنة

الخاصة بالمسائل القانونية أن القواعد السارية المفعول في مجال المسؤولية تشمل فقط الحالات التي يكون فيها سبب التصرف أو الامتناع (عدم العمل) الإنسان الآلي يمكن وصفها بالفعل الإنساني أي ردها إلى شخص طبيعي محدد (كالمنتج، القائم عليها ، المالك أو المستعمل) والذي يكون قد احتمل وعمل على تجنب الفعل الضار للآلي[42].

يتبين من خلال هذا أن التطورات التكنولوجيا والتي تؤدي إلى حد من الاستقلالية (الذاتية) للرجل الآلي (ROBOT) في أخذ القرارات يستدعي القول بأن القواعد التقليدية يمكن ألا تكفي لتحديد المسؤولية القانونية المترتبة عن الضرر المحدث بفعل الرجل الآلي لأنها لا تسمح بتحديد أي طرف يكون مسؤولا لغرض جبر الضرر الحاصل، ولا حتى الاشتراط على هذا الطرف الالتزام بالتعويض أو إصلاح هذا الضرر كما هو مبين في تقرير 27 جانفي2017[43] إن التطورات التكنولوجية الحديثة تثير بعض الإشكالات ذات الطابع الأخلاقي والفلسفي والقانوني على اعتبار أنها تتخطى المعالم التقليدية المتعلقة بما هو طبيعي أو اصطناعي. ولعل التساؤل الأهم هو كيف تحدد شروط الإنسانية أو كيف تحدد العناصر المتعلقة بتحديد إنسانية الإنسان؟ هذا في الجانب النظري ولعل السؤال أيضا مهم بالنسبة للناحية العملية " من هم الأشخاص المتمتعة بالحقوق؟

في إطار مقاربة قانونية يمكن أن نرى الروبوتيك (الإنسان الآلي) والذكاء الاصطناعي كوسائل وجدت لخدمة وتحسين عنصر الإنسان (الانسان المتجدد) ووسيلة بسيطة لامتداد الانسان، ويمكن أيضا اعتبارها كنتائج للتطورات التكنولوجية الحديثة والمنتهية إلى كائنات تقترب أو تتشابه في نظامها القانوني

سواء من قريب أو من بعيد لذلك الخاص بإنسان متطور أو المنتهية إلى نوع جديد من الكائنات. في إطار هذا التطور يمكن للذكاء الاصطناعي والروبوتيك (الإنسان الآلي) أن يرى كأشياء أو مواضيع للقانون، ومصدر لتفكير أساسي جديد حول الفكرة المتطورة للإنسان[44].

حيث أنه إذا ما وجد عامل أو عناصر متشابهة بين الإنسان والآلة والتي من خلالها يمكن أن تخلق علاقة فهل يجب مد حقوق الإنسان إلى ما وراء الإنسانية؟ وهل من الناحية الأخلاقية والقانونية أن نبقي الوضع على ما هو عليه؟ أو هل يجب إعادة دفع حدود ما نسميه بتطور النوع الإنساني؟

إن مجال هذه الأسئلة الفلسفية يخرج عن مجال دارس القانوني، غير أنها تتدخل في تحديد المسؤولية عن فعل الذكاء الاصطناعي الضار، ذلك أن مجال المسؤولية هو مجال جد دقيق ويعني بالتفاصيل التي تحدد من يجب عليه تعويض الضرر الناتج عن الفعل الضار، استنادا إلى المبدأ العام والذي يقضي أن أيا كان يسبب بفعله ضررا للغير وجب عليه جبر هذا الضرر، بعيدا عن التعقيدات الفلسفية التي قد ينجر عنها العجر التام عن تحديد المسؤول بالنظر إلى تعقيد فكرة الذكاء الاصطناعي وتشعبها.

إن تعريف الذكاء الاصطناعي ليس بالأمر البسيط فالمجالات الخاصة به واسعة جدا لدرجة استحالة إرجاعها إلى مجال بحثي خاص، فهي برامج متعدد الاختصاصات، حيث تتضمن فهم طريقة عمل المعرفة الإنسانية، وإعادة خلقها أو إنشائها، وخلق أنظمة تفكيرية متشابهة لتلك الخاصة بالشخص الطبيعي، وهو ما يجعل مجالاتها واسعة جدا سواء تعلقت بالإجراءات التقنية المستعملة، أو المجالات المطلوبة فيها (الرياضيات، إعلام آلي، علوم المعرفة...) ، كما تتعدد

طرق الذكاء الإصطناعي وتتنوع لتشمل مجالات شتى (علم الوجود، التعلم والتعليم، الشبكات العصبية...)، وفي حقيقتها هي ليست بالشيء الجديد على اعتبار أن الكثير من اللوغاريتمات المستعملة ما هي إلا تطوير لسابقاتها منذ عدة سنوات[45].

2-2-أثار الطبيعة غير المادية على مستوى الفعل الضار:

إن الفعل الضار في مجال المسؤولية الشخصية يقصد به فعل أو تصرف يترجم بواسطة تعبير عن الجسم المادي للإنسان، هذا الإجراء يمكن أن يتمثل في مجرد قول (كلام)، وعندما يكون هذا الفعل مجرد قول والذي بطبيعته هو غير مادي، تبقى الوضعية واضحة وذلك أن مصدر الضرر والذي هو الإنسان يمكن أن يتم تحديده بسهولة. فالإنسان هو من قام مثلا بنشر وتوزيع المعلومة الخاطئة وبالتالي يعتبر وحده المسؤول عن الضرر الحاصل، لأن القانون ينظر إلى الإنسان كعنصر جامع، مستقل والذي لا يمكن أن يكون موضوع تجزيئ بأي شكل كان، وبالتالي حتى وإن لم يتم تحديد الضرر فالعنصر الفاعل محدد إذا نكون أمام سياق والذي يكون فيه الضرر مثل العنصر الفاعل غير محدد وليس لديهم أي دائرة جغرافية[46].

ينص القانون على المسؤولين كعناصر قابلة للتحديد حتى بالنسبة للشخصية المعنوية في الشركات التجارية فقانونيا هي محددة ما دام لديها مقر اجتماعي معروف ومسجلة، إضافة إلى أن القانون لا يميز بين العنصر الفاعل وبين مركز اتخاذ القرار.

غير أن الضرر الحاصل عن الذكاء الاصطناعي يستوجب التجزيئ والتقسيم بل ويكون ضروريا بمناسبته للتمكن من تحديد الفعل المتسبب في الضرر.

يمكننا أن نتصور المثال التالي، حيث أن روبو أحدث ضررا للغير، فتحديد العنصر الفاعل للضرر يتوقف على طريقة عمل هذه الآلة، فإن كانت هذه الآلة هي موجهة من قبل ذكاء اصطناعي فيكون من المفيد التمييز بين المواد التي هي التجسيد المادي للآلة، وبين العناصر اللامادية والتي هي دماغ الآلة ليتم إسناد الضرر لمركز اتخاذ القرار للآلة. الإشكال هو أن الكثير من الإنسآلة المتمتعة بذكاء اصطناعي لا تملك أو تخلو من مركز اتخاذ القرار المدمج، وإنما تعمل بصورة موصولة. عمليا الفكرة تفترض أن العنصر الذكي لا يعتمد استشاراته الخاصة، حيث يمكن أن يستعين بإعانة خارجية فالسيارة ذاتية القيادة (المستقلة) تعمل بدون بنية تحتية لتطويرها رغم أن لديها نظام سير يعتمد على الأقمار الصناعية Satellites والاتصالات بين السيارات[47].

يتمثل الإشكال الثاني المحتمل هو أن فعل الذكاء الاصطناعي عادة ما يكون غير قابل للحجز في الحالة أين يقوم العنصر اللامادي بأفعال غير مادية ضارة. تقنيا هذا الفعل هو نتاج منطق وتفاعل لمعلومات والتي تنتهي إلى مثل هذه النتيجة، إن تكييف هذا الطريقة بكونها فعل ثم اسناده للذكاء الاصطناعي سيكون أمرا معقدا خاصة عندما يكون ناتج عن مجموعة من الشيفرات (code) المتفاعلة بفعل حقول الكترونية. إضافة إلى أن الصعوبة أيضا ستكون على مستوى تحديد المحكمة المختصة، وهو ما يمثل وضعية غير متوقعة (وضع مفاجئ) بالنسبة للضحية، عموما فيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية فالضحية

لها الحق في اختيار مطالبة المسؤول إما أمام محكمة موطن المطلوب أو محكمة حصول الضرر أو مكان وقوع الفعل الضار[48].

إن تطبيق هذه القواعد في مجال الذكاء الاصطناعي يظهر صعبا للغاية بسبب عدم وجود دائرة جغرافية سواء بالنسبة للذكاء الاصطناعي أو بالنسبة للفعل، عندما يكون الذكاء الاصطناعي بلا جسد ويعمل بصورة لا مادية فإن تحديد مكان الفعل الضار يظهر مستحيلا.

من خلال شرح مفهوم الذكاء الاصطناعي وفهم دقة عمله يمكننا أن نستخلص بأن تطبيق أنظمة المسؤولية الموجودة (الحالية) في منظومتنا القانونية الحالية سيكون صعبة، غير أن تطويعها من خلال قراءة جيدة ومناسبة للقضاء يمكن أن تنطبق هذه الأنظمة على الذكاء الاصطناعي.

2-3-محاولات معالجة إشكالية المسؤولية في مجال الذكاء الاصطناعي:

إن ما يجب التأكيد عليه وإلى غاية الساعة أن الذكاء الاصطناعي لا يتمتع بالإدراك وهوما يحول دون مكنة الحديث عن مسؤوليته الذاتية من غير استبعاد قيام قواعد المسؤولية المدنية عن نشاطه القانوي، مع أخذ بعين الاعتبار قصور التحليل التقليدي لقواعد المسؤولية المدنية الموجودة عن الإحاطة بمسؤولية الذكاء الاصطناعي، وهو ما يستوجب البحث عن قولبة هذه المسؤولية في إطار الأسس التقليدية.

اتجهت الدول في محاولة الإحاطة بموضوع المسؤولية في مجال الذكاء الاصطناعي إلى ترتيب المسؤولية من خلال البحث في الأسس القانونية الموجودة. ففي فرنسا واستنادا إلى التوجيه الأوربي CEE/374/85 المتعلق بالمسؤولية

الخاصة بالمنتوجات غير الصالحة (الفاسدة)[49]، بل ودفع بالبعض الآخر إلى الحديث عن الاعتراف بالشخصية الالكترونية اعتمادا أو قياسا على فكرة الشخصية المعنوية للشركات التجارية[50].

إن الحديث عن نظام قانوني خاص للمسؤولية المدنية أو الجزائية للذكاء الاصطناعي لا يزال في مرحلة النقاشات الفقهية والدراسات البحثية، ولعل العالم العربي ليس في منئ من هذه التطورات، ويجب على التشريعات العربية النظر في بعث الدراسات القانونية المتخصصة والجدية لمعالجة أو استباق دراسة مختلف الاشكالات القانونية التي سيطرحها الذكاء الاصطناعي على المستوى الداخلي أو الدولي على غرار التشريعات الغربية[51].

خاتمة:

لإن كان الذكاء الاصطناعي من شأنه تخفيف الضغط على الإنسان خاصة تلك التي تستوجب الدقة اللامتناهية، بالنظر إلى كثر التفاصيل وتعقيداتها والتي تحتاج إلى تركيز عقلي جد كبير وحضور ذهني متواصل، وقرارات سريعة حساسة لا تحتمل التأخير، فإن عدم التبصر بالمخاطر والمسؤوليات القانونية التي قد تترتب عن أخطاء هذه التقنيات والبرمجيات من شأنه التأثير على الأمن القانوني المشترط في المجتمعات المعاصرة.

إن البحث في مجال المسؤولية عن أفعال الذكاء الاصطناعي الضارة أمر ليس باليسير وإن كانت الحلول المعتمدة إلى غاية الساعة لا تخرج عن اعتماد النظريات المكرسة في مختلف التشريعات القانونية، بدء من اللجوء إلى تكييف الذكاء الاصطناعي المدمج في الآلة بكونه شيء مادي وبالتالي تترتب المسؤولية في

هذا المجال استنادا إلى أحكام المسؤولية عن الأشياء، أو مسؤولية، غير أن الإشكال يبقى مطروحا بالنسبة للذكاء الاصطناعي غير المدمج بالنظر إلى عدم وجود قالب قانوني ينسجم مع الطبيعة المعنوية له مما يستدعي ربما التفكير في الاعتراف بالشخصية القانونية الالكترونية، تأسيسا على الشخصية المعنوية التي وجدت لحل الإشكالات القانونية المتعلقة بالشركات التجارية والكيانات المشابهة.

إن محاولة تحديد الفاعل في الذكاء الاصطناعي لا يمكن الاعتماد عليه في بيان المسؤولية ذلك أن الذكاء الاصطناعي لا يتمتع بالإدراك والوعي، وهو ما يجعله قانونا غير مسؤول (مثله مثل القاصر) وهو ما يستتبع البحث عن المسؤولية المشتركة انطلاقا من المصمم، المصنع، المروج، المطور ووصولا إلى المالك والمستخدم.

كما الحديث عن المسؤولية المشتركة يزيد من تعقيد مسألة المسؤولية عن الذكاء الاصطناعي على اعتبار أن البحث عن الخطأ سيكون أمرا صعب المنال، وهو ما يتطلب البحث عن وضع قواعد خاصة تحكم وتنظم مجالات الذكاء الاصطناعي المختلفة.

أخيرا نقول أن البحث في مجال تأثيرات الذكاء الاصطناعي في شتى المجالات عموما وفي المجال القانوني خصوصا تبقى حديثة بالنظر إلى التطورات اليومية التي يشهدها العالم في مجال الروبوتيك، والذكاء الاصطناعي بالنظر إلى حجم الاستثمارات الكبيرة التي تضخ في الأبحاث المتعلقة بها، وهو ما يجعل المجال مفتوحا للباحثين في مختلف التخصصات على البدء في تأطير هذه

التحولات التشريعية والقانونية لمجابهة الظواهر المستحدثة بفعل الذكاء الاصطناعي.

الهوامش:

[1] file:///C:/Users/user/Desktop/droit%20et%20inteligence-مدخل-الى-عالم-الذكاء-الاصطناعي-kutub-pdf.net%20(1).pdf

[2] A. Bensamoun et G. Loiseau, L'intelligence artificielle : faut-il légiférer ? D., 2017, p. 581. A. Bensamoun et G. Loiseau, L'intégration de l'intelligence artificielle dans l'ordre juridique en droit commun : questions de temps, D. IP/IT, 2017, p. 239. Th. Daups, Le robot, bien ou personne ? Un enjeu de civilisation ? Petites affiches, 2017, n° 94, p. 7. X. Delpech, Vers un droit civil des robots, AJ Contrat d'affaires – Concurrence – Distribution, 2017, p. 148. X. Labbée, Le robot mari libère la femme, Gazette du Palais, 2017, n° 10, p. 13. M-C Lasserre, L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du future ? Petites affiches, 2017, n° 130, p, 6. A. Bensamoun, Des robots et du droit, D., 2016, p. 281. R. Chatila, Intelligence artificielle et robotique : un état des lieux en perspective avec le droit, D. IP/IT, 2016, p. 284. G. Courtois, Robots intelligents et responsabilité : quels régimes, quelles perspectives ? D. IP/IT, 2016, p. 287. A. Mendoza Caminade, Le droit confronté à l'intelligence artificielle des robots : vers l'émergence de nouveaux concepts juridiques ? D., 2016, p. 445. N. Nevejans, Le robot qui voulait devenir un homme… ou le statut juridique de l'androïde, In F. Defferrard Sous dir, Le droit saisi par la science-fiction, Mare & Martin, coll. Libre Droit, 2016, p. 137s. A. Bensamoun, Droits des robots : science-fiction ou anticipation. 2015, p. 1640. P-J. Delage, Le statut juridique du robot, In X. Labbée Sous dir, L'homme augmenté face au droit, Presses Universitaires du Septentrion, coll. Droit, 2015, p. 51. X. Labbée, Épouser une femme robot, Gazette du Palais, 2014, n° 352, p. 5. G., 1231, aussi : , Bill Gates, Stephen Hawking et Elon Musk avaient évoqué les dangers de l'intelligence artificielle,

puisqu'elle avait été présentée comme pouvant se retourner contre l'homme il pourrait arriver que l'humanité coure un péril si « l'intelligence artificielle [surpassait] les capacités intellectuelles humaines », p12, https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/571379/IPOL_STU%282016%29571379_FR.pdf

[3] Règles de droit civil sur la robotique : Résolution du Parlement européen du 16 février 2017 contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique (2015/2103(INL) – P8_TA-PROV (2017) 0051), Disponible sur : http://www.europarl.europa.eu/. Rapport de C. De Ganay, et D. Gillot, n° 464 tome I (2016-2017) - 15 mars 2017. Robots : les députés de la commission des affaires juridiques demandent des règles européennes. Communiqué de presse. 12-01-2017, 114s. http://www.europarl.europa.eu/news/fr/press-room/20170110IPR57613 . Robots : les députés de la commission des affaires juridiques demandent des règles européennes. Parlement européen – Communiqué de presse. 12-01-2017. https://iatranshumanisme.com/2017/01/15.

Parmi les initiatives en peut citer à titre d'exemples :

° La cellule « Veille et prospective » de l'Inria a publié un Livre blanc consacré à l'intelligence artificielle afin de donner une vision globale des problématiques engendrées, au regard du constat selon lequel « la recherche en IA a permis de réaliser d'importants progrès dans la dernière décennie, et ce, dans différents secteurs. Les avancées les plus connues sont celles réalisées dans l'apprentissage automatique, grâce notamment au développement d'architectures d'apprentissage profond, des réseaux de neurones convolutifs multicouche, dont l'apprentissage s'opère à partir de gros volumes de données sur des architectures de calcul intensif » ;

° l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques a publié son rapport le 15 mars 2017, qui « présente aussi les enjeux éthiques, juridiques, économiques, sociaux et scientifiques de ces technologies » ;

° le gouvernement a lancé, le 20 janvier 2017, la démarche France IA, composée de plusieurs groupes de travail, dont un dédié aux problématiques juridiques, qui conclut à la nécessité de coupler « les mécanismes et régimes juridiques actuels » à la « souplesse contractuelle » pour « faire face aux évolutions technologiques en apportant, sauf cas particuliers, un niveau de sécurité juridique satisfaisant ».

°De plus, dans une résolution législative contenant des recommandations faites à la Commission européenne sur les règles de droit civil sur la robotique et l'intelligence artificielle adoptée le 16 février 2017, les députés européens soutiennent qu'un projet législatif est urgent pour mettre en place des normes éthiques et clarifier les règles juridiques, « l'autonomie des robots posant la question de leur nature à la lumière des catégories juridiques existantes ou de la nécessité de créer une nouvelle catégorie dotée de ses propres caractéristiques et effets spécifiques ».

Enfin, aux États-Unis, le rapport « Preparing for the future of AI » d'octobre 2016 (3) recommande de développer une réglementation minimale et de la rattacher, lorsque cela est possible, à des schémas préexistants, comme dans l'industrie de l'automobile ou de l'aviation pour les véhicules autonomes.
Ces initiatives, dont la liste n'est pas exhaustive, sont justifiées par les problématiques juridiques engendrées par cette technologie, notamment celles de responsabilité et de propriété intellectuelle ; plus la machine intelligente devient autonome, moins les cadres juridiques préexistants se trouvent adaptés., Marie SOULEZ, Questions juridiques au sujet de l'intelligence artificielle, Enjeux numériques – N°1 – mars 2018, in : http://www.annales.org/enjeux-numeriques/2018/en-2018-01/EN-2018-03-15.pdf .

[4] CÉDRIC VILLANI, donner un sens a l'intelligence artificielle, pour une strat2gie nationale et européenne, Mission confiée par le Premier Ministre Édouard Philippe, Mission parlementaire du 8 septembre 2017 au 8 mars 2018, p9, file:///C:/Users/user/Desktop/droit%20et%20inteligence/184000159.pdf .

[5] Marie SOULEZ, Questions juridiques au sujet de l'intelligence artificielle, Enjeux numériques – N°1 – mars 2018, Annales des Mines, file:///C:/Users/user/Desktop/droit%20et%20inteligence/EN-2018-03-15.pdf .
Aussi :l'intelligence artificielle est : « une branche de l'informatique qui vise à représenter des fonctions cognitives humaines comme le raisonnement, la mémorisation, le jugement, la décision et à confier aux ordinateurs une partie de ces facultés que nous considérons comme relevant de l'intelligence. « Est intelligente une machine qui fait illusion et passe pour intelligente aux yeux des hommes », disait Turing, un des inventeurs de l'ordinateur ». D. BOURCIER. « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? ». Droit et Société. n°49, 2001, p.847 disponible sur : file:///C:/Users/user/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/DRS_049_0847%20(2).pdf

[6] (Norme ISO 2382−28), L'IA consiste à faire faire à une machine ce que l'homme fait moyennant une certaine intelligence, indique Marvin Minsky, l'un des fondateurs de l'intelligence artificielle. Les grandes quantités de données structurées et non structurées, occasionnées par un monde de plus en plus connecté sont devenues des matières premières pour créer des innovations de services, de procédés et de produits dans plusieurs industries.http://www.yulcom-technologies.com/intelligence-artificielle/

[7] ولعل الأمثلة التالية فيها الكير من الدلالة على ولوج الذكاء الاصطناعي إلى الحياة اليومية للإنسان:
Google, très impliqué dans l'intelligence artificielle, procède habituellement par rachat. En 2014, Google a acheté la société anglaise DeepMind, qui avait développé des réseaux de neurones pour jouer aux jeux vidéo. Mais l'objectif avoué de DeepMind est actuellement de « comprendre ce qu'est l'intelligence ». DeepMind est célèbre pour son programme AlphaGo, qui a battu le champion du monde de go. En

octobre 2017, le programme a franchi une étape supplémentaire : en jouant contre lui-même, non seulement son apprentissage a été plus court, mais surtout il est devenu plus fort que la version précédent Nous avons ici un premier exemple d'apprentissage non supervisé, facilité par le fait que le contexte, à savoir les règles du jeu de go, est parfaitement mathématisable. Google a aussi son propre moteur de recommandation nommé Google Home, un haut-parleur et un assistant vocal disponible en trois versions différentes. **Amazon** utilise de l'intelligence artificielle dans son moteur de recommandation, nommé Echo, et dans ses assistants basés sur son système de reconnaissance vocale, Alexa, disponible en sept versions différentes. Via son offre de services dans le cloud, Amazon propose également des services fondés sur l'intelligence artificielle, comme la reconnaissance de la parole ou des robots de discussion, les fameux chatbo.**Facebook** est un énorme utilisateur d'intelligence artificielle. Il choisit les messages qu'il affiche en utilisant un moteur de type moteur de recommandation. Récemment, Facebook a mis en place un moteur d'intelligence artificielle pour détecter les tendances suicidaires Comme le dit Joaquin Candela, directeur du département d'intelligence artificielle appliquée, « Facebook n'existerait pas sans intelligence artificielle. **Apple** investit énormément dans l'intelligence artificielle et propose même un blog où sont expliquées ses recherches Siri en est l'expression la plus évidente : ce système de reconnaissance de la parole très performant utilise des réseaux de neurones de dernière génération qui permettent de comprendre des commandes même dans des environnements très bruyants, comme dans la rue. Apple va également bientôt lancer son propre moteur de recommandation, nommé HomePod, un haut-parleur connecté avec Apple Music. **IBM** a créé Watson, un système d'intelligence artificielle pour jouer, à ses débuts, au jeu Jeopardy, l'équivalent américain de l'émission française Questions pour un champion. Watson a analysé 200 millions de pages pour finalement battre les anciens champions et ainsi gagner le premier prix. Maintenant, Watson est proposé par IBM dans d'autres domaines, comme la médecine ou le droit. IBM présente aussi un blog sur le sujet de l'intelligence artificielle La question majeure est le degré d'ouverture de ces systèmes. IBM propose des interfaces de programmation à Watson qui sont ouverte, tout comme Amazon propose des interfaces sur son système d'apprentissage profond. Donc tout le monde peut, à peu de frais, se connecter à ces systèmes et en bénéficier. Facebook, en revanche, ne partage pas la plupart de ses recherches, ne propose pas encore d'interfaces de programmation permettant de les utiliser, mais a récemment mis en accès libre son environnement d'apprentissage, Caffe2. Cette apparente simplicité de connexion n'est pas suffisante : il faut insister sur le fait que ce ne sont pas les algorithmes qui détiennent la valeur principale, mais les données d'apprentissage. Ces systèmes d'intelligence artificielle sont d'autant plus performants qu'ils sont contextualisés et ont donc besoin de données ciblées pour profiter d'un apprentissage efficace. En 1988, le chercheur en informatique indien Raj Reddy définissait ainsi les grands challenges de l'intelligence artificielle : le téléphone qui traduit (en cours de

développement), le champion de jeu d'échecs (réalisé), la résolution de théorèmes mathématiques (certains théorèmes le sont déjà), les voitures autonomes (réalisé), les systèmes auto-organisant (en cours) et les systèmes auto répliquant (en cours) voir : Serge SOUDOLOPLATOFF, L'INTELLIGENCE ARTIFICIELLE : L'EXPERTISE PARTOUT ACCESSIBLE À TOUS, LA FONDATION POUR L'INNOVATION POLITIQUE, février 2018, in : file:///C:/Users/user/Desktop/IA%20intelligence/122-SOUDOPLATOF_2018-02-16_web.pdf .

[8] Jacques Baudron, L'intelligence artificielle faible n'enfantera pas l'IA forte, in USBEK et RICA, https://usbeketrica.com/article/intelligence-artificielle-faible-forte. Autrement dit : intelligence artificielle forte (définition):l'Intelligence artificielle forte fait référence à une machine capable de produire un comportement intelligent et aussi d'éprouver une impression d'une réelle conscience de soi, de vrais sentiments. La machine serait donc apte a comprendre ce qu'elle fait. De fait que l'intelligence est de source biologique, donc matérielle, les scientifiques ne voient pas de limites à pouvoir réaliser un jour une intelligence consciente sur un support matériel. Mais cela suscite de nombreux débats. Le fait qu'à l'heure actuelle, si il n'y a pas d'ordinateurs ou de robots aussi intelligents que l'homme, ce n'est pas un problème de matériel, mais de conception (d'après cela, nous pouvons donc considérer qu'il n'y a pas de limite fonctionnelle. Pour pouvoir déterminer si une machine peut être considérée comme ayant une intelligence artificielle forte, il faut que celle-ci aie réussi à passer le test de Turin par contre Intelligence artificielle faible (définition) : l'intelligence artificielle faible constitue une recherche effectuée par un ingénieur : chercher à construire des systèmes de plus en plus autonomes, des algorithmes capables de résoudre des problèmes d'une certaine classe. Mais dans ce cas la machine fait comme si elle était intelligente. Des exemples concrets sont les programmes conversationnels qui tentent de passer le test de Turing. Ces programmes semblent « intelligents », mais ne le sont pas. On en voit des exemples concrets avec les programmes conversationnelles qui tentent de passer le test de Turing disponible in : http://tpe-intelligence-artificielle.e-monsite.com/pages/i-2-ia-forte-et-ia-faible.html

[9] Boris Barraud, Boris Barraud, L'intelligence de l'intelligence artificielle, p 14, in file:///C:/Users/user/Desktop/IA%20intelligence/Lintelligence_de_lintelligence_artificie%20(1).pdf

[10] www.aiforhumanity.fr/pdfs/missionvillani_vulgarisation_fr-vr.pdf

[11] http://www.engie.com/wp-content/uploads/2019/01/engie_livret_ai_fr_vf_pdf

[12] • d'une part, les données, qui sont les exemples à partir duquel l'algorithme va apprendre ; • d'autre part, l'algorithme d'apprentissage, qui est la procédure que l'on fait tourner sur ces données pour produire un modèle. On appelle entraînement le fait de faire tourner un algorithme d'apprentissage sur un jeu de données. P3 in https://www.dunod.com/sites/default/files/atoms/files/9782100780808/Feuilletage.pdf
voir aussi www.aiforhumanity.fr/pdfs/missionvillani_vulgarisation_fr-vr.pdf

[13] L'apprentissage supervisé est peut-être le type de problèmes de machine Learning le plus facile à appréhender : son but est d'apprendre à faire des prédictions, à partir d'une liste d'exemples étiquetés, les étiquettes servent de « professeur » et supervisent l'apprentissage de l'algorithme www.aiforhumanity.fr/pdfs/missionvillani_vulgarisation_fr-vr.pdf

[14] Boris Barraud, Op. Cit. p 18-19.

[15] LIVRE BLANC Intelligence artificielle Une approche européenne axée sur l'excellence et la confiance, COMMISSION EUROPÉENNE, Bruxelles, le 19.2.2020 COM(2020) 65 final, p 19, disponible sur : https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_fr.pdf

[16] www.aiforhumanity.fr/pdfs/missionvillani_vulgarisation_fr-vr.pdf

[17] : la plus connue est sans doute le programme de reconnaissance des visages de Facebook, récemment c'est la victoire d'AlphaGo qui a fait la Une, mais cela s'applique aussi à des secteurs comme l'automobile avec NVIDIA qui fournit des outils d'aide à la conduite assistée et autonome (ADAS), ou la santé avec la recherche de cellules cancéreuses par la start-up DreamQuark, ou encore la reconnaissance de parole. Ikram Chraibi Kaadoud, Thierry Viéville, L'apprentissage profond : une idée à creuser ?, in file:///C:/Users/user/Downloads/mozilla.pdf

[18] http://www.engie.com/wp-content/uploads/2019/01/engie_livret_ai_fr_vf_pdf

[19] déclaration L'intelligence artificielle, la robotique et les systèmes « autonomes », Commission Européenne, p 8-11, In : https://ec.europa.eu/research/ege/pdf/ege_ai_statement_2018_fr.pdf

[20] Les progrès des techniques d'apprentissage automatique ont entraîné le développement et l'utilisation croissante de systèmes non seulement automatisés, mais présentant aussi une certaine autonomie. Bien que le terme d'« autonomie » soit couramment employé pour décrire des applications de l'IA dans le débat public et politique, il ne semble pas y avoir de consensus au sein des milieux techniques sur le sens exact à lui donner et sur les conditions qu'une entité non humaine doit remplir pour être qualifiée d'« autonome ». Cependant, dans les documents politiques, le terme d'« autonomie » désigne souvent la capacité fonctionnelle, d'agents informatiques à accomplir des tâches de manière indépendante, ce qui suppose que ces agents « décident » de leur propre comportement sans intervention directe d'opérateurs et en l'absence de contrôle humain. Étude du Conseil de l'Europe DGI(2019)05 Rapporteur: Karen Yeung , Incidences des technologies numériques avancées (dont l'intelligence artificielle) sur la notion de responsabilité, sous l'angle des droits humains, Préparée par le Comité d'experts sur les dimensions des droits de l'homme dans le traitement des données et les différentes formes d'intelligence artificielle (MSI-AUT) disponible sur : https://rm.coe.int/responsability-and-ai-fr/168097d9c6

[21] Bonnet Adrien, la responsabilité du fait de L'Intelligence Artificielle, unv. Panthéon Assas, 2015 ; p6.

[22] Fanny DUPAS, LE STATUT JURIDIQUE DE L'ANIMAL EN FRANCE ET DANS LES ÉTATS MEMBRES DE L'UNION UROPÉENNE : Historique, bases juridiques actuelles et conséquences pratique, THESE : 2005 – TOU 3 – 4086 ; ANNEE 2005, p25-40, in : https://oaba.fr/PDF/these_2005_statut_juridique_de_l_animal.pdf

[23] Pour décrire le degré de contrôle ou de participation des opérateurs dans un système, la Royal Academy of Engineering distingue quatre niveaux différents : a) systèmes contrôlés : l'humain exerce un contrôle total ou partiel (exemple : une voiture ordinaire) ; b) systèmes supervisés : le système suit les instructions d'un opérateur (exemple : tour ou autre mécanisme industriel programmé) ; c) systèmes automatiques : accomplissent sans intervention d'un opérateur des fonctions définies (exemple : un ascenseur), et d) systèmes autonomes, qui s'adaptent, apprennent et peuvent prendre des « décisions »., Karen Yeung, Op. Cit. p 20.

[24] Sandra Oliveira, La responsabilité civile dans les cas de dommages causés par les robots d'assistance au Québec, Université de Montréal, Avril, 2016, p 50-51, disponible sur : https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/16239/Oliveira_Sandra_2016_memoire.pdf?sequence=2&isAllowed=y

[25] Informatique et société Chapitre 13 Chapitre 13 L'intelligence artificielle (IA) ; in http://www.nymphomath.ch/societe/IA/IA.pdf .

[26] https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Bicc_697.pdf , Bulletin d'information Arrêts publiés intégralement ; 1er mars 2009, p 9-17.

[27] NEVEJEANS (Natalie), responsabilité des Robots « appliquons nos règles de droit » le point.fr (17 avril 2017). Disponible sur : https://www.lepoint.fr/editos-du-point/laurence-neuer/responsabilite-des-robots-appliquons-nos-regles-de-droit-11-04-2017-2118933_56.php

[28] Aída Ponce Del Castillo, Une législation européenne sur la robotique et l'intelligence artificielle ?, Notes de prospective, #02 – Septembre 2017, in : file:///C:/Users/user/Downloads/Notes_Prospective_02_FR.pdf .

[29] Intelligence artificielle : les défis juridiques en matière de propriété intellectuelle, in ; **https://www.affiches-parisiennes.com/intelligence-artificielle-les-defis-juridiques-en-matiere-de-propriete-intellectuelle-8769.html Loi n°94-361 du 10 mai 1994 - art. 1 JORF 11 mai 1994 , S**ont considérés notamment comme œuvres de l'esprit au sens du présent code : (…) 13- Les logiciels, y compris le matériel de conception préparatoire (…)

[30] REGNAULD (Irénée), « On peut être contre l'intelligence artificielle par principe », Usbek & Rica [en ligne], https://usbeketrica.com/article/on-peut-etre-contre-lintelligence-artificielle-par-principe.

[31] Bonnet (Adrien), Responsabilité et intelligence artificielle, dalloz-actu-étudiant.fr

[32] « Guidelines on régulations robotics, Robolaw », 22 septembre 2014, rapport d'un projet collaboratif financé par la Commission Européenne, PDF, http//www.robolaw.eu/publicadocs.htlm

[33] NEVEJANS (Nathalie), « Responsabilité des robots: « Appliquons nos règles de droit! » », Le point.fr [en ligne], 11 avril 2017,p. 96, http://www.lepoint.fr/chroniqueurs-dupoint/laurence-neuer/responsabilite-des-robots-appliquons-nos-regles-de-droit-11-04- 2017-2118933_56.php

[34] TThomas Leemans, La Responsabilité Extracontractuelle de l'Intelligence Artificielle Aperçu d'un système bientôt obsolète, p 17-18, disponible in : https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis%3A11788/datastream/PDF_01/view .

[35] L'INRIA, un centre de recherche à vocation mondiale dispose de plus de 160 équipes projets reparties au sein de huit centres de recherche. Il est très actif sur tous les domaines de l'IA, « Les avancées les plus connues sont celles réalisées dans l'apprentissage automatique grasse notamment au développement d'architectures d'apprentissages profond des réseaux de neurones convulsifs multicouche, dont l'apprentissage s'opères a partir de gros volumes de données sur des architectures de calcul intensif » https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/etudes-et-statistiques/prospective/Intelligence_artificielle/2019-02-intelligence-artificielle-etat-de-l-art-et-perspectives.pdf , Livre Blanc disponible sur https://www.inria.fr/sites/default/files/2019-10/AI_livre-blanc_n01%20%281%29.pdf

[36] Rapport disponible sur : https://www.senat.fr/rap/r16-464-1/r16-464-11.pdf

[37] عرض للمبادرة متاح عبر الرابط:
https://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/Actus/85/7/Dossier_presse_France_IA_738857.pdf

[38] Voir le texte Adopté : https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_FR.pdf?redirect

[39] ALAIN BENSOUSSAN, Gouvernance de l'intelligence artificielle dans les grandes entreprises Enjeux managériaux, juridiques et éthiques, CIGREF réussir le numérique, p 42 et suite, disponible sur : https://www.cigref.fr/wp/wp-content/uploads/2016/09/Gouvernance-IA-CIGREF-LEXING-2016.pdf

[40] Par exemple, Tay, robot expérimental lancé par Microsoft, était conçue pour apprendre à mener une discussion en termes humains en observant les utilisateurs de Twitter et en dialoguant avec eux. Elle était censée s'améliorer au fil des interactions et, ainsi, livrer des enseignements sur la capacité des programmes d'IA à entrer en conversation avec les internautes. Hélas, en imitant les utilisateurs de Twitter, elle a très vite appris à lancer des bordées d'injures et de propos antisémites et haineux, conduisant Microsoft à fermer son compte. Les développeurs de Tay n'avaient pas anticipé ce phénomène ; pourtant, on peut avancer qu'il était

raisonnablement prévisible, compte tenu du volume et de la fréquence des posts injurieux sur Twitter. In : Étude du Conseil de l'Europe DGI(2019)05 Rapporteur: Karen Yeung, Responsabilité et IA, https://rm.coe.int/responsability-and-ai-fr/168097d9c6. Aussi Alain BENSOUSSAN, Op. Cit, p43.

[41] Marie SOULEZ, Questions juridiques au sujet de l'intelligence artificielle, Enjeux numériques – N°1 – mars 2018 – © Annales des Mines, in : http://www.annales.org/enjeux-numeriques/2018/en-2018-01/EN-2018-03-15.pdf

[42] Les règles en vigueur en matière de responsabilité couvrent uniquement les cas ou la cause des actes ou l'inaction du robot peut être identifié comme imputable a un être humain précis (fabricants opérateur, propriétaire ou utilisateur et ou cet acteur pourrait avoir prévu et donc éviter le comportement dommageable du robot ». Voir le Rapport disponible sur : https://www.senat.fr/rap/r16-464-1/r16-464-11.pdf.

[43] A-B considérant que, plus un robot est autonome, moins il peut être considéré comme un simple outil contrôlé par un autre acteur (le fabricant, l'opérateur, le propriétaire, l'utilisateur, etc.); qu'à cet égard se pose la question de savoir si les règles ordinaires en matière de responsabilité sont suffisantes ou si des principes et règles nouveaux s'imposent pour clarifier la responsabilité juridique des divers acteurs, à savoir la responsabilité qui leur incombe pour les actes ou l'inaction d'un robot dont l'origine ne peut être attribuée à un acteur humain en particulier, et pour déterminer si les actes ou l'inaction du robot qui ont causé des dommages auraient pu être évités.

A-C considérant qu'en fin de compte, l'autonomie des robots pose la question de leur nature et de leur appartenance à l'une des catégories juridiques existantes ou de la nécessité de créer une nouvelle catégorie dotée de ses propres caractéristiques et effets spécifiques ;

Projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique du 31 mai 2016 [2015/2103 (INL)], dit rapport Delvaux. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0005_FR.pdf

[44] Fille://c:/unsers/user/desktop/

[45] Sandra Oliveira, Op. Cit. p 57,58.

[46] Marie SOULEZ, Art. Cité.

[47] Sandra Oliveira, Op. Cit. p 87,88.

[48] Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche DEFR Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation SEFRI Recherche et innovation, Défis de l'intelligence artificielle Rapport du groupe de travail interdépartemental « Intelligence artificielle » au Conseil fédéral, p9 et suite, disponible in : file:///C:/Users/user/Downloads/bericht_idag_ki_f%20(1).pdfv

[49] Aida Ponce Del Castillo, une législation européenne sur la robotique et l'intelligence Artificielle, Note Perspective, 02 septembre 2017, unité perspective, p2

[50] Face à l'orthodoxie juridique qui refuse de conférer à l'intelligence artificielle la personnalité juridique, la Commission européenne a opté pour une solution médiane, « une approche équilibrée, selon ses propres termes. Dans son projet de rapport contenant des recommandations à la Commission concernant des règles de droit civil sur la robotique du 31 mai 2016, la commission des affaires juridiques du Parlement européen proposa « la création d'une personnalité juridique spécifique aux robots, pour qu'au moins les robots autonomes les plus sophistiqués puissent être considérés comme des personnes électroniques dotées de droits et de devoirs bien précis, y compris celui de réparer tout dommage causé à un tiers; serait considéré comme une personne électronique tout robot qui prend des décisions autonomes de manière intelligente ou qui interagit de manière indépendante avec des tiers, Elle a proposé de donner à l'intelligence artificielle la personnalité électronique. Théo Doh-Djanhoundy, Le statut juridique de l'intelligence artificielle en question, p13, file:///C:/Users/user/Downloads/Lestatutjuridiquedelintelligenceartificielleenquestion.pdf

[51] Le recours à l'un des fondements existants de la responsabilité civile objective : du fait des produits défectueux, du fait des choses peut convenir dans les cas d'intelligence artificielle « non autonome » : la responsabilité du producteur du fait des produits défectueux pourrait être engagée pour défaut de conception ou d'exécution d'un produit. Toutefois, ce renvoi aux articles 1245 et s. du Code civil risquerait de se heurter aux objections suivantes : détermination de la défectuosité au moment de la commercialisation (car il est possible que le système évolue entre sa commercialisation et la survenance du dommage), établissement du lien de causalité entre le dommage et le défaut et plus globalement à l'application de ce régime aux biens immatériels. En outre, la question de la cause d'exonération fondée sur le risque de développement au champ d'application jusqu'ici très limité pourrait prendre une autre dimension dans ce nouveau contexte. Ceux qui sont favorables à l'application d'un régime de responsabilité du fait des produits défectueux, estiment qu'il appartiendrait dans ce cas à la collectivité de supporter le coût de l'innovation. La responsabilité du fait des choses pourrait selon certains auteurs être plus pertinente du fait notamment de la distinction de la garde de la structure et du comportement. Mais il n'est pas totalement certain que les notions de garde de la structure et du comportement résistent à l'intelligence artificielle « forte ». Certains s'interrogent en outre sur l'opportunité de redonner vie au régime de la responsabilité du fait des choses qui a perdu de sa pertinence depuis l'introduction de l'indemnisation des accidents du travail et la loi Badinter sur les accidents de la circulation. De plus, cela signifierait une extension expresse à l'article 1243 du projet de réforme du champ d'application de cette responsabilité, aux choses incorporelles, ce qui ne serait pas neutre au regard notamment de son application potentielle à l'information. Un certain nombre de spécialistes y sont cependant favorables en lui donnant un champ large incluant objets corporels et incorporelles mais également prestations de services intelligentes et en faisant reposer la responsabilité sur le gardien de la structure, c'est-à-dire du programme, RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL , LA REFORME DU DROIT FRANÇAIS DE LA RESPONSABILITE CIVILE ET LES RELATIONS

ECONOMIQUES , Avril 2019 ,p107, 108, le rapport disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf

ISSB: 978-9931-9651-0-7

التحكيم عن بعد وسيلة لفض منازعات عقود التجارة الالكتروني
دراسة تحليلية مقارنة

د/ أوان عبد الله الفيضي
كلية الحقوق جامعة الموصل، العراق

ISBN: 978-9931-9651-0-7

التحكيم عن بعد وسيلة لفض منازعات عقود التجارة الالكترونية دراسة تحليلية مقارنة

Arbitration by distance means a dispute settlement of electronic commerce contracts Comparative analytical study

الدكتور: أوان عبد الله محمود الفيضي (*)

ملخص: غني عن البيان ان التطور الحاصل في مسائل الاتصالات الحديثة واجراء المعاملات والعقود الالكترونية قد استلزم تطوير اسلوب خاص في فض النزاعات الناجمة عنها وذلك بتطوير اسلوب التحكيم ليتناسب ويتلاءم مع هذه التطورات السريعة التي فرضت نفسها من دون سابق انذار , فكان التحكيم عن بعد الاسلوب الامثل والاكثر ملائمة لهذه البيئة الافتراضية ,حيث اصبح حقيقة واقعا مفروضا ومتسارعا لا يمكن اغفاله, لذا كان يتعين على عمليات التحكيم التقليدية ان لا تقف مكتوفة الايدي امام هذا التطور, حيث ادى استخدام الانترنت على نحو واسع في مجالات المعاملات القانونية الى خلق نوع جديد من المعاملات تمثلت بالمعاملات الالكترونية, فجاء التحكيم عن بعد ليسهم في حل بعض النزاعات وليتناسب مع هذا التطور السريع , لذا نوصي المشرع العراقي خاصة بضرورة إصدار تشريع خاص يعالج التحكيم في المواد المدنية والتجارية والادارية في العراق ويضم التحكيم الداخلي والدولي اسوة بالقوانين العربية الاخر ,ويواكب التطور الحاصل في عالم التحكيم, ويحمل في طياته نصوصا خاصة تعالج التحكيم التجاري الالكتروني.

الكلمات المفتاحية: (التحكيم ,عن بعد , اجراءات, الالكترونية)

(*)-، **أستاذ محاضرة ، جامعة الموصل العراق**

Abstract : It goes without saying that the development taking place in modern communication issues and conducting electronic transactions and contracts has necessitated the development of a special method in settling disputes arising from it by developing the arbitration method to fit and fit with these rapid developments that imposed themselves without warning, so remote arbitration was the most appropriate and optimal method This virtual environment, where it has become a reality imposed and accelerated can not be overlooked, so traditional arbitration operations should not stand idly before this development, as the widespread use of the Internet in the areas of legal transactions has created a new type of transaction represented by electronic transactions So, remote arbitration came to contribute to resolving some disputes and to suit this rapid development, so we recommend that the Iraqi legislator in particular need to issue special legislation dealing with arbitration in civil, commercial and administrative articles in Iraq and includes internal and international arbitration similar to other Arab laws, and keep pace with the progress in the world of arbitration, It contains special provisions dealing with electronic commercial arbitration.

Mots Clés :(arbitration, remote, procedures, electronic).

مقدمة :

مقدمة :

لا شك أن التطور الهائل الذي يشهده العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات ألقى بظلاله على سلوك المجتمعات في شتى نواح الحياة، فظهر ما يعرف بالشبكة العنكبوتية الانترنت فحول العالم إلى قرية صغيرة تجري فيها كافة التعاملات بجهد يسير دون الحاجة إلى التنقل والانتظار, اذ تشكل شبكة الانترنت في عصرنا الحالي ثورة عالمية تضاهي الثورة الصناعية، حيث أتاحت للمتعاملين فيها إمكانيات كثيرة ومتعددة كالتجارة والتسوق والدعاية وإبرام العقود المختلفة دون حاجة إلى التنقل أو التواجد المادي، فأصبح تبادل المعلومات والسلع وإجراء الحجوزات وغير ذلك أمرا غاية في السهولة يتم بأقل جهد ووقت ممكن، حتى غدا عصب الحياة في كل النواحي وخاصة التجارية والاقتصادية.

ونظرا لازدياد استخدام شبكة الإنترنت في شتى مجالات الحياة، فان النزاعات التي تنشأ عنها اصبح في تزايد خاصة في مجال التجارة الالكترونية التي أصبح لها أهمية بالغة الان في ظل هذ التطور السريع , وفي فض المنازعات عن طريق التحكيم عن بعد الذي يوفر العديد من المزايا التي لا يوفرها أي نظام قانوني آخر لفض المنازعات كالسرعة والفاعلية وقلة التكاليف بالإضافة إلى كونه اصبح حقيقة وواقعا مفروضا ومتسارعا لا يمكن اغفاله حيث تمثل نوع من انواع العدالة الخاصة والمتمثلة بالطريق الاستثنائي والنظام الخاص الاجرائي لفض المنازعات من قبل طرف محايد يستمد مهمته من اطراف النزاع بإصدار قرار حاسم نهائي وملزم في الخصومة لحل النزاع بينهم.

المشكلة :- تتحدد مشكلة البحث في معرفة تأثيرات تكنولوجيا المعلومات في عمليات التحكيم عن بعد واجراءاتها ؟ وبالطبع تندرج تحت هذه الإشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية التي بالإجابة عنها نكون قد اجبنا على الإشكالية

الرئيسية: فهل هناك تأثيرات لشبكة الانترنت على عمليات التحكيم, وكيف يكون التحكيم في ظلها, وما المقصود بالتحكيم عن بعد, وما هي خصائصه ومدى فاعليته,وماهي اجراءات اقامة الدعوى واصدار قرار التحكيم عن بعد؟ لذا فقد استدعى البحث عن وسائل لتسوية المنازعات بطريقة الكترونية تتوافق وطبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة والدقة, فجاء التحكيم عن بعد ليسهم في حل بعض الاشكاليات وليتناسب مع التطور الهائل للعالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات .

الاهداف:- لا شك أن التحكيم عن بعد يعد احد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات وما ترتب عنها من تغيير في سلوك المتعاملين عبر الفضاء الالكتروني فالتحكيم عن بعد لا يختلف كثيرا عن التحكيم في الزمن العادي وبصورته التقليدية الا من خلال الوسيلة المستخدمة التي يتم عن طريقها اجراء التحكيم في عالم افتراضي حيث لا وجود للورق ولا للحضور المادي الفعلي من قبل اطراف الخصومة التحكيمية, وحتى القرارات الصادرة من هذه العملية تصدر موقعة وكاملة وممكن اتخاذ اجراءات التنفيذ الفعلي عن بعد, وهذه التجربة تحتاج فعلا الى وقفة عالمية لوضع استراتيجية عالمية شاملة للعمل على معالجة السلبيات التي نتجت عنها فيتعين على عمليات التحكيم التقليدية ان لا تقف مكتوفة الايدي امام هذا التطور في وسائل الاتصال الفوري ,حيث ادى استخدام الانترنت على نحو واسع في مجالات المعاملات القانونية الى خلق نوع جديد من المعاملات تمثلت بالمعاملات الالكترونية مما اثار مسألة ضرورة تبني قواعد اجرائية تحفظ لأطراف المعاملة حقوقهم فاستدعى البحث عن وسائل لتسوية منازعاتهم بطريقة الكترونية تتوافق وطبيعة تلك المعاملات من حيث السرعة والدقة, فجاء التحكيم عن بعد ليسهم في حل الاشكاليات وليتناسب مع التطور في مجال تكنولوجيا المعلومات.

المنهج:- هذا ما سنتناوله في هذه الدراسة معتمدين في ذلك على المنهج التحليلي والمقارن وذلك بمقارنة ما جاء به القانون العراقي والمصري والسوري والاردني والفرنسي, فضلا عن الاستئناس ببعض القوانين العربية.

النطاق:- ولبيان نطاق الدراسة لابد من ذكر ان بحثنا هذا قد انصب على جانب من جوانب التحكيم عن بعد ,وذلك بيان مفهوم هذا النظام الاجرائي الالكتروني الخاص بإطاره القانوني واجراءات اقامة الدعوى واصدار قرار التحكيم عن بعد.

الهيكلية:-لذا قسم البحث على ثلاثة مباحث: المبحث الأول: مفهوم التحكيم عن بعد, وبه ثلاثة مطالب الاول: تعريف التحكيم عن بعد, والثاني: خصائص التحكيم عن بعد, والثالث: مدى فاعلية التحكيم عن بعد, والمبحث الثاني: اجراءات اقامة دعوى التحكيم عن بعد,وبه ثلاثة مطالب الاول: متطلبات تقديم بيان مكتوب بإقامة دعوى التحكيم عن بعد والثاني: متطلبات تقديم البيانات الالكترونية اللازمة لعريضة دعوى التحكيم عن بعد, والثالث: متطلبات تقديم دعوى التحكيم عن بعد في الميعاد المعين,والمبحث الثالث: اجراءات اصدار قرار التحكيم عن بعد وبه ثلاثة مطالب, الاول: الاجراءات المتعلقة بميعاد اصدار قرار التحكيم عن بعد, والثاني: الاجراءات المتعلقة بالمداولة في التحكيم عن بعد, والثالث: الاجراءات المتعلقة بالتصويت على قرار التحكيم عن بعد, وخاتمة: اشتملت على النتائج والتوصيات.

المبحث الأول/مفهوم التحكيم عن بعد

مما لا شك فيه أن الكلام عن ماهية الشيء يستلزم بطبيعة الحال البحث في تعريفه, وبيان خصائصه التي تميزه عن غيره ومدى فاعليته,ونظرا الى حداثة مصطلح التحكيم عن بعد فان الامر يتطلب عملية تحديده باستعراض, وذلك حسب المطالب الآتية: **المطلب الاول/ تعريف التحكيم عن بعد. المطلب الثاني/ خصائص التحكيم عن بعد. المطلب الثالث/ مدى فاعلية التحكيم عن بعد.**

المطلب الاول/تعريف التحكيم عن بعد

بات معلوما بأن التحكيم وسيلة يتم بموجبها تسوية المسألة محل النزاع ويعهد بهذه المسألة إلى شخص أو أكثر يسمى المحكم أو المحكمين شريطة اتصافهم بالحياد، ويقوم المحكمون بتسوية المسألة محل النزاع وفق الاتفاق المبرم ويكون حكمهم ملزماً للأطراف[1(1)], حيث ان المعاملات الالكترونية وخصوصا التجارة الالكترونية تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، ولا يتماشى ذلك مع بطء الاجراءات لدى القضاء العادي فضلا عن ظهور موانع اخر خصوصا في الوقت الحاضر تحول دون حصول التحكيم العادي نتيجة ظهور ازمة جائحة كورونا مما أدى ذلك إلى ظهور أهمية التحكيم عن بعد كصورة حديثة متطورة للتحكيم التقليدي، ولما يتميز به من مزايا كالسرعة والمرونة التي لا تتوافر في القضاء العادي . وتتعدد تسميات التحكيم عن بعد رغم وحدة دلالاتها, فمنها ما يطلق عليه التحكيم عبر الانترنيت او التحكيم الالكتروني أو التحكيم الشبكي أو التحكيم على الخط أو التحكيم المباشر, ولغايات هذه الدراسة سنعتمد على مصطلح التحكيم عن بعد, لان استخدام مصطلح الإلكترونية هي توصيف للنشاط المعين الالكتروني, لذا فمن الانسب ان تكون التحكيم عن بعد.

فالتحكيم عموما يقوم اساسا على مبدا سلطان الارادة بمعنى انه يجب ان يكون لإرادة الخصوم شأن فيه , بحيث اذا محيت هذه الارادة فلا يعد تحكيما وانما قضاء دولة, الا ان هذه الارادة لا تكفي دائما بل لابد من يقر المشرع اتفاق الخصوم اي يجيز للخصوم اللجوء الى التحكيم فإرادة الخصوم مع اقرار المشرع لهذه الارادة تعد الجوهر القانوني للعملية التحكيمية سواء كان تحكيما تقليديا ام عن بعد, ومتى وضحت هذه الارادة وفق الشكل الذي يتطلبه القانون التزم الاطراف بحسم النزاع عن طريق التحكيم ويلتزمون بحكمه وتنتهي اثر ارادتهم عند هذا الحد[2],فالتحكيم يعد نوع من انواع العدالة الخاصة التي ارتضاها

اشخاص النزاع ونظمها القانون الا انه بسبب الارهاصات التي ولدتها الازمة الوبائية المعدية التي نعيشها الان فلم تنأى هذه العدالة الخاصة الا ان اصبحت تقام عن بعد.

ولقد جاء مدلول التحكيم من الحكم وهو المنع من الظلم, والمحكم هو المجرب وهو المنسوب للحكمة[2], في حين يقصد بالتحكيم في المدلول الشرعي " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهما"[3],اما معناه في المدلول القانوني فالملاحظ ان التشريعات القانونية عموما انقسمت في ذلك الى فئتين رئيستين :-

الفئة الاولى:- فئة لم تتصدى لوضع مدلول بل اكتفت بالنص على جوازه وتركت تحديد مدلوله الى الفقه, وهذا هو الاصح بتقديرنا لان ليس من مهام التشريعات تحديد المدلولات, ومن ذلك قانون المرافعات العراقي وقانون التحكيم الاردني وقانون الاجراءات الفرنسي [4] .

الفئة الثانية:- فقد وضحت مدلولها للتحكيم اذ نصت المادة/1- اولا من مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة2011 بانه " اسلوب يختاره اطراف النزاع لحله من محكم او اكثر بدلا من اللجوء للقضاء", كما نصت ايضا المادة/4-1 من قانون التحكيم المصري ان"...التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء اكانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق التحكيم منظمة او مركز دائم للتحكيم او لم يكن كذلك " [5] .

ولم يقف الامر عند هذا الحد بل تصدى الفقه ايضا لتوضيح مدلولاته فجاء ما نصه انه" نظام قانوني يتم بواسطته الفصل بحكم ملزم في نزاع قانوني بين طرفين او اكثر بواسطة شخص او اشخاص من الغير يستمدون مهمتهم من اطراف النزاع"[6], بينما نص جانب اخر على انه " الاتفاق على طرح النزاع على شخص او اشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة" [7] .

كذلك فقد جاء في تحديد مدلوله في القضاء على انه "... طريق استثنائي لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وما تكتنفه من ضمانات..." [8], وهكذا ومن خلال ما سبق بيانه يتضح ان التحكيم ما هو الا نظام خاص لفض المنازعات قوامه الخروج عن القضاء العادي واساسه بناء قانوني مركب من توافق ارادات ثلاث هي ارادة النظام القانوني واطراف الاتفاق وهيئة المحكمين.

وبالمحصلة فان جوهر التحكيم عن بعد لا يخرج عن هذا المفهوم العام للتحكيم الا من حيث انه يتم عن بعد وبمعية وسائل الاتصال الحديثة , وتنبع اهميته من حاجتنا الماسة اليه في هذا الوقت كنظام حديث يمكن اللجوء اليه خصوصا في مثل هذه الظروف من انتشار العاصفة الوبائية العابرة للحدود والمتمثلة بجائحة كورونا, فمن مزاياه ما يشترك بها مع التحكيم العادي التقليدي ومنها ما ينفرد بها بوصفه يتم بصورة الكترونية عبر وسائل تقنية حديثة, ولاشك انه في ظل هذه الظروف الراهنة من انتشار هذا الوباء والتحولات التي يشهدها العالم لم يكن النظام القضائي بمنأى عنها فظهر فضلا عما ذكرناه انفا مفهوم اخر هو مفهوم القضاء الالكتروني او التقاضي الالكتروني او ما يسمى بالمحكمة الالكترونية وكلها تدور في فلك واحد هو ما يعرف بميكنة او حوسبة التقاضي او حوسبة الدعوى [9].

ومما ينبغي التأكيد عليه في هذا الخصوص ان هناك اختلافات جوهرية بين التحكيم عن بعد والقضاء عن بعد,لان القاضي ما هو الا موظف عام يمثل السلطة العامة بالدولة أي ان ولايته عامة ودائمة, بينما التحكيم عن بعد فيمثل قضاء اتفاقيا مؤقتا عرضيا, والمتقاضون في القضاء عن بعد يرفعون الدعوى الالكترونية الى المحكمة الافتراضية وعبر اجراءات قضائية الكترونية من اجل التسريع في اصدار الحكم وتوفيرا للوقت والمال والجهد, وتعد الولايات المتحدة

الامريكية الرائدة في هذا المجال وتطبيق هذا النظام عبر مشروع محاكم الملفات الالكترونية منذ عام 2000 وتلتها ايضا المملكة المتحدة في عام 2002 [10].

ومن الملاحظ حقيقة أن الفقه القانوني اختلف حول تعريف التحكيم عن بعد وانقسم إلى اتجاهين:- اتجاه موسع يرى أن الوسيلة المستخدمة في اتفاق وإجراءات التحكيم هي ما يضفي عليه صفة الالكترونية، واتجاه مضيق يرى أن صفة العملية التي يتم على إثرها التحكيم هي المعيار المحدد للطبيعة الالكترونية له، بحيث يكون النزاع قد نشأ بسبب نشاط أو صفقة أبرمت عبر الانترنت.

الاتجاه الموسع:- ويرى اصحابه ان التحكيم عن بعد لا يختلف عن التحكيم التقليدي الا من حيث الوسيلة التي تتم فيها اجراءات التحكيم في العالم الافتراضي , حيث لا وجود للورقة والكتابة التقليدية أو بالنسبة للحضور المادي الفعلي للأشخاص في هذا التحكيم فيعرفوه بانه التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة اتصالات سمعية بصرية دون حاجة الى الوجود المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان واحد [11] .

الا انه هل يشترط لتمام التحكيم بأكمله عبر وسائل الكترونية لاعتباره الكترونيا ام ان استعمال وسائل الكترونية في أي مرحلة من مراحله يكفي لإضفاء هذه الصفقة ؟ الحقيقة لم يتفق اصحاب هذا الاتجاه على رأي واحد في الاجابة على هذا السؤال فقد انقسموا الى اتجاهين:- الاتجاه الاول:- يرى ان التحكيم يعد الكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل الكترونية او اقتصر على بعض مراحله فقط وأيا كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الالكترونية [12].

الاتجاه الثاني:- يرى ان التحكيم لا يكون الكترونيا الا اذا تم بأكمله عبر الوسيلة الالكترونية أي من بدايته حتى نهايته يكون التحكيم افتراضي [13] .

الاتجاه الضيق:- ويرى هذا الاتجاه انه لا يمكن وصف التحكيم بانه الكتروني لمجرد استخدام الانترنيت في اجراءاته فعادة ما يتم تبادل العديد من الرسائل

عبر البريد الالكتروني في اجراءات التحكيم والوساطة وهذا لا يعد الكترونيا لهذا السبب الوحيد .

ويتضح من الاتجاهين الموسع والضيق في تعريف التحكيم الالكتروني انهما لم تتسم تعريفاتهما بالشمولية والانضباط, فالاتجاه الموسع فقد وسع من مفهوم التحكيم الالكتروني بحيث شمل المعاملات الالكترونية والتقليدية,اما الاتجاه الضيق فقد ضيق من مفهوم التحكيم الالكتروني بحيث قصره على المنازعات التي تتم الكترونيا,وبهذا فانه لا يمكن انكار دور قواعد ومبادئ التحكيم التقليدي في المساهمة في بزوغ التحكيم الالكتروني الا انه في نفس الوقت لا يجب اغفال وجود قواعد واعراف جديدة شكلت نوعا من الاستقلالية للنوع الجديد من التحكيم يتطلب دراستها كنوع مستقل من انواع الحلول البديلة للمنازعات , فهناك من يعرفه بانه " كل تحكيم يتم عبر الانترنت او اي وسيلة الكترونية اخرى لفض منازعات الكترونية بحيث يتم عرض النزاع والسير في اجراءاته واصدار القرار وتبليغه بطريقة الكترونية"[14], في حين جانب اخر يعرفه بانه " التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية دون الحاجة الى الحضور المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين" [15].

ومن التعاريف يتضح ان التحكيم عن بعد يتميز عن غيره باستخدام وسائل الاتصال الحديثة التي تعتمد على تقنية المعلومات والاتصالات والتي تمثلت بشبكة الانترنيت وهو التحكيم بذات الوسيلة التي يتم بها التعامل الالكتروني وهي الوسيلة الالكترونية.

في حين عرفه جانب اخر بانه" التحكيم الذي تتم اجراءاته عبر شبكة الانترنت وفق قواعد دون حاجة الى التقاء اطراف النزاع والمحكمين في مكان معين" [16].

بناء على ما سبق نرى أن التحكيم عن بعد :هو نظام قانوني اجرائي الكتروني خاص يكتسب فيه المحكمين سلطة العمل القضائي فيصدرون قراراتهم للفصل

في منازعات الكترونية وتسري عليه قواعد اجراءات التقاضي, بحيث يتم عرض النزاع والسير في إجراءاته وإصدار القرار وتبليغه بطريقة الكترونية من دون حاجة الى التقاء اطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.

وتنبع اهمية أن التحكيم عن بعد من حاجتنا الماسة اليه في هذا الوقت بالتحديد كنظام حديث يمكن اللجوء اليه خصوصا في مثل هذه الظروف من انتشار ازمة جائحة كورونا, فمن مزاياه ما يشترك بها مع التحكيم العادي التقليدي ومنها ما ينفرد بها بوصفه يتم بصورة الكترونية عبر وسائل تقنية حديثة.

المطلب الثاني/خصائص التحكيم عن بعد

يتميز التحكيم عن بعد بعدة خصائص يمكن إيجازها بالنقاط الآتية:-

1- يعد التحكيم عن بعد وسيلة لفض المنازعات التي تنشأ في وسط الكتروني.

2- يعد التحكيم عن بعد الوسيلة الأنجح لفض العديد من المنازعات حيث يلعب دورا اساسيا في عملية تسوية منازعات التجارة الدولية بصورة عامة ومنازعات التجارة الالكترونية بصورة خاصة .

3- انه يوفر مزايا أكثر من تلك التي توفرها الوسائل البديلة لحسم المنازعات بالطريقة التقليدية.

4- انه يقدم خدمة كبيرة فيما يتعلق بتقريب المسافات، إذ أن اغلب منازعات التجارة الالكترونية تتم بين أطراف تختلف جنسياتهم وتتباعد أماكن إقامتهم فهو يساعد في تسوية المنازعات في مختلف المناطق الجغرافية المعزولة التي يتعذر على الأطراف فيها السفر وفي الحالة التي لا يرغب فيها الأطراف بالتقابل وجها لوجه.

5- انه يحقق مزايا عدة من السرعة في الفصل في النزاع والاقتصاد في النفقات فضلا عن مزايا اخرى.

6- انه يساهم في خفض التكاليف المرتبطة بعملية التحكيم، فلا يحتاج المحتكمين ولا الشهود ولا المحكمين إلى التنقل من دولة لأخرى وبالتالي يمكن توفير المصاريف.

7- ان التحكيم عن بعد يفوق كثيرا التحكيم التقليدي في سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه، حيث يحتاج التحكيم التقليدي مدة أطول بكثير مما يتطلبه التحكيم عن بعد, اذ أن السرعة هي الميزة الرئيسية لحسم المنازعات بالتحكيم عن بعد.

المطلب الثالث/ مدى فاعلية التحكيم عن بعد

للتحكيم عن بعد فاعلية تدفع اطراف النزاع الى اللجوء اليه وتفضيله على القضاء العادي لاسيما في الوقت الحاضر اذ يوفر لأطرافه العديد من المزايا والتي تنبع بشكل أساسي من طبيعة الوسط الذي تجري فيه عملية التحكيم عبر شبكة الانترنت، غير أنه وكأي نظام حديث يؤخذ عليه بعض المآخذ، سنقوم بعرض أبرز المزايا والعيوب وذلك عبر الفرعين الآتية: **الفرع الاول/مزايا التحكيم عن بعد. الفرع الثاني/ مساوئ التحكيم عن بعد.**

الفرع الاول/مزايا التحكيم عن بعد

مما لاشك فيه ان التحكيم عن بعد يتميز بالعديد من المزايا مقارنة بالقضاء، اذ ان حسم المنازعات بالطرق البديلة عبر الانترنت وبالتحكيم عن بعد يوفر مزايا أكثر من تلك التي توفرها الوسائل البديلة لحسم المنازعات بالطريقة التقليدية، ويمكن اجمالها بالشكل الاتي :-

اولا/ مزايا قانونية:- يحقق التحكيم عن بعد مزايا قانونية من عدة جوانب سواء من جانب الشكل ام المضمون فمن جانب الشكل يتحرر التحكيم عن بعد من القيود الشكلية التي توجبها القوانين عموما ويحل مكانها اجراءات اكثر يسرا وسهولة وبما يتفق ومقتضيات السرعة والامان والابتعاد عن التعقيد والاطالة,

اما من جانب المضمون فان التحكيم عن بعد يحقق العدالة المرنة في المنازعات لأنه يواكب التطورات التكنولوجية [17].

ثانيا/مزايا تقنية:- يوفر التحكيم عن بعد مزايا تقنية اذ اصبح بإمكان أي شخص ارسال ما يشاء من المعلومات والبيانات الإلكترونية الى شخص اخر مهما بعدت المسافات بينهم وفي أي بقعة من العالم فاصبح بالإمكان لأطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر دون التواجد فعليا في نفس المكان, واصبح بالإمكان الاتصال بشكل لا توافقي فيمكن ارسال رسالة الكترونية من احد الاطراف لآخر واسترجاع هذه الرسالة لاحقا من قبل المرسل اليه بحيث يبقى التواصل من دون اشتراط الاجتماع المتزامن, فضلا عن تسهيل عملية التخزين والاسترجاع ومعاودة استخدام المعلومات المخزونة [18].

كما يتميز التحكيم عن بعد ايضا بتوفير حماية الوثائق من التزوير فتكون اكثر امانا من الوثائق التقليدية اذ لا يلتزم الاطراف بالانتقال من بلد الى اخر من اجل حضور الجلسات وتبادل الوثائق والمستندات, فيتم التبادل بطريقة فورية وآنية على شبكة المعلومات أو الفاكس الامر الذي يتلاءم مع كون الوقت عنصرا جوهريا في المعاملات الاقتصادية, فضلا عن سرعة اصدار الاحكام نظرا لسهولة الاجراءات حيث يتم تقديم المستندات والاوراق بالبريد الالكتروني ويمكن الاتصال المباشر بالخبراء او تبادل الحديث معهم عبر الانترنت [19].

ثالثا/ مزايا مادية:- ومن اهم المزايا المادية التي يمكن ان يحققها التحكيم عن بعد هي خفض التكاليف المرتبطة بعمليات التحكيم فلا يحتاج أي من المحتكمين أو الشهود والمحكمين الى التنقل من دولة الى اخرى وبالتالي يمكن توفير مصاريف الاقامة في الفنادق وحجوزات الطيران ورسوم المحاكم والخبرة وغيرها من المصاريف المادية الاخرى[20], فضلا عن اسهام التحكيم عن بعد في حسم النزاع

في مدة قصيرة وهو ما يخفض النفقات وعدم تكبد طرفي المنازعة نفقات او تكاليف كبيرة [21].

رابعا/مزايا تتعلق بالملائمة:- ان التحكيم عن بعد يمثل الوسيلة الاكثر ملائمة للتعاملات الالكترونية وبخاصة العقود الالكترونية لأنه يتفق مع طبيعتها الالكترونية .

خامسا/ مزايا تتعلق بالزمن:- يوفر التحكيم عن بعد مزايا خاصة به تتعلق بالزمن الذي يتم فيه التحكيم[22], اذ تعد السرعة في مقدمة هذه المزايا على عكس اجراءات التقاضي وما تتسم به من بطء وتعقيد في اجراءاتها , وبهذا يحقق التحكيم عن بعد السرعة التي يتميز بها عن غيره في اقصر وقت ممكن اذ يعد الزمن عنصرا اساسيا بالنسبة له , ويجمع اغلب رجال القانون ان السرعة هي الميزة الرئيسية لحسم المنازعات عن طريق التحكيم عن بعد خاصة فيما يتعلق بحسم المنازعات الناشئة بين التجار والمستهلكين في عقود التجارة الالكترونية[23].

سادسا/مزايا تتعلق بالتخصص:- وهذه الميزة تتعلق بوجوب عرض النزاع على محكمين من ذوي خبرة فنية لاسيما الخبرة المعلوماتية في التعاملات الالكترونية تتوافر فيهم مؤهلات تمكنهم من ايجاد الحلول المناسبة والوصول الى حلول عملية للنزاع بعيدا عن المحاكم وبواسطة خبراء متخصصين من ذوي الخبرة بالتعاملات الالكترونية [24].

سابعا/ مزايا اخرى:- لا شك ان هناك مزايا عديدة اخرى يتمتع بها التحكيم عن بعد متمثلة بقيامه بملء الفراغ التشريعي كنظام قانوني مرن فيما يخص بعض من العقود الالكترونية الحديثة, فضلا عن انه يحقق بعض المزايا الخاصة بالمصلحة العامة للمجتمع والتي تتمثل بتقليل العبء عن المحاكم, اذ ان

التحكيم عموما والتحكيم عن بعد خصوصا يمكنه من ان يحقق العدالة بدلا عن القضاء [25].

الفرع الثاني/مساوئ التحكيم عن بعد

على الرغم من كل هذه المزايا التي يتيحها التحكيم عن بعد إلا انه بحاجة إلى المزيد من الضوابط القانونية والتقنية، وأفضل طريقة لتحديد هذه الضوابط تكون بالوقوف على العقبات التي يواجهها التحكيم عن بعد وتوضيحها من اجل معرفتها وتحديدها, اذ يواجه التحكيم عن بعد من الانتقادات والمخاطر ما يدفع إلى التشكيك في مدى جدواه، فله بعض المساوئ والعيوب والتي قد تحد من استخدامه لفض المنازعات ومن ابرز هذه المساوئ ما يأتي :-

أولا/مساوئ تشريعية:- يعد من مساوئ التحكيم عن بعد غياب التشريعات الملائمة له, اذ نجد بعضها لم تشرع لحد الان قواعد خاصة بالتعاملات الالكترونية وبعضها الاخر يتصف بجمود القواعد القانونية فيما يتعلق بإجراءات التقاضي والتحكيم [26].

ثانيا/ مساوئ فنية وتقنية:- ان من اهم العوائق الرئيسية للتحكيم عن بعد يكمن في وجود الفجوة الرقمية بين الدول الناشئة في استخدام التكنولوجيا والدول المتقدمة , بل ان هذا التفاوت يكون ايضا في داخل الدول المتقدمة ذاتها , فالأشخاص الذين يعيشون في الارياف في كثير من الاحيان لا يملكون أي مستوى مناسب للاتصالات السلكية واللاسلكية للوصول الى حزمة استخدام الانترنت لهذ النوع من الخدمات [27].

ثالثا/ مساوئ امنية:- تعد السرية في التحكيم عن بعد سلاح ذو حدين, اذ يحصل الاطراف المحتكمون على كلمة مرور تخولهم الدخول الى الموقع الالكتروني لمركز التحكيم وتتبع الاجراءات وتبادل الوثائق[28], وفي الوقت الذي تحول فيه هذه السرية من الحاق اضرار بسمعة الاطراف في حال نشر او اذاعة حكم التحكيم

او حتى نشر اية وثائق قدمت اثناء نظر النزاع , تفرض طبيعة الانترنت تحديا آخر وهو الاختراق القادم من الخارج فيما يعرف بالمتطفلين والعابثين وهو ما يشكل تحديا مستمرا للمتعاملين, اذ تعد السرية من اهم مميزات التحكيم عن بعد التي تحفز الاطراف الى اللجوء اليه وتفضيله في عملية حل النزاع, الا انه لا يحيط الاطراف بنفس القدر من السرية التي يوفرها التحكيم العادي [29].

رابعا/ مساوئ تعسفية:- تتمثل بالعقود النموذجية التي تتمثل بمجموعة متكاملة من شروط التعاقد بشأن سلعة معينة وتتضمن تفاصيل العقد بحيث يمكن للأطراف المتعاقدة ان تتبنى شكل العقد بالكامل ولا تكون في حاجة الا الى اضافة اسماء الاطراف وكمية البضاعة وزمان التسليم ومكانه, وبهذا يمكن لبعض اصحاب النفوس الضعيفة من اضافة شروط تعسفية في هذه العقود النموذجية على شبكة الانترنت ويكون الاتفاق على التحكيم كعقد الاذعان, فلا يتمكن الطرف الاخر من اجراء المفاوضات ويكون ملزما بالنسبة له , كما ان التحكيم عن بعد عملية لا يتم التفاعل بين الاطراف فيها , كما لو كانوا وجها لوجه , حيث تغيب فيها لغة الجسد وتعابير الوجه والتي يمكن ان تحدث الفرق في نجاح او عدم نجاح عملية التحكيم عن بعد , ونرى ان هذا العامل لغة الجسد وتعابير الوجه قد يكون له دور مؤثر وفعال في نجاح عملية التحكيم بعيدا عن التعسف فيه[30] .

ومما تجدر الاشارة اليه ان هناك مساوئ اخرى اضافة الى ما ذكرناه آنفا تتعلق بعدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة , فقد يخشى الاطراف وخاصة الطرف الضعيف من اللجوء الى التحكيم بصفة عامة والتحكيم عن بعد بصفة خاصة , وذلك بسبب الخشية من عدم تطبيق القواعد الآمرة والحماية المنصوص عليها في القانون الوطني به خاصة اذا كان هذا الطرف مستهلكا مما يترتب عليه بطلان حكم التحكيم وعدم امكانية تطبيقه وتنفيذه على ارض الواقع[31],ويمكننا القول

اخيرا ونحن بصدد تقييمنا لما ذكر سابقا ومن خلال عملية المقارنة بين المزايا والمساوئ , ان المزايا لا تعني ان التحكيم عن بعد مثاليا يقدم حلولا آنية بشكل كامل , وكذلك بالنسبة للمساوئ فإنها لا تمنع من فاعلية هذا النظام لكونه أضحى حقيقة واقعية تواكب التطور المعلوماتي فلا يمكن الاستغناء عنه .

المبحث الثاني/ اجراءات اقامة دعوى التحكيم عن بعد

تتضمن اجراءات اقامة دعوى التحكيم عن بعد مجموعة من الاجراءات تبتدئ من تقديم طلب التحكيم عن بعد وتنتهي بصدور حكم التحكيم وما بين ذلك تسير الدعوى التحكيمية عبر سلسلة منطقية متزامنة من الاجراءات بتقديم اللوائح الاصولية وتبادلها بين اطراف الخصومة التحكيمية وعقد جلسات التحكيم وتقديم الادلة الثبوتية ولتوضيح ذلك سوف نقسم هذا المبحث على المطالب الاتية: **المطلب الاول/ متطلبات تقديم بيان مكتوب بإقامة دعوى التحكيم عن بعد. المطلب الثاني/متطلبات تقديم البيانات الالكترونية اللازمة لعريضة دعوى التحكيم عن بعد. المطلب الثالث/ متطلبات تقديم دعوى التحكيم عن بعد في الميعاد المعين.**

المطلب الاول/ متطلبات تقديم بيان مكتوب بإقامة دعوى التحكيم عن بعد

ان اقامة الدعوى التحكيمية يتطلب قيام المدعي فيها بإجراء يتمثل بالإعلان عن رغبته في اقامتها اذ لا يمكن للمحكم البدء بالإجراءات الا بناء على احالة النزاع اليه من اطراف المنازعة, لذا فان الوقت الذي تبدأ معه دعوى التحكيم عن بعد يعد ضروريا لتصبح الدعوى قائمة اذ يتحدد بموجبه احتساب المواعيد والمدد اللازمة لإجراءات التحكيم عن بعد , فضلا عن انه يبدأ فيها وقت بيان المدعي لدعواه وقطع التقادم وحساب المدة اللازمة للفصل في الدعوى اذ على المحكمين اصدار حكمهم خلال مدة معينة تبدأ من هذا التاريخ[32].

الا ان ارادة الاطراف يمكن ان تحدد البدء في اجراءات دعوى التحكيم عن بعد من اليوم الذي يتفق عليه الاطراف, واذا ما لم يتم الاتفاق على ذلك فيعني ان الدعوى ترفع بتقديم طلب التحكيم, اذ لا يوجد نص خاص في القانون العراقي مما يعني العودة الى قانون المرافعات استنادا لأحكام المادة/265 منه والتي بدورها تحيلنا الى المادة/48-ف/2والتي تعد الدعوى قائمة من تاريخ دفع الرسوم , بينما يوجد نص صريح على بدء الاجراءات في باقي القوانين المقارنة والمتمثل من يوم استلام المدعي عليه لطلب التحكيم عن بعد [33],الا ان الملاحظ ان بعض القوانين الاخر نصت على انها تكون من يوم اكتمال تشكيل هيئة التحكيم ومن يوم احالة النزاع اليها بعد قبولها [34], وعموما فان طلب التحكيم عن بعد يعد اول اجراء من اجراءات بإقامة دعوى التحكيم عن بعد, اي الطلب الذي يوجه احد طرفي اتفاق التحكيم الى الاخر او الى المحكم او الى مركز التحكيم يعلمه بالرغبة في رفع النزاع الى التحكيم واقامة الدعوى التحكيمية [35].

وطلب التحكيم عن بعد يعد" خطاب الكتروني صادر من جانب المدعي عن طريق وسائل الكترونية كالبريد الالكتروني للطرف الاخر او مؤسسة التحكيم الالكترونية بإحالة النزاع القائم بينهم الى قضاء التحكيم المتفق عليه وان اجراءات التحكيم في طريقها للانطلاق " [36].

وفي هذا المجال فان التحكيم عن بعد لا يختلف عن التحكيم التقليدي من هذه الناحية كأول اجراء يتوجه به الخصم طالب التحكيم الى الطرف الاخر الا من حيث انه يتم بصورة الكترونية وعن بعد , حيث يتم توجيه الطلب الى المحكم او هيئة التحكيم الالكترونية الذي تقوم بإخطار المدعي عليه بالطلب, وقد تطلبت غالبية القوانين اجراءات معينة لإقامة دعوى التحكيم عن بعد كتقديم بيان مكتوب بإقامتها, اذ يشترط ان يقدم المدعي طلب بشكل مكتوب يبين به ادعاءاته وطلباته في مواجهة المدعي عليه, فالكتابة تعد شرط فيه ,اما في القانون العراقي

وبالرجوع الى المادة/ 44- ف/ اولا من قانون المرافعات العراقي اوجبت ان تقام الدعوى بعريضة أي انها يجب ان تكون مكتوبة في حين باقي القوانين المقارنة نصت صراحة وبنصوص خاصة بالتحكيم على ذلك[37], ولاشك ان لإرادة الاطراف دورا بارزا في تنظيم اجراءات التحكيم عن بعد وفي كيفية كتابة العريضة وتبليغها وبأية وسيلة تناسبهم [38].

المطلب الثاني: متطلبات تقديم البيانات الالكترونية اللازمة لعريضة دعوى التحكيم عن بعد

لقد جاءت المادة/46 من قانون المرافعات العرقي بنص عام اذ حددت البيانات الواجبة توافرها في العريضة القضائية عموما والتي يمكن ان تشمل ايضا عريضة دعوى التحكيم عن بعد فنصت على انه " يجب ان تشتمل عريضة الدعوى على البيانات الاتية:- 1- اسم المحكمة التي تقام الدعوى امامها 2- تاريخ تحرير العريضة 3- اسم كل من المدعي والمدعي عليه ولقبه ومهنته ومحل اقامته فان لم يكن للمدعي عليه محل اقامة معلوم فاخر محل كان به 4- بيان المحل الذي يختاره المدعي لغرض التبليغ 5- بيان موضوع الدعوى فان كان منقولا ذكر جنسه ونوعه وقيمته واوصافه وان كان عقارا ذكر موقعه وحدوده او موقعه ورقمه او تسلسله 6- وقائع الدعوى وادلتها وطلبات المدعي واسانيدها 7- توقيع المدعي او وكيله اذا كان الوكيل مفوضا لسند مصدق عليه من جهة مختصة " .

في حين حددت القوانين المقارنة البيانات الواجب توافرها في طلب التحكيم التقليدي بنصوص خاصة والتي يمكن ان تشمل ايضا عريضة دعوى التحكيم عن بعد, فينبغي وجود البيانات المتعلقة بأطراف الدعوى المدعي والمدعى عليه كالاسم والعنوان مع ذكر البيانات المتعلقة بموضوع الدعوى التحكيمية كوقائع الدعوى وتحديد مسائل الخلاف بين الطرفين واسبابه مع وجوب ذكر البيانات المتعلقة بطلبات المدعي , فضلا عن بيان كل ما هو متفق على ذكره في العريضة ,

حيث تحرص بعض مراكز التحكيم عن بعد على وجوب ذكر بيانات على طالب التحكيم [39].

المطلب الثالث/متطلبات تقديم دعوى التحكيم عن بعد في الميعاد المعين

من الضروري ان تقدم عريضة دعوى التحكيم عن بعد خلال الميعاد المتفق عليه بين اطراف الخصومة التحكيمية او الميعاد الذي تحدده هيئة التحكيم من اجل ان يكون لهذا الطلب اثره القانوني في حق المطلوب التحكيم ضده [40], وان عدم التزام طالب التحكيم بتقديم دعوى التحكيم في الميعاد المعين فيكون من حق هيئة التحكيم بإنهاء اجراءات التحكيم او تعليقها ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك[41], ومن حق الخصم تعديل طلب التحكيم او التقدم بطلبات عارضة اضافية اذا لم يقيد القانون اطراف التحكيم بقيود تمنع ذلك [42], فيستطيع ان يقوم بتعديل طلبه بتقديم طلب يصحح الطلب الاصلي او استكماله على ان لا يكون ذلك بقصد تعطيل التحكيم او تأخيره وهذا متروك تقديره الى هيئة التحكيم [43].

المبحث الثالث/اجراءات اصدار قرار التحكيم عن بعد

لاشك ان قرار هيئة التحكيم بختام المرافعة وحجز الدعوى للقرار تمهيدا لإصداره , وبإنهائها جميع الاجراءات التحكيمية واستكمال جميع عناصر الاثبات ان يكون هناك اجراءات لصدور قرار التحكيم الذي يمثل نتيجة نهائية وثمرة لعملية التحكيم عن بعد فهو المحصلة النهائية والقرار الفاصل في موضوع دعوى التحكيم عن بعد منهيا الخصومة بين اطراف الخصومة التحكيمية وحائزا لحجية الامر المقضي فيه وقابلا للتنفيذ بالوسائل الالكترونية عن بعد, واستكمالا للموضوع نقسم المبحث على المطالب الآتية:**المطلب الاول/ الاجراءات المتعلقة بميعاد اصدار قرار التحكيم عن بعد. المطلب**

الثاني/الاجراءات المتعلقة بالمداولة في التحكيم عن بعد. المطلب الثالث/ الاجراءات المتعلقة بالتصويت على قرار التحكيم عن بعد.

المطلب الاول/الاجراءات المتعلقة بميعاد اصدار قرار التحكيم عن بعد

مما لاشك فيه ان اي تأخير في ميعاد اصدار قرار التحكيم عن بعد سوف يؤخر وصول الحق لصاحبه وبالتالي يسبب اضرارا له قد تعادل عدم وصوله اصلا , لذا كان لابد لهيئة التحكيم من ان تصدر القرار في الموعد المحدد له من دون تأخير [44].

وطبقا للقوانين يتحدد الموعد اتفاقا او قانونا اذ نصت المادة/ 262من قانون المرافعات المدنية العراقي ما نصه " 1- اذا قيد التحكيم بوقت زال بمروره ما لم يتفق الخصوم على تمديد المدة 2- اذا لم تشترط مدة لصدور قرار المحكمين وجب عليه اصداره خلال ستة اشهر من تاريخ قبوله 3- في حالة وفاة احد الخصوم او عزل المحكم او تقديم طلب برده يمد الميعاد المحدد لإصدار قرار التحكيم على المدة التي يزول فيها هذا المانع " , في حين نصت المادة/ 45 من قانون التحكيم المصري على انه" على هيئة التحكيم اصدار الحكم المنهي للخصومة كلها خلال الميعاد الذي اتفق عليه الطرفان فان لم يوجد اتفاق وجب ان يصدر الحكم خلال اثني عشر شهرا من تاريخ بدء اجراءات التحكيم وفي جميع الاحوال يجوز ان تقرر هيئة التحكيم مد الميعاد على ان لاتزيد فترة المد على ستة اشهر ما لم يتفق الطرفان على مدة تزيد على ذلك "وتطابقها المادة/37 – ف/أ من قانون التحكيم الاردني [45], بينما قضت المادة/ 37 من قانون التحكيم السوري انه"1- على هيئة التحكيم اصدار الحكم الفاصل في النزاع خلال المدة التي اتفق عليها الطرفان فاذا لم يوجد اتفاق وجب ان يصدر الحكم خلال مدة 180 يوما من تاريخ انعقاد اول جلسة لهيئة التحكيم2- يجوز لهيئة التحكيم اذا تعذر عليها الفصل في النزاع ضمن الآجال المذكورة في الفقرة السابقة مد اجل التحكيم لمدة

لا تزيد على90 يوم ولمرة واحدة" بينما قضت المادة/ 1463 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي على انه " اذا لم تحدد اتفاقية التحكيم مدة مهمة المحكمة التحكيمية فان المدة محددة بستة اشهر تبدأ اعتبارا من تاريخ انعقادها وفي حالة غياب مثل هذه الاتفاقية يتم الامر من قبل القاضي المختص بالتحديد " [46], ويتضح لنا مما سبق بيانه ان اذا انتهى الميعاد ولم تصدر هيئة التحكيم قرارها خلاله فان لها سلطة تمديده باستثناء القانون العراقي الذي لم يرد فيه نص صريح بذلك .

اما عن عدم مراعاة هذا الميعاد المحدد اتفاقا او قانونا فيمكن ان نكون امام خيارين هما :-

الاول/ انقضاء الميعاد من دون اصدار قرار التحكيم عن بعد :- فقد اجاز القانون العراقي لأطراف الخصومة مراجعة المحكمة المختصة او الفصل في النزاع او تعيين محكمين جدد في حين اجاز القانون المصري والاردني مراجعة المحكمة المختصة لإضافة مدة جديدة او انهاء الاجراءات ورفع الدعوى اما المحكمة [47], بينما اجازت المادة/ 37 – ف/ 3و4و5 من قانون التحكيم السوري ايضا مراجعة المحكمة المختصة لمد الاجل فاذا انتهت المدة جاز رفع الدعوى امام المحكمة المختصة لنظر النزاع او الاتفاق مجددا على التحكيم واجازت للمتضرر مراجعة المحكمة المختصة لطلب التعويض عما لحقه من اضرار نتيجة عدم الالتزام بالميعاد المحدد لإصدار القرار التحكيمي وهذا نهج مغاير ومتفرد لم نألفه في القوانين المقارنة, فلم يرد نص كهذا يحمل المحكم المسؤولية عن التأخير وقد يكون الحكمة من ذلك حث هيئة التحكيم على الاسراع بإصدار القرار وعدم التأخير توافقا مع حكمة اللجوء الى التحكيم .

الثاني/ انقضاء الميعاد واصدار قرار التحكيم بعد انقضائه :- لا شك ان صدور مثل هذا القرار بإنهاء اجراءات التحكيم من دون اصدار للقرار او صدوره بعد

انقضاء الميعاد المحدد لصدوره هو امر غير وارد , لان القرار الصادر بانقضاء مدته فيعد كأن لم يكن مما يعني انه يكون قرارا باطلا لصدوره ممن ليس له ولاية اصداره [48].

المطلب الثاني/الاجراءات المتعلقة بالمداولة في التحكيم عن بعد

ان الاجراءات المتعلقة بالمداولة تكون في مرحلة سابقة لصدور القرار ومدخلا ضروريا لتكوينه حيث تصبح الدعوى التحكيمية مهيأة لصدور القرار مما يعني الانتهاء من كل تقديم الخصوم لمذكراتهم الختامية واعلان قفل باب المرافعة فيها لتحديد جلسة النطق بالقرار اذ اشترطت القوانين المقارنة صراحة اجراء المداولة يعد شرطا لصحة قرار التحكيم[49], فهي اجراء جوهريا يمثل مبدأ من المبادئ الاساسية للعمل القضائي عموما, وهي قاعدة متعلقة بالنظام العام اي انه يترتب على اغفالها بطلان قرار التحكيم حتى لو اتفق اطراف الخصومة التحكيمية على ان يصدر القرار من دون المرور بمرحلة المداولة [50], ويتعين لصحة المداولة ان تتوافر فيها ما يأتي:-

اولا/ ضرورة عدم اشتراك غير المحكمين انفسهم في عملية المداولة عن بعد:- من ضمانات المداولة ان تكون بين المحكمين انفسهم فلا تصح ان تجري بين غير المحكمين او ان يقوم شخصا اخر بالمداولة نيابة عنهم ,وذلك لان المهمة التي يقوم بها تعد ذات طابع شخصي أي انه لا يجوز اشتراك احد في المداولة غير المحكمين انفسهم الذين تمت اجراءات المرافعة التحكيمية امامهم [51], والا كان قرارهم باطلا كذلك لا يجوز حضور المداولة أي شخص اخر غيرهم [52].

ثانيا/ ضرورة ان تكون المداولة سرية :- والمقصود بها حظر ان تصدر الآراء علنا في اثناء المداولة , فهي تعد ضمانة من ضمانات صحة المداولة, فلا يجوز للمحكمين افشاء تلك السرية[53].

وتعد هذه الضرورة من البديهيات لذا فان اغلب القوانين لم تنص عليها صراحة باستثناء المادة/ 1479 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي[54].

ثالثا/ ضرورة اشتراك جميع المحكمين انفسهم في عملية المداولة عن بعد:- من الطبيعي ان القرار سيصدر باسم جميع اعضاء هيئة المحكمين الذين اشتركوا في المداولة وبالتالي لا يجوز ان تجري المداولة من بعض الاعضاء دون البعض الاخر لذلك من الضروري اشتراك جميع المحكمين انفسهم في عملية المداولة عن بعد [55].

والجدير بالذكر ان المحكمون غير ملزمين عند المداولة الالتزام بالقواعد العامة في المداولة القضائية فيمكن ان تتم بأية وسيلة ما لم يتفق اطراف النزاع على غير ذلك, اذ نصت المادة/ 40 من قانون التحكيم المصري على انه " يصدر حكم هيئة التحكيم مالم يتفق طرفا التحكيم على غير ذلك " [56].

المطلب الثالث/الاجراءات المتعلقة بالتصويت على قرار التحكيم عن بعد

تعني الاجراءات المتعلقة بالتصويت على قرار التحكيم عن بعد, اي تلك الاجراءات التي تتم بعد عملية المداولة وتبادل الرأي بين اعضاء هيئة التحكيم توصلا لإصدار القرار بحيث يأتي القرار ثمرة لتعاونهم اي بعد عملية التشاور في القرار فهي تعد مرحلة سابقة لإصدار القرار , فبعد ان يتم تكوين الاقتناع الداخلي لدى هيئة التحكيم بان يقف كل عضو من اعضاء الهيئة على رأي ووجهة نظره الخاصة بموضوع النزاع , تأتي المرحلة الاخرى وهي عملية التصويت على القرار الذي يفصل بشكل قطعي على نحو كلي او جزئي في المنازعة المعروضة على هيئة التحكيم [57].

ويقصد بالتصويت على قرار التحكيم عن بعد ان يصدر القرار بالإيجاب او النفي بالأغلبية السائدة وهي تعد قاعدة اخذت بها غالبية القوانين المقارنة [58], الا ان هذه القاعدة في بعض القوانين ليست آمرة اذ يمكن للأطراف الاتفاق على

خلافها كالقانون المصري والاردني , ويمكن ان تتم عملية التصويت هذه بأية وسيلة سواء شفويا في اثناء التعامل المادي ام تبادل الخطابات الالكترونية من خلال اجراء عملية المداولة الالكترونية [59].

وعملية التصويت هذه تتسم بالصعوبة الى حد ما كون ان لكل محكم في هيئة التحكيم له عقيدته الخاصة المؤمن بها بشأن فهمه لأبعاد النزاع المطروح امامه, ويذهب جانب[60], الى انه اذا لم تتكون الاغلبية المطلوبة فانه يجب استمرارية المداولة مجددا حتى تتكون الاغلبية المطلوبة او القرار بانتهاء اجراءات التحكيم لعدم جدوى الاستمرار او لاستحالته, فيما يرى جانب اخر ان الرجوع الى طرفي الخصومة التحكيمية وعرض الامر عليهم والحصول على موافقتهم بإصدار القرار وفقا للرأي الذي يرجحه رئيس الهيئة [61].

الخاتمة:

من خلال الدراسة اتضح لنا مدى اهمية التحكيم عن بعد كونه الوسيلة المثلى لفض منازعات عقود التجارة الالكترونية, وتوصلنا إلى جملة من الاستنتاجات قمنا بتثبيتها في مواضعها من الدراسة, وسأكتفي هنا بالإشارة إلى أهم تلك النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وذلك على الشكل الآتي:-

أولا: النتائج:-

1- لاشك ان التطور الحاصل في مسائل الاتصال الحديثة اظهر الحاجة الملحة الى استعمال وسائل قانونية بديلة تتفق مع طبيعتها لفض المنازعات, لذا بدأ اللجوء الى التحكيم عن بعد ليكون الوسيلة الملائمة والمثلى لفض مثل هذه المنازعات .

2- اتضح لنا من خلال هذا البحث المتواضع ان التحكيم عن بعد لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية الا من حيث توظيف الوسائل التي هيأتها ثورة

المعلومات والاتصالات الحديثة في كافة مراحل عملية التحكيم بدء" من الاتفاق عليه ومرورا بإجراءاته وانتهاء" بصدور حكم فيه .

3- استنتجنا ان التحكيم عن بعد يعد وسيلة لفض النزاعات التي تنشأ في وسط الكتروني فيتم التعبير عن الارادة في اللجوء اليه ورفع النزاع وسير الخصومة التحكيمية فيه الى حين صدور الحكم وتبليغه كل ذلك بشكل الكتروني ,ويمكن للأطراف تعزيز ومصادقة القرارات الصادرة بمحررات مصدقة من مراكز التحكيم بعد دفع الرسوم.

4- خلصنا الى ان التحكيم عن بعد بوصفه احد اهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات الالكترونية يكون الكترونيا اذا ما تمت كل اجراءاته عبر الوسيلة الالكترونية , وهو يمتاز بالفاعلية وقلة التكاليف والسرعة بشكل اساسي ولهذا فمن الطبيعي ان يكون طريقا مفضلا لحسم المنازعات حيث يلعب دورا اساسيا في عملية تسوية منازعات التجارة الدولية بصورة عامة ومنازعات التجارة الالكترونية بصورة خاصة .

ثانيا: التوصيات:-

يمكننا أن نسجل أهم المقترحات, آملين الأخذ بها قدر الإمكان وهي كالآتي:-

1- نوصي المشرع العراقي بضرورة إصدار تشريع خاص للتحكيم في المواد المدنية والتجارية والادارية في العراق يضم التحكيم الداخلي والدولي اسوة بالقوانين العربية الاخر, بحيث يواكب التطور الحاصل في عالم التحكيم, ويحمل في طياته نصوصا خاصة تعالج التحكيم التجاري الالكتروني, مع ضرورة حوسبة المحاكم عموما, وذلك بتفعيل مشروع الدعوى المدنية الالكترونية العراقي,ومفهوم القضاء الالكتروني او التقاضي الالكتروني او ما يسمى بالمحكمة الالكترونية وكلها تدور في فلك واحد هو ما يعرف بحوسبة التقاضي او حوسبة الدعوى.

2- نوصي بضرورة تعديل قوانين التحكيم والاثبات عموما بشكل يلائم توظيف وسائل الاتصال الحديثة في اتفاق التحكيم واجراءاته واثباته, وذلك بتفعيل مسألة الحماية القانونية للمعاملات الالكترونية من خلال توفير حماية واضحة المعالم وواسعة النطاق لتشمل وقت الازمات والاوبئة مثل ازمة كورونا, وبضرورة اقرار سريان قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ على اجراءات المحاكم والاعلانات القضائية والاعلانات بالحضور والاحكام القضائية وعدم استثنائها من سريانه ,مع ضرورة اصدار لائحة تنفيذية خاصة له لسهولة تنفيذه وتنظيم المسائل الخاصة بالإثبات القضائي.

3- ندعو كليات الحقوق والقانون عموما الى تشجيع ودعم ثقافة اللجوء الى نظام التحكيم التقليدي بصورة عامة والتحكيم عن بعد بصورة خاصة من خلال استحداث وحدات قانونية متخصصة بقضايا التحكيم, من اجل تنمية الكوادر البشرية في مجال التحكيم عن بعد .

***** تم بحمد الله تعالى وتوفيقه*****

الهوامش:

[1] تنظر: د. حفيظة السيد, الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي, منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2007, ص14.

[2] ينظر: د. عصام عبد الفتاح مطر, التحكيم الالكتروني, دار الجامعة الجديدة,الاسكندرية,2009, ص39.

(2) ينظر: ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا, معجم مقاييس اللغة , تحقيق عبد السلام محمد هارون, من دون مكان وسنة طبع, المجلد2, ص91.

(3) نضال جبر البلوي, التحكيم في الشريعة الاسلامية , ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2012, ص32 ؛ وفي هذا الصدد اشارت المادة/1790 من مجلة الاحكام العدلية العثمانية الملغية الى ان " التحكيم هو عبارة عن اتخاذ الخصمين حاكما برضاهما لفصل خصومتهما ودعواهما " وينظر في شرح المادة : سليم رستم باز, شرح المجلة, ط2, دار احياء التراث العربي , بيروت, من دون سنة نشر, ص1080.

(4) ينظر : قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة 1969 المعدل بالقانون رقم 83 لسنة 2001 ؛ وقانون الاجراءات المدنية الفرنسي النافذ لسنة 1981 والمعدل بالقانون رقم 48 لسنة 2011 ؛ والملاحظ ان هذان القانونان لم يفرد للتحكيم قانون خاص ومستقل , وانما نضمه من ضمن قانون اخر وهو قانون المرافعات أو الاجراءات المدنية وهذا بتقديرنا موقف ينتقد عليه ؛ على عكس قانون التحكيم الاردني النافذ رقم31 لسنة 2001 الذي نضمه في قانون خاص ومستقل الا انه لم يحدد مدلوله وهو الموقف الاصوب بتقديرنا لان ليس من مهمة التشريع ذلك .

(5) للمزيد من التفصيل ينظر: مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة 2011؛ وقانون التحكيم المصري النافذ رقم 27 لسنة 1994؛ والمادة/1 من قانون التحكيم السوري النافذ رقم 4 لسنة 2008 ؛ والمادة/2 من قانون التحكيم اليمني النافذ رقم 22 لسنة 1992 ؛ والفصل الاول من

قانون التحكيم التونسي النافذ رقم42 لسنة 1993؛ والمادة/3 من المشروع النهائي لقانون التحكيم لدولة الامارات العربية المتحدة لعام 2009 ؛ والمادة/1 من قانون التحكيم الفلسطيني النافذ رقم3 لسنة2001.

(6) د. فتحي والي, قانون التحكيم في النظرية والتطبيق , ط1, منشأة المعارف, الاسكندرية, 2007, ص13.

(7) د. احمد ابو الوفا, التحكيم الاختياري والاجباري , ط5, منشأة المعارف, الاسكندرية, 1988, ص15.

(8) قرار المحكمة الاتحادية العليا المصرية, طعن المرقم92لسنة25قضائية في2003, اشار اليه: د. احمد ابراهيم عبد التواب, اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2009, ص22.

(9) ينظر: حازم محمد الشرعة, التقاضي الالكتروني والمحاكم الالكترونية, دار الثقافة للنشر, عمان, 2010, ص68.

2) Electronic filing lexisrexis the digital bridge,file: serves lexis . nexis, 2008 ,p.1-5.(

Nicolas de witt, on line International Arbitration ,12 Am-Rev.int ,1Arb,441, publishing, Inc,2001,p.1.

(11) ينظر: د.حسام الدين فتحي ناصف, التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة, 2005, ص15؛ اسعد فاضل منديل , النظام القانوني للتحكيم الالكتروني , مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية , جامعة القادسية , المجلد 4, العدد2, كانون الاول , 2011, ص184.

(12) ينظر : د.عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص39؛ د.جعفر ذيب المعاني,التحكيم الالكتروني ودور

القضاء الوطني بتفعيله, ط1, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2014, ص36؛ د. ايناس الخالدي , التحكيم الالكتروني , دار النهضة العربية , القاهرة, 2009, ص39.

(13) ينظر : د.حسام الدين ناصف, مرجع سابق , ص15؛ د. خيري عبد الفتاح السيد , فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني عبر وسائل الاتصال الالكترونية , دار النهضة العربية , القاهرة, 2012,ص 17.

(14) رجاء نظام حافظ بني شمسة, الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني دراسة مقارنة , بإشراف د. يوسف شندي, جامعة النجاح الوطنية , كلية الدراسات العليا ,فلسطين,2009, ص12.

(15) د. آلاء يعقوب النعيمي, الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني , بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية , المجلد6, العدد2, 2009,ص209.

(16) ينظر : د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص42.

(17) ينظر: د. بلال عبد المطلب بدوي, التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق, جامعة عين شمس, س48, العدد1, يناير, 2006,ص19.

(18) ينظر : د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص53.

(19) ينظر : المرجع السابق, ص54.

(20) ينظر : علي ملحم, دراسات تحليلية في التحكيم الالكتروني , بحث منشور في مجلة جامعة البعث, دمشق, المجلد38, العدد16, 2016, ص130.

(21) تنظر : رجاء نظام حافظ بني شمسة, مرجع سابق, ص14.

(22) تنظر : د. آلاء يعقوب النعيمي, مرجع سابق, ص211.

(23) تنظر :رجاء نظام حافظ بني شمسة, مرجع سابق, ص15.

(24) تنظر : د. صفاء فتوح جمعة فتوح , منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم آليات فض النزاع , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية, 2013 , ص303.

(25) تنظر :رجاء نظام حافظ بني شمسة, مرجع سابق, ص17.

(26) تنظر :المرجع السابق, ص19.

(27) الجدير بالذكر ان المقصود من الفجوة الرقمية هي عبارة عن فجوة بين من لديهم الإمكانيات لاستخدام الحاسوب ومن هم اقل حظا في هذه الناحية، للمزيد من التفصيل ينظر: طلال ابو غزالة ,الجمعية الدولية للملكية الفكرية, INTA الاجتماع السنوي الخامس والعشرون بعد المائة

ل (INTA) للأمم المتحدة وأهمية العلامات التجارية لجسر الفجوة الرقمية، ص 7، متاح على الموقع الالكتروني الاتي بتاريخ 2019/9/28:-
www.tagorg.com/download file.aspx? file id=127

(28) ينظر : علي ملحم, مرجع سابق, ص132.

(29) ينظر : ابو الهيجاء محمد ابراهيم , التحكيم بواسطة الانترنت, الدار العلمية الدولية ودار الثقافة , عمان , 2002, ص66.

(30) ينظر : د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص292؛ د. صفاء فتوح جمعة فتوح, مرجع سابق, ص291.

(31) ينظر : د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص60.

(32) ينظر: احمد السيد صاوي , اجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري, بحث منشور في المؤتمر السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي , جامعة الامارات العربية , 2009, ص800.

(33) تنظر: المادة/27 من قانون التحكيم المصري ؛ والمادة/26 من قانون التحكيم السوري.

(34) تنظر: المادة/26 من قانون التحكيم الاردني ؛ والمادة/20 من قانون التحكيم الفلسطيني؛ والمادة/1463 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011.

(35) ينظر: د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص438.

(36) ينظر: د.محمد مأمون سليمان, التحكيم الالكتروني, دار الجامعة الجديدة ,الاسكندرية, 2011,ص340.

(37) تنظر: المادة/30– ف1 من قانون التحكيم المصري؛ والمادة/27–ف/1 من قانون التحكيم السوري ؛ والمادة/29 – ف/أ من قانون التحكيم الاردني ؛ والمادة/23 من قانون التحكيم الفلسطيني : والمادة/1462 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي والمعدلة بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011.

(38) ينظر: د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص442.

(39) تنظر: المادة/30– ف1 من قانون التحكيم المصري؛ والمادة/27–ف/1 من قانون التحكيم السوري؛ والمادة/29 – ف/أ من قانون التحكيم الاردني .

(40) ينظر: د. عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص439.

(41) تنظر: المادة/34– ف1 من قانون التحكيم المصري؛ والمادة/27–ف/1 من قانون التحكيم السوري؛ والمادة/33 من قانون التحكيم الاردني .

(42) تنظر: المادة/32 من قانون التحكيم المصري؛ والمادة/30 من قانون التحكيم السوري؛ والمادة/31 من قانون التحكيم الاردني .

(43) ينظر: د.عصام عبد الفتاح مطر, مرجع سابق, ص441؛ د.احمد السيد صاوي , مرجع سابق,ص807.

(44) ينظر: د.محمود سمير الشرقاوي , التحكيم التجاري الدولي,دار النهضة العربية,القاهرة,2011, ص405.

(45) تنظر: المادة/37 – ف/أ من قانون التحكيم الاردني؛ والمادة/ 38 من قانون التحكيم الفلسطيني.

(46) تنظر: المادة/ 1463 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي التي عدلت بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011.

(47)تنظر: المادة / 263 من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ المادة/45 – ف/2 من قانون التحكيم المصري؛ والمادة/ 37 – ف/ ب من قانون التحكيم الاردني ؛ والمادة/ 38– ف/ 2 من قانون التحكيم الفلسطيني.

(48) تنظر: المادة/ 273– ف /1 من قانون المرافعات المدنية العراقي؛ والمادة/ 53–ف/1/أ من قانون التحكيم المصري ؛والمادة/ 50–ف /أ من قانون التحكيم السوري ؛ والمادة/ 49 – ف/أ/1 من قانون التحكيم الاردني.

(49)تنظر: المادة/ 273– ف /1 من قانون المرافعات المدنية العراقي ؛ والمادة/ 53–ف/1/أ من قانون التحكيم المصري ؛والمادة/ 50–ف /أ من قانون التحكيم السوري ؛ والمادة/ 49 – ف/أ/1 من قانون التحكيم الاردني.

(50) ينظر: محمد نعيم علوه موسوعة القانون الدولي العام, التحكيم الدولي, ط1, مكتبة زين الحقوقية, مركز الشرق الاوسط الثقافي, 2012,ص117.

(51) ينظر: د. نبيل اسماعيل عمر, التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية , ط2, دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية, 2005, ص296.

(52) ينظر: د. محمد مأمون سليمان , مرجع سابق, ص494.

(53) ينظر: المرجع السابق, ص494.

(54) تنظر: المادة/ 1479 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي المعدلة بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011.

(55) ينظر: محمود مصطفى يونس , المرجع في اصول التحكيم , دار النهضة العربية , القاهرة, 2009, ص432.

(56) ينظر: محمود مصطفى يونس ,مرجع سابق, ص432.

(57) ينظر: د. محمد مأمون سليمان , مرجع سابق, ص492.

(58) تنظر: المادة/ 270- ف /1 من قانون المرافعات المدنية العراقي ؛ والمادة/ 40 من قانون التحكيم المصري ؛ والمادة/ 41- ف /أ من قانون التحكيم السوري ؛ والمادة/ 38 من قانون التحكيم الاردني؛ والمادة/ 1480 من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي .

(59) ينظر: د. محمد مأمون سليمان , مرجع سابق, ص503.

(60) ينظر: د. احمد هندي, التحكيم دراسة اجرائية , دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2013, ص97.

(61) ينظر: د. احمد بشير الشرايري, بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة التمييز عليه , ط1, دار الثقافة للنشر, عمان , 2011, ص163.

قائمة المراجع:

المصادروالمراجع للدراسة

(اولاً) المصادروالمراجع العربية :-

اولاً/ كتب اللغة والمعاجم :-

1- ابو الحسين احمد بن فارس بن زكريا, معجم مقاييس اللغة , تحقيق عبد السلام محمد هارون, من دون مكان وسنة طبع, المجلد2.

ثانياً / الكتب القانونية والعامة :-

1- د. احمد ابراهيم عبد التواب , اتفاق التحكيم والدفوع المتعلقة به, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2009.

2- د. احمد ابو الوفا, التحكيم الاختياري والاجباري, ط5, منشأة المعارف,الاسكندرية,1988.

3- د. احمد بشير الشرايري, بطلان حكم التحكيم ومدى رقابة محكمة التمييز عليه , ط1, دار الثقافة للنشر, عمان , 2011.

4- د. احمد هندي, التحكيم دراسة اجرائية, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية, 2013.

5- د. ايناس الخالدي, التحكيم الالكتروني, دار النهضة العربية, القاهرة, 2009.

6- د. جعفر ذيب المعاني, التحكيم الالكتروني ودور القضاء الوطني بتفعيله,ط1, دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2014.

7- د. حسام الدين فتحي ناصف, التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية , دار النهضة العربية , القاهرة, 2005.

8- د. حفيظة السيد , الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي , منشورات الحلبي الحقوقية , لبنان , 2007.

9- د. خيري عبد الفتاح السيد , فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني عبر وسائل الاتصال الالكترونية , دار النهضة العربية , القاهرة, 2012.

10- سليم رستم باز, شرح المجلة, ط2,دار احياء التراث العربي, بيروت, من دون سنة نشر.

11- د. صفاء فتوح جمعة فتوح , منازعات عقود التجارة الالكترونية بين القضاء والتحكيم آليات فض النزاع , دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية, 2013 .

12- د. عصام عبد الفتاح مطر, التحكيم الالكتروني, دار الجامعة الجديدة, الاسكندرية,2009 .

13- د. فتحي والي, قانون التحكيم في النظرية والتطبيق, ط1, منشأة المعارف, الاسكندرية, 2007.

14- محمد مأمون سليمان, التحكيم الالكتروني, دار الجامعة الجديدة ,الاسكندرية , 2011 .

15- محمد نعيم علوه , موسوعة القانون الدولي العام, التحكيم الدولي, ط1, مكتبة زين الحقوقية, مركز الشرق الاوسط الثقافي, 2012.

16- د. محمود سمير الشرقاوي , التحكيم التجاري الدولي , دار النهضة العربية , القاهرة , 2011.

17- محمود مصطفى يونس , المرجع في اصول التحكيم , دار النهضة العربية , القاهرة, 2009.

18- د. نبيل اسماعيل عمر, التحكيم في المواد المدنية والتجارية الوطنية والدولية , ط2, دار الجامعة الجديدة , الاسكندرية, 2005 .

19- نضال جبر البلوي, التحكيم في الشريعة الاسلامية , ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع , عمان , 2012.

20- ابو الهيجاء محمد ابراهيم , التحكيم بواسطة الانترنت, الدار العلمية الدولية ودار الثقافة , عمان , 2002.

ثالثاً / الرسائل الجامعية:-

[1]- رجاء نظام حافظ بني شمسة, الاطار القانوني للتحكيم الالكتروني دراسة مقارنة , رسالة ماجستير في القانون الخاص, بإشراف د. يوسف شندي, جامعة النجاح الوطنية, كلية الدراسات العليا ,فلسطين,2009.

رابعاً / البحوث العلمية :-

1-احمد السيد صاوي, اجراءات التحكيم طبقا لقانون التحكيم المصري, بحث منشور في المؤتمر السادس عشر للتحكيم التجاري الدولي, جامعة الامارات العربية , 2009.

2- اسعد فاضل منديل, النظام القانوني للتحكيم الالكتروني, مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية , جامعة القادسية , المجلد 4, العدد2, كانون الاول , 2011.

3- د. الاء يعقوب النعيمي, الاطار القانوني لاتفاق التحكيم الالكتروني , بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية , المجلد6, العدد2, 2009.

4- د. بلال عبد المطلب بدوي, التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية , بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية, كلية الحقوق, جامعة عين شمس, س48, العدد1, يناير, 2006.

5- علي ملحم, دراسات تحليلية في التحكيم الالكتروني , بحث منشور في مجلة جامعة البعث, دمشق, المجلد38, العدد16, 2016.

خامساً / التقنينات والقوانين :-

1- مجلة الأحكام العدلية العثمانية الملغاة.

2- قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ رقم 83 لسنة1969 المعدل بالقانون المرقم 83 لسنة 2001 .

3- مشروع قانون التحكيم العراقي لسنة 2011.

4- قانون التحكيم المصري النافذ رقم 27 لسنة 1994 المعدل.

5- قانون التحكيم السوري النافذ رقم 4 لسنة 2008 .
6- قانون التحكيم الاردني النافذ رقم 31 لسنة 2001 .
7- قانون التحكيم اليمني النافذ رقم 22 لسنة 1992 .
8- قانون التحكيم التونسي النافذ رقم 42 لسنة 1993 .
9- المشروع النهائي لقانون التحكيم لدولة الامارات العربية المتحدة لعام 2009.
10- قانون التحكيم الفلسطيني النافذ رقم3 لسنة2001.
11- قانون الاجراءات المدنية الفرنسي النافذ لسنة1981 والمعدل بالقانون رقم 48 لسنة 2011 .

سادساً / المو اقع الالكترونية على الانترنت:-

1- طلال ابو غزالة ,الجمعية الدولية للملكية الفكرية, INTA الاجتماع السنوي الخامس والعشرون بعد المائة ل(INTA) للأمم المتحدة وأهمية العلامات التجارية لجسر الفجوة الرقمية، متاح على الموقع الالكتروني الاتي بتاريخ 2019/9/28:-

www.tagorg.com/download file.aspx? file id=127

(ثانياً) المصادروالمراجع الاجنبية :-

1- Electronic filing lexisrexis the digital bridge,file: serves lexis . nexis, 2008 ,p.1-5.

2-Nicolas de witt, on line International Arbitration ,12 Am-Rev.int ,1Arb,441, publishing, Inc,2001,p.1.

أفريل 2021

9 789931 965107

مخبر تطبيق التكنولوجيا الحديثة على القانون

Application of New Technology on Law