



جامعة البعث لخضر باتنة 1
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق



المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم
تخصص عقود ومسؤولية مدنية

إشراف الدكتورة
ميموني فايزة

إعداد الطالب
قارس بوبكر

لجنة المناقشة

اللقب والاسم	الرتبة العلمية	الجامعة الأصلية	الصفة
أ.د/مخلوفي عبد الوهاب	أستاذ	جامعة الحاج لخضر باتنة 1	رئيسا
د/ ميموني فايزة	أستاذة محاضرة أ	جامعة الحاج لخضر باتنة 1	مشرفا ومقررا
أ.د/ بوضياف عبد الرزاق	أستاذ	جامعة محمد أمين دباغين سطيف 2	ممتحنا
د/ عربي باي يزيد	أستاذ محاضر أ	جامعة الحاج لخضر باتنة 1	ممتحنا
د/ محمودي سماح	أستاذة محاضرة أ	المركز الجامعي العقيد سي الحواس بريكة	ممتحنا
د/ لعور بدرة	أستاذة محاضرة أ	جامعة محمد خيضر بسكرة	ممتحنا

الموسم الجامعي: 2020 – 2021

شكر وعرّفان

بعد أن مَنّ الله عليّ بإتمام هذه الأطروحة بعونه وتسديده،
لا يسعني إلا أن أحمده وأشكره عزّ وجلّ، وهو الغنيّ الحميد،
كما أتقدّم بأسمى وأرقى عبارات الشكر للأستاذة المشرفة الدكتورة ميموني فايّزة التي كانت
نعم المشرفة ونعم الناصحة والمرافقة على مدار خمس سنوات من العمل،
وأشكر كلّ من أمدني بيد العون والتأييد سواء بكلام طيّب مُشجّع، أو بدعوة صادقة في
ظهر الغيب أو بتسهيل الحصول على الكتب والمراجع.... فهؤلاء جميعاً يضيق المقام عن
تعدادهم، ويعجز اللسان عن مكافأتهم، مهما أوتي من عبارات الشكر والثناء،
وإلى كافة أعضاء لجنة المناقشة المحترمين كل باسمه ورتبته ومقامه،
لكلّ هؤلاء مّيّ جزيّل الشكر، ووافر الامتنان، وخالص التقدير.

بوبكر

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى الوالدين الكريمين أطال الله في عمرهما وأحسن
عملهما،

كما أهديه إلى كل طالب علم يبتغي بعلمه وجه الله عز وجل،
إلى جميع أفراد عائلة قارس أينما وجدوا خاصة شقيقاي: حسام الدين وسعيد
وشقيقاتي الثلاث،

إلى زوجتي وأبنائي: إياد عبد الرؤوف وأيوب عبد الإله ومحمد إسلام،
إلى كل الأصدقاء والزملاء.

بوبر

قائمة لأهم المختصرات باللغة الفرنسية

<i>Abréviations</i> المختصرات □	<i>Liste des principales abréviations en français :</i> قائمة لأهم المختصرات بالفرنسية :
C C F	Le Code Civil Français
J O R F	Journal Officiel de la République Française
C E	Le Conseil de l'union Européenne
J O C E	Journal Officiel du Conseil de l'union Européenne
O P U	Office des Publications Universitaires
L G D J	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
P U F	Presse Universitaire de France
Cass. Com	Chambre de cassation Commerciale
Cass. Soc	Chambre de cassation Sociale
Cass. Civ	Chambre de cassation Civile

مقدمة

تُعرّف المسؤولية القانونية بشكل عام بأنها المساءلة التي يتعرّض لها الشخص من جرّاء كل سلوك سلبي أو إيجابي يمكن أن يُلحق ضررا بالغير، فالأثر القانوني لثبوت مسؤولية الأشخاص يتمثل في الصور المختلفة للجزاءات المادية التي تملك السلطة العامّة ممثلة في مرفق العدالة بمختلف هيئاته ودرجاته مُكنة تسليطها على كل من يخل بأحد أو كل الأعباء أو الواجبات القانونية أو الاتفاقية الملقاة على عاتقه.

فاقتران المسؤولية القانونية بجزء مادي هو فيصل التفرقة بينها وبين نظيرتها الأخلاقية المترتبة عن مخالفة قواعد سلوكية لا يرجع مصدرها إلى نصوص التشريع ولا إلى الاتفاقات الثنائية أو الجماعية، وإنما إلى ما يفرضه المجتمع من أدبيات وقواعد معنوية تستهدف تهذيب الحياة الاجتماعية وأخلاقها بطريقة تسهّل التعايش الهادئ بين أفراد المجموعة الواحدة، وكل من يخرج عن الحدود الأخلاقية المستقر عليها مجتمعا يتعرض لجزاءات من ذات الجنس أي عقوبات أدبية وأخلاقية غير مادية يسلمها المجتمع ممثلا في ضميره الجمعي على المخالفين كاستهجان المجتمع للشخص المُخطئ أو تأنيب الضمير.

أما إذا تجاوز الإخلال أو الانتهاك حدود الأخلاق ليمس قاعدة قانونية فإنه يتعرض للمساءلة القانونية المقترنة بجزاءات مادية تضمن احترامها وفعاليتها، وتختلف هذه الجزاءات بحسب نوعية الحق المنتهك أو المعتدى عليه، فإذا كان الحق محل الاعتداء عاما يتعلق بالمصلحة العامة لمجموع الأفراد المشكلين للتركيبية المجتمعية، قامت المسؤولية الجزائية ويكون الجزاء متناسبا مع طبيعة هذه المسؤولية كالسجن أو الغرامات المالية التي تدفع للخزينة العمومية، أما إذا أصاب الإخلال حقا شخصا لأحد أفراد المجتمع فإن المسؤولية المترتبة هي مسؤولية مدنية تتمثل في إلزام مرتكب الفعل الضار بجبر الضرر الذي لحق المضرور، إما عينا بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الانتهاك، و إما بمقابل عن طريق دفع مبلغ نقدي كبديل عن الحق الذي فقده من جرّاء الاعتداء عليه تجسيدا لما يعرف بالوظيفة التعويضية لقواعد المسؤولية المدنية.

غير أن المسؤولية المدنية ليست واحدة بل تنقسم بدورها إلى نوعين رئيسين المسؤولية العقدية وتحقق إذا امتنع المدين أو تقاعس عن تنفيذ التزام عقدي، أو نفذه على وجه معيب الحق ضرراً بالدائن، أما المسؤولية التقصيرية فتتحقق إذا أخل الشخص بما فرضه القانون من التزام عام يقضي بوجود عدم تسببه في الإضرار بغيره.

وإذا كانت المسؤولية المدنية في صورتها التقليدية لم تُعد تثير إشكاليات جوهرية، فإن الانتشار الواسع الذي شهدته وسائل الاتصال الحديثة في السنوات الأخيرة أفرز صورة أخرى من المسؤولية وهي المسؤولية الالكترونية أو المسؤولية الناجمة عن التعامل الالكتروني، فالإنترنت تعتبر أهم وسيلة حديثة وعصرية يستعملها الأشخاص لقضاء حوائجهم لا سيما في العالم المتقدم، فعلاوة على كونها أداة اتصال و تخاطب ووسيلة للتعلّم واكتساب المعارف وإشباع الحاجات المشروعة من المعلومات فإنه كثيرا ما يتم استخدامها بطريقة سيئة أو معيبة تسبب في الإضرار بالآخرين، من خلال مختلف السلوكيات أو الممارسات غير المشروعة التي تتم عبر الشبكة والتي يمكن تكييفها بأنها أخطاء تستلزم قيام المسؤولية التقصيرية. كما أن ذات الشبكة – الانترنت – غدت وأصبحت من أهم آليات تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لا سيما في ميدان التجارة الالكترونية كالتسليم والدفع الالكترونيين والمقاصة الالكترونية وغيرها من العقود التي تُبرم في البيئة الرقمية، وهو الأمر الذي يثير إشكاليات قانونية في حالة الإخلال بتنفيذ التزامات مصدرها العقود الالكترونية.

أهمية البحث

تبرز وتتجلى أهمية موضوع الدراسة من ناحيتين:

✓ الأهمية العملية: ترجع إلى أهمية المعاملات الالكترونية في حد ذاتها بالنظر إلى التسهيلات الكثيرة التي وفرتها الشبكة العنكبوتية للعملاء من خلالها خدماتها المتنوعة مثل خدمة البريد الالكتروني ووسائل التواصل الاجتماعي ومختلف العمليات المالية من دفع إلكتروني وكذا التحويل والاقتطاع الالكتروني. كل هذه الخدمات شكلت مزايا شجعت على زيادة الإقبال على

إبرام التصرفات القانونية وتنفيذها في البيئة الرقمية لدرجة أن الكثير من الأشخاص خاصة في المجتمعات المتقدمة قد استغنت بشكل كبير عن المعاملات التقليدية، كما أن خاصية شبكة الانترنت كفضاء مفتوح للعامة يجعل من غير المعقول تصفية وفلتره المضامين غير المشروعة الأمر الذي يزيد من فرضية إلحاق الأذى بالآخرين والإضرار بهم.

✓ الأهمية العلمية: تظهر الأهمية العلمية للبحث في طابع الجدة والحدثة الذي يتسم به لكونه يزاوج بين أمرين متباعدين زمانيا مع ضرورة خضوع أحدهما للآخر، فبينما تعتبر المعاملة الالكترونية طريقة حديثة العهد بالظهور بالنظر إلى خصوصية وتعقيد البيئة التي تتم فيها نجد أن موضوع المسؤولية المدنية يعتبر أحد أقدم المواضيع التي تصدت لها الأنظمة القانونية المختلفة منذ القديم، وهو ما يعطي الموضوع أهمية من نوع خاص كونه يعمل على إسقاط قواعد كلاسيكية قديمة على معاملات رقمية حديثة.

أسباب اختيار موضوع البحث

تفرض أصول البحث العلمي أن نحدد بإيجاز مجمل الأسباب الذاتية والموضوعية التي حذت بنا إلى اختيار موضوع "المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الالكترونية" كمحل للدراسة دون سواه، والتي نوجزها في النقاط التالية:

1. طبيعة الموضوع الذي يجمع بين الأصالة ممثلة في موضوع المسؤولية المدنية وبين الحدثة والعصرنة المتمثلة في وسائل وأساليب التكنولوجيا الحديثة،
2. الإشكاليات العديدة والمتنوعة التي يثيرها التطور التكنولوجي في علاقته بالقوانين الكلاسيكية خاصة ما تعلق منها بموضوع المسؤولية،
3. نقص البحوث الأكاديمية حول موضوع المسؤولية المدنية عن التعاملات الرقمية مقارنة بحجم البحوث في ميدان المسؤولية الجزائية،

4. الميول الشخصي نحو مواضع المسؤولية القانونية بصفة عامة والمسؤولية المدنية بصفة خاصة.

أهداف البحث

تهدف هذه الدراسة إلى تحديد الأساس القانوني الأمثل لقواعد المسؤولية المدنية في مجال المعاملات الالكترونية بشقيها العقدي والتقصيري بطريقة تكفل حق المضرور ضحية الخطأ العقدي أو التقصيري الالكتروني في الحصول على التعويض الذي يجبر به ما لحقه من أضرار دون مشقة، وذلك من خلال محاولة تطويع القواعد العامة في المسؤولية المدنية ومواءمتها مع عالم المعلوماتية بشكل يجعل من تلك القواعد عامل لدعم وتشجيع التعاملات الالكترونية لا كايح ومُقوض لها.

كما استهدفت من خلال دراستي هذه تبيان مكامن القصور والنقص التي تعتري القواعد العامة النازمة للمسؤولية المدنية إذا ما أردنا تطبيقها وإسقاطها على المنازعات التي قد تنشأ بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية نتيجة ما يتم بينهم من تعاملات عبر الشبكة، وذلك بغرض تقديم الاقتراحات والتوصيات المناسبة التي نعالج من خلالها ما يتم تسجيله من قصور وعجز في القواعد العامة.

إشكالية البحث

يتسم النشاط الالكتروني بالحدثة والتنوع الأمر الذي يجعل الإقبال عليه كبيرا من طرف المتعاملين سواء كان هذا النشاط ثنائيا عن طريق التعاقد الالكتروني، أو كان عبارة عن أفعال غير مشروعة تمارس عبر الفضاءات الرقمية التي توفر مجالا افتراضيا مناسباً لارتكاب العديد من أنواع الاعتداء على الأموال والأسرار مقارنة بإمكانية ارتكاب ذات الأفعال في الفضاء المادي المحسوس.

ونظرا لعدم وجود تشريع خاص يُنظّم المسؤولية المدنية على هذا النوع من المعاملات المستحدثة (الالكترونية)، فإن القاضي سيجد نفسه وهو بصدد الفصل في المنازعات الناجمة عن

التعاملات الالكترونية مضطرا لإعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني، للتأكد من اجتماع الشروط اللازمة للقضاء بمسؤولية الشخص الذي ارتكب فعلا ضارا عبر الفضاء الرقمي، وتقدير التعويض المناسب لجبر ذلك الضرر، مع التنويه إلى أن تلك القواعد قد تم سنّها في زمن لم تظهر فيه بعد أغلب التكنولوجيات الحديثة، بمعنى أنها وُضعت لتحكم المعاملات التقليدية المبرمة في فضاءات مادية محسوسة بين أشخاص يتعارفون فيما بينهم، وعليه نطرح إشكالية الدراسة على النحو التالي:

" ما مدى ملاءمة القواعد العامة للمسؤولية المدنية للتطبيق على المعاملات الالكترونية، لا سيما مع ما تتسم به هذه المعاملات من خصوصية؟ "

تساؤلات البحث

يتفرع عن الإشكالية الرئيسية التي تشكل نطاق الدراسة جملة من التساؤلات الفرعية، نوجزها فيما يلي:

- هل القاعدة العامة في المسؤولية المدنية عموما والمسؤولية التقصيرية خصوصا والقائمة على أساس الخطأ واجب الإثبات صالحة للتطبيق على الأخطاء التي ترتكب في البيئة الالكترونية؟
- هل يمكن لقواعد المسؤولية عن فعل الغير أو عن فعل الشيء التي تقوم في مجملها على أساس الخطأ المفترض بنوعيه أن تشكل البديل المناسب في حالة قصور الأساس الأول المتمثل في الخطأ واجب الإثبات؟
- بالنظر إلى الأهمية البالغة التي تكتسبها مرحلة التفاوض الالكتروني لا سيما مع المبالغ المالية الضخمة التي تبرم بها عقود التجارة الالكترونية فإن السؤال الذي يمكن طرحه هو: ما مدى إمكانية مساءلة الشخص المتفاوض إلكترونيا عن الأضرار التي يتسبب فيها للمتفاوض الآخر بالنظر إلى عدم ارتباطهما بعقد؟

- هل يمكن للالتزامات التقليدية المفروضة على كل من البائع والمشتري أن تساهم في تحقيق الأمن القانوني لأطراف العقد بطريقة تيسر لصاحب الحق الحصول على حقه متى تعرض للانتهاك من الطرف الآخر؟

الدراسات السابقة

في حدود ما اطلعت عليه فقد وجدت بعض الدراسات البحثية التي تتقاطع مع موضوع بحثي في بعض جزئياته وعناصره، دون أن تنطلق من نفس الإشكالية أو تصل إلى ذات النتائج، أذكر منها ما يلي:

1. سمير حسني المصري، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الإنترنت دراسة مقارنة بالقانون الأنجلوأمريكي، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، سنة 2016، وما يمكن ملاحظته على الرسالة المذكورة أنها تناولت المسؤولية التقصيرية عن استخدام الانترنت دون المسؤولية العقدية على عكس ما تناولته في دراستي، كما أن نطاق دراسة الباحث سمير حسني المصري كان حول تطبيق من تطبيقات الخطأ التقصيري متمثلاً في الاعتداء على حقوق الملكية الفكرية والأدبية بينما دراستي كانت ذات نطاق واسع حيث تناولت الخطأ الإلكتروني بصفة عامة.
2. فاطمة الزهرة عكو، المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الإنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016. وقد تناولت في دراستي موضوع المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمات الوسيطة كجزئية في الفصل الثاني من الباب الأول لأن نطاق الدراسة كان واسعاً يشمل القواعد العامة للمسؤولية المدنية بصفة عامة ومدى إمكانية تطبيقها على المعاملات الإلكترونية برمتها، أما دراسة الباحثة عكو فاطمة الزهرة فقد انصبت على مسؤولية الوسطاء دون غيرهم أي أن تناولت المسؤولية المهنية لهؤلاء الأشخاص الأمر الذي يجعل من موضوعها مجرد جزء من الموضوع الذي تناولته.

صعوبات البحث

واجهتني أثناء السعي للإحاطة بموضوع البحث بعض الصعوبات الموضوعية، وتتلخص أساسا في عدم وجود قرارات واجتهادات قضائية تتعلق بالموضوع على مستوى المحكمة العليا، وهو الأمر الذي صعب من مهمتي في تقييم مدى كفاية القواعد العامة للتطبيق في المجال الرقمي، إضافة إلى قلة الدراسات المتخصصة حول الموضوع حيث أن أغلب الدراسات انصبحت حول الإثبات والتعاقد الإلكترونيين دون أن ينال موضوع المسؤولية المدنية ذات القدر من الاهتمام الذي حظيت به المواضيع المذكورة.

نطاق البحث

رغم عمومية عنوان البحث الموسوم بالمسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية" إلا أنني بحثت في الشق الخاص بأحكام المسؤولية المدنية العقدية منها والتقصيرية من خلال البحث في أركانها و أساسها القانوني و حالات انتفاءها دون التطرق للآثار القانونية الناجمة عنها و المتمثلة أساسا في صور التعويض المختلفة القضائي، القانوني و الاتفاقي، لأنه و بعد القراءة المتأنية لبعض المراجع لم أجد خصوصية تميز التعويض في المعاملات الإلكترونية عنه في المعاملات التقليدية الأمر الذي لن يوصلني نتائج جديدة فيما يخص الشق الخاص بالتعويض.

مناهج البحث

اقتضت ضرورات معالجة إشكالية الدراسة البحثية للموضوع العمل بمناهج مختلفة وبطريقة تتناسب وطبيعة الموضوع، الذي يجمع بين جانب تقني حملي على اعتماد المنهج الوصفي، من خلال تقديم دراسة مسحية للتعريف بمختلف المصطلحات والمفاهيم التقنية وحتى القانونية ذات الصلة، بالقدر الذي يخدم موضوع البحث وإشكاليته دون مبالغة قد تفقد البحث معناه، كما اعتمدت بصفة رئيسية على المنهج التحليلي على أساس أن البحث انصبَّ على مُعاملات مستحدثة تتم في بيئة رقمية، مع إخضاعها لقواعد المسؤولية المدنية التي وُضعت أساسا لتحكم

معاملات تقليدية، الأمر الذي يقتضي تحليل مختلف النصوص القانونية تحليلاً معمقاً لمعرفة مقاصد هذه النصوص ومدى كفايتها وملاءمتها للتطبيق على المعاملات الالكترونية.

ورغم أن الدراسة تمت في ضوء التشريع الوطني إلا أن الضرورة فرضت أحياناً استعمال أسلوب أو تقنية المقارنة مع الأنظمة القانونية الأخرى، كالقانون المدني الفرنسي وقانون اليونسترال النموذجي للتوقيعات الالكترونية رغبة مني في إثراء البحث وتبيان النقائص التي تعترى نصوص القانون الجزائري.

خطة البحث

بُغية الإجابة على الإشكالية الرئيسية للبحث وتساؤلاتها الفرعية فقد اعتمدت خطة ثنائية من خلال تجزئة البحث إلى باين مقسمين تقسيماً ثنائياً حيث يتشكل كل فصل من مبحثين وذلك على النحو التالي:

الباب الأول: الباب الأول المسؤولية التقصيرية في مجال المعاملات الالكترونية

الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في مجال المعاملات الالكترونية

الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الالكترونية عن فعل الغير والأشياء غير الحية

الباب الثاني: المسؤولية العقدية في مجال المعاملات الالكترونية

الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الالكتروني

الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

الباب الأول:
المسؤولية التقصيرية
في مجال المعاملات الإلكترونية

الباب الأول: المسؤولية التقصيرية في مجال المعاملات الإلكترونية

تُعتبر المسؤولية التقصيرية الناجمة عن التعاملات الرقمية من الموضوعات التي ما فتئت تتعاطم أهميتها وقيمتها لدى كل المشكّكين للمنظومة القانونية من مشرعين وقضاة وفقهاء، نظرا لما تثيره من إشكاليات علمية وعملية عميقة، أين يجب البحث عن مدى استيعاب نظرية المسؤولية التقصيرية المعروفة في القانون المدني لأحكام المسؤولية الناجمة عن التعاملات الرقمية، حيث ظهرت اتجاهات فقهية وتشريعية متباينة حولها، يمكن حصرها في ثلاثة توجهات فقهية وتشريعية كبرى في الأنظمة المقارنة.

وقد أتجهت بعض التشريعات إلى استحداث قواعد خاصة تحكم المسؤولية التقصيرية عن المعاملات الإلكترونية، والتي تختلف اختلافا جوهريا عن القواعد العامّة للمسؤولية في صورتها الكلاسيكية، بينما أدخلت بعض التشريعات تعديلات على قواعد المسؤولية التقصيرية التقليدية لتطويعها لمسايرة ومواءمة الخصوصيات التي يتسم بها التعامل الإلكتروني، وطبقت تشريعات أخرى قواعد المسؤولية التقصيرية الكلاسيكية على المعاملات الإلكترونية دون أن تخصّها بأحكام خاصة ولا أن تخضعها لتعديلات، وهو ما ذهب إليه المشرع الجزائري في هذه المسألة.

لذلك وبغرض رفع اللبس والغموض الذي يكتنف مسألة إسقاط قواعد عامة تقليدية كلاسيكية على معاملات رقمية إلكترونية لم تكن معروفة ولا معلومة وقت وضع النصوص القانونية السارية المفعول في مجال المسؤولية التقصيرية، فإنني سأحاول من خلال دراستي لهذا الباب الموسوم بـ "المسؤولية التقصيرية في مجال المعاملات الإلكترونية" أن أدرس الأساس القانوني الذي وضعه المشرع الجزائري للمسؤولية التقصيرية لمحاولة التوصل إلى مدى ملاءمته ومواءمته للتعاملات الرقمية، وذلك من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين نعالج في الأول "المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في المعاملات الإلكترونية" باعتباره القاعدة العامة التي جاءت بها المادة 124 من القانون المدني، بينما سنخصص الفصل الثاني "للمسؤولية التقصيرية عن فعل الغير وعن فعل الأشياء".



الفصل الأول:

المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي

في مجال المعاملات الإلكترونية

الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في مجال المعاملات الالكترونية

اختلفت التشريعات المقارنة في الأساس القانوني الذي تبني عليه المسؤولية التقصيرية، وذلك نظرا للخلفيات التاريخية والإيديولوجية المتبعة في كل دولة، فمنها من أسست المسؤولية التقصيرية على الخطأ واجب الإثبات و هو موقف المشرع الجزائري، ومنها من أسستها على الخطأ المفترض، في حين ذهبت تشريعات أخرى إلى إقامة المسؤولية على أساس الفعل الضار، أما الصورة الحديثة للمسؤولية فهي المسؤولية دون خطأ أو ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية، التي تقوم بمجرد تحقق الضرر بعناصره المعروفة بعيدا عن كافة العوامل الذاتية المتعلقة بمرتكب الفعل الضار.

غير أن ظهور الحاسبات الآلية والوسائل التقنية الحديثة مع ربطها بالشبكة العنكبوتية المعروفة بالإنترنت، قد أدخل الشك والريب في قدرة الخطأ الواجب الإثبات الذي اعتمده المشرع الجزائري بموجب المادة 124 من القانون المدني على أن يكون أساسا متينا للمسؤولية التقصيرية إذا تعلق الأمر بالتعاملات الرقمية والالكترونية، فمرتكب الخطأ في غالب الأحيان شخص مجهول الأمر الذي يثير إشكالية الجهة الملتزمة بتعويض الأضرار، كما أن مسألة إثبات خطأ مرتكب الفعل تعتبر من المسائل الحساسة نظرا لخصوصية البيئة الرقمية الافتراضية واختلافها الجذري عن البيئة التقليدية المادية، الأمر الذي يثير إشكالية مدى ملائمة قواعد الإثبات التقليدية للأفعال الضارة الالكترونية.

وعليه فإنه للإجابة على كافة التساؤلات التي يثيرها عنوان الفصل الأول فإننا سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول فيما أركان المسؤولية التقصيرية الالكترونية، إذ نخصص الأول للخطأ التقصيري الالكتروني، بينما نعالج في المبحث الثاني كل من ركن الضرر وعلاقة السببية بين الأخطاء الالكترونية والأضرار الالكترونية.

المبحث الأول: الخطأ التقصيري الالكتروني

يُعتبر الخطأ من الأركان الأساسية لقيام المسؤولية التقصيرية سواء تعلق الأمر بالمعاملات التقليدية أو الالكترونية، إذ أنه ورغم اختلاف التشريعات في الأساس الذي تُبنى عليه المسؤولية فإن المشرع الجزائري قد جعل من الخطأ واجب الإثبات بمثابة القاعدة العامة مقارنة بالأسس الأخرى. غير أن الثورة المعلوماتية التي أحدثها ظهور الشبكة العنكبوتية (الانترنت)¹ مع التطور الكبير الذي شهدته أجهزة الحاسب الآلي² قد أفرز لنا صورا جديدة من الأفعال الضارة بشكل لم نعهده من قبل، فمن الاعتداءات الجسدية وتخريب الممتلكات وسرقة أموال الغير وغيرها من مظاهر الخطأ التقصيري في صورته التقليدية إلى أفعال أخرى في صور أخرى كالاقتداء على البرامج³ عبر زرع الفيروسات وانتهاك الخصوصية عبر اختراق البريد الالكتروني⁴ للأفراد وكذا الاقتداء على قواعد البيانات للشركات وغيرها من أشكال الأفعال الضارة في البيئة الإلكترونية.

هذا التغير الجذري في صور الخطأ يثير التساؤل حول مدى إمكانية توافق وملاءمة القواعد الكلاسيكية للخطأ التقصيري مع صورته المستحدثة التي ترتكب بطريقة أخرى غير معروفة من قبل،

(1) تعريف الانترنت: الإنترنت اختصار لكلمتين إنجليزيتين هما INTERNATIONAL و WORK NET، وتُعرف شبكة الإنترنت بأنها: "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم". مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 41.

(2) الحاسوب: جهاز الكتروني، يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة كبيرة تصل إلى عشرات الملايين من العمليات الحسابية في الثانية الواحدة، بدرجة عالية الدقة وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذا تشغيلها واسترجاعها عند الحاجة إليها.

بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015 ص 4.

(3) برنامج الحاسوب: "عبارة عن مجموعة من التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة والتي تسمح لها بتنفيذ مهمة معينة". أنظر: محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجزائية لبرامج الحاسوب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 36.

(4) البريد الالكتروني (E. Mail): هو اختصار لكلمة Mail Electronique وهي خدمة توفرها شبكة الانترنت، وتتيح للشخص تبادل الرسائل الالكترونية بسرعة فائقة وبتكاليف أقل. ويكون لكل شخص عنوانه الالكتروني الخاص في الشبكة ويستطيع تصفحه متى ما شاء وإرسال واستلام الرسائل بحرية وسرية نسبية وليست مطلقة. إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، المجلد 1، العدد 2، العراق، 2009، ص 187.

وبتعبير آخر هل يمكن للخطأ التقصيري وفق التصور الكلاسيكي أن يكون وسيلة فعالة في يد الشخص المضروب لاستيفاء حقه من مرتكب الفعل الضار إذا ارتكب هذا الخطأ باستعمال تقنيات الاتصال الحديثة؟

لمعرفة وقياس الملاءمة بين الخطأ التقصيري التقليدي ونظيره الالكتروني سنقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نعالج في الأول مفهوم الخطأ الواجب الإثبات، بينما نخصص الثاني لصور وأنواع الخطأ التقصيري الالكتروني.

المطلب الأول: ماهية الخطأ التقصيري الالكتروني

إذا كانت المسؤولية التقصيرية تشكل القاعدة العامة في المسؤولية المدنية مقارنة بنظيرتها العقدية، فإن المسؤولية عن الفعل الشخصي أو على أساس الخطأ الواجب الإثبات تشكل القاعدة العامة وحجر الزاوية في المسؤولية التقصيرية مقارنة بالمسؤولية عن فعل الغير أو المسؤولية عن فعل الأشياء، لا سيما بعد تعديل صياغة المادة 124 من القانون المدني الجزائري¹ وإضافة كلمة "بخطئه" إلى نص المادة المذكورة، حيث يكون المشرع بهذا التعديل قد وضع حدا للجدال الفقهي الذي ثار بشأن تفسير نص المادة 124 سالفه الذكر في صيغتها الأصلية² والتي لم تتضمن كلمة الخطأ، الأمر الذي دفع جانبا من الفقه إلى القول بأن المشرع الجزائري قد أقام المسؤولية التقصيرية على أساس الضرر إذ يكفي حسبهم أن يتضرر الشخص من فعل شخص آخر ليثبت له الحق في التعويض بغض النظر عن السلوك الذي أتاه الفاعل سواء كان سلوكا عاديا أم أنه انحراف عن السلوك العادي، وسواء كان الفاعل مميذا أي أنه مدرك لما يقوم به أم أنه غير مدرك لذلك³.

(1) لقد تم تعديل القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 58-75 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 جوان 2005، العدد 44، حيث أصبحت صياغة نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري على النحو التالي: "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض".

(2) كانت المادة 124 من القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، عدد 78 تنص على ما يلي: "كل عمل أيا كان يرتكبه المرء ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا فيه بالتعويض".

(3) علي فيلاي، الالتزامات الفعل المستحق للتعويض، الطبعة الثانية، موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص 51.

غير أن جانبا آخر من الفقه يرى عكس ذلك لأن المسؤولية حسيهم ومنذ البداية قائمة على أساس الخطأ متحججين في ذلك بعدة حجج ومبررات أولها أن النص الفرنسي (النص الأصلي) قد تضمن لفظ بخطئه (*par sa faute*) وهو ما يفيد حسيهم أن ترجمة متن المادة 124 من القانون المدني لم تكن أمينة أي أن لفظ الخطأ قد سقط سهوا ولم يتعمده المشرع، بدليل أن هذا الأخير في نص المادة 125 من القانون المدني الجزائري (قبل التعديل) قد اشترط التمييز في المسؤول عن الضرر علما وأن التمييز يشكل الركن المعنوي للخطأ¹.

لدراسة ماهية الخطأ دراسة منهجية سوف نقوم بتقسيمه إلى ثلاثة فروع نخصص الأول لمفهوم الخطأ التقصيري الالكتروني، أما الثاني فسيكون موضوعه شروط الخطأ التقصيري الالكتروني، بينما سنعالج في الثالث صور الخطأ الالكتروني.

الفرع الأول: مفهوم الخطأ التقصيري الالكتروني

لقد أدى إجماع أغلب التشريعات عن تقديم تعريف للخطأ² إلى فسخ المجال أمام الفقهاء والأساتذة للإدلاء بدلوهم في هذه النقطة الحساسة من النقاط التي يتناولها القانون المدني، والذين اختلفوا بدورهم اختلافا كبيرا بين من اعتمد معيارا موضوعيا محضا في تعريفه للخطأ، ومن تبني نظرية شخصية في ذلك، وبين من مزج بين المعيارين.

(1) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، ص 36.

(2) على عكس كافة التشريعات نجد المشرع التونسي قد عرف الخطأ في الفصل 83 فقرة 3 من مجلة الالتزامات والعقود كما يلي " الخطأ هو ترك ما يجب فعله أو فعل ما يجب تركه بغير قصد الضرر."

خلافًا للكثير من التشريعات والآراء الفقهية التي تقسم الخطأ إلى عمدي وغير عمدي نلاحظ أن المشرع التونسي يميز بين الخطأ الذي هو عبارة عن فعل ضار غير متعمد أي أنه مرتكبه لم يقصد الإضرار بالغير، وبين الفعل المتعمد المصحوب بقصد الإضرار والذي لا يعتبر خطأ أصلا لأن هذا الأخير لا يكون إلا غير متعمد، لذلك تكلم الفصل 82 عن الأخطاء (غير العمدية) بينما تكلم الفصل 83 عن الأفعال الضار العمدية دون أن يصفها بأنها خطأ.

لمزيد من التفصيل أنظر: علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود منقحة ومعدلة حسب القوانين الجاري بها العمل، الكتاب الأول فيما تعمر به الذمة، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2018، ص 340.

يعتبر التعريف الذي تقدم به الفقيه الفرنسي بلانيول (Planiol) من أوائل المحاولات في تعريف الخطأ حينما اعتبره "كل إخلال بالتزام سابق"¹، وهو التعريف الذي قُوبل بالعديد من أوجه النقد حيث أخذ عليه بعض الفقه بعدم واقعية تعيين الواجبات التي يعد الإخلال بها خطأ يستوجب المسؤولية²، كما أن هذا التعريف لم يتضمن عنصر التمييز كشرط لقيام الخطأ.

وفي محاولة منه لتفادي الانتقادات السابقة فقد حاول بلانيول حصر الالتزامات التي يشكل الإخلال بها خطأ في أربعة وهي الامتناع عن العنف، الكف عن الغش، الإحجام عن عمل لم تنهياً له الأسباب من قوة أو مهارة و اليقظة في تأدية واجب الرقابة على الأشخاص أو الأشياء، غير أن ما عيب على التقسيم أنه لم يقدم تعريفاً للخطأ بل قسم صورته وأنواعه³، كما أن حصر الأخطاء غير ممكن من الناحية العملية في مجال المعاملات الالكترونية نظراً للتطور المتسارع الذي تشهده التكنولوجيات الحديثة و ما يتبعها من أفعال غير مشروعة و هو ما يجعل مجرد التفكير في وضع قائمة للأخطاء الإلكترونية ضرباً من الخيال. أما عن تعريفات الفقهاء العرب فنذكر منها تعريف الأستاذ سليمان مرقص الذي علاف الخطأ بأنه: "إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل إياه"⁴.

وبهذا نجد أن هذه التعريف قد تفادى أهم نقد وجه لتعريف بلانيول حينما ذكر الإدراك أو التمييز كعنصر أساسي وجوهري من عناصر الخطأ، تماشياً في ذلك مع توجه مختلف التشريعات العربية مثل المشرع الجزائري والمصري⁵ اللذان أسسا المسؤولية عن الفعل الشخصي على أساس الخطأ واجب الإثبات، وهو نفس التوجه الذي أخذ به المشرع الفرنسي في المادة 1240 من

1) « La faute est un manquement à une obligation préexistante. » citée par Patrice (Jourdain), **Les principes de la responsabilité civile**, 5ème édition, Dalloz, Paris, France, 2000, p 48.

2) هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي الشرط الجزائي -دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي-، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011، ص 143.

3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول والمجلد الثاني، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 880.

4) سليمان مرقص، المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، مصر، 1958، ص 182.

5) تنص المادة 163 من القانون المدني المصري على ما يلي: " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض".

القانون المدني¹ حيث جعل الخطأ هو الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية الأشخاص التقصيرية لإجبارهم على جبر الأضرار التي ألحقوها بغيرهم.

غير أن المشرع الفرنسي لم يكتف بنص المادة 1240 القانون المدني رغم وضوحها وصراحتها بل أضاف حكماً آخر في نص المادة 1241² بمقتضاه لا يسأل الشخص عن أخطائه العمدية بل إن مسؤوليته تقوم حتى عن الأضرار الناجمة عن إهماله ورعونته.

إلا أنه وبتحليل نص المادة 1241 من القانون المدني الفرنسي فإننا نجد أنها لم تأت بأي جديد لأن مضمون المادة 1240 يستغرقه نظراً للعمومية التي جاء بها حينما أورد لفظ "الخطأ" دون أن يميز بين خطأ عمدي وخطأ غير عمدي وبين خطأ جسيم وخطأ يسير، كما أن استعمال المشرع الفرنسي لكلمة "فعل" "fait" بدلاً من كلمة خطأ "faute" قد يجعله متناقضاً في الأساس الذي أقام عليه المسؤولية، لذا فإن التمييز الذي استعمله بشأن الأخطاء غير العمدية يعتبر غير ضروري و في غير موضعه³، ذلك أن المسؤولية المدنية تهدف إلى جبر الأضرار التي تلحق الشخص المضرور تحقيقاً لوظيفتها التعويضية ولا تستهدف تسليط عقاب مرتكب الفعل الضار الذي يجد مجاله في المسؤولية الجزائية، فمناطق التعويض الذي يمثل الأثر المترتب على قيام المسؤولية المدنية هو الضرر وليس الخطأ حفاظاً على مصلحة المضرور.

ومن ثم يمكن القول أن القاعدة العامة هي أنه لا تأثير لدرجة الخطأ على تقدير القاضي لمبلغ التعويض وهو ما يعرف بمبدأ وحدة التعويض بالنسبة لكل درجات الخطأ، غير أن هذه القاعدة وإن كانت صحيحة وسليمة من الناحية النظرية وتنسجم مع روح القانون الذي يستهدف جبر الأضرار لا عقاب الفاعل، إلا أننا إذا أخرجناها من دائرة التنظير وأسقطناها على الواقع فإننا سنجدها مرتبطة بشخص القاضي مع ما لهذا الأخير من مشاعر إنسانية تجعله وهو بصدد تقدير

1) L'article 1240 du c.c.f, dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

2) L'article 1241 du c.c.f, dispose que : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait mais encore par sa négligence ou par son imprudence. »

3) Mireille Bacache-Gibeili, **Droit Civil les obligations la responsabilité civile extracontractuelle**, Tome 5, 1ère éd, ECONOMICA, Paris, France, 2007, p 118.

التعويض يدخل في حسابه مدى جسامته الخطأ، فيجعل التعويض عن الخطأ الجسيم أو الفادح أزيد وأكبر من التعويض عن الخطأ البسيط أو اليسير¹، مع الإشارة إلى أن هذا الأمر لا يشكل استثناء على القاعدة العامة وإنما يعتبر تطبيقاً مشوهاً من القضاة للنصوص القانونية التي يبقى لها وحدها إدخال بعض الاستثناءات، ومثال ذلك الحكم الذي جاءت به الفقرة الثانية من المادة 182 من القانون المدني حينما جعلت الضرر غير المتوقع قابلاً للتعويض عنه في المسؤولية العقدية إذا ارتكب المدين غشاً أو خطأ جسيماً²، وفي هذا خروج عن القواعد العامة التي لا تسمح بالتعويض إلا عن الأضرار المباشرة المتوقعة فقط في هذا النوع من أنواع المسؤولية المدنية (العقدية)، مع العلم أن تقدير مبلغ التعويض يعتبر مسألة واقع، أما تحديد عناصر التقدير فهي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون³.

وبما أن المعاملات الالكترونية لا تخلو من المخاطر بل إن مخاطرها قد تفوق في كثير من الأحيان المعاملات التقليدية، فإن التعاريف التي سبق ذكرها للخطأ تشمل أيضاً الخطأ الالكتروني وتستغرقه نظراً لكونه عبارة عن فعل يرتكبه شخص فيلحق ضرراً بالغير، وبالتالي فإن عناصر الخطأ المعروفة وهي التعدي والتمييز ينبغي أن تتوفر في الفعل الالكتروني لإمكانية وصفه بالخطأ وبالتبعية جعله أساساً للمسؤولية عن الفعل الشخصي.

غير أن تلك التعاريف المقدمة للخطأ وإن كانت تشمل وتستغرق الخطأ الالكتروني أو ما يعرف بالخطأ التقصيري عبر الانترنت إلا أن هذا الأخير ونظراً لخصوصيته لا سيما من ناحية البيئة التي يرتكب فيها وهي البيئة الرقمية، فإنه بحاجة لأن يحظى بتعريف مستقل، الأمر الذي دفع بجانب من الفقه إلى ذلك، إذ نجد البعض يعرفه بأنه "مجموعة الأفعال غير المشروعة التي يرتكبها فرد أو مجموعة من الأفراد باستخدام الكمبيوتر كأداة والفضاء الافتراضي كوسيط"، كما يميل

(1) محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 6.

(2) تنص الفقرة 2 من المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

(3) Houssam EL AHWANI, *La responsabilité délictuelle en droit égyptien*, Revue des sciences juridiques et économiques, Faculté de droit, L'université de Ain Chams, Egypte, Tome 40, N0 1, 1998, p 10.

جانب معتبر من الفقه إلى تعريف الخطأ التقصيري عبر الانترنت بأنه " الفعل الضار المرتكب عبر الانترنت"¹.

ومن جهتي فقد حاولت تعريف الخطأ التقصيري الالكتروني بأنه: "كل استعمال لأجهزة الإعلام الآلي أو الانترنت بشكل يلحق ضرراً بالغير مع إدراك مرتكب الفعل لذلك".

ولأن الخطأ واجب الإثبات في هذه الصورة من المسؤولية فإن المتضرر من الأخطاء التقصيرية الالكترونية أي الدائن هو الذي يقع عليه عبء إثباتها ونسبتها إلى مرتكبها وهو المسؤول إعمالاً للقاعدة العامة في الإثبات وهي أن البينة على من ادعى، ذلك أن الأصل في الإنسان براءة الذمة وبالتالي فعلى من يدعي خلاف الثابت أصلاً أن ينفية بإثبات العكس وهو أن المدعى قد ارتكب خطأً إلكترونياً وأن هذا الأخير قد ألحق ضرراً بالدائن.

والمقرر أن استخلاص الخطأ الذي يقيم المسؤولية التقصيرية يعتبر من المسائل الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع من خلال الوقائع المعروضة أمامه، أما تكييف الفعل المرتكب بأنه خطأ فهو عملية قانونية يقوم بها القاضي تحت رقابة المحكمة العليا²، كما أن محكمة النقض المصرية أقرت قاعدة مفادها أنه " ليس لمحكمة الموضوع أن تقيم المسؤولية التقصيرية على خطأ لم يدعه المدعى متى كان أساسها خطأ مما يجب إثباته إذ أن عبء إثبات الخطأ يقع في هذه الحالة على عاتق المدعي المضروب فلا يصح للمحكمة أن تتطوع بإثبات ما لم يثبتته ومن باب أولى ما لم يدعه من الخطأ كما لا يجوز لها أن تنتحل ضرراً لم يقل به لأنه هو الملزم أيضاً بإثبات الضرر"³.

الفرع الثاني: عناصر الخطأ الالكتروني

كنا قد عرفنا الخطأ التقصيري الالكتروني بأنه كل استعمال لأجهزة الإعلام الآلي أو الانترنت بشكل يلحق ضرراً بالغير مع إدراك مرتكب الفعل لذلك، وعليه فإن الخطأ الالكتروني تماماً مثل

(1) وردت التعاريف المذكورة في رسالة دكتوراه للباحث: سمير حسني المصري، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الانترنت دراسة مقارنة بالقانون الأنجلوأمريكي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016، ص 32.

(2) عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروسات الحاسب، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994، ص 240.

(3) قرار صادر عن الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية، جلسة 1967/6/22، المكتب الفني (سنة 18 قاعدة 200 – ص

1316). رابط القرار: https://www.cc.gov.eg/judgment_single?id=111114769&ja=8153

الخطأ التقليدي يتشكل من عنصرين رئيسيين لا يقوم إلا بهما، وهما العنصر المادي المتمثل في التعدي (أولاً) والعنصر المعنوي المتمثل في الإدراك أو التمييز (ثانياً).

أولاً- التعدي:

هو العنصر المادي في الخطأ، ويراد به تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الالتزام بها في سلوكه، فهو انحراف في السلوك سواء كان متعمداً أو غير متعمد، والانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير، أما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال وتقصير¹، و من أمثلة الأخطاء العمدية في المعاملات الالكترونية أن يقوم الشخص بتوجيه رسائل إلكترونية تتضمن عبارات سب وشتيم للشخص الموجهة له الرسالة، أو القيام بالتشهير بشخص معين من خلال نشر أسرار أو بعض صورته الخاصة في مواقع التواصل الاجتماعي دون إذن منه بشكل يلحق به أضراراً مادية وأدبية.

وكمثال عن الخطأ التقصيري الإلكتروني غير العمدي نذكر قيام مالك البريد الإلكتروني بتركه مفتوحاً وهو ما يجعله عرضة للعبث به من طرف أبنائه القصر الذين قد يقومون باستعماله بطريقة تلحق الضرر بالآخرين فيكون مسؤولاً مسؤولية تقصيرية عن هذا الفعل إما مسؤولية شخصية لأنه هو صاحب البريد الإلكتروني الذي تسرب منه الفعل الضار وإما مسؤولية عن فعل الغير وفقاً لقواعد مسؤولية متولي الرقابة.

مع العلم أن هناك معيارين يتنازعان تصنيف الأفعال التي تصدر من الأشخاص لاعتبارها تعدياً أم لا، أما المعيار الأول فهو معيار ذاتي شخصي يأخذ بعين الاعتبار شخصية مرتكب الفعل الضار وكذا ظروفه الذاتية منها السن والجنس والحالة الاجتماعية إضافة إلى الظروف الزمانية والمكانية التي وجد فيها أثناء ارتكابه للفعل²، فالمهندس في الإعلام الآلي مثلاً يُفترض فيه التمكن والسيطرة على مختلف الوسائط التكنولوجية، وبالتالي يُحاسب على أغلب الأخطاء التي يمكن أن

(1) خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2010، ص 242.

(2) المرجع نفسه، ص 242.

تُرْتَكَب في الفضاءات الرقمية وفقا للمعيار الشخصي، بينما قد لا يُسأل الشخص غير المتعلم وغير المتمكن من المعلوماتية عن الأخطاء التي تسبب الأضرار الكبيرة استنادا إلى ذات المعيار (الشخصي).

وعليه أمكن القول إن المعيار الذاتي بالنسبة للأخطاء التقليدية معيار نسبي وغير منضبط بل غير عادل لأن ما يُعتبر تعديا كبيرا بالنسبة لزيد قد يُشكّل مجرد تعدي بسيط بالنسبة لعمر وقد لا يشكل تعديا أصلا بالنسبة لأحمد، وكل ذلك نتيجة اختلاف شخصية وذهنية كل واحد من الأشخاص السالف ذكرهم، مع العلم أن الأفعال غير المشروعة معروفة لدى الجميع إذ لا فرق بين الجاهل والمتعلم وبين الذكر والانثى في إدراك عدم المشروعية، وهو الأمر الذي دفع جانبا من الفقه إلى ضرورة اعتماد معيار آخر يتفادى ما يعترى المعيار الذاتي من عيوب.

أما المعيار الثاني الذي وضعه الفقه واعتمده أغلب التشريعات المقارنة فهو المعيار الموضوعي الذي يعتمد في تحديده لعنصر التعدي على قياس سلوك مرتكب الفعل بسلوك الشخص العادي لو وجد في ذات الظروف التي وقع فيها الفعل، والشخص العادي هو شخص مجرد يمثل كل ما هو وسط بين الناس من حيث الحرص والعناية، الذكاء والفتنة، العلم والخبرة، النزاهة والأمانة، ومعنى ذلك أن تحديد الشخص العادي يقوم على أساسين هما التجريد والوسطية¹.

وبمقارنة المعيار الموضوعي بنظيره الذاتي أو الشخصي في المعاملات التقليدية نجده أكثر دقة وانضباطا، لأنه يتسم بالاستقرار والثبات وهو أقرب للعدالة وأيسر لتحديد المسؤوليات من طرف القاضي الذي ليس له إلا القيام بتعيين خبير في المجال لإمكانية القول بوجود الخطأ من عدمه، كما أن المعيار الأخير أقرب لقواعد العدالة لأن ما يعتبر خطأ جسيما بالنسبة لشخص ما يعتبر كذلك بالنسبة لكل الأشخاص الآخرين نتيجة الطابع المجرد الذي يتسم به والذي لا يأخذ بعين الاعتبار الظروف الشخصية والمؤهلات الذاتية للأفراد، وهو الأمر الذي دفع بالمشرع إلى اعتماده كقاعدة عامة من خلال العديد من التطبيقات في القانون المدني الجزائري².

(1) محمد شتا أبو سعد، المرجع السابق، ص 168.

أنظر في نفس المعنى: العدوي جلال علي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1994، ص ص 330-331.

(2) أنظر المواد: 172 فقرة 2، 495 و544 من القانون المدني الجزائري.

أما إذا تعلق الأمر بالمعاملات الإلكترونية فإنه من الصعوبة بمكان اعتماد معيار موضوعي وسطي عام ومجرد يُطبق على الجميع، لأن ذلك من شأنه تحميل الكثير من الأشخاص مسؤولية أفعال لم يقصدوا القيام بها نظرا لعدم تمكنهم من المعلوماتية بالقدر الكافي الذي يؤهلهم للتمييز بين ما يعتبر تعديا وما يعتبر غير ذلك، مثل المساهمة في إرسال ونشر رسائل ترويجية تحمل معها فيروسات مدمرة تلحق أضرارا بقواعد البيانات، فالشخص البسيط ذو التفكير السطحي سيقوم بإرسال الرسالة التي يتلقاها لكل من يعرفهم بحسن نية ظنا منه انها ذات مضمون هادف، أما صاحب الخبرة والدراية فيتفطن وينتبه بأنها رسائل تتضمن فيروسات خطيرة، وبالتالي إذا قام بالمساهمة في عملية النشر رغم علمه يكون قد ارتكب خطأ استنادا إلى المعيار الشخصي الذاتي الذي يراعي الفروقات الفردية والظروف الخاصة لمرتكب الفعل الضار وهو ما يستوجب مساءلته مدنيا عن الأضرار التي تلحقها الفيروسات المدمجة في الرسالة، أما إذا طبقنا المعيار الموضوعي على المثال سالف الذكر فإن الشخص قد يتمكن من التملص من أحكام المسؤولية المدنية إذا لم يرق تصرفه إلى درجة الانحراف عن سلوك الرجل العادي.

ثانيا- الإدراك(التمييز):

يمثل العنصر المعنوي أو الذاتي للخطأ إذ يجب أن يتوافر في الخطأ إضافة إلى عنصره المادي العنصر المعنوي المتمثل في التمييز أو الإدراك، حيث لا يسأل الشخص عن أفعاله التي ألحقت ضررا بالغير إلا إذا كان مدركا لها، ويكون كذلك إذا بلغ سن التمييز المحددة في المادة 42 من القانون المدني الجزائري بثلاثة عشرة (13) سنة كاملة ولم يبلغ سن الرشد التي حدتها الفقرة 2 من المادة 40 من ذات القانون بتسعة عشرة (19) سنة كاملة، أو في حالة ما إذا بلغ الشخص 19 سنة وكان سفيا أو ذا غفلة¹، وقد أكد المشرع الجزائري على التمييز كركن للمساءلة القانونية

(1) لمزيد من التفصيل أرجع: محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي الموروث، منشأة المعارف بالإسكندرية، سنة 1995، ص 29 وما بعدها.

بصريح العبارة وذلك بنص المادة 125 من القانون المدني التي خضعت لتعديل جزئي بموجب القانون 10/05¹.

وما يؤكد وجوب توفر التمييز في مرتكب الفعل هو حذف الفقرة 2 من المادة 125 الأصلية "قبل التعديل" التي كانت تجيز مساءلة عديم التمييز في حالة عدم وجود مسؤول عنه أو في حالة تعذر الحصول على تعويض منه².

ومن العبارات التي عرف بها التمييز التعريف الذي أورده الدكتور مصطفى الزرقاء بأنه: "أن يصبح الشخص ذو تبصر عقلي، يستطيع به أن يميز بين الحسن والقبيح من الأمور ويتبين الخير من الشر والنفع من الضرر، وإن كان هذا التبصر غير دقيق وهذا التمييز غير تام"³، غير أن هذا التعريف ورغم واقعيته إلا أنه يصلح في المسؤولية الأخلاقية أكثر من المسؤولية المدنية التي تستلزم علم الشخص بمخالفة تصرفه للقوانين والأثر المترتب على إخلاله بهذه القوانين والمتمثل في جبر الأضرار التي يلحقها بالغير.

أما الحكمة من اشتراط التمييز في تصرفات الشخص لإمكانية مساءلته قانونا فترجع إلى كون عديم التمييز شخص غير قادر على تمحيص تصرفاته وفرزها بالقدر الذي يفرق به بين الحق والباطل وبين الخير والشر وبين النافع والضار نتيجة عدم اكتمال النضج الذهني الذي يؤهله للتحقق من الأمور السابقة الذكر، لذا كان من غير المنطقي حسب التشريعات التي اشترطت

1 (تنص المادة 125 من القانون المدني الجزائري المعدل بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المدني الصادر بتاريخ 26 جوان 2005، ج. ر العدد 44 على ما يلي: " لا يُسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا".

2 أنظر: بوكريزة أحمد، المسؤولية المدنية للقاصر-دراسة مقارنة -، أطروحة دكتوراه علوم، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة 1، 2015، ص 125 وما بعدها.

أنظر أيضا: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 73 وما بعدها.

3 أسماء موسى أسعد أبو سرور، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية-دراسة مقارنة بين القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين، 2006، ص 91.

التمييز كعنصر مشكل للخطأ التقصيري¹ أن يسأل المرء عن أفعال لا يدرك أبعاده والنتائج التي قد تترتب عنها.

وعلى خلاف المشرع الجزائري ونظيره المصري نجد المشرع الأردني في المادة 256 من القانون المدني² قد أسس المسؤولية التقصيرية على أساس الفعل الضار ولم يشترط الخطأ، إذ يكفي حسب ما ورد في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن يتجاوز الشخص الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر والإضرار بهذا المفهوم يختلف عن الضرر فهو غير مرادف له لأنه يعني إحداث الضرر بفعل غير مشروع أو إحداثه على نحو مخالف للقانون³.

وعليه يمكن القول أن المشرع الأردني قد سلك مسلكاً وسطاً بتأسيسه المسؤولية التقصيرية على أساس الإضرار بالغير، إذ أنه لم يتعصب للمدرسة اللاتينية التي تشترط وجوب إثبات الخطأ مثلما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري والفرنسي، كما أنه لم يجعل من تحقق الضرر كافياً لقيام المسؤولية دون النظر إلى مشروعية أو عدم مشروعية الفعل المرتكب⁴، وبالتالي يمكن القول أنه يكفي لقيام المسؤولية التقصيرية في القانون الأردني أن يتوفر العنصر المادي للخطأ والمتمثل في التعدي الذي يقصد به ارتكاب الفعل دون قصد من صاحبه، دونما حاجة للتمييز أو العنصر المعنوي، وهو أمر جد مقبول في المسؤولية محل الدراسة لأنه "من الطريف أن بعض صغار السن من غير المميزين يتفوقون أحياناً على من هم أكبر منهم في مجال استخدام الحاسبات الالكترونية والتعامل مع برامجها المختلفة"⁵.

(1) سلك كل من المشرع المصري بموجب نص المادة 164 من القانون المدني نفس المسلك الذي سلكه المشرع الجزائري بنص المادة 125 من القانون المدني الجزائري إذ جعل من التمييز ركناً أساسياً في الخطأ إلى جانب التعدي الأمر الذي يستلزم اجتماع العنصرين معاً لإمكانية مساءلة الشخص عن أفعاله الضارة التي يلحقها بالغير.

(2) تنص المادة 256 من القانون المدني الأردني على ما يلي: "كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر."

(3) عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت -دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2011، ص 79.

(4) المرجع نفسه، المرجع السابق، ص 80.

(5) نائل علي المساعدة، أركان الفعل الضار الالكتروني في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 1، سنة 2005، ص 55.

وتجدر الإشارة إلى عنصر التمييز يثير إشكاليات كثيرة في المعاملات الالكترونية أكثر من تلك التي يثيرها في المعاملات التقليدية بالنظر للطابع الافتراضي الذي يتسم به النوع الأول، فالكثير من القصر يحوزون حسابات في مواقع التواصل الاجتماعي ولا يوجد ما يمنعهم (تقنيا) من سب الآخرين أو شتمهم أو التشهير بهم وغيرها من الأفعال أو الجرائم التي يرتكبها صغار السن بالنظر إلى سهولة الولوج إلى الشبكة وارتياح مختلف المواقع التي يقومون فيها بأفعالهم.

و عليه يمكن القول أن اشتراط التمييز في الخطأ من شأنه أن يقلص من حظوظ الشخص المتضرر من التكنولوجيات الحديثة في استيفاء حقه في التعويض بالنظر لكثرة استعمال القصر للإنترنت بطريقة عشوائية ودون ضوابط وهو ما يعني زيادة عدد الجرائم الالكترونية دون أن يكون للمتضرر منها حق الرجوع على مرتكب الفعل الضار لانتفاء صفة الخطأ عن الفعل بسبب عدم بلوغ مرتكبه لسن التمييز القانونية، وهو الأمر الذي يجعل التشكيك جائزا في قدرة الخطأ الثابت على أن يشكل الأساس القانوني الأمثل للمسؤولية التقصيرية بالقدر الذي يكفل حق المتضررين من إرهابات الرقمنة و المعلوماتية في الحصول على تعويضات تجبر الأضرار التي يصيبهم.

المطلب الثاني: أنواع الخطأ التقصيري الالكتروني

تشهد التكنولوجيا بمختلف مجالاتها تطورا سريعا ومنتظما سواء فيما يتعلق بأجهزة الإعلام الآلي في حد ذاتها أو في البرامج التي توضع لخدمتها أو حتى في الفيروسات التي قد تصيبها، الأمر الذي يزيد ويضاعف وينوع من صور وأنواع الأخطاء والأفعال الضارة ذات الطبيعة الالكترونية، لذلك لا يمكن حصر هذه الأخطاء ولا تعدادها مهما بلغت درجة تمكن الشخص من المعلوماتية.

وعليه سنحاول تقسيم هذه الأخطاء من خلال اعتماد قاسم مشترك يجمع كل نوع من أنواع الأخطاء الالكترونية، حيث سنخصص الفرع الأول للأخطاء الالكترونية التي تتسم بالصفة الجرمية (الجرائم الالكترونية) بينما نعالج في الفرع الثاني الأخطاء الالكترونية التي لا تحمل تلك الصفة أي أنها أخطاء تلحق أضرارا بالغير دون أن تكون مجرمة بنصوص قانونية.

الفرع الأول: الجرائم الالكترونية

من المسلم به في القانون الجنائي أن الفعل لا يشكل جريمة إلا إذا وجد نص قانوني يقضي بذلك¹ وهو ما يعرف بمبدأ الشرعية، ذلك أن الأصل في الأفعال الإباحة إذ يجوز للشخص القيام بأي فعل أيا كان إلا إذا وجد نص قانوني صريح يضيف الصبغة الجرمية عليه فيخرجه من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم والعقاب، فيحدد الأركان التي تتشكل منها الجريمة²، كما يحدد العقوبة أو تدبير الأمن اللازم لمواجهة هذه الجريمة ردعا للجاني وتحقيقا لأمن المجتمع.

ونظرا للأخطار الكبرى التي يلحقها الاستعمال السيئ للتكنولوجيا وكذا الأضرار البالغة التي تلحق الأفراد والمؤسسات من جراء هذا الاستخدام فقد كان لزاما على المشرع التدخل لتجريم بعض الأفعال الالكترونية الضارة واعتبارها جرائمًا الكترونية³، حيث يعتبر تعديل قانون العقوبات بموجب القانون 04-15⁴ بمثابة النواة الأولى للتجريم الالكتروني في الجزائر حيث خصص القسم السابع مكرر من قانون العقوبات لهذا النوع المستحدث من الجرائم تحت عنوان "المساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات"، كما أدخل المشرع تعديلا آخر على قانون العقوبات يتعلق بالجرائم الالكترونية بموجب القانون 06-23⁵، غير أن هذا التعديل مس فقط الشق المتعلق بالعقاب دون نظيره من التجريم أي أنه لم يضيف جرائم الكترونية جديدة غير تلك التي جاء بها القانون 04-15 سالف الذكر.

(1) تنص المادة الأولى من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، العدد 49، ما يلي: "لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون".

(2) تتشكل الجريمة بصفة عامة من ثلاثة أركان وهي الركن الشرعي المتمثلا في نص الذي يعرّم فعلا من الأفعال كالسرقة والقتل ويحدد له عقوبة جزائية معينة مثل الحبس أو الغرامة المالية، والركن المادي الذي يمثل السلوك الخارجي الذي يقوم به الشخص لارتكاب جريمته، إضافة إلى الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي بمعنى اتجاه الإرادة إلى ارتكاب الفعل وتحقيق نتيجته رغم علمه بمخالفة سلوكه للقانون.

(3) تعرف الجريمة الالكترونية بأنها: "كل سلوك إجرامي يتم بمساعدة الكمبيوتر" كما تعرف أيضا: "بأنها كل سلوك غير مشروع أو غير أخلاقي أو غير مصرح به يتعلق بالمعالجة الآلية للبيانات أو بنقلها" أرجع: خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 2009، ص 74.

(4) القانون رقم 04-15 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2004، العدد 71.

(5) القانون رقم 06-23 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 24 ديسمبر 2006، العدد 84.

وباستقراء نصوص مختلف القوانين التي تجعل من بعض الأفعال الالكترونية جرائم معاقب عليها فإننا نجد أن هذه الأخيرة تأخذ مظهرين رئيسيين، فأما المظهر الأول فيتمثل في مجموعة الجرائم التقليدية كالسرقة والاختلاس التي تتم باستعمال أجهزة وأدوات رقمية كالكمبيوتر أو بعض البرامج المعلوماتية، أي أن الرقمنة لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة لارتكاب جريمة من الجرائم الكلاسيكية، أما المظهر الثاني للجريمة الالكترونية فيتحقق حين يكون جهاز الحاسوب مع ما يحتويه هدفا للجريمة لا مجرد أداة أو وسيلة مساعدة لتنفيذها، ومثال ذلك جريمة الدخول غير المصرح به للموقع وجريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات و كذا جريمة التعامل في معلومات غير مشروعة، وهو ما يعرف بالإجرام السيبراني أو المعلوماتي¹.

غير أنه إذا كان الخطأ المدني لا يشكل بالضرورة خطأ جزائيا فإن العكس غير صحيح، حيث إن مرتكب الجريمة كقاعدة عامة يعتبر مرتكبا لخطأ تقصيري يستوجب التعويض²، ففي حالة ارتكاب الشخص لجريمة الكترونية باستخدام الحاسوب أو بإتلاف بعض عناصره المادية وغير المادية، وانتهى الأمر إلى صدور حكم جزائي بإدانة المتهم فإن ذلك يرتب للضحية الحق في الحصول على مبالغ مالية كتعويضات جبرا للأضرار اللاحقة به من هذا الإجرام السيبراني، علما وأن الحكم الجزائي القاضي بإدانة المتهم يشكل سندا قانونيا مهما بالنسبة للضحية لاستحقاق مبلغ التعويض. ونظرا لكثرة وتعدد الجرائم الالكترونية سواء على المستوى الوطني أو الدولي والذي يرجع بالأساس إلى كثرة الأجهزة الالكترونية ومحتوياتها المادية وغير المادية ذات الطابع التقني المعقد، فإننا سنتناول بعض هذه الجرائم دون الجرائم الأخرى بالقدر الذي يجعل منها خطأ الكترونيا مستوجبا للمسؤولية التقصيرية.

(1) محمد علي سالم، حسون عبيد هجيج، الجريمة المعلوماتية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 2، سنة 2007، ص 1.

(2) رغم أن القاعدة العامة في الجرائم أنها تشكل أخطاء مدنية مستوجبة للتعويض إلا أن هناك استثناءات مثل جريمة إنشاء مجموعة أشرار إذ أن هذا الفعل المجرم بنصوص قانون العقوبات لا يشكل أي خطأ مدني لأنه لم يلحق ضررا بأي شخص.

أولا - جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به داخل نظام معالجة آلية للمعطيات:

استحدث المشرع الجزائري هذه الجريمة بموجب المادة 394 مكرر من قانون العقوبات¹، والتي تعتبر إحدى نتائج التطور المعلوماتي الكبير في مجال الإجرام، ورغم أن ظاهر الجريمة يوحي أنها سطحية وشكلية على أساس أن الدخول إلى موقع معين قد لا يؤثر سلبا على صاحبه إلا أنه غالبا ما يشكل مدخلا وبداية لجرائم أخرى أكثر خطورة، لذلك عمد المشرع إلى تجريم مجرد الدخول إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات تفاديا للقيام باعتداءات أخرى على النظم والمعلومات التي تتضمنها².

وباستقراء نص المادة 394 مكرر نجد أن الركن المادي للجريمة المذكورة يظهر في صورتين، هما:

أ/ الدخول غير المصرح به:

في هذه الحالة يقوم المجرم المعلوماتي بالولوج إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات دون أن يرخص له بذلك من طرف المسؤول أو المالك الذي قد يكون شخصا واحدا وقد يكون أكثر من شخص، ففي الحالة الأولى وهي الملكية الفردية لنظام المعالجة فإن شخص المالك أو وكيله هو الوحيد المخول بمنح الترخيص بالدخول، أما في الحالة الثانية فيكون لكل مالك أن يقوم بمنحه مع التقيد بالمدة الممنوحة أو الهدف الذي من أجله منح الترخيص³.

ب/ البقاء غير المصرح به:

يظهر من خلال قراءة نص المادة 349 مكرر أن الدخول والبقاء يشكلان جريمة واحدة حيث استعمل المصطلحين بصفة متلازمة، رغم أن هناك من الباحثين في القانون الجنائي من يرى

(1) تنص المادة 394 مكرر ق ع ج على ما يلي: " يعاقب بالحبس من ثلاثة (03) أشهر إلى سنة (01) وبغرامة من 50.000 دج إلى 100.000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك.

تُضاعف العقوبة إذا ترتب عن ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة (06) أشهر إلى سنتين (02) والغرامة من 50.000 دج إلى 150.000 دج "

(2) حمودي ناصر، الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 14، العدد 2 لسنة 2016، ص 73.

(3) المرجع نفسه، ص 75.

عكس ذلك ويجعل منهما جريمتين مختلفتين حيث يتطلب الركن المادي لجريمة البقاء غير المصرح به حدوث الفعلين معا لأن البقاء يستلزم أن يسبقه دخول مع اتجاه إرادة المجرم إلى عدم قطع الاتصال رغم علمه بعدم مشروعية الدخول وأن هذا الأمر ممنوع عليه¹.

ثانياً. جريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات:

تجد هذه الجريمة أساسها القانوني في نص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على أنه: "يعاقب بالحبس من ستة (06) أشهر إلى ثلاث (03) سنوات وبغرامة من 500.000 دج إلى 200.000 دج، كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها".

ويبدو من نص المادة أعلاه أن جريمة التلاعب غير المصرح به بالمعلومات أخطر وأكثر إضراراً بصاحب نظام المعالجة الآلية للمعلومات من جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به، وذلك بالنظر إلى العقوبات المقررة للجريمة الأولى في نص المادة 394 مكرر 1 مقارنة بنظيرتها رقم 394 مكرر التي وضعت عقوبات أخف للجريمة الثانية. وقد عدد لنا المشرع ثلاث صور للتلاعب غير المشروع بالمعلومات، وهي الإدخال والتعديل والإزالة.

ومهما يكن من أمر فإن إخراج مثل هذه الأفعال من دائرة الإباحة إلى دائرة التجريم يعتبر أمراً جدياً إيجابياً في مجال دعوى المسؤولية المدنية سواء رفعت ابتداء أمام القاضي المدني أو أنها ألحقت بالدعوى العمومية في شكل دعوى مدنية تبعية وذلك بالنسبة لكل شخص طبيعي أو معنوي تضرر من هذه الجرائم، لأن عدم تجريمها يجعل منها مجرد أخطاء مدنية خاضعة للقواعد العامة في الإثبات والتي تلقي على عاتق المدعي وهو المتضرر عبء إثباتها، مع ما يشكله هذا الأمر من صعوبة بالغة بالنظر إلى الطابع التقني والمعقد لهذه الأفعال وهو ما من شأنه أن يبقي ضحايا هذه الأفعال دون تعويض نتيجة عجزهم عن إثبات ما يدعون.

غير أن تصدي المشرع لمثل هذه السلوكيات بالتجريم والعقاب يجعلها جرائمها معاقبا عليها فإن العبء الذي كان ملقى على عاتق الشخص المضرور سوف يسقط عن كاهله، لأن النيابة العامة

(1) حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 75.

ممثلة في وكيل الجمهورية هي التي ستتولى البحث والتحري عن الجريمة لإثباتها وإسنادها إلى المتهم وإدانته¹، وبالتالي لا يبقى أمام الضحية إلا إثبات الضرر الذي لحقه من الجريمة الالكترونية المرتكبة، سواء اختار الطريق الجزائي حيث يتأسس كطرف مدني ويطالب بالتعويض أمام القاضي الجزائي الذي لا يملك غير الحكم له به متى أثبت الضرر بشرط الحكم بإدانة المجرم المعلوماتي، أما في حالة الحكم بالبراءة فلا يمكنه الحكم بأي تعويض لأن الدعوى المدنية هنا هي دعوى تبعية للدعوى العمومية التي انتهت بالحكم بالبراءة.

أما إذا اختار المضرور اللجوء إلى القضاء المدني باعتباره صاحب الاختصاص الأصيل للبت والفصل في دعاوى المسؤولية المدنية وكان القضاء الجزائي قد حكم بالإدانة فإن القاضي المدني هنا مقيد بالحكم الجزائي في الوقائع التي فصل فيها هذا الأخير وكان فصله فيها ضروريا²، إذ يجب على القاضي المدني الحكم بالتعويض للضحية بقدر الضرر الذي لحقه.

الفرع الثاني: الأخطاء الالكترونية ذات الطبيعة المدنية المحضة

كنا قد تناولنا في الفرع الأول الأخطاء التقصيرية الالكترونية التي تحمل وصفا جرميا، أي تلك التي قام المشرع بتجريمها استنادا إلى مبدأ الشرعية، أما النوع الثاني للأخطاء التقصيرية ذات الطبيعة الالكترونية فهي تلك الأفعال التي يحدثها الأشخاص في بيئة رقمية وتلحق أضرارا بالآخرين دون أن تشكل جرائم معلوماتية، بمعنى أنها قد تكون أخطاء مدنية محضة دون أن يدخلها نص تشريعي في دائرة التجريم والعقاب.

ولأن الأخطاء الالكترونية كثيرة ومتعددة ولا سبيل لحصرها نتيجة لارتباطها بالتطور العلمي والتكنولوجي الذي لا يلبث أن يطل علينا بكل ما هو جديد يوما بعد يوم، فإنني سأتي على ذكر بعضها دون البعض الآخر بالقدر الذي يزيل اللبس عن الخطأ الالكتروني وبالكيفية التي تخدم موضوع الدراسة.

1 (قرار صادر عن غرفة الجناح والمخالفات، المحكمة العليا، 2009/04/01، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول، ص 381.

2 (نص المادة 339 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".

وعليه سنقوم من خلال هذا الفرع بتناول عينة من الأخطاء المنصبة على البرامج المعلوماتية من خلال التطرق للأخطاء المتصلة بالبرامج المعلوماتية (أولا)، ثم الأخطاء التي تشكل مساسا بالحقوق الأدبية (ثانيا).

أولا - المتصلة بالبرامج المعلوماتية:

تُعتبر البرامج المعلوماتية أو الكيانات المنطقية من أهم العناصر المشكلة لجهاز الحاسوب الذي يفقد كل قيمة دون هذه البرامج، وذلك دون الإنقاص من قيمة ودور المكونات المادية لذلك فإن الأخطاء المتصلة ببرامج الحاسوب من شأنها إلحاق أضرار جسيمة بالغير ممن لا تجمعهم رابطة عقدية بمالك أو صاحب البرنامج.

وعليه سوف ندرس بعض صور هذه الأخطاء لمعرفة مدى إمكانية إخضاع مرتكبيها لقواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي.

أ) الخطأ في تصميم البرنامج:

وهو الهفوة أو مجموعة الهفوات التي يرتكبها المبرمج في مرحلة التصميم أو أثناء كتابته بإحدى لغات البرمجة، الأمر الذي يؤدي إلى عدم قيام البرنامج بالغرض الذي أنشئ من أجله بل قد يؤدي في كثير من الأحيان إلى نتائج عكسية، علما وأن المسؤول عن مثل هذا الخطأ غالبا ما يكون مصمم البرنامج نفسه أو ما يعرف بالمبرمج *programmeur*، ومن أمثلة الأخطاء في البرمجة نذكر الخطأ في تصميم البرنامج الخاص بأجهزة مخبرية لتحليل الفحوصات الطبية، فيؤدي ذلك إلى نتائج تحاليل غير دقيقة ولا تعكس حقيقة الفحص الذي خضع له المريض مما يدفع الطبيب إلى إعطاء أدوية أو علاج خاطئ اعتمادا على تلك النتائج، الأمر الذي يترتب عنه وفاة المريض¹.

ب) الخطأ في تشغيل البرنامج:

كثيرا ما تنتهي عملية إعداد البرنامج وتصميمه بطريقة صحيحة وبدون خطأ، غير أنه وأثناء فترة وضع البرنامج في خدمة الزبون أي تفعيل مضمون البرنامج لكي يؤدي الغرض الذي وجد من أجله يحدث خطأ يحول بين مشتري البرنامج والانتفاع به لسبب أو لآخر.

(1) رجا عايد الخلايلة، المرجع السابق، ص 97.

ويرى الباحث رجا عايد الخلايلة أن مسؤولية منتج البرنامج تعتمد على الواجب المفروض عليه، فإذا كان تشغيل البرنامج من بين الالتزامات الملقاة على عاتقه أو أن الخطأ في التشغيل يعزى إلى عيب ذاتي في البرنامج كان المبرمج مسؤولاً عن الضرر الذي يلحقه الخطأ في التشغيل، أما إذا كان الخطأ في البرنامج مرده عدم إلمام الشخص الذي قام باقتنائه بفنيات التشغيل أو عدم انسجام البرامج الأخرى مع هذا البرنامج فإن مسؤولية المبرمج تكون محل نظر¹.

غير أن الرأي سالف الذكر يمكن أن ترد عليه مجموعة من المؤاخذات منها أن العلاقة بين المبرمج و مشتري البرنامج غالباً ما تكون عبارة عن علاقة عقدية في صورة عقد استهلاك مبرم بين مهني (المبرمج أو بائع البرنامج) ومستهلك (المشتري) مع ما تتميز به عقود الاستهلاك من خصوصية نتيجة التفاوت المعرفي بين طرفيها، الأمر الذي دفع بأغلب التشريعات إلى التدخل بنصوص قانونية أمرة لتنظيم مثل هذه العقود ومن بينها المشرع الجزائري بموجب القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في مادته رقم 17 التي وضعت التزاماً على عاتق المتدخل بمقتضاه يقوم بإعلام المستهلك بكل ما يتعلق بالمنتج وهو ما يعرف بالالتزام قبل التعاقد بالإعلام الذي يتضمن من بين محتوياته تنوير المستهلك بكيفية استعمال وتشغيل الأجهزة التي لا يمكن للشخص العادي أن يقوم بتشغيلها على أحسن وجه².

وعليه نستخلص أنه وإن كان من البدهة أن خطأ المبرمج يقيم مسؤوليته التقصيرية عن الأضرار التي يتسبب فيها سوء تصميم البرنامج سواء كان الأمر مقصوداً أو نتيجة للإهمال، فإن تأكيد هذه المسؤولية وإثباتها يثير صعوبات جمة لا سيما إذا تعلق الأمر ببعض البرامج الدقيقة و المعقدة التي عادة ما تستورد من لدن شركات أجنبية كبرى ذات فروع متعددة في كل أقطار المعمورة، مع العلم أن المتضرر من هذه البرامج غالباً ما يكون من الأشخاص البسطاء الذين لا يملكون من الإمكانيات ما يسمح لهم بمقاضاة تلك الشركات الصانعة أو المصنعة للبرامج، لأن النزاع يتضمن عنصراً أجنبياً مما يثير مسألة تنازع القوانين والقانون الواجب التطبيق، وحتى على فرض إمكانية

(1) رجا عايد الخلايلة، المرجع السابق، ص 98.

(2) أنظر: قارس بوبكر، الالتزام المسبق بالإعلام كألية لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 11، مارس 2018، ص 294 وما بعدها.

مقاضاة المبرمج فإن اعتبار المسؤولية خطئية واجبة الإثبات من طرف المدعي يصعب من مهمته في ذلك نظرا للتكنولوجيا العالية والمتطورة المستعملة في إعداد وتصميم البرامج والتي تجعل من إثبات انحراف المبرمج عن السلوك المألوف للمبرمج العادي أمرا شبه مستحيل لأن مثل هذه المهن لا يمتننها إلا القليل، و هو ما يجعل معيار الرجل العادي المعتمد لتقدير خطأ المبرمج قاصرا وغير قادر على أداء دوره.

لذلك فالحل الأمثل بالنسبة للمتضرر من البرنامج أن يرفع الدعوى ضد من تعامل معه مباشرة كالمريض مع الطبيب أو مخبر التحاليل على أساس المسؤولية العقدية نظرا لوجود عقد بين الطرفين يلزم الطبيب أو المخبر بضمان سلامة كل شخص تقدم للفحص أو لإجراء التحاليل، مع الاحتفاظ بحق كل منهما في الرجوع على المبرمج دائما في إطار المسؤولية العقدية.

ثانيا: الاعتداء على الحقوق الذهنية (القرصنة):

تعرف قرصنة برامج الحاسوب بأنها: "الاستيلاء على ملك الغير عن طريق النهب أو السرقة دون اللجوء إلى العنف أو التهيب أو التهميل أو القتل، وهي مخالفة للقرصنة التي يمارسها الأقدمون عن طريق البر والبحر، كونها تمارس بهدوء نظرا للتطور التكنولوجي لوسائل التبليغ والبيت وتعد مداخيلها مهمة جدا"¹.

غير أن ما يعاب على التعريف السابق هو استعماله لمصطلحات السرقة والنهب بشكل يوحي أننا أمام جريمة السرقة، وهو أمر لا يتحقق في عمليات القرصنة حيث إن الفاعل لا ينقل حيازة البرامج المقرصنة بل إنها تبقى عند مالكيها، لأن الهدف من العملية هو إعادة إنتاج تلك البرامج أو نسخها للاستفادة منها أو بيعها والحصول على منفعة مادية منها²، والعلة من نفي وصف

(1) عبد الرؤوف قنديل، بحث بعنوان "الإطار المؤسسي لحماية حقوق المؤلف"، مقدم إلى ندوة اليوم الدراسي المنظم بالتعاون بين وزارتي العدل والاتصال بتاريخ 28 نيسان 1999 بالمعهد الوطني للدراسات القضائية بالرباط بعنوان حماية حق المؤلف في المغرب - الواقع والأفاق، الرباط، المملكة المغربية، ص 73. نقلا عن: رجا عايد الخلايلة، المرجع السابق، ص 100.

(2) عفيفي كامل عفيفي، فتوح الشاذلي، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003، ص 58.

القرصنة بأنها جريمة سرقة يرجع لتخلف ركن أساسي وهو نية التملك التي تشكل القصد الجنائي الخاص الذي يبتغي من خلاله الفاعل نقل الشيء من المالك الحقيقي ليمتلكه بدلا عنه.

ويعتبر النسخ من أهم الحقوق التي يتمتع بها المؤلف على مصنفاته الرقمية¹ ومن ثم فإن الاعتداء على ذلك الحق يمثل انتهاكا لحق المؤلف، لذلك فإن الحق المذكور يمثل حجر الزاوية لحقوق المؤلف إذ يمتنع على غيره القيام بعملية النسخ إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة منه. ومن بين صور النسخ قيام شخص بعملية المسح الضوئي للمصنف ثم تحويله إلى نسخة رقمية وتثبيته على إحدى صفحات الويب لتمكين الغير من الاطلاع عليه والاحتفاظ به في أجهزة الحاسب الآلي².

وإذا كان موضوع أو مضمون النسخ يختلف باختلاف نوعية المصنف بين الكتب الالكترونية ومقاطع الفيديو وبرامج الإعلام الآلي، فإن نسخ هذه الأخيرة تظل الأكثر عرضة لعمليات النسخ نظرا لقيمتها المالية الكبيرة وحاجة الناس إليها في حياتهم اليومية، لذلك نجد أن نسخ البرامج قد يكون كلياً أو جزئياً سواء عن طريق المحاكاة أو النسخ المباشر حيث تقوم بعض الشركات بنسخ البرامج وبيعها دون إذن أو ترخيص من الشركات المنتجة، كما يظهر النسخ في صورة سرقة للبرنامج الأصلي عن طريق إزالة معالمة وتغيير هيئته وإعادة تجهيزه بطريقة توجي وكأننا أمام منتج جديد³.

ومهما يكن من أمر فإن إلزام المدعي بإثبات الخطأ في هذا النوع من الاعتداءات على البرامج الحاسوبية وكذا المصنفات الرقمية فيه صعوبة بالغة قد تحرم المتضرر في كثير من الأحيان من استيفاء حقه في التعويض، فمن جهة يصعب إثبات تمييز أو عدم تمييز المعتدي الذي يكون في الغالب شخصا مجهولاً بالنسبة لصاحب المصنف أو براءة الاختراع وهو ما يحول دون إسناد

(1) يُعرف المصنف الرقمي بأنه: " الشكل الرقمي لمصنفات موجودة دون تغيير أو تعديل في النسخة الأصلية للمصنف سابق الوجود، يتم نقل المصنف المكتوب إلى وسط تقني رقمي ومن أمثلة ذلك الأقراص المدمجة CD والأسطوانات المدمجة الرقمية DVD". نايت أعمار علي، الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص 12.

(2) سمير حسني المصري، المرجع السابق، ص 86.

(3) محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الإسكندرية، مصر، 2003، ص

المسؤولية إليه، كما أن عملية النسخ هي عملية سهلة من الناحية التقنية خاصة بالنسبة للمتقنين في مجال الرقمنة والمعلوماتية، وهو الأمر الذي يؤدي إلى نسخ عدد كبير جدا من الأقراص المضغوطة للمصنف الواحد ما يثير إشكالا في تقدير الأضرار التي لحقت المالك.

المبحث الثاني: الضرر الالكتروني والعلاقة السببية

يُعتبر التعويض بمثابة الأثر القانوني المناسب لقيام المسؤولية المدنية بصورتها العقدية والتقصيرية، لذلك فقد اشترط المشرع لاستحقاقه وجوب اجتماع أركانها من خطأ وضرر وعلاقة سببية، غير أن هذه الأركان أو العناصر المشكلة للمسؤولية ورغم أهمية كل منها إلا أن هذه الأهمية تتفاوت من عنصر إلى آخر، إذ يعتبر الضرر أهمها على الإطلاق مقارنة بالخطأ لأن هذا الأخير قد يكون مفترضا يعفى معه الدائن من إثباته، كما قد لا يشترط أصلا لاستحقاق التعويض وهو ما يعرف بالمسؤولية الموضوعية أو المسؤولية دون خطأ، أما الضرر فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تقوم المسؤولية المدنية بدونه، فسواء قامت هذه الأخيرة على الخطأ واجب الإثبات أم على الخطأ المفترض بنوعيه (القابل لإثبات العكس وغير القابل لإثبات العكس) أم قامت على أساس الفعل الضار كما هو الشأن بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة¹.

وإذا كان الضرر على هذا القدر من الأهمية في المسؤولية المدنية التقليدية أو الكلاسيكية فإن أهميته تتعاظم وتزيد في مجال المعاملات الالكترونية، نظرا للحجم الكبير من الخسائر المادية وحتى المعنوية الذي يمكن أن تلحق الأشخاص من جراء استعمال التقنيات الحديثة للأنترنت، إذ يكفي زرع فيروس في نظام معلومات لشركة من كبريات الشركات حتى تدمر كل قواعد بياناتها مع ما تتضمنه هذه الأخيرة من معاملات مالية وبيانات شخصية وبراءات اختراع² وكل ما يمكن أن يحتويه الحاسب الآلي للشركة، هذا ناهيك عن الأضرار المادية والأدبية التي يمكن تنتج عن التشهير

(1) يقيم المشرع الأردني المسؤولية التقصيرية على أساس الفعل الضار وهو أساس وسط بين المسؤولية الخطئية التي يُشترط فيها توفر عنصر الخطأ وبين المسؤولية الموضوعية التي تقوم حتى ولو لم يحصل خطأ من جانب المدين.

(2) عرف المشرع الجزائري براءة الاختراع في المادة 01 ف 2 من الأمر رقم 03-07 المؤرخ في 19 جولية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، ج.ر الصادرة بتاريخ 23 جولية 2003، العدد 44، كما يلي: "....

- البراءة أو براءة الاختراع: وثيقة تسلم لحماية اختراع".

بالأشخاص عبر استعمال بياناتهم وصورهم الشخصية لا سيما إذا كان الشخص المضرور من المشاهير والشخصيات العمومية.

لذلك وبغرض دراسة ركن الضرر في إطار المسؤولية التقصيرية عن التعامل الالكتروني فإنه لا بد من تناول مفهوم الضرر في المعاملات الالكترونية (مطلب أول)، ثم التطرق لشروط الضرر الالكتروني المستحق للتعويض (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الضرر في إطار المعاملات الالكترونية

كما سبق وأن ذكرنا فإن الضرر يعد الركيزة الأساسية في نظام المسؤولية المدنية، إذ يوصف بأنه روحها وعلتها التي تدور معها وجودا وعدما وشدة وضعفا، لأن انتفاء الضرر وانعدامه يؤدي إلى انتفاء وانعدام المسؤولية بغض النظر عن جسامة الخطأ أو بساطته كون الضرر هو مناط تقدير التعويض ومبرر وجوده وليس الخطأ¹، وهو الموقف الذي يتبناه القضاء المدني الحديث إذ لا تعويض بدون ضرر².

ولأن الضرر في المعاملات الالكترونية يختلف من حيث الطبيعة والجسامة عن الضرر في المعاملات التقليدية، فإننا سنحاول من خلال دراسة هذا المطلب أن نقارن بين النوعين لمحاولة إيجاد تقارب بينهما بالقدر الذي يجعل القواعد العامة المنظمة للضرر في المسؤولية المدنية التقليدية قادرة على استيعاب الضرر الالكتروني مع ما يشتمل عليه من خصوصيات.

وعليه سنتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين، إذ سنخصص الأول لمفهوم الضرر في كل من القواعد العامة وكذا في إطار التعامل الالكتروني، بينما الفرع الثاني سنعالج فيه شروط الضرر الالكتروني المستحق للتعويض وكذا طريقة إثباته.

(1) عبوب زهيرة، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص 163.

(2) Cass. Soc, 4 décembre 2002, bull civ, V n0 386, R.D.C 2003.

الفرع الأول: مفهوم الضرر الالكتروني

لا شك أنه لا يمكن معرفة الضرر في المعاملات الالكترونية إلا بعد معرفته في القواعد العامة النازمة للمسؤولية المدنية التقليدية، لذلك سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى فئتين الأولى تخص مفهوم الضرر وفقا للقواعد العامة، والثانية تخصص لمفهوم الضرر الالكتروني.

أولاً- مفهوم الضرر وفقا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية

تظهر وتتجلى أهمية الضرر في المسؤولية المدنية ليس فقط لأنه مناط التعويض وأساس تقديره، بل لأنه أحد المميزات الرئيسية لهذه الصورة من المسؤولية مقارنة بصور المسؤولية الأخرى مثل المسؤولية الأخلاقية والمسؤولية الجزائية.

فالمسؤولية الأخلاقية تقابل المسؤولية القانونية وهي تلك التي تقوم نتيجة انتهاك قاعدة أخلاقية كما أن الجزاء في مثل هذا النوع من المسؤولية لا يكون إلا أدبيا كتأنيب الضمير أو استهجان المجتمع للفعل المرتكب أو الشعور بالخزي والندم، ففي مثل هذه الحالة لا يشترط الضرر لقيام المسؤولية بل يكفي أن يرتكب الخطأ عبر المساس بقاعدة من قواعد الأخلاق مثل استعمال الموسيقى بصوت مرتفع أمام تجمعات سكنية في ساعة متأخرة من الليل، فلا شك أن مثل هذا التصرف (إذا لم يكن مجرماً قانوناً) يقيم المسؤولية الأخلاقية بغض النظر عما إذا كان قد ألحق ضرراً بالغير أم لا.

وعلى نقيض المسؤولية الأخلاقية التي تقوم على أساس ذاتي لأنها مسؤولية أمام الله وأمام الضمير فإن المسؤولية المدنية (كصورة للمسؤولية القانونية) لا يكفي لقيامها مجرد ارتكاب الخطأ لأنه ركن مستقل عن الأركان الأخرى إذ ينبغي أن يتسبب هذا الخطأ في إلحاق ضرر بالغير وإلا انتفت المسؤولية، بل ينبغي أن يتحقق الضرر لأنها تقوم على أساس موضوعي يقدر التعويض بناء عليه لأنها تنشأ في ذمة شخص تجاه شخص آخر¹.

كما يعتبر الضرر أيضاً أحد أوجه الاختلاف بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجزائية رغم أن كلا منهما يعتبر نوعاً من أنواع المسؤولية القانونية التي ترتب جزاءات معينة على كل شخص

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 842.

يخالف التزاما فرضه القانون، فأما الجزاء في المسؤولية المدنية فهو مبلغ التعويض الذي يحكم به للشخص المضروب جبرا له عن الأضرار اللاحقة به من جراء الفعل غير المشروع، أما في المسؤولية الجزائية فالجزاء الذي يسلب على الشخص الذي ارتكب فعلا تجرمه النصوص القانونية -إعمالا لمبدأ الشرعية- هو عبارة عن عقوبة تسلط على المجرم في ماله أو جسده مثل السجن والحبس والغرامة المالية.

وعليه فالضرر عنصر رئيسي في المسؤولية المدنية التي لا قوام لها بدونها إذ يحتل مكانة محورية في الدعوى المدنية الرامية إلى المطالبة بالتعويض، في المقابل فإن الضرر لا يعتبر أمرا ضروريا دائما في المسؤولية الجزائية التي لا تستهدف جبر الضرر وإنما معاقبة التصرفات غير المقبولة التي يجرمها القانون¹.

أما بالنسبة لمفهوم الضرر فإن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة أغفل أو تغافل عن هذه النقطة، مكتفيا بذكرها في مختلف النصوص القانونية كركن للمسؤولية المدنية أو كأساس لتقدير التعويض.

وأمام هذا الشغور التشريعي عن إعطاء مفهوم للضرر فقد كان لزاما علينا التوجه للفقهاء لمعرفة المقصود بهذا المصطلح القانوني، إذ وجدنا عدة تعاريف للضرر فقد عرفه البعض بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه أو بمصلحة مشروعة له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه أو غير ذلك"²، كما يعرف أيضا بأنه: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء كان لذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن"³.

و عليه يمكن القول أن الضرر الذي قد يصيب الشخص إما أن يمس الذمة المالية وهو ما يعرف بالضرر المادي (أ) وإما أن يلحق الشخص في مشاعره وكبريائه وهو ما يعرف بالضرر المعنوي (ب).

1) Mireille BACACHE-Gibeili, Op. Cit, p.39.

2) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 243.

3) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998، ص 240.

أ) الضرر المادي:

وهو ما يصيب الدائن في ذمته المالية بسبب الفعل غير المشروع الذي ارتكبه المدين كما في حالة اعتداء شخص على شخص آخر بالضرب فيتسبب له في أضرار جسمانية تلحقه في بدنه فتعجزه عن العمل لمدة معينة كما تجبره على اقتناء الأدوية للعلاج، فهذا ضرر مادي يعتبر أنه قد لحق الدائن (المعتدى عليه) في ذمته المالية ويسأل عنه المدين¹.

كما عرف أيضا بأنه ما يصيب الإنسان في جسمه أو ماله أو بانتقاص حقوقه المالية أو تفويتا مصلحة مشروعة بسبب خسارة مالية له، أي إخلال بمصلحة للمضروع ذات قيمة مالية²، فهو بشكل عام كل ضرر يمكن تقويمه نقدا³.

كما يدخل في إطار الضرر المادي كل مساس بصحة الإنسان وسلامة جسمه إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كالإصابة التي تعجز الشخص كلياً أو جزئياً، وكل مساس بحق من الحقوق المتصلة بشخص الإنسان كالحرية الشخصية وحرية العمل وحرية الرأي إذا كان يترتب عليه خسارة مالية كحبس شخص دون حق أو منعه من السفر إلى جهة معينة للحيلولة دون قيامه بعمل معين يعود عليه بربح مالي أو يدر عليه خسارة مالية⁴، علماً وأن هذا النوع من لا يثير أي اختلاف حول قابليته للتعويض عنه متى توافرت فيه الشروط القانونية والتي سنتعرض لها في المطلب الموالي.

ب) الضرر الأدبي (المعنوي):

إذا كان الضرر المادي هو ما يصيب الشخص في ماله أو جسمه فيلحق به خسارة مالية، فإن الضرر الأدبي على العكس من ذلك لا يلحق الذمة المالية للشخص بقدر ما يمس شعوره وعواطفه وشرفه، وقد تم تعريفه بأنه " ذلك الضرر الذي لا يصيب الشخص في ماله وإنما يمس

(1) يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009، ص 219.

(2) علي فيلاي، المرجع نفسه، ص 247.

3 Michèle-Laure RASSAT, *la responsabilité civile*, presse universitaire de France, 1973, p. 80.

(4) ناصر متعب بنيه الخرينج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي-دراسة مقارنة مع القانون الأردني، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2010، ص 45.

مصلحة غير مالية للإنسان"¹، ومعيار التفرقة بين المصالح المالية و المصالح غير المالية هو المحل المعتدى عليه، ويسري على ذلك معيار التفرقة بين الأضرار المادية والأضرار الأدبية، من ذلك إصابة الجسم يعد ضرراً مادياً كونه اعتداء على حق الإنسان في الحياة وسلامة الجسم، وضرراً أدبياً يصيب المعتدى عليه في عاطفته وشعوره وتدخل إلى قلبه الغم والحزن.²

ولم يتضمن القانون المدني الصادر سنة 1975 نصاً صريحاً يجيز التعويض عن الأضرار المعنوية، الأمر الذي أحدث اختلافاً بين من يرى بأن المشرع الجزائري لم يأخذ بالتعويض عن الضرر المعنوي، وذلك بمبرر أنه أراد اعتناق الرأي الغالب في الشريعة الإسلامية الراض للتعويض عن هذا النوع من الضرر، كما اعتبر أنصار هذا الرأي أن المادة 131 من القانون المدني التي تحيل على المادة 182 وهي التي ذكرت لنا عناصر تقدير التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، تقتصر بهذا المعيار على الضرر المادي وحده.³

أما الرأي الثاني فيرى أن المشرع لم يرد استبعاد التعويض عن الضرر المعنوي لأنه بذلك يكون متناقضاً مع نفسه حين أورد النص عليه في المادة 3 فقرة 3 من قانون الإجراءات الجزائية⁴، التي أجازت للقاضي أن يحكم به في الدعوى المدنية التبعية⁵، كما أورد المشرع حكماً مماثلاً بنص

(1) العدوي جلال علي، المرجع السابق، ص 392.

(2) باسل محمد يوسف قهما، التعويض عن الضرر الأدبي-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين، 2009، ص-ص 6-7.

(3) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 166.

(4) تنص المادة 3 فقرة 3 من الأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، ج.ر: العدد 48 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم على ما يلي: "تقبل دعوى المسؤولية المدنية عن كافة أوجه الضرر سواء كانت مادية أو جثمانية أو أدبية ما دامت ناجمة عن الوقائع موضوع الدعوى الجزائية".

(5) "إذا كان تطبيق القاضي الجزائري لقواعد المسؤولية التقصيرية أمراً مسلماً به بمناسبة فصله في الدعوى المدنية التبعية، فإن قدرته على تطبيق قواعد المسؤولية العقدية شكّلت نقطة خلافية وصلت إلى حد التضارب بين أحكام قضاء النقض الفرنسي، حيث اعتبرت الغرفة الجنائية في مرحلة أولى أنه يتوجب على القاضي تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية على الدعوى المدنية التبعية حتى في حالة وجود رابطة عقدية، لأن ارتكاب فعل مُجَرَّم يُخرج الدعوى من الإطار العقدي الذي نشأت في ظله لتدخل في الإطار التقصيري الذي يفرض واجباً عاماً بعدم إيذاء الآخرين أو الاعتداء على حياتهم وممتلكاتهم، لذلك لا يمكن للقاضي الجنائي الذي ينظر الدعوى المدنية أن يأخذ في اعتباره الطابع العقدي للخطأ المثار أمامه، وهذا ما يعني حسب قناعة الدائرة الجنائية إن القاضي الجنائي عليه أن يحكم بالتعويض عن الأضرار المتولدة عن المخالفة الجنائية وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية من حيث كيفية إثبات الخطأ وطرق تقدير التعويض وحجمه.. الخ. وقد اعتمدت الدائرة الجنائية على حجة مفادها أن الخطأ التقصيري هو وحده الذي يُمكن أن يدعم قبول الدعوى المدنية التبعية أمام القضاء

المادة 8 من قانون العمل الصادر سنة 1978 التي تنص على التعويض عن الأضرار المادية والمعنوية، أما أهم حجة قدمها أنصار هذا الرأي فهي أن الفقه والقضاء في فرنسا استمدا التعويض عن الضرر المعنوي من عموم نص المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي (قبل التعديل)، والتي لم تخص التعويض عن الضرر المادي بالذكر بل جاء عاما يشمل نوعي التعويض، ولقد جاء النص الفرنسي للمادة 124 من القانون المدني الجزائري بنفس صيغة المادة 1382 من القانون المدني الفرنسي وإن كان النص العربي غير مطابق تماما للنص الفرنسي فإنه مع ذلك مفيد في عمومته التعويض عن الضارين¹.

غير أن المشرع الجزائري وبعد تعديله للقانون المدني بموجب القانون 02/05 فإنه قد أقر صراحة على شمول التعويض للضرر الأدبي وذلك ما يقطع به صريح نص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري²، وهو اتجاه صائب تبناه المشرع الجزائري وذلك لأنه بتعديله هذا يكون قد ساير معظم التشريعات المقارنة التي تعوض عن الضرر الأدبي، كما أنه توجه ينسجم مع باقي القوانين الداخلية التي تعترف بهذا النوع من الضرر مثل قانون الإجراءات الجزائية وقانون العمل المذكورين سالفًا، مع الإشارة إلى أن تقدير التعويض عن الضرر المعنوي مسألة واقع لا يكون القاضي فيها ملزما بذكر عناصر تقدير التعويض، لأنه يركز على العنصر العاطفي الذي لا يحتاج إلى تعليل³.

ثانياً. مفهوم الضرر الالكتروني:

قد تختلف الأضرار التي تمس الشخص من جراء الاستخدام السيئ وغير المشروع لشبكة الانترنت ووسائل الاتصال الحديثة، بحيث أن هذا الاستعمال قد تنتج عنه أضرار عادية ومثال ذلك قيام موقع الكتروني بنشر أخبار كاذبة ومضللة عن منتوجات لشركة معينة فيؤدي ذلك إلى إحجام

الجنائي، بينما لا يؤيد ذلك الأخذ بالنظام التعاقدية الذي قد يؤدي على العكس إلى رفض قبول الدعوى وضرورة رفعها أمام القضاء المدني حتى لو كانت مرتبطة بالدعوى العمومية وبالتالي التوقف عن الفصل في الدعوى المدنية من جانب القاضي المدني إلى غاية فصل القاضي الجزائري في الدعوى العمومية تطبيقاً لمبدأ تبعية المدني الجنائي".

- محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 53.

(1) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 167.

(2) تنص المادة 182 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو الشرف أو السمعة".

(3) قرار رقم 24500 مؤرخ في 10/12/1981، مجلة المحكمة العليا، ص 89.

زبائن الشركة عن التعامل معها واقتناء المنتوجات المصنعة وهو ما يلحق بها أضراراً بالغة من الناحية المادية، ففي هذه الحالة نجد أن الوسيلة المستعملة في ارتكاب الفعل غير المشروع هي وسيلة إلكترونية غير أن الضرر الذي لحق الشركة هو ضرر عادي ومألوف يمكن أن يلحقها باستعمال وسائل تقليدية ودون استعمال الوسائط الإلكترونية.

أما الصورة الثانية من الضرر الذي يمكن أن ينجم عن إساءة استخدام المعلوماتية والتكنولوجيا فهو الضرر الإلكتروني الذي يعرف بأنه: "الضرر الذي يكون محله البرامج والبيانات الإلكترونية في الحاسوب المصاب أو على شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت)"¹، فمتى تحقق الضرر الإلكتروني فإن المسؤولية التقصيرية تكون إلكترونية أما إذا كان الضرر عادياً فإن المسؤولية التقصيرية تكون عادية حتى ولو كان الخطأ المرتكب أو الفعل الضار ذو طبيعة إلكترونية، فالعبرة في اعتبار المسؤولية التقصيرية الإلكترونية أو كلاسيكية بنوعية الضرر المترتب وليس بنوعية الخطأ المرتكب وهذا الضرر (الإلكتروني) يمكن تفاديه عادة باستعمال وسائل تكنولوجية حامية مثل الأمصال المضادة للفيروسات على عكس الضرر العادي الذي يكون في العادة غير متوقع وبالتالي من الصعب اتخاذ تدابير معينة لتفاديه².

وإذا كان هذا هو مفهوم الخطأ الإلكتروني وما يميزه عن الضرر العادي، فإن الأول يظهر من خلال عدة صور سنكتفي بأهمها، إذ نذكر كل من:

أ) الأضرار الناجمة عن فيروسات الحاسب الآلي:

إذا كان التطور العلمي والتقدم التكنولوجي قد قدم خدمات كبيرة للبشرية من خلال تيسير سبل الحياة وتحقيق الرفاهية التي كانت مفقودة خلال الأزمنة الماضية، فإن نفس التطور والتقدم قد جلب العديد من السلبيات والأخطار التي تهدد الأفراد والمؤسسات في أموالهم وممتلكاتهم.

ومن بين أخطر وأسوأ ما جادت به تكنولوجيا المعلومات في عالم اليوم ما يعرف بفيروسات الحاسب الآلي، هذه الأخيرة تعرف بأنها: "برامج حاسوبية خبيثة مضرّة بالحواسيب، وتنتقل بين

1) نائل علي المساعدة، أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 32، العدد 1، سنة 2005، ص 55.

2) المرجع نفسه، ص 55.

الحواسيب بعدة طرق وتتكاثر بالاعتماد على ملفات أخرى¹، كما يعرف الفيروس أيضا بأنه: "برنامج حاسب آلي يصمم بواسطة أحد المبرمجين المميزين لتحقيق هدف معين، وقد يكون الهدف هو إلحاق الضرر بنظام الحاسب ولذلك تتم برمجته من خلال إعطائه القدرة على التسلل إلى البرامج الأخرى وربط نفسه بها وإعادة إنشاء نفسه وكأنه يتكاثر ذاتيا لكي يستطيع الانتشار بين برامج الحاسب المختلفة ومواقع الذاكرة في الحاسب ومكوناته المادية تحقيقا لأهداف تدميرية"².

ومن بين صور الأضرار المادية الالكترونية التي يمكن أن تسبب فيها فيروسات الحاسب الآلي قيام المجرم المعلوماتي بزرع فيروس لاختراق النظام المعلوماتي لأحد البنوك والقيام بتحويل مبالغ مالية من حسابات العملاء إلى حسابه الخاص، كما قد يتحقق الضرر أيضا في حالة قيام المهندس مخترع الفيروس بزرع هذا الأخير للولوج إلى نظام المعلومات ونقل ما يوجد بها من معطيات معالجة الكترونيا دون علم صاحبها³.

وإذا كانت الصورة الأولى للضرر الناتج عن استعمال الفيروسات لا تثير أي خلاف على أساس أن الضرر متوفر بعناصره المعروفة فالمبالغ المالية المحولة من حساب البنك إلى حساب المجرم المعلوماتي تشكل خسارة مالية لحقت البنك، فإن الصورة الثانية للضرر الالكتروني والمتمثلة في الدخول إلى قاعدة البيانات ونقل ما فيها من معطيات معالجة الكترونيا قد أحدثت خلافا بين الفقه حول اعتبار الضرر قد تحقق أم لم يتحقق، إذ يرى الفريق الأول أن مالك قاعدة البيانات لم يلحقه أي ضرر إذ أن المعلومات لا تصلح أن تكون محلا للاستئثار لأنها ملك عام يحق لأي شخص أن ينتفع بها، ونقلها من النظام المعلوماتي للشخص لا يمنعه من الانتفاع بها، بينما يرى الرأي الثاني أن تحقق الضرر من عدمه يتوقف على نوعية المعلومات المنقولة وقيمتها لأنها قد تتضمن براءة

(1) خالد بن سليمان الغنبر، محمد بن عبد الله القحطاني، أمن المعلومات بلغة ميسرة، الطبعة الأولى، مركز التمييز لأمن المعلومات، جامعة الملك سعود، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 66.

(2) أنظر: أحمد عبد الكريم أبو شنب، تطبيق أحكام المباشرة والتسبب عن الإضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي دراس فقهيّة مقارنة بالقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، جامعة آل البيت، الأردن، المجلد السابع، العدد 1-ب، 2011، ص 13.

(3) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 287.

اختراع أو اكتشاف معين يؤدي نقله أو سرقة إلى استعماله من طرف منتج آخر و الانتفاع بها، وهو الأمر الذي سينقص من مبيعات الشركة صاحبة البيانات الالكترونية المسروقة¹.

وباستقراء النصوص القانونية نجد أن المشرع الجزائري لم يكن بمنأى عن التوجه الدولي نحو توسيع دائرة المتابعة الجزائية للجرائم المرتكبة عبر الشبكة² حيث جعل من مجرد الدخول إلى الموقع في حد ذاته مجرماً ومستوجباً للمسؤولية الجزائية وذلك بموجب المادة 394 مكرر من قانون العقوبات بعد التعديل الذي خضع له هذا الأخير بموجب القانون 04-15³، وبالتالي فقد أضفى صفة عدم المشروعية على الفعل الأمر الذي يجعله صالحاً ليكون أساساً للمسؤولية التقصيرية عن التعامل الالكتروني، أما استكمال عناصر المسؤولية لا سيما عنصر الضرر فهو أمر يترك لتقدير الخبراء لأن المسألة فنية بحتة و معقدة، فلا يمكن الجزم منذ الوهلة الأولى بوجود الضرر من عدمه ولا بتقدير حجمه دون الاستعانة بأهل الخبرة سواء كانوا من المهندسين في المعلوماتية لتقدير الأضرار الالكترونية أو من خبراء الاقتصاد لتقدير الخسائر المالية والاقتصادية التي لحقت صاحب الشركة من جراء استعمال ما تم نقله من بيانات من طرف الشركات الأخرى.

ب- الحصول على البيانات الشخصية باستخدام برامج معلوماتية:

يعتبر الحق في الخصوصية أو ما يعرف بالحق في حرمة الحياة الخاصة من الحقوق الدستورية الأساسية للإنسان، لذلك عنيت معظم التشريعات القوانين بحماية هذا الحق سواء عن طريق التجريم أو عن طريق إقامة المسؤولية المدنية لكل من يعتدي على حرمة الحياة الخاصة للمواطنين لا سيما وأن مثل هذه الأفعال موجودة منذ زمن بعيد، والتي تزايدت بشكل كبير ومفرط

(1) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 289.

(2) "تعتبر الاتفاقية الأوروبية لمكافحة الإجرام التقني لعام 2001 المبرمة بتاريخ 23 نوفمبر 2001 بالعاصمة المغربية بودابست أو ما يعرف باتفاقية بودابست أول من دق ناقوس الخطر حول خطورة وجسامة جرائم تقنية المعلومات بصفة عامة مؤكدة على حتمية تولي المشرعين الوطنيين مهمة التشريع لتجريم الانحراف في عالم المعلوماتية، أما على المستوى العربي فقد تم ميلاد الاتفاقية العربية لمكافحة جرائم تقنية المعلومات المحررة بالقاهرة بتاريخ 21 ديسمبر 2010 و التي ألزمت الدول الأطراف بموجب المادة الخامسة منها بأن تجرم مجموعة من الأفعال المبينة في الفصل الثاني منها".

أنظر: رشيدة بوكر، الحماية الجزائية للمعاملات الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية اللبنانية، بيروت، لبنان، 2020، ص 23.

(3) القانون 04-15 مؤرخ في 10 نوفمبر 2004 يعدل ويُتمم قانون العقوبات، ج ر عدد 71، صادرة بتاريخ 10 نوفمبر 2004.

مع الغزو المعلوماتي والطفرة التكنولوجية التي يشهدها العالم المعاصر لا سيما ما عرف بمواقع التواصل الاجتماعي وغرف الدردشة إذ كثيرا ما يضع مرتادي هذه المواقع صورهم الشخصية وأرقام هواتفهم وبعض البيانات الأخرى¹، وهو الأمر الذي يسهل من مهمة المجرمين المعلوماتيين في استعمال هذه البيانات عن طريق تحويرها وتحريفها والقيام بابتزاز أصحابها عبر التهديد بنشرها والتشهير بأصحابها مع ما يلحقه هذا الأمر من أضرار مادية ومعنوية كبيرة لأصحاب هذه البيانات لا سيما وأن أغلب المشتركين من المراهقين الذين لا يدركون خطورة وضع بياناتهم الشخصية في شبكة الانترنت.

ومن أهم التقنيات التي تستخدم لتتبع البيانات الشخصية لأفراد ما يعرف برسائل الكوكيز Cookies والتي هي عبارة عن برنامج ينتقل إلى نظام المستخدم إذ يتم استدراج الزائر إلى مواقع مختلفة وعند دخوله تستعمل رسائل الكوكيز بتتبعه عبر معرفة ميوهه وبالتالي إرسال الرسالة الالكترونية إليه، والأكد أن الزائر لا يعلم أو على الأقل لم تتح له خيارات قبول مثل هذا الإجراء أو رفضه²، كما يمكن الاطلاع على البيانات الخاصة للمستخدم ومنها تحديد موقعه الجغرافي المتحصل عليه بفعل معاملات الكترونية مع مختلف الشركات التي تقوم بتقديم خدمات ومنتجات مع القيام باستغلال موقعه الجغرافي واستهدافه بإعلانات تشكل تعديا على خصوصياته³، أو إعادة نشر صورة المستخدم دون الحصول على إذن منه⁴

الفرع الثاني: شروط الضرر الالكتروني المستحق للتعويض:

لا يعتبر الحق في التعويض من الحقوق المطلقة التي يستحقها أو ينالها الشخص بمجرد إثبات أن ضرا قد أصابه نتيجة لفعل أو خطأ إلكتروني، بل ينبغي أن تجتمع في هذا الضرر جملة من الشروط ليكون قابلا للتعويض عليه، منها ما يتعلق بالضرر الالكتروني في حد ذاته وهو ما

(1) سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الانترنت -دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثالث، المجلد 29، 2013، ص 424.

(2) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 136.

3) Cass.civ 1 ère ch, 2 Mars 2015, Bull.civ, I, n°1186

4) Cass.civ 1 ère ch, 22 October 2013, Bull.civ, I, n°197,

تناولناه في الفرع الأول تحت عنوان الشروط المتعلقة بذاتية الضرر الالكتروني، ومنها ما يتعلق بشخص المضرور وهو موضوع الفرع الثاني من هذا المطلب.

أولاً الشروط المتعلقة بذاتية الضرر:

رأينا سابقاً أن الأضرار الناجمة عن إساءة استعمال التكنولوجيا قد تكون أضراراً عادية كما قد تكون أضراراً إلكترونية، علماً وأن الأضرار العادية لا تثير أي إشكال من ناحية شروط الضرر إذ تطبق القواعد العامة في صورتها البسيطة سواء كان الضرر مادياً أو معنوياً، أما في حالة تحقق أضرار الكترونية كنتيجة للاستعمال غير المشروع للتكنولوجيا فإن الأمر يدق حول سهولة أو صعوبة إسقاط شروط الضرر لمعرفة مدى قابليته للتعويض أم لا، لذلك سنتعرض في هذا الفرع إلى الشروط المتعلقة بذاتية الضرر الالكتروني وهي أن يكون محققاً (أ) وأن يكون مباشراً (ب).

أ) أن يكون الضرر الالكتروني محققاً:

وهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالاً أي وقع فعلاً أو كان مستقبلاً إذا كان وجوده مؤكداً¹، فمتى كان الضرر محقق الوقوع وجب التعويض عنه، ولا يتعين في هذه الحالة انتظار وقوعه لرفع دعوى المسؤولية المدنية إذا كانت عناصر تقدير التعويض متوافرة في الحال²، كما لو تعاقد صاحب مصنع على استيراد خامات (مواد خام) سيحتاج إليها بعد نفاذ ما خزنه منها، فإذا لم ينفذ المدين التزامه كان لصاحب المصنع الرجوع عليه بتعويض ما سيصيبه من ضرر مستقبل لأنه محقق الوقوع³، وتجدر الإشارة إلى أن القضاء في فرنسا مستقر على أن مسألة تحقق الضرر تخضع لرقابة محكمة النقض من خلال مراقبة توفر عناصر إثباته التي تستنبط من طرف قضاة الموضوع⁴.

ولا شك أن هذا الشرط يعتبر أساسياً لاستحقاق مبلغ التعويض عن الضرر الالكتروني كما هو الأمر في الأضرار العادية، ومثال ذلك الأضرار التي تصيب قاعدة بيانات المؤسسة مصرفية

(1) رائد كاظم محمد الحداد، المرجع السابق، ص 77.

(2) Houssam EL AHWANI, op cit, p 8.

(3) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 241.

(4) Cass. Civ. 2ème ch, 20 juin 1990, B2 no 142.

نتيجة فيروس يعدل من تواريخ استحقاق الأوراق المالية الخاصة بها، فقيام الشخص بتصميم الفيروس وزرعه في قاعدة بيانات البنك يجعله خطأ تقصيرياً أدى إلى حدوث أضرار الكترونية تمثلت في التغييرات التي طرأت على البرمجيات وأضرار عادية تتمثل في الخسائر المالية التي لحقت المؤسسة نتيجة عدم تسديد المستحقات المالية في وقتها المحدد، فالضرر في المثال المذكور يعتبر محققاً وحالاً لأنه قد رتب أثره في الحين وبالتالي حق أن يعرض عنه البنك.

غير أنه إذا كان الضرر المحقق بصورتيه الحال والمستقبل لا يثير أي إشكال فيما يتعلق بقابليته للتعويض عنه، فإن الضرر الاحتمالي **Le préjudice éventuel ou hypothétique** لا ينطبق عليه نفس الحكم إذ أنه غير قابل للتعويض إلا إذا تحقق وترتبت آثاره على أرض الواقع (أصبح حالاً) أم أن تحققها صار مؤكداً (مستقبلاً)، فالفرق بينهما أن الضرر المستقبل **Le préjudice future** هو ذلك الذي قامت أسبابه وتراخت نتائجه كلياً أو جزئياً¹، فالقاضي في هذه الحالة يحكم بالتعويضات المناسبة للجزء الذي تحقق من الضرر مع الاحتفاظ للشخص المضرور بالحق في المطالبة بمراجعة مبلغ التعويض خلال مدة محددة وذلك في حالة ما إذا تعذر على القاضي تقدير مبلغ التعويض بصفة نهائية² أما الضرر الاحتمالي فهو الضرر الذي لم يقع بعد ولا يوجد ما يؤكد أنه سيتحقق في المستقبل فقد يقع وقد لا يقع، وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً للتعويض لأنه مبني على الافتراض والاحتمال لا على القطع واليقين³، ومثال ذلك في ميدان الالكترونيات إصابة الكمبيوتر بفيروس القنبلة الموقوتة ثم اختبائه في ذاكرة الجهاز انتظاراً للمفجر الذي لم يحدث بعد، ففي مثل هذه الحالة لا يستحق صاحب الكمبيوتر مبلغ التعويض لأن انفجار القنبلة لم يحدث بعد وبالتالي فإن الضرر لم يتحقق بعد⁴

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 294.

(2) تنص المادة 131 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يقدر التعويض عن مدى الضرر الذي لحق المصاب طبقاً لأحكام المادتين 182 و182 مكرر مع مراعاة الظروف والملابسة، فإذا لم يتيسر له وقت الحكم أن يقدر مدى التعويض بصفة نهائية، فله أن يحتفظ للمضرور بالحق في أن يطالب خلال مدة معينة بالنظر من جديد في التقدير".

(3) بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (التصرف القانوني العقد والإرادة المنفردة)، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ص 162.

(4) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 296.

وتجدر الإشارة إلى أن المدين في المسؤولية التقصيرية يلتزم بالتعويض الكامل أي أنه يسأل عن الأضرار المتوقعة و غير المتوقعة التي تلحق الدائن، في حين لا يلتزم مرتكب الخطأ العقدي بالتعويض الكامل الا في حالات استثنائية و هي الخطأ الجسيم و الغش، و الحكمة من ذلك تتمثل في مدى إمكانية توقع حجم أو مقدار الضرر، فبينما يمكن للطرفين المتعاقدين أن يحددا النتائج المترتبة على عدم تنفيذ الالتزام كما توقعها في العقد، فان الأمر على خلاف ذلك في المسؤولية التقصيرية إذ ليس بالإمكان مطالبة الفاعل مرتكب الخطأ بتوقع النتائج المترتبة على سلوكه الخاطئ، فلا يمكن للتوقع إن يلعب دورا في وجود الالتزام أو تحديد نطاقه إذ الفرض إن الالتزام بالتعويض لا يتوقف على إرادة المخطئ.¹

ومن خلال استعراض شرط تحقق الضرر في القواعد العامة وكذا التعاملات الالكترونية نجد أنه لا يثير أي لبس أو غموض في النوع الأخير، فالطرف المتضرر من الاستعمال السيئ للتكنولوجيا كصاحب موقع الكتروني تم اختراقه أو شركة صاحبة قاعدة بيانات تم تدميرها عن طريق زرع فيروس معين يمكنه (المتضرر) إثبات أن الضرر الالكتروني قد تحقق فعلا بذات الطريقة التي يثبت بها تحقق الضرر العادي، ففي الحالة الأولى يثبت صاحب الموقع ما يفيد بأن الموقع قد اخترق كسحب عروض إخبارية معينة أو التعديل في بعض المعلومات المنشورة على الموقع، أما في الحالة الثانية فيكفي الشركة أن تثبت الخسائر التي لحقت قاعدة البيانات الخاصة بها كنتيجة لزرع الفيروس وهو أمر يسير لا سيما عند الاستعانة بأهل الخبرة المتخصصين في ميدان البرمجيات.

ب) أن يكون الضرر الالكتروني مباشرا:

يكون الضرر مباشرا إذا كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر عن الوفاء به بأن يرتبط به ارتباط السبب بالمسبب²، وهو ما يقضي به المشرع الجزائري صراحة في المادة 182 من القانون المدني الجزائري «... بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر في الوفاء به».

1) محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 27.

2) نائل مساعدة، الضرر في الفعل الضار وفقا للقانون الأردني-دراسة مقارنة-، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، الأردن، مجلد 12، العدد 3، 2006، ص 402.

و رغم أن المادة 182 سألقة الذكر تتكلم بصفة أساسية عن الالتزامات ذات الطبيعة العقدية، إلا أنه لا يوجد ما يمنع من إسقاطها على الالتزامات ذات المنشأ غير التعاقدية كالمسؤولية التقصيرية أو الإثراء بلا سبب، إذ أنه يمكن اعتبار الضرر مباشراً في كافة الأحوال التي لا يتمكن فيها الشخص من تفادي الضرر الذي لحق به ببذل جهد معقول و هو الجهد الذي يبذله الرجل العادي لو وُجد في نفس الظروف، والحكمة من التعويض عن الضرر المباشر دون الضرر غير المباشر أن هذا الأخير قد يتحقق ولو لم يرتكب أي خطأ أو فعل ضار¹ لذلك كان من المنطق أن لا يُعوّض إلا عن الأضرار المباشرة وحدها.

أما في ميدان المعلوماتية والرقمنة فإن الأمر لا يختلف مقارنة بالمعاملات الكلاسيكية، إذ يُشترط في الضرر الالكتروني أن يكون مباشراً أي أنه النتيجة الحتمية والمباشرة لارتكاب خطأ الكتروني وذلك عن طريق إساءة استخدام شبكة الانترنت أو الكمبيوتر أو كل ما له علاقة بهما، ومن أبرز الأمثلة العملية عن هذه النقطة ما حدث في ألمانيا حيث قام موظف مبرمج² خبير في نظم المعلومات ولأسباب انتقامية نتيجة فصله من منصب عمله بزرع فيروس من نوع القنبلة الزمنية في شبكة المعلومات الخاصة بالمنشأة وترتب على ذلك توقف نظام المعلومات في المنشأة المذكورة لأيام عديدة الأمر الذي ألحق بها أضراراً بالغة الجسام³، فالضرر الذي لحق بالمنشأة بتوقف نظام المعلومات مع ما يصاحبه من أضرار أخرى على إنتاجية المنشأة وسمعتها لم يكن إلا نتيجة لتدخل الموظف المفصول عن عمله وقيامه بتثبيت الفيروس على النظام المعلوماتي للمنشأة، وبالتالي يمكن الحكم على الضرر في هذه الحالة بأنه مباشر وقابل للتعويض عنه بشرط أن تكون المنشأة المذكورة قد بذلت الجهد اللازم (المعقول) لتفادي تحقق الضرر وذلك بتحسين نظامها المعلوماتي بالأمصال المضادة للفيروسات وكل ما من شأنه حمايتها من الاختراقات، ذلك أن تقاعسها (المنشأة) عن القيام بمثل هذه الخطوات يضعها في موقف المُقَصِرِ والمُتَقَاعِصِ عن درء الضرر وهو الأمر الذي من شأنه نفي علاقة السببية بين خطأ الموظف مثبت الفيروس وبين توقف نظامها المعلوماتي عن النشاط.

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 294.

(2) المُبرمج (المصمم): هو كل شخص طبيعي أو اعتباري يقوم بوضع خطة الكترونية لمعالجة مشكلة ما أو لتحقيق هدف على الجهاز (الحاسوب) أو على أقراص مدمجة يمكن نقلها إلى الحاسوب من خلال مداخل ومخارج الكترونية.

(3) أحمد عبد الكريم أبو شنب، المرجع السابق، ص 22.

ومنه يمكن القول إن طبيعة التعامل الالكتروني القائم على تدخل الكثير من الأشخاص مع ما يعترض هذه المعاملات من فيروسات ومراحل تقنية تختلف بين المعاملة والأخرى قد يجعل من إثبات أن الضرر مباشر مسألة جد صعبة.

وإذا كان التعويض عن الضرر المباشر أمرا محسوما ولا غبار عليه فإن الضرر غير المباشر لا يخضع لنفس المبدأ فهو غير قابل للتعويض بسبب انتفاء علاقة السببية بينه وبين الخطأ أو أن العلاقة بينهما قائمة ولكنها غير كافية، وكمثال عن الضرر غير المباشر يذكر الفقه الشخص الذي يصاب بسبب فعل ضار بأذى يقعه عن العمل ومن ثم تتراكم ديونه عليه فيحزن لما أصابه حزنا شديدا يؤدي إلى وفاته، فالوفاة هنا تعتبر ضرا غير مباشر للفعل الضار ولا يكون الفاعل مسؤولا عنها وعلّة ذلك انقطاع رابطة السببية بينه وبين الفعل الضار¹.

ثانيا. الشروط المتعلقة بشخص المضرور:

إضافة إلى الشروط المتعلقة بذاتية الضرر هناك شروط أخرى لا يكون الضرر الالكتروني قابلا للتعويض عنه إلا بتوافرها، وهي شروط تتعلق بشخص المضرور إذ يجب أن يكون الضرر شخصا (أ)، وأن يكون الشخص قد أصيب في حق من حقوقه أو مصلحة مشروعة له يحميها القانون (ب).

أ) أن يكون الضرر شخصا:

والمقصود بذلك أن يكون الضرر قد أصاب طالب التعويض شخصا فليس له أن يطالب بتعويض عن ضرر أصاب غيره إلا إذا كان خلفا للمصاب²، أو كان نائبا عنه نيابة قانونية أو اتفاقية، فالأصل أن الشخص المضرور هو الوحيد الذي يمكنه المطالبة بالتعويض³، بمعنى أنه إذا كان طالب التعويض هو المضرور أصلا فيجب عليه أن يثبت ما أصابه شخصا من ضرر، أما إذا كان ذوي الحقوق هم الذين يطالبون بالتعويض فالإثبات يكون للضرر الشخصي لمن تلقى الحق

(1) أنور سلطان، المرجع السابق، ص ص 336-337.

(2) محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي والموروث، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1995، ص

3) Mireille Bacache-Gibeli, op cit, p 366.

عنه¹، ويتحقق هذا الشرط بالنسبة للأضرار المترتبة عن الضرر الأصلي إذ يعتبر الضرر المتردد ضرراً شخصياً لمن ارتد إليه، كما لو أصيب شخص في حادث ما أعجزه عن القيام بعمله، وبالتالي يحول دون الإنفاق عن يعولهم، فلهؤلاء الحق في طلب التعويض عما لحق بكل واحد منهم من ضرر شخصي وهذا التعويض يستقل تماماً عما يطالب به الشخص العائل من إصلاح مما أصيب هو به من ضرر، فيكون للضرر المتردد كيان مستقل عن الضرر الأصلي، ويترتب على هذا أنه يمكن لمن أصابه ضرر متردد المطالبة بالتعويض عنه، حتى لو اتخذت الضحية موقفاً سلبياً من حقها في التعويض عن الضرر الذي أصابها أو تنازلت عنه.

ويُقابل هذا الشرط في قانون الإجراءات المدنية والإدارية شرط المصلحة² التي تعتبر شرطاً من شروط قبول الدعوى والتي تعرف بأنها: "المنفعة التي يحققها صاحب المطالبة القضائية وقت اللجوء إلى القضاء. هذه المنفعة تشكل الدافع وراء رفع الدعوى والهدف من تحريكها"³، إذ نجد أن من شروط المصلحة أن تكون شخصية ومباشرة أي أن صاحب الحق المعتدى عليه هو رافع الدعوى.

أما في مجال المعاملات الالكترونية فلا يوجد اختلاف بينها وبين المعاملات التقليدية في مسألة اعتبار الضرر شخصياً، لأن المبدأ واحد وهو أنه لا يمكن لغير المتضرر من فعل ما أن يطالب بالتعويض سواء كان الضرر أصلياً أو متردًا، ولتوضيح الأمر يمكننا أن نضرب المثال التالي وهو قيام شخص بقرصنة موقع معين والتلاعب بمحتوياته علماً وأن هذا الموقع مرتبط بعقود مع مواقع أخرى تتأثر بكل ما يمس بالموقع الأصلي الأمر الذي يلحق أضراراً جسيمة بكل المواقع، وبالتالي يحق لصاحب الموقع الأصلي أن يطالب بالتعويض على أساس الضرر الأصلي الذي لحقه شخصياً من جراء فعل الاعتداء على الموقع، كما يحق للمواقع المتعاقدة معه من الباطن أن تطالب المعتدي

(1) بلحاج العربي، المرجع السابق، ص ص 166-167.

(2) تنص المادة 13 من القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فيفري 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر الصادرة بتاريخ 23 أفريل 2008، العدد 21. على ما يلي: "لا يجوز لأي شخص، التقاضي ما لم تكن له صفة، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون".

(3) بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 09-08 مؤرخ في 23 فيفري 2008)، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الرويبة، الجزائر، 2009، ص 38.

بالتعويض على أساس الضرر المرتد الذي يعتبر ضررا مستقلا عن ذلك الذي لحق صاحب الموقع الرئيسي.

(ب) أن يكون الشخص قد أصيب في حق أو مصلحة مشروعة له:

يجب لاعتبار الضرر قابلا للتعويض عنه أن ينطوي على حق ثابت يحميه القانون أو على مصلحة مشروعة.

(1) الإخلال بحق يحميه القانون:

والمقصود به هو الحق الذي يكون مصدره القانون، بحيث يعطي صاحبه حق اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر¹، أي أن يمس هذا الضرر حقا متعلقا بالكيان المادي للإنسان أو بدمته المالية (ضرر مادي)، أو أن يمس في شرفه وسمعته (ضرر أدبي).

(2) الإخلال بمصلحة مالية مشروعة:

لاعتبار الضرر مستحقا للتعويض لا بد في المصلحة أن تكون مالية من جهة ومشروعة من جهة أخرى.

✓ أن تكون مصلحة مالية:

قد لا يؤدي الضرر إلى إخلال بحق للمضرور و لكن بمجرد مصلحة مالية، وللتفرقة بين الحق والمصلحة المالية نضرب المثال التالي: إذا قتل شخص في حادثة كان لمن يعولهم الرجوع على المسؤول بالتعويض على أساس الإخلال بحق لهم إن كانوا ممن تجب عليه نفقتهم قانونا، أو على أساس الإخلال بمصلحة مالية إن إذا لم يكونوا ممن تجب عليه نفقتهم قانونا، ولكن القتل كان يتولى الإنفاق عليهم تفضلا أو تبرعا، غير أنه يشترط في هذه الحالة أن يثبت المضرور صاحب المصلحة أن القتل كان يعوله على درجة مستمرة وأن فرصة الاستمرار هذه كانت محققة².

(1) نائل مساعدة، المرجع السابق، ص 405.

(2) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 329.

✓ أن تكون المصلحة مشروعة:

يشترط في الضرر الموجب للمسؤولية أن يكون إخلالاً بمصلحة مشروعة، إلا أنه لا يلزم أن ترقى المصلحة المشروعة إلى مصاف الحق وإنما يكفي أن تكون غير مخالفة للقانون أو للنظام العام والآداب، أما إذا كانت المصلحة غير مشروعة فلا يعتبر الإخلال بها ضرراً يستوجب الحكم بالتعويض¹.

ومن أمثلة المصلحة المشروعة قيام مكتبة الكترونية بالتوزيع المجاني للكتب لفائدة طلبة الدراسات العليا، إذ أن تعرض قاعدة بيانات المكتبة للقرصنة سيؤدي لا محالة إلى حرمان الطلبة من الحصول على الكتب مجاناً وسيضطرون لشراؤها بالأموال، ففي هذه الحالة يجوز للطلبة الرجوع بالتعويض على الشخص الذي اخترق قاعدة بيانات المكتبة ليس لأنهم أصحاب حق لأن المكتبة غير ملزمة بالتوزيع المجاني للكتب وإنما لأنهم أصحاب مصلحة مالية مشروعة تم المساس بها والاعتداء عليها.

أما إذا كان الحق أو المصلحة غير مشروعين فإنه لا مجال للمطالبة بالتعويض في حالة الاعتداء عليهما سواء كان الضرر عادياً أو الكترونياً، كمن يقوم بقرصنة موقع الكتروني يشيد بالأعمال التخريبية أو موقع الكتروني يقوم بنشر الأفلام الإباحية لأن محل الاعتداء أمر غير مشروع وبالتالي لا تشمل الحماية القانونية.

المطلب الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر الالكترونيين

تعتبر علاقة السببية أو رابطة السببية بمثابة الركن الثالث للمسؤولية التقصيرية، فهي عنصر لا يقل أهمية عن عنصري الخطأ والضرر بل أن هاذين الأخيرين يصبحان بلا معنى ولا جدوى من تحققهما في حالة عدم وجود رابطة السببية بينهما، وعليه يجب أن يكون الضرر قد تحقق نتيجة ارتكاب الخطأ وإلا انتفت علاقة السببية وبالتالي عدم قيام المسؤولية وبالتبعية عدم استحقاق المضرور لمبلغ التعويض.

والذي يهمننا من دراسة هذه الجزئية من الدراسة ليست علاقة السببية في حد ذاتها لأنها أصبحت من المواضيع الكلاسيكية في القانون المدني والتي لها كيان واضح المعالم سواء من ناحية إثباتها أو نفيها، وإنما يهمننا إسقاط هذه القواعد الخاصة بالإثبات والنفي على المعاملات الالكترونية

(1) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 169.

مع تتميز به من خصوصيات للوصول إلى كفايتها أو عدم كفايتها في مواجهة إفرزات التطور التكنولوجي، لا سيما وأن الخطأ الواحد قد تترتب عنه عدة أضرار سواء كان المتضرر شخصا واحدا أم مجموعة أشخاص، ومن جهة أخرى فإن الضرر الواحد قد تتسبب فيه عدة أخطاء.

وعليه فإننا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لإثبات علاقة السببية بين كل من الخطأ والضرر الالكترونيين، بينما سنعالج في الفرع الثاني نفي علاقة السببية بينهما.

الفرع الأول: إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر الالكترونيين □

كما ذكرنا سابقا فإن المسؤولية عن الأفعال الشخصية أي مسؤولية الشخص عن الأفعال التي تصدر عنه شخصيا تقوم على أساس الخطأ واجب الإثبات، إذ يكون المدعي ملزما بإثبات الخطأ التقصيري الالكتروني بعنصره المادي (التعدي) والمعنوي (التمييز)، كما يجب عليه إثبات الضرر الذي لحقه سواء كان هذا الضرر ماديا أو معنويا عاديا أو الكترونيا.

أما علاقة السببية فهي ركن مستقل عن ركن الخطأ إذ قد توجد ولا يوجد الخطأ، كما لو ترتب ضرر عن فعل أحدثه شخص إلا أنه لا يكفي بأنه خطأ وقد يوجد الخطأ ولا توجد علاقة سببية¹، وكمثال عن وجود علاقة السببية وعدم وجود خطأ المسؤولية على أساس تحمل التبعة فتوفر الضرر يعتبر كافيا حتى ولو لم يكفي الفعل الضار على أنه خطأ مثل التعويض عن الأضرار الجسمانية الناجمة عن حوادث المرور، و كمثال عن وجود خطأ وعدم وجود علاقة السببية توفر سبب أجنبي تنتفي به المسؤولية التقصيرية كالقوة القاهرة.

ونظرا لكون علاقة السببية عبارة عن ركن مستقل عن الخطأ والضرر في المسؤولية التقصيرية فإن عبئ إثباتها يقع على الدائن بالتعويض وهو الشخص المتضرر من أي نشاط إلكتروني ضار توفرت فيه شروط الخطأ من تعدد وتمييز وهذا كأصل عام. و الواقع أن إثبات رابطة السببية يعتبر أمرا يسيرا مقارنة بإثبات الخطأ و بدرجة أقل الضرر حيث يسهل في الغالب الأعم إثباتها بمختلف القرائن، إلى درجة أن تلك القرائن تكون واضحة و جلية بالقدر الذي يعفى فيه الدائن من الإثبات أصلا، وذلك متى كان من شأن الخطأ المرتكب عادة أن يلحق مثل ذلك الضرر²، ومنه لا يمكن

(1) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، الطبعة الرابعة، دار الهدى للطبع والنشر، الجزائر، 2007، ص 93.

(2) هشام توفيق ابراهيم، المرجع السابق، ص 176.

اعتبار رابطة السببية متوفرة إلا إذا كانت هناك صلة مباشرة بين الخطأ والضرر، أي أن الضرر هو النتيجة الطبيعية للخطأ المرتكب والذي لا يمكن للمضرور تفاديه ببذل جهد معقول¹.

وعليه فإنه متى تمكن الدائن من إثبات كل من الخطأ والضرر وتشكلت قرينة واضحة على وجود رابطة السببية بينهما فإن عبئ الإثبات ينتقل إلى المدين²، على اعتبار أن تمكن الدائن من إثبات الخطأ والضرر يشكل قرينة على توفر علاقة السببية بينهما فلا يبقى أمام المدين إلا نفي هذه القرينة بإثبات السبب الأجنبي.

غير أن علاقة السببية وإن كان من اليسير إثباتها في حالة وجود خطأ وحيد أدى إلى تحقق الضرر، فإن الأمر سيصعب ويدق إذا اشترك أكثر من خطأ في إلحاق الضرر بالضحية، حيث يطرح التساؤل حول الشخص المسؤول عن التعويض هل هو المرتكب الخطأ الأول أو الخطأ الثاني أم أن المسؤولية تضامنية بينهما، ويزداد الأمر صعوبة في المعاملات الالكترونية نظرا لكثرة المتدخلين وتعدد وتنوع أدوارهم الفنية قبل تحقق الضرر، لذلك ظهرت نظريتان للفصل في هذه الإشكالية، وهما نظرية السبب المنتج (أولا)، ونظرية تكافؤ الأسباب (ثانيا).

أولا- نظرية تكافؤ الأسباب

وهي نظرية ألمانية المنشأ بزعامة الفقيه فون بيري وأخذ بها بعض الفقهاء مؤداها أنه يجب الاعتداد بكل سبب اشترك في إحداث الضرر ولو كان سببا بعيدا، لأن جميع الأسباب التي تدخلت في وقوع الضرر تعتبر أسبابا متكافئة أو متساوية ولا فرق بين سبب كانت مساهمته كبيرة و آخر مساهمته ضئيلة³.

فالأحداث على العموم تترتب على مجموعة من العوامل منها ما هو من فعل الإنسان أو من امتناعه، ومنها ما هو من فعل ظروف خارجية. وبما أن كل هذه العوامل تعتبر ضرورية لإنتاج الضرر فإن التمييز بينها يضحى غير مبرر ما دام تخلف عامل من هذه العوامل يحول دون تحقق الضرر،

(1) تنص المادة 182 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "... ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول".

(2) هشام توفيق ابراهيم، المرجع نفسه، ص 176.

(3) العربي بلحاج، المرجع السابق، ص 196.

فتعتبر الأسباب التي تدخلت في إحداث الضرر كلها متكافئة ومتعادلة من حيث الدور الذي لعبته في إنتاجه¹.

وكمثال عن اشتراك عدة أسباب في إنتاج ضرر واحد بصد تعامل الكتروني يذكر البعض حالة الشخص الذي يترك جهاز الكمبيوتر مفتوحا وفيه البريد الالكتروني مفتوح أيضا فيدخل شخص آخر ليستعمل البريد الالكتروني و يقوم بإرسال رسائل يسيئ بها للمرسل إليهم عن طريق استعمال عبارات تتضمن سبا و قذفا و قدحا، ففي هذه الحالة نكون أمام سببين تضافرا لوقوع هذا الضرر الأول يتمثل في إهمال صاحب البريد الالكتروني والثاني هو الاستعمال السيئ من طرف الشخص الآخر، فالسببان وفق هذه النظرية متعادلان ومتكافآن لأن النتيجة ما تحققت إلا باجتماعهما و لو تخلف أحدهما لما تحققت².

ثانيا- نظرية السبب المنتج □

يعتبر الفقيه الألماني فون كريس بمثابة مؤسس هذه النظرية التي لقيت قبولا واسعا لدى أغلبية الفقه الجرماني، كما أن أحدث القرارات القضائية تعتمد النظرية المذكورة³ التي تعارض نظرية تعادل أو تكافؤ الأسباب ، ومؤدى هذه النظرية أنه إذا تداخلت عدة أسباب في إحداث الضرر فيجب التفرقة بين الأسباب العرضية والأسباب المنتجة إذ يقفون عند الثانية دون الأولى و يعتبرونها وحدها السبب في إحداث الضرر، فالسبب يعتبر منتجا متى كان من العادة أن يؤدي قيامه إلى وقوع الضرر، أو بعبارة أخرى أن السبب المنتج هو ما يؤدي عادة إلى وقوع مثل هذا الضرر⁴.

ويرد البعض بأن كل من السبب المنتج والسبب العارض كان له دخل في إحداث الضرر فمن غير المنطقي استبعاد أحدهما والاكتفاء بالآخر لأنه لولا اجتماعهما معا لما تحقق الضرر، إلا أن

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 314.

(2) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 150.

3) Cass.civ. 2 ème ch, N° de pourvoi: 14-19891, 10 septembre 2015.disponible à l'adresse Suivante: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJurijudi.do?idTexte=JURITEXT000031153564> (site consulté le: 10/01/2020).

(4) أنور سلطان، المرجع السابق، ص 235.

السببية بهذا المعنى هي السببية الطبيعية ونحن إنما نريد السببية القانونية، فنبحث أي الأسباب التي يقف عندها القانون من بين الأسباب الطبيعية المتعددة ليعتد بها في إحداث الضرر¹.
وبتطبيق نظرية السبب المنتج أو الفعال على المثال الذي سقناه سابقا والمتعلق بإهمال صاحب البريد الإلكتروني لحسابه وتركه في متناول الغير ثم استعماله من طرف شخص آخر ألحق بمقتضاه أضرارا بالآخرين ضررا، فإن السبب الذي يعتد به لقيام المسؤولية هو الاستعمال السيئ للبريد الإلكتروني دون إهمال صاحب البريد، لأن السلوك الأخير وفقا للمجرى العادي للأمر لا تتمخض عنه أضرار تصيب الغير.

الفرع الثاني: نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر الإلكترونيين

إذا سلمنا أن إثبات كل من الخطأ الإلكتروني والضرر من شأنه إقامة قرينة على وجود علاقة سببية بينهما وبالتالي قيام المسؤولية التقصيرية واستحقاق المدعي لمبلغ التعويض، فإن هذه القرينة بسيطة يمكن دحضها بإثبات الدليل العكسي، حيث أجازت المادة 127 من القانون المدني الجزائري² لمرتكب الفعل الضار أن يتنصل من المسؤولية التقصيرية في عدة حالات منها على وجه الخصوص القوة القاهرة أو الحادث الفجائي (أولا) وخطأ المضرور (أولا) خطأ الغير (ثانيا) وكذلك خطأ الغير (ثالثا).

أولا انعدام علاقة السببية بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي

تعتبر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي³ أول سبب يمكن أن يستند إليه الشخص لدحض المسؤولية التقصيرية وعدم تسديد مبلغ التعويض للمضرور، فالمستخدم للانترنت أو لمختلف الأجهزة الالكترونية قد يرتكب أخطاء تقصيرية تشكل سببا لقيام مسؤوليته والتزامه بالتعويض عن الأضرار المترتبة عن أخطائه، إلا أنه يمكنه التنصل من هذه المسؤولية بقطع رابطة السببية عن

(1) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 1027.

(2) تنص المادة 127 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك."

(3) ذكر المشرع الجزائري في نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها المادة 165 من القانون المدني المصري لفظين مختلفين للدلالة على السبب الأجنبي وهما القوة القاهرة *La force majeure* والحادث الفجائي *Le cas fortuit*، الأمر الذي أحدث خلافا بين فقهاء القانون المدني بين من يميز بين المصطلحين وبين من يجعل منهما شيئا واحدا.

طريق إثبات السبب الأجنبي المتمثل في تدخل عامل خارجي تسبب في إحداث الضرر، وذلك متى توافرت شروط معينة، وهي:

أ- شرط عدم إمكانية التوقع:

يشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أن يكون غير متوقع وغير مستطاع توقعه لا من جانب المدين فحسب بل من أشد الناس حيطة ويقظة، أما إذا أمكن توقع الحادث فإنه لا يشكل قوة القاهرة ولا تنتفي به المسؤولية حتى ولو كان دفعه مستحيلا، فالمعيار في هذه الحالة موضوعي وليس ذاتي إذ لا عبرة هنا بشخص المدين، علما وأن الاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة وليس النسبية كما يشترط في عدم إمكان التوقع أن يكون وقت وقوع الحادث في المسؤولية التقصيرية ووقت إبرام العقد في المسؤولية العقدية¹.

ومن أمثلة القوة القاهرة التي تنفي المسؤولية المدنية وتعفي الشخص من التعويض في المسؤولية التقصيرية والمدين من تنفيذ التزاماته التعاقدية في المسؤولية العقدية، يمكن أن نذكر بعض الحالات التي ترجع إلى الطبيعة مثل الزلازل والبراكين والفيضانات، إذ لا شك أن مثل هذه الحوادث تتسم بالفجائية و عدم إمكان التوقع من طرف أي شخص مهما كانت درجة يقظته و حرصه لأنها أمور غيبية لا يعلمها إلا الله تعالى، كما توجد بعض الحوادث الفجائية التي لا ترجع لظروف طبيعية بل إن سببها هو العامل البشري مثل الحروب التي تشنها الدول القوية على الدول الضعيفة.

أما في المسؤولية محل الدراسة أي المسؤولية عن المعاملات الالكترونية فيمكن تصور قيام حرب الكترونية بدلا من الحرب التقليدية، كما لو قامت دولة معينة أو شخص معين بإطلاق فيروسات الكترونية لتدمير النظم المعلوماتية للدولة المعتدى عليها.

فلو افترضنا أن الفيروسات التي تم إطلاقها أصابت معملا لإنتاج البرامج وبيعت هذه البرامج إلى المستعملين وهي حاملة لهذا الفيروس وألحقت أضرارا بالغير، ففي مثل هذه الحالة يمكن لمنتج البرامج الالكترونية أن يدفع بالقوة القاهرة المتمثلة في الهجومات الالكترونية عبر الفيروسات

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص - ص 996-997.

لنفي مسؤوليته المدنية التقصيرية¹، وذلك في مواجهة كل من يرفع ضده دعوى تعويض سواء كان مشتري البرنامج شخصيا أو كل من تعامل مع هذا الأخير وأصابه ضرر بسبب العيوب التي أحدثتها الفيروسات التي أطلقتها الدولة المعتدية.

غير أنه يشترط في الفيروسات التي أطلقها العدو أن تكون جديدة وغير معروفة لدى الدولة المعتدى عليها، أما إذا كان الفيروس معروفا وتوجد العديد من الأمصال التي يمكنها الحد من تأثيراته السلبية فلا يمكن أن يشكل قوة قاهرة تنتفي بها المسؤولية التقصيرية²، ذلك أن التزام صاحب البرامج الالكترونية بتزويدها بالأمصال أمر مفترض وتقتضيه طبيعتها التقنية نتيجة وجود بعض الفيروسات واسعة الانتشار والمتصور وجودها في أي برنامج لذلك فمن غير المستساغ أن يدفع الشخص مسؤوليته التقصيرية استنادا للقوة القاهرة بسبب هذا النوع من الفيروسات لأن هذه الأخيرة متوقع وجودها دائما وبالتالي فهي تهدم أول شرط من شروط القوة القاهرة أو الحادث الفجائي وهو شرط عدم إمكانية التوقع.

إضافة إلى شرط الجدة الذي ينبغي أن يتسم به فيروس الحاسب الآلي لإمكانية دفع المسؤولية التقصيرية، فإنني أرى أن هناك شرطا آخر يجب أن ينطوي عليه الفيروس وهو شرط الجسامة، أي أن التأثيرات أو الانعكاسات السلبية أو لنقل الأضرار التي يمكن أن يلحقها الفيروس بالأنظمة الالكترونية يجب أن تكون على قدر من الجسامة تبرر اعتبارها قوة قاهرة تنتفي بها مسؤولية المبرمج أو بائع البرنامج، وبمفهوم المخالفة يمكن القول أن الفيروس وإن كان جديدا إلا أنه لا ينفي المسؤولية التقصيرية إذا كانت الأضرار التي يلحقها بمشتري البرنامج يسيرة ولا تؤثر بشكل كبير في المعطيات التي يحملها البرنامج ولا في طريقة عمله.

وعليه يمكن القول أن عدم قيام معمل البرامج بتسليح نظامه الالكتروني بالأمصال المضادة للفيروسات المألوفة يضعه في موضوع المقصر عن أداء واجبه العام المتمثل في عدم الإضرار بالغير، وبالتالي فإن المتضرر من هذه الفيروسات المعروفة بإمكانه التمسك بالتعويض في مواجهة المبرمج متى أثبت أن الفيروس الذي أصاب البرنامج من النوع المعروف والمتداول وأن الأضرار التي لحقت من

(1) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 305.

(2) المرجع نفسه، ص 305.

جراء انتشار الفيروس ترجع إلى تقاعس بائع البرنامج في تزويده بالمصل المضاد للفيروسات، دون أن يتمكن هذا الأخير من نفي علاقة السببية بسبب القوة القاهرة أو الحادث الفجائي نظرا لكون الفيروس متوقع التواجد في أي برنامج.

بد شرط عدم إمكانية الدفع:

لا يكفي في الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أن يكون غير متوقع *Imprévisible* بل يشترط أيضا أن يكون غير ممكن الدفع *Inévitable*، وعدم إمكانية الدفع يجب أن تكون مطلقة غير نسبية أي أنها تتحقق في شخص المدين أو في أي شخص آخر يوجد مكانه في مثل تلك الظروف، أما إذا كانت الاستحالة نسبية تقتصر على المدين لوحده فإن الحادث لا يشكل قوة القاهرة تعفي المدين من المسؤولية، فالمعيار إذن موضوعي وليس ذاتي وهو معيار الرجل اليقظ¹.

من الأمثلة التي يسوقها الفقه كقوة القاهرة في مجال التعامل الالكتروني ما يعرف بالإرهاب الالكتروني، لأنه ومع التقدم والتطور التكنولوجيين فقد غيرت التنظيمات الإرهابية من الأساليب التي تصل بها إلى تحقيق أهدافها، إذ أصبح الإرهاب الالكتروني (كصورة مستحدثة للإرهاب) هو السائد من خلال استهداف المواقع الرسمية للدول عن طريق العبث بمحتوياتها أو إزالتها أو تعطيل العمل بها بصفة مؤقتة أو دائمة²، علما وأن مثل هذه المواقع قد تتضمن العديد من المعلومات والبيانات المهمة للأشخاص والجماعات والتي من شأن المساس بها أن يلحق بهم أضرارا بليغة سواء تعلق الأمر بالأضرار المعنوية كنشر صور خاصة أو بعض الجوانب الخفية للأفراد، أو الأضرار المادية كاطلاع الغير على التوقيعات الالكترونية أو كلمات المرور واستعمالها في زيادة ديون الأشخاص أو إبراء ذمة المدينين وغيرها من صور الضرر المادي.

غير أنه إذا أردنا إسقاط الهجمات الإرهابية الالكترونية على القوة القاهرة كوسيلة تنتفي بها علاقة السببية فإن الأمر قد لا يكون بالسهولة التي يتصورها البعض، ذلك أنه يشترط في

(1) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 339.

(2) منير وممدوح الجنيبي، جرائم الانترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر 2004، ص 91.

الحادث الفجائي أن يكون مما يستحيل دفعه أو تفاديه وهو أمر نادر في المعاملات الالكترونية لا سيما في مواجهة الهجمات الإرهابية أين نجد أن الدول والمنظمات الدولية ترصد مبالغ مالية هائلة في سبيل تحصين نظامها المعلوماتي وحمايته من الاختراق لمواجهة هذا النوع من الهجمات نظرا لجسامة وفداحة الأضرار التي تلحقها بالدول ومواطنيها والتي تمس في كثير من الأحيان بهيبة الدولة بل وبسيادتها أيضا، كما أن التسليم بأن الإرهاب الالكتروني يشكل صورة للحادث الفجائي أو القوة القاهرة التي تنفي مسؤولية الجهة التي تعرضت للهجمة الإرهابية من شأنه المساس بحق المضرور وهو الحلقة الأضعف في الحصول على مبلغ التعويض مع ما يمثله ذلك من طعن في نظام المسؤولية المدنية التي تسير رويدا رويدا لأن تكون مسؤولية موضوعية أكثر منها مسؤولية خطئية، لا سيما وأن من يتعرض للهجمات الإرهابية الالكترونية غالبا ما تكون دولة أو إحدى المؤسسات التابعة لها مع ما يفترض فيها من ملاءة مالية تجعلها الأقدر على تحمل تبعه هذه الهجمات مقارنة بالمتعاملين معها عن طريق دفع مبالغ التعويضات من الخزينة العمومية أو عن طريق شركات التأمين إذا لجأت إلى نظام التأمين من المسؤولية المدنية.

وعليه يمكننا القول إن شرط استحالة دفع القوة القاهرة لنفي المسؤولية التقصيرية عن التعاملات الالكترونية قد لا يتحقق في كثير من الأحيان نظرا للتناسب في التطور بين الأخطار الالكترونية وسبل الوقاية منها، ذلك أن أي برنامج الكتروني ومهما بلغت درجة خطورته يجد في البرامج المضادة ما يعدم هذه الخطورة أو على الأقل يحد من آثارها، الأمر الذي يجعل معظم الهجمات الالكترونية ممكنة الدفع باستعمال الأمصال المضادة أو التغيير الدوري لكلمة المرور أو باتخاذ كل إجراء مناسب.

ثانياً انعدام العلاقة السببية بسبب خطأ المضرور:

تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر إذا كان هذا الأخير نتيجة لخطأ ارتكبه الشخص المضرور، فالفرضية هنا أن الضرر لم يتحقق نتيجة تقصير أو إهمال المدعى عليه في دعوى المسؤولية وإنما نتيجة خطأ ارتكبه المدعي (المضرور) في حق نفسه فتضرر من ذلك، وعليه فإن مسؤولية المدعى عليه تسقط ولا يلتزم بدفع مبلغ التعويض متى ثبت أن خطأ المصاب وحده هو

الذي تسبب في الضرر¹، وبعبارة أخرى فما دامت علاقة السببية بين فعل الضحية وما أصابها من ضرر متوفرة فلا حاجة لأن يرقى هذا الفعل إلى درجة الخطأ لإعفاء المدعى عليه من المسؤولية، غير أن جانبا من الفقه يرى أنه يشترط خطأ المضرور إذا كانت المسؤولية المراد نفيها قائمة على أساس الخطأ، بينما يكتفى بفعل الضحية إذا كان قوام المسؤولية هو الضرر أي أنها مسؤولية موضوعية².

يرى الأستاذ عابد رجا الخلايلة وأنا أؤيده فيما ذهب إليه أن فعل المضرور يكفي لنفي المسؤولية التقصيرية لا سيما في مجال المعاملات الالكترونية نظرا لصعوبة إثبات الخطأ الالكتروني وصعوبة معرفة مصدر هذا الخطأ في كثير من الأحيان، ويضرب لنا الأستاذ مثلا في هذا الصدد يفترض من خلاله أن شخصا خبيرا في مجال أجهزة الإعلام الآلي و الانترنت يقيم في أمريكا تمكن من الدخول إلى البريد الالكتروني لشخص آخر بوسائل الكترونية من خلال التحكم عن بعد وغير معروف من قبل الآخرين، وقام باستعمال هذا البريد للإساءة إلى شخص آخر دون أي إهمال أو تقصير من جانب مالك هذا الحساب، ففي هذه الحالة فإن المطالبة بإثبات خطأ الغير (الشخص المقيم في أمريكا) يعتبر أمرا مستحيلا، أما إثبات أن صاحب البريد الالكتروني لم يقم باستعماله و أن شخصا أجنبيا هو الذي استخدمه، وبالتالي يستطيع المدعى عليه وهو مالك البريد الالكتروني أن ينفي مسؤوليته من خلال نفي علاقة السببية بين فعل الإساءة الالكتروني والضرر الذي لحق الشخص³.

وعليه يمكن القول أنه من الأنسب في مجال المسؤولية الالكترونية عدم اشتراط خطأ المضرور وأن يكتفي في ذلك بكون التصرف الصادر عنه عبارة عن فعل ضار، وذلك بغض النظر عن الأساس القانوني للمسؤولية إذ يستوي أن تكون مسؤولية شخصية أو مسؤولية عن فعل الغير أو مسؤولية عن فعل الأشياء أو مسؤولية موضوعية، وذلك لعدة اعتبارات أهمها أنه لا يمكن للشخص أن يستفيد من خطئه أو فعله الضار عن طريق إلحاق الأذى بنفسه والتزام الغير بجبر هذا الضرر، كما أن القول بعكس ذلك يمس بمبدأ العدالة الذي يقتضي أن المتسبب في الضرر هو

(1) محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 61.

(2) A. Vilard, *droit civil algérien la responsabilité civile délictuelle*, O.P.U, l'Algérie, p 148.

(3) عابد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 172.

الذي يجبره بدفع مبلغ التعويض، وهو الأمر الذي لا يتحقق في الحالة التي نحن بصدد دراستها لأن المسؤول في هذه الحالة لم يتسبب في الضرر وبالتالي لا علاقة له بما لحق بالضحية بل إن هذه الأخيرة هي من أضرت بنفسها.

ثالثاً انعدام علاقة السببية بسبب خطأ الغير:

عرفت المادة 419 من مشروع القانون المدني العراقي فعل الغير بأنه: " كل فعل لا يمكن توقعه ولا دفعه يصدر عن شخص أجنبي غير مكلف بتنفيذ التزام المدعى عليه أو ممارسة حق من حقوقه و لم يكن المدعى عليه مسؤولاً عنه بمقتضى نص القانون"¹.

من خلال هذا التعريف نلاحظ أنه يشترط في فعل الغير كسبب لنفي علاقة السببية ما يشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي من استحالة توقع الفعل واستحالة دفعه، وعليه فإنه إذا كان الفعل الصادر من الغير متوقعا كما في حالة قيام بعض المبرمجين بزرع أنواع معينة من الفيروسات من خلال إرسال رسائل الكترونية أو مقاطع فيديو وبمجرد فتحها يتعرض الحاسوب لأضرار كبيرة عن طريق فقدان المعلومات المخزنة أو إرسالها إلى أشخاص آخرين رغم سريتها، وبالتالي فمتى كانت مثل هذه الأفعال متكررة في كل مناسبة كرأس السنة الميلادية فإنها تصبح أمرا متوقعا لا يصلح لأن يشكل فعلا صادرا عن الغير تنتفي به المسؤولية، لا سيما وأن مثل هذه الفيروسات يمكن مواجهتها وتفاديها بتثبيت أمصال بسيطة جدا وغير مكلفة.

يُعتبر فعل الغير سببا يعفي المدعى عليه من التعويض متى كان هذا الفعل هو السبب الوحيد في تحقق الضرر أو أنه اشترك مع فعل الضحية أو فعل المدعى عليه في إحداث الضرر لكنه

(1) ذكره: صالح أحمد محمد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية -دراسة مقارنة-، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004، ص 126.

الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في مجال المعاملات الالكترونية

استغرقهما، بمعنى أن نسبة مساهمته في الضرر كانت أكبر من الأفعال الأخرى الصادرة عن

الضحية أو عن المدعى عليه، علما وأن الغير هو كل شخص أجنبي عن المضرور والمسؤول¹.

وتجدر الإشارة إلى أن عبارة "فعل الغير" يجب أن تفسر تفسيراً واسعاً إذ يشمل الخطأ

الشخصي للغير، وفعل الأشياء الموضوعية تحت حراسة هذا الغير وكذلك الأفعال الصادرة عن

الأشخاص الخاضعين لرقابة الغير أو أنهم يعملون تحت إشرافه وتوجيهه مثل التابع².

(1) عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة النظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي الكتاب الأول مصادر الالتزام الجزء الثاني الواقعة القانونية المسؤولية التقصيرية الإثراء بلا سبب، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2018، ص 116.

2) Mireille Bacache- Gibeili, op. cit, p. 457.



الفصل الثاني:

المسؤولية التقصيرية الالكترونية

عن فعل الغير والأشياء غير الحية



□ الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الالكترونية عن فعل الغير والأشياء غير الحية □

إذا كان المشرع الجزائري قد اعتمد الخطأ واجب الإثبات وجعله بمثابة القاعدة العامة في المسؤولية المدنية، فإنه أدخل على هذه القاعدة بعض الاستثناءات باعتماده أسساً أخرى تقوم من خلالها مسؤولية الشخص دون حاجة لإثبات الخطأ في جانبه، حيث أجاز المشرع مساءلة الشخص عن أفعال لم يرتكبها هو شخصياً بل ارتكبها غيره، بل إنه ذهب إلى أبعد من ذلك حينما أقر المسؤولية ليس عن فعل الأشخاص بل عن فعل الأشياء والحيوانات وحتى البنيات.

ونتيجة للانتشار الرهيب والواسع لتكنولوجيات الإعلام والاتصال فقد ظهرت صور عديدة من الأخطاء ومظاهر حديثة للأضرار، فلم يعد صاحب الموقع الالكتروني هو الوحيد الذي بإمكانه إلحاق الضرر بالآخرين عبر موقعه لأنه يستخدم العديد من العمال والفنيين لإدارة الموقع وكل منهم قد يتسبب في إلحاق الأذى والضرر بالآخرين، كما أن العديد من التقنيات الحديثة قد يصلح فيها وصف الشيء القادر على أن يكون ضاراً، مما يثير مسؤولية صاحب هذا الشيء وفقاً للقواعد العامة.

و عليه سنحاول من خلال هذا الفصل دراسة المسؤولية التقصيرية عن الأفعال الضارة الالكترونية في الحالات التي لا يكون فيها المدعي مطالباً بإثبات خطأ المدعى عليه لأن الخطأ مفترض في جانب هذا الأخير افتراضاً يقبل إثبات العكس كما هو الشأن في المسؤولية عن فعل الغير (المبحث الأول)، أو أنه مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس كما هو الحال في المسؤولية عن فعل الأشياء¹ (المبحث الثاني).

(1) إضافة إلى المسؤولية عن فعل الأشياء الجامدة هناك صورة أخرى للمسؤولية المفترضة افتراضاً لا يقبل إثبات العكس وهي مسؤولية حارس الحيوان لن تناولها بالدراسة في بحثنا هذا لعدم إمكانية تصور وجود حيوانات الكترونية.

□ المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية الالكترونية للمتبع عن أعمال تابعه

تنص المادة 136 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يكون المتبع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبةها. وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبع حرا في اختيار تابعه متى كان هذا الأخير يعمل لحساب المتبع".

وعليه يمكن اعتبار مسؤولية المتبع عن أعمال تابعه من أهم صور المسؤولية عن فعل الغير، إذ إنه ولاعتبارات تتعلق بكفالة حق المضرور في الحصول على مبلغ التعويض فقد أقر المشرع الجزائري في المادة 136 من القانون المدني المذكورة أعلاه مسؤولية المتبع عن الأضرار الناجمة عن أفعال ضارة¹ صدرت من أحد تابعيه بشرط وجود علاقة بين الفعل المرتكب والوظيفة وذلك بغض النظر عن مدى حرية المتبع في اختيار تابعه من عدمها.

و الحكمة من سن مثل هذا النوع من المسؤولية هو الملاءة المالية المفترضة في المتبع مقارنة بالتابع والذي غالبا ما يكون أجيرا قد لا يقدر على دفع مبالغ مالية كبيرة كتعويض، وهو الأمر الذي لا يخدم مصلحة المضرور، الذي أجاز له المشرع رفع دعوى التعويض مباشرة على المتبع مع الاحتفاظ لهذا الأخير بحقه في الرجوع على تابعه بشرط أن يتصف الخطأ المرتكب من طرف هذا الأخير بالجسامة².

(1) كانت صياغة نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري قبل تعديل القانون المدني بموجب القانون 10.05 على النحو التالي: " يكون المتبع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها.

وتقوم رابطة التبعية ولو لم يكن المتبع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه". والملاحظ على نص المادة أن المشرع قد استبدل عبارة عمله غير المشروع بعبارة فعله الضار وهو مسلك إيجابي يحسب للمشرع الجزائري لأن في استعمال العبارة الجديدة توسعا يخدم الشخص المضرور.

(2) تنص المادة 137 من القانون المدني على ما يلي: " للمتبع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

وعليه سنحاول من خلال هذا المبحث تبين أحكام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه (مطلب أول)، ثم تناول مسؤولية وسطاء الانترنت كتطبيق من تطبيقات هذا النوع من المسؤولية (مطلب ثان).

المطلب الأول: أحكام مسؤولية المتبوع في المعاملات الالكترونية

انطلاقا من كثرة المتدخلين في معظم المعاملات الالكترونية وكثرة الأشخاص الذين يستخدمونهم في البرمجة والتنفيذ فإن المسؤولية عن أعمال التابعين تشكل الصورة الأكثر انتشارا من صور المسؤولية عن فعل الغير، لأنه لا يمكن تصور صاحب موقع الكتروني يدير الموقع بنفسه ودون مساعدة الآخرين ونفس الأمر يمكن أن يقال عن مزود الخدمات أو هيئات التصديق الالكتروني وغيرهم من أشخاص الانترنت.

لذلك سوف ندرس هذا المطلب المتعلق بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في إطار المعاملات الالكترونية من خلال استعراض شروط تحقق هذه المسؤولية وتبيان أساسها القانوني لمعرفة مدى قدرة القواعد العامة على كفاية حق المتضرر من أفعال ضارة الكترونية في الحصول على التعويض المناسب بأسهل طريقة ممكنة، وكل ذلك في ضوء المادتين 136 و137 من القانون المدني الجزائري.

لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الأول لشروط قيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، أما الفرع الثاني فسنتناول من خلاله الأساس القانوني لهذه المسؤولية.

الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية المتبوع في إطار المعاملات الالكترونية □

باستقراء نص المادة 136 من القانون المدني الجزائري والتي تقابلها المادة 174 القانون المدني المصري¹ والمادة 1242 القانون المدني الفرنسي² يمكن أن نستنتج جملة من الشروط التي لا

(1) تنص المادة 174 من القانون المدني المصري على ما يلي: " يكون المتبوع مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه تابعه بفعله الضار متى كان واقعا منه في حالة تأدية وظيفته أو بسببها أو بمناسبتها.

وتتحقق علاقة التبعية ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى كانت له عليه سلطة فعلية في رقابته وفي توجيهه".

(2) L'article 1242 al 5 C.C.F dispose que: « Les maitres et les commettants (sont responsable) du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils ont employé ».

تقوم مسؤولية المتبوع إلا باجتماعها، إذ إنه وفي حالة تخلف أحد هذه الشروط فإنه لا يكون للمضروب إلا الرجوع على التابع مباشرة بواسطة دعوى المسؤولية عن الفعل الشخصي وفقا للمادة 124 من القانون المدني ، وعليه يمكن حصر شروط مسؤولية المتبوع في شرطين رئيسيين هما علاقة التبعية (أولا) وأن يرتكب الفعل الضار أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها (ثانيا).

أولا- علاقة التبعية:

و يقصد بها وجود رابطة بين شخصين تخول للمتبوع على تابعه سلطة فعلية في الرقابة والتوجيه فتجعله في وضعية خضوع وإذعان لتنفيذ ما يأتمر به من أوامر وتعليمات¹، علما وأن هذه الرابطة لا تستلزم وجود عقد بين الطرفين وإن كان الغالب أن تنشأ كنتيجة لإبرام عقد عمل بين المتبوع والتابع، ولا يشترط في هذا العقد أن يكون صحيحا لأن القانون يكتفي لقيام علاقة التبعية بوجود السلطة الفعلية، كما لا يشترط لثبوت علاقة التبعية أن يكون المتبوع حرا في اختيار تابعه ومثال ذلك مسؤولية البلدية (متبوع) عن أفعال المنتخبين المحليين (تابعين) رغم أنهم منتخبون ولم يكن للإدارة أي دخل في انتمائهم إليها، كما أنه لا عبرة بتلقي التابع لأجر في مقابل الخدمات التي يقدمها لمتبوعه حيث تكفي أعمال التبرع لثبوت التبعية متى توافرت سلطة الرقابة والتوجيه².

وعليه سنتناول علاقة التبعية كشرط لقيام مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في إطار المعاملات الالكترونية من خلال دراسة العنصرين المشكلين لهذا الشرط، وهما عنصر السلطة الفعلية (أ) وعنصر خطأ التابع أثناء تأدية الخدمة أو بسببها (ب).

أ-عنصر السلطة الفعلية:

يقصد بها مجموعة الصلاحيات التي يمكن للمتبوع أن يمارسها على تابعه في شكل أوامر وتوجيهات لا يملك هذا الأخير إلا أن ينفذها ويطبقها، علما وأن هذه السلطة لا تقتضي وجوبا وجود

(1) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 123.

(2) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص 398 - 399.

عقد صحيح بين الطرفين إذ أن مبرر حلول المتبوع محل التابع في تحمل المسؤولية تجاه المضرور هو تلك الصلاحيات الفعلية والعملية التي تمارس على التابع في إطار قيامه بعمل لحساب المتبوع في مقابل خضوع تام من الأول لتعليمات الثاني¹، كما يشترط أيضا أن تنصب الأوامر والتعليمات على الكيفية التي ينفذ بها العمل الذي استخدم التابع من أجله. وعليه يمكن القول أن تلك العلاقة تركز على أساس واقعي متمثلا في سلطة الإشراف والتوجيه ولا تركز على أساس قانوني باشرط أن تكون العلاقة ناتجة عن تصرف صحيح يعتد به القانون.

لذلك فإن علاقة التبعية تنعدم بانعدام سلطة الرقابة والتوجيه، ومثال ذلك علاقة المقاول برب العمل حيث قضت محكمة التمييز الأردنية وأنا شخصا أوافقها فيما ذهبت إليه من أن "علاقة المقاول برب العمل تتوقف على طريقة تنفيذ العمل فإذا قام المقاول بالعمل مستقلا فإن علاقة التبعية بصاحب العمل تكون منتفية وأما إذا قام به تحت إشراف وإدارة صاحب العامل فيعتبر المقاول تابعا وصاحب العمل متبوعا"².

غير أن علاقة التبعية في المعاملات التقليدية عادة ما تتسم بالوضوح الكافي كون رب العامل (المتبوع) غالبا ما يكون شخصا معروفا لدى العامة ونفس الأمر بالنسبة للعمال الذين يستخدمهم (التابعين)، الأمر الذي يجعل من علاقة التبعية بينهما واضحة يسهل على الشخص المضرور إثباتها لتقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، في حين أنه وفي مجال المسؤولية محل البحث أي التي تنصب على المعاملات الالكترونية فإن علاقة التبعية لا تكون ظاهرة بنفس القدر الذي تظهر فيه في صورتها الكلاسيكية، نتيجة طريقة التواصل بين التابع والمتبوع التي تعتمد أساسا على وسائل ومدخلات تقنية³ سمّتها الأساسية السرية لأنها تتم بعيدا عن أعين الآخرين وهو الأمر الذي يصعب من مهمة المضرور في الرجوع على المتبوع ومساءلته عن الأعمال الضارة التي يرتكبها

(1) المرجع نفسه، ص 400.

(2) قرار محكمة التمييز الأردنية، هيئة عامة، رقم 212/86 تاريخ 1986/5/8.

نقلا عن: القاضي طلال عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني -دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2003، ص 97.

(3) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 295.

تابعه أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها، لأن رابطة التبعية وإن كانت موجودة فعلا فإنه من الصعب إثباتها في بيئة رقمية تعطى فيها التعليمات عن بعد.

أما فيما يتعلق بقيام رابطة التبعية على أساس واقعي وليس قانوني إذ تكفي السلطة الفعلية في إصدار الأوامر والتوجيهات بغض النظر عن طبيعة العلاقة بين التابع ومتبوعه والتي قد لا تكون مشروعة أو تكون نتيجة لعقد باطل، فإن هذا الأمر يشكل نقطة إيجابية وتسهيلا للمضرور في الرجوع على المتبوع بدعوى التعويض عن المسؤولية الالكترونية لأن كثرة الجرائم الالكترونية وتنوع أشكالها وألوانها تدفع كبار المجرمين المعلوماتيين إلى استخدام مهندسين وفنيين عن طريق إبرام عقود معهم بمقتضاها يتولى هؤلاء الدخول إلى المواقع الرسمية للاستيلاء على ما تحتويه من بيانات وبرامج وزرع فيروسات مدمرة في البريد الالكتروني للمؤسسات وغيرها من صور الإجرام السيبراني.

ولا شك في أن العقود المبرمة بين المجرم المعلوماتي والفنيين الذين يتولون التنفيذ هي عقود باطلة لعدم مشروعية المحل باعتباره ثاني أركان العقد إذ يشترط فيه أن يكون مشروعاً وأن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب العامة¹، وعليه فإن بطلان هذه العقود لا يؤثر في صفة المجرم المعلوماتي كمتبوع ولا في صفة الفنيين الذين يستخدمهم كتابعين ما دام الأول يملك سلطة التوجيه والإشراف على الآخرين، الأمر الذي من شأنه التيسير من مهمة المتضرر في الرجوع مباشرة على المجرم المعلوماتي كمتبوع دون أن يكون لهذا الأخير أن يتنصل من مسؤوليته ببطلان العقد لعدم مشروعية المحل وهو أمر بديهي لأنه لا يمكن للشخص الاستفادة من سوء نيته أو من الأخطاء التي ارتكبها.

(1) تنص المادة 93 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة كان باطلاً بطلاناً مطلقاً".

كما أن الفقه لا يشترط الرقابة والتوجيه بالمفهوم الفني والتقني بل تكفي الرقابة والتوجيه بالمفهوم الإداري والتنظيمي لكي يعتبر المتبوع مسؤولاً عن أعمال تابعه الضارة، بمعنى أنه ليس ضرورياً أن يمارس المتبوع نفس نشاط التابع أو أن يكون على درجة عالية من الإلمام بذلك النشاط¹. غير أن عدم ضرورة وجود عقد صحيح بين التابع والمتبوع وإن كانت أمراً يخدم مصلحة المضرور إلا أن الإشكال في المعاملات الالكترونية يكمن في تعدد المتدخلين دون أن تربط بينهم علاقة تبعية، فالمؤلف للمعلومة أو المنتج شخص مستقل عن موردها وهذا الأخير كذلك مستقل عن مورد المنافذ أو عامل الاتصال أو مسؤول التخزين، ولو أنه كثيراً ما تتولى إحدى الشركات القيام بكامل مراحل العملية إلى غاية بث أو نشر المعلومة عبر الانترنت²، ففي هذه الحالة فإن المتضرر يمكنه رفع دعوى التعويض ضد الشركة على أساس الخطأ الشخصي القائم على الخطأ واجب الإثبات كما يمكنه مقاضاة الشركة باعتبارها متبوعاً عن كل من يتبعها من فنيين ومهندسين شاركوا في نشر المعلومة³.

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه للمسؤولية عن فعل الغير في مجال المعلوماتية نجد مسؤولية مالك الموقع الالكتروني عن الأضرار التي تلحق الغير من جراء المقالات التي يصدرها الموقع، فرييس التحرير ورغم كونه المشرف على الموقع والمراقب لكل ما ينشر إلا أنه يعتبر مجرد تابع للمالك نظراً لما لهذا الأخير من سلطة الإشراف والتوجيه ولكون العائدات المالية تدخل إلى ذمة المالك وليس رئيس التحرير، وبالتالي تكون علاقة التبعية ثابتة بين الشخصين ويتحمل المالك (المتبوع) المسؤولية المدنية عن أخطاء رئيس التحرير (التابع)⁴.

1) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, **DROIT CIVIL Les Obligations 2, -Le fait juridique-**, 12ème éd, Dalloz, France, 2007, p 189.

(2) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 296.

(3) المرجع نفسه، ص 296.

(4) أروى تقوى، المسؤولية المدنية للمواقع الالكترونية الإعلامية، مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية، كلية الحقوق، جامعة دمشق، العدد 1، المجلد 30، 2014، ص 453.

بـ عنصر ارتكاب الخطأ أثناء تأدية الخدمة أو بسببها:

يُعتبر التابع في حالة تأدية الوظيفة في الوقت الذي يباشر فيه الأعمال أو النشاطات المكلف بها في إطار وظيفته ويعتبر الفعل الضار الذي يأتيه التابع حاصلًا حال تأدية الوظيفة إذا وقع على وجه الخصوص في الزمان والمكان وبوسائل وفي إطار تنفيذ العمل المحدد من قبل المتبوع من جهة مع انصراف إرادة التابع إلى تحقيق مصلحة المتبوع من جهة أخرى¹، ويتحقق هذا الشرط يكون المتبوع مسؤولًا في مواجهة المضرور عن كافة الأفعال الضارة التي يرتكبها تابعه أثناء أدائه لمهامه، ويستوي في ذلك أن يكون المضرور قد وقع نتيجة تنفيذ أمر المتبوع أو بدون أمر منه، بعلمه أو بدون علمه، وسواء كان الدافع ذاتيًا شخصيًا أو لمصلحة المتبوع².

وعليه فإنه لا مجال لمساءلة الدولة مدنيا عن الأضرار التي يرتكبها أحد موظفيها وهو يقود سيارته الخاصة أثناء عطلة الأسبوعية، كما لا يسأل المستخدم عن فعل السرقة الذي يرتكبه أحد العمال في محل تاجر يتعامل معه باستمرار، أما إذا ألحق سائق القطار أضرارًا بالغير نتيجة زيادة في السرعة أو نتيجة لعدم توقفه في المحطة التي ينبغي التوقف فيها أو انطلاقه قبل تلقي الإشارة فإن مسؤولية شركة القطارات تقوم وتسأل عن الأضرار التي تسبب فيها السائق.

أما الخطأ بسبب الوظيفة المنصوص عليه في المادة 136 من القانون المدني الجزائري فهو الذي يرتكبه التابع خارج حدودها أي خارج النطاق الزماني والمكاني للوظيفة وذلك تجاوزًا منه لصلاحياته الوظيفية أو إساءة منه في استعمالها، ففي مثل هذه الحالة يسأل المتبوع عن أعمال تابعه بشرط وجود علاقة مباشرة بين الخطأ المرتكب من طرف التابع وبين الوظيفة بحيث لولاها لما ارتكب الخطأ³.

وعلى العكس من المشرع الجزائري ونظيره المصري اللذان نصا صراحة على مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في حالة ما إذا ارتكب هذا الأخير فعلا ضارا بمناسبة تأدية الوظيفة فإن المادة

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 154.

(2) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 401.

(3) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 405.

1242 فقرة 5 من القانون المدني الفرنسي لم تتضمن مثل هذا الحكم واكتفت بالأخطاء التي يرتكبها التابع أثناء تأدية وظيفته، وهو الأمر الذي أحدث خلافاً في القضاء الفرنسي بين الدائرة المدنية لمحكمة النقض التي رفضت اعتبار المتبوع مسؤولاً بمجرد أن الوظيفة قد سهلت من مهمة التابع في ارتكاب الخطأ بل اشترطت إضافة إلى ذلك أن يكون الفعل قد وقع منه ضمن نشاطه الموجه نحو تحقيق الهدف المرسوم له، في حين أن الدائرة الجنائية قد سلكت مسلكاً مخالفاً¹.

هذه الاختلافات بين الدوائر دفعت محكمة النقض الفرنسية إلى أن تجتمع بكافة دوائرها لتصل في النهاية إلى أن المتبوع ولكي يتخلص من مسؤوليته عن أعمال تابعه فإنه يجب عليه أن يثبت ثلاثة شروط وهي أن يثبت أن الفعل الصادر عن التابع غريب عن اختصاصاته، وأنه لم يأذن للتابع بارتكاب هذا الفعل كما يجب عليه أن يثبت انحراف وخروج التابع عن الاختصاصات المخولة إليه، وهو ما يعني أن وقت حدوث الضرر لم يكن التابع يستفيد من التسهيلات التي كفلها نشاط المتبوع².

أما في مجال المسؤولية محل الدراسة فيمكن القول أن ذات الصعوبات التي تطرقنا إليه عند دراسة شرط التبعية ستواجهنا في الشرط الحالي، ذلك أن الصعوبة في القواعد العامة كانت تنحصر فقط في حالة الخطأ بسبب الوظيفة دون حالاتي الخطأ أثناء الوظيفة أو الخطأ بمناسبتها، أما في مجال المعاملات الالكترونية فإن الصور الثلاثة السابقة كلها صعبة التحقق، إذ يصعب في كثير من الأحوال على الشخص المتضرر من خطأ إلكتروني ارتكبه التابع أن يثبت أن هذا الأخير قد ارتكبه أثناء تأدية الوظيفة، وذلك بسبب طبيعة الأعمال الالكترونية التي تتم عن بعد دون ضرورة تواجد التابع والمتبوع في مكان واحد³، لذلك وضع الفقه مجموعة من المفاهيم في شكل أسئلة يتحقق معها الشرط السالف الذكر وبالتبعية تقوم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه في حال ما إذا كانت الإجابة بـ "نعم" بغض النظر عن نوع المسؤولية تقليدية كانت أم الكترونية، هذه الأسئلة هي:

1) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, op cit , p 220.

2) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, op cit , p 220.

3) رجا عايد الخليلية، المرجع السابق، ص 300.

هل الوظيفة ساعدت التابع على ارتكاب الفعل أو ساهمت في ارتكابه؟ هل ثمة فائدة عادت على رب العمل أو كان من المفروض أن تعود عليه من جراء ارتكاب التابع لفعله؟ وهل يعتبر ارتكاب الفعل من التابع مألوفاً أم كان شاذاً ومن غير المتصور ارتكابه في السير الطبيعي للأمر؟ وهل الفعل ارتكب في أوقات العمل أو في مكان مخصص للعمل؟

الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع وإمكانية رجوعه على التابع

تعتبر مسألة تحديد الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه من النقاط التي اختلف حولها الفقه القانوني اختلافاً كبيراً نظراً لعدم استقرارهم على أساس معين، فمنهم من ذهب إلى أن الخطأ الشخصي واجب الإثبات هو مبرر قيام هذا النوع من المسؤولية، بينما ذهب فريق آخر إلى تأسيس هذه المسؤولية على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، في حين رأى جانب آخر من الفقه بالمسؤولية الموضوعية على أساس نظرية المخاطر أو تحمل التبعة.

وإلى جانب هذه المسألة الحساسة التي سنتطرق إليها في الفقرة الأولى من هذا الفرع، سنخصص الفقرة الثانية لمدى إمكانية رجوع المتبوع على تابعه لمطالبته بالتعويض عن المبالغ التي دفعها للمضروب.

أولاً- الأساس القانوني لمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه:

لتحديد الأساس القانوني لهذه المسؤولية فقد ظهرت عدة نظريات تندرج كلها تحت توجيهين رئيسيين الأول يعتبرها مسؤولية ذاتية بمعنى أنها تقوم على أساس مساءلة الشخص عن فعله الشخصي، بينما التوجه الثاني يجعلها مسؤولية عن فعل الغير تقوم كنتيجة لمحاسبة الشخص عن أخطاء لم يرتكبها هو بل ارتكبها غيره، وذلك على النحو التالي:

أ- الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس:

يرى أنصار هذه النظرية أن الخطأ هو أساس مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه، فهم يفترضون وقوع خطأ في الرقابة أو التوجيه أو خطأ في اختيار شخص التابع أو خطأ في كل الحالات السابقة، ويجعلون من هذا الخطأ قرينة قطعية لا تقبل دحضها بإثبات الدليل العكسي، فهو

خطأ مفترض افتراضاً لا يقبل إثبات العكس¹. غير أن هذا الرأي الذي تم اعتماده من طرف القضاء وبقي صامداً لمدة طويلة قد تعرض لانتقادين رئيسيين كانا كفيلين باستبعاده كأساس لمسؤولية المتبوع، وهما:

- افتراض الخطأ في جانب المتبوع افتراضاً غير قابل لإثبات العكس يمكنه من التخلص من المسؤولية المدنية بنفي علاقة السببية بين خطئه في الإشراف أو التوجيه أو الاختيار والضرر الذي لحق الضحية، وهو أمر غير مقبول بإجماع الفقهاء².
- يترتب على الأخذ بهذا الرأي استبعاد مسؤولية عديم التمييز لعدم إمكانية ارتكابه خطأ بسبب تخلف الركن المعنوي فيه (التمييز)، وهو ما يخالف توجه العديد من التشريعات التي أقرت مسؤولية عديم التمييز على أساس أنه وإن كان غير قادر على ارتكاب الخطأ فإنه قادر على إلحاق الضرر بالغير³.

(ب) - نظرية تحمل التبعة:

تأسيساً على القاعدة الشرعية القائلة بأن الغرم بالغرم فإن المتبوع يتحمل تبعه نشاطات تابعه، ومفاد هذه النظرية أن المتبوع ما دام يستفيد من نشاط التابع ويغتم منه فمن الواجب أيضاً أن يتحمل تبعه ذلك (الغرم).

غير أن هذا التوجه وإن كان يبرر عدم إمكانية تخلص المتبوع من المسؤولية بنفي الخطأ عن نفسه، كما يبرر إمكانية مساءلة عديم التمييز⁴ بصفته متبوعاً لا بصفته الشخصية، إلا أنه يتعارض مع فكرة تحمل التبعة التي تجعل المسؤول يتحمل كافة الأضرار التي ألحقها غيره حتى ولو لم يرتكب هذا الغير أي خطأ، في حين أنه من المتفق عليه أن مسؤولية المتبوع لا تقوم إلا في حالة

(1) أنظر كل من: عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 1177. - القاضي طلال عجاج، المرجع السابق، ص 88.

(2) أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص 225.

(3) نلاحظ أن المشرع الجزائري كان يعتد بمسؤولية عديم التمييز قبل تعديل القانون المدني سنة 2005 غير أنه بصدد القانون 10-05 فقد ألغيت الفقرة رقم 2 من المادة 125 ولم يعد يعتد بهذا النوع من المسؤولية.

(4) بالنسبة للتشريعات التي تقول بإمكانية مساءلة عديم التمييز.

ثبوت خطأ التابع، كما أن التسليم بحق المتبوع في الرجوع على تابعه تنافي فكرة تحمل التبعة التي تخول للمسؤول هذا الحق (الرجوع)¹. وإزاء هذه الانتقادات الموجهة لنظرية تحمل التبعة فقد بحث الفقه إمكانية تأسيس هذه الصورة من المسؤولية المدنية على أساس الضمان أو الكفالة.

(ج) - نظرية الضمان (الكفالة):

إن قوام هذه النظرية هو الحالة أو الوضعية الاقتصادية التي يتواجد فيها التابع، إذ أنه وبالنظر إلى الملاءة المالية المفترضة في المتبوع فإنه يتحمل المسؤولية ضمانا وكفالة لحالة الإعسار التي غالبا ما يكون فيها التابع، وذلك تفاديا للأذى الذي من شأنه أن يلحق المضرور من جراء هذه الحالة إذ سيبقى بدون تعويض². كما أن تأسيس مسؤولية المتبوع على نظرية الضمان أو الكفالة يجنبنا الانتقادات الموجهة لنظرية تحمل التبعة، لأنه (المتبوع) لا يمكنه التخلص من مسؤوليته لأن التزامه بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية³، كما لا يمكنه التحجج بانعدام التمييز لديه لأن مصدر المسؤولية في هذه الحالة هو القانون وليس الاتفاق وبالتالي لا يشترط التمييز⁴.

ثانيا - حق المتبوع في الرجوع على التابع: □

تنص المادة 137 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " للمتبوع حق الرجوع على تابعه في حالة ارتكابه خطأ جسيما".

باستقراء نص المادة سالف الذكر والتي خضعت لتعديل جزئي بموجب القانون 05-10 نلاحظ أن المشرع الجزائري قد غير موقفه من مسألة رجوع المتبوع على التابع مقارنة بالنص الأصلي الوارد بموجب الأمر 58-75، إذ ورغم محافظته على المبدأ من خلال تمكينه المتبوع من الرجوع على

(1) محمود عبد الرحمان محمد، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول مصادر الالتزام -، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، 2007، ص 403.

(2) محمد الشيخ عمر دفع الله، مسؤولية المتبوع -دراسة مقارنة-، 1970، ص 79. نقلا عن: القاضي طلال عجاج، المرجع السابق، ص 92.

(3) قرار صادر عن محكمة النقض المصرية بتاريخ 2019/06/10. متاح على موقع:

https://www.cc.gov.eg/judgments. تاريخ الاطلاع: 2019/09/10.

(4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 1186.

تابعه ومطالبته بدفع مبالغ التعويض المسددة للمضرور إلا أنه قيده بضرورة أن يكون خطأ التابع جسيماً أي أن يكون الانحراف قد تجاوز القدر المألوف الذي يصدر عن الرجل العادي عادة، وبمفهوم المخالفة فإن مجرد ارتكاب التابع لخطأ يسير يقيم مسؤولية المتبوع دون أن يكون له حق الرجوع على تابعه.

وقد ثمن جانب من الفقه هذا التوجه الجديد للمشرع الجزائري إذ يعتبر بمثابة موقف متوازن يضمن حقوق كافة الأطراف من المضرور إلى التابع فالمتبوع، وفي هذا الصدد يقول الأستاذ القدير علي فيلاي "...لقد كان حق الرجوع الذي يتمتع به المتبوع في ظل النص القديم يتنافى والعدالة، إذ يعمل التابع لحساب المتبوع وتحت توجيهه ورقابته ولا شأن له بتنظيم وتسيير النشاط الذي يمارسه، ولا يستطيع أن يحتاط لبعض الأخطار ومع هذا يسأل حتى أن أخطائه اليسيرة، ونتيجة لذلك لا يتحمل المتبوع تعويض الأضرار التي لحقت بالغير..."¹.

وإذا كان الموقف الجديد للمشرع الجزائري يتسم بالتوازن لما فيه من مراعاة لمصالح كافة الأطراف في إطار المسؤولية المدنية التقليدية، فإنه مسلك إيجابي أيضاً وملئم للتطبيق على المسؤولية المدنية مجال المعاملات الالكترونية، ذلك أن طبيعة هذه المعاملات ونوعية المهام ذات الطابع التقني المعقد التي يقوم بها التابع ترجح فرضية وقوعه في الأخطاء اليسيرة التي تؤدي إلى أضرار جسيمة، إذ إنه لو بقي نص المادة 137 من القانون المدني الجزائري على حالته الأصلية دون تعديل فإن التابع سيجد نفسه مطالباً بتسديد مبالغ مالية ضخمة كتعويض بسبب ارتكابه لخطأ بسيط يرتكبه أي شخص آخر لو وضع في نفس الظروف، علماً وأنه ما قام بهذا النشاط إلا لمصلحة المتبوع وبناء على أوامره وتوجيهاته، أما في ظل النص الحالي فإن المتبوع يتحمل مسؤولية الأخطاء البسيطة التي يرتكبها تابعه دون أن يكون له الحق في الرجوع عليه.

المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية لوسطاء الانترنت

تتميز المعلومات والبيانات والمنشورات التي تظهر عبر شبكة الانترنت بخاصية هامة وهي أنه وقبل وصولها لمستخدم الشبكة فإنها تمر بعدة مراحل، الأمر الذي يستلزم تدخل عدة أشخاص

(1) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 167.

لإتمام المعاملة الالكترونية أيا كان نوعها، هؤلاء الأشخاص يلعبون دور الوساطة الالكترونية لذلك يطلق عليهم اسم مقدمي الخدمات الوسيطة أو وسطاء الانترنت.

ويتميز دور أغلبية هؤلاء الوسطاء في عملية تداول المعلومة والتعاطي معها الكترونيا أنه لا يتجاوز الدور الفني المتمثل في المساعدة المادية لتمكين المستخدم من الولوج إلى الشبكة واستخدام مختلف تطبيقاتها، غير أن هذا لا يعني عدم أهمية الدور الذي يلعبه مقدمو هذه الخدمات بل على العكس من ذلك يعتبر أمرا مهما وأساسيا عندما يريد القاضي إسناد المسؤولية لهؤلاء أو نفيها عنهم¹.

ولدراسة مسؤولية وسطاء الانترنت ومعرفة مدى انسجامها مع قواعد المسؤولية عن فعل الغير سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الأول لمفهوم وسطاء الانترنت، في حين يتناول الفرع الثاني ملامح مسؤولية الوسطاء وحالات ثوت وانتفاء المسؤولية عنهم.

الفرع الأول: مفهوم وسطاء الأنترنت

إذا كانت الشبكة العنكبوتية كما يسميها البعض من أكثر المنابر كفالة لحرية التعبير وتبادل الآراء بين الأشخاص مهما كانت جنسياتهم وأيديولوجياتهم وأماكن تواجدهم، فإن ذلك لا يعني عدم خضوع مستخدمي هذه الشبكة لأحكام القانون أو استبعاد تطبيقه عليهم².

والحقيقة أن حصول الجمهور على المعلومات والتفاعل معها عبر الشبكة عن طريق البث أو النشر أو التعليق يستدعي الاستعانة بخدمات القائمين عليها من مورد الدخول إلى متعهد الإيواء إلى مورد المعلومة، كل هؤلاء عرفتهم المادة 14 من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة

(1) عبد المهدي كاظم ناصر، المسؤولية المدنية لوسطاء الأنترنت، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، الكويت، العدد 2، المجلد 2، سنة 2009، ص 226.

(2) أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الإنترنت – دراسة تحليلية مقارنة -، مجلة المنارة، جامعة آل البيت، العدد 9، المجلد 13، سنة 2007، ص 323.

الالكترونية¹ وكذا المادة 6-1/2 من القانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي² بأنهم "الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون الذين يتولون، ولو بالمجان تخزين البيانات والسجلات المعلوماتية لعملائهم، ويضعون تحت تصرفهم الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من الوصول إلى هذا المخزون الالكتروني على مدار الساعة"³. وعليه سنتناول بالتعريف والشرح أهم الوسطاء المتدخلون في مجال المعاملات الالكترونية، وهم:

أولا - مورد الدخول (متعهد الدخول):

يطلق على مورد الدخول تسميات عديدة منها متعهد الوصول، مورد المنافذ، مورد الدخول، مزود الدخول، مقدم خدمة الدخول وغيرها من التسميات، والذي قد يكون شخصا من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص أو جمعية أو شركة تجارية⁴، مع العلم أن دور هذا المتعهد يقتصر على تمكين الزبائن والعملاء من الاتصال بشبكة الأنترنت وذلك من خلال إبرام عقد يسمى عقد الاشتراك في الشبكة⁵، والذي يعتبر من العقود التبادلية أو الملزمة لجانبين حيث يلتزم العميل أو

1) Directive n° 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", JOCE, n° L178, 17 juillet 2000, P 1.

2) Loi n° 2004/575 du 21 juin 2004 sur la Confiance dans l'économie numérique, JO, 22 juin 2004, p.11168.

3) L'article 14 Directive n° 2000/31/CE ainsi que L'article 6-1/2 du LCEN disposent que: «Les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services».

4) فاطمة الزهرة عكو، المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الأنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2016، ص 26.

5) يطلق على عقد الاشتراك في الأنترنت عدة تسميات منها عقد الدخول إلى الأنترنت، عقد النفاذ إلى شبكة الأنترنت، عقد استخدام الشبكة ويسمى أيضا عقد الاتصال بالشبكة والذي يعرف بأنه "عقد يبرم بين مزود خدمة الأنترنت والمشارك في هذه الخدمة فيلتزم الأول بخدمة الأنترنت وذلك بتحقيق الاتصال بين الحاسوب الالكتروني والشبكة المعلوماتية، وكذلك توفير كل ما من شأنه من الوسائل لتحقيق هذا الترابط كي يتمكن من الانتفاع بالشبكة بأقصى قدر ممكن، كل ذلك مقابل أجر يتعهده به المشترك طيلة مدة العقد".

أنظر: محمد عبد الرزاق محمد عباس، النظام القانوني لعقد الاشتراك في خدمة الأنترنت، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2016، ص 45.

المشترك في الشبكة بتسديد مبلغ مالي معين مقابل الانتفاع بخدمة الانترنت، بينما يلتزم مورد الخدمة (شركة الاتصالات) بتمكين المستخدم من الولوج والدخول إلى الشبكة عن طريق توفير مختلف الإمكانيات المادية والتقنية التي تحقق هذا الغرض، ومن بين هذه الوسائل المودم MODEM وهو عبارة عن آلة تسمح بنقل المعطيات الرقمية التي يتضمنها الحاسوب إلى قوة دفع كهربائية فهو بمثابة " حلقة الوصل بين الحاسوب وشبكة الهاتف ويقوم بتحويل الإشارات الهاتفية من النمط المتصل التناظري Analogique إلى إشارات متقطعة رقمية يفهمها الحاسوب والعكس بالعكس¹.

وقد تناول المشرع الجزائري تنظيم خدمة الوصول إلى الانترنت من خلال نص المادة الأولى من القانون 04/09 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها²، حيث حددت المادة المذكورة مقدمي الخدمات بأنهم " أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الاتصال بواسطة منظومة معلوماتية أو نظام للاتصالات"، ومن أمثلة مقدمي خدمة الوصول في الجزائر DJAWEB و FAWRI في القطاع العام، إضافة إلى ASSILA و EEPAD في القطاع الخاص³.

علما وأن التزام متعهد الوصول تجاه العميل أو المشترك هو التزام بتحقيق نتيجة لا مجرد التزام ببذل عناية، حيث تقوم المسؤولية العقدية لشركة الاتصالات بمجرد تعذر اتصال المستخدم بالشبكة أو في حال ما إذا كانت عملية الاتصال بطيئة ولا تحقق الغرض الذي من أجله أبرم عقد الاشتراك والتمكن من استغلال الانترنت على الوجه الأمثل من خلال الانتفاع بمجمل الخدمات التي توفرها.

(1) علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية: محاولة لضبط مميزات المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، مركز النشر الجامعي، تونس، 2005، ص 75.

(2) القانون 04/09 المؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47، سنة 2009.

(3) فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، ص 26.

ثانيا - متعهد الإيواء:

إذا كان دور مورد الخدمة يقتصر على مجرد تمكين العميل أو الزبون من الارتباط بشبكة الانترنت، فإن دور متعهد الإيواء يتمثل كقاعدة عامة في المساعدة الفنية التي يقدمها لأصحاب المواقع الالكترونية للاتصال بمواقعهم من خلال تخزين التطبيقات والسجلات المعلوماتية، والتي تضع هؤلاء المالكين للمواقع الالكترونية في وضعية تمكنهم من عرض وبث مختلف المحتويات¹.

وقد تناول المشرع الجزائري متعهد الإيواء في نص المادة 2 فقرة 2 من القانون 04-09 سالف الذكر دون أن يذكره صراحة حيث عرفه من خلال الدور الذي يقوم به بأنه " أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الاتصال المذكورة أو لمستعملها".

أما عن التعريفات التي قدمها الفقه فإنه ورغم اختلافها من ناحية الصياغة الفنية إلا أنها اشتركت في المقصد حيث ركزت في تعريفها لمتعهد الإيواء على طبيعة الدور الفني الذي يقوم به، وقد اخترنا من بين هذه التعاريف تعريف الأستاذ علي كحلون نظرا لعموميته وذكره لأهم ما يمكن أن يقوم به متعهد الإيواء حيث عرف هذا الأخير بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتخزين صفحات الويب والمواقع الالكترونية عبر أنظمتها المعلوماتية بمقابل أو بالمجان، على أن يلتزم بقواعد السلامة والربط الكفيلة بحماية شبكة الانترنت وضمان استمرارية النفاذ إلى هذه الصفحات والمواقع"².

و تتحقق خدمة إيواء المواقع الالكترونية بموجب عقد يسمى عقد الإيواء³، وهو من العقود الالكترونية حديثة النشأة، والذي بموجبه يتم توفير وإتاحة جميع الوسائل التقنية والمعلوماتية

(1) عادل بوزيدة، المسؤولية الجزائية لمتعهد إيواء المواقع الالكترونية عن المحتوى المعلوماتي المجرم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار تليجي الأغواط، العدد 11، سبتمبر 2016، ص 146.

(2) علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية: محاولة لضبط مميزات المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، المرجع السابق، ص 202.

(3) " يتمثل موضوع عقد الإيواء في التزام مقدم خدمة الانترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستخدامها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه ويحدث ذلك من خلال إتاحة انتفاع شخص بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية، كتخصيص مساحة قرص صلب أو شريط مرور أو مكنة التعامل مع الجهاز. يستقبل مقدم

بمقابل أو بالمجان تحت تصرف العملاء من أجل تمكين الجمهور من الحصول على هذه الخدمة من خلال تخزين البيانات والمعلومات على حاسباته الآلية المرتبطة بشبكة الانترنت لتسهيل اطلاع الجمهور على ما تتضمنه من معلومات¹، هذا العقد يلعب دورا هاما وجوهريا في التعرف على شخصية طالب خدمة الإيواء وبإحاطته علما بكيفيات وشروط استعمالها، وبإخطاره بحدود التعامل وتبيان السلوكيات الالكترونية المشروعة وغير المشروعة²، وغيرها من الأمور التي قد تشكل أخطاء تقوم معها المسؤولية المدنية وأو الجزائية لمستخدم الانترنت أو حتى لمتعهد الإيواء.

ثالثا. ناقل المعلومات:

يقصد به كل شخص طبيعي أو معنوي يدير شبكة اتصالات - سلكية أو لا سلكية - عن بعد ويسمح للمستخدم بالاتصال عبر شبكاته إلى النظام المعلوماتي³، وهو بذلك يلعب دورا فنيا يتمثل في العمل على توفير البنية التحتية اللازمة لنقل المعلومات من خلال الربط بين النظام المعلوماتي ومستخدم الانترنت، فدور ناقل المعلومات ينحصر في تأمين الربط بين المعلومة والوحدات المختلفة، ومن ثمة فالأصل هو عدم اطلاعه على المعلومات التي تعبر الشبكة بواسطته⁴، مع الإشارة إلى أن شركة اتصالات الجزائر هي التي تتولى عملية الربط الداخلي بشبكة الانترنت.

وتتم عملية نقل المعلومات من خلال إبرام عقد النقل لتقديم خدمة النقل بواسطة شخص يسمى ناقل المعلومات، وبهذا الوصف يمكن تشبيه هذا الأخير بساعي البريد لأن كلا منهما ينحصر دوره في نقل المعلومات أو الوثائق من المرسل إلى المرسل إليه، وهو الأمر الذي يميزه عن غيره من أشخاص الانترنت مثل متعهد الإيواء ومورد المعلومات لأنه لا يتولى عملية التخزين المباشر

الخدمة المعلومات أو الرسائل الخاصة بالمستخدم ويتيح لها فرصة الدخول على الشبكة ويضمن للمستخدم تيسير استخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته".

أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 27.

1) Vivant Michel, *Les contractas de commerce électronique*, Litec, Paris, France, 1999, p 31.

2) حسن البنا عبد الله عياد، المسؤولية المدنية والجنائية لمقدمي بعض خدمات الانترنت، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2015، ص 120.

3) عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 25.

4) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 197.

والدائم للمادة المعلوماتية ولا يقوم بجمعها وتأليفها وبالتالي فهو لا يتمتع بأي سلطة تجاه المعلومة، وإنما ينصب جل عمله على مجرد نقلها ماديا من وحدة إلى أخرى، دون أن يكلف بمراقبتها أو الاطلاع على مضمونها¹.

رابعاً- مورد المضمون:

وهو ذلك الشخص الذي يقوم بتحميل الجهاز أو النظام بالمعلومات²، بغرض وضعها تحت تصرف الجمهور³ سواء كان هذا المورد منتجا للمعلومة أو جامعا أو مؤلفا لها⁴، أو كان مجرد صاحب حق في إعادة بث أو عرض أو نشر تلك المعلومات على الشبكة، ويستوي في ذلك أن يكون المورد شخصا عاديا أو أن يكون مهنيا أي أنه يمتن ويحترف مثل ذلك النشاط.

وتجدر الإشارة إلى أن المستخدم النهائي لشبكة الانترنت يتعامل مع المعلومات المنشورة من طرف مورد المضمون إما للاستفادة منها شخصيا، أو لإعادة عرضها على الشبكة وهو بذلك يلعب دور مستهلك المعلومة كما يمكنه أن يلعب دور المورد لها⁵.

الفرع الثاني : ملامح مسؤولية وسطاء الانترنت □

من البديهي أن تقوم المسؤولية التقصيرية لكل من مورد المضمون الالكتروني غير المشروع وكذلك مستخدم الانترنت على أساس الخطأ واجب الإثبات، ذلك أن المعلومات المعروضة عبر الشبكة متى شكلت انحرافا عن السلوك المألوف لمورد المعلومات العادي وصدرت من طرفه عن وعي وإدراك بعدم مشروعيتها وكانت سببا في إلحاق ضرر بالآخرين، فإنها كفيلة بقيام مسؤوليته التقصيرية بشرط إثبات العناصر السابقة من طرف المتضرر وفقا لقواعد الإثبات المعروفة.

(1) أحمد قاسم فرح، المرجع السابق، ص 329.

(2) محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 199.

(3) أودين سلوم الحايك، مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009، ص 36.

(4) لمزيد من التفصيل حول مفهوم منتج المعلومة وجامعها ومؤلفها أرجع: فاطمة الزهرة عكو، المرجع السابق، هامش ص 28.

(5) أودين سلوم الحايك، المرجع نفسه، ص 36.

أما إذا أردنا البحث في المسؤولية التقصيرية لباقي المتدخلين في المعاملة الالكترونية من مورد المعلومات مروراً بمتعهد الإيواء وصولاً إلى ناقل المعلومات، فإننا لن نجد ذات السهولة في إسناد المسؤولية إلى أحدهم مقارنة بالسهولة التي وجدناها في إقامة مسؤولية مورد المضمون، ذلك أن دورهم كقاعدة عامة دور فني مساعد فقط على نشر المضامين الالكترونية غير المشروعة الصادرة عن موردها.

وعلى فرض ثبوت مسؤولية الوسطاء المذكورين سابقاً، فهل يسألون مسؤولية شخصية وبالتالي يقع على المتضرر إثبات عناصرها كما هو الشأن بالنسبة لمسؤولية مورد المضمون، أم أنهم يسألون عن فعل غيرهم باعتبارهم متبوعين للشخص المتسبب في الأضرار الالكترونية.

أولاً- مسؤولية مزود خدمة الدخول:

تعرضت العديد من التشريعات لموضوع المسؤولية المدنية لوسطاء الانترنت وعلى رأسهم مورد الدخول باعتباره أول متدخل في المعاملة الالكترونية، إذ نجد أن المشرع الأوروبي قد تناول هذه المسؤولية في التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الالكترونية الصادر بتاريخ 08 جوان 2000¹ من خلال الفصل الرابع منه (المواد من 12 إلى 15)، حيث قضت نصوص تلك المواد بعدم التزام الوسطاء الفنيين بمراقبة مشروعية المضمون الالكتروني من المعلومات والإعلانات التي تبث عبر مختلف المواقع، غير أن ذات النصوص فرضت على مقدمي الخدمات الوسيطة ضرورة التصرف العقلاني والمناسب لمنع عرض كل مضمون الكتروني غير مشروع.

وفي هذا الإطار نجد نص المادة 12 فقرة 1 من التوجيه الأوروبي سالف الذكر تعفي مزودي

الخدمات الوسيطة من كل مسؤولية مدنية متى توافرت الشروط التالية:

- أن لا يكون مقدم الخدمة الوسيطة هو مصدر الضرر،

- أن لا يكون قد اختار المرسل إليه الذي ينقل إليه المعلومات،

1) 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 dite « directive sur le commerce électronique » J.O.C.E No L 178 du 17/07/2000 p.0001-0016.

- أن لا يكون قد اختار المعلومات التي يقوم بنقلها أو التعديل فيها.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فإنها تنص على إن عمل مزود الخدمة يتضمن تخزين مؤقت للمعلومات التي يقوم بنقلها بيد أن هذا التخزين المؤقت لا يجعله مسؤولاً ولا يجعل عمله يرقى إلى عمل متعهد الإيواء ومن ثم لا يمكن مساءلته، وتجيز الفقرة الثالثة من هذا التوجيه للدول الأعضاء أن تنص في قوانينها الداخلية على التزام مزود الخدمة بأن يوقف الخدمة ويستبعد المحتوى غير المشروع للموقع¹.

و عليه يمكن القول أن موقف المشرع الأوروبي كان واضحاً في عدم مسؤولية مورد الخدمة، على أساس أن دوره فني أو تقني يتمثل في تمكين العميل من الاتصال بالشبكة، وبالتالي فهو لا يملك مكنة الاطلاع على محتوى الرسائل التي تمر من خلاله لأنه ليس منتجاً ولا مورداً لها ، فليس له مثلاً أن يطلع على المعلومات والبيانات التي تمر عبر وسائله كالبريد الإلكتروني أو المحادثات التي تتم بين الأفراد عبر وسائل التواصل الاجتماعي مثل فايبر وفايسبوك، أضف إلى ذلك أن مثل هذه المحادثات والمراسلات تتسم بطابع السرية الأمر الذي يجعل من الاطلاع عليها مخالفاً للقانون ومجرماً في كثير من الأحيان إلا في بعض الحالات الاستثنائية، كما أن كثرة المشتركين وبالتبعية كثرة التواصل بينهم عن طريق الرسائل الالكترونية المكتوبة والصوتية يجعل من مسألة مراقبة مشروعيتها مسألة بالغة الصعوبة².

وتجدر الإشارة إلى أن القضاء الفرنسي كان يسير في هذا التوجه حتى قبل صدور التوجيه الأوروبي، إذ نجد محكمة باريس الابتدائية في شهر أكتوبر 1999 في قضية تعرف بقضية " EDV "

1) L'article 12 al 2 et al 3 du L.E.C.E 200/31 dispose que « 2. Les activités de transmission et de fourniture d'accès visées au paragraphe 1, englobent le stockage automatique, intermédiaire et transitoire des informations transmises, pour autant que se stockage serve exclusivement à l'exécution de la transmission sur le réseau de communication et que sa durée n'excède pas le temps raisonnablement nécessaire à la transmission.

3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des états membres, d'exiger des prestataires qu'il mette un terme à une violation ou qu'ils préviennent une violation ».

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 185.

قد ذهبت إلى أن مزود الخدمة ليس مسؤولاً عن طبيعة ومشروعية المعلومات التي ينقلها إلى المستخدمين على أساس أن عمله قاصر على مجرد نقل المعلومات، وعليه حكمت المحكمة بانعدام المسؤولية المدنية للشركتين المزودتين للخدمة¹.

غير أن المشرع الأوروبي وإن جعل من مسألة انعدام مسؤولية مورد الخدمة بمثابة قاعدة عامة نظراً للحجج والمبررات التي سقناها سلفاً، فإنه لم يترك هذه القاعدة على إطلاقها، بل أدخل عليها بعض الاستثناءات حينما أجاز مساءلة مزود الخدمات مدنياً في بعض الحالات ومنها حالة مجاوزته للدور الفني المتمثل في تقديم خدمة الاتصال بالشبكة إلى دور منتج المعلومة أو موردها، لأنه كثيراً ما يقع أن يكون مزود الخدمة هو نفسه مالك أو صاحب الموقع الإلكتروني الذي يقوم بنشر الأخبار الكاذبة والمضللة أو التي تشتمل على اعتداءات على الحياة الخاصة للأفراد، ففي هذه الحالة نجد أن مورد الخدمة لم يقتصر دوره على مجرد تمكين العملاء من الاتصال بالإنترنت بل تعداه إلى إنتاج المعلومة وتوريدها، وبالتالي تقوم مسؤوليته التقصيرية أو العقدية بحسب الأحوال في مواجهة كل من تضرر من الأخبار المبتوثة لا باعتباره مزود خدمات بل باعتباره منتجا أو مورداً لها، علماً وأن الأساس القانوني لمسؤوليته في هذه الحالة هو الخطأ الواجب الإثبات أي أنها مسؤولية عن الفعل الشخصي وليست مسؤولية عن فعل الغير.

بيد أنه يمكن أن تقوم المسؤولية التقصيرية لمورد الخدمة لا باعتباره منتجا أو مورداً للمعلومة، بل بصفته مورداً لخدمة الدخول إلى الشبكة أي أنه قام فقط بالدور الفني المنوط به والمتمثل في تمكين العميل من الاتصال بالشبكة، وذلك متى اجتمعت من الشروط التالية²:

(1) "تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركة EDV قامت بنشر مقالة بعنوان "المشروعات الصغيرة كيف تختار نظامها المالي" دون موافقة المؤلف، ولغرض نشر المقالة المذكورة استعانت مؤسسة EDV بشركتين تعملان في مجال التوريد بخدمة الإنترنت. وبعد علم مؤلف المقالة بنشرها دون إذنه قام برفع دعوى قضائية ضد شركة EDV باعتبارها صاحبة الموقع وكذا الشركتين المزودتين بالخدمة. وقد قضت المحكمة بعدم مسؤوليتهما".

ذكره: شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 148.

(2) يعتبر المشرع البحريني من أفضل التشريعات التي نظمت مسؤولية مقدم خدمة الدخول نظراً للتفصيل الذي جاءت به المادة 19 من قانون التجارة الالكترونية لسنة 2000 والتي جاءت صياغتها على النحو التالي: "تنتفي مسؤولية وسيط الشبكة

- علم أو افتراض علم مورد خدمة الدخول بعدم مشروعية المادة المعلوماتية غير المشروعة، أو في حالة ما إذا كانت عدم المشروعية صارخة لا سيما إذا اتسم سلوك منتج المعلومة أو موردها بالصفة الجرمية دون أن يتخذ مورد خدمة الدخول أي موقف لوقف عملية النشر الالكتروني، ففي هذه الحالة تقوم مسؤوليته التقصيرية على مدى علمه بالمعلومة غير المشروعة وإمكانية مراقبتها والسيطرة عليها¹.

عدم قيام مورد خدمة الدخول بإبلاغ الجهات المختصة بالأفعال غير المشروعة التي تتم عبر أدواته الفنية²، ذلك أنه وإن لم يكن ملزماً من الناحية القانونية بمراقبة مشروعية المضمون من سجلات الكترونية تخص الغير، فإنه وبمجرد علمه بالمخالفة فإنه يلتزم بتبليغ الجهات الأمنية بذلك إضافة إلى التزامه بإزالة أي نظام معلوماتي يقع تحت سيطرته مع وقف توفير إمكانية الدخول إلى تلك المعلومات³.

وبالتالي يمكن القول إن الطبيعة الفنية للدور الذي يلعبه مزود الخدمة لا تعفيه من بذل جهد معقول يحول بموجبه دون نشر ما من شأنه المساس بالآخرين مثل الإعلانات العنصرية أو

مدنيا وجنائيا عن أية معلومات واردة في شكل سجلات الكترونية تخص الغير إذا لم يكن هو مصدر هذه المعلومات أو اقتصر دوره على مجرد توفير إمكانية الدخول إليها، وذلك إذا كانت المسؤولية قائمة على:

- إفشاء أو نشر أو بث أو توزيع هذه المعلومات أو أية بيانات تتضمنها.
- التعدي على أي حق من الحقوق الخاصة بتلك المعلومات.

1) La directive européenne 2000/31 sur le commerce électronique dans son 46ème paragraphe édicte que "Afin de bénéficier d'une limitation de responsabilité, le prestataire d'un service de la société de l'information consistant dans le stockage d'informations doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible. Il y a lieu de procéder à leur retrait ou de rendre leur accès impossible dans le respect du principe de la liberté d'expression et des procédures établies à cet effet au niveau national. La présente directive n'affecte pas la possibilité qu'ont les États membres de définir des exigences spécifiques auxquelles il doit être satisfait promptement avant de retirer des informations ou d'en rendre l'accès impossible. »

2) تنص المادة 6 من قانون المعاملات الالكترونية لسلطنة عمان على ما يلي: " يلتزم كل من وسيط الشبكة ومقدم خدمات التصديق بأن يوفر على نفقته الخاصة جميع المقومات الفنية من أجهزة ومعدات ونظم وبرامج تتيح للجهات الأمنية إمكانية الدخول إلى أنظمتها تحقيقا لمتطلبات الأمن الوطني.....".

3) عبد المهدي كاظم الناصر، المرجع السابق، ص 239.

التحريضية، فالكلمة الكبيرة من المعلومات التي تتدفق عبر الشبكة وإن كان مبررا لعدم مساءلة مزود الخدمة عن كافة الأضرار التي تلحق الغير فإنها في نفس الوقت لا تمنحه حصانة من وجوب التثبت من محتوى الموقع، فيعتبر مخطئا وتقوم مسؤوليته إثر ذلك متى أخل بواجب الحرص المعقول¹.

ثانيا- مسؤولية متعهد الإيواء:

بالنسبة لمسؤولية متعهد الإيواء كثاني متدخل في عملية النشر والبت الالكتروني فإننا نجد المشرع الجزائري لم يتعرض لها تماما، الأمر الذي يجعلها خاضعة للقواعد العامة وذلك على عكس باقي التشريعات المقارنة والتي جاءت مواقفها متباينة من هذه المسؤولية، إذ نجد المشرع السوري كما يرى البعض² مثلا سار في اتجاه إعفاء متعهد الإيواء أو مقدم خدمات الاستضافة من المسؤولية المدنية، وذلك بموجب المادة 4 فقرة ب من قانون تنظيم التواصل على الشبكة ومكافحة الجريمة المعلوماتية إذ نصت على ما يلي: "مقدم خدمات الاستضافة على الشبكة غير مسؤول عن مراقبة المحتوى المخزن لديه"، فهذا النص جاء بصيغة الإطلاق دون أن يضع أي استثناء من شأنه أن يقيم مسؤولية متعهد الإيواء، ومفاد ذلك أن المشرع السوري قد أنكر مسؤولية هذا الأخير في كل الحالات³.

غير أن القول بانتفاء المسؤولية المدنية لمتعهدي الإيواء بصفة مطلقة استنادا إلى نص المادة 4 سالف الذكر فيه نوع من المبالغة وعدم الدقة، لأنه وإن كان القانون لا يلزم متعهد الإيواء بمراقبة ما هو مخزن لديه من محتويات فإن الاتفاق قد يلزمه بذلك فتقوم مسؤوليته العقدية عن كل إخلال بهذا الالتزام الذي يجد مصدره في عقد الإيواء المعلوماتي، هذا إضافة إلى صعوبة تحديد مرتكب الفعل غير المشروع بسبب طبيعة شبكة الانترنت وسهولة استعمال أسماء مستعارة أو تقديم بيانات مغلوطة، وهو الأمر الذي لا يترك أي خيار للمتضرر من المعلومات المنشورة إلا رفع

(1) سامي الجري، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، الطبعة الأولى، مطبعة التشفير الفني، صفاقس، تونس، 2011، ص 128.

(2) أنظر: نواف عواد بني عطية، مسؤولية متعهد الإيواء على الانترنت - في التشريع والقضاء -، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، العدد 4، المجلد 9، 2017، ص 18.

(3) نواف عواد بني عطية، المرجع السابق، ص 18.

دعوى التعويض ضد متعهد الإيواء على أساس المسؤولية التقصيرية نظرا لعدم وجود عقد يربط بينهما.

كما أن نص المادة يناقش ويناقض مبدأ حسن النية الذي يقتضي عدم المساهمة أو المشاركة أو التواطؤ في كل ما من شأنه الإضرار بالآخرين، وبالتالي فمتعهد الإيواء ورغم عدم التزامه القانوني بمراقبة المضمون غير المشروع إلا أنه قد يعلم بطريقة أو بأخرى بعدم مشروعية المحتوى، الأمر الذي يجعل من سكوته وعدم اعتراضه على إذاعة ونشر ذلك المحتوى مخالفا لمقتضيات حسن النية، وهو ما قد يترتب عنه قيام المسؤولية المدنية لمتعهد الإيواء عن اتخاذ هذا الموقف السلبي.

أما موقف المشرع الأوروبي فقد كان أكثر دقة وتنظيما عند تناوله لمسؤولية متعهد الإيواء بموجب المادة 14 من التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الالكترونية¹، إذ جعل الأصل هو انعدام مسؤولية المتعهد نظرا لعدم وجود التزام عام برقابة المعلومات التي يتم نقلها أو تخزينها لديه، وكذا عدم التزامه بالبحث والتحري عن الأفعال والظروف التي من شأنها الدلالة على وجود مضمون الكتروني غير مشروع، بينما نجد المشرع الأوروبي قد اعترف بمسؤولية متعهد الإيواء التقصيرية عن المعلومات والمنشورات غير المشروعة والضارة بالآخرين في حالة ما إذا ثبت علمه بالمضمون غير المشروع للمعلومات التي ينقلها عبر أجهزته التقنية، أو أن يكون النشاط غير

1) L'article 14 du C.E 2000/31 dispose que : « Hébergement »

1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que:

a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente Ou

b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.

المشروع ظاهراً¹ وبارزاً، وأن يكون لديه الوسائل والتقنيات الفنية التي تمكنه من التحكم في المعلومات التي يبثها عبر تقنياته، ووقف بث المعلومات غير المشروعة فور علمه بصفتها غير المشروعة.

وعليه يمكن القول إن مسؤولية متعهد الإيواء عن الأضرار اللاحقة بالغير من جراء المضمون الالكتروني غير المشروع الصادر من طرف منتج المعلومة أو موردها إنما هي مسؤولية استثنائية لا تقوم إلا إذا اجتمعت جميع شروطها السالف ذكرها، وذلك تحت طائلة انعدام تلك المسؤولية وانتفاءها، لأنها تشكل استثناء والاستثناء مقيد بشروط معينة متى تخلف أحدها وجب الرجوع إلى الأصل تطبيقاً لقاعدة أن الأصل في الإنسان براءة الذمة.

ثالثاً - مسؤولية مورد المعلومات:

يعرف مورد المعلومة أو المضمون بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتحميل الجهاز أو النظام بالمعلومات بغرض وضعها تحت تصرف الجمهور سواء كان هذا المورد منتجاً للمعلومة أو جامعاً أو مؤلفاً لها" وبذلك فهو بمثابة القلب النابض لبث الحياة في شبكة الانترنت لأنه يلعب دور الوسيط بين مؤلف مضمون الموقع ومستخدمي الانترنت الذين يرغبون في الاطلاع على محتوياته، فهو إذن يقوم باختيار وتجميع وتوريد المادة المعلوماتية حتى يتمكن الجمهور من الاتصال بها عبر الشبكة².

وعليه يمكن القول إن مورد المعلومة لا يلعب دوراً فنياً مساعداً كما هو الشأن بالنسبة لكل من مورد خدمة الدخول وكذا متعهد الإيواء، بل إنه يعتبر محور التعامل الالكتروني في كافة المنشورات والمعلومات التي تبث عبر الشبكة والتي من شأنها إلحاق الضرر بالآخرين، فهو الذي يقع على عاتقه عبئ إنشاء وجمع المعلومات وتحيينها والبحث عن كل ما يتعلق بموضوع معين لوضعه

(1) يرى الباحث بني عطية نواف عواد أن المقصود بكون النشاط غير المشروع واضحاً أنه لا يحتاج إلى أي تأويل أو توضيح، بمعنى أنه قاطع الدلالة عدم على مشروعيتها. أنظر: نواف عواد بني عطية، المرجع السابق، ص 191.

(2) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 327.

للاستهلاك الالكتروني عن طريق بثه عبر الشبكة، لذلك يعتبر المسؤول الأول عن المعلومات التي تم بثها¹.

و بالتالي يمكن القول أن مسؤولية مورد المضمون غير المشروع تبقى قائمة في كل الأحوال، سواء كان منتجا للمعلومة أو متعاطيا معها كمن يعيد نشر أخبار تسيء للآخرين، ففي حالة عدم قيام مسؤولية الوسطاء الفنيين كمورد الخدمة أو متعهد الإيواء فإن مورد المضمون يكون مسؤولا لوحده عن جبر الأضرار التي تلحق المتضررين من نشر كل مضمون الكتروني غير مشروع، أما إذا ثبتت مسؤولية أحد أو كل الوسطاء كأن تم إخطارهم مثلا بالمضمون غير المشروع ولم يقوموا باتخاذ أي موقف يحول دون الاستمرار في بث وعرض ذلك المضمون، فإن المورد يكون مسؤولا بالتضامن مع هؤلاء الوسطاء، لأنهم جميعا قد اشتركوا في هذا الخطأ الذي ترتب عنه إضرار بالغير، وذلك بتطبيق نص المادة 127 من القانون المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية الالكترونية عن فعل الشيء

ظهر هذا النوع من المسؤولية المدنية بظهور وتطور الصناعة في أوروبا بداية القرن العشرين للميلاد، حيث أن انتشار الآلات الميكانيكية ومختلف وسائل المواصلات ذات المحركات قد ضاعف من إصابة الأشخاص بالأضرار، إذ أصبحوا عرضة للعديد من الأخطار والأمراض التي لم تكن معروفة من قبل مثل حوادث السيارات والقطارات والاختناق نتيجة التلوث والإشعاعات وغيرها من صور المخاطر التي جادت بها الثورة الصناعية.

ولأن المسؤولية المدنية بمختلف صورها كانت قائمة على أساس الخطأ واجب الإثبات فقد أدى ذلك إلى بقاء أغلب المتضررين من دون تعويضات نتيجة صعوبة إثبات الخطأ لأن الفعل يتحقق بتدخل الشيء ودون أن يقصد مالك الشيء ذلك، وهو أمر غير منطقي وغير عادل نتيجة جسامته

1) P. AUVERT, L'application du droit de presse au réseau internet, J.C.P, France, 1999, p 259.

وفداحة الأضرار في مقابل عدم إمكانية التعويض عنها، وهو الأمر الذي دفع أغلب التشريعات إلى وضع نظام قانوني جديد للمسؤولية المدنية يأخذ بعين الاعتبار المستجدات التي سلف ذكرها.

ولأن القانون المدني الجزائري حديث نسبيا فقد نظم المسؤولية عن الأشياء عند أول صدور له، وذلك بموجب المواد من 137 إلى 140 مكرر، حيث تناول مسؤولية حارس الشيء في المادة 138 ومسؤولية حارس الحيوان في نص المادة 139، بينما نظم مسؤولية كل من مالك البناء عن تدممه ومسؤولية حائز العقار أو المنقول في المادة 140، قبل أن يستحدث نوعا آخر من المسؤولية المدنية بموجب القانون 10-05 سالف الذكر وهي مسؤولية المنتج بموجب المادة 140 مكرر.

وبما أن موضوع بحثنا يتمحور حول المسؤولية في مجال المعاملات الالكترونية فإنه لا أفضل من تخصيص هذا المبحث لمسؤولية حارس الشيء الالكتروني، ذلك أن أجهزة الحاسب الآلي والبرمجيات والفيروسات أقرب ما تتحقق فيها مسؤولية حارس الشيء من صور المسؤولية الأخرى، لذلك سنستبعد من نطاق هذه الدراسة مسؤولية حارس الحيوان كون هذا الأخير من الأشياء الحية وذوات الأرواح، وكذا مسؤولية مالك البناء عن تدممه وحائز المنقول أو العقار عن الحريق لأنه لا يمكن تصور مثل هذه الأمور في بيئة الكترونية رقمية.

وعليه سوف نعالج هذا المبحث من خلال تقسيمه إلى مطلبين، حيث نتناول في الأول الأركان الخاصة بمسؤولية حارس الشيء في إطار المعاملات الالكترونية، بينما سنحاول في المطلب الثاني إسقاط تلك القواعد على مسؤولية صاحب أو منتج المعلومة وكذلك مسؤولية مبرمج فيروسات الحاسب الآلي باعتبارها من الأشياء التي تحدث أضرارا بالغة في مجال الالكترونيات.

المطلب الأول: الأركان الخاصة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء الالكترونية □

نظم المشرع الجزائري أحكام المسؤولية عن فعل الشيء بمقتضى المادة 138 من القانون المدني والتي نصت على ما يلي: "كل من تولى حراسة شيء وكانت له قدرة الاستعمال والتسيير والرقابة، يعتبر مسؤولا عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء.

ويُعفى من هذه المسؤولية الحارس الذي أثبت أن الضرر حدث بسبب لم يتوقعه مثل عمل الضحية، أو عمل الغير، أو الحالة الطارئة، أو القوة القاهرة".

و بمقارنة نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري بما يقابلها في التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري والتشريع الفرنسي نجد أن المشرع الجزائري قد اختلف مع نظيره في تنظيم هذا النوع من أنواع المسؤولية التقصيرية، فالمشرع الفرنسي لم ينظمها إلا بصورة محدثمة من خلال الإشارة إليها في توطئة المادة 1242 من القانون المدني¹، التي كانت بمثابة ممر بين المسؤولية عن الفعل الشخصي الواردة في المادتين 1240 و1241 من نفس القانون وبين صور المسؤولية الأخرى التي تناولتها المادتين 1243 و 1244 المتعلقةتين على التوالي بمسؤولية حارس الحيوان ومسؤولية مالك البناء عن تدمره. هذا الاحتشام في مواجهة موضوع المسؤولية عن فعل الشيء والعمومية التي جاء بها النص أعطت الانطباع لدى كل من الفقه والقضاء بعدم وجود خصوصية لهذه المسؤولية لا سيما من ناحية الأساس القانوني الذي يحكمها، حيث تم اعتبارها تطبيقاً من تطبيقات المسؤولية عن الفعل الشخصي تقتضي إثبات خطأ الحارس من طرف المدعي وهو الشخص المتضرر لاستحقاق مبلغ التعويض عن الضرر الذي لحق به².

غير أن هذا التصور والفهم المعيب لنص الفقرة الأولى من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي لم يعمر طويلاً، إذ سرعان ما تراجع عنه الفقهاء ورجال القضاء حينما استندا إلى ذات المادة وأسسوا مسؤولية مفترضة عن فعل الشيء مفادها أن ثبوت الضرر يستلزم وجود خطأ في حراسة ومراقبة الشيء³، وفقاً لنفس القواعد التي تخضع لها مسؤولية حارس الحيوان بموجب نص المادة 1243 من القانون المدني الفرنسي⁴.

1) L'article 1242 AL 1 du C.C.F dispose que. « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

2) Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Éric SAVAUX, **DROIT CIVIL Les Obligations 2, -Le fait juridique-**, 12ème éd, Dalloz, France, 2007, p 259.

3) Mireille Bacache - Gibeili, Op. cit, p 240.

4) L'article 1243 C.C.F dispose que. « Le propriétaire d'un animale est celui qui s'en sert pendant qu'il est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu'il fut écarté ou échappé ».

أما المشرع المصري فقد اتبع طريقا مغايرا لتوجه المشرعين الجزائري والفرنسي¹ حينما عالج مسؤولية حارس الأشياء في نص المادة 178 من القانون المدني²، حيث قصر مسؤولية الحارس على الأشياء التي تتطلب عناية خاصة رغم أن المعيار هنا نسبي فالشيء الواحد قد يكون في حاجة إلى عناية خاصة في وضع معين ولا يحتاج إلى ذات العناية لو تغير الوضع.

كما يسأل الحارس حسب المادة 178 من القانون المدني المصري عن الأضرار التي تلحقها الآلات الميكانيكية الموضوعة تحت حراسته حتى ولو كانت في غير حاجة لعناية خاصة لأن هذه الآلات تعمل بمحرك ذاتي فافترض فيها المشرع أنها تحتاج دائما لعناية خاصة³.

ومنه أمكن القول إن قيام هذا النوع من المسؤولية في القانون المصري متوقف على نوعية الشيء الخاضع للحراسة إذ يتعين أن يكون ذو عناية خاصة أو آلة ميكانيكية، وإلا فإن المسؤولية الناشئة عن الأضرار التي تلحقها الأشياء الأخرى هي مسؤولية شخصية قائمة على أساس الخطأ واجب الإثبات، على النقيض من المشرع الجزائري والفرنسي اللذان وسعا من مفهوم الشيء الخاضع للحراسة ليشمل كافة الأشياء باستثناء تلك التي تخضع لقواعد خاصة مثل البناء في حالة تهدمه.

وبالرجوع إلى أحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري سالفه الذكر نجد أن المشرع الجزائري قد قسمها إلى فقرتين خصص الأولى منها لشروط قيام مسؤولية حارس الشيء والثانية لحالات انتفاء تلك المسؤولية.

(1) يشترك المشرع الجزائري مع المشرع الفرنسي عند تنظيمهما لموضوع المسؤولية عن حراسة الأشياء في استعمال عبارات تتسم بالعمومية، إذ لم يحددا أشياء بذاتها تقوم معها مسؤولية الحارس، حيث تقوم هذه الأخيرة متى كان الشيء محلا للحراسة دون تحديد طبيعة أو نوعية الشيء المحروس وذلك على عكس المشرع المصري.

(2) تنص المادة 178 من القانون المدني المصري على ما يلي: " كل من تولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسؤولا عما تحدثه هذه الأشياء من ضرر، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه. هذا مع عدم الإخلال بما يرد في ذلك من أحكام خاصة."

(3) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 1229.

إذن فبالإضافة إلى الأركان العامة التي ينبغي توفرها في أي شكل من أشكال المسؤولية المدنية عقدية كانت أو تقصيرية، فإن المسؤولية عن حراسة الأشياء تستلزم أركاناً خاصة بها لا تشارك فيها مع بقية الحالات التي تقوم فيها المسؤولية المدنية، ومنه فإن المسؤولية محل الدراسة لن تخرج عن القواعد العامة الناظمة للمسؤولية في صورتها التقليدية من حيث وجوب اجتماع الأركان العامة والخاصة، إذ يشترط لتحقيقها أن يكون الشخص ملزماً بحراسة شيء ذو طبيعة الكترونية مع ما تتضمنه هذه الحراسة من سلطة في المراقبة والتوجيه وهو ما يعرف بشرط الحراسة (فرع أول)، وأن يكون الشيء الخاضع للحراسة هو الذي ألحق الضرر بالغير (فرع ثاني).

الفرع الأول: ركن حراسة الشيء

تقتضي منا دراسة هذا الركن التطرق لمفهوم الشيء باعتباره محلاً للحراسة التي فرضها القانون على الشخص في حالات معينة (أولاً)، ثم تناول الحراسة باعتبارها الالتزام الذي يترتب على التقصير في أدائه قيام مسؤولية الحارس (ثانياً).

أولاً - مفهوم الشيء:

انسجاماً مع موقف المشرع الجزائري الذي وسع من مفهوم الأشياء التي تتحقق معها مسؤولية حارسها، فإننا سنقدم تعريفاً موسعاً للأشياء التي تصلح لأن تكون محلاً للحقوق المالية والتي تناولها المشرع الجزائري في عدة مواد من القانون المدني¹ دون أن يعطي تعريفاً محدداً لها، وحسناً فعل بعدم خوضه في مسألة تعريف الأشياء لأن مثل هكذا عمل يقوم به الفقه والقضاء.

أ - مفهوم الشيء بصفة عامة:

المقصود بالشيء عموماً وفقاً لنص المادة 138 هو أنه " كل شيء مادي غير حي بغض النظر عن صفته أو نوعه (عقار أو منقول، جامد أو سائل غازي أو صوتي، صغير أو كبير، متحرك أو ساكن، متحرك ذاتياً أو بفعل الإنسان، معيب أو غير معيب، خطير أو غير خطير)، ويخرج من دائرة الأشياء التي تتحقق معها مسؤولية الحارس الأشياء التي أخضعها المشرع لنظام قانوني خاص

(1) أنظر المواد 675، 676، 682، 683، 685 و686 من القانون المدني الجزائري.

ومتميز¹، ومثال ذلك مسؤولية حارس الحيوان عن الأضرار التي يلحقها هذا الأخير بالغير (المادة 139) ومسؤولية مالك البناء عن تدمره ومسؤولية حائر المنقول أو العقار عن الحريق (المادة 140) وكذا مسؤولية المنتج عن أضرار منتجاته المعيبة (المادة 140 مكرر)، كما يخرج من نطاق تطبيق نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري كافة الأشياء التي تخضع لنظام قانوني مستقل مثل التعويض عن حوادث المرور.

وقد سبق أن ذكرنا أن موقف المشرع الجزائري كان مخالفا لموقف نظيره المصري في المسألة المتعلقة بالأشياء التي تستوجب الحراسة والتبعية تقوم معها مسؤولية الحارس في حال ما إذا تحرك الشيء وحاد عن وضعه الطبيعي وألحق أضرارا بالغير، فبينما سلك المشرع الجزائري مسلكا وسع بمقتضاه من الأشياء التي تكون محلا للحراسة إذ لا فرق بين منقول وعقار كبير وصغير خطير أو غير خطير، نجد المشرع المصري قد ضيق من نطاق الأشياء التي تكون جديرة بالحراسة حينما حصرها في الأشياء التي تحتاج عناية خاصة مع الإشارة إلى الغموض الذي يكتنف معيار خصوصية العناية، إضافة إلى الآلات الميكانيكية نظرا للخطر المفترض الذي يمكن أن تشكله على الآخرين في حالة تقاعس الحارس عن أداء واجبه في مراقبتها وتوجيهها والسيطرة عليها.

بد مفهوم الشيء الالكتروني:

يعتبر الكمبيوتر أو الحاسوب من أهم الوسائل الالكترونية التي يمكن أن توصف بأنها من الأشياء التي تكون محلا للمسؤولية التقصيرية الإلكترونية والذي يعرف بأنه "جهاز الكتروني مصمم بطريقة تسمح باستقبال البيانات واختزانها ومعاملتها وذلك بتحويل البيانات إلى معلومات صالحة للاستخدام واستخدام النتائج المطلوبة لاتخاذ القرار" كما يعرف أيضا بأنه آلة لمعالجة المعلومات والبيانات الحسابية وفق نظام الكتروني باستخدام لغة خاصة وهذه الآلة تستطيع تنفيذ العديد من الأوامر المخزنة فيها بسرعة فائقة"².

(1) علي فيلاي المرجع السابق، ص 183.

(2) ذكره: عبد الله أحمد الفرحان، الحاسب في التربية، مقال متاح على الموقع الالكتروني التالي: [HTTP://WWW.ALMUJALEM.NET/MAGA/HASIB.HTML](http://WWW.ALMUJALEM.NET/MAGA/HASIB.HTML) تاريخ الاطلاع على الموقع: 2017/12/12.

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول إن جهاز الكمبيوتر ورغم التطور الدوري والمستمر الذي يشهده نتيجة البحوث العلمية الأكاديمية الدائمة التي يقوم الباحثون في مجال المعلوماتية وهو ما من شأنه إضافة عناصر جديدة للجهاز أو حذف عناصر قديمة، إلا أن هذه العناصر ومهما قلت أو كثرت يمكن ردها إلى مجموعتين رئيسيتين وهي العناصر أو المكونات المادية والعناصر أو المكونات غير المادية.

1. المكونات المادية للكمبيوتر:

تتمثل في مختلف العناصر المحسوسة التي يمكن للمرء أن يتصل بها ماديا عن طريق استخدام مختلف الحواس كاللمس والنظر، هذه العناصر تنقسم بدورها إلى قسمين أساسيين هما العناصر الخارجية للكمبيوتر التي تكون ظاهرة للعيان بمجرد وقوف الشخص أمام الآلة إذ يمكنه رؤية هذه العناصر ولمسها ومنها لوحة المفاتيح ، الفأرة الماسح ، الطابعة ، كاميرات الويب ، السماعات... الخ، أما القسم الثاني فهو المكونات المادية الداخلية وهي التي لا تظهر للمستخدم إلا بعد فتح غطاء الكمبيوتر أو عن طريق الاطلاع عليها خلف الغطاء، من أهمها لوحة النظام أو ما يعرف باللوحة الأم، وحدة المعالجة المركزية، القرص الصلب وأجهزة المودم¹، مع الإشارة إلى تباين أهمية كل عنصر من العناصر المادية لأن منها ما هو ضروري وجوهري لاشتغال الجهاز مثل لوحة المفاتيح (clavier) ومنها من لا يعدو أن يكون مجرد عنصر ثانوي يمكن الاستغناء عنه دون أن يؤثر ذلك في وظيفة الكمبيوتر مثل الماسح الضوئي (scanner).

ويرى الباحث عايد رجا الخلايلة وأنا أوافقه في ذلك أن " مكونات الحاسوب المادية تعامل في مجال المسؤولية المفترضة كوحدة واحدة بمعنى أن أي ضرر ينشأ عن أي من هذه المكونات هو ناشئ عن الحاسوب، وبالتالي فإن حارس الحاسوب هو حارس مكوناته المادية كافة"².

(1) لمزيد من التفاصيل حول المكونات المادية للحاسوب أرجع:

رياض السيد، مدخل إلى علم الحاسوب والبرمجة، الطبعة الثانية، جمهورية مصر العربية، 2001، ص 79 وما بعدها.

(2) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 223.

ورغم أن الكمبيوتر بعناصره المادية وحدها يعتبر عديم القيمة وعديم الأهمية بالنسبة لصاحبه، إذ ينبغي أن تعمل هذه المكونات جنباً إلى جانب مع العناصر غير المادية بطريقة تكاملية تجعل من العلاقة بينهما بمثابة علاقة الروح بالجسد، فلا قيمة للحاسوب كوحدة مادية دون البرمجيات والأوامر التقنية التي تدخله حيز الخدمة ليتحقق منه الغرض من اقتنائه، في المقابل فإنه لا جدوى من وجود تلك البرمجيات إذا لم تجد الوعاء المادي الذي يحتويها والمتمثل في المكونات المادية للكمبيوتر. غير أن هذه المكونات المادية لوحدها وإن كانت لا تحقق للشخص الغرض الرئيسي من تملك الجهاز، إلا أنها يمكن أن تتسبب ككتلة مادية في إلحاق الأضرار بالآخرين كما لو تسبب انفجار الكمبيوتر في احتراق غرفة الفندق التي يقيم بها صاحبه، أو أن الكمبيوتر قد سقط من مكان مرتفع فألحق أضراراً جسدية بشخص قريب من مكان السقوط، ففي هذه الحالة هل يتميز الكمبيوتر كجهاز الكتروني عن غيره من الأشياء التي تتسبب في أضرار للغير؟

أرى أن جهاز الكمبيوتر في مثل هذه الحالة وإن كان من الأجهزة الالكترونية إلا أنه لا يتميز بأي خصوصية في مجال المسؤولية عن فعل الأشياء مقارنة بشيء غير الكتروني منقولاً كان أو عقاراً، إذ لا فرق في الأمثلة السابقة بين الضرر الذي ألحقه الكمبيوتر أو أي ضرر تلحقه سيارة أو عمود كهربائي لأن المشرع الجزائري في نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري رتب المسؤولية في ذمة أي حارس يقصر في أداء واجب الحراسة بغض النظر عن طبيعة الشيء أو نوعيته، فهو بذلك يكون قد وسع في مجال الأشياء الخاضعة للحراسة ووضع قرينة مفادها أن كل ما يمكن أن يوصف بأنه من الأشياء ينبغي حراسته، دون تمييز بين شيء خطير وشيء غير خطير أو بين آلة ميكانيكية وآلة غير ميكانيكية كما هو الشأن بالنسبة لبعض التشريعات المقارنة مثل التشريع المصري والتشريع العراقي¹، وهو ما يجعل من موقف المشرع الجزائري موقفاً وملائماً للتطبيق على الأشياء الالكترونية

(1) بإجراء مقارنة بسيطة بين المادة 178 من القانون المدني المصري والمادة 231 القانون المدني العراقي نجد أنهما تشتركان في تحديد نوعية الأشياء التي تستلزم الحراسة إذ حصرتها في الأشياء ذات العناية الخاصة والآلات الميكانيكية، في حين أنهما اختلفتا في الأساس القانوني للمسؤولية، فبينما جعلها المشرع المصري قائمة على أساس الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس، نجد المشرع العراقي قد أسسها على الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس فوضع قرينة بسيطة يمكن للحارس أن يثبت عكسها إذا استطاع أن يثبت أنه قد قام بواجب الحراسة على أكمل وجه.

ويخدم المضرور في حصوله على مبلغ التعويض لأنه لن يكون مطالباً إلا بإثبات الضرر وعلاقة السببية بينه وبين فعل الشيء بغض النظر عن نوعية هذا الأخير أو عن طبيعته.

2- المكونات غير المادية للكمبيوتر (البرمجيات):

سبق وأن ذكرنا أن الكمبيوتر يتضمن نوعين من المكونات أحدهما مادي محسوس والآخر غير مادي يتمثل في جملة البرمجيات أو البرامج التي يتم تثبيتها في الوحدة المركزية للانتفاع بالجهاز وفقاً للغرض الذي أعد من أجله، علماً وأن الدور الذي تلعبه هذه المكونات غير المادية يفوق بكثير دور نظيرتها المادية رغم الضرورة الملحة لهذه الأخيرة لأنها بمثابة الوعاء الذي تجسد فيه الأوامر المنطقية (البرامج) التي تنقل الجهاز من حالة السكون إلى حالة الحركة.

ويُعرف البرنامج الحاسوبي بشكل عام بأنه " نظام إلكتروني مُصمَّم من قبل شخص يُدعى المبرمج يرتبط بقاعدة واسعة من المعارف في مجال من المجالات، ويُستخدم لتنفيذ مهام يقوم بها عادة الإنسان الخبير باعتماد المنطق الاستنتاجي، وذلك من خلال المعطيات التي تم تلقيها له من قبل الإنسان، ويستطيع في ضوء الأسئلة المطروحة عليه أن يعطي الحل أو الجواب في زمن قياسي"¹.

كما يعرف أيضاً بأنه "مجموعة الأوامر المرتبة ترتيباً منطقياً والموجهة إلى الحاسب بعد ترجمتها إلى اللغة الوحيدة التي يفهمها وهي لغة الأرقام الثنائية"²، أما عن التعريفات التشريعية فإن من أهمها ذلك التعريف الذي قدمته المنظمة العالمية للملكية الفكرية³ حينما سنت ما يعرف بالقانون النموذجي للحاسب الآلي سنة 1977 حيث عرفت البرنامج بأنه " مجموعة تعليمات يمكنها

(1) جمال عبد الله، ندوة المعلوماتية القانونية والقضائية، المنعقدة بتاريخ 15-17 سبتمبر 1998، المركز العربي للدراسات والبحوث القانونية، لبنان ص 29. نقلاً عن: محمد واصل، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب - المصنفات الإدارية الإلكترونية، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011، ص 9.

(2) كمال مهدي وآخرون، المرجع الشامل لنظام التشغيل DOS، موسوعة دلتا كمبيوتر، 1991، ص 9.

(3) أنشأت هذه المنظمة والمعروفة باسم WIPO بموجب اتفاقية ستوكهولم المبرمة بتاريخ 14 جويلية 1967 والتي تم تعديل بعض أحكامها بتاريخ 28 سبتمبر 1979، وتهدف هذه المنظمة إلى دعم حماية الملكية الفكرية في جميع أنحاء العالم وتطوير إدارة الاتحادات المنشأة ورفع كفاءتها في حماية الملكية الصناعية والمنشآت الأدبية وضمان التعاون الإداري بين تلك الاتحادات.

إذا ما نقلت على ركيزة تستوعبها الآلة أن تشير، تؤدي للحصول على وظيفة، مهمة أو نتيجة متميزة بواسطة آلة يمكنها معالجة المعلومة وتسمى كمبيوتر". غير أن السؤال الذي يطرح هو: ما مدى إمكانية اعتبار الكيانات المنطقية (البرامج الحاسوبية) أشياء تقتضي وضعها تحت الحراسة منعا لكل ضرر يحتمل أن تلحقه بالغير، وبالتبعية تخضع لقواعد المسؤولية المدنية عن فعل الأشياء؟

انطلاقا من التعريف اللغوي للشيء من أنه كل كائن موجود¹ فإن القانون المدني لدى معالجته للأشياء كمفهوم يعتد به القانون ويرتب عليه آثارا معينة لم يكن يعرف إلا الأشياء المادية دون غيرها، بدليل أنه اعتمد معيارا واحدا أساسيا في تقسيمها وهو معيار الثبات حيث قدر أن الشيء يكون عقارا إذا كان مستقرا بحيزه ثابتا فيه ولا يمكن نقله منه دون تلف، بينما المنقول هو كل ما عدا ذلك أي أنه يمكن نقله دون تلف².

غير أن التطور التكنولوجي الدوري والمستمر الذي يشهده عالم المعلوماتية قد أفرز اختلافا حول طبيعة هذه البرامج بين اتجاه فقهي يعتبرها أشياء مادية على أساس أن أثرها لا يظهر إلا من خلال وضعها في دعامة مادية SUPPORT مثل القرص الصلب أو الاسطوانة حيث لا يمكن الفصل بينه هذه الدعامة والبرنامج، وبين اتجاه آخر يشكل الرأي الغالب يرى أن التكييف الأمثل لبرامج الإعلام الآلي هو اعتبارها مجرد خدمات Prestations تفوق قيمتها المالية كثيرا الدعامة المادية التي تحتويها خاصة إذا كان البرنامج معد خصيصا لاحتياجات عميل معين Logiciel sur mesure³، وبالتالي تنتفي وفقا لهذا الرأي الصفة المادية للبرنامج.

شخصيا أرى أنه من الأفضل التوسع في مفهوم الشيء الذي يخضع للحراسة وذلك بعدم حصره في الماديات الملموسة، بل ينبغي أن تشمل كلمة "شيء" الأشياء غير المادية سواء كانت برامج الكترونية أو براءات اختراع أو كل ما يمكن أن يتوصل إليه العقل البشري في ظل الثورة الرقمية

(1) ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس س-ش، دار صادر، بيروت، لبنان، 2010، ص 365.

(2) أنظر نص المادة 683 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري.

(3) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 225.

المتصاعدة التي لا تتوانى عن اكتشاف الجديد يوما بعد يوم. أما عن مبررات هذا التوسع (الذي نقترحه) في مفهوم الأشياء الخاضعة للحراسة فنوجزها في النقاط التالية:

- إن التوسع في مفهوم الشيء لا يتعارض ونص المادة 683 من القانون المدني الجزائري التي قسمتها إلى منقولات وعقارات (وكلاهما شيء مادي)، لأن هذا التقسيم ورد في إطار الأشياء القابلة للتملك وليس الأشياء التي يمكنها إلحاق الأضرار بالغير، وشتان بين ما يكسب الأشخاص حقوقا وبين ما يحملهم التزامات،

- إن التوسع في مفهوم الشيء ينسجم وموقف المشرع الجزائري الذي تبناه في نص المادة 138 من القانون المدني والذي خالف فيه الكثير من التشريعات المقارنة حينما لم يحصر الأشياء الخاضعة للحراسة في الآلات الميكانيكية والأشياء الخطرة التي تحتاج عناية خاصة،

- إن التوسع في مفهوم الشيء ينسجم ويتماشى مع التوجهات الحديثة للمسؤولية المدنية التي تسير في اتجاه جعلها مسؤولية موضوعية تستهدف بالدرجة الأولى تيسير وتسهيل حصول الضحية للتعويض الجابر للضرر الذي لحق به بغض النظر عن الخطأ الذي يرتكبه الشخص أو الوسيلة التي ترتب عنها الضرر.

ثانيا- مفهوم الحراسة:

قبل التطرق لمفهوم الحراسة في المسؤولية محل الدراسة (ب) ينبغي علينا التطرق قبل ذلك للحراسة وفقا للقواعد العامة (أ).

أ- الحراسة في القواعد العامة:

لكي تقوم مسؤولية حارس الشيء عن الأضرار التي يلحقها بالغير يجب أن يكون ذلك الشيء خاضعا لحراسته، أي أن الشخص يوصف بأنه حارس متى كانت له على الشيء سيطرة فعلية في

توجيهه ورقابته والتصرف¹ في أمره²، والأصل في الحراسة أنها قانونية بمعنى أنها مرتبطة بالملكية من حيث النشأة والإحالة والانتقال والسقوط والانقضاء فهي بمثابة التزام مفترض في ذمة المالك، غير أنه وفي ظل تعدد صفات الأشخاص وكثرة العقود التي يمكن للفرد أن يتحكم بها في الأشياء فقد أصبح يعتد بالحراسة الفعلية التي تجعل من مجرد وضع اليد على شيء معين بمثابة حيازة يعتد بها القانون ويكتسب بها الشخص صفة الحارس كما في حالة السرقة، حيث تنتقل الحراسة من المالك إلى الحارس دون أن تنتقل معها الملكية³. هذا المفهوم الموسع للحراسة الذي يشمل الحراسة الفعلية إضافة إلى الحراسة القانونية يخدم وبشكل كبير المسؤولية محل الدراسة لأن كثرة وسطاء الانترنت وتشعب العلاقات فيما بينهم وصعوبة تحديد نوعية هذه العلاقات وتكييف الأفعال الصادرة عنهم يجعل من الصعوبة بمكان تحديد الحارس القانوني للشيء أي المالك له، الأمر الذي يجعل من الاعتداد بمجرد الحراسة الفعلية أمرا محبذا ومستساغا لإمكانية إسناد المسؤولية لكل من يملك السلطة الفعلية في التحكم والسيطرة والرقابة والتوجيه للشيء.

بد الحراسة في المسؤولية الالكترونية:

يرتبط عنصر الحراسة ارتباطا وثيقا بالشيء الذي تجب حراسته، وقد رأينا في الفقرة السابقة أن الكمبيوتر عبارة عن جهاز يتألف من نوعين من المكونات أحدهما مادي ظاهر للعيان بمجرد الوقوف أمام الجهاز وهو لا يثير أي إشكال في قيام مسؤولية صاحبه وفقا لنص المادة 138 من القانون المدني الجزائري متى تسبب في إلحاق ضرر بالغير، والآخر عبارة عن مجموعة مكونات غير مادية يطلق عليها الفقه تسمية " الكيانات المنطقية" لا يمكن أن تعمل بمنأى عن المكونات المادية.

ورغم بعض الاختلافات الفقهية حول طبيعة تلك المكونات بين من يعتبرها شيئا ماديا تقوم معه المسؤولية على أساس حراسة الشيء وبين من لا يعتبرها كذلك وبالتالي فإن المسؤولية هي

(1) يفسر مصطلح " التصرف " هنا تفسيرا لغويا بمعنى التحكم في الشيء ولا يقصد به التصرف بالمعنى القانوني وهو تنازل الشخص عن حق من حقوقه مثل البيع أو الهبة أو الوصية.

(2) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام-مصادر الالتزام-، المرجع السابق، ص 409.

(3) علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود، المرجع السابق، ص 502.

مسؤولية شخصية على أساس الخطأ الواجب الإثبات (خطأ المبرمج)، إلا أننا توصلنا إلى أنه لا مانع من اعتبار البرامج الالكترونية من الأشياء بغض النظر عن طبيعتها (مادية أو غير مادية) وهي بهذه الصفة (الشيئية) تكفي لإثارة مسؤولية الحارس مبرمجا كان أو بئعا.

غير أنه وبعبدا عن فكرة تفكيك الكمبيوتر وتجزئته إلى عناصر مادية أو أخرى غير مادية فإنه يجب النظر إليه كوحدة واحدة متكاملة دون التدقيق في مصدر الضرر هل هو مكون مادي أو كيان منطقي ولو أن الغالب أن تتحقق الأضرار بسبب العناصر غير المادية أي البرامج المعلوماتية. والسؤال الذي يطرح نفسه في هذه الحالة هو: من هو الشخص الملزم بحراسة برامج الحاسب الآلي وبالتالي يمكن مساءلته وفقا لقواعد المسؤولية عن فعل الأشياء؟

يرى الأستاذ محمد حسين منصور وأنا أوافقه الرأي أن " الحراسة تنعقد لصاحب السلطة الفعلية على البرنامج سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا، ولا تكون الحراسة للتابع. ولكن ينبغي التفرقة بين حراسة الاستعمال وحراسة التكوين وذلك بالنسبة للأشياء التي يستعملها الشخص دون أن يكون له دخل في تركيبها أو تكوينها أو مفردات عناصرها حيث يظل ذلك الجانب للمالك أو المنتج"¹.

و مبرر تأييدنا للرأي الأستاذ محمد حسين منصور في إسناد الحراسة لصاحب السلطة الفعلية على البرنامج على حساب التابع أن هذا الأخير لم يكتسب صفة التبعية إلا لأنه يعمل وفقا لتعليمات وتوجيهات بل ولأوامر المتبوع، وبالتالي فإن ممارسته الظاهرية لحراسة الشيء المملوك للغير (المتبوع) لا تعدو أن تكون مجرد حراسة صورية ومقيدة بالحدود التي رسمها المالك الأمر الذي يجعل من هذا الأخير هو الحارس الحقيقي للشيء— أما التابع فلا يكون حارسا ولا يكتسب تلك الصفة إلا إذا تجاوز الحدود المرسومة من طرف متبوعه وفي هذه الحالة يخضع لأحكام المادة 74 القانون المدني الجزائري المتعلقة بالنيابة².

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 284.

(2) تنص المادة 74 القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فإن ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل".

وبمفهوم المخالفة لنص المادة المذكورة فإن مجاوزة النائب لحدود نيابته تجعله مكتسبا للحقوق ومتحملا للتزامات الناشئة عن هذا التجاوز ومنها الالتزام بحراسة الشيء.

الفرع الثاني: ركن تسبب الشيء في إحداث الضرر

سندرس هذا الركن وفقا للقواعد العامة (أولا) قبل معالجته على ضوء المسؤولية الالكترونية (ثانيا).

أولا- ركن تسبب الشيء في إحداث الضرر في القواعد العامة:

يقصد بهذا الركن أن يكون الضرر قد تحقق بسبب التدخل الإيجابي للشيء إذ لا يكفي أن يكون التدخل سلبيا¹، فالتدخل الإيجابي للشيء إذن هو أن يكون في حالة حركة مثل ركن السيارة دون تشغيل المكبح اليدوي الأمر الذي يتسبب في تحركها من مكانها وإصابة أحد المارة أو السيارات الأخرى، أما الوضع السلبي للشيء أي عدم حركته فالأصل أنه لا يتسبب في إلحاق الضرر بالغير إلا إذا كان في موقف مخالف للقانون، ويقع على عاتق الضحية إثبات تواجد الشيء في وضع غير طبيعي وتسببه في الأذى الذي لحقه²، ومثال ذلك ركن المركبة في مكان ممنوع.

و بهذا المعنى يجب أن يكون التدخل الإيجابي للشيء هو السبب الرئيسي والمباشر في تضرر الضحية أي أن تقوم علاقة السببية بشروطها المعروفة بين فعل الشيء والضرر اللاحق بالمدعي وبعبارة أخرى نقول أنه يجب أن يكون تدخل الشيء منتجا وفعالا في إحداث الضرر، وذلك تحت طائلة انتفاء مسؤولية الحارس أو قيامها على أساس آخر مثل مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه أو على أساس الفعل الشخصي متى توفرت شروط أي منهما.

غير أن اشتراط تحقق الضرر بسبب الشيء الخاضع للحراسة لا يعني أن يكون الشيء في ذاته خطيرا أو أن يكون معيبا وذلك بالنظر للعمومية التي جاء بها نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري التي تقابلها الفقرة الأولى من نص المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي، وهو الأمر الذي فصل فيه القضاء الفرنسي منذ مدة طويلة حيث قررت محكمة النقض الفرنسية في قرارها

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، المرجع السابق، ص 1232.

2) DAHDOUH Habib, L'évolution de la responsabilité de la chose inanimées en droit tunisien ou L'article 96 du coc à la croisée des chemins, revue des études juridiques, faculté de droit, université de Sfax, n0 8, 2001, p 140.

الصادر بتاريخ 16 نوفمبر 1920 " أنه ليس من الضروري أن يكون بالشيء عيب يغير من طبيعته لأن المادة 1384 (المادة 1242 حالياً) ربطت المسؤولية بحراسة الشيء لا بالشيء في حد ذاته"¹.

ثانياً- ركن تسبب الشيء في إحداث الضرر في ضوء المسؤولية الالكترونية

قبل الحديث عن هذا الركن في إطار المسؤولية التقصيرية الالكترونية تجدر الإشارة إلى أن اختلافاً فقهيًا حاداً ثار حول مسألة تحديد مصدر الضرر هل هو الشيء ذاته أم أنه خطأ الحارس وذلك بسبب اختلاف الأساس القانوني الذي تبنى عليه المسؤولية في كلتا الحالتين، إذ أن نسبة الضرر إلى الشيء تجعل الحارس مسؤولاً وفقاً لقواعد المسؤولية عن فعل الأشياء التي تخضع لأحكام المادة 138 من القانون المدني الجزائري وهي مسؤولية موضوعية يعفى معها المدعي من إثبات الخطأ لأن القانون قد افترضه في شخص الحارس الذي قصر في أداء واجب الحراسة، أما إذا كان الضرر بسبب الحارس مباشرة ودون تدخل الشيء أو أن تدخل هذا الأخير كان بصفة عارضة فإن المسؤولية تكون شخصية قوامه الخطأ الواجب الإثبات حيث لا يعفى الضحية من عبئ الإثبات عملاً بأحكام المادة 124 من القانون المدني الجزائري.

وبناء على ذلك فقد حاول كل فريق من الفقهاء وضع معيار معين لتمييز تدخل الشيء عن عمل الإنسان، حيث يرى الفريق الأول أن الضرر يكون بسبب الشيء في حالة احتوائه على عيب ذاتي بسببه حدث الضرر أي أن سلامة الشيء من كل عيب تنفي علاقته بالضرر الذي لحق الضحية²، وعليه فإن الضحية ملزم بإثبات أن الشيء معيب وأن هذا العيب هو الذي جعل الشيء يتدخل بطريقة إيجابية ألحقت به الضرر.

غير أن هذا الرأي ورغم أنه كان مستساغاً في بداية الأمر بسبب الغموض الذي كان يكتنف تفسير الفقرة الأولى من المادة 1384 قبل تعديلها بموجب المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي

1) «..... Qu'il n'est pas nécessaire que la chose ait un vice inhérent à sa nature, L'article icle 1384 rattachant la responsabilité à la garde de la chose et non à la chose elle-même ». Cité par : Mireille Bacache-Gibeili, op. cit, p 263.

2) توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام-في مصادر الالتزام- مع مقارنة بين القوانين العربية-، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002، ص 165.

إلا أن كل من الفقه والقضاء الفرنسيين قد تراجعوا عن الأخذ به لسببين الأول نظري والثاني منطقي، أما السبب أو المبرر النظري فلكون المعيار المقترح لا يحقق الغرض المنشود وهو حماية مصلحة المضرور لأنه من الصعب عليه إثبات أن الضرر يرجع إلى عيب في الشيء كما أن مثل هذا الأمر جد نادر¹، أما المبرر المنطقي للاعتراض على معيار العيب في الشيء فهو أن مسؤولية الحارس تركز - حسب الرأي الراجح - على خطأ مفترض في الحراسة وبالتالي فإن وجود عيب في الشيء من شأنه إعفاء الحارس من المسؤولية لانعدام الركن الأول من المسؤولية وهو الخطأ². أما في القانون الجزائري فلا يمكن إعمال هذا المعيار لأن المشرع نظم هذه المسألة بصفة مستقلة في المادة 140 مكرر¹ من القانون المدني الجزائري³ حيث جعل المنتج مسؤولاً عن الأضرار التي تلحقها منتجاته المعيبة بالآخرين سواء ارتبط معهم بعقد أم لا، وهي مسؤولية موضوعية قائمة على أساس الضرر بغض النظر عن ارتكاب المنتج للخطأ في عملية الإنتاج أم لا على عكس مسؤولية حارس الشيء التي تقوم على أساس الخطأ المفترض في الحراسة.

أما الرأي الثاني فقد أخذ بمعيار استقلالية الشيء في إحداث الضرر، وفي هذا الصدد يميز الفقهاء من أنصار هذا الرأي بين الأشياء التي تكون طبيعة بين يدي الإنسان بحيث تخضع لسيطرته الكلية وبين الأشياء التي تخرج عن سيطرة الإنسان حيث تكون لها قوة ذاتية تمكنها من الإفلات من السيطرة، فهذه الأشياء وحدها يمكن أن تنسب لها الأضرار وبالتالي تقوم مسؤولية صاحبها وفقاً لمسؤولية حارس الشيء، وعليه توصل أنصار هذا الرأي إلى أن الأشياء الخطيرة فقط يمكن أن تنسب إليها الأضرار دون الأشياء غير الخطيرة⁴. غير أن هذا التوجه كغيره تعرض لانتقادات شديدة أهمها الصعوبة التطبيقية التي تواجه القضاة والأفراد على حد سواء في تقديرهم لخطورة الشيء

1) FLOUR et AUBERT, op cit, p 269.

2) FLOUR et AUBERT, op cit, p 269.

3) تنص الفقرة 1 من المادة 140 مكرر القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يكون المنتج مسؤولاً عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه حتى ولو لم تربطه بالمتعاقد علاقة تعاقدية".

4) علي فيلاي، المرجع السابق، ص 191.

من عدمها إضافة إلى مخالفة هذا المعيار لصراحة الفقرة الأولى من المادة 1242 من القانون المدني الفرنسي التي لم تتبن هذا التمييز وجاءت بصيغة الإطلاق¹.

و لتطبيق أحكام المسؤولية عن حراسة الأشياء في المجال الالكتروني ينبغي علينا الرجوع قليلا إلى الوراثة لمعرفة الحكمة التي من أجلها قامت التشريعات لا سيما الفرنسي بتبني هذا النوع من المسؤولية، حيث كان الهدف الرئيسي غداة وضع القوانين المدنية هو تمكين المضرور من الحصول على تعويض عادل عن الأضرار التي أصابته، علما وأن المضرور هو مجرد شخص بسيط سواء كان عاملا أو مواطنا عاديا مقارنة بصاحب الشيء أو الآلة الذي يعتبر صناعيا وميسور الحال من الناحية المادية، لذلك وبالنظر للمراكز الاقتصادية للأطراف فقد جعل المشرع من الخطأ مفترضا في جانب حارس الشيء (الطرف القوي) حماية للضحية (الطرف الضعيف)².

غير أنه وفي مجال المعاملات الالكترونية فإننا نجد أن الوضع لم يعد كما كان عليه سابقا، حيث أن الأجهزة الالكترونية والانترنت لم تعد مقصورة على أصحاب رؤوس الأموال بل أصبحت في متناول الجميع بما في ذلك الفقراء وأصحاب الدخل الضعيف، بالمقابل نجد أن المتضررين كثيرا ما يكونون من أصحاب الشركات والمشاهير وهو الأمر الذي جعل من الحالة معكوسة مقارنة بالحقبة الزمنية التي وضعت فيها النصوص القانونية النازمة لمسؤولية حارس الأشياء³.

وعليه فإنه ونتيجة الطبيعة اللامادية للإنترنت وتوسع استخداماتها ودقتها فإن تطبيق النصوص الحالية لا سيما نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري الذي يجعل من وقوع الضرر قرينة قاطعة على خطأ الحارس يعتبر أمرا صعبا وغير قابل للتطبيق العملي، لأن حارس الأشياء سيجد نفسه مسؤولا في كثير من الأحوال وهو الأمر الذي سيصعب عليه مهمة دفع مبالغ كبيرة في

(1) علي فيلال، المرجع السابق، ص 192.

(2) توفيق حسن فرج، المرجع السابق، ص 167.

(3) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 248.

شكل تعويضات الشيء الذي قد يؤثر على حركية التعاملات الالكترونية التي باتت اليوم أمر أساسيا في معاملات الأفراد يصعب الاستغناء عنه¹.

المطلب الثاني: المسؤولية عن المعلومات المتداولة الكترونيا

لا شك أن دراسة أي مسألة قانونية يقتضي أن نسلط فيها الضوء ابتداء على جانبا النظري من خلال التأصيل لها وإرجاعها إلى القواعد القانونية التي تحكمها لإمكانية الحكم عليها بالإيجاب فنقدم من الاقتراحات ما يدعم ويثمن موقف المشرع، أو الحكم عليها سلبا وبالتالي مطالبة المشرع بتعديلها أو تغييرها أو إلغائها.

فبعدهما تناولنا في المطلب الأول الإطار النظري للمسؤولية عن حراسة الأشياء الإلكترونية فإنه لا مناص من دراسة تطبيقات لهذه المسؤولية، وذلك لمعرفة مدى توافقها مع القواعد العامة.

ولأن صور المسؤولية عن حراسة الأشياء كثيرة ومتنوعة فإننا سنكتفي بصورة وحيدة أو نوع وحيد نظرا لكثرة انتشاره في الواقع المعاش وعدم وضوح الأحكام التي تطبق عليه في مجال المسؤولية المدنية، هذه الصورة تتمثل في المسؤولية عن المعلومات والأخبار التي تتداول عبر شبكة الانترنت مع ما تلحقه من أضرار مادية وأدبية كبيرة بالغير.

وسوف نتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه إلى فرعين حيث سنخصص الفرع الأول لماهية المعلومة المتداولة الكترونيا، بينما نعالج من خلال الفرع الثاني المسؤولية التقصيرية عن حراسة المواقع الالكترونية.

الفرع الأول: مفهوم المعلومة المتداول الكترونيا

تعتبر المعلومة أحد المقومات الأساسية لحياة البشر لأن الإنسان ومنذ بداية حياته يتوق لمعرفة أي شيء جديد كما أن تطور وتقدم أي مجتمع متوقف على مدى مواكبته لما توصل إليه العلم الحديث. وإذا كانت المعلومات منذ القدم تتداول بسرعة كبيرة فإن تطور وسائل الاتصال الحديثة لا سيما شبكة الانترنت قد ضاعف من سرعة انتشارها، مع الإشارة إلى أن المعلومات المنشورة منها ما هو غير صحيح ومنها ما هو سري لا يجوز نشره أو الاطلاع عليه ومنها ما هو صحيح

(1) عايد رجا الخلايلة، المرجع السابق، ص 249.

لكنه يمس بسمعة الأفراد وحياتهم الخاصة، وبالتالي فإن نشر المعلومة كثيرا ما يلحق أضرارا مادية ومعنوية تستوجب التعويض عنها من طرف من نشرها أو أحد المتدخلين في عملية النشر.

ولأن المعلومة يمكن أن تصنف من بين الأشياء، فإن التساؤل الذي يطرح هو ما مدى إمكانية إخضاع الأضرار الناجمة عن المعلومة لقواعد المسؤولية عن حراسة الأشياء؟

أولا- تعريف المعلومة:

إضافة إلى بعض التعاريف التشريعية (أ) فإننا سنقوم بالتعرض لبعض التعاريف التي تقدم بها الفقهاء للمعلومة (ب).

أ- التعريف التشريعي:

باستقراء مختلف نصوص القانونية الجزائرية نجد أن المشرع قد استعمل كلمة أو مصطلح "معلومة" سواء في القوانين ذات الصبغة الجزائية كتلك المتعلقة بتقديم معلومات كاذبة أو مضللة توقع في الغلط أو التدليس أو جنحة إشهار كاذب (المادة 924 وما يليها من قانون العقوبات)، أو جريمة التعدي على السر المني (المادة 308 من قانون العقوبات)، التعدي على الرسائل والحياة الخاصة أو ما يعرف بالتعدي على المعلومات الخاصة بالشخص (المادة 296 مكرر إلى المادة 303 مكرر3).

كما استعمل المشرع الجزائري أيضا ذات المصطلح أي المعلومة في القوانين ذات الصبغة المدنية والتجارية مثل المادة 8 من قانون 02-04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية التي تلزم البائع قبل اختتام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتج أو الخدمة، إضافة إلى المادة 17 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش حيث ألزمت المواد المذكورة المتدخل أن يعلم المستهلك بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

أما بالرجوع إلى بعض التشريعات المقارنة فإننا نجد أن بعضا منها قد قدم تعريفا للمعلومة الالكترونية، ومنها القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 1 لسنة 2006 بشأن

المعاملات والتجارة الالكترونية في مادته الأولى حيث عرفت المعلومات الإلكترونية على أنها " بيانات ومعلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج الحاسب الآلي أو غيرها"، أما المشرع البحريني فقد عرفها في القانون رقم 83 لسنة 2002 والمتعلق بالمعلومات الالكترونية أنها " تلك البيانات والنصوص والصور أو الأصوات والرموز وبرامج الحاسوب والبرمجيات ويمكن أن تكون قواعد البيانات والكلام".

ومهما يكن من أمر فإن تقديم المشرع للتعريف يبقى أمرا غير مستساغ كقاعدة عامة، لأنه أمر من شأنه عرقلة عمل القاضي في تطبيق النصوص القانوني من خلال التضييق عليه بتقديم تعريف محدد، فالأجدر ترك هذه المفاهيم للفقهاء والقضاء.

بد التعريف الفقهي:

تعددت التعريف والمفاهيم المقدمة من طرف الفقهاء للمعلومة، فمنهم من عرفها بأنها " رسالة معبر عنها في شكل يجعلها قابلة للنقل أو الإبلاغ للغير"¹، بينما عرفها البعض الآخر من خلال التركيز على القيمة المالية والاقتصادية للمعلومة بأنها " كل رسالة تحتوي على معنى وقيمة مالية ويمكن نقلها للغير بحيث تزيد من يقين المتلقي وتقلل من درجة الشك لديه"².

غير أن التعاريف المقدمة وإن كانت صحيحة من الناحية التقنية أو الاصطلاحية إلا أنها لا تقدم لنا مدلولاً وظيفياً واضحاً المعالم في إطار المسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء، ذلك أن موضوع دراستنا يتعلق بمسؤولية حارس المعلومة عما يمكن أن تلحقه من أضرار، وبالتالي فإن أغلب المعلومات تخرج عن نطاق دراستنا كون الكثير منها لا تلحق أي ضرر بالآخرين بل على العكس من ذلك فإن الغير ينتفع بها، وعليه فإن دائرة المعلومات التي تخدم الموضوع تعتبر دائرة ضيقة ومنه يمكن أن نعرف المعلومة على ضوء مسؤولية حارس الأشياء الالكترونية بأنها " كل رسالة

(1) محمد شتا أبو سعد، نحو إطار تشريعي لحماية المعلومات والمعلوماتية في إطار منظومة تكنولوجيا التعليم في ظل العولمة والانفتاح، مجلة الجمعية المصرية لتكنولوجيا التعليم، مج 3، ك 4، 2000، ص 340.

2) Géraldine DANJAUME, *La responsabilité du fait de l'information*, semaine juridique, édition générale, 70 (1996), no 1, p 3.

تخضع لحراسة شخص معين يمكن تداولها عبر الوسائط الالكترونية ويكون من شأن هذا التداول أن يلحق ضرراً بالغير".

ومن بين صور المعلومة الالكترونية التي تلحق ضرراً بالآخرين نذكر التشهير بالأشخاص عن طريق نشر وقائع غير صحيحة أو تشويه وقائع صحيحة وذلك بأن يلجأ الصحفي الالكتروني إلى إبراز جانب من الواقعة دون إبراز الجوانب الأخرى، أو أن يقوم بنشر خبر دون التأكد من مدى صدقه وصحته، ففي هذه الحالة تقوم مسؤولية مالك الموقع الالكتروني أو الصحفي الذي نشر المعلومة دون أن يكون له التحجج بكون المعلومة المنشورة منقولة من جريدة أخرى¹.

الفرع الثاني: مدى خضوع المعلومة المتداولة الكترونياً لقواعد المسؤولية عن حراسة الأشياء

سنحاول من خلال هذا الفرع إسقاط الأركان الخاصة للمسؤولية عن حراسة الأشياء على المعلومة المتداولة عبر الوسائط الالكترونية وذلك لمعرفة مدى انطباق وصف الشيء الخاضع للحراسة عليها أم لا، وبالتبعية إمكانية مساءلة منتج المعلومة أو موردها على أساس مسؤولية حارس الشيء، أم أنها لا تعدو أن تكون إحدى الوسائل التي قد يرتكب بها الشخص خطأ شخصياً فيسأل وفقاً لقواعد المسؤولية عن الفعل الشخصي، لذلك سنحاول دراسة هذا الفرع من خلال تقسيمه على النحو التالي: أولاً خضوع المعلومة للحراسة، وثانياً تدخل المعلومة في إحداث الضرر.

أولاً- خضوع المعلومة للحراسة:

ذكرنا في المطلب السابق أن الحارس ولكي تقوم مسؤوليته عن الأشياء الخاضعة لحراسته ينبغي أن يتمتع بسلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه، كما يتفق غالبية الفقه والقضاء على الاكتفاء بمجرد الحراسة الفعلية دون اشتراط أن تكون الحراسة قانونية، إذا لا يجب أن يكون الحارس هو مالك الشيء المحروس بل يكفي أن يكون حائزاً لكي يسأل عن الأضرار التي يرتها التدخل الإيجابي لذلك الشيء، فلا فرق إذن بين المالك والمستأجر والمستعير وحتى السارق ما دام لكل من

(1) نواف حازم خالد، خليل إبراهيم محمد، الصحافة الالكترونية ماهيتها والمسؤولية التقصيرية الناشئة عن نشاطها، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، العدد 46، أبريل 2011، ص 255.

هؤلاء سلطة الاستعمال والرقابة والتوجيه، وإن كان الأصل والقاعدة العامة والغالب أن المالك هو من تؤول إليه حراسة الشيء المملوك وبالتبعية المسؤولية عن تبعاته.

غير أن خصوصية بعض الأشياء وخطورتها وكذا انتقالها من شخص إلى آخر، فالصانع مثلاً أو المنتج يورد البضاعة لبائع الجملة الذي يبيعها بدوره إلى تاجر التجزئة، الأمر الذي يجعل من هذا الأخير وفقاً لمفهوم الحراسة عن الأشياء هو المسؤول مدنياً في مواجهة المشتري، وهو ما يعتبر إجحافاً في حق بائع التجزئة لأن السبب في تحقق الضرر غالباً ما يتعلق بعيب في ذاتية المنتج لا في تسويقه، وبالتالي يكون البائع قد تحمل مسؤولية خطأ المنتج أو الصانع الذي لم يراع في عملية الإنتاج أو التصنيع المعايير التي تحول دون أن يلحق المنتج أضراراً بالغير.

هذا الأمر دفع كل من الفقه والقضاء¹ إلى الاعتداد بما يعرف بتجزئة الحراسة، حيث تقسم إلى حراسة الاستعمال وحراسة التكوين، حيث يعتبر حارساً للاستعمال كل شخص تثبت له سلطة الاستعمال الخاصة بالشيء بينما حارس التكوين هو من تثبت له سلطة الرقابة على الشيء بمعنى أنه المسؤول عن عملية الفحص والإصلاح، وبهذا التوجه الجديد للقضاء الفرنسي فإن فكرة الحراسة تركز على عيب الشيء، فإذا كان الضرر يرجع إلى التكوين الداخلي للشيء أي أن الشيء يشتمل على عيب داخلي فيه فإن حراسته ترجع إلى المسؤول عن تكوين الشيء وهو المنتج أو الصانع نظراً لما له من إمكانيات فنية تتيح له إمكانية ممارسة الرقابة الفنية بشكل يجعله خالياً من العيوب²، وبمفهوم المخالفة فإن العيوب التي تطرأ على الشيء بعد الانتهاء من عملية الإنتاج أو التصنيع تخرج من دائرة حراسة التكوين لتدخل دائرة حراسة الاستعمال وبالتالي يكون حارس الاستعمال هو المسؤول مدنياً عن كل ضرر يمكن أن يتسبب فيه المنتج وتبرأ ذمة حارس التكوين وهو المنتج أو الصانع من كل مسؤولية في مواجهة الشخص المضرور.

وإذا ما أردنا تطبيق نظرية تجزئة الحراسة في مجال المعلومات التي تبث على الإنترنت لا سيما المقالات والمنشورات الصحفية فيمكن القول أن كل من الكاتب أو الصحفي الإلكتروني

(1) أيمن أحمد الدلوع، المسؤولية المدنية عن الأشياء الخطرة وتطبيقها على شبكات الهاتف المحمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2016، ص 42.

(2) المرجع نفسه، ص 44.

إضافة إلى رئيس التحرير يعتبران بمثابة حارسي التكوين، فالأول هو منتج المعلومة الذي يرجع إليه جمع المادة الإعلامية عن طريق إجراء الحوارات أو التحقيقات أو الإحصائيات وبعدها يقوم بكتابتها بأسلوبه الخاص وبالتالي فإن تحميله مسؤولية مقالاته يعتبر أمراً منطقياً، لأن العيب أو الخلل الذي اعترى المعلومة كان أثناء فترة إنتاجها (تكوينها) لا في فترة بثها أو عرضها للجماهير (الاستعمال). أما رئيس التحرير في المواقع الإعلامية الالكترونية فهو الشخص الذي يتولى عملية الإشراف الفني على المحتوى الإعلامي والموافقة على نشره، لذلك فالغالب أن يقوم مالك الموقع باختيار رئيس التحرير من ذوي الخبرة والكفاءة في المجالين الإعلامي والتقني¹.

ويرجع سبب اعتبار رئيس التحرير حارساً للتكوين على المعلومة الالكترونية رغم عدم مساهمته في إنتاجها، إلى الدور الرقابي الذي يلعبه حيث يملك سلطة تعديل المضمون أو عدم الموافقة على نشره، كما أن صفته كمثني تجعله أقدر على اكتشاف ما يعتري المقال من عدم مشروعية من شأنها إلحاق الضرر بالغير، وهو ما يجعل صفته كحارس للتكوين ثابتة في جانبه رفقة الصحفي كاتب المقال الأمر الذي يؤدي إلى قيام مسؤوليتهما على وجه التضامن في مواجهة الشخص المضروب.

أما بالنسبة لحراسة الاستعمال فإنها ترجع إلى مالك الموقع أو مورد المعلومة بصفة عامة، والفرص في هذه الحالة أن المعلومة في حد ذاتها غير ضارة في أصلها كأن تكون الأخبار أو المعطيات الواردة في المقال الصحفي صحيحة ودقيقة ومعالجة بطريقة موضوعية، وبالتالي فهي لا تحتوي على أي عيب ذاتي من شأنه إقامة مسؤولية الصحفي أو رئيس التحرير، غير أن عرض المعلومة أو بثها بطريقة غير صحيحة هو الذي يتسبب في إلحاق الضرر بالغير مثل تقديم معلومات غير مسموح نشرها لأنها محمية بسر الدفاع وهو ما من شأنه إسناد المسؤولية المدنية إلى مورد المعلومة باعتباره حارس الاستعمال². أما إذا تعذر تحديد سبب الضرر هل يتعلق بالاستعمال أم التكوين فيمكن رفع

(1) أروى تقوى، أيمن أبو العال، المرجع السابق، ص 452.

2) Géraldine DANJAUME, op cit, p 8.

الدعوى ضد الحارسين معا لتكون المسؤولية بالتضامن تطبيقا للقواعد العامة الواردة في نص المادة 126 من القانون المدني الجزائري¹.

ثانيا. تدخل المعلومة في إحداث الضرر:

إن تدخل الشيء يشكل رابطة السببية بينه وبين الضرر اللاحق بالضحية، وقد رأينا فيما سبق أن الفقه وفي إطار محاولة الفصل بين فعل الشيء وفعل الشخص الذي يحرسه قد وضع معيارا مفاده أن الأشياء التي لا تحدث ضررا إلا بتدخل الإنسان لا تقوم بها المسؤولية الشئئية، أما الأشياء التي تعتبر خطرة بذاتها إذ قد تتسبب في أذى الغير دون تدخل العنصر البشري فيجب إخضاعها للحراسة ومتى أضرت بالآخرين قامت مسؤولية الحارس وفقا لقواعد المسؤولية عن الأشياء.

ويرى جانب من الفقه أن المعلومة كنشاط اقتصادي يتسبب في الضرر لأنها ذات طاقة اقتصادية كامنة خطيرة تعد في الوقت نفسه مصدرا للربح والفائدة تفوق في كثير من الأحيان الأرباح والفوائد التي يجنيها المنتجون لذلك كان من المنطقي تحميل المنتفع من المعلومة مسؤولية النشاط الاقتصادي الذي يغنم منه².

غير أنه وبتطبيق مفهوم الشيء الواجب إخضاعه للحراسة على المعلومة نجد أنها من الأشياء الجامدة التي تعتبر طبيعة في يد الإنسان أي أنه لا يمكنها أن تكون بذاتها محدثة للضرر، بل يقتضي الأمر تدخل الإنسان لجعلها كذلك من خلال إذاعة المعلومة في وسائل الإعلام رغم كونها سرية أو نشرها في وقت غير مناسب أو طرحها بطريقة توهي بتورط شخص في جريمة معينة... الخ، هذا الأمر يجعل من مسؤولية حارس المعلومة مسؤولية شخصية أكثر منها مسؤولية شئئية لأن دور

(1) كريم كريمة، المعلومة والمسؤولية الناشئة عنها، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 23، سبتمبر 2016، ص 58.

2) Emanuel TRICOIRE, *la responsabilité du fait des choses immatérielles*, Dalloz, France, 2008, p 985.

توظيف الإنسان (صحفي مثلاً) للمعلومة هو الذي أدى إلى جعلها ضارة بالغير، بينما لو تركت هذه المعلومة دون تدخل بشري فما كان لها أن تحدث تلك الأضرار لأنها غير قادرة على إحداث الضرر بصفة آلية أو تلقائية.

أما بالنسبة للحجة المقدمة من طرف من يقول بالمسؤولية الشئئية لصاحب المعلومة على أساس أنها ذات قيمة اقتصادية ترجع على صاحبها بعائدات مالية كبيرة، فإننا نرد عليهم بأن هذا التبرير يكون مقبولاً لو كانت مسؤولية حارس الشيء قائمة على نظرية المخاطر، لأنها مسؤولية موضوعية غير خطئية ولا عبء فيها بخطأ الحارس ولا بنوعية هذا الخطأ¹ التي تجد أساسها في القاعدة الشرعية القائلة " الغرم بالغنم " أي أن من يمارس نشاطاً مربحاً (غنم) يجب عليه أن يتحمل تبعاته السلبية (غرم) ومن بينها تعويض المتضررين من أخطار الشيء. وهو الأمر الذي لا يمكن تطبيقه في ضوء القانون المدني الجزائري الذي جعل من الخطأ المفترض غير القابل لإثبات العكس أساساً لمسؤولية حارس الشيء حينما لم يمكن الحارس في المادة 138 من القانون المدني الجزائري من نفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ المضرور أو خطأ الغير أو القوة القاهرة أو الحادث الفجائي.

(1) المقصود بنوع الخطأ هنا هل هو خطأ واجب الإثبات أو مفترض قال لإثبات العكس أو مفترض غير قابل لإثبات العكس.

الباب الثاني:
المسؤولية العقدية في مجال
المعاملات الإلكترونية

□ الباب الثاني: المسؤولية العقدية في مجال المعاملات الإلكترونية

إذا كانت المسؤولية التقصيرية من المصادر الرئيسية للالتزام بالتعويض فإن المسؤولية العقدية تعتبر أثرا من آثار الإخلال بمصدر رئيسي آخر وهو العقد والذي يعرف بأنه "تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث آثار قانونية". غير أن الطفرة التكنولوجية و ما صاحبها من توسع في مجال الاتصالات قد ألقى بظلاله على طريقة الناس في إبرام العقود، حيث حلت العقود الإلكترونية أو عقود التجارة الإلكترونية محل العقود التقليدية لأن التجارة الإلكترونية أضحت بمثابة المنافس بل البديل الأمثل للتجارة التقليدية لأنها تعتمد أساسا على وسائل الاتصال الحديثة المرتبطة بشبكة الانترنت بدلا من العقد التقليدي الذي يعتمد على التواصل المادي والمباشر بين المتعاقدين، حيث نجد أن النوع الأول قد وفر العديد من المزايا للأفراد والمؤسسات من بينها الاقتصاد في المصاريف والسرعة في إبرام تلك العقود وتقريب المسافات البعيدة.

إلا أنه ورغم كثرة المزايا الناجمة عن التعاقد الإلكتروني فإنه قد أفرز بالمقابل العديد من الصعوبات والمشاكل القانونية، نظرا للخصوصية التي يتسم بها مقارنة بالتعاقد التقليدي، لا سيما وأن العقود الإلكترونية غالبا ما تسبق بمرحلة تفاوض بين شخصين لا يعرفان بعضهما البعض مما يجعل أحدهما يقع ضحية لتحاييل الآخر، كما أن كثيرا من العقود الإلكترونية هي عقود استهلاك مبرمة بين طرفين غير متوازنين اقتصاديا ومعرفيا فهي بمثابة عقود إذعان، وهو الأمر الذي من شأنه ترجيح كفة الطرف الأقوى، إضافة إلى أن تقدير التعويض عن الأضرار الإلكترونية قد يثير العديد من المشاكل في الواقع نظرا لخصوصية هذه الأضرار من جهة وصعوبة حصرها وتقدير قيمتها من جهة أخرى.

وعليه فإننا سندرس هذا الباب من الرسالة والموسوم بـ "المسؤولية العقدية في مجال المعاملات الإلكترونية" من خلال تقسيمه إلى فصلين اثنين نخصص الأول للمسؤولية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد، بينما نتناول في الثاني المسؤولية العقدية خلال مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني.



□ الفصل الأول:

المسؤولية العقدية خلال مرحلتي

تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتَي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

إضافة إلى العناصر والأركان الكلاسيكية فإنه يلزم لقيام المسؤولية العقدية الإلكترونية واستحقاق مبلغ التعويض وفقاً لنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري¹ وجود عقد إلكتروني صحيح مستجمع لأركانه من تراض ومحل وسبب ولشروط صحته المتمثلة في الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب، لكي تترتب عنه التزامات متقابلة تكون بمثابة الآثار القانونية المتمخضة عن عملية التعاقد.

غير أن الالتزامات الناشئة عن العقود الإلكترونية قد تكون عرضة للإخلال بها لاعتبارات شتى قد ترجع إلى الامتناع العمدي أو تعذر التنفيذ بسبب ظروف خارجية وغيرها من أسباب الإخلال بالالتزامات المعروفة في القواعد العامة للمسؤولية المدنية. هذا الإخلال أو الامتناع يشكل الفعل المنشئ للمسؤولية العقدية أو هو بمثابة الخطأ العقدي الإلكتروني الذي تقوم به المسؤولية متى اقترن بالعنصرين الآخرين وهما الضرر الإلكتروني ورابطة السببية على النحو الذي سبق بيانه في الباب الأول.

غير أن مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني التي يترتب الإخلال بها المسؤولية العقدية هي مرحلة أخيرة مسبوقة بمرحلتين لا تقلان أهمية عنها هما مرحلة تكوين العقد التي تتخللها مفاوضات الكترونية، وكذا مرحلة إبرام العقد وهي التي تتطابق فيها الإرادتين، وكل من المرحلتين السابقتين تتمخض عنها التزامات تقوم معها مسؤولية المدين.

فتقسيم هذا الفصل سيكون إلى مبحثين: المسؤولية خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني (مبحث أول)، والمسؤولية خلال مرحلة إبرام العقد الإلكتروني (مبحث ثان).

(1) تنص المادة 176 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بتعويض الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزامه، ما لم يثبت أن استحالة تنفيذ العقد نشأت عن سبب لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه".

□ المبحث الأول: المسؤولية خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني

يعتبر التعاقد الإلكتروني بمثابة الآلية أو التقنية الأكثر انتشارا لازدهار ورواج ما يعرف بالتجارة الإلكترونية¹، بالنظر إلى عديد المزايا والتسهيلات التي يقدمها للأشخاص سواء كانوا مستهلكين بسطاء أو شركات تجارية كبرى، حيث تتيح هذه التقنية للشخص إمكانية اقتناء أي سلعة أو منتج والاستفادة من أي خدمة دون حاجة للتنقل إلى مكان بيعها، كما تمكنه من مقارنة عدة منتجات ومعرفة إيجابيات وسلبيات كل منها قبل شرائها.

غير أن عقود التجارة الإلكترونية ليست على نفس الشاكلة لأن منها ما يبرم بين محترف ومستهلك²، فهي كثيرا ما تظهر في شكل عقود نموذجية أو عقود إذعان تعد بنودها مسبقا من طرف المحترف أو المهني فيقبلها المستهلك كما هي أو يرفضها كما هي دون مفاوضة أو مساومة، أما الفئة الثانية من عقود التجارة الإلكترونية فهي عبارة عن عقود متكافئة تبرم بين شخصين متساويين أو متقاربين من حيث القوة الاقتصادية أو الإمكانيات المعرفية كأن يكون أحدهما منتجا أو صانعا والآخر مستوردا. هذه العقود لا تتسم بطابع الإذعان أو النموذجية، لأن وضعية طرفي العقد لا تتيح لأي منهما الاستئثار بوضع شروط العقد لوحده، بل إنها تتطلب اتفاقا مشتركا بين الطرفين تتخلله مرحلة نقاش وتفاوض ومساومة تطول وتقتصر بحسب أهمية محل العقد، وما يتم الاتفاق عليه خلال هذه المرحلة السابقة للتعاقد يعتبر ملزما وواجب التنفيذ على الطرفين بمجرد تطابق الإيجاب والقبول بطريقة الكترونية.

وعليه فإننا سندرس في المطلب الأول من هذا المبحث مرحلة التفاوض أو المفاوضات نظرا لأهميتها القصوى في عقود التجارة الإلكترونية، في حين أن المطلب الثاني سيكون مخصصا لصور

(1) لم يعرف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية صراحة إلا أنه في مادته الأولى أشار إلى أن هذا القانون يطبق على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية. فيظهر بهذا أن هذا القانون أراد اعطاء مفهوم واسع للتجارة الإلكترونية يشمل مجموعة متنوعة من استخدامات التبادل الإلكتروني للبيانات المتصلة بالتجارة. رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، جامعة حسينية بن بوعلی الشلف، جوان 2013، ص 98.

في حين عرف المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية في المادة 6 فقرة 1 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأهمها: "التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الاتصالات الإلكترونية".

(2) عرّف المشرع الجزائري المستهلك الإلكتروني بنص المادة 6 فقرة 3 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعبوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الإلكترونية من المورد الإلكتروني بغرض الاستخدام النهائي".

الخطأ أثناء مرحلة التفاوض الإلكتروني وكذا التعويض عن الأضرار اللاحقة بالمتفاوض خلال هذه المرحلة.

المطلب الأول: ماهية مرحلة التفاوض الإلكتروني

ذكرنا فيما سبق أن العقود الإلكترونية تختلف باختلاف صفة طرفيها بين ما إذا كانت مبرمة بين محترف ومستهلك أو بين محترفين، الأمر الذي أحدث خلافاً فقهيًا حول الطبيعة القانونية لهذه العقود، حيث يرى أصحاب الرأي الأول أن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان¹ بمبرر أن أغلبها تتخذ طابعاً نموذجياً يظهر في شكل قالب أو نموذج يضعه البائع على موقعه الإلكتروني فيقوم المشتري بتحميله وملاً ما فيه من فراغات كدليل على ارتضائه التعاقد بالشروط والبنود الموضوعية، وبالتالي فإن المشتري أو المستهلك يكون في مركز الطرف المذعن الذي لا يساوم ولا يناقش أي بند تعاقدي بل يقبله على الحالة التي سنها البائع².

في حين اعتبر فريق آخر أن العقد الإلكتروني من عقود المساومة التي تتساوى فيها إرادة كل طرف مع إرادة الطرف الآخر وتتبادل فيه المناقشات بكل حرية، حيث لا يملك كلاهما أية حماية خاصة نظراً لتكافؤ وتقارب مركزهما الاقتصادي أو المعرفي، وحجتهم في ذلك أن العقد الإلكتروني لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان فالموجب مثلاً لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي، نظراً للعالمية شبكة الإنترنت وطبيعتها، وكذا الخدمات المعروضة بواسطتها والتي يصعب القول بشأنها إنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق، كما أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب له لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفاً، إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الإنترنت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء، ويخلص أنصار هذا التوجه إلى القول بأن العقد الإلكتروني ليس بالضرورة من تطبيقات عقود الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود الإلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان، كالعقود المبرمة إلكترونياً للحصول على الخدمات الضرورية كالماء، والكهرباء، والهاتف، ويضيف

(1) يعتبر التوسع في مفهوم عقود الإذعان لتشمل الكثير من العقود أحد الضمانات المستحدثة لتوفير مزيد من الحماية للمستهلك الإلكتروني، فالعقد الإلكتروني يعتبر عقد إذعان إذا لم يكن هناك تفاوض، أي أن الأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد، فإن كان العقد الإلكتروني يجيز التفاوض، ويسمح للمستهلك بمراجعة بنود العقد وتعديله أحياناً، فإنه لا يعتبر عقد إذعان، أما إذا انعدمت سمة التفاوض أو المساومة، وجاءت بنود العقد بطريقة جامدة لا تقبل المراجعة أو التعديل فهو عقد إذعان. "أنظر: سكر سليمة، عقد البيع عبر الإنترنت ومدى حجية الإنابات الإلكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2010-2011، ص 136.

(2) أمانج ممد رحيم، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 82.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

أنصار هذا الرأي أن التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية ليس فيها ما يدل على اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان¹.

كما يوجد رأي آخر أيضا ينفي عن العقود الإلكترونية خاصية الإذعان ويضعها في خانة عقود المساومة التي يمكن مناقشة ومفاوضة شروطها التعاقدية، وحجتهم في ذلك أنه لا ضرورة لأن تكون العقود الإلكترونية من عقود الإذعان دائما، رغم ما يمكن أن تشتمله من تفاصيل وشروط حول التعاقد تكون مثبتة مسبقا على الموقع الإلكتروني للتاجر، لأن اعتبار عقد معين بأنه من عقود الإذعان يقتضي اجتماع كافة الشروط ومن بينها أن ينصب العقد على سلعة أو خدمة ضرورية وأن تكون هذه الأخيرة محلا للاحتكار، وهو أمر لا يتحقق في أغلب العقود الإلكترونية².

غير أنه ورغم هذا الاختلاف الفقهي حول الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية، إلا أنه لا يمكن الانحياز لأي من الرأيين السابقين بصفة مطلقة، ذلك أن العقود المذكورة مختلفة ومتنوعة وكثيرة من حيث العدد، الأمر الذي يجعل من إعطائها نفس التكييف أو الوصف القانوني أمرا غير مستساغ ولا مقبول، مع العلم أن المفهوم الحديث للإذعان يختلف عن المفهوم التقليدي لأن مسألة احتكار سلعة أو خدمة معينة أصبحت نادرة نتيجة كثرة المصانع والمؤسسات الإنتاجية في شتى المجالات، كما أن التفاوت الاقتصادي الذي كان معيارا لتفوق طرف على آخر لم يعد هو الفيصل وحل محله التفوق المعرفي والمعلوماتي حول محل العقد وكيفية استعماله والأخطار التي قد تنتج عنه وغيرها من الجزئيات التي تشكل مضمون العقد.

وعليه فإنه ونتيجة لعدم إمكانية اعتبار كل العقود الإلكترونية عقود إذعان، فإن الكثير منها لا تبرم إلا بعد التفاوض والمساومة والمناقشة حول أهم العناصر والالتزامات التي يتعهد بها كل طرف، مع الإشارة إلى أن عدم توفر كافة شروط عقد الإذعان في العقد الإلكتروني لا يجعل المتعاقد دون حماية قانونية لأن النصوص الخاصة عبر تطوراتها المتتالية وفرت العديد من الحلول التي تضع المستهلك تحت سقف الأمن القانوني ومثال ذلك الحق في العدول بالإرادة المنفردة³.

لذلك سنعالج مسألة التفاوض الإلكتروني من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نجعل الأول منها لمفهوم التفاوض الإلكتروني، والثاني لأهم الالتزامات الناشئة عن عملية التفاوض الإلكتروني.

(1) رباحي أحمد، المرجع السابق، ص 100.

(2) أمانج ممد رحيم، المرجع السابق، ص 83.

(3) أنظر المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني

إن جوهر فكرة التفاوض يقوم على أساس تناقضي قوامه تضارب المصالح بين طرفي العقد، لأن هدف المشتري هو اقتناء المنتج أو الخدمة بأقل تكلفة ممكنة بينما يستهدف البائع أو المورد الإلكتروني رفع السعر إلى أقصى حد ممكن رغبة منه في زيادة عائداته المالية ورفع رأسماله، لذلك فإنه ومع مرور الوقت وازدياد قيمة التفاوض لم يعد هذا الأخير مجرد مساومة تحكمها الاجتهادات الشخصية وإنما غدا علما قائما بذاته له قواعد وأصول أفردت لها كتابات متخصصة¹.

أما التفاوض الإلكتروني فما هو إلا صورة مستحدثة لمبدأ سلطان الإرادة وتجسيد لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يعطي للشخص حرية التفاوض أو عدم التفاوض وحرية اختيار المتفاوض معه إضافة إلى حرية الدخول في مفاوضات أو مواصلتها أو قطعها دون إبرام العقد المتفاوض بشأنه². مع الإشارة إلى أن التفاوض التقليدي لا يختلف عن التفاوض الإلكتروني الذي كان معروفا منذ القدم إلا من حيث الوسيلة المستعملة أي أن الاختلاف الجوهرى بينهما يتمثل في الدعامة التي يتم عبرها وليس بمضمون التفاوض في حد ذاته، فالتفاوض الإلكتروني ما وصف بهذا الوصف إلا لأنه يتم باستعمال تقنيات الاتصال الحديثة³.

وعليه وبغرض إعطاء فكرة أوضح عن التفاوض الإلكتروني والنتائج المترتبة عليه وأثار الإخلال بالالتزامات التي يرتبها، فإننا سنقسم هذا الفرع إلى ثلاثة فقرات بدءا بتعريفه (أولا)، فخصائصه (ثانيا) وأخيرا أهميته (ثالثا).

أولا- تعريف التفاوض الإلكتروني:

باستقراء نصوص القانون المدني الجزائري المنظمة للعقد كمصدر إرادي للالتزام (المواد 54 إلى 123) فإن المشرع لم يتطرق صراحة لمرحلة التفاوض أو مرحلة ما قبل التعاقد وإنما أشار إليها بصفة ضمنية في نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، إذ نجده يتكلم مباشرة عن الإيجاب والقبول كتعبير بات جازم عن إرادة صاحبه، كما أن القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية

1) M. Christophe DUPONT, *La négociation conduite, théorie et application*, hommes des entreprises/ 3^{ème} éd/ Dalloz, France, 1990, p 27.

2) Pour plus de détails voir: Radu STANCU, *L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle (comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain a la lumière du droit européen)*, Thèse de doctorat en droit privé, soutenue à l'université de Strasbourg, 2015, p. 17 et suiv.

3) التعاقد أو التفاوض الإلكتروني بمفهومه الواسع يشمل استعمال الهاتف وما شابهه من وسائل للتواصل وهو من المسائل التي لها أصل تشريعي يتمثل في نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري، ومنه فإن النص المذكور يستوعب كل وسيلة اتصال يمكنها أن تلعب الدور الذي يلعبه الهاتف مثل الفايبر أو الوات ساب وغيرها.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

ورغم حداثة فإنه لم ينظم هو الآخر مسألة التفاوض الإلكتروني أو مرحلة تكوين عقود التجارة الإلكترونية رغم الأهمية الكبرى التي يكتسبها في مثل هذا النوع من العقود.

أما التشريعات المقارنة فإن مواقفها إزاء تنظيم عملية التفاوض الإلكتروني قد جاءت متباينة، حيث نجد أن مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري لعام 2001 قد نص بصفة صريحة على مرحلة التفاوض وذلك في مادته الأولى التي عرفت العقد الإلكتروني بأنه: " كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط الكتروني"، كما نجد المشرع التونسي قد أقر في الفصل الخامس والعشرين من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 بوجود مرحلة التفاوض دون أن يسميها وذلك من خلال الالتزامات التي رتبها على البائع الإلكتروني بنصه: " يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسندي الخدمات، وصفاً كاملاً لمختلف مراحل انجاز المعاملة، طبيعة وخصائص وسعر المنتج".

أما المشرع العراقي فقد سلك نفس مسلك المشرع الجزائري حينما اكتفى بتعريف العقد الإلكتروني في المادة الحادي عشر من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم 78 لسنة 2012 بقوله: "العقد الإلكتروني: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية".

غير أنه وعلى النقيض من موقف العديد من التشريعات المقارنة التي تعاملت مع التفاوض بنوع من التجاهل فإن الفقه قد أعطى لذات المرحلة أهمية قصوى من خلال المحاولات الكثيرة لتحديد مفهوم وإعطاء تعريف واضح لمصطلح التفاوض نظراً للدور البارز الذي يلعبه في إحداث توازن عقدي ينعكس على مرحلة التنفيذ.

وقد ساق الفقه عديد التعريفات للتفاوض نذكر منها التفاوض أنه " عبارة عن حوار أو تبادل مقترحات بين طرفين أو أكثر بهدف التوصل إلى اتفاق يؤدي إلى حسم قضية أو قضايا نزاعية بينهم وفي الوقت نفسه تحقيق المصالح المشتركة فيما بينهم أو المحافظة عليها"¹.

كما عرف على أنه: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء لغرض الوصول إلى اتفاق بين الأطراف المتفاوضة للتوصل إلى إبرام العقد"². وقيل أنه: " محادثة وتبادل وجهات نظر بين طرفين

(1) إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة العلوم الإنسانية جامعة بابل، العدد 3، المجلد 21، 2013، ص 949.

(2) وعود كاتب الانباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، المجلد 1، العدد 2، العراق، 2009، ص 200.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

للتوصل إلى اتفاق وتضييق شقة الخلاف بينهما وتربطهم مصلحة مشتركة لأجل إبرام العقد مستقبلا ترافقه في ذلك عناصر دفع وتعطيل بين طرفا التفاوض¹، كما عرف بأنه: "عبارة عن اتصال شفوي يتم بين طرفين أو أكثر بهدف الوصول إلى اتفاق مشترك على طريقة العمل أو على صيغة مشتركة بينهما"².

غير أن ما يعاب على هذه التعريفات وغيرها أن كلا منها نظر إلى التفاوض من زاوية معينة كالوظيفة التفاوضية أو الخطوات والمراحل التي يمر بها أو الهدف من التفاوض وغيرها، وهو ما يجعل من التعاريف المقدمة جزئية وقاصرة على أن تحيط بكل جوانب التفاوض³، هذا الأمر دفع البعض إلى محاولة تقديم تعريف شامل يجمع بين مختلف المعايير المقدمة حينما عرف التفاوض بأنه: "موقف تعبيرى حركى قائم بين طرفين أو أكثر حول قضية من القضايا يتم من خلاله عرض وتبادل وتقريب ومواءمة وتكييف وجهات النظر واستخدام كافة أساليب الإقناع للحفاظ على المصالح القائمة أول لحصول على منفعة جديدة بإجبار الخصم بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين في إطار علاقة الارتباط بين أطراف العملية التفاوضية تجاه أنفسهم أو اتجاه الغير"⁴.

وإذا كانت هذه التعاريف قد وردت في سياق تحديد المقصود بالتفاوض التقليدي فإنه لا مانع من استعمالها لتعريف التفاوض الإلكتروني، هذا الأخير يتنازع تعريفه معيارين رئيسيين الأول موضوعي يضفي الصفة الإلكترونية على كل عملية تفاوض ترد على محل الكتروني مثل عقود الخدمات والمعلومات الإلكترونية، أما المعيار الثاني فهو معيار بسيط يعتمد على الأداة أو الطريقة المتبعة في التحاور بين أطراف العقد، فيعتبر تفاوضا إلكترونيا كلما تم استعمال وسائل التكنولوجيا الحديثة مثل البريد الإلكتروني⁵.

بدمج المعايير السابقة يمكننا أن نتقدم بتعريف موسع للتفاوض الإلكتروني بوصفه "مجموعة من الحوارات والنقاشات السابقة لعملية التعاقد والتي تتم باستعمال وسائل التكنولوجيا الحديثة أو التي تستهدف إبرام عقد في المستقبل محله سلعة أو خدمة الكترونية".

(1) إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 949.

(2) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 48.

(3) محسن أحمد الخضيرى، مبادئ التفاوض، الطبعة الأولى، مجموعة النيل العربية، القاهرة، مصر، 2003، ص 21.

(4) المرجع نفسه، ص 22.

(5) Christian LARROUMET, *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Tome 3, 6ème éd, Economica, Paris, france 2007, p 81.

ثانياً. خصائص التفاوض الإلكتروني:

ذكرنا فيما سبق أن التفاوض الإلكتروني هو تمهيد لمرحلة إبرام العقد كما أنه كثيراً ما يستعمل كوسيلة أو آلية لفض النزاعات التي قد تنجم بين المتعاقدين لا سيما في عقود التجارة الدولية، إضافة إلى أن حرية التفاوض تعتبر إحدى تطبيقات مبدأ سلطان الإرادة، لذلك فإن الطبيعة الإلكترونية للتفاوض وكذا الطابع الإرادي الذي يحكم العملية يجعلها تتميز بخصائص عديدة نوجزها فيما يلي:

أ/ الطابع الثنائي للتفاوض الإلكتروني:

انطلاقاً من التعريف العام للعقد بأنه: " تطابق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني " وتأسيساً على أن التفاوض ما هو إلا مرحلة تحضيرية أو تمهيدية لإبرام العقد، فقد كان من البديهي أن يكون ثنائي الجانب على الأقل أي أنه يتم بين طرفين أو أكثر بالنقاش والتحاوور وجهاً لوجه، إما بطريقة المراسلة إذ لا يتصور وجود مفاوضات مع النفس لأن التفاوض يقوم أساساً على تقريب وجهات النظر المختلفة والمصالح المتضاربة وهذا لا يمكن تصوره في الحالة الأخيرة¹.

ب/ التفاوض الإلكتروني يتم عن بعد:

وهي خاصية أساسية تميزه عن التفاوض العادي أو التقليدي الذي يجتمع فيه المتفاوضين في مجلس واحد، الأمر الذي يجعل من التفاوض الإلكتروني تفاوضاً بين حاضرين حكماً رغم التباعد المكاني بين الطرفين وذلك بسبب تزامن العملية واتحاد وقتها في كثير من الأحيان وهو ما يتحقق بكثرة من خلال استعمال وسائل الاتصال السمعية والمرئية، أما إذا تم استعمال البريد الإلكتروني كآلية للمفاوضات فتعتبر هذه الأخيرة قد تمت بين غائبين نتيجة التباعد المكاني والزماني للمتفاوضين²، إلا إذا كان التواصل بين الطرفين آنياً حيث يتلقى أحدهما الرسالة بمجرد إرسالها من الطرف الآخر.

ج/ التفاوض الإلكتروني تصرف إرادي:

يعتبر التفاوض الإلكتروني من بين التصرفات التي تتدخل فيها إرادة الإنسان تدخلاً بارزاً لتحديد آثاره، ذلك أنه لكل طرف من الأطراف مطلق الحرية في الدخول ومباشرة المفاوضات أو الاستمرار فيها أو الانسحاب منها ولو في اللحظة الأخيرة وأساس ذلك كله إلى انطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية³.

(1) إيناس مكي عبد نصار، المرجع السابق، ص 950.

(2) أحمد سيد أحمد السيد، رشا السعيد عبد السلام، إبرام العقد الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018، ص 74.

(3) وعود كاتب الانباري، المرجع السابق، ص 201.

غير أن جانبا من الفقه الحديث في فرنسا يذهب إلى التفرقة بين الحرية التعاقدية وحرية التفاوض على أساس اختلاف الغايات والأدوار التي يلعبها كل مبدأ، فالهدف من مبدأ حرية التفاوض هو تهيئة الإطار العام الذي تدور في فلكه المفاوضات، بينما يستهدف مبدأ الحرية التعاقدية تحديد مضمون العقد المراد إبرامه في المستقبل عن طريق تحديد العناصر الأساسية المكونة لمحل العقد، أي أن المبدأ الأول يحكم شكل المفاوضات أما الثاني فينظم ويحكم محلها ومضمونها¹.

أخيرا فإن التعارض بين المبدأين يكمن في موضوع كل منهما حيث إن مبدأ الحرية التعاقدية يعطي للأطراف حرية التعاقد أو عدم التعاقد، اختيار شكل أو مضمون العقد إضافة إلى اختيار المتعاقد معه، أما مبدأ حرية التفاوض فهو يخول للأطراف حرية مباشرة المفاوضات، استمرارها، إجراء مفاوضات موازية أو حتى قطعها وتوقيفها في أي وقت².

ومهما يكن من أمر فإن التفرقة التي أثارها بعض الفقهاء تبقى مجرد تفرقة نظرية لا أكثر على أساس أن نوع المسؤولية القائمة في حق الأطراف المتفاوضة يتحدد بطبيعة الالتزام الذي تم انتهاكه تقصيرا أو عقديا، وهو أمر لا يرجع فيه القاضي للمبدأ الذي انبثق منه الالتزام بل إلى مصدره (عقد أو نص قانوني)، كما أن كلا المبدأين (على فرض وجود اختلاف بينهما) ما هما إلى تطبيقين للمبدأ الأصلي المتمثل في مبدأ سلطان الإرادة.

د / الطابع الاحتمالي لنتيجة التفاوض:

التفاوض عبارة عن عملية فنية ذات طبيعة احتمالية، إذ ليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرامه بل قد ينتهي بتحقق المقصود منه وهو ارتباط الأطراف المتفاوضة بعقد يشكل مصدرا لالتزامات متقابلة في ذمة كل منهما، كما قد ينقضي دون التوصل إلى اتفاق³.

ويرجع الطابع الاحتمالي للتفاوض إلى المبدأين اللذان يحكمانه، فمبدأ الحرية التعاقدية كما سبق وأن ذكرنا يمنح للطرف المتفاوض الحق في التعاقد أو عدم التعاقد بمعنى أنه يمكنه الدخول في مفاوضات بشأن عقد معين دون أن يبرمه ممارسة منه لحقه في عدم التعاقد، أما مبدأ حرية التفاوض فهو الآخر يخول للمتفاوض الحق في توقيف المناقشات والمحادثات في أي وقت، كما يمنحه ذات المبدأ الحق في مباشرة مفاوضات مع شخص آخر في نفس الوقت متى وجد أن مصلحته في التعاقد مع هذا الشخص دون الطرف الأول الذي بدأ معه المفاوضات.

1) Radu STANCU, Op Cit, p 18.

2) Ibid, p 19.

3) عباس العبودي، التعاقد عبر طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني – دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص 88.

غير أن كلا المبدئين ورغم الهامش الكبير من الحرية الذي يمنحانه للأطراف المتفاوضة إلا أنهما مقيدان بمبدأ حسن النية الذي يجد تطبيقه في نظرية التعسف في استعمال الحق والتي تمنع الشخص من ممارسة حقه بطريقة يقصد من وراءها الإضرار بالغير¹، ومع ذلك فإن جانباً من الفقه الغربي يعترض على الاستناد على فكرة التعسف في استعمال الحق لأنه ينكر أصلاً وجود حق يتعسف في استعماله.

الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض الإلكتروني

إن النتيجة المترتبة عن التفاوض الإلكتروني قد تختلف من حالة إلى أخرى، فمن المفاوضات ما تتوج بإبرام عقد نهائي يكون مصدراً للالتزامات التي يتعهد كل متعاقد بتنفيذها، ومنها ما يبيء بالفشل حيث تنتهي تلك المناقشات دون التوصل إلى أي اتفاق، وفي حالات أخرى قد يتوصل الأطراف إلى إبرام عقد ابتدائي يشكل إطاراً لاستمرار المفاوضات ويكون ملزماً فيما تضمنه من بنود.

غير أنه ورغم اختلاف كل نهاية لعملية التفاوض إلا أن هناك التزامات عامة تمثل تجسيدا وتطبيقاً لمبادئ قانونية مستقر عليها مثل مبدأ حسن النية² ينبغي على كل متفاوض أن يحترمها وأن يعمل بها تحت طائلة قيام مسؤوليته المدنية والتزامه بتعويض المتفاوض معه عن الأضرار التي تصيبه من جراء خرق تلك الالتزامات. وعليه سنتناول من خلال هذا الفرع أهم الالتزامات المفروضة على الأطراف في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

أولاً- الالتزام بالإعلام:

عرف الالتزام بالإعلام بأنه: "التزام قانوني بمقتضاه يلتزم كل محترف بائع لسلمة أو مقدم لخدمة قبل إبرام العقد بأن يعرف المستهلك بكافة الخصائص الأساسية للسلمة أو الخدمة"³ وقيل

(1) تنص المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يشكل الاستعمال التعسفي للحق خطأ لا سيما في الحالات التالية:

- إذا وقع بقصد الإضرار بالغير،
- إذا كان يرمي للحصول على فائدة قليلة بالنسبة إلى الضرر الناشئ بالغير،
- إذا كان الغرض منه الحصول على فائدة غير مشروعة."

(2) "يقصد بحسن النية الثقة والإخلاص والنزاهة والصراحة والإنصاف التي تقتضيها العلاقة التعاقدية، وما تحمله من تعهد حيث ينبغي للمتعاقد الاتصاف بكل الصفات الحميدة التي من شأنها أن تجعل الالتزام يسيراً وفقاً لما تعهد به المتعاقدان، عندئذ يتجسد عنده مبدأ حسن النية ويمنع عليه التدليس والغش والخداع واستغلال ظروف الطرف الآخر ووضعيته لإرهاقه، وهي الصفات التي تجعل تنفيذ الالتزام عسيراً فتؤدي إلى إجحاف حقوق طرف على الآخر."

3) G. Viney, P. Jourdain, G. Jacques, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., 4ème éd, 2013, p 619.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

أنه: "التزام ينبه بواسطته أحد أطراف العقد الطرف الآخر عن مخاطر العقد ومنافعه فيجعله على بينة من ظروف التعاقد قائما على معرفة تامة بسبب التزامه"¹.

ويُعتبر هذا الالتزام من الالتزامات الأساسية التي تفرضها مختلف القوانين والتشريعات على المحترفين أو المتدخلين في مواجهة المستهلكين، ومن بينهم المشرع الجزائري الذي ألقى على عاتق المتدخل بموجب المادة 17 من القانون 03-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش² التزاما عاما بإعلام المستهلك بكل ما يتعلق بالمنتج المعروض للبيع.

ورغم عمومية النص كونه يتكلم عن المستهلك بصفة عامة دون أن يخصص المستهلك الإلكتروني وعدم تمييز المادة المذكورة بين الالتزام ما قبل التعاقد والالتزام التعاقدية وغيرها من النقائص التي تعتري نص المادة 17 من القانون 03-09، إلا أن العائق الأكبر في سبيل جعل المادة سالفة الذكر كأساس قانوني للالتزام بالإعلام في فترة المفاوضات الإلكترونية هو كونها تفرض ذلك الالتزام على المتدخل في مواجهة المستهلك أي أن محلها هو عقود الاستهلاك، مع العلم أن هذه الأخيرة أقرب إلى عقود الإذعان منها إلى عقود المساومة وبالتالي فهي غير مسبقة عادة بمرحلة تفاوض، ذلك أن المركز الاقتصادي للمتدخل أو المحترف يجعله في غنى عن الدخول في محادثات أو مناقشات، لأنه ينفرد ويستأثر بوضع البنود التعاقدية بصفة مسبقة وليس للمستهلك إلا أن يقبلها على حالتها أو يرفضها دون مفاوضة أو مساومة.

وكنتيجة لخلو نصوص القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية من أي إشارة للالتزام بالإعلام في عقود التجارة الإلكترونية وعدم صلاحية المادة 17 من القانون 03-09 للتطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية فإن نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري³ تشكل الأساس القانوني الوحيد الذي يمكنه استيعاب الالتزام بالإعلام ما قبل التعاقدية في العقود الإلكترونية لأنها وردت بشأن عقد من عقود المساومة وهو عقد البيع خاصة وأن أغلب العقود الإلكترونية هي عقود بيع.

(1) وعود كاتب الانباري، المرجع السابق، ص 204.

(2) تنص المادة 17 من القانون 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009، العدد 15 على ما يلي: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم."

(3) تنص المادة 352 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجب أن يكون المشتري عالما علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه. وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع علما كافيا سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع."

ثانياً - الالتزام بالتعاون:

يقوم هذا النوع من الالتزام على أساس أخلاقي قوامه النزاهة التي ينبغي أن تسود المعاملات المالية بين البشر، حيث تعتبر تلبية الاحتياجات بمثابة الهدف المشترك الذي تنصرف إليه إرادة المتفاوضين قبل تطابقهما، فيبرم العقد لأن كل طرف وجد في الطرف الآخر وسيلة لتحقيق هدفه الخاص. وهو من بين الالتزامات التي لم تنظمها التشريعات بصفة صريحة لأنه التزام يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود، وبالتالي فهو مفروض ضمناً دون حاجة إلى النص عليه صراحة¹، لذلك يمكن اعتبار هذا الالتزام بمثابة نتاج لاجتهاد الفقه والقضاء الذي اعتبره تطبيقاً من التطبيقات الحديثة لمبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الإلكترونية².

ويرى المعتقدون بوجود هذا الالتزام بأنه التزام متبادل مفروض على كلا طرفي العملية التفاوضية على عكس الالتزام بالإعلام الذي يفرض على أحد المتفاوضين دون الآخر، ويظل قائماً طيلة مرحلة المفاوضات الإلكترونية لأن الغاية من فرضه هو تحديد الهدف الأساسي من العقد الذي يسعى الأطراف لتحقيقه، وبيان الاحتياجات الفعلية من محل التعاقد عن طريق الحوار المتبادل لتسهيل مهمة كل متفاوض، إما بانعقاد العقد وإما بغض النظر عنه بصفة كلية، فهو يقوم على الحوار المتبادل، حيث يجب على كل متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الآخر بقصد الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية³.

ثالثاً - الالتزام بالسرية:

كثيراً ما تتخلل مرحلة التفاوض عمليات أخذ وعطاء حول محل العقد الذي قد يكون خدمة ذات طابع إلكتروني معقد يستلزم إطلاع الطرف المتفاوض على كيفية استخدامها والمحافظة عليها بطريقة تجعله يطلع على أسرار مهمة من شأن نشرها أن يؤثر في سمعة الطرف الآخر أو قد يجعلها عرضة للسطو عليها من طرف الآخرين.

فإذا ما تحقق مثل هذا الأمر وأقدم الطرف الذي تحصل على أسرار الطرف الآخر على نشرها فإنه يكون قد ارتكب خطأ يستلزم قيام مسؤوليته المدنية عن كل ضرر قد يتسبب فيه إذا كان ذلك يلحق الضرر بالمفاوض الآخر، مع العلم أن تقدير المسؤولية هنا يخضع لسلطة قاضي الموضوع الذي

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 54.

(2) عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 142. مشار إليه: عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد أكلي محند الحاج البويرة، 2012، ص 41.

(3) عتيق حنان، المرجع السابق، ص 41.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

يتحسس مدى احترام المتفاوض لمبدأ حسن النية عند إفشائه لأسرار المتفاوض الآخر على أن يراعى العادة والتعامل الجاري به العمل¹.

فالسطة التقديرية لقاضي الموضوع تنحصر في تقدير مدى التزام الشخص بمبدأ حسن النية الذي يعتبر الالتزام بالسرية الإلكترونية أحد تطبيقاته الحديثة، وذلك باستعمال معيار الرجل العادي أي المتفاوض العادي الذي يوجد في ذات الظروف ويتحصل على نفس المعلومات وهو معيار موضوعي مجرد لا يأخذ بعين الاعتبار شخصية المتفاوض أو حالته الاجتماعية.

ومهما يكن من أمر فإن الالتزامات المذكورة وغيرها ما هي إلا تطبيقات ونماذج لمبدأ حسن النية الذي نص عليه المشرع الجزائري بموجب المادة 107 من القانون المدني الجزائري² والتي جعلت من المبدأ المذكور قيما ملازما لتنفيذ أي التزام يفرضه العقد على المدين به.

غير أنه وإن كان تنفيذ الالتزامات التعاقدية بحسن نية من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة المحكمة العليا كون المبدأ المذكور صراحة في نص قانوني يتمثل في فحوى المادة 107 من القانون المدني فإن تقدير مدى التزام المدين عند تنفيذه للعقد بمبدأ حسن النية يعتبر من المسائل الواقعية الموضوعية التي يستقل بها قاضي الموضوع دون تعقيب عليه من طرف المحكمة العليا.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن مرحلة التفاوض

انتهينا في الفرع السابق إلى أن مرحلة التفاوض ورغم عدم تنظيمها من طرف المشرع في القانون المدني والنصوص القانونية الخاصة، إلا أنها محكومة بمبادئ قانونية ثابتة أبرزها مبدأ حسن النية والذي تتفرع عنه التزامات فرعية أهمها الالتزام بالإعلام والالتزام بالتعاون والالتزام بالسرية. هذه الالتزامات قد تكون عرضة للإخلال والانتهاك وعدم التنفيذ من طرف أحد الأطراف المتفاوضة، وهو الأمر الذي قد يلحق أضرارا مادية وحتى أدبية بالمتفاوض الآخر مما يستوجب قيام المسؤولية المدنية للأول تجاه الثاني والتزامه بتعويضه عما لحقه من انتقاص في ذمته المالية أو في سمعته وشرفه.

فالمتفاوض يتمتع بحرية مطلقة في قطع المفاوضات متى رغب في ذلك طبقا لمبدأ حرية التعاقد الذي يبيح لكل طرف حق العدول أو الانسحاب من التفاوض في أي وقت دون مسؤولية عليه طالما كان لهذا العدول ما يبرره، إذ أن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يجبر على الاستمرار في التفاوض وصولا إلى إبرام العقد النهائي، إلا أن قطع المتفاوض للمفاوضات على نحو تعسفي وبدون سبب موضوعي، أو التفاوض مع الطرف الآخر بسوء نية يضعه محلا للمساءلة القانونية، فالمتفاوض

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 54.

(2) تنص المادة 107 فقرة 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية."

لا يسأل عن قطع المفاوضات بقدر ما يسأل عن الإخلال بالثقة التي ولدها في نفس المفاوضات الآخر بما يتناقض ومبدأ حسن النية في التعامل¹.

غير أنه وإن كانت مسؤولية الطرف المخل بالتزاماته ما قبل التعاقدية أمراً محسوماً فيه ومتفقاً عليه إلا أن الخلاف حدث حول نوع المسؤولية المثارة، هل هي مسؤولية عقدية لأن المفاوضات كانت بغرض إبرام عقد؟، أم أنها مسؤولية تقصيرية غير عقدية (تقصيرية) لأن العقد لم ينعقد بعد والخطأ ارتكب خارج دائرته؟ أم أنها مسؤولية ذات طبيعة متميزة تراعى فيها خصوصية هذه المرحلة الحساسة من مراحل إبرام العقد؟

للإجابة على مختلف التساؤلات التي يثيرها الموضوع سوف نقوم باستعراض مختلف الآراء الفقهية التي قيلت في هذا الشأن، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن التفاوض الإلكتروني

يذهب جانب من الفقه إلى تكييف المسؤولية عن الأضرار الناتجة أثناء فترة التفاوض الإلكتروني بأنها مسؤولية عقدية وليست تقصيرية، غير أن أنصار هذا التوجه قد اختلفوا حول الأساس القانوني الذي تبني عليه المسؤولية العقدية وانقسموا إلى قسمين:

أولاً- الرأي الأول:

يتزعمه الفقيه الكبير اهرنج الذي يعتبر من أوائل القائلين بالطبيعة العقدية لمسؤولية المفاوضات على أساس الخطأ في تكوين العقد، ويبرر موقفه بافتراض وجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على عملية تعاقدية تجاه الطرف الآخر بصحة التصرف وبأن لا يأتي من الأعمال ما من شأنه أن يتسبب في بطلان العقد، فيكون التعهد الضمني بمثابة إيجاب وسكوت الطرف الآخر قبولاً ينعقد معه عقد غير مسمى يترتب التزام في ذمة الأول بالضمان تجاه الثاني².

إلا أن هذا الرأي منتقد لأنه يقوم على محض افتراض على عكس ما تقتضيه القواعد العامة للتعاقد من وجود إرادة صريحة وباتة وجازمة تنصرف باتجاه إحداث آثار قانونية، كما أن المتفاوض عندما يعبر عن إرادته فهو يقصد العقد النهائي المراد إبرامه والالتزام ببنوده ولا يخطر في باله إبرام عقد آخر يترتب في ذمته التزامات قانونية³.

(1) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 54.

(2) وعود كاتب الاباري، المرجع السابق، ص 206.

(3) عمر سالم محمد، الطبيعة القانونية للمسؤولية السابقة عن التعاقد، مقال منشور على الانترنت على الرابط التالي:

http://www.google.fr/ sclient=psy-ab&q. تاريخ الاطلاع على الموقع: 2020/03/10.

ويرى الفقيه المصري عبد الرزاق أحمد السنهوري أن التوسع في أعمال قواعد المسؤولية العقدية من طرف الفقيه اهرنج يرجع إلى قصور قواعد القانون الروماني الخاصة بالمسؤولية التقصيرية التي لم تكن تغطي وتستوعب مرحلة ما قبل التعاقد، وفي هذا يقول السنهوري: "إن هذه النظرية تعد من نظريات الضرورة اضطرارا لما ضاق به القانون الروماني عن أن يتسع لحاجات التعامل ولم يعد للتمسك بها ما يبرره الآن"¹.

ثانيا. الرأي الثاني:

يتزعمه الفقيه سالي والذي يعتبر من أشد المدافعين عن عقدية المسؤولية أثناء مرحلة المفاوضات بمرر أنه بجانب العقد الأصلي الذي يستهدف المتفاوضان إبرامه يوجد عقد تمهيدي يتمثل في وعد بالتعاقد موجه من أحدهما للآخر ويتضمن تعهدا جديا من جانب الواعد ينعقد معه عقد الوعد إذا لاقى قبولا من الطرف الآخر، الأمر الذي تثار معه المسؤولية العقدية للواعد بمجرد إخلاله بالتزام متمخض عن عقد الوعد وإن لم يتم إبرام العقد الأصلي².

ويعرف العقد التمهيدي (ما قبل العقد) بأنه: "عقد تحضيري لإبرام عقد آخر"³ وبالتالي فهو عقد مستقل مقارنة بالعقد الأصلي الذي ينشئ التزامات مختلفة مقارنة بتلك التي ينشؤها العقد النهائي، لأن التزامات العقد التمهيدي تتسم بالتأقيت (مؤقتة) ولكنها ملزمة⁴.

غير أن الفقه الفرنسي وإن اعترف بالعقود التمهيدي وما تفرزه من التزامات ذات طابع تعاقدية تنهض معه المسؤولية العقدية عن كل إخلال بتلك الالتزامات، إلا أنه ميز بين ثلاثة أنواع من العقود: الأولى منها هي تلك التي تتضمن مختلف العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه دون إمكانية إبرامه نهائيا لأسباب مختلفة⁵، أما الفئة الثانية من العقود التمهيدي أو التحضيرية فهي التي تجمع العناصر الرئيسية للعقد النهائي بالنسبة لأحد الأطراف فقط وهو ما يعرف بالعقد-الإطار الذي يحدد

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، 220.

(2) نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات العقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1982، ص 304.

(3) L'avant-contrat « Est un contrat préparatoire à la conclusion d'un autre contrat ». M.Fabre, **droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral**, 3ème éd, PUF, Paris, France, 2012, p 236.

(4) P. Malaurie, L.Aynès, P.Stoffel-Munck, **Droit civil. Les obligations**, 6ème éd, LGDJ, Paris, France, 2013, p 221.

(5) مثال ذلك الوعد بالتعاقد الملزم لجانبين الذي يتضمن الاتفاق على كافة العناصر الرئيسية للعقد إلى غاية حصول الواعد على سند الملكية.

القواعد الأساسية للعلاقات التعاقدية اللاحقة التي يخضع لها الأطراف¹، أما الفئة الثالثة فهي وسط بين الفئة الأولى والفئة الثانية حيث تجمع عددا كبيرا من اتفاقات المفاوضات والاتفاقات الوسيطة.

الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن التفاوض الإلكتروني

ذكرنا فيما سبق أن قطع المفاوضات أو رفض الاستمرار فيها بمثابة صور أو تطبيقات لمبدأ حرية التفاوض، فالأصل ألا يحاسب ولا يسأل الشخص متى مارس حقا من حقوقه أو حرية من حرياته، لذلك فقد ذهب الكثير من الفقهاء إلى اعتبار المسؤولية القائمة خلال مرحلة التفاوض مسؤولية تقصيرية بحجة أن الأحكام التي تنظمها هي التي تطبق كلما خرجنا عن دائرة العقد، وقد أسس أنصار هذا الاتجاه فكرتهم على أساس التعسف في استعمال الحق². وهو ذات التوجه الذي استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية على أساس أن المفاوضات لا تعدو أن تكون مجرد عمل مادي غير ملزم ولا ترقى إلى مستوى التصرف القانوني الاتفاقي، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني سوى المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر للطرف الآخر³.

غير أن هذا الرأي وبقدر ما فيه من الصحة والوجاهة فإنه لم يكن بمنأى عن النقد إذ يؤخذ عليه تجاهله بأن ثمة التزامات يمكن أن تنشأ عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض ويكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض، أو الحفاظ على سرية المعلومات، أو الالتزام بعدم التفاوض مع الغير، وعليه فالإخلال بالالتزامات الناتجة عن مثل هذه العقود وإن كان يقع في مرحلة تسبق إبرام العقد النهائي، إلا أنه لا يمكن بأي حال تجريدها من طبيعتها العقدية⁴. أما تأسيس المسؤولية على التعسف في استعمال الحق فيرد عليه البعض بانعدام وجود الحق أصلا حتى يتم التعسف في استعماله⁵.

الفرع الثالث: الطبيعة المتميزة للمسؤولية عن التفاوض الإلكتروني

نتيجة الانتقادات الموجهة للنظريات السابقة والتي بالغت في التمسك بنظام قانوني بعينه على حساب النظام الآخر، فقد ظهر رأي وسط حاول تفاعلي وتلافي تلك الانتقادات السابقة حيث يعتقد أنصار هذا الرأي أنه لا يمكن اعتبار المسؤولية عن التفاوض مسؤولية عقدية بصفة مطلقة

1) P.Malaurie, L.Aynès, P.Stoffel-Munck, op cit, p 222.

2) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية في تقنيات البلدان العربية، ص 235.

3) ذكره: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 62.

4) محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد - دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا -، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 327.

5) أنظر: عمر سالم محمد، المرجع السابق، ص 10.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

لأن المفاوضات الإلكترونية في كثير من الأحيان لا تتجاوز كونها مجموعة أعمال مادية لم تنصرف فيها إرادة الأطراف إلى الالتزام أي أنه لا وجود لعقد الكتروني مبرم بين الطرفين لكي نقول أن المسؤولية عقدية، بالمقابل فإن الغلو في التمسك بالطابع التقصيري للمسؤولية عن مرحلة التفاوض الإلكتروني بجانب الحقيقة طالما أن الكثير من العقود الإلكترونية وقبل إبرامها بصفة نهائية تكون مسبقة بعقود تمهيدية تتدخل إرادة الأطراف بنية ترتيب آثار قانونية معينة كالاتمرار في المفاوضات مثلا، ولا شك في أن مخالفة الالتزامات الناشئة عن مثل هذه العقود التحضيرية أو التمهيدية ترتب مسؤولية عقدية لا تقصيرية¹.

وعليه فإنه ونتيجة لعدم إمكانية تطبيق نظام مسؤولية معين بصفة مطلقة ودائمة فإنه لا مناص من تحديد نوع العلاقة التي تربط الأطراف المتفاوضة لمعرفة مصدر الالتزام الذي تم الإخلال به أو انتهاكه وبالتبعية معرفة طبيعة المسؤولية المدنية التي يتحملها الطرف المتفاوض الذي ارتكب خطأ أثناء المفاوضات الإلكترونية تسبب خطؤه في إلحاق الضرر بالطرف الآخر، فإذا كان ما دار بين الأشخاص عبارة عن مفاوضات حرة *Négociations Libres* فإنها مجرد أعمال مادية يترتب عنها مسؤولية تقصيرية، أما إذا كانت عبارة عن مفاوضات منظمة *Négociations Organisées* فالمسؤولية تكون عقدية لأن هذا النوع من المفاوضات محكوم بعقود إطار تضبط مختلف مراحل العملية التفاوضية،² غير أن الأمر قد يلتبس على قضاة الموضوع لتحديد نوع الالتزام الإلكتروني ما قبل التعاقد هل هو عقدي أم تقصيري؟

بالرجوع إلى القواعد العامة الناظمة للمسؤولية المدنية فإننا نجد أن المسؤولية التقصيرية تشكل الأصل العام بينما المسؤولية العقدية هي مسؤولية استثنائية، وبالتالي فإذا اجتمعت وتوفرت شروط كلا المسؤوليتين فإن القاضي يطبق أحكام المسؤولية العقدية نظرا للطابع الاستثنائي الذي تتسم به، أما إذا تأكد القاضي من توفر شروط المسؤولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية دون أن يتأكد من تحديد نوعها فالراجح أن يكييفها على أنها مسؤولية تقصيرية، لأن المسؤولية العقدية عبارة عن استثناء والاستثناء يستلزم توفر كافة شروطه ومتى تخلف شرط من هذه الشروط وجب الرجوع إلى الأصل وهو المسؤولية التقصيرية.

من خلال كل ما سبق ذكره حول مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني أو ما يعرف بالتفاوض الإلكتروني يمكن القول أنه ورغم تغافل التشريع عن تنظيمه إلا أنه مقيد ومحكوم بمبدأ حسن النية الذي تتعاضم وتتزايد أهميته في العقود الإلكترونية مقارنة بالعقود التقليدية الكلاسيكية لأن المفاوضات تتم عن بعد والأطراف المتفاوضة لا تجمعها معرفة سابقة الأمر الذي من شأنه زيادة

(1) محمد حسام لطفي، المرجع السابق، ص 58. نقلا عن: عمر سالم محمد، المرجع نفسه، ص 12.

2) Radu STANCU, op cit, p 250.

فرضية التحايل والتدليس بطريقة تؤثر في رضا المتعاقدين، لذا ينبغي على المشرع الجزائري التدخل لتنظيم هذه المرحلة الحساسة من عمر العملية التعاقدية بطريقة يراعى فيها التباعد المكاني والغموض وعدم التعارف الشخصي بين المتفاوضين.

المبحث الثاني: المسؤولية خلال مرحلة إبرام العقد الإلكتروني

إذا كانت مرحلة التفاوض الإلكتروني تمثل الفترة التحضيرية التي يسعى من خلالها كل طرف إلى تحقيق أكبر قدر ممكن من المنافع والامتيازات المادية والمعنوية في مقابل تعهده بأقل قدر من الالتزامات وذلك نتيجة التضارب في المصالح بين الأطراف المتفاوضة، فإن مرحلة الإبرام هي فترة الحسم التي يتم الاتفاق فيها على كافة المسائل الجوهرية التي يقوم عليها العقد الإلكتروني والتي يلتزم معها الأطراف بتنفيذها كما هي، فواقعة التلاقي أو التطابق بين الإيجاب والقبول تشكل لحظة ميلاد العقد ومعه الآثار القانونية المتمثلة في الالتزامات الملقاة على عاتق طرفيه والتي لا يجوز لأي منهما التحلل منها أو تعديلها بصفة انفرادية¹ إعمالاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد.

فتطابق الإرادتين² يقتضي وجود إرادة بادرة بالإيجاب الإلكتروني الذي قد يتم التراجع عنه أو تعديله، وإرادة مقابلة تقبل الإيجاب الموجه إليها عبر ما يعرف بالقبول الإلكتروني الذي قد يوافق الإيجاب، كما أن الإرادتين ينبغي أن تتفقا على موضوع محدد يشكل محل العقد، إضافة إلى السبب الذي يبتغي من وراءه كل طرف إبرام العقد والذي يشترط فيه القانون شروطاً معينة ويخلف جزاءات مدنية على تخلفها.

فإذا ما استجمع العقد الإلكتروني أركانه من تراض ومحل وسبب يكون قد تشكل وانعقد بشكل يحول بينه وبين هدمه عن طريق ما يعرف بالبطلان، غير أنه يبقى مهدداً بالإبطال إذا تخلف شرط من شروط صحته المتمثلة أساساً في سلامة الرضا من العيوب واكتمال أهلية المتعاقدين.

فمرحلة الانعقاد على قدر دقتها وأهميتها باعتبارها تحدد ما يجب على كل طرف الالتزام به وما يحق له الحصول عليه، قد تثير إشكاليات عديدة تنتهي بقيام مسؤولية أحد الطرفين نتيجة ما قد يرتكبه من خطأ أو أخطاء في مواجهة الطرف الآخر.

وعليه سنحاول معالجة المسؤولية الإلكترونية خلال مرحلة إبرام العقد عن طريق تقسيم المبحث إلى مطلبين، نخصص المطلب الأول للمسؤولية عن التراضي الإلكتروني والمطلب الثاني للمسؤولية عن عيوب الإرادة والأهلية.

(1) الحق في العدول يمثل استثناء وهو من القواعد التي أقرها المشرع لحماية المستهلك الإلكتروني.

(2) تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

المطلب الأول: المسؤولية عن التراضي الإلكتروني

تماشيا مع مبدأ الرضائية الذي يسود العقود فقد سمح المشرع الجزائري في المادة من 60 القانون المدني¹ للأشخاص بأن يعبروا عن إرادتهم بأي طريقة يظهر من خلالها إرادتهم الجدية في التعاقد، سواء تم هذا التعبير بطريقة صريحة من خلال اللفظ أو الشفاهة وهو الأصل الذي يكرس رضائية العقود، أو عن طريق الكتابة التي قد تكون وجوبية أي أنها شكلية انعقاد كما هو الشأن في التصرفات القانونية الواردة على عقار² أو عقد الشركة³، كما قد تكون الكتابة باتفاق الأطراف رغم كون العقد رضائيا بطبيعته لعدم تعلق الرضائية بالنظام العام إذ يجوز الاتفاق على مخالفتها تحقيقا لمصلحة طرفي العقد.

ويعرف التعبير الصريح عن الإرادة بأنه: "المظهر الذي وضع في ذاته للكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس"⁴ وقيل أنه: "استعمال إشارة متداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يدع شك في دلالاته على مقصود صاحبه كما في حالة وقوف سيارات الأجرة في الأماكن المخصصة لوقوفها، وعرض التاجر للبضائع وعلما الأسعار على واجهات المحل... فهذه مواقف تدل صراحة دون أي شك على أن السائق يعرض السيارة للركوب والتاجر يعرض السلعة للبيع"⁵.

أما الطريقة الثانية التي اعتد بها المشرع في المادة 60 من القانون المدني الجزائري للتعبير عن الإرادة فهي التعبير الضمني غير الصريح الذي لا يكفي بذاته لأن يكون تعبيرا عن الإرادة، غير أن الظروف التي تم فيها لا يمكن معها تفسيره إلا باعتباره كذلك، فالتعبير الضمني إذن هو تعبير غير مباشر عن الإرادة يتم الكشف عنه من الأفعال التي تصدر عن الشخص مثل تصرف الشخص في

(1) تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا. كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا"

(2) تنص على ذلك المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري بقولها: "زيادة عن العقود التي تأمر القانون بإخضاعها على الشكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها... في شكل رسمي، وجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي يحرر العقد."

(3) تنص المادة 418 من القانون المدني الجزائري على: "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد". وتنص المادة 545 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري على ذلك بقولها: "ثبتت الشركة بعقد رسمي والا كانت باطلة".

(4) أحمد سيد أحمد السيد، رشا السعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 218.

(5) أنظر: صبري السعدي، المرجع السابق، ص 213.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

شيء عرض عليه ليشتريه فالتصرف في الشيء يدل على قبول المتصرف ضمنيا شراء الشيء بالثمن المعروض عليه¹.

ولأن العقود الإلكترونية لا تخرج عن القواعد العامة للتعاقد فهي تقتضي تطابق إرادتين معبر عنهما بطريقة الكترونية تحت طائلة عدم وجود العقد لأنه لا يعتد بالنوايا والأفكار ما لم يعبر عنها، لذلك فإن تطابق الإيجاب والقبول الإلكترونيين يكفي لانعقاد العقد الإلكتروني مع مراعاة ما قد ينص عليه القانون من أشكال وأوضاع خاصة².

وعليه فإنه يجوز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائط الإلكترونية³ المتاحة سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثات الإلكترونية المسموعة أو المرئية بشرط أن تكون الإرادة جدية وباتة، لأن الصياغة التي جاءت بها المادة 60 من القانون المدني الجزائري تتسم بالعمومية حيث ذكرت " الكتابة " بصيغة الإطلاق مما يفيد إمكانية استعمال الكتابة الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة، كما أن هناك من الإشارات والإيحاءات التي تتم بطريقة الكترونية تدل بصفة واضحة على ارتضاء صاحبها مسألة عرضت عليه من الطرف الآخر.

كما أن هناك من يرى⁴ أنه رغم عدم تضمين القانون الجزائري نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة، إلا أن مشروعية التعاقد بواسطة هذه الوسائل تستخلص من القواعد العامة الواردة في القانون المدني، إضافة إلى التعديل الأخير الذي أدخل بموجبه المشرع الجزائري الكتابة في شكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ضمن قواعد الإثبات في

(1) أنظر: وحيد سوار الدين، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 168.

(2) شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 85.

(3) رغم عديد المزايا التي يوفرها التعاقد الإلكتروني إلا أن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية يثير جملة من المشاكل ذات الطبيعة القانونية نذكر منها:

- عدم السماح للمتعاقد بالتأكد من هوية وصفة الطرف الآخر.

- سيثور الشك بشأن تلاقي الإرادتين وذلك لعدم تعاضدهما، فهناك مدة زمنية تنقضي بين الإيجاب والقبول.

- كما ستثور مشكلة بشأن زمان ومكان انعقاد العقد،

- عدم توفر أدلة الإثبات على اليقين الكافي طالما أن المستندات المثبتة للتصرفات القانونية لا يتم تبادلها يدويا.

لمزيد من التفاصيل أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، ورقة بحثية للمشاركة في مؤتمر القانون والكمبيوتر المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، من 1 إلى 3 ماي 2000، طبعة 2003، ص 127.

(4) نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص 20.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

القانون المدني الجزائري، حيث كان ذلك بموجب المادتين 323 مكرر 1، و 327 فقرة 2 من القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني.

لكن ورغم عمومية وسعة نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري والذي يستوعب الطرق الحديثة للتعبير عن الإرادة، إلا أن هذا الأخير سواء كان إيجاباً أو قبولاً يتميز ببعض السمات التي تميزه عن الإيجاب أو القبول التقليدي، الأمر الذي من شأنه التأثير حتى على قواعد المسؤولية المدنية.

الفرع الأول: المسؤولية عن الإيجاب الإلكتروني

إذا كان المشرع الجزائري لم يعط تعريفاً للإيجاب الإلكتروني ولا الإيجاب التقليدي انطلاقاً من أن التعاريف من اختصاص الفقه والقضاء وهو حال العديد من التشريعات المقارنة، إلا أن تشريعات أخرى تناولت موضوع الإيجاب الإلكتروني أو ما يعرف بالإيجاب عن بعد ومن بينها قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونيسترال الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 الذي أجاز في مرحلة أولى منه التعبير عن الإرادة باستخدام رسالة البيانات حيث نصت المادة 11 فقرة 1 منه على أنه: "في سياق تكوين العقد وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"، ليأتي البند (2/3) من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ليعرف الإيجاب الإلكتروني بالنص على أن: "تمثل الرسالة إيجاباً إذا تضمنت عرضاً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرسالة المتاحة الكترونياً بشكل عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

غير أن ما يعاب على التعريف الأخير هو اشتراطه أن يكون الإيجاب موجه إلى أشخاص محددين ومعرفين وهو ما يناقض طبيعة الإيجاب الإلكتروني الذي يقوم على التفاعلية مع أكبر قدر ممكن من المستهلكين، فالأصل أن يوجه التاجر إيجابه إلى فئة واسعة من الجماهير عن طريق وضع العروض على موقعه الإلكتروني وهو ما يعني عدم معرفته المسبقة بالأشخاص الذين سيتعاقد معهم أما الاستثناء فهو توجيه العرض لفئة معينة وهو في هذه الحالة يعتمد على إرسال رسائل الكترونية باستخدام آلية البريد الإلكتروني¹.

أما التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد فقد عرف الإيجاب الإلكتروني بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة

(1) انظر: وعود كاتب الأنباري، ص 261.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من ذلك مجرد الإعلان والدعاية والدعوة للتعاقد¹.

أما فقها فقد تم تعريف الإيجاب الإلكتروني على أنه: "التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد ويتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"². وقيل أنه: «كل اتصال عن بعد يتم بواسطة الشبكة ويتضمن كل العناصر اللازمة المتطلبية في الإيجاب التقليدي بحيث يستطيع من وجه إليه هذا الاتصال أي كل شخص مهتم بهذا الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"³. وعرف أيضا بأنه: "التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بحيث يتم ذلك من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية (شبكة الأنترنت)، مع ضرورة أن يتضمن هذا التعبير كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يوجه الى الشخص الذي يهمله الأمر، أو الطرف الآخر فيقبل التعاقد مباشرة أثر ذلك"⁴ في حين عرف الإيجاب التقليدي على أنه: "اقتراح بات لإبرام عقد محدد ترتب عنه التزامات محددة بمجرد موافقة من وجه إليه العرض"⁵.

وما يمكن ملاحظته على التعاريف الفقهية السابقة أن تمييزها بين الإيجاب الإلكتروني والإيجاب التقليدي انصب فقط على طريقة التعبير عنه، فالإيجاب الإلكتروني قد يتم عن طريق البريد الإلكتروني E-Mail من خلال ارسال الرسائل الإلكترونية، وقد يتم عبر شبكة الموقع Web site وفي هذه الحالة لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عن الصحف أو التلفاز، ذلك لأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة، وقد يتم عن طريق المحادثة.

وبالتالي إضافة لفظ إلكتروني إلى الإيجاب لا يؤثر في معناه المذكور وفقا للنظرية العامة للالتزامات لأن المسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة، فالتعبير في العقد الإلكتروني يتجسد في وسائل الاتصال الحديثة عن طريق مختلف الأجهزة كالحاسب الآلي أو الهاتف النقال.

ومن ثمة، حتى يكون هناك إيجاب في صورته التقليدية أو الإلكترونية يشترط أن يتضمن عنصرين رئيسيين هما أن يكون محددًا ودقيقًا بطريقة لا لبس فيها حيث يتضمن العناصر الجوهرية

1) CE 97/7 relatif à la protection du consommateur aux contrats conclu à distance dispose que « toute communication à distance comportant des éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue ».

2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 68.

3) أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص 69.

4) إيناس هاشم رشيد، المرجع السابق، ص 192.

5) J. fluor, J-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations, L'acte juridique*, 9^{ème} éd, 2000, p 132.

للعقد المراد إبرامه، كما يشترط أن يكون باتا وجازما يدل دلالة واضحة على نية صاحبه في التعاقد¹، أما إذا تخلف أحد هذين الشرطين فإن العرض لا يعدو أن يكون مجرد اقتراح يدخل ضمن المحادثات والمناقشات التفاوضية.

كما أن الأصل في الإيجاب الذي يتقدم به الشخص هو أنه قابل للرجوع فيه ما لم يقترن بقبول الطرف الآخر وهو ما يعرف بالإيجاب غير الملزم²، أما الإيجاب الملزم فهو المقترن بمدة زمنية محددة لا يجوز خلالها للموجب أن يتراجع عنه إذ لا يتحلل من التزامه إلا بانقضاء المدة التي حددها دون أن يعرب الطرف الآخر عن قبوله³، ومصدر الالتزام في هذه الحالة هو الإرادة المنفردة طبقا لنص في القانون⁴.

أولا- إشكالية أن يكون الإيجاب الإلكتروني باتا ونهائيا:

نظريا يتفق كل من الفقه والقضاء في فرنسا على اشتراط أن يكون الإيجاب باتا ونهائيا ولا فرق في ذلك بين الإيجاب التقليدي والإيجاب الإلكتروني، حيث يكفي أن يقترن به قبول ليرتب المراد منه وهو انعقاد العقد بصفة نهائية، إلا أنه ومن الناحية العملية فإنه يصعب إخضاع نوعي الإيجاب لنفس الأحكام والقواعد، فعرض البضائع مرفقة بأسعارها في فضاء مادي عادي يشكل إيجابا قابلا لأن يقترن به قبول فيرتبط الطرفان بصفة رسمية، لكن هل يصلح مثل هذا الحكم بالنسبة للإيجاب الإلكتروني أو الإيجاب عن بعد؟⁵.

اختلفت توجهات الفقهاء إزاء هذه المسألة، حيث ذهب البعض إلى القول إن المعيار الفاصل بين تكييف العرض بأنه إيجاب أو أنه مجرد دعوة للتعاقد هو طبيعة ونوعية الألفاظ المستعملة في الإعلان ذاته، فمتى كانت تلك الألفاظ صريحة ودقيقة وذات دلالة واضحة على إبداء الرغبة في

1) عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطوير العقد-دراسة مقارنة في ضوء قوانين التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية العربية والقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 والقانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 والقانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لعام 2009-، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2015، ص 182.

2) شخصيا أرى بعدم دقة وصف الإيجاب غير المقترن بمدة محددة بأنه غير ملزم لأن الموجب متى كان عرضه جازما ومحددا بدقة كان ملتزما به تجاه من وجه إليه إلا أنه يجوز له الرجوع عنه ما لم يقبله الطرف الآخر، لذلك فالأصح والأدق هو كونه إيجاب قابل للتراجع عنه.

3) تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل".

4) عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 224.

5) Yousef SHANDI, *la formation du contrat à distance par voie électronique*, thèse de doctorat en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques et de gestion, université Robert SHUMAN strasbourg3, p. 28.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

التعاقد فإنها تعتبر إيجاباً وما عداها ليست إلا دعوة للتعاقد، وهي من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع¹.

أما الرأي الثاني فيرى أن فيصل المسألة في مدى اعتبار الإعلان الموجه عبر الشبكة إيجاباً يكمن في تحديد السعر من عدمه، حيث يعتبر العرض إيجاباً متى تضمن ثمن السلعة أو الخدمة ولا يعتبر كذلك في حالة عدم وضعه².

في حين يرى أنصار الرأي الثالث أن الإعلان التجاري الإلكتروني عبارة عن دعوة للتعاقد حتى وإن تضمن سعر المنتج أو الخدمة المعروضة، وينطلق أنصار هذا الرأي من كون شبكة الانترنت تتسم بالطابع الدولي الذي لا يعترف بالحدود الدولية، فالمحترف أو المهني الذي يعرض السلع أو الخدمات عبر الشبكة إنما يعرضها على فئة واسعة من الأشخاص³ منتشرين عبر كافة أنحاء المعمورة وبالتالي فإن تكييف هذه العروض بأنها إيجاب بالمعنى القانوني الدقيق فيه نوع من المبالغة وعدم الواقعية وقد يشكل خطراً على المهني، لأنه لا يعرف هوية من سيتعاقد معه ولا مركزه أو ملاءته المالية، لذلك كثيراً ما يعمد المهنيون عبر مواقعهم الإلكترونية عند تقديمهم للعروض مصحوبة بالأسعار إلى وضع مجموعة تحفظات صريحة أو ضمنية مثل ضرورة تقديم بيانات وتعهدات تتعلق بصفة خاصة بشخصية المتعاقد المحتمل للتأكد من أهليته وبعض المعطيات المتعلقة ببطاقته الإلكترونية للتأكد من إمكانية الوفاء الإلكتروني بالتعهدات المالية. وهذا ينقلب الوضع حيث يصبح العرض الذي تقدم به المهني عبارة عن دعوة للتعاقد بينما تأكيد الطلبية من طرف المستهلك عن طريق تأكيد البيانات السابقة يعتبر هو الإيجاب الذي قد يقبل وقد يرفض⁴، رغم أن هناك جانباً من الفقه يرى أن وضع مثل هكذا تحفظات لا يسلب الإيجاب صفته لأن كل قبول يؤدي إلى إبرام العقد حتى نفاذ ما لديه من سلعة⁵.

(1) برهام محمد عطا الله، أساسيات نظرية الالتزام مصادر الالتزام، 2000، ص 180. مشار إليه لدى: عصمت عبد المجيد بكر، المرجع السابق، ص 182-183.

(2) المرجع نفسه، ص 183.

(3) في بعض الأحيان يُفضل المنتج أو المهني التعامل مع فئة معينة من الزبائن فيلجأ إلى إرسال إجابته إلى صناديق البريد الإلكتروني للأشخاص المنتسبين لهذه الفئة بدلاً من وضعه في موقعه الإلكتروني، حيث يتصل علم المرسل إليه بالإيجاب بمجرد فتح الرسالة الإلكترونية وحينها يبدأ الأثر القانوني للإيجاب وهو قابليته لأن يقترن به قبول. أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 145.

(4) Yousef SHANDI, op cit., p p 28-29.

أنظر في نفس المعنى: إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 2، 2003، ص 62.

(5) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية -دراسة فقهية تطبيقية مقارنة-، ورقة بحثية مقدمة للمشاركة في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف دولة الإمارات العربية المتحدة يومي 10 و 11 ماي 2003، ص 244.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتها تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

غير أن العرض الإلكتروني إذا كان موجهاً للجميع قد ينطوي على مخاطر بالنسبة للمهني مثل عدم ملاءمة المتعاقد معه من الناحية المالية لأنه يتعامل مع مجهول، أو نفاذ الكمية الموجودة في المخزن نتيجة الإقبال الواسع على العرض، لذلك فقد وضعت اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 في مادتها 14 فقرة 2 قرينة قانونية بسيطة مفادها أن كل اقتراح أو عرض موجه لأشخاص غير محددين وغير معروفين يعتبر دعوة للتعاقد إلا إذا أظهر صاحب الاقتراح بطريقة واضحة عكس ذلك¹، أي أن العبارات المستعملة من طرف التاجر أو المهني في العرض الإلكتروني تدل دلالة قطعية على أنه يتقدم بإيجاب بات وجازم للتعاقد في حالة قبول أي شخص من الجماهير الموجه لها.

فمن مصلحة التاجر أن يحتفظ بإمكانية الرجوع فيه² لا سيما وأن قوانين الاستهلاك التي تحكم أغلب العقود الإلكترونية تعمل على حماية المستهلك باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية على حساب المهني الذي يعتبر في مركز قوة يتيح له وضع البنود التي تكفل له مصالحه ومن بينها شرط إمكانية الرجوع في الإيجاب.

وعليه يمكن القول أن مثل هذا التمييز بين الإيجاب التقليدي والإيجاب الإلكتروني ترتب عنه نتائج مهمة جداً من حيث المسؤولية المدنية، حيث إن اعتبار الإعلانات المعروضة على المواقع الإلكترونية مجرد دعوة للتعاقد لا يقيم المسؤولية العقدية للمهني في حالة عدم توفر السلعة أو عدم تقديمها للمستهلك الإلكتروني الذي طلبها بناء على الإعلان لأن الطلب المقدم يعتبر هو الإيجاب الإلكتروني الذي ينعقد معه العقد في حالة اقترانه بقبول المهني، هذا الأخير بإمكانه رفض الإيجاب لأي سبب من الأسباب لأن القبول أو الرفض بمثابة حق بالنسبة له والقاعدة أنه لا مسؤولية لمن يمارس حقاً من حقوقه إلا إذا كان متعسفاً في ممارسته وتحققت إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة 124 مكرر من القانون المدني الجزائري. أما في الحالة العكسية وهي قبول المحترف للإيجاب الإلكتروني المقدم من طرف المستهلك فإن عقد البيع أو الخدمة يكون قد انعقد بمجرد وصول القبول لذات الطريقة التي تم بها الإيجاب³، وحينئذ يكون كلا طرفي العقد ملتزماً تجاه الآخر بكافة الالتزامات التي تم الاتفاق عليها أو التي فرضها القانون، وكل إخلال يقيم المسؤولية العقدية لا التقصيرية بشرط توفر بقية الأركان المعروفة من ضرر وعلاقة سببية.

1) L'article 14 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 relative au contrat de vente des marchandises dispose que: «Une proposition adressée à des personnes indéterminées est considérée seulement comme une invitation à l'offre, à moins que la personne qui a fait la proposition n'ait clairement indiqué le contraire».

2) أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 147.

3) تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك".

ثانيا- إشكالية أن يكون الإيجاب الإلكتروني محددًا ودقيقًا:

يجب أن يتضمن الإيجاب بصورة عامة كافة العناصر الأساسية للعقد فمثلا لو كنا بصدد عرض للبيع فيجب أن يتضمن الإيجاب تحديدا كافيا للمبيع والتمن، وينطبق ذلك على الإيجاب في العقود التي تبرم عن بعد.

بمعنى يشترط لاعتبار العرض إيجابا الكترونيا أن يكون كاملا ومحددا وذلك بأن يتضمن كافة العناصر الضرورية لإبرام العقد، بحيث إن تخلف أحد تلك العناصر يؤدي إلى عدم اعتبار هذا التعبير الإرادي إيجابا بالمعنى القانوني المؤدي إلى إبرام العقد، مما يجعله مجرد دعوة للتعاقد أو إعلان لا يؤدي إلى التعاقد، بل يجب أن يشتمل على البيانات العقدية والمعلومات المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لبس بشكل يسمح للقابل بأن يحيط علما بكافة أوصاف وتفصيلات العقد عن بوضوح محدد¹، وبهذا تختلف أهمية المسائل الجوهرية التي يجب أن يشتمل عليها الإيجاب (أ) عن المسائل التفصيلية (ب).

أ/ تحديد العناصر الجوهرية:

تعرف العناصر الأساسية أو الجوهرية بأنها: "تلك التي تعطي للعقد ذاتيته الخاصة به والتي يترتب على غيابها عدم تجسيده"². وإذا كان التحديد الدقيق لمضمون العقد من المسائل المحسومة في الإيجاب العادي فإنه ينبغي التشدد أكثر في هذه النقطة إذا تعلق الأمر بالإيجاب الإلكتروني، نظرا لكثرة الدعاية وانتشار الإشهار التجاري في المواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي إضافة إلى الرسائل الترويجية التي تصل الأشخاص من خلال بريدهم الإلكتروني وهو الأمر الذي من شأنه إحداث نوع من الالتباس بين ما يعتبر إيجابا الكترونيا وما يعتبر غير ذلك، كما أن عقود التجارة الإلكترونية إنما هي وسيلة من وسائل تبادل وتنقل الأموال والسلع بكميات هائلة وبمبالغ باهضة لذلك كان الأولى إحاطة إبرام هذه العقود بضمانات تقنية وقانونية تكفل حماية حق كل طرف عن طريق اشتراط الدقة والوضوح في تعبير الشخص عن إرادته³.

ومثال ذلك ما اشترطه المشرع الجزائري في القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁴ على المورد صاحب الاعلان من وجوب إعلام المستهلك بهويته وعنوانه وبخصائص السلعة والخدمات

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 223.

(2) Yousef SHANDI, op cit, p 33.

(3) يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر 2003، ص 104.

(4) تنص المادة 11 فقرة 1، فقرة 2 وفقرة 3 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: "يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومفهومة، ويجب أن يتضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات التالية:

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

محل العقد والأسعار وشروط البيع وتاريخ تسليم السلعة أو تقديم الخدمة ومدة بقاء أو سريان الاعلان بطريقة واضحة دقيقة.

ويعتبر من قبيل المسائل الجوهرية التي ينبغي أن يشتمل عليها الإيجاب الإلكتروني المعلومات والبيانات المتعلقة بتفاصيل العقد والتي تتمحور حول تحديد طبيعته ومحلله والتمن ونفقات التسليم وطرق الوفاء والتسليم والتنفيذ ومدة صلاحية استمرار الإيجاب¹، كما يجب أن يتسم بالشفافية والصدق والأمانة خاصة ما تعلق منها بشخص الموجب وهويته بطريقة واضحة قاطعة لا غموض فيها ولا تغيير مشتملا البيانات اللازمة لتبصير وتنوير الشخص الموجه إليه التعبير عن الإرادة (القابل)².

وغني عن البيان أن الفيصل في اعتبار المسألة جوهرية من عدمها هو الألفاظ المستعملة في الإيجاب الإلكتروني لأنها هي التي تحدد طبيعة الالتزامات التي ستفرض على الموجب في حالة انعقاد العقد، فإذا تضمن العرض الثمن والشئ المبيع وكل عبارة تفيد انتقال الملكية بمقابل فإن الموجب يقترح إبرام عقد بيع، أما إذا تضمن العين المؤجرة والأجرة والمدة فهذا يدل على رغبته في إبرام عقد إيجار وغيرها من الألفاظ والعبارات التي تحدد طبيعة العقد المبتغى إبرامه في المستقبل³.

أما إذا كانت العبارات التي تضمنها العرض الإلكتروني غير دالة دلالة كافية على مقصود صاحبها بشكل يحدث اللبس حول طبيعة العقد الذي سيبرم في حالة موافقة الطرف الآخر، فالأرجح أن يفسر ذلك الاقتراح على أنه مجرد دعوة للتعاقد والتي تعتبر من قبيل الأعمال المادية التي لا ترتب أي التزام في ذمة صاحبها وبالتبعية لا يتحمل أي مسؤولية تجاه من وجهت إليه الدعوة.

ب/ تحديد العناصر الثانوية (التفصيلية):

يمكن تعريف العناصر الثانوية تعريفا سلبيا بالقول إنها كل عنصر لا يمكن اعتباره أساسيا أو جوهريا، وبالتالي فإن وجودها من عدمه لا يؤثر في الوصف القانوني للتعبير عن الإرادة بأنه إيجاب

- رقم التعريف الجبائي والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم هاتف المورد الإلكتروني،

- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،

- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم".

(1) رغم أن الأصل في الإيجاب أنه غير ملزم ويجوز لصاحبه الرجوع عنه في أي لحظة قبل قبوله من طرف من وجه إليه لعدم اقترانه بمدة زمنية محددة، إلا أن القضاء الفرنسي قرر أن هذا النوع من الإيجاب يقترن دائما بمدة معقولة يقدرها القاضي طبقا للعادات والتقاليد والظروف الاقتصادية والفنية للمعاملة. أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 68.

(2) لمزيد من التفصيل أرجع: نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 227.

3) Yousef SHANDI, op. cit, p 33.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتى تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

الكثروني، إذ لا حاجة لذكرها أو النص عليها على أساس أنها من مستلزمات العقد والغالب نجدتها منظمة من طرف المشرع بموجب قواعد قانونية مكملة أو أنها تخضع للأعراف والعادات التجارية.

غير أن مرحلة المفاوضات الإلكترونية قد تفضي إلى الاتفاق على جعل تلك المسائل المسماة ثانوية مسائل جوهرية يجب الاتفاق عليها لاحقا تحت طائلة عدم انعقاد العقد، ففي هذه الحالة فإن الإيجاب إذا تضمن العناصر الجوهرية لوحدها يكون صحيحا ومنتجا لأثره وهو قابليته لأن يقترن به قبول، غير أن هذا الأخير معلق على الاتفاق على تلك المسائل التفصيلية، وبالتالي يمكن القول أن إرادة الأطراف هي التي حولت المسألة من تفصيلية ثانوية إلى مسألة جوهرية وجعلت منها شرطا لازما لانعقاد العقد وفي هذا تجسيد لمبدأ القوة الملزمة للعقد¹.

غير أنه وإن كانت القواعد العامة لا ترتب أثرا على عدم الاتفاق على المسائل الثانوية إلا إذا تفق الأطراف على خلاف ذلك كما يقطع بذلك صريح نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري، فإن القواعد الخاصة بالتجارة الإلكترونية عالجت المسألة من زاوية أخرى حينما ألزمت المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية² المورد الإلكتروني بأن يضمن عرضه مجموع من البيانات التي تعتبر في العادة ثانوية وغير مهمة ومن بينها حالة توفر السلعة أو الخدمة، كفييات ومصارييف وأجال التسليم، شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع وغيرها من البنود، علما وأن ما ذكرته المادة 11 سالفه الذكر من شروط وبنود جاء على سبيل المثال لا الحصر حيث يلتزم المورد بتزويد كل ما من شأنه تنوير رضا المستهلك الإلكتروني وتبصيره بالعقد الذي سيقدم على إبرامه.

الفرع الثاني: المسؤولية عن القبول الإلكتروني

إذا كان للإيجاب أهمية قصوى في وجود العقد الإلكتروني باعتباره يتضمن العناصر الأساسية التي يقوم عليها وتتحدد بها التزامات طرفيه، فإن هذه الأهمية تزول وتندعم إذا لم يقترن الإيجاب الإلكتروني بقبول مطابق له، فهذا الأخير إذن هو الذي يعطي للعقد نشأته وميلاده بحيث

(1) تنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ألا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف، والعدالة".

(2) تنص المادة 11 فقرة 1، فقرة 2 وفقرة 3 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: «يجب أن يقدم المورد الإلكتروني العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية 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،
- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم".

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

تصبح معه المقترحات التي تضمنها الإيجاب عبارة عن التزامات واجبة التنفيذ على كل من الموجب والقابل إلكترونياً.

ويعرف القبول بأنه: "التعبير النهائي عن الإرادة الموجه إلى الموجب والمتضمن الموافقة على إبرام العقد بالشروط التي ورد بها الإيجاب"¹، كما يعرف بأنه: "اتصال عن بعد يتضمن توافقاً تاماً" مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب، والتي وضعها الموجب، بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الاتصال مع القابل"².

من التعاريف السابقة نلاحظ أن القبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون القبول التقليدي سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية، من خلال شبكة الانترنت فهو قبول عن بعد، لذا فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية، "ومما لا شك فيه أن القبول شأنه شأن الإيجاب من حيث إمكانية التعبير عنه بكافة الطرق الصريحة أو الضمنية، بل إن السكوت في بعض الأحيان قد يفسر على أنه قبول"³.

أما عن التعريفات التشريعية للقبول فإن جل التشريعات الداخلية تغاضت عن المسألة تاركة إياها للفقه والقضاء، رغم أن اتفاقية فيينا لسنة 1980 في مادتها 1/18 قد اعتبرت أنه: "يعد قبولاً أي بيان أو تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"، بمعنى أن القبول لكي ينتج أثره القانوني المتمثل في انعقاد العقد الإلكتروني ينبغي أن يتوافق ويتطابق مع العناصر الأساسية التي تضمنها الإيجاب الإلكتروني تحت طائلة اعتباره إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول لإبرام العقد⁴. كما تعرض القانون النموذجي للمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونسكو للقبول في المادة 423 حينما نص على أنه: «يعتبر القبول مقبولاً إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولاً غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد».

غير أنه وفي بعض العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي نجد الشخص الموجه إليه الإيجاب لا يقبل التعاقد مباشرة بل يعلق قبوله على ضرورة تحقق شرط، كما توجد صورة أخرى من الإيجاب الإلكتروني وهو الإيجاب المعلق على شرط، أي أن الموجب يعلق التزامه بإتمام العقد مع الموجب إليه على ضرورة تحقق أمر معين لا يمكن التأكد من وقوعه أو عدم وقوعه.

ورغم أن القبول من النقاط التي تشترك فيها كافة أنواع العقود سواء كانت تقليدية أو الكترونية مبرمة بين حاضرين أو غائبين، بين محترفين أو مستهلكين أو حتى بين المحترفين فيما بينهم،

1) Yousef SHANDY, Op. Cit., p. 142.

2) إيناس هاشم رشيد، المرجع السابق، ص 193.

3) أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، المرجع السابق، ص 74.

4) تنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً".

فإن القبول الإلكتروني يختلف ويتميز عن القبول العادي في الطريقة التي يتم بها والأشكال التي يتم من خلالها التعبير عن إرادة القابل (أولاً)، كما أن هذا القبول يتم عن بعد الأمر الذي يثير إشكالية وقت أو ميعاد انعقاد العقد (ثانياً) بسبب عدم التعاصر الزمكاني لكل من الإيجاب والقبول كقاعدة عامة.

أولاً- أشكال القبول الإلكتروني (عن بعد):

بما أن القبول الإلكتروني لا يخرج عن كونه مجرد تعبير عن الإرادة وبالتالي فهو يخضع للأحكام والقواعد العامة الواردة في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري، لذلك سندرس مختلف الأشكال التي قد يظهر فيها القبول عبر دعامة الكترونية سواء كان إيجابياً (أ) أو سلبياً بسكوت من وجه إليه الإيجاب (ب)، كما سنتناول مسألة الرجوع في الإيجاب (ج).

أ. القبول الإلكتروني الإيجابي:

يظهر عادة من خلال النقر على زر الحاسوب (1) أو من خلال الرسائل الإلكترونية (2).

1. الضغط على زر الحاسوب :

كثيراً ما يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج معروض عبر المواقع الإلكترونية حيث يقوم من خلالها الشخص الذي يتلقى الإيجاب (المستهلك غالباً) بكتابة المعطيات والبيانات المتعلقة بشخصه مثل الاسم واللقب وتاريخ الميلاد وكذا مكان الإقامة إضافة إلى رقم بطاقته البنكية وبعدها يقوم بالضغط على أيقونة القبول التي تظهر في شكل كلمة نعم أو موافق أوؤكد أو غيرها من العبارات الدالة على ارتضاء صاحبها الارتباط بعقد مع الموجب¹.

غير أنه وبالنظر لكثرة الحالات التي يتم فيها الضغط على أيقونة القبول بالخطأ كاللمس غير المتعمد لها أو نتيجة للعب الأطفال فإن القضاء كثيراً ما يتشدد في اعتبار مجرد النقر على الأيقونة قبولاً ينعقد معه العقد الإلكتروني، لذلك تم اللجوء إلى تحصين النظام المعلوماتي بما يمنع من إرسال القبول بمجرد الضغط أو النقر بل ينبغي التأكد من أنها تعبر عن الإرادة الجادة والنهائية، كاشتراط الضغط على الزر أكثر من مرة أو بث رسالة تفيد موافقة صاحبها على إبرام العقد².

وأمام الغموض الذي يكتنف اعتبار الضغط البسيط على أيقونة الحاسوب قبولاً فإن الفقه قد انقسم إلى قسمين، حيث يرى الاتجاه الأول أن قيام الشخص الموجه إليه الإيجاب بالضغط على الزر مرة واحدة يعتبر كافياً لاعتباره قبولاً حتى ولو اشترط الموجب تأكيد القبول بالضغط مرتين، فالعقد ينعقد بالضغط في المرة الأولى أما الثانية فما هي إلا تأكيد للقبول، أما عن

(1) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 125.

(2) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 69.

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

الأخطاء التي تحصل من خلال الضغط غير المتعمد على الأيقونة من خلال ملامستها لا شعوريا أو عن طريق الأطفال الصغار فيرد أنصار هذا الاتجاه أن الخطأ وارد في كل أنواع وصور التعبير عن الإرادة وليس فقط في هذه الحالة¹.

غير أن هذا الاتجاه ورغم منطقية الحجج التي قدمها إلا أنه تعامل مع التعاقد الإلكتروني بطريقة توحى بعدم وجود فرق بينه وبين التعاقد التقليدي ولم يراع الخصوصية التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية، خاصة انعدام الوجاهية أو المواجهة بين الموجب والقابل، وهو الأمر الذي يقتضي إحاطة هذا النوع من التعبير عن الإرادة بأحكام متميزة مثل اشتراط الضغط على الزر مرتين متتاليتين وهو الأمر الذي أخذت به بعض التشريعات الإلكترونية مثل التشريع التونسي والتشريع الأردني.

أما الاتجاه الثاني فقد ظهر على إثر الانتقادات الموجهة للرأي الأول حيث يرى أنصاره بعدم الاعتداد بالضغط على زر القبول لمرة واحدة لأن ذلك لا يدل دلالة قاطعة على انصراف إرادة الشخص إلى الالتزام التعاقدية الإلكتروني نتيجة الأخطاء التي تقع أثناء استعمال الحاسوب، لذلك ينبغي تأكيد القبول بكل ما من شأنه قطع الشك باليقين والتأكد من أن الموجه إليه قد ارتضى قبول إبرام العقد بالشروط التي جاء بها الإيجاب الإلكتروني، ومن أمثلة ذلك اشتراط بعض التشريعات وجود وثيقة bon de commande يحررها العميل على الشاشة أو تأكيد الطلبية أو اشتراط أن يتمثل القبول في دفع المبلغ الكترونياً².

2. القبول بواسطة البريد الإلكتروني:

ذكرنا فيما سبق أن الإيجاب الإلكتروني الذي يتقدم به المهني أو المحترف يأخذ صورتين الأولى هي النشر في المواقع الإلكترونية حيث يوجه العرض إلى مجموعة غير محددة من الجماهير، أما الصورة الثانية فتتمثل في إرسال الإيجاب إلى أشخاص محددين ومعروفين بالنسبة للموجب وذلك من خلال رسائل الكترونية ترسل بصفة شخصية فردية عبر البريد الإلكتروني لكل منهم.

وقد عرفت المادة الأولى من القانون 2004-575 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي البريد الإلكتروني بأنه: "كل رسالة مرسلة في شكل نص، أو صوت، أو تسجيل أو صورة بواسطة شبكة عامة

(1) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 126.

(2) المرجع نفسه، ص 127.

للاتصالات مخزنة عبر خادم الشبكة أو التجهيز النهائي للمرسل إليه إلى غاية تسلمها من طرف هذا الأخير"¹.

ب. القبول الإلكتروني السلبي (السكوت):

كقاعدة عامة فإن السكوت لا يصلح لأن يكون تعبيراً عن الإرادة إعمالاً للقاعدة الشرعية الشهيرة "لا ينسب لساكت قول"، لا سيما في حالة الإيجاب لأن هذا الأخير يقتضي اتخاذ الشخص لموقف إيجابي صريح أو ضمني يظهر من خلاله رغبته في التعاقد، أما بالنسبة للقبول فالأمر مختلف نوعاً ما إذ يمكن أن يفسر السكوت على أنه قبول في حالات معينة² وهي أن يكون الإيجاب في مصلحة من وجه إليه، أو أن يقترب بتعاملات سابقة بين الطرفين أو أن تحيط بالسكوت ظروف وملابسات ترجح القبول على الرفض وهو ما يعرف بالسكوت الملاصق.

وعليه فإن الموجب الإلكتروني إذا لم يتلق قبولاً صريحاً من خلال رسالة قبول أو ضمناً مثل شروع من وجه إليه الإيجاب في تنفيذ العقد، فإن السكوت يفسر على أنه رفض للإيجاب الإلكتروني وبالتالي يسقط هذا الأخير ويتحلل منه صاحبه ولا مسؤولية عليه في مواجهة الشخص الآخر، ومثال ذلك السكوت وعدم الرد على الرسائل التي تصل إلى البريد الإلكتروني للأشخاص والمتضمنة عروضاً للتعاقد (إيجاب).

ولكن هل يصح السكوت الملاصق للتعبير عن القبول الإلكتروني؟

يرى البعض أن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر الإنترنت يمكن أن نستنتج منه القبول شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي³، ويرى البعض الآخر أن حالات السكوت الملاصق يمكن تطبيقها في حالة التجارة الإلكترونية مع بيان حقيقة الإيجاب بأن يكون إيجاباً باتاً وليس مجرد دعوة إلى التعاقد حتى يتلاقى مع حالات السكوت الملاصق التي ترد في حق القابل، فإذا كان هناك تعامل بين الطرفين فإن سكوت أحد الطرفين يمكن أن يستخلص منه القبول مثله في ذلك مثل النظرية التقليدية، حيث لا يعد استعمال الوسيلة الإلكترونية مبرراً للخروج على القواعد العامة⁴.

1) L'article 1 du L.C.E.N a défini le courrier électronique comme « Tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à que ce dernier le récupère ».

2) تنص المادة 68 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

3) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006، ص 125.

4) إلياس بن ساسي، المرجع السابق، ص 62.

في حين اعتبر جانب آخر من الفقه¹ أن حالات السكوت الملايس التي نص عليها المشرع والتي يصلح فيها السكوت لأن يكون قبولا غير متلائمة وغير صالحة للتطبيق في العقود الإلكترونية، فبالنسبة للصورة الأولى وهي كون الإيجاب يتضمن مصلحة لمن وجه إليه فهي مستبعدة لأنه من النادر جدا وجود عقود تبرع في مثل هذا النوع من المعاملات، أما الصورة الثانية وهي طبيعة المعاملة فإنها مستبعدة هي الأخرى لأن المعاملات الإلكترونية تتسم بالجمود خاصة في عملية البيع والشراء، فالملاح الإنسانية تنعدم فيها إذ لا توجد انعكاسات نفسية لدى البائع أو المشتري مما يدل على أن طبيعة المعاملة وليدة لحظتها حيث لا يمكن القياس عليها واعتبار السكوت قبولا في الحالات المشابهة له، لا سيما وأن الإيجاب الإلكتروني عادة ما يكون موجها إلى الكافة لا إلى شخص معين ومن ثم فإن السكوت غير متصور عبر شبكة الانترنت².

ثانيا-مجلس العقد الإلكتروني:

ينقسم التعاقد من حيث المجلس بصفة عامة إلى قسمين رئيسيين هما التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، هذا الأخير يقصد به عدم التعاصر الزماني والمكاني بين كل من الإيجاب والقبول، أما التعاقد بين حاضرين فهو الآخر نوعان الأول يجتمع فيه طرفا العقد في الزمان والمكان ويسمى مجلس العقد الحقيقي، بينما الثاني يعرف بمجلس العقد الحكمي ويقصد به "المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين بعيد مكانيا عن المتعاقد الآخر مع وجود تعاصر بينهما من الناحية الزمانية مثل التعاقد عن طريق الهاتف".

بالنسبة لمجلس العقد الإلكتروني فهو عبارة عن مجلس افتراضي من حيث المكان لأن مجريات التعاقد تتم في فضاء رقمي إلكتروني، أما من حيث الزمان فالفترة قد تطول أو تقصر بحسب الطريقة التي يبرم بها العقد الإلكتروني، وذلك على النحو التالي:

أ/ التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني:

في هذه الصورة من التعاقد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين عن طريق التواصل اللحظي فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع، أما إذا كان التفاوض غير لحظي وغير مباشر، فإن مجلس العقد يبتدئ من لحظة اطلاع من وجه إليه الإيجاب على العرض المقدم له سواء تعلق الأمر بخدمة أو منتج ويستمر حتى انقضاء المدة إن وجدت³.

(1) أنظر: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 70.

(2) أحمد سيد أحمد السيد، رشا السعيد عبد السلام، المرجع السابق، ص 230.

(3) طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، بحث مقدم للمشاركة في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية) المنظم من طرف مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية في دبي، المجلد الثاني، من 19 إلى 20 ماي 2009، ص 304.

ب/ التعاقد عن طريق منتديات الحوار والمناقشة:

ويتم ذلك عن طريق استخدام الشخص الراغب في التعاقد إلكترونياً لبعض البرامج المخصصة للمحادثة عبر المنتديات المنتشرة على شبكة الانترنت فيخاطب أشخاصاً آخرين لديهم نية في التعاقد فيتحقق بذلك التواصل والتفاعلية بين مستخدمي الشبكة، ويمكن من خلال هذه التقنية أن يتم تبادل التفاوض والتعبير المتعلق بهذه القيم سواء كانت سلعا أو خدمات¹، وعليه يمكن القول أن مجلس العقد من لحظة العرض الذي يتقدم به أحد أطراف المحادثة الإلكترونية إلى غاية قبوله أو رفضه أو انفضاض مجلس العقد حقيقة عن طريق الخروج من المحادثة أو حكماً في حالة تغيير موضوع النقاش.

ج/ التعاقد عن طريق المواقع الإلكترونية:

يتم التعاقد في هذه الصورة عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود OK-BOX أو عن طريق التنزيل عن بعد Download، ففي هذه الحالة يبدأ مجلس العقد من وقت دخول الشخص الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروجه منه سواء تكلل ذلك بإبرام العقد أو دون إبرامه². وعليه فإنه وتماشياً مع موقف المشرع الجزائري الذي أخذ في المادة 61 من القانون المدني³ بنظرية العلم بالتعبير عن الإرادة، فإن القبول الذي يصدر من الشخص عن طريق البريد الإلكتروني لا يترتب أثره القانوني المتمثل في انعقاد العقد الإلكتروني إلا ابتداء من علم الموجب به أي من تاريخ اطلاع الموجب على الرسالة الإلكترونية المتضمنة الموافقة على الإيجاب الإلكتروني بعناصره الجوهرية ودون تعديل، مع العلم أن وصول الرسالة إلى البريد الإلكتروني للموجب تعتبر قرينة على العلم بها وبالتبعية قرينة على انعقاد العقد وقت وصولها ما لم يثبت القابل عكس ذلك، أي أنها مجرد قرينة بسيطة يمكن دحضها وإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات لأن الأمر يتعلق بواقعة مادية.

□ مطلب الثاني: المسؤولية عن شروط صحة العقد الإلكتروني

لكي يكيف الاتفاق على أنه عقد الكتروني يجب أن يستجمع الأركان المعروفة من تراض ومحل وسبب، غير أن ذلك لا يكفي لاعتباره صحيحاً وفقاً للقواعد العامة لأن صحته متوقفة على شرطين أساسيين وهما توافر الأهلية وخلو الإرادة من العيوب تحت طائلة اعتبار العقد قابلاً للإبطال أو باطلاً بطلاناً نسبياً لحماية لناقص الأهلية من الغرر الذي قد يقع فيه نتيجة تعاقد مع من أكبر منه

(1) نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 308.

(2) طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 304.

(3) تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يُنْتَجَج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير عن الإرادة قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

□ الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الإلكتروني

سنا ودراية، وحماية لمن وقع ضحية غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال، فنظام إبطال العقد يستهدف تصحيح وضع معيب سببه صغر السن أو إصابة الإرادة بعيوب من العيوب.

ولأن العقود الإلكترونية تصنف في خانة العقود المبرمة عن بعد فإنه كثيرا ما تثار إشكالية صحة هذه العقود نظرا لعدم معرفة المتعاقدين لبعضهما البعض وكذا عدم رؤية كل منهما للآخر الأمر الذي يزيد من فرضية إخفاء الشخص لنقص أهليته، كما أن ذات العقود تقوم على الإعلانات والعروض الإشهارية والتي كثيرا ما توقع المشتري أو المستهلك في عيب من عيوب الإرادة.

وعليه فإننا سنتناول في هذا المطلب الأهلية في العقود الإلكترونية (فرع أول) قبل التطرق لشروط الصحة الثاني وهو خلو إرادة المتعاقد الإلكتروني من عيوب الإرادة (فرع ثان).

□ الفرع الأول: مسؤولية ناقص الأهلية في التعاقد الإلكتروني

الأهلية عموما هي "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وإبرام التصرفات القانونية" وهي بهذا الوصف تنقسم إلى قسمين، أهلية الوجوب التي يقصد بها "صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات" وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا وبالتالي فإن مناط التمتع بهذا النوع هو الحياة أي أنه يكفي أن يكون الشخص حيا لكي تثبت له ومثال ذلك المجنون أو الطفل الصغير حديث العهد بالولادة... الخ، فالمجنون مثلا له الحق في الميراث في حالة وفاة أبيه أو أمه والولد الصغير له حق النفقة تجاه وليه.

أما النوع الثاني فهو أهلية الأداء التي نعني بها "صلاحية الشخص لإبرام التصرفات القانونية دون حاجة لأن يكون ممثلا بشخص آخر كالولي أو الوصي" مثل العقود والاتفاقات التي ترتب آثارا قانونية، وعليه فمناطق أهلية الأداء ليس حياة الشخص وإنما إرادته وهي ترتبط بالمرحلة العمرية للشخص أو بمدى وجود عارض من العوارض التي تؤثر في الأهلية، فالمجنون وإن كان له الحق في التمتع ببعض الحقوق (أهلية وجوب) فإنه ليس له أن يبرم تصرفات قانونية كالبيع أو الإيجار (أهلية أداء) وذات الحكم يسري على صغار السن.

ولأن العقود الإلكترونية هي عبارة عن تلاقي إرادتين أو أكثر في بيئة افتراضية فإنه يشترط لصحتها ما يشترط لصحة باقي التصرفات القانونية من حيث الأهلية، إذ أن عديم التمييز لا حق له في إبرام العقود الإلكترونية بينما كامل الأهلية له الحق المطلق في إبرام أي من هذه العقود، أما ناقص التمييز أو ناقص الأهلية فحقه متوقف على نوعية العقد الإلكتروني المزمع إبرامه.

لذلك سنتناول بإيجاز أحكام نقص الأهلية في العقود الإلكترونية (أولا) قبل أن نعرض على مختلف الحلول المقدمة لمواجهة إشكالية التأكد من أهلية المتعاقد معه إلكترونيا نظرا للبس الكبير الذي تتسم به نظرا للطابع المادي للعقد (ثانيا).

أولاً- أحكام نقص الأهلية في العقود الإلكترونية:

سنتناول في هذه الفقرة الحالات التي يعتبر فيها الشخص ناقص الأهلية أو كما يسمى بالميز (أ) وكذلك الجزء الذي رتبته المشرع على نقص الأهلية سواء بالنسبة لناقص الأهلية في حد ذاته أو للمتعاقد معه إلكترونياً (ب).

أ- حالات نقص أهلية المتعاقد الإلكتروني:

تنص المادة 43 من القانون المدني الجزائري على أن: " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفياً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون"، ومنه فإن الأسباب القانونية لاعتبار الشخص قاصراً لا تخرج عن كونه صغير السن (1) أو أنه سفياً أو مغفل (2).

1-صغر السن (من 13 إلى 19 سنة):

قسم المشرع الجزائري أهلية الشخص بالنظر إلى سنه إلى ثلاث فئات تبدأ الأولى من تمام ولادته حياً إلى غاية بلوغه سن الثالثة عشر يكون فيها الشخص عديم الأهلية، أما إذا بلغ هذه السن (13 سنة) وقبل بلوغه سن الرشد المقدر قانوناً بتسعة عشرة سنة كاملة فإنه يكون مميزاً أو ناقص الأهلية، أما اكتمال الأهلية فلا يتحقق إلا بتمام سن التاسعة عشرة (19)¹ مع انعدام عوارض الأهلية. علماً وأن سن التمييز يختلف من تشريع إلى آخر ومثال ذلك التشريع المصري الذي حدده بسبع (7) سنوات حيث تنص المادة 45 فقرة 2 من القانون المدني على أن: "... كل من لم يبلغ السابعة من عمره يعتبر فاقداً للتمييز".

غير أنه ونظراً لاختلاف دولة القاصر عن دولة التاجر واشتراط التجار في كثير من عقود البيع التي تبرم عبر الإنترنت تسديد ثمن المشتريات قبل إرسال البضاعة عن طريق بطاقة الإئتمان، فقد يصبح من المتعذر رفع دعوى الإبطال في دولة التاجر لما يتكلفه القاصر من مشقة وكلفة، لأنه هو الذي يذهب إلى التاجر في دولته لمقاضاته وفقاً لقواعد المرافعات، وعلى ذلك فإنه يجدر بالمعاملين على شبكة الإنترنت وضع شرط يسمح بالتحقق من سن المتعاقد الآخر وأهليته بحيث إذا ما ارتكب القاصر غشاً أو تدليساً يجوز للمتعاقد الآخر معه عند إبطال العقد مطالبته بالتعويض².

2.السفه والغفلة:

إذا كان الجنون والعتة يعدمان التمييز فيجعلان المجنون والمعتوه في حكم عديم الأهلية وكل تصرفاته باطلة بطلاناً مطلقاً، فإن السفه والغفلة ينقصان من تمييز الشخص وبالتبعية من أهليته

(1) تنص المادة 40 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "وسن الرشد تسعة عشر (19) سنة كاملة".

(2) إلياس بن ساسي، المرجع السابق، ص 63-64.

ليكون حكم تصرفاته متوقفا على نوعية التصرف في حد ذاته بين ما إذا كان نافعا نفعيا محضاً أو ضاراً ضرراً محضاً أو كان دائراً بين النفع والضرر.

والسفه كعارض منقص للأهلية يقتصر على الجهل في حفظ المال وتدييره، لذلك يعرف بأنه حالة تعترى الإنسان فتجعله غير قادر على إدارة أمواله والتصرف فيها لإسرافه وتبذيره حتى ولو كان في وجوه الخير والإحسان، فالإسراف في التبرعات كالإدمان على المقامرة، لأن كلاهما فيه مخالفة لمقتضى العقل أما الغفلة في اصطلاح الفقهاء فإنها تعني عدم الاهتمام إلى التصرفات الراجعة بسبب البساطة وسلامة القلب، الأمر الذي يؤدي إلى الغبن في المعاملات المالية¹.

ب. جزاء نقص الأهلية بالنسبة لناقص الأهلية والمتعاقد معه

1- بالنسبة لناقص الأهلية: لم يكن المشرع الجزائري واضحاً في حكم تصرفات القاصر المميز بمختلف تقسيماتها، بل إنه لم ينص على الأقسام الثلاثة للتصرفات القانونية النافعة والضارة الدائرة بين النفع الضرر اقتصر على جعل القاصر المميز من في حكمه باعتباره ناقصاً للأهلية وذلك بموجب نص المادة 43 فقرة 5 سالفه الذكر.

أما قانون الأسرة الجزائري² فقد جاءت أحكامه أكثر تفصيلاً فيما يخص التصرفات القانونية للقاصر المميز، حيث قسمت المادة 83³ منه هذه التصرفات إلى ثلاثة أنواع ورتبت أحكاماً مختلفة عن كل نوع، حيث حكمت بالبطلان المطلق على التصرفات الضارة ضرراً محضاً والمقصود هنا هي التبرعات، فيما جعلت التصرفات النافعة صحيحة مطلقاً، بينما جعلت التصرفات الدائرة بين النفع والضرر أي عقود المعاوضة موقوفة النفاذ إلى غاية إجازتها من طرف الولي والوصي أو بلوغ القاصر لسن الرشد.

وعليه يمكن ملاحظة الفرق بين كل من القانون المدني الذي حكم على هذا النوع من التصرفات بالبطلان النسبي أو القابلية للإبطال لمصلحة ناقص الأهلية، وبين قانون الأسرة الذي جعلها صحيحة ولكنها موقوفة النفاذ.

2- بالنسبة للمتعاقد إلكترونياً مع ناقص الأهلية: إذا كان حكم تصرف ناقص الأهلية يختلف باختلاف نوع التصرف ذاته، فإن حكمه بالنسبة للمتعاقد معه إلكترونياً يختلف باختلاف أهليته

(1) بوكريزة أحمد، المرجع السابق، ص 45.

(2) القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984، المعدل والمتمم، ج. ر العدد: 24 المتضمن قانون الأسرة.

(3) تنص المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقاً للمادة (43) من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء".

فإذا كان قاصراً تسري عليه نفس الأحكام السابقة، أما إذا كان كامل الأهلية فإن العقد الإلكتروني يكون صحيحاً بالنسبة إليه بغض النظر عما إذا كان نافعاً أو ضاراً أو دائراً بين النفع والضرر.

ثانياً: الحلول القانونية والفقهية لمواجهة نقص الأهلية في العقود الإلكترونية

بالنظر إلى ما أفرزته التعاملات الإلكترونية من إشكاليات خاصة بأهلية أطراف العقد لا سيما تلك المتعلقة بعدم التأكد من الهوية نتيجة للطابع اللامادي للمعاملات والتباعد المكاني بينهما، فقد كان لزاماً على الفقه وكذا التشريع التدخل لمحاولة إيجاد حلول معقولة لهذه المعضلة التي تؤثر على صحة العقود الإلكترونية وتحد من فعاليتها.

1. الحلول الفقهية والقضائية:

بسبب خطورة النتائج التي تترتب عن نقص أهلية العقد الإلكتروني والتي قد تصل إلى حد إنهاء العقد وإلغاء كافة آثاره إذا تمسك القاصر أو وليه بالإبطال، ونظراً لكثرة ما يبرمه القاصر من عقود إلكترونية فقد حاول القضاء الفرنسي بدعم من الفقه تضيق دائرة العقود التي تكون عرضة للإبطال بسبب نقص أهلية أحد طرفيها من خلال إرساله لبعض الاستثناءات التي تضمن ديمومة العقد الإلكتروني وتزيل عنه التهديد بالزوال.

وقد استحدث القضاء الفرنسي في هذا الإطار ما يعرف بعقود الحياة اليومية وهي " مجموعة من العقود البسيطة التي يبرمها القاصر عبر الإنترنت مثل شراء الكتب أو الأسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع"، أما العقود الأخرى ذات القيمة الكبيرة مثل السيارات والشقق السكنية والعقارات وغيرها فإنها تخضع للأصل العام الذي يجعلها قابلة للإبطال لمصلحة القاصر حتى ولو تضرر التاجر أو المتعاقد مع القاصر انصياعاً لأحكام النظام العام¹. وقد استند القضاء الفرنسي حين وضعه لهذه القاعدة إلى نص المادة 393 فقرة 3 (قبل التعديل) المتعلقة بالولاية القانونية والمادة 450 (قبل التعديل) المتعلقة بالقوامة والالتان تسمحان للقاصر بالتعامل الشخصي إذا سمح القانون أو طبيعة التعامل بذلك².

وفي سبيل تبرير الإبقاء على بعض العقود التي يبرمها القاصر عبر الإنترنت حفاظاً على استقرار الحقوق فقد اعتمد القضاء الفرنسي مفهوماً جديداً يعرف بمفهوم التوكيل الضمني بمقتضاه يعتبر القاصر قد تلقى موافقة ضمنية من والديه تسمح له بالتعاقد في الأمور البسيطة أي أن هناك ترشيحاً أبويًا للقاصر لإبرام هذا النوع من التصرفات القانونية³.

(1) إلياس بن سامي، المرجع السابق، ص 63.

(2) Yousef SHANDI, op cit, p 186.

(3) أنظر: كوسام أمينة، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باننة الحاج لخضر 1، العدد 6، جوان 2015، ص 353.

وبالإضافة إلى مفهومي عقود الحياة اليومية والتوكيل الضمني اعتمد جانب آخر من الفقه على نظرية الوضع الظاهر كأساس لعدم إبطال العقود الإلكترونية المبرمة مع القصر، ومعنى ذلك الإقرار بصحة التصرف القانوني الذي أجراه ناقص الأهلية متى اتخذ هذا الأخير مظهرا من شأنه جعل المتعاقد معه يعتقد باكتمال أهليته حتى ولو بذل جهدا معقولا للتثبت من الأمر، وذلك تحقيقا لاستقرار المعاملات وحماية للشخص حسن النية لأنه لا يعقل أن يكافأ عديم أو ناقص الأهلية عن تدليس واحتياله وخداعه للآخرين، خاصة في معاملة إلكترونية يصعب معها التأكد من هوية المتعامل معه¹.

2. الحلول التشريعية:

أعطى المشرع الجزائري بموجب المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري للكتابة الإلكترونية ذات الحجية التي منحها للكتابة في الشكل التقليدي بشرط إمكانية التأكد من هوية صاحب الإرادة، وهو أمر يتحقق غالبا عن طريق التوقيع الإلكتروني الذي يعتبر من أهم الآليات التي أرساها المشرع لزرع الثقة في التصرفات القانونية المبرمة عن بعد، وذلك بموجب القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين².

وعلى ذلك تعد وسيلة التوقيع الإلكتروني الموثق وسيلة هامة وفعالة للتأكد والتحقق من أهلية الطرفين، ذلك أنه يستعمل تقنيات حديثة تضمن سرية المعلومات الشخصية للطرفين المتعاقدين، كما تضمن عدم التعرض والقرصنة لهذه البيانات المشفرة³.

الفرع الثاني: المسؤولية عن عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية

لكي ينعقد العقد ويبرم فإن القانون يشترط تطابق إرادتين أو أكثر على المسائل الجوهرية، ولكي يصح ويتحصن فإنه يشترط خلو تلك الإرادات المتطابقة من كل ما من شأنه أن يعيها أو يؤثر فيها فيجعل العقد مهددا بالزوال نتيجة الجزاء القانوني الذي رتبته المشرع في مثل هكذا حالات وهو القابلية للإبطال.

ولا شك أن العقود الإلكترونية لا تخرج عن هذه القاعدة من حيث أحكام القانون، أما من الناحية الواقعية فإن التباعد المكاني بين أطراف العقد والتكنولوجيات المتطورة قد يزيد ويضعف من فرضية وقوع أحد الطرفين لا سيما إذا لم يكن مهنيا في عيوب الإرادة المعروفة. وعليه سوف نرى

(1) نشناش منية، تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحيى جيجل، العدد 6، جوان 2018، ص 253.

(2) بموجب القانون 15-04 المؤرخ في 1 فبراير 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج ر 6، سنة 2015.

(3) كوسام أمينة، المرجع السابق، ص 359.

من خلال هذا الفرع تطبق نظرية عيوب الإرادة في مجال العقود الإلكترونية من خلال التطرق للغلط الإلكتروني (أولا)، التدليس (ثانيا)، الإكراه (ثالثا) مع استبعاد عيب الاستغلال لقيامه على عناصر ذاتية تقتضي معرفة أحد المتعاقدين لنفسية المتعاقد الآخر وهو ما لا يتماشى مع طبيعة العقود الإلكترونية.

أولا: الغلط

الغلط هو عبارة عن اعتقاد خاطئ يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على خلاف حقيقته فيقدم على إبرام العقد انطلاقا من ذلك الاعتقاد، فالغلط الذي يعتد به القانون وفقا لنص المادة 81 من القانون المدني هو الغلط الجوهرى¹ الذي يبلغ درجة من الجسامة والفداحة تؤثر في رضا أحد المتعاقدين لدرجة دفعه لإبرام عقد ما كان ليبرمه لولا ذلك الغلط، إضافة إلى وجوب اتصال الغلط بعلم المتعاقد الآخر، ومثال ذلك الغلط في صفة جوهرية من صفات العقد أو الغلط في أحد أطراف العقد الذي يكون محل اعتبار في التعاقد كما هو الحال في شخصية الموهوب له في عقد الهبة².

فالغلط في التعاقد الإلكتروني أمر وارد كما هو الشأن بالنسبة للعقد التقليدي، وبالتالي لا يختلف عما هو عليه في القواعد العامة، غير أن خصوصية التعاقد الإلكتروني والذي يتم عن بعد دون اتحاد مجلس العقد يجعل المستهلك الإلكتروني المتعاقد مع المحترف عبر شبكة الانترنت أكثر عرضة للوقوع في الغلط مقارنة مع نظيره المستهلك التقليدي، ومثال ذلك أن يشتري أحد المستهلكين منتج معين معروض عبر المواقع الإلكترونية، وعند استلامه للمنتج تبين أنه لا يتوافق على الصفات والخصائص التي اعتقد وجودها وقت التعاقد، ففي هذه الحالة يمكنه التمسك بإبطال العقد للغلط متى كان تخلف تلك الصفات أو الخصائص هو الذي دفع المستهلك إلى إبرام العقد³.

غير أنه وبغرض التصدي للغموض الذي يكتنف أغلب العروض التجارية المنشورة عبر مختلف المواقع الإلكترونية مما يؤدي إلى وقوع المستهلك الإلكتروني في غلط جوهرى يعيب إرادته، فقد ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني من خلال المادة 11 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة

(1) تنص المادة 81 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهرى أن يطالب بإبطال العقد".

(2) تنص المادة 82 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد ولحسن النية.

وإذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

(3) عدو حسين، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني - دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري -، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانه، غليزان، المجلد 07، العدد 01، 2018، ص

الإلكترونية بضرورة تقديم العرض التجاري الإلكتروني بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة أو أن يتضمن مجموعة من البيانات الإلزامية (مذكورة على سبيل المثال الحصر) التي من شأنها تنوير إرادة المستهلك الإلكتروني والحيلولة دون وقوعها في الغلط ومثال ذلك كفيات وأجال التسليم، الشروط العامة للبيع لا سيما البنود المتعلقة بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي، شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع وغيرها من الشروط التي قد تختلف أهميتها ومدى تأثيرها في الإرادة باختلاف طبيعة ونوعية المنتج أو الخدمة محل التعاقد.

ثانياً: التدليس

يقصد بالتدليس كعيب يلحق العقد أثناء مرحلة تكوينه جميع أنواع الغش والخداع التي يستعملها أحد المتعاقدين لإيقاع المتعاقد الآخر في غلط يدفعه للتعاقد¹، وهو الأمر الذي نظمته المشرع الجزائري في نص المادة 86 من القانون المدني الجزائري² التي جعلت التدليس يتشكل من عنصرين أساسيين الأول مادي يتمثل في المناورات الاحتمالية التي تظهر في شكل إيجابي مثل الإشهارات الخادعة أو المضللة والثاني سلمي من خلال السكوت عن وقائع مهمة كان ينبغي إخبار المتعاقد الآخر بها، أما العنصر الثاني فهو معنوي يتمثل في نية التضليل بقصد الوصول إلى غرض غير مشروع وهو التأثير في إرادة المتعاقد الآخر لجره إلى تعاقد لا يرغب فيه لولا الأساليب الاحتمالية المستعملة³.

أما بالنسبة للتدليس الإلكتروني فهو لا يختلف عن التدليس العادي إلا فيما يتعلق بالوسيلة المستعملة وهي شاشة الحاسوب حيث يستعمل المزود أو البائع كافة الطرق الاحتمالية من صوت وصورة لإيهام المتعاقد وتغليظه وتضليله للدفع به نحو التعاقد، وبذلك تنقرر للمستهلك باعتباره متعاقداً حماية مدنية تتيح له التمسك بإبطال العقد للتدليس متى كان جوهرياً ومؤثراً في إرادته، والذي يظهر غالباً في صورة إعلان تجاري إلكتروني مضلل قائم على تحويل وتغيير خصائص وصفات المنتج أو الخدمة محل التعاقد⁴، أو من خلال التدليس السلبي المتمثل في عدم تبين بعض العناصر

1) François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, **Droit civil les obligations**, 11ème éd, tome 1, Dalloz, paris, France, 2013, p 255.

2) تنص المادة 86 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنه، من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم المتعاقد الثاني العقد. ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

3) درار نسيمية، المرجع السابق، ص 45.

4) عمارة مسعودة، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني من خلال الإعلان التجاري الكاذب والحق في الإعلام، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب البليدة 2، العدد 2، جانفي 2012، ص 325.

المهمة في العروض الترويجية بمعنى السكوت عن أمور جوهرية ما كان للمستهلك الإلكتروني أن يبرم العقد لو كان الإعلان واضحاً بطريقة كافية، ولو أن التوجه الحديث للقضاء الفرنسي في مجال السكوت التدلّيسي يقضي بالاعتداد بمجرد السكوت عن أمور بسيطة متى كان من شأنها التأثير في إرادة المتعاقد¹، ومثال ذلك كتمان بعض المعلومات المتعلقة بالملاءة المالية للمتعاقد بطريقة تضر بالطرف الآخر فيكون لهذا الأخير حق التمسك بإبطال العقد بسبب الكتمان التدلّيسي².

ثالثاً: الإكراه

نظم المشرع الجزائري الإكراه بموجب المادة 88 من القانون المدني الجزائري³ حيث اعتبره من الأمور التي تعيب إرادة المتعاقد وتمنحه الحق في التمسك بإبطال العقد متى أبرم العقد تحت سلطان رهبة بينة وضعه تحتها الطرف الآخر من خلال الإيحاء بوجود خطر كبير يهدد الشخص أو أحد أقاربه في نفسه أو ماله، مع الأخذ بعين الاعتبار مختلف الظروف الخارجية التي تحيط بواقعة الإكراه من جنس الشخص المكره وسنه وحالته الصحية أو الاجتماعية أو أي ظرف آخر من شأنه التأثير الفعلي في الإرادة لدفعها إلى إبرام عقد ما كانت لتقدم على إبرامه في الظروف العادية.

وقد اختلف الفقه حول إمكانية حدوث الإكراه في مجال العقود الإلكترونية عامة حيث يستبعده البعض من مجال تلك العقود وذلك للخصوصية الإلكترونية التي تميزها بمخاطر التعرض لإكراه جسدي محسوس تكاد تكون معدومة نظراً لكونها غالباً ما يتم إبرامها عن بعد، ولا يتصور كذلك قيام الإكراه النفسي الذي يقع على نفس المتعاقد والذي يتمثل عادة في الابتزاز أو التهديد عبر الإلكتروني⁴، وقد يتصور الإكراه في تلك العقود عندما نكون بصدد تبعية اقتصادية حيث يضطر أحد المتعاقدين إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، وهو ما يمكن تصوره في حالة توريد منتج معين واحتكار إنتاجه مع بيع قطع غياره بأثمان باهضة نتيجة وضع شروط مجحفة، ويضطر العميل إلى قبولها نظراً لعدم وجود البديل⁵.

1) Cass, 1ère civ, du 3 mai 200, Bull. 2000, I, n° 131, p 88.

2) صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2014، ص 51.

3) تنص المادة 88 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بينة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون حق.

وتعتبر الرهبة قائمة على بينة إذ كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده، هو أو أحد أقاربه، في النفس، أو الجسم، أو المال.

ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه، وسنه، وحالته الاجتماعية، والصحية، وجميع الظروف التي من شأنها أن تؤثر في جسامته الإكراه".

4) خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أحكام عقد العمل عن بعد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2014، ص 376.

5) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 75.

أنظر أيضاً: عمارة مسعودة، المرجع السابق، ص 213.

الفصل الثاني:
المسؤولية العقدية الالكترونية
خلال مرحلة تنفيذ العقد

الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

رغم الأهمية القصوى التي تكتسبها كل من مرحلة تكوين العقد الالكتروني ومرحلة إبرامه إلا أنهما لا تعدوان أن تكونا بمثابة مراحل تحضيرية تمهيدية للمرحلة الحاسمة التي انصرفت إليها الإرادة المشتركة للأطراف وهي مرحلة تنفيذ العقد الالكتروني. فالهدف الأساسي لكل متعاقد هو أن يقوم مدينه أو المتعاقد معه بالتنفيذ العيني للالتزام المترتب في ذمته بموجب العقد المبرم بينهما، وهو ما يمثل الطريقة الأمثل والأفضل لانقضاء الالتزامات.

غير أن هذه الغاية كثيرا ما لا تتحقق ولا تتجسد على أرض الواقع نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ ما التزم به وذلك لأسباب عديدة قد تكون ذاتية أو موضوعية، إذ نجد أن عددا هائلا من العقود الالكترونية قد تنقضي دون أن تصل إلى نهايتها الطبيعية المتمثلة في تنفيذها عينا. وأمام هذه الوضعية لا يبقى أمام الدائن الالكتروني إلا السعي وراء التنفيذ بمقابل أملا في الحصول على مبلغ تعويض يجبر به ما لحقه من ضرر تسبب فيه المدين الالكتروني نتيجة الإخلال بالتزاماته.

وبالنظر إلى كثرة العقود ذات الطبيعة الالكترونية و تنوعها و تميز بعضها عن بعض فإننا لن نتناول كل صور المسؤولية العقدية خلال مرحلة التنفيذ، بل سنكتفي بدراسة صورتين للمسؤولية العقدية الالكترونية إحداهما تتعلق بعقد من عقود الخدمات والثانية بعقد محله سلعة، حيث سنخصص المبحث الأول من هذا الفصل للمسؤولية العقدية الناشئة عن التصديق الالكتروني كخدمة من الخدمات الالكترونية المستحدثة التي تقدمها هيأت التصديق للأشخاص الراغبين في اعتماد توقيعهم الالكتروني، بينما سنتناول خلال المبحث الثاني المسؤولية العقدية عن عقود البيع الالكترونية نظرا لطبيعتها المتميزة وسعة انتشارها.

المبحث الأول: المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بعقد التصديق الالكتروني

عملا على تحقيق ما يُعرف بالأمن القانوني فقد حرصت جل التشريعات على سن قوانين من شأنها إرساء أكبر قدر من الثقة في البيئة الرقمية لا سيما بالنظر للطابع اللامادي الذي تتسم به هذا الأخيرة، وكذا بالنظر إلى جهل الأطراف المتعاقدة لبعضها البعض على أساس أننا أمام عقود مبرمة عن بعد.

ويعتبر التوقيع الالكتروني¹ أحد أهم الضمانات التقنية التي اعتمدها الدول من خلال قوانينها الداخلية والدولية لدعم تلك الثقة، حيث أصبح هذا التوقيع يعمل جنبا إلى جنب مع التوقيع التقليدي، لأنه يتيح التعرف على هوية أطراف العقد ويعبر عن إرادتهم رغم خصوصية الوسيلة الالكترونية المستعملة في عملية الإبرام.

غير أن الاعتراف للتوقيع الالكتروني بالحجية في إثبات التصرفات القانونية² و اعتباره ضمانا لدعم الثقة و الأمان الرقميين مرهون بتوفر جملة من الشروط الشكلية و الموضوعية أهمها توثيق هذا التوقيع و حفظ البيانات المشكلة له من التلف و الضياع أو التحريف³، علما أن القيام بمثل هذا العمل يقتضي كفاءة عالية و تمكنا كبيرا في ميدان الإعلام الآلي، وهو الأمر الذي لا يتقنه المستهلك ولا المحترف، لذلك فقد عهدت الدول من خلال قوانينها الناظمة للتجارة الالكترونية و التوقيع الالكتروني بهذه المهمة إلى هيئات متخصصة تتمثل في مؤدي أو مقدم خدمة التصديق

(1) عرف المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني في نص المادة 2 فقرة 1 من القانون 15.04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين بأنه: " التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

(2) تنص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها". كما نصت المادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على أنه " ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

(3) يعتبر إقرار التشريعات بحجية التوقيع الالكتروني وبالتبعية قابلية المحرر الالكتروني لأن يكون دليلا لإثبات التصرفات القانونية بمثابة مساندة من التشريع للتطورات التكنولوجية لأنه لم يعد مبررا التوجس الكبير من مصداقيتها طالما أنه يمكن قراءتها بوضوح وكانت لديها الدلالة الكافية على مضمون المحرر وطالما كانت مدونة بطريقة تضمن استمراريتها وتخول للأطراف الرجوع إليها عند الضرورة دون أن يلحقها أي تعديل في بياناتها على نحو يوفر للمتعاملين الثقة والأمان. أرجع: عبد المجيد بوكير، ضوابط المحررات الالكترونية الصادرة عن الموثق العصري، مجلة الملف، المغرب، العدد 16، 2010، ص 44.

الالكتروني، هذا الأخير يصدر شهادات التوثيق ويمنحها لصاحب التوقيع الالكتروني بعد أن يتعاقد معه، فيكون مقدم خدمة التصديق الالكتروني ملتزما بجملة من الالتزامات تجاه صاحب التوقيع الذي يرتبط مع شخص آخر بعقد الكتروني استنادا إلى هذا التوقيع المصادق فيكون ملتزما تجاهه، الأمر الذي من شأنه إثارة المسؤولية العقدية لأي منهما في حالة إخلاله بالالتزامات المترتبة في ذمته. وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين نتناول في الأول المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التوثيق الالكتروني تجاه الموقع، وسنخصص الثاني لمسؤولية الموقع تجاه كل من مؤدي خدمة التصديق الالكتروني وكذا تجاه المَعُول على التوقيع الالكتروني.

المطلب الأول: المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني تجاه الموقع

إن الهدف الأساسي من استحداث هيئات التوثيق أو التصديق الالكتروني هو توفير مزيد من الثقة والأمان في التعاملات الرقمية رغبة في دعم وتشجيع الاقتصاد الرقمي من خلال توسيع دائرة عقود التجارة الالكترونية، لذلك فقد عهدت الدول بهذه المهمة الصعبة والحساسة إلى كل شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص يتوفر على جملة من الشروط القانونية تحت رقابة الدولة¹ انطلاقا من خلفية تاريخية تجعل المواطن يثق في كل ما هو عمومي مقارنة بأنشطة الخواص لا سيما في عالم افتراضي محفوف بمخاطر الغش والخداع².

(1) اعتمد المشرع الجزائري مصطلح مؤدي خدمات التصديق الالكتروني لأول مرة بموجب المرسوم التنفيذي 162-07 المؤرخ في 30 ماي 2007 المتعلق بأنواع الشبكات السلكية واللاسلكية (ج.ر عدد 37)، متخليا عن مصطلح موفر الخدمات الذي اعتمده في نص المادة 8 فقرة 8 من القانون 2003 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية واللاسلكية المؤرخ في 05 غشت 2000 ج.ر عدد 48 حيث عرفته المادة المذكورة بأنه " كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية"، وقد جاءت أحكام القانون 04-15 لتؤكد و تثبت لفظ مؤدي خدمات التصديق الالكتروني حينما عرفته في المادة 12 بأنه " مؤدي خدمات التصديق الالكتروني: شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، و قد يقدم خدمات أخرى". لمزيد من التفاصيل أنظر: مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري، مجلة القانون الدولي والتنمية، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، العدد 2، 2017، ص 646 و ما بعدها.

(2) غزالي نزيهة، تأمين وسائل الدفع الالكترونية بألية التصديق الالكتروني في القانون الجزائري، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، العدد الثالث 2017، ص 56.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

ويُعرّف نشاط التصديق الالكتروني بأنه " ضمان سلامة و أمن و تأمين التعامل عبر الانترنت و ذلك من حيث الأطراف المتعاملة بهذه الوثائق، مضمونها، تاريخها و التوقيع إن وجدت و بعبارة أخرى يمكن القول أن التصديق الالكتروني هو نشاط غايته خلق بيئة الكترونية آمنة"¹. فإذا كان التصديق الالكتروني بمثابة النشاط الممارس من طرف جهات معينة لتأمين التعاملات الرقمية فإن شهادة التصديق هي الآلية أو الطريقة التي يمارس بها هذا النشاط، حيث عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 2 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين بأنها " وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني و الموقع"، مع الإشارة إلى أن المادة 12 من القانون سالف الذكر تجيز لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني ممارسة أنشطة أخرى دون أن تحدد نوعية و طبيعة هذه الأنشطة، بينما نجد الفقه يشترط أن يكون النشاط الممارس على علاقة و صلة بالنشاط الرئيسي و هو منح شهادات التصديق و من أمثلة ذلك تحديد تاريخ ثابت للتوقيع الالكتروني و حفظ كل ما يتعلق بالتوقيع الالكتروني أو إيقاف شهادة التصديق الالكتروني أو إلغائها².

من جانبه الفقه فقد حاول بدوره إعطاء تعريف لشهادة التصديق الالكتروني حيث عرفت بأنها " تلك الشهادة التي تمنح من جهة معتمدة و مرخصة من قبل الدولة لإثبات نسبة التوقيع إلى شخص معين استنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة، و هذه الشهادات يقصد من الحصول عليها نسبة رسالة البيانات أو العقد الالكتروني إلى مصدره، وأن التوقيع الالكتروني هو توقيع صحيح و صادر ممن نسب إليه"³، كما تم تعريف الشهادة المذكورة بأنها " بطاقة هوية الكترونية تم وضعها بواسطة شخص مستقل عن العقد و محايد لتوفر قدر من الثقة و الأمان للتوقيع الالكتروني وفقا

(1) زروق يوسف، الإطار القانوني لشهادة التصديق الالكتروني، مجلة الحقوق والعلم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 21، 2015، ص 175.

(2) CARIOLI (E.A), « La loi française sur la signature électronique dans la perspective européenne », J.C.P.G, N0 18, 03 Mai 2000, p 793.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الالكتروني في الإثبات دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018، ص 210.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

لمواصفات قياسية فرضها المشرع¹، علما و أن المادة 5 من القانون 04-15 سالف الذكر تنص صراحة على وجوب توخي مبدئي الشفافية وعدم التمييز من طرف مؤدي خدمة التصديق الالكتروني أثناء ممارسته لمهامه كما لا يمكنه الامتناع عن تقديم الخدمة لأي شخص يطلبها دون سبب وجيه، وهو الأمر الذي ينقل حياد هذه الهيئات من الجانب الأخلاقي الفلسفي إلى الحقيقة القانونية الميدانية التي تضع مؤدي خدمة التصديق موضع المسؤول من الناحية القانونية عن أي امتناع أو تقاعس في تقديم الخدمة.

ومهما يكن من اختلاف في التعاريف التشريعية والفقهية المقدمة للشهادة المذكورة فإن العبرة في المقصد من استصدار مثل هكذا وثيقة و الذي يظهر من خلال الشروط الصارمة لممارسة نشاط التصديق الالكتروني و إخضاعه لرقابة هيئة عمومية، إذ أن مؤدي خدمة التصديق الالكتروني محكوم بنصوص قانونية أمرة تحدد له مجموعة الصلاحيات المخولة له بطريقة تكفل حق كلا المتعاقدين في استعمال أو التعويل على التوقيع الالكتروني المصادق عليه، و كل ذلك في سبيل تأمين وتحسين المعاملات الالكترونية.

الفرع الأول: التزامات هيئات التصديق الالكتروني تجاه الموقع

فرض المشرع الجزائري² شروطا صارمة على كل شخص طبيعي أو معنوي يرغب في امتحان التصديق الالكتروني لتمكينه من ممارسة هذا النشاط، منها ما يتعلق بشخص طالب الترخيص مثل تمتعه بالخبرة والمؤهلات اللازمة في ميدان الإعلام و الاتصال و كذا عدم الحكم عليه بجناية أو جنحة منافية لنشاط التصديق الالكتروني، ومنها ما يتعلق بقدراته المالية التي ينبغي أن تكون كافية لممارسة هذا النوع من الأنشطة، إضافة إلى تمتعه بالجنسية الجزائرية و ضرورة خضوعه للقانون الجزائري.

(1) باسم محمد فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الالكتروني (ماهية التوقيع الالكتروني-قدرته على إثبات التصرفات القانونية (الحجية)- المسؤولية المدنية للموقع الالكتروني- التعويض عن إساءة استعماله) دراسة مقارنة في ضوء القانون المصري وقانون الاونيسترال والقوانين العربية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2018، ص 58.

(2) أنظر المادة 34 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

غير أن استيفاء طالب الترخيص لهذه الشروط لا يعطيه حق الممارسة الآلية لخدمة التصديق الالكتروني، بل يتعين عليه اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادتين 33 و35 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث يمتنع عليه الشروع في ممارسة نشاط التصديق الالكتروني قبل حصوله على شهادة التأهيل لمدة سنة قابلة للتجديد من طرف السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني التي تقوم بعد انقضاء المدة المذكورة بمنح الترخيص لمزاولة النشاط بصفة رسمية.

وعليه فإن طالب الترخيص لا يكتسب صفة مؤدي خدمة التصديق على التوقيع الالكتروني وبالتبعية صلاحية إصدار شهادات التوثيق قبل استيفائه لكافة الشروط والإجراءات المذكورة، علما وأن الشدة والصرامة التي أحاط بها المشرع الجزائري ممارسة هذا النشاط ترجع إلى خطورة ما ينتج عن اعتماد التوقيع الالكتروني خاصة فيما يتعلق بتوفير بيئة إلكترونية آمنة يمكنها التشجيع على إبرام أكبر قدر ممكن من عقود التجارة الالكترونية.

إن ممارسة نشاط التصديق الالكتروني ينشئ علاقة ثلاثية الأطراف تجعل كل طرف يلتزم بتعهدات معينة تجاه الأطراف الأخرى، منها التزامات ذات طبيعة عقدية تقوم معها المسؤولية العقدية في حالة الإخلال بها، وأخرى ذات طبيعة تقصيرية مصدرها نص القانون تهض معها المسؤولية التقصيرية في حالة انتهاكها.

غير أن ما يهمننا في هذا المقام من الدراسة هو الالتزامات العقدية وما يترتب عنها من مسؤولية، لذلك سندرس بإيجاز أهم الالتزامات التي تتعهد بها هيئات التوثيق الالكتروني تجاه طالب شهادة التصديق الالكتروني والغير الذي يعتمد على التوقيع الالكتروني لإبرام تصرفات مالية مع الموقع، وذلك على النحو التالي:

أولا- لالتزام بالتحقق من صحة البيانات المقدمة:

ويقصد بهذا الالتزام أن يتولى مورد خدمة التصديق الالكتروني فحص المعلومات المقدمة إليه و تقدير توافرها الظاهري مع المستندات المقدمة من طرف المشترك¹، إذ يلتزم مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بموجب المادة 44 من القانون 04-15 بالتأكد من محتوى و مضمون كافة

1) Eric CAPRIOLI, **le juge et la preuve électronique**, Article disponible sur le site: www.caprioli-avocats.com. Site consulté Le: 20/12/2018.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

البيانات و المعلومات التي تتضمنها شهادة التصديق الالكتروني و التي تمنح لكل شخص يرغب في امتحان هذا النشاط التي تلقاها من الأشخاص الذين يطلبون شهادة التصديق الالكتروني، حيث ألزمت المادة المذكورة أعلاه مزود الخدمة و قبل أن يقوم بمنح الشهادة بضرورة التحقق من تطابق بيانات الإنشاء مع بيانات التحقق من التوقيع¹.

أما إذا تعلق الأمر بالأشخاص الاعتبارية فإنه يتعين على جهة التوثيق الاحتفاظ بسجل خاص تذكر فيه هوية الممثل القانوني للشخص المعنوي²، لذلك فإن جهة التصديق ملزمة بتوفير طاقم فني متخصص و على درجة من الكفاءة و التمکن في المعلوماتية لإمكانية التحقق من صحة و دقة و صدق المعلومات المقدمة³، و هو الأمر الذي أكدت عليه المادة 9 الفقرة و من قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية⁴ حينما نصت على أنه "تستخدم في أداء خدماته نظم و إجراءات و موارد بشرية جديرة بالثقة"، و بالتالي فإن التشريع لم يضع آليات محددة أو أجهزة معينة لكي تستعمل في عملية التأكد و التحقق من صحة البيانات، بل ترك المجال واسعاً أمام هيئات التصديق الالكتروني لاستعمال ما تشاء من ميكانيزمات تقنية و طاقات بشرية ترى فيها القدرة على تحقيق المبتغى من العملية و هو مطابقة المعلومات المصرح بها للحقيقة.

ومنه أمکن القول إن التزام مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بالتحقق من صحة البيانات الواردة في شهادة التصديق إنما هو التزام ببذل عناية⁵، حيث يكفي مؤدي خدمة التصديق الالكتروني الذي يعتبر بمثابة مهني أن يثبت أنه بذل العناية اللازمة للتأكد و التثبت و التحقق من صحة البيانات و المعلومات المقدمة إليه من خلال الاطلاع على الوثائق الرسمية الأصلية التي

(1) أنظر المواد: 11 و 13 من القانون 04-15 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع و التصديق الالكترونيين.

(2) أنظر: المادة 44 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع و التصديق الالكترونيين.

(3) عائشة قصار الليل، حجية المحرر و التوقيع الالكتروني في الإثبات - دراسة تحليلية مقارنة -، دكتوراه علوم، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2016-2017، ص 243.

(4) قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية المعتمد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة في دورتها 34 بتاريخ 05 جويلية 2001.

(5) العناية المطلوب بذلها من طرف مؤدي خدمة التصديق في هذا الالتزام هي عناية الرجل العادي وفقاً للقواعد العامة في الالتزام، مع الإشارة إلى أن قانون اليونسترال النموذجي وكذا قانون المعاملات الالكترونية الإماراتي قد استعملتا مصطلح "العناية المعقولة" على عكس باقي التشريعات التي لم تحدد نوع الالتزام و درجة العناية المطلوبة.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

يصعب في الغالب تزويرها أو تحريفها مثل جواز السفر، كما يجب عليه إثبات اتباع الإجراءات الصحيحة لعملية القيد من الأوراق المسلمة و بطاقة التسجيل¹.

إن تكييف التزام مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بأنه التزام ببذل عناية رغم صحته و جاهدته لا يخدم الدائن بهذا الالتزام سواء كان صاحب شهادة التوقيع الالكتروني أو الغير المَعُول على هذا التوقيع في حالة الإخلال به، ذلك أن هذا النوع من الالتزامات يلقي عبئ إثبات الإخلال على الدائن به مع ما يتضمنه الأمر من صعوبة بالغة بسبب عدم وضع النصوص القانونية المنظمة لهذه المسألة سواء على الصعيدين الوطني أو الدولي ضوابط أو حدود أو قيود على هذا الالتزام إذ جعلته التزاما عاما فضفاضيا واسع النطاق من خلال تخويل مؤدي خدمة التصديق الالكتروني باستعمال كافة الوسائل المادية و البشرية لتيقن من مدى مصداقية و صحة البيانات المقدمة

ثانيا. الالتزام بالسرية:

يقصد بضمان سرية البيانات أن يقوم مزود خدمة التصديق الالكتروني بتأمينها بطريقة تجعلها محصنة من أن يطلع عليها أي كان باستثناء الأشخاص أو التطبيقات أو الهيئات المرخص لها بذلك فهي نظام قائم على التشفير².

و يعتبر الالتزام بالسرية من الالتزامات الجوهرية الملقاة على عاتق مؤدي خدمة التصديق الالكتروني، حيث ألزمت المادتان 42 و 43 من القانون 04-15 يحدد القواعد العامة للتوقيع و التصديق الالكترونيين مؤدي خدمة التصديق بالحفاظ على سرية البيانات و المعلومات المتعلقة بشهادات التصديق الالكتروني الممنوحة مع منعه من جمع البيانات الشخصية لطالب الشهادة إلا إذا أبدى موافقته الصريحة على ذلك بشرط أن يقتصر الأمر على البيانات اللازمة و الضرورية لمنح و حفظ الشهادة، و الحكمة من ذلك أن السرية تشكل الضمانة الرئيسية لدعم الثقة و الأمان في

(1) باسم محمد فاضل، المرجع السابق، ص 48.

(2) FARES Wafàa, Signature électronique : sécurité des données, revue du droit marocain, N0 7, 2009, P 46.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

البيئة الرقمية التي تجمع بين أشخاص متبايعين مكانيا و لا يعرفون بعضهم البعض ولا يجمعهم مجلس عقد واحد¹.

و تجدر الإشارة إلى أن المادة 61 من القانون 04-15 سالف الذكر قد جعلت مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بمثابة المسؤول الوحيد عن سرية بيانات إنشاء التوقيع الالكتروني، علما و أن السرية في هذا المقام تفسر تفسيراً واسعاً لتشمل كافة البيانات المصرح بها و المذكورة في شهادة التصديق إذ يستوي في ذلك أن تتعلق البيانات بالتجارة الالكترونية و صفقاتها أو أن تكون بيانات ذات طابع شخصي مرتبطة بالأشخاص الذين تقدموا بطلب على الحصول على الترخيص سواء لأنفسهم (شخص طبيعي) أو كممثلين لأشخاص اعتبارية ترغب في ولوج خدمة التصديق الالكتروني².

إن ضمان سرية البيانات يعتبر التزاماً عاماً ملقى على هيئة التصديق الالكتروني كشخص معنوي رفقة كل الطاقم المشكل للهيئة من خبراء و فنيين و حتى إداريين، حيث تترتب المسؤولية المدنية لجهة التصديق عن إخلالها بالالتزام بالسرية أيا كان مصدر إفشاء السر و بغض النظر عن المركز أو المنصب الذي يتبوؤه الشخص الذي قام بإفشائه³.

ثالثاً- الالتزام بتقديم خدمات التصديق الالكتروني (الإصدار، التعليق والإلغاء):

يلتزم مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بتقديم مجموعة الخدمات المرتبطة بنشاطه من إصدار للشهادة و تعليقها أو حتى إلغائها متى اجتمعت الشروط القانونية اللازمة لتقرير كل حالة من الحالات المذكورة:

أ/الالتزام بإصدار شهادة التصديق الالكتروني:

ألزمت المادة 44 من القانون 04-15 مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بمنح شهادة أو أكثر لكل شخص يقدم طلباً وذلك بعد التحقق من هويته و حتى من صفاته الخاصة عند الاقتضاء. ويشترط في الشهادة الممنوحة لطالب التصديق الالكتروني أن تتضمن كل البيانات التي من شأنها

1 (رضوان قرواش، هيئات التصديق الالكتروني في ظل القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين (المفهوم والالتزامات)، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة محمد المين دباغين سطيف2، العدد 24، جوان، ص 417.

2 (عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 245.

3 (أنظر المادة 42 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

التأكيد على صحة التوقيع الالكتروني و نسبته إلى صاحبه و أنه يستوفي جميع الشروط المنصوص عليها قانونا، لذلك تظهر أهمية هذه الشهادة في أنها تضمن و تؤكد العلاقة بين الموقع و التوقيع الالكتروني من أجل تفادي انتحال شخصية الموقع أو التلاعب بمضمون الرسالة، فالغالب أن المرسل إليه لا يعرف منشئ الرسالة (الموقع) إذا تم التعاقد عبر الوسائط الالكترونية، إذ يمكن لأي شخص آخر أن يقتحم موقعه و يقوم بالتلاعب بمحتوى البيانات ثم يرسلها من جديد، أو أن منشئ الرسالة قد ينكرها في حالة ما إذا رأى أن الصفقة لم تعد ملائمة له، لذلك كانت الحاجة ماسة لاشتراط تقديم شهادة من جهة ثالثة محايدة تضمن نسبة التوقيع الالكتروني إلى المتعاقد معه¹.

ب/الإلتزام بتعليق العمل بشهادة التصديق الالكتروني أو إلغائها:

يقع على عاتق مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بعد إصدار الشهادة ضمان متابعة وتحديث المعلومات التي تتعلق بصاحب التوقيع وكل ما يطرأ على مركزه القانوني من تغييرات لها علاقة بالبيانات المذكورة، وخلال عملية التحديث قد يتبين له بأنها أصبحت غير قابلة للاعتماد أو غير جديرة بالتعويل عليها، الأمر الذي يستوجب اتخاذ إجراءات تعليقها أو إلغائها نهائيا². وباستقراء نص المادة 45 من القانون 05-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين نجد أن المشرع قد نظم مسألة إلغاء شهادات التصديق بناء على طلب صاحب الشهادة أو بدون طلب منه مع تغافله عن التصدي لمسألة تعليق الشهادة أو توقيفها مؤقتا مختلفا في ذلك عن بعض التشريعات الأخرى.

وعليه فإن الحالات التالي جاءت بها المادة 45 من القانون سالف الذكر تشكل أسبابا قانونية تبرر تدخل مؤدي خدمة التصديق الالكتروني دون حاجة لطلب من الشخص المعني لإلغاء العمل بشهادة التصديق. هذه الحالات تتمثل فيما يلي:

✓ إذا تبين أن الشهادة قد تم منحها بناء على معلومات خاطئة أو مزورة، أو إذا أصبحت المعلومات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني غير مطابقة للواقع أو إذا تم انتهاك سرية بيانات إنشاء التوقيع،

1 (القرعة داغي، عارف علي عارف، الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة المدينة العالمية (مجمع)، العدد 9، سنة 2014، ص ص 123-124.

2 (رضوان قرواش، المرجع السابق، ص 419.

- ✓ إذا تبين أن الشهادة أصبحت غير مطابقة لسياسة التصديق¹،
 - ✓ في حالة علم مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بوفاة الشخص الطبيعي أو بحل الشخص المعنوي صاحب شهادة التصديق الالكتروني.
- ففي حالة توفر حالة من الحالات المذكورة في المادة 45 أعلاه يجب على مؤدي خدمة التصديق الالكتروني أن يصدر قرارا يلغي بمقتضاه شهادة التصديق مع ضرورة إخطار صاحبها بذلك وتسبب القرار المتخذ².

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني تجاه الموقع

إن العلاقة التي تربط مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بالموقع (صاحب التوقيع) ذات طبيعة تعاقدية تجعل لكل منهما التزامات واجبة التنفيذ تجاه الآخر، لذلك فهينة التصديق تلتزم بمنح الشهادة و تعليقها وإلغائها كما تلتزم بالحفاظ على سرية البيانات، وذلك تحت طائلة قيام المسؤولية المدنية العقدية للطرف الذي أخل بالتزاماته.

ولأن النصوص القانونية المستحدثة الناظمة للتعاملات في البيئة الرقمية لا سيما القانون 04-15 المعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين والقانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية لم تضع أحكاما خاصة بالمسؤولية المدنية لجهات التصديق الالكتروني، لأن القانون 04-15 اكتفى بذكر الالتزامات الملقاة على عاتق هذه الهيئات مع التذكير بقيام مسؤوليتها في حالة عدم تنفيذها وذلك بطريقة تتسم بنوع من العمومية.

وعليه فإنه لا مناص من إخضاع مزود خدمة التصديق الالكتروني متى أخل بالتزاماته إلى الأحكام و القواعد العامة للمسؤولية العقدية في القانون المدني، بشرط اجتماع كل الشروط المنصوص عليها بداية بوجود عقد الكتروني صحيح ينشأ بتطابق الإرادتين حول المسائل الجوهرية للعقد، مع احترام محل العقد للشروط المشكلة له من وجود أو قابلية للوجود و تحديد و مشروعية، إضافة إلى وجود سبب مشروع يكون بمثابة الدافع إلى التعاقد، دون نسيان شروط

(1) عرفت المادة 2 فقرة 15 من القانون 04-15 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين سياسة التصديق بأنها «سياسة التصديق الالكتروني: مجموع القواعد و الإجراءات التنظيمية و التقنية المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين».

(2) أنظر: المادة 45 فقرة 3 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

الصحة المتمثلة في خلو الإرادة من العيوب الأربعة المعروفة (الغلط، التدليس، الإكراه و الاستغلال)، وكذا توفر طرفي العقد على أهلية التعاقد¹.

ومنه سندرس في هذا الفرع أركان المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني في ضوء كل من القواعد العامة للقانون المدني وكذا احكام القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

أولاً- خطأ مؤدي خدمة التصديق الالكتروني:

الخطأ في مفهوم المسؤولية العقدية هو " الإخلال بالالتزام مصدره عقد صحيح "، هذا الإخلال قد يكون امتناعا كلياً أو جزئياً عن تنفيذ أحد أو كل الالتزامات وقد يكون مجرد تأخر في تنفيذ العقد أو تنفيذاً معيباً له.

ولا شك أنه وباستثناء بعض الالتزامات التي فرضها المشرع في القانون 04-15 على مؤدي خدمة التصديق الالكتروني مثل الالتزام بالحصول على ترخيص لممارسة النشاط و الالتزام بدفع بعض الإتاوات المالية و التي تعتبر أقرب إلى الإجراءات أو الشروط الشكلية منها إلى الالتزامات بمفهوم القانون المدني، فإن الالتزامات التي يتعهد بها مؤدي خدمة التصديق بالموقع هي التزامات ذات مصدر تعاقدية تلخص أساساً في تقديم خدمة التصديق على التوقيع الالكتروني لإمكانية التعويل عليه في المعاملات والتصرفات القانونية التي يبرمها الموقع عبر الانترنت.

غير أن الالتزامات التي يتعهد بها مؤدي خدمة التصديق عديدة متنوعة وتختلف من حيث الطبيعة بين التزام ببذل عناية مثلما هو الشأن بالنسبة للالتزام بالحفاظ على سرية البيانات والتأكد من صحتها²، و بين التزام بتحقيق نتيجة مثل منح أو تعليق أو إلغاء شهادة التصديق الالكتروني متى توفرت حالة من الحالات المذكورة في المادة 44 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

1) بالنسبة لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني فهو بمثابة شخص اعتباري وبالتالي يُفترض فيه اكتمال الأهلية في كافة الأنشطة المرخص له بمزاومتها، أما الممثل القانوني لهيئة التصديق فالأعمال التي يُمارسها تعتبر بالنسبة إليه دائرة بين النفع والضرر، لذلك يكفي أن يكون مميزاً ولو أن إدارة هذا النوع من المؤسسات العمومية لا يتم إسناده للقصر من الناحية الواقعية.

2) مصطفى هنشور وسيمة، المرجع السابق، ص 457.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

لذلك سوف نتناول الإخلال بكل التزام بدلا من محاولة معالجة كافة الأخطاء العقدية التي قد يرتكبها مزود خدمة التصديق في مواجهة طالب الشهادة أو الغير الذي يعتمد عليها، نظرا لاختلاف طبيعتها وبالتبعية الأحكام القانونية التي تخضع لها خاصة من حيث الإثبات.

1/ الإخلال بالالتزام بمنح أو إلغاء شهادة التصديق :

يعتبر إصدار ومنح شهادة التصديق الالكتروني بمثابة الالتزام الأساسي والمحوري في علاقة مؤدي خدمة التصديق مع الموقع، ذلك أن الالتزامات الأخرى مثل الحفاظ على السرية والتأكد من صحة البيانات ما هي إلا التزامات تبعية تستند في وجودها إلى التزام أصلي ما وجدت إلا دعما له، كما أن الالتزام بإلغاء أو تعليق شهادة التصديق يمكن أن يوضع في خانة الالتزامات الموصوفة لأنها مرتبطة بتحقق شرط معين أو توفر حالة من الحالات التي حددها المشرع مثل وفاة صاحب التوقيع الالكتروني.

و عليه فإن أهمية شهادة التصديق الالكتروني تظهر في كونها تنشئ علاقة بين هوية الموقع والمعطيات المستخدمة من أجل التحقق من سلامة هذا التوقيع¹، لذلك فإن امتناع مؤدي خدمة التصديق أو تأخره في منح شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة دون سبب جدي من شأنه أن يلحق أضرارا مادية و حتى أدبية بطالب الشهادة، لأن هذه الأخيرة تعتبر قوام التوقيع الالكتروني و مصدر الثقة فيه و سبب تعويل الغير و اعتماده عليه، كما أن الامتناع عن منح الشهادة المذكورة سيجعل التوقيع الالكتروني عديم الحجية و غير صالح لأن يعتد به كدليل إثبات².

وقد اعتبر الفقه³ أن الالتزام بمنح شهادة التصديق الالكتروني هو التزام بتحقيق نتيجة لا التزاما ببذل عناية، حيث يكفي صاحب التوقيع الالكتروني أن يتبع الشكليات التي يشترطها القانون ليتقرر له حق شخصي في ذمة مؤدي خدمة التصديق الالكتروني يكون بمقتضاه هذا الأخير ملزما

1) « Le certificat établit un lien entre L'identité du signataire et les données utilisées pour vérifier la signature ». Didier GOBERT, **Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification** : Analyse de la loi du 9 juillet 2001, publiée in la preuve, formation permanent C.U.P, Vol 54, Mars, p 19.

2) محمد حاتم البيات، المسؤولية المدنية عن الخطأ في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الالكترونية، ورقة بحثية مقدمة للمشاركة في أشغال مؤتمر للمشاركة في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الالكترونية) المنظم من طرف مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية في دبي، المجلد الثاني، من 19 إلى 20 ماي 2009. ص 827.

3) باسم محمد فاضل، المرجع السابق، ص 113.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

بتحقيق نتيجة معينة تتمثل في إصدار ومنح شهادة التصديق الالكتروني لطالها، إذ تقوم مسؤوليته العقدية تجاه صاحب التوقيع متى أخل بالالتزام المذكور، وذلك لوجود رابطة تعاقدية بين الطرفين تحكمها بنود عقد تقديم الخدمات المبرم بينهما.

وعليه فإن صاحب التوقيع الالكتروني المتضرر من عدم حصوله على شهادة التصديق من طرف مؤدي الخدمة يكفيه وفقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية أن يثبت الرابطة العقدية بينهما، من خلال تقدمه بالوثائق اللازمة والتي تشكل قبولا لإبرام عقد تقديم الخدمة أما الإيجاب فهو مفترض في جانب مؤدي خدمة التصديق بمجرد حصوله على الترخيص لممارسة نشاط التصديق.

أما إثبات الخطأ العقدي في هذه الحالة فهو أمر يسير إذ يكفي صاحب التوقيع أن يثبت عدم حصوله على الشهادة المعنية أو حصوله عليها بعد فوات الأجل المتفق عليها، لتقوم المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني والتي يلتزم بموجبها بجبر الأضرار اللاحقة بالطرف الآخر على أساس ما فاتته من كسب و ما لحقه من خسارة، و ذلك بدفع مبلغ تعويض يأخذ بعين الاعتبار الأضرار المتوقعة وقت التعاقد دون الأضرار غير المتوقعة، إلا إذا ارتكب المدين و هو في هذه الحالة مؤدي خدمة التصديق الالكتروني غشا أو خطأ جسيما، حيث يكون ملزما بتعويض كافة الأضرار بما في ذلك تلك التي لم يتوقعها الطرفان وقت إبرام العقد.¹

غير أنه وإن كان المشرع الجزائري في القواعد العامة قد وضع أسسا ومعايير لتقدير مبلغ التعويض تتمثل أساسا فيما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب إضافة إلى العنت الذي أبداه المدين في الوفاء في حالة الحكم عليه بغرامة تهديدية، فإن قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية قد حدد مجموعة من العوامل المذكورة على سبيل المثال لا الحصر ينبغي

(1) تنص المادة 182 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد، أو في القانون فالقاضي هو الذي يقدره، ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به. ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية إذ الم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول.

غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

أخذها بعين الاعتبار في حالة تقدير التعويض الذي يمنح للموقع أو الغير المُعَوَّل على شهادة التصديق الالكتروني، هذه العوامل هي:

- ✓ تكلفة الحصول على الشهادة،
- ✓ طبيعة المعلومات التي يجري التصديق عليها،
- ✓ وجود أي قيد،
- ✓ وجود أي بيان من مسؤولية مقدم خدمات التصديق،
- ✓ وجود الدولة التي يوجد فيها مقدم خدمات التصديق يطبق قانونها بموجب قاعدة تنازع القوانين ذات الصلة.

ونلاحظ هنا أن قانون اليونسترال النموذجي لم يميز بين المسؤولية التقصيرية والعقدية في تقدير مبلغ التعويض حيث أخضع هذا الأخير لنفس الأسس والمعايير تماما مثلما هو الأمر في القواعد العامة، غير أن الاختلاف الوحيد بينهما يمكن في التعويض عن الأضرار غير المتوقعة. أما التزام هيئات التصديق بإلغاء شهادة الصديق الالكتروني فلا شك أنه هو الآخر التزام بتحقيق نتيجة، حيث لا تملك الهيئات المذكورة أي سلطة لتقدير إلغاء الشهادة أو عدم إلغائها، نظرا لوضوح الحالات التي أوردها المشرع في نص المادة 45 من القانون 04-15 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع و التصديق الالكترونيين و التي تلزم مؤدي خدمة التصديق بإصدار قرار يلغي الشهادة متى تحققت إحدى الحالات، و الحكمة من ذلك هي انتفاء علة وجود الشهادة المذكورة و المتمثلة في زرع الثقة و الأمان في التعاملات الالكترونية هدفها الرئيسي و سبب إصدارها¹، ففي حالة ما إذا ثبت أن البيانات التي تضمنتها شهادة التصديق الالكتروني كانت خاطئة أو مزورة أو محرفة فإن الثقة فيما تضمنته من بيانات ستندعم و التعويل عليها من طرف الغير سيزول و ضررها على صاحب التوقيع سيكون أكبر من نفعها، لذلك فمتى تم إخطار مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بوجود تزوير في البيانات كان لزاما عليه إصدار قرار بإلغاء الشهادة تحت طائلة اعتباره مرتكبا

(1) كامران الصالحي، الطبيعة القانونية لمسؤولية مزود الخدمات في قانون المعاملات والتجارة الالكتروني الإماراتي رقم (1) لسنة 2006، بحث مقدم للمشاركة في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية- الحكومة الالكترونية) المنظم من طرف مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية في دبي، المجلد الثاني، من 19 إلى 20 ماي 2009، ص 650.

لخطأ عقدي تقوم معه المسؤولية العقدية في مواجهة الموقع و كذا كل من عول أو اعتمد على التوقيع الالكتروني بعد عملية الإخطار.

2/ الإخلال بالالتزام بالتحقق من دقة المعلومات :

إن الهدف الأساسي من تنظيم عملية توثيق التوقيعات الالكترونية هو تأمين المعاملات الرقمية و زرع مزيد من الثقة و الأمان فيها، و ذلك بالنظر للانتشار الكبير لأعمال القرصنة والتحايل و الاختراقات غير المشروعة و تحريف مضمون المراسلات الرقمية مما شكل عقبة في سبيل ازدهار و تطور التجارة الالكترونية¹، لذلك بدا من الضروري إسناد عملية التصديق الالكتروني إلى طرف محايد تفترض فيه الثقة و المشروعية، مع إلزامه قانوناً بالتأكد و التحقق من مدى صحة و صدق البيانات المقدمة إليه² لأن هذه الأخيرة هي مصدر الثقة في شهادة التصديق الالكتروني و بالتبعية التعويل عليها لإبرام تصرفات قانونية إلكترونية.

غير أن الالتزام بالتأكد من صحة البيانات المقدمة للتصديق على التوقيع الالكتروني هو التزام في مواجهة الغير³ لا في مواجهة صاحب التوقيع، لأن هذا الأخير هو الذي قدم البيانات وهي في الغالب وثائق شخصية ينبغي عليه التأكد من صحتها ودقتها بنفسه، وبالتالي فمن غير المنطقي أن يكون صاحب حق في التعويض تجاه مؤدي الخدمة نتيجة ما ورد في شهادة التصديق الالكتروني من أخطاء لأن المبدأ هو أن المقصر لا يستفيد من تقصيره.

بل إن بعض التشريعات المقارنة مثل قانون المعاملات الالكترونية البلجيكي قد ذهبت إلى أبعد من ذلك حينما اعتبرت هيئات التصديق الالكترونية مسؤولة تجاه الغير الذي عول على شهادة التوثيق فقط في حالة استعمالها لوسائلها الخاصة للتأكد من صحة المعلومات، بينما تعفى من كل

(1) ممدوح عبد الحميد عبد اللطيف، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية، بحث مقدم للمشاركة في أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 3 ماي 2000، المجلد الأول، ص 228.

(2) أنظر: المادة 53 من القانون 04-15 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

(3) الغير في هذا الإطار هو " كل طرف أجنبي عن العلاقة بين مزود خدمة التصديق الالكتروني والطرف المعول طالب الشهادة". آلاء يعقوب النعيمي، التصديق على التوقيع الرقمي: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 2011، ص 303.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

مسؤولية مدنية تجاه الغير إذا كان ما تضمنه شهادة التصديق من معلومات خاطئة قد أدلى به العميل وهو طالب الشهادة أي صاحب التوقيع الالكتروني¹.

غير أن هذا التوجه أو هذه الفلسفة غير صالحة للتطبيق في القانون الجزائري نظرا للصياغة التي جاءت بها مواد الفصل الثاني من القانون 04-15 يحدد القواعد العامة للتوقيع و التصديق الالكترونيين حيث وردت المواد المذكورة في شكل قواعد قانونية أمرة مبتدئة بعبارة " يجب " بشكل يجعل من التزام مؤدي خدمة التصديق الالكتروني التزاما مشددا، كما أن المادة 53 فقرة 1 من القانون سالف الذكر قد قطعت الشك باليقين حينما جعلت مسؤولية مؤدي خدمة التصديق الالكتروني قائمة تجاه المَعُول على التوقيع الالكتروني فيما يخص جميع المعلومات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني الموصوفة.

وعليه فإن التزام مؤدي خدمة التصديق بالتأكد من صحة وسلامة البيانات في مواجهة الغير هو التزام ببذل عناية، والمسؤولية المدنية في حالة توفر أركانها هي مسؤولية غير عقدية (تقصيرية) بسبب انعدام الرباط التعاقدي بين الطرفين، حيث يتوجب على المتضرر (المَعُول على التوقيع الالكتروني) إثبات عدم دقة البيانات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني وأن ذلك قد ألحق به ضررا يستحق التعويض.

وقد ورد في نص الفقرة الأخيرة من المادة 53 من القانون 04-15 و هي ذات الصياغة التي جاءت بها الفقرة الأولى من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي استثناء مفاده إعفاء مؤدي خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية إذا أثبت أنه لم يرتكب أي إهمال، وهو الأمر الذي دفع البعض² إلى القول أن مسؤولية هيئة التصديق في هذه الحالة هي مسؤولية مفترضة افتراضا بسيطا يمكن لمؤدي خدمة التصديق أن يثبت عكسه و ذلك بإثبات أنه لم يقصر و لم يقع منه أي إهمال في أدائه لالتزاماته.

(1) محمد حاتم البيات، المرجع السابق، ص 829.

(2) عائشة قصار الليل، المرجع السابق، ص 265، أنظر أيضا:

حنان إسويكت، المسؤولية القانونية لمقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد 4، ديسمبر 2014، ص 85.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

والملاحظ أن المشرع قد استحدث صورة جديدة من صور المسؤولية التقصيرية و هي المسؤولية المفترضة عن الفعل الشخصي، و في هذا خروج كبير عن القواعد العامة التي تجعل المسؤولية عن الفعل الشخصي قائمة على أساس الخطأ واجب الإثبات بينما لم تعترف بالمسؤولية المفترضة إلا في إطار المسؤولية عن فعل الغير (مسؤولية متولي الرقابة ومسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه) و كذا المسؤولية عن فعل الأشياء (مسؤولية حارس الشيء و مسؤولية حارس الحيوان)، و هو موقف نثمنه للمشرع الجزائري الذي نرى أنه أصاب و حسنا فعل بتبنيه لهذا الطرح الجديد في ميدان المسؤولية المدنية و الذي من شأنه أن يكفل و لو نسبيا للمضرور (الغير) استيفاء حقه في التعويض، نظرا لقصور القواعد العامة التي تقيم هذا النوع من المسؤولية على أساس الخطأ واجب الإثبات و هو أمر جد عسير بالنظر للطابع الفني و التقني لعملية التصديق.

لكن ورغم افتراض الخطأ في جانب مؤدي خدمة التصديق الالكتروني إلا أن هذا الافتراض لا يتجاوز أن يكون مجرد قرينة بسيطة قابلة لإثبات عكسها، وهو أمر غير عصي على هيئات التصديق الالكتروني بالنظر لكون الخطأ ذو طبيعة فنية و نفيه يتم بذات الطريقة خاصة مع الإمكانيات الفنية و البشرية التي تحوزها هذه الهيئات، لذلك ذهب جانب من الفقه إلى المطالبة بضرورة إلزام جهات التصديق الالكتروني بالتأمين على مسؤوليتها المدنية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالتأكد من دقة البيانات الواردة في شهادة التصديق الالكتروني¹.

غير أنه ورغم الإجماع الذي انعقد حول الطابع التقصيري لمسؤولية مؤدي خدمة التصديق الالكتروني تجاه الغير الذي اعتمد على التوقيع الالكتروني، إلا أن جانباً من الفقه يرى بأن المسؤولية المدنية في هذا المقام يمكن أن تكون مسؤولية عقدية، وذلك في حالتين:

✓ في حالة ارتباط المُعَوَّل على التوقيع الالكتروني برابطة عقدية مباشرة مع جهة التصديق كما في حالة تلقيه مباشرة للشهادة أو المفتاح العام² من طرف مؤدي خدمة

(1) محمد حاتم البيات، المرجع السابق، ص 832.

(2) " يوضع المفتاح العام على محرر أو مستند ينتهي إلى كارت التحديد الرقمي لهوية الشخص. هذا الكارت يرسل مع هذا المحرر أو المستند الرقمي الموقع عليه بواسطة تقنية المفتاح الخاص. ويستطيع مستقبل الرسالة عن طريق استخدام وسائل فنية مناسبة، أن يستخدم المفتاح لكي يتأكد أو يستوثق من أن التوقيع الموجود على المحرر هو بالفعل توقيع محرره، ويوضع المفتاح العام على شهادة التوقيع الالكتروني للشخص". عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الالكترونية في القانون المدني الفكرة والوظائف، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص 67.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

التصديق أو تحميله من موقعها على شبكة الانترنت، فهذا الاتصال يكفي للتدليل على وجود عقد يمكن للغير الذي يعول على الشهادة الاستناد إليه في الرجوع بدعوى التعويض على أساس المسؤولية العقدية،

✓ حالة توفر شروط الاشتراط لمصلحة الغير: ويتحقق ذلك عندما يشترط صاحب التوقيع المراد توثيقه على جهة المصادقة الالكترونية أن تضمن اتجاه الغير الأضرار التي تلحقه نتيجة تعويله على الشهادة، فآنذاك يُنشئ العقد التزاما قانونيا لصالح الغير تتحملة جهة المصادقة إعمالا للقواعد العامة في الاشتراط لمصلحة الغير متى توافرت بقية الشروط¹.

غير أنني لا أشاطر هذا الرأي الفقهي وذلك للأسباب التالية:

بالنسبة للحالة الأولى فإن تلقي الشهادة أو نسخة منها أو المفتاح العام مباشرة من طرف مؤدي خدمة التصديق الالكتروني أو تحميلهما من الموقع لا يكفي للقول بنشوء رابطة عقدية بين الطرفين، ذلك أن هذا التعامل في حقيقة الأمر ما هو إلا تنفيذ لمضمون العقد المبرم بين هيئة التصديق و صاحب التوقيع الالكتروني، فمن غير الممكن أن يعتبر تنفيذ أحد بنود عقد ما بمثابة تعبير عن إرادة لإبرام عقد جديد، كما أن خطورة ما يترتب على استعمال شهادة التصديق الالكتروني من آثار يقتضي وجود تعبير صريح عن الإرادة و تطابقها مع الإرادة المقابلة لها، أما في هذه الحالة فالأمر يتعلق بمجرد افتراض لتطابق الإرادتين.

أما بالنسبة للحالة الثانية فهي الأخرى تنفيذ لأحد بنود العقد في صورة تعديل لأحكام المسؤولية، لأن الأصل أن الشخص لا يلتزم بتعويض أيا كان بموجب أحكام المسؤولية العقدية ما لم تربطه به علاقة تعاقدية.

(1) حنان إسويكت، المرجع السابق، ص 84.

3/الإخلال بالالتزام بالسرية:

يقصد بالسرية " الحفاظ على البيانات ذات الطابع الشخصي¹ المقدمة من العميل إلى الجهة المختصة بإصدار شهادة التوثيق الالكتروني"² أو هي " قيام مزود خدمة التصديق الالكتروني بتأمينها بطريقة تجعلها محصنة من أن يطلع عليها أيا كان باستثناء الأشخاص أو التطبيقات أو الهيئات المرخص لها بذلك فهي نظام قائم على التشفير"، مع الإشارة إلى الصعوبة البالغة في الحفاظ على سرية البيانات نظرا لتطور أعمال القرصنة و الاختراق غير المشروع بسبب عدم وجود نظام معلوماتي دقيق بنسبة 100 بالمائة أو به ضمان أممي كاف لأن شبكة المعلومات متسعة و متشابكة الأطراف بحيث أن أي ضعف في أي طرف أو موقع بها يمكن أن يشكل خطرا على سلامة و ضمان النظام ككل³، فالالتزام بالمحافظة على سرية البيانات هو التزام ذو طبيعة متطورة لأن التقنيات التي تحمي البرمجيات اليوم قد لا تكون كافية لحمايتها بعد عدة أشهر نظرا لظهور مخاطر جديدة يمكن أن تصيب قواعد البيانات و لا تستطيع التقنية القديمة أن تدفعها، مع ملاحظة أن تأمين البيانات لا يقتصر على منع القرصنة من الدخول إليها بل يمتد ليشمل تأمينها من أي خطر يهدد وجودها كتدميرها نتيجة لحادث فني أو فقدها أو العبث بها أو تغييرها⁴.

وعليه فإن الالتزام بالسرية لا يعدو أن يكون مجرد التزام ببذل عناية معقولة من طرف مؤدي خدمة التصديق الالكتروني للحيلولة دون تسرب البيانات والمعلومات ذات الطابع السري،

1) L'article 2 du règlement général sur la protection des données du 25/05/2016 qui est entré en vigueur effectivement le 25/05/2018 dispose que "Tout information se rapportant à une personne physique identifié ou identifiable..."

2) زيد حمزة مقدم، " النظام القانوني للتوثيق الالكتروني (دراسة مقارنة)" ، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية كلية الشريعة والقانون جامعة افريقيا العالمية السودان، السنة الثانية عشر، العدد24 ، 2014، ص 139. نقلا عن: رضوان قرواش، المرجع السابق، ص 417.

3) عادل محمود شرف، عبد الله إسماعيل عبد الله، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنت، بحث مقدم للمشاركة في أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 3 ماي 2000، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، ص 396.

4) سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية " دراسة في القانون الفرنسي " (القسم الثاني)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، سنة 2011، ص 230.

وذلك بالنظر إلى التطور اليومي الذي تشهده تكنولوجيا المعلومات والذي يجعل من البيانات عرضة للاعتداء عليها مهما كانت الأنظمة والبرمجيات الحمائية متطورة.

ثانياً- الضرر:

إذا كان الضرر يحتل المرتبة الثانية بعد الخطأ من حيث ترتيب أركان المسؤولية المدنية فإنه يتصدر ترتيبها من حيث الأهمية، نظراً لعدم إمكانية الاستغناء عنه مقارنة بالخطأ ولأنه مناط تقدير التعويض. والضرر عموماً هو " الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة سواء كان لذلك الحق أو تلك المصلحة ذات قيمة مالية أو لم تكن "

و الضرر في هذا الإطار لا يخرج من حيث شروطه عن الضرر وفقاً للقواعد العامة حيث يشترط أن يكون شخصياً أي أن يلحق صاحب التوقيع أو من يمثله قانوناً، كما يلزم أن يكون الضرر مباشراً بمعنى أنه النتيجة الطبيعية للخطأ إذ لا تعويض عن الأضرار غير المباشرة، إضافة إلى ذلك ينبغي أن يكون الضرر محققاً أي أن آثاره قد تجسدت على أرض الواقع أو أنها لم تتجسد بعد و لكن تحققها مؤكداً فلا حرج في التعويض عن الأضرار المحتملة، و أخيراً يشترط في الضرر المستحق للتعويض في المسؤولية العقدية أن يكون متوقعاً و هو أحد أهم مميزاتها مقارنة بالمسؤولية التقصيرية التي تخضع لمبدأ التعويض الكامل الذي يشمل الأضرار المتوقعة و غير المتوقعة، كل هذا ما لم يتضمن عقد تقديم خدمة التصديق الإلكتروني شرطاً مشدداً أو مخففاً أو معفياً من المسؤولية.

أما الضرر في إطار المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الإلكتروني فهو الأذى الذي يصيب المتعاقد الثاني أي صاحب شهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة، و مثال ذلك تعرض منظومة إنشاء التوقيع الإلكتروني للاختراق من طرف القرصنة أو الهاكرز و عدم قيام مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني بتعليق أو توقيف العمل بشهادة التصديق رغم إخطاره بعملية الاختراق من طرف الموقع، مع قيام الطرف الثالث و هو المَعُول على شهادة التصديق الإلكتروني بإبرام عقود تجارية بمبالغ باهضة باسم صاحب الشهادة الذي تلحقه أضرار و خسائر فادحة، الأمر الذي تنهض معه المسؤولية العقدية لهيئة التصديق¹، لأن عدم قيامه بإلغاء الشهادة رغم إخطاره بعملية

1) دحماني سمير، التوثيق في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2015، ص 177.

الاختراق يشكل خطأ عقدياً، بينما تعتبر الخسائر المالية اللاحقة بصاحب التوقيع الالكتروني بمثابة أضرار من الناحية القانونية فهي قابلة لأن يعرض صاحبها بشرط وجود علاقة سببية بين واقعة الامتناع عن إلغاء الشهادة و بين تلك الأضرار.

ومن الأمثلة التي يسوقها الفقه للضرر الناشئ عن خطأ مؤدي خدمة الصديق الالكتروني امتناع الشخص المُعَوَّل على شهادة التصديق عن إبرام عقد أو صفقة مربحة نتيجة إغفال نشر الشهادة لدى التعامل مع شخص لم يتحقق من هويته¹.

ثالثاً: علاقة السببية:

تعتبر علاقة السببية ثالث أركان المسؤولية العقدية عموماً ومسؤولية مؤدي خدمة التصديق الالكتروني على وجه الخصوص، إذ لا مسؤولية دون اجتماع الأركان الثلاثة، وعليه فإنه لا يكفي ارتكاب هيئات التصديق لأخطاء عقدية حتى تقوم مسؤوليتها كما لا ينفع أن يلحق بالموقع أو الغير اضراراً مادية أو معنوية لمساءلة تلك الهيئات، ما لم يكن الخطأ المرتكب هو الذي تسبب مباشرة في الضرر الذي لحق الضحية.

وتُعتبر مسألة إثبات علاقة السببية من المسائل المعقدة في المعاملات الالكترونية نظراً لغلبة الجانب الفني والتقني على الجوانب الأخرى، وعدم إمكانية تمييز الأسباب المباشرة عن غير المباشرة والأسباب المنتجة عن غير المنتجة نتيجة كثرة المتدخلين وطول الإجراءات.

و من أمثلة الحالات التي تقوم فيها مسؤولية مؤدي خدمة التصديق الالكتروني تجاه الموقع قيام أحد الموظفين بإفشاء بعض الأسرار المقدمة في شكل بيانات أو معلومات لإنشاء التوقيع الالكتروني، و قيام الغير باستخدام هذه البيانات بطريقة غير مشروعة الأمر الذي يلحق بصاحب التوقيع أضراراً مادية ومعنوية، و هو ما يعطيه حق رفع دعوى تعويض استناداً إلى قواعد و أحكام المسؤولية العقدية نظراً لاجتماع أركانها بداية بالركن المفترض المتمثل في وجود عقد صحيح و هو عقد تقديم خدمة التصديق الالكتروني، و توفر عنصر الخطأ العقدي من خلال إخلال المدين (هيئة التصديق) بالتزامه العقدي بالمحافظة على سرية البيانات، مما أدى إلى تضرر الدائن (الموقع)

(1) فكري حلي البنا، أحوال انعقاد المسؤولية المدنية عند استخدام التوقيع الالكتروني (دراسة تحليلية)، مجلة الاقتصاد، مصر، العدد 657، نوفمبر 2014، ص 14.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

من الناحيتين المادية و الأدبية و هو ما يجعل المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني ثابتة .

إن المسؤولية العقدية وعلى خلاف المسؤولية التقصيرية¹ تقوم على أساس وحيد و هو الخطأ واجب الإثبات أي أن الدائن ملزم بإثبات كافة عناصر المسؤولية لاستحقاق مبلغ التعويض، علما و أن إثبات علاقة السببية يختلف بين ما إذا كان التزام مؤدي خدمة الصديق التزاما بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية، حيث يكفي في الحالة الأولى إثبات عدم تحقق النتيجة لتقوم قرينة بسيطة على أن خطأ المدين هو السبب في عدم تحقق النتيجة²

إلا أن المدين بالالتزام وهو في هذا المقام من الدراسة مؤدي خدمة التصديق الالكتروني وفقا للقواعد العامة بإمكانه نفي مسؤوليته عن طريق إثبات السبب الأجنبي كالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، و مثال ذلك إثبات مزود الخدمة أنه التزم بالأصول الفنية للمهنة بما فيها مراعاة القوانين و الأنظمة التي تحدد الجوانب الفنية و الإدارية في إصدار الشهادات و مع ذلك حدث الضرر³.

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية للموقع الالكتروني

ترتبط شهادة التصديق الالكتروني بين ثلاثة أطراف يكون كل منهم ملتزما بالتزامات معينة تجاه الطرفين الآخرين إما قانونا أو اتفاقا، مما ينشئ صورا مختلفة للمسؤولية المدنية تتراوح بين المسؤولية العقدية و التقصيرية و بين بعض الصور الخاصة للمسؤولية.

ويعتبر صاحب التوقيع الالكتروني أو الموقع بمثابة همزة الوصل بين كل الأطراف لأنه الوحيد الذي تجمعه رابطة عقدية مع كل من مؤدي خدمة التصديق الالكتروني و المَعُول على شهادة

(1) تقوم المسؤولية التقصيرية على أسس مختلفة فهي تتراوح بين الخطأ الواجب الإثبات و الخطأ المفترض بنوعيه و المسؤولية الموضوعية. أرجع: الفصل الأول من الباب الأول من هذه الرسالة.

(2) لعروي زواوية، العقد الالكتروني و المسؤولية المدنية الناتجة عنه (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2018، ص 135.

(3) أقدس صفاء الدين رشيد البياتي، إعفاء مزود خدمة التصديق الالكتروني من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، كلية القانون، جامعة المستنصرية، العراق، العدد 20، المجلد 5، 2013، ص 319.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

التصديق، الأمر الذي يجعل من الطابع العقدي لمسؤوليته أمراً مؤكداً متى أخل بأي من الالتزامات المفروضة عليه.

وعليه سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نعالج في الأول منهما المسؤولية العقدية للموقع الالكتروني تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني، في حين سيخصص الفرع الثاني لمسؤوليته أي الموقع تجاه المُعَوَّل على شهادة التصديق.

الفرع الأول: المسؤولية العقدية للموقع تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني

عرفت المادة 2 من قانون اليونسترال النموذجي الموقع أو مستخدم الخدمة بأنه " كل شخص حائز على بيانات إنشاء توقيع ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه أو النيابة عن الشخص الذي يمثله"، فالموقع هو الذي يرتبط مع مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بعقد مفاده الحصول على شهادة التصديق الالكتروني المتضمنة التوقيع الالكتروني مع كافة البيانات الضرورية لإنشائه، علماً وأن آثار استعمال هذا التوقيع أو التعويل عليه تنصرف إلى الموقع شخصياً إذا كان قد تعاقد أصالة عن نفسه بينما تنصرف إلى موكله إذا كان التعاقد بالنيابة.

ونظراً لوجود رابطة عقدية بين الطرفين فإن الموقع تكون على كاهله مجموعة من الالتزامات تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني نظراً لكون العقد ملزم لجانبين، الأمر الذي يجعله عرضة لتحمل آثار و أحكام المسؤولية العقدية كلما أخل بأحد تلك الالتزامات. وعليه سنحاول استعراض شروط قيام المسؤولية العقدية للموقع تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني، وذلك على النحو التالي:

أولاً- الخطأ العقدي للموقع:

الخطأ العقدي بصفة عامة هو كل إخلال بالتزام مصدره عقد صحيح، لذلك يعتبر صاحب التوقيع الالكتروني مرتكباً لخطأ عقدي إذا أخل ببند أو شرط من الشروط التي تضمنها العقد المبرم بينه وبين مؤدي خدمة التصديق الالكتروني متى تسبب ذلك الخطأ في أضرار مادية أو أدبية قابلة للتعويض. ويرتبط وجود خطأ الموقع بوجود الالتزام ونوعيته لإمكانية الحكم على التصرف بأنه خطأ أولاً، ذلك أنه و على غرار التزامات مؤدي خدمة التصديق الالكتروني هناك ما يعتبر بالنسبة للموقع التزاماً ببذل عناية و هناك ما يصنف بأنه التزام بتحقيق نتيجة، ففي الحالة الأولى لا تقوم

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

المسؤولية إلا في حالة عدم بذل العناية الكافية بغض النظر عن تحقق النتيجة من عدمه، بينما يعتبر تحقق نتيجة الالتزام بمثابة التنفيذ العيني له و ليس للموقع أن ينفي مسؤوليته بإثبات أنه قد بذل العناية اللازمة.

و من بين الالتزامات المفروضة على الموقع الالكتروني ضرورة استخدام أدوات إحداث توقيعات الكترونية مرخص بها حيث يجب على الشخص الراغب في إحداث توقيع الكتروني مصدق التقيد بمنظومة أمن التوقيعات الالكترونية المسموح بها من طرف جهة التصديق الالكتروني أثناء جميع مراحل التوقيع الالكتروني، كما يجب عليه (الموقع) أن يحرص على عدم خروج أداة إنشاء التوقيع الالكتروني من سيطرته الكاملة عليها عن طريق اتخاذ الاحتياطات اللازمة و المناسبة لمنع فقدانها أو العبث فيها¹.

وبالنظر إلى مضمون الالتزام السابق أرى أنه التزم ببذل عناية ولا يرقى إلى أن يكون التزما بتحقيق نتيجة، حيث يتعين على مؤدي خدمة التصديق الالكتروني إذا أراد إسناد المسؤولية العقدية للموقع أن يثبت تقاعسه في حماية أداة إنشاء التوقيع الالكتروني و أنه لم يبذل الجهود اللازمة التي يبذلها الموقع العادي في مثل تلك الظروف، و عليه فإن خروج أداة إنشاء التوقيع الالكتروني عن سيطرة الموقع لا يكفي للقول بمسؤوليته العقدية تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني.

أما الالتزام الثاني المفروض على الموقع في مواجهة مؤدي خدمة التصديق الالكتروني فهو الالتزام بتقديم بيانات صحيحة و دقيقة، حيث إن تلك البيانات هي التي ترد في شهادة التصديق الالكتروني و هي التي سيعول عليها الغير للدخول في علاقات تعاقدية ذات طبيعة مالية مع الموقع، و بالتالي فهي مصدر الثقة و الأمان في الشهادة لذلك كان من البديهي إلزام هذا الأخير بذلك، مع ملاحظة أن البيانات الدقيقة التي يقدمها الموقع عند إنشاء التوقيع الالكتروني قد تصبح غير ذلك في مرحلة لاحقة، لذلك فهو ملزم أيضا بضرورة تحيينها و تحديثها كلما طرأ عليها أي تغيير تحت

(1) دحماني سمير، المرجع السابق، ص 151.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

طائفة قيام مسؤوليته العقدية في مواجهة كل من مؤدي خدمة التصديق الالكتروني وكذا الغير الذي اعتمد على شهادة التصديق¹.

و بينما لم يتطرق المشرع الجزائري لهذا الالتزام و لم ينظمه صراحة² فقد اختلفت التشريعات المقارنة حول الطبيعة القانونية للالتزام الموقع بتقديم بيانات دقيقة، حيث اعتبر المشرع الإماراتي أنه التزام ببذل عناية معقولة و المقصود منها وفقا للقواعد العامة عناية الرجل العادي التي تتراوح بين الحرص و الإهمال، و عليه فإن الموقع يعتبر موفيا بالتزامه إذا بذل عناية الرجل العادي في الحصول على البيانات و التأكد من دقتها و اكتمالها، فإذا لم يبذل المقدم المعقول من العناية لتنفيذ التزامه يعتبر مخلًا به و تقوم مسؤوليته العقدية تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني³.

أما المشرع التونسي فقد اعتبر أن الموقع هو المسؤول الوحيد عن سرية و سلامة منظومة إحداث الإضاء بمعنى أنه جعل من التزامه بتقديم بيانات صحيحة و دقيقة التزاما بتحقيق نتيجة⁴ و هو ما يعتبر في نظرنا رأي سديد، ذلك أن الرأي الراجح في التزام مقدم خدمة التصديق بالتأكد من دقة البيانات أنه التزام ببذل عناية و هو ما ذهب إليه قانون اليونسسترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية على أساس أنه يتلقى البيانات و لا يُنشئها، لذلك فمن غير المنطقي اعتبار التزام الموقع بتقديم بيانات دقيقة التزاما ببذل عناية هو الآخر لأن في ذلك إجحافا في حق الغير الذي يعول على شهادة التصديق و ما تضمنته من بيانات، لأنه سيجد نفسه أمام طرفين ملتزمين بمجرد بذل عناية بإمكانهما نفي مسؤوليتهما بكل يسر خاصة في ظل صعوبة الإثبات في هذه المسائل التقنية و هو ما من شأنه أن يضيع عليه فرصة الحصول على التعويض لا سيما في ظل فداحة و

(1) آلاء يعقوب النعيمي، المرجع السابق، ص 260.

(2) يمكن القول إن المشرع الجزائري قد نص على هذا الالتزام بطريقة ضمنية من خلال المادة 61 فقرة 2 من القانون 15-04 التي نصت على ما يلي: "وفي حالة الشك في الحفاظ على سرية بيانات إنشاء التوقيع، أو في حالة ما إذا أصبحت البيانات غير مطابقة للمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الالكتروني، فإنه يجب على صاحب الشهادة أن يعمل على إلغائها من طرف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني".

(3) آلاء يعقوب النعيمي، المرجع نفسه، ص 263.

(4) تنص المادة 21 من القانون التونسي الخاص بمبادلات التجارة الالكترونية المؤرخ في 9 أوت 2000 الجريدة الرسمية عدد 83 على ما يلي: "يكون صاحب الشهادة المسؤول الوحيد عن سرية و سلامة منظومة إحداث الإضاء التي يستعملها، وكل استعمال لهذه المنظومة يعتبر صادرا منه.

جسامة الأضرار الناجمة عن معاملات نوعية مثل هذه، وهو أمر ينافي مقتضيات العدالة و كذا التوجهات الحديثة في المسؤولية التي تتجه نحو اتجاه موضوعي يجعل من الضرر أساسا للمسؤولية المدنية و حق المضرور في الحصول على التعويض مقدم على مرتكب الفعل.

ثانيا- الضرر وعلاقة السببية في المسؤولية العقدية للموقع:

لا يكفي لقيام مسؤولية الموقع وجود خطأ بل يلزم أن يترتب على هذا الخطأ وجود ضرر سواء مادي أو معنوي حالا أو مؤكدا الوقوع في المستقبل، فالضرر المادي في هذا الإطار هو كل منقصة تصيب الذمة المالية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني، أما الضرر الأدبي نتيجة خطأ الموقع فكل ما يمس بالسمعة التجارية للطرف الآخر نتيجة إساءة استعمال التوقيع الالكتروني، بينما تتحقق علاقة السببية كلما كان خطأ الموقع هو السبب المباشر في الضرر الحاصل¹.

و تنتفي علاقة السببية بين خطأ صاحب التوقيع الالكتروني و الضرر الذي لحق بمؤدي خدمة التصديق بنفس أسباب انتفاء المسؤولية وفقا للقواعد العامة، حيث يتعين عليه إثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مثل سرقة منزل الموقع أو تعرضه لزلزال الأمر الذي أدى إلى فقدان الشهادة و البيانات التي تتضمنها و وقوعها في يد الغير، كما أن خطأ المضرور و هو جهة التصديق ينفي مسؤولية الموقع كما في حالة الإخطار بتغيير بعض البيانات الجوهرية التي بموجبها تم إنشاء التوقيع الالكتروني دون أن تتخذ جهة التصديق موقفا من ذلك فمثل هذا السلوك السلبي بعدم تعليق الشهادة أو إلغائها أو تحيينها من شأنه نفي مسؤولية الموقع بل قد تقوم معه مسؤولية مؤدي الخدمة متى تسبب هذا العزوف في أضرار للموقع أو المَعُول على شهادة التصديق الالكتروني. أما آخر سبب تنتفي به علاقة السببية فهو خطأ الغير والذي يشمل كافة الأخطاء المرتكبة من كل من هو أجنبي عن العقد تقديم خدمة التصديق الالكتروني ولو كان هو المَعُول على الشهادة. أما إذا لم يتمكن الموقع من نفي علاقة السببية بأن كان تصرفه عمديا أو ينم عن إهمال كبير فإن مسؤوليته العقدية تجاه مؤدي خدمة التصديق تكون ثابتة في حقه ومثال ذلك عدم قيامه لما يلزم من مجهود وعناية للمحافظة على سرية البيانات كأن يترك الشهادة في

(1) فكري حلي البنا، المرجع السابق، ص 11.

متناول العابثين من أطفال أو موظفين أو عدم اعتماد إحدى البرامج logiciel المعروفة في مجال الحماية الالكترونية مما يجعل من البيانات عرضة لمتلف عمليات الاعتداء والقرصنة¹.

الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للموقع تجاه المُعَوَّل على شهادة التصديق الالكتروني

يعتبر المُعَوَّل على التوقيع الالكتروني بمثابة الطرف الثالث المعني بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بشهادة التصديق الالكتروني، حيث يرتبط مع صاحب الشهادة بعقد الكتروني يختلف باختلاف المضمون والمحل الذي تم الاتفاق عليه والذي يجعل كلا منهما مسؤولاً عن الإخلال بأي التزام مصدره العقد المبرم بينهما، هذا العقد قد يكون بيعاً أو وديعة أو عقداً من عقود الخدمات الالكترونية المختلفة، وهو كغيره من العقود يخضع لمبدأ القوة الملزمة للعقد حيث لا يجوز لأي طرف التحلل من التزاماته التعاقدية بالإرادة المنفردة.

وعليه فإن شهادة التصديق الالكتروني تعتبر من بين الأسباب التي تدفع الغير للتعاقد مع صاحب الشهادة نظراً للطمأنينة التي تبثها في نفسه لما تنطوي عليه من بيانات ومعلومات يفترض فيها الصحة والدقة بالقدر التي تجعل الناس يعولون عليها.

غير أن التساؤل يطرح حول طبيعة المسؤولية المدنية لصاحب التوقيع الالكتروني اتجاه المُعَوَّل عليه، هل هي مسؤولية عقدية نظراً لوجود عقد بين الطرفين، أم أنها تقصيرية لأن شهادة التصديق تخرج عن نطاق العقد؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التمييز بين فرضيتين الأولى هي النص الصريح على شهادة التصديق في العقد المبرم بينهما والتزام الموقع بصحة ما فيها، هنا لا يطرح أي إشكال حول الطابع العقدي للمسؤولية حيث يتحملها صاحب شهادة التصديق الالكتروني متى تبين أن بعض أو كل البيانات الواردة فيها غير صحيحة أو أنه تم تغييرها ولم يقم بإخطار مؤدي خدمة التصديق الالكتروني، علماً وأن الالتزام بدقة وصدق البيانات هو التزام بتحقيق نتيجة بالنسبة للموقع خاصة تلك التي صرح أو أدلى بها لهيئة التوثيق. كما يسأل عن كل تقصير في المحافظة على سرية البيانات بالقدر الذي يجعلها في متناول الآخرين الذين قد يستعملونها بطريقة تضر بالغير المتعاقد معه الذي ما أبرم العقد إلا نتيجة تعويله على شهادة التصديق الالكتروني.

(1) محمد حاتم البيات، المرجع السابق، ص 810.

أما الحالة الثانية فهي عدم النص على الشهادة في العقد الأمر الذي قد يدفع البعض إلى اعتبار المسؤولية تقصيرية لأن العقد محدد بنطاق موضوعي معين لا يمكن التوسع فيه. أرى أن المسؤولية تبقى مسؤولية عقدية وإن لم يتم إدراج بند بشأن شهادة التصديق الالكتروني في العقد لأن المدين و هو صاحب الشهادة ملتزم بتنفيذ مستلزمات العقد بحسن نية¹، حيث يكفي المتعاقد معه أن يثبت أنه قد عول في تعاقدته على الشهادة المذكورة لإبرام العقد مع إثبات أركان المسؤولية الأخرى من خطأ و ضرر و علاقة سببية، علما و أن إثبات إخلال الموقع بالتزامه بإفشاء سرية المعلومات الواردة في الشهادة يعتبر أمرا غير يسير نظرا لكونه مجرد التزام ببذل عناية.

المبحث الثاني: المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد البيع الالكتروني

يعتبر عقد البيع² من أهم العقود المسماة إن لم نقل إنه أهمها على الإطلاق بالنظر لانتشاره الواسع في المعاملات اليومية للأفراد والجماعات و لكونه التصرف القانوني الأمثل الذي يلبي القدر الأكبر من الحاجيات داخل المجتمع نظرا لطبيعته الناقلة للملكية التي تتيح للفرد الاستئثار بالشيء والانتفاع به و بثماره مدى الحياة.

لذلك فقد كان أثر التكنولوجيا على عقد البيع أكثر بروزا منه في العقود الأخرى كالإيجار والوديعة وغيرها، وذلك بالنظر إلى السرعة والسهولة التي يتلاقى فيها الإيجاب والقبول عبر الوسائط الالكترونية، وهو الأمر الذي أدى إلى ظهور مفهوم عقد البيع الالكتروني³ كآلية لدعم ورواج التجارة الالكترونية التي تتسم في الغالب بالطابع الدولي.

(1) أنظر: المادة 107 من القانون المدني الجزائري.

(2) عرف المشرع الجزائري عقد البيع في المادة 351 من القانون المدني الجزائري بأنه " البيع عقد يلتزم بمقتضاه البائع بنقل ملكية الشيء المبيع أو أي حق مالي آخر للمشتري في مقابل ثمن نقدي".

(3) يعرف عقد البيع الالكتروني بأنه " أنه عقد يتم فيه تلاقي كل من الإيجاب والقبول عبر شبكة الانترنت، التي تتيح التفاعل بين المتعاقدين البائع والمشتري كوسيلة مسموعة ومرئية في إطار التجارة الإلكترونية".

أنظر: حوحو يمينة، عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص 4.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

أما من ناحية الآثار المتبادلة فلا شك أنه وبالإضافة إلى الالتزامات التقليدية التي يرتبها عقد البيع مثل الالتزام بالتسليم والضمان بالنسبة للبائع والالتزام بتسديد ثمن نقدي بالنسبة للمشتري، فقد أضافت النصوص الخاصة بالتزامات أخرى ترتب المسؤولية العقدية للبائع أو المورد الالكتروني متى أحل بأحد هذه الالتزامات.

لذلك سنتنقسم دراستنا لهذا المبحث إلى شقين يتعلق الأول بالمسؤولية العقدية للبائع أو المورد الالكتروني عن أهم الالتزامات المترتبة في ذمته (مطلب أول)، أما الشق الثاني من هذا المبحث فسنخصصه للمسؤولية العقدية للمشتري عبر الانترنت والذي غالبا ما يحمل صفة المستهلك من خلال التركيز على التزامه الجوهري المتمثل في تسديد الثمن الكترونيا أو ما يعرف بالوفاء الالكتروني (مطلب ثان).

المطلب الأول: المسؤولية العقدية للبائع (المورد) الالكتروني

يعتبر البائع أو المورد الالكتروني الطرف الأهم في مجال المسؤولية العقدية عن التعاملات الالكترونية نظرا لحجم وعدد ونوعية وطبيعة الالتزامات الملقاة على عاتقه، مقارنة بالمتعاقد معه الذي يحمل صفة المستهلك الالكتروني والذي يلتزم بالتزام أساسي وحيد يتمثل في دفع الثمن النقدي، مع الإشارة إلى أن مبدأ سلطان الإرادة يتيح للأطراف إمكانية استحداث التزامات جديدة أو إضافة التزامات غير منصوص عليها قانونا ما لم تخالف النظام العام والآداب العامة.

و يرجع تعدد وتنوع التزامات البائع أو المورد الالكتروني إلى تعدد النصوص القانونية التي تربطه بالمشتري، والتي تتوزع بين القانون المدني وقانون حماية المستهلك وقمع الغش وقانون الممارسات التجارية وكذا قانون التجارة الالكترونية، وكل ذلك بغرض الحيلولة بينه وبين التملص من أحكام المسؤولية المدنية ورغبة في إحداث التوازن المفقود بين طرفي العقد عند إبرامه نتيجة الطابع اللامتوازن واللامتساوي الذي تتسم به العقود الالكترونية بصفة عامة وعقود الاستهلاك بصفة خاصة، لا سيما في الحالات التي يكون فيها الشيء أو الحق المبيع عبارة عن كيان منطقي ذو طبيعة رقمية يختلف من حيث تسليمه وانتقال ملكيته¹ عن الأشياء والسلع التقليدية المعروفة.

(1) ميز المشرع الجزائري في مسألة انتقال الملكية بين الأشياء المعينة بذاتها والمعينة بنوعها، حيث جعل الأولى تنتقل بمجرد انعقاد العقد بطريقة توحى أن نقل الملكية ما هو إلا أثر قانوني يرتبه القانون ولا يرقى إلا أن يكون التزاما مترتبا في ذمة البائع،

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

وعليه سنتناول مسؤولية البائع أو المورد الالكتروني عن إخلاله بالالتزام بالتسليم باعتباره الأثر المباشر والفوري لعقد البيع الالكتروني (فرع أول) وكذا مسؤوليته عن الإخلال بالتزامه بالضمان على أساس أن هذا الالتزام هو الذي يضمن صلاحية المبيع الذي تم تسليمه (فرع ثان).

الفرع الأول: مسؤولية المورد الالكتروني عن الإخلال بالالتزام بالتسليم

وفقا للقواعد العامة للقانون العامة في القانون المدني فإن البائع يلتزم بجملة من الالتزامات الرئيسية تتمثل أساسا في الالتزام بنقل الملكية والالتزام بالتسليم¹ إضافة إلى الالتزام بضمان كل من التعرض والاستحقاق وكذا العيوب الخفية التي قد تعتري الشيء المبيع وتتحد من صلاحيته.

غير أن نقل الملكية وإن كان يشكل الميزة الأساسية والخاصية المميزة لعقد البيع عن كثير من العقود الأخرى لا سيما تلك التي تنصب على الانتفاع أو العمل أو عقود الغرر، إلا أنه يبقى دون خصوصية تذكر في العقود الالكترونية مقارنة بنظيرتها المادية طالما أن المشرع جعله أثرا قانونيا مباشرا بمجرد انعقاد العقد في الأشياء القيمة وعلقه على اتخاذ مواقف معينة تتمثل في الفرز إذا كان المحل منقولا والشهر إذا كان عقارا².

لذلك فلا بد من تحديد مفهوم التسليم المطابق في كل من المعاملات التقليدية والإلكترونية (أولا)، كما أن الالتزام بالضمان يعتبر على قدر كبير من الأهمية في عقد البيع الالكتروني نظرا للطابع اللامادي للعقد ونقص الدراية والمعرفة الفنية للمشتري في كثير من الأحيان الأمر الذي قد يثير مسؤولية البائع خاصة إذا كان مهنيا نتيجة إخلاله بضمان التعرض والاستحقاق أو العيوب الخفية (ثانيا).

أما الأشياء المعينة بالنوع فإن انتقال ملكيتها متوقف على فرزها لأنها قبل هذه المرحلة غير محددة ذاتيتها وبالتالي من غير المتصور أن تنتقل من شخص إلى آخر. أما بالنسبة للعقارات فهي الأخرى متوقفة على إجراء شكلي يتمثل في عملية الشهر العقاري على مستوى المحافظة العقارية في إطار نظام الشهر العيني الذي اعتمده المشرع الجزائري.

(1) تنص المادة 364 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع".

(2) تنص المادة 5 من القانون 18 - 05 المتعلق بالتجارة الالكترونية "تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الإلكترونية في العتاد والتجهيزات والمنتجات الحساسة المحددة عن طريق التنظيم المعمول به، وكذا كل المنتجات و/أو الخدمات الأخرى التي من شأنها المساس بمصالح الدفاع الوطني والنظام العام والأمن العموم".

أولاً- مفهوم الالتزام بالتسليم المطابق في العقود الالكترونية:

يشكل التسليم الالتزام الأساسي للبائع والذي يعتبر في الوقت ذاته حقا من حقوق المشتري لأنه الأمر الذي سيمكنه من الانتفاع بمحل العقد المتمثل في الشيء المشتري وتحقيق الغرض من إبرام عقد البيع، غير أن التسليم الذي يلتزم به البائع لا ينبغي أن يخرج عما اتفق عليه مع المشتري وعما تقتضيه النصوص القانونية والأعراف التجارية بطريقة تشبع حاجة هذا الأخير، أي أن ذمة البائع لا تبرأ بمجرد تسليمه للشيء المبيع بل ينبغي علاوة على ذلك أن يكون هذا التسليم متماشيا مع ما تم الاتفاق عليه وهو ما يعرف بالتسليم المطابق الذي ينصب على كل ما يتعلق بمحل الالتزام البائع سواء تعلق الأمر بصفة الشيء أو كميته أو صلاحيته لأداء وظيفته.

وتعتبر شهادة الجودة أحد الأساليب المعتمدة للقول بمدى مطابقة المنتج للمعايير الدولية حيث أصبح هناك حد أدنى من الصفات العالمية التي يتعين توافرها في المنتج المعد للتصدير، وهذا الدور منوط بهيئات عالمية تمنح مثل هذه الشهادات، مع الإشارة إلى أن الحصول على شهادة المطابقة يعتبر التزاما في ذمة المدين بالتسليم وهو المنتج أو البائع الذي يتحمل المسؤولية العقدية عن أي تخلف في الأوصاف في مواجهة المشتري، كما يمكن لهذا الأخير الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية على مصدر الشهادة عن الأضرار اللاحقة به من جراء تعويله على شهادة تتضمن أمورا غير صحيحة¹.

ولا شك أن أهم ما ينشده المتعاقد الالكتروني مستهلكا كان أو غير مستهلك من إبرام العقد الالكتروني هو أن تنتقل إليه ملكية الشيء المبيع وتنتقل معها حيازته بطريقة هادئة خالية من المنازعات ومفيدة لكي يتمكن من الانتفاع بذلك الشيء أو تلك الخدمة بحسب ما أعد له²، مع الإشارة إلى أن عملية التسليم تختلف باختلاف نوع العقد الالكتروني المبرم والمحل الذي انصب عليه التعاقد، لأن هناك من العقود ما يتم إبرامه عبر دعامة إلكترونية غير أنه ينفذ تنفيذا تقليديا عن طريق التسليم المادي وهو ما يعرف بالعقد الالكتروني الناقص لأن الطبيعة الالكترونية

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 100.

(2) يغلى مريم، التزام المورد الالكتروني بالتسليم المطابق، بحث مقدم للمشاركة في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني لممارسة التجارة الالكترونية في ضوء القانون 05-18 المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 8 ماي 1945 قالمة يوم 8 أكتوبر 2019، ص 313.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

تجسدت في عملية الإبرام دون التنفيذ، أما النوع الثاني فهو العقد الالكتروني الكامل الذي يبرم وينفذ في بيئة رقمية أي أن محل العقد شيء لامادي وبالتالي فإن تسليمه سيكون عن بعد.

وقد تناول المشرع الجزائري التسليم في نص المادة 367 من القانون المدني الجزائري حينما نص على أنه " يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري بقل البيع أو كان البائع قد استبقى المبيع في حيازته بعد البيع لسبب آخر لا علاقة له بالملكية".

من خلال نص المادة 367 أعلاه نستنتج أن قوام التسليم هو تمكين المشتري من حيازة الشيء المبيع والسيطرة المادية عليه عن طريق وضع اليد واستعمال الشيء للغرض الذي أعد من أجله، فالتسليم المادي إذن هو " الإجراء الذي بموجبه يتخلى البائع عن حيازة المبيع لصالح المشتري بما يتفق مع العقد والقانون"¹، كما يعرف بأنه " عملية تركز على وضع السلعة تحت تصرف الشخص الذي يجب عليه أن يستلمها"².

كما يعتبر من قبيل التسليم ولو لم يتحقق بطريقة مادية استعداد البائع لتسليم الشيء المبيع للمشتري عن طريق إعداده، ذلك أنه إذا كان التسليم التزاماً ملقى على عاتق البائع فإن المشتري ملتزم هو الآخر بسلوك إيجابي يتمثل في القيام بالمبادرة لتسلم الشيء³ إعمالاً للطابع التقابلي أو التبادلي لعقد البيع الالكتروني باعتباره عقداً ملزماً للجانبين، والذي يظهر أثره واضحاً من خلال تحديد الطرف الذي يتحمل تبعه هلاك الشيء المبيع بسبب أجنبي، إذ بينما يتحملها

(1) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص7.

2) AL QUADAH Maen , L'exécution de contrat de vente international de marchandises (étude comparative du droit français et droit jordanien) , Thèse de doctorat en droit privé, faculté de droit et des sciences économiques, université de REIMS CHAMPAGNE ARDENNE, france, 2007, p 177.

(3) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص591.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

البائع في حالة رفضه أو تماطله عن القيام بعملية التسليم، فإن الحالة العكسية تضع المشتري موضع المتحمل لتلك التبعة متى أعذره البائع بالتسليم ورفض أو تماطل في التسلم¹.

غير أن أحكام انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك ليست من النظام العام إذ يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها في إطار ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة، إذ بالإمكان تحميل البائع تبعة هلاك المبيع بالقوة القاهرة أو تأخير انتقال الملكية وما يتعلق بها من مخاطر إلى تاريخ التسليم أو إلى أي ميعات آخر يتفقان عليه، كما يمكن الاتفاق على شرط الاحتفاظ بالملكية، حيث يبقى البائع متحملاً لكل ما يحيط بالمحل من أخطار².

كما أن التزام البائع بتسليم الشيء المبيع ينبغي أن يتم بطريقة تتوافق وحسن النية عن طريق تسليم كل ما يعتبر من مستلزمات الشيء- التي قد يجهلها المشتري في بعض الأحيان - مثل تسليم الملحقات أهمها في المجال الالكتروني تزويد المستهلك بالوثائق التي تشرح وتبين كيفية عمل الأجهزة والمعدات البرامج وأساليب الصيانة والتي تتمثل غالباً في المستندات الشارحة مثل الكتيبات والأسطوانات أو المعلومات التي تنقل عبر الشبكة أو دورات تدريبية³.

غير أن الالتزام بالتسليم يختلف بين ما إذا كان المحل سلعة أو خدمة، ففي الحالة الأولى يكون الالتزام بتحقيق النتيجة مشدداً لا يمكن للبائع دفع مسؤوليته عن عدم التسليم إلا إذا أثبت السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة، خطأ المضرور أو خطأ الغير، أما إذا تعلق الأمر بالخدمة كمحل لعقد البيع، فإن التزام البائع بالتسليم يكون التزاماً بتحقيق نتيجة مخففة بل يمكن أن يتحول إلى التزام ببذل عناية، إذا ورد في العقد ما يفيد ذلك أو ظهر من طبيعة المحل أن الالتزام لا

1) تنص المادة 369 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " إذا هلك المبيع قبل تسليمه بسبب لا يد له فيه سقط البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا وقع الهلاك بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع".

2) Jorge BLZMACEDA, **La vente de marchandises dans les systèmes de droit civil et de common law : une étude des droits anglais, chilien et français**, Thèse de doctorat en droit privé, faculté de droit et des sciences économiques, université Paris 1PANTHEON SORBONNE, france, 2017, p 115.

3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 97.

يمكن أن يكون إلا ببذل عناية¹. ولكي يوصف التسليم بأنه مطابق لمحل العقد أو الالتزام فإنه يجب أن ينصب على كل من صفة الشيء (أ)، كميته (ب) ووظيفته (ج).

أ/الالتزام بالمطابقة الوصفية للمبيع:

كثيرا ما يشترط المشتري في بعض العقود وجود صفة أو صفات معينة في محل العقد تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة المنصوص عليه في المادة 106 من القانون المدني الجزائري، كما قد تكون تلك الصفات منصوص عليها قانونا أو متعارف عليها تجاريا بحيث تكون هي الدافع للتعاقد نظرا لما توفره من إشباع لرغبة من أقدم على التعاقد بسببها، ومن ثم لا يكون المورد الالكتروني قد وفى بالتزامه بالتسليم على الوجه الصحيح إلا إذا تحققت تلك المواصفات لحظة التسليم².

وقد خول المشرع الجزائري بموجب نص المادة 379 من القانون المدني³ للمشتري التمسك في مواجهة البائع بضمان العيوب الخفية عن كل نقص أو انعدام لصفات معينة في الشيء تعهد والتزم البائع بوجوده عند انعقاد العقد، رغم أن تخلف مثل هذا الوصف لم يكن ليقوم المسؤولية العقدية للبائع نتيجة إخلاله بالالتزام بضمان العيوب الخفية لولا نص المادة المذكورة لأنه يدخل ضمن الالتزام بالتسليم المطابق الذي يتيح للمشتري الدفع بعدم التنفيذ أو فسخ العقد إذا كان قد سدد الثمن أو التمسك بالتنفيذ العيني عن طريق تسليم شيء مطابق لما تم الاتفاق عليه، وهو ما يرى بعض الباحثين أنه تدخل إيجابي من طرف المشرع وذلك بالنص على مسألة تخلف صفة جوهرية في الشيء ضمن الالتزام بالعيوب الخفية لأنه قصد من وراء ذلك زيادة فعالية الحماية القانونية للمستهلك في مواجهة المحترف⁴.

(1) بوزيدي إيمان. ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، مذكرة ماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016، ص 76.

(2) عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008، ص 687.

(3) تنص المادة 379 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته، أو من الانتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع، أو حسب ما يظهر من طبيعته أو استعماله. فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها".

(4) بن بعلاش خاليدة، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2018، ص 71.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

غير أنني أخالف الرأي السابق الطرح الذي تقدم به لسببين رئيسيين الأول يرجع لطبيعة نصوص القانون المدني التي تنطلق من فلسفة معينة مفادها أن أغلب العقود المدنية هي عقود متوازنة من حيث القوة الاقتصادية والمعرفية لطرفي العقد الأمر الذي يجعل المشرع إلى حد ما يقف موقفا محايدا ودون انحياز لأحد الطرفين على حساب الآخر لأنه ينظم علاقة بين بائع ومشتري بغض النظر عن صفة أي منهما سواء كان مستهلكا أو غير مستهلك. أما السبب الثاني فهو أن نص المادة 379 من القانون المدني على عكس ما يعتقده الرأي السابق لا يخدم مصلحة المشتري خاصة إذا كان مستهلكا الكترونيا لأن الأفضل بالنسبة له هو التمسك بإخلال البائع (المدين) بالالتزام بالتسليم المطابق لأن هذا الأخير هو التزام بتحقيق نتيجة يكتفي فيه المدعي (المشتري) بإثبات مصدر الالتزام (عقد البيع) مع الادعاء بعدم تحقق النتيجة المتفق عليها فينتقل عبئ الإثبات إلى البائع¹، أما الرجوع على هذا الأخير بضمان العيوب الخفية فهو طريق شاق بالنسبة للمدعي رغم كون الالتزام بتحقيق نتيجة هو الآخر، نظرا لتعدد شروط اعتبار العيب خفيا وصعوبة اجتماعها وإثباتها خاصة في العقود الالكترونية، إضافة إلى قصر المدة التي يجوز خلالها للمشتري رفع دعوى الضمان والمقدرة بسنة واحدة يبدأ سريانها من يوم تسليم المبيع²، علما وأن القضاء المقارن يعتبر دعوى ضمان العيوب الخفية دعوى خاصة تحجب الدعاوى العامة ومن بينها دعوى المسؤولية القائمة على أساس الإخلال بالالتزام بالتسليم³.

أما بالنسبة للمعاملات الالكترونية فهي غالبا ما تنصب على سلع أو خدمات ذات طابع فني ينبغي أن يتناسب مع أوضاع معينة وأن تفي بأغراض محددة مثل برامج الحاسب الآلي والأدوية الكيماوية، الأمر الذي لا يجعل من تسليم هذه الأشياء مجرد عمل مادي بل ينبغي أن يكون التسليم بطريقة تراعى فيها خصوصية الجوانب الفنية للمحل المتعاقد عليه لكي يمكن استعماله للغرض

1) « Preuve de la délivrance: La délivrance est l'obligation principale du vendeur. Le cas échéant, il lui incombe de démontrer qu'elle a bien eu lieu, selon L'article icle 1353 nouveau du Code civil. Jorge BLZMACEDA , op cit , p 119.

2) أنظر: المادة 383 من القانون المدني الجزائري.

3) Cass. Civ, 1ère ch.13avr.1988.Bull.civ.III.N°67, p 39.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

الذي أعد من أجله¹، حيث تتم غالبا عملية التسليم عن طريق تنزيل أو تحميل البرنامج Téléchargement أو النسخ Copie من الموقع المتاح أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به كمنحه صلاحية الدخول إلى موقع معين للحصول على المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، كما يمكن إتمام عملية التسليم خارج الشبكة ولو تعلق الأمر بمحل رقمي عن طريق تسليم أسطوانة CD أو أجهزة الذاكرة المحمولة FLASH DISC أو ذاكرات الحاسوب DISC DUR، وكل هذه الطرق للتسليم تقتضي تعاوننا من طرف المشتري لأن الالتزام بالتعاون يعتبر عاملا جديا مهما لحسن أداء الخدمة أو تسليم السلعة².

غير أنه ينبغي التمييز بين التسليم الالكتروني للمحل الرقمي للخدمة والتسليم المادي من حيث إثبات عدم التسليم والتالي إخلال المدين (المورد) بالالتزام تعاقدية يقيم مسؤوليته العقدية، حيث إن التسليم الالكتروني يسهل إثباته أو نفيه لأن المعاملات الالكترونية موثقة لحظة بلحظة ويمكن تتبع مسارها، الأمر الذي لا يثير الكثير من الإشكاليات، أما التسليم المادي وتجنبنا لما يمكن أن يثور بشأنه من اختلاف بين أطراف العقد الالكتروني فقد ألزم المشرع الجزائري بموجب نص المادة 17 من القانون 05-18 المورد الالكتروني بطلب توقيع وصل استلام من طرف المستهلك الالكتروني مع تسليم نسخة لهذا الأخير الذي ليس له أن يرفض توقيع الوصل.

مع الإشارة إلى أن العقد إذا كان مبرما بين محترفين يمكن أن يتضمن شرطا يقضي بمسؤولية المورد أو مقدم الخدمة حتى في حالة عدم تمكنه من تنفيذ التزامه بسبب قوة القاهرة لأن الاتفاق على تشديد المسؤولية العقدية جائز إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة وهو ما يجعل من التزام البائع بتحقيق النتيجة مطلقا³.

(1) بوزبوجة يمينة، المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012، ص 83.

(2) محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية مصر، ص 125. مشار إليه لدى: بوزيدي إيمان، المرجع السابق، ص 76.

(3) Marc-Antoine LEDIEU, **obligation de moyens ou obligation de résultat ?**, article disponible sur le site www.ledieu-avocats.fr/. Site consulté le 15 mars 2020.

(ب) الالتزام بالمطابقة الكمية للمبيع:

تناول المشرع الجزائري مسألة المطابقة الكمية لمحل الالتزام المتفق عليه غداة إبرام العقد بموجب الفقرة الأولى من نص المادة 365 من القانون المدني بنصها على أنه " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف غير أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع".

وما يلاحظ على نص المادة 365 أعلاه أن المشرع قد أخذ بفكرة المطابقة النسبية وليس المطلقة إذ أجاز للبائع تسليم كمية ناقصة عن تلك المتفق عليها متى كان العرف يسمح بذلك في حدود معينة¹، كما منع القاضي من الاستجابة لطلب المشتري بفسخ العقد متى كانت الكمية غير المسلمة ضئيلة الأهمية مقارنة بالكمية المسلمة رغبة منه في الحد من الدعاوى الكيدية والتعسفية، وتبقى مسألة أهمية الالتزامات الكمية غير المنفذة من المسائل الواقعية التي يقدرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من طرف محكمة النقض.

أما المشرع المصري فقد تناول مسألة التسليم الكمي لمحل الالتزام في نص المادة 433 من القانون المدني² والتي جاءت صياغتها مختلفة نسبياً عن صياغة المادة 365 من القانون المدني الجزائري حيث أجازت المادة من القانون المصري للبائع والمشتري الاتفاق على ما يخالف العرف من حيث النسبة التي يتسامح فيها عادة حينما رخصت لأطراف العقد إمكانية الاتفاق على ضرورة تسليم الكمية كاملة تحت طائلة قيام المسؤولية العقدية للبائع أو قابلية العقد للفسخ رغم عدم أهمية النسبة التي لم يتم تسليمها وهو ما يمكن اعتباره من قبيل التشديد في البائع.

غير أنني أرى أن سكوت المشرع الجزائري عن مسألة اتفاق أطراف العقد على مخالفة العرف الذي يقضي بالتسامح في نسبة معينة من كمية المبيع لا يحول دون اتفاقهما عليه من الناحية الواقعية، بمعنى أنه بإمكانهما وضع مثل هذا الشرط دون حاجة للتنصيص عليه قانوناً،

(1) بن بعلاش خاليدة، المرجع السابق، ص 72.

(2) تنص المادة 433 من القانون المدني المصري على ما يلي: " إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عما نقص منه بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك. على أنه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في المبيع إلا إذا أثبت أن النقص من الجسامه بحيث أنه لو كان يعلمه لما أتم العقد".

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

لأن الأصل هو أن العقد شريعة المتعاقدين كما أن المسألة تتعلق بالمصلحة الشخصية لأحد أطراف العقد وهو البائع الذي بإمكانه أن يتنازل عليها بمحض إرادته وهو الأمر الذي يجعل من نص المادة 365 من القانون المدني الجزائري قاعدة مكملة يجوز للأطراف الاتفاق على نقيضها.

أما في مجال الخدمات الالكترونية المحددة كمية أدائها بنسب معينة فإن التوجهات الحديثة للفقهاء المقارن تقتضي تنفيذها بصفة كلية ودون نقصان تحت طائلة قيام المسؤولية العقدية للمورد أو البائع عن عدم التنفيذ الجزئي، كما إذا تعهد مقدم خدمة الانترنت بتزويد الزبون بتدفق قدره 30 جيجا شهريا في مقابل مبلغ معين، فإن إخلاله بتقديم الكمية المحددة للتدفق بالضبط (30 جيجا) يضعه موضع المسؤول عقديا عن الإخلال بالالتزام والذي يكيف بأنه التزام بتحقيق نتيجة لا بمجرد بذل عناية، حيث يكون مطالبا بتسديد مبلغ تعويض يجبر من خلاله الأضرار اللاحقة بمستخدم شبكة الانترنت سواء تم تقدير هذا المبلغ من طرف القاضي وهو الأصل أو كان متفق عليه مسبقا في صورة شرط جزائي¹.

ثانيا. خصائص التسليم الالكتروني:

ذكرنا في العنصر السابق أن من العقود الالكترونية ما يبرم الكترونيا وينفذ عاديا وسمينا هذا النوع من العقود بالالكترونية الناقصة نظرا لتخلف الصفة الالكترونية عن التنفيذ، بينما قلنا إن هناك نوعا آخر يعرف بالعقود الالكترونية الكاملة أو التامة تكتسي الصيغة الالكترونية عبر كامل مراحلها من تفاوض وإبرام وحتى التنفيذ فهي ترد على محل رقمي معلوماتي لا مادي.

لذلك سندرس من خلال هذا العنصر خصائص التسليم الالكتروني بمعنى تسليم الأشياء غير المادية المحسوسة تميزا لها عن الأشياء العادية القابلة للتنفيذ بالطريقة التقليدية.

أ/التسليم الالكتروني يتم عبر شبكة الانترنت:

يتميز التسليم الإلكتروني بأنه ينفذ على شبكة اتصال إلكترونية ذات بعد دولي تربط بين عدد كبير جدا من أجهزة الكمبيوتر متصلة فيما بينها لتشكل مكانا افتراضيا لا ماديا تتم عبره عملية تسليم المنتجات ذات الطبيعة الرقمية، وعليه فإن مفهوم مكان التسليم الإلكتروني يأخذ مفهوما مغايرا عن مفهوم المكان التقليدي نظرا لطابعه غير المحسوس وغير المحدود، الأمر الذي يعفي

1) Marc-Antoine LEDIEU , op cit , p 3

الأطراف من تحديده لتسلم المبيع ذلك أنه يستطيع البائع تنفيذه من أي مكان متواجد فيه كما يستطيع المشتري تسلمه من أي موقع يكون فيه¹.

وعليه فإن التسليم عبر الانترنت يُعتبر أسهل وأيسر من التسليم التقليدي، كما أنه يقلص المشاكل التي عادة ما تثور بين البائع والمشتري حول مكان وزمان تسليم محل العقد كما أنه يقلص من نفقات التسليم التي قد يختلف الطرفان بشأن من هو الملزم بتسليمها ولو أن أغلب القوانين تلقي مثل هذا النوع من الأعباء المادية على المشتري.

ب/التسليم الإلكتروني يتسم بالسرعة في التنفيذ:

يتميز التسليم الإلكتروني بالسرعة الفائقة مقارنة بالتسليم التقليدي أو اليدوي، حيث يكفي المورد الإلكتروني الضغط على أيقونة في جهاز الحاسوب لإرسال بريد الكتروني يتضمن البرنامج المعلوماتي الذي أبرم العقد بشأنه، إذ كثيرا ما يتزامن التنفيذ مع الانعقاد باعتبار العمليتين متتاليتين ولا تفصلهما إلا دقائق معدودات، أما التسليم التقليدي فهو يستغرق وقتا قد يطول أو يقصر بحسب طبيعة المنتج وكميته كما يؤخذ بعين الاعتبار المسافة بين مكان المنشأ أو الصنع ومكان الاستلام، فإذا كنا بصدد عقد بيع داخلي مبرم بين شخصين يقيمان في نفس الدولة فإن مدة التسليم تتراوح بين عدة ساعات إلى عدة أيام، أما إذا كنا أمام عقد بيع دولي مبرم بين مصدر يقيم بدولة ومستورد يقيم بدولة أخرى فإن المدة لا تقل عن شهر أو عدة أشهر نظرا للإجراءات الإدارية والجبائية التي تقتضيها المعاملة كما يتطلب الأمر بعض الأعمال المادية الضرورية له كالوسم والتعليب².

ج/التسليم الإلكتروني يتسم بالطابع اللامادي:

تعد اللامادية ميزة أساسية من بين ميزات التسليم الإلكتروني، هذه الميزة تجعله يفقد الوعاء المادي الذي تعود عليه، بفضل المعلوماتية التي أضفت مفهوما جديدا لهذه المبيعات التي هي في الأصل مبيعات مادية لكن تقبل التحويل والترقيم مثل المبيعات المرئية كأشرطة الفيديو والأفلام، أو المبيعات السمعية كالأغاني والدروس، أو المبيعات المكتوبة كالكتب وصحف والمجلات والبرامج أو الخدمات المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك التي يتم تحويلها بفضل تكنولوجيا

(1) حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 246.

(2) المرجع نفسه، 248.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

الرقمية إلى معلومات رقمية، بواسطة الكمبيوتر الذي يتولى تصميم المبيع المتفق عليه ك معلومة يعتمد على نظام معالجة المعلومة أليا في مجال تمثيل البيانات وحفظها وتداولها. وفي الحقيقة تكون المعالجة الرقمية من قبل البائع حيث يتولى وضعه على موقعه، وما على المشتري إلا النقر عليه بعد أن يكون قد وفي بالثمن على الشبكة مسبقا فالتسليم اللامادي يعتمد على الأرقام والبيانات في غياب العلاقة المباشرة بين المتعاقدين. ويعني المفهوم اللامادي للتسليم الإلكتروني، أنه يتم في البيئة الجديدة التي أنشأتها التجارة الإلكترونية والمعبر عنها بالبيئة الافتراضية، وفي الحقيقة مفهوم اللامادية لا يعني عدم الوجود كما ذكرنا سابقا، وإنما اللامادية مرتبطة بمفهوم الرقمية التي جعلت الأجساد تأخذ شكل طاقة إلكترونية مضغوطة بصورة شديدة ومصغرة إلى درجة أنها أصبحت غير مرئية، إلا أن وجودها حقيقي، وهذا ما يعد بمثابة تطور حقيقي في طريقة التسليم التي من دون شك يتعين التصدي لها مستقبلا فقها وقانونا وحتى فلسفيا لأن مفهوم اللامادية مفهوم فلسفي أكثر منه قانوني. وقانونا يثبت التسليم الإلكتروني من خلال التوقيع الإلكتروني، إذا توافرت فيه الشروط المنصوص عليها قانونا على النحو المبين سابقا¹.

الفرع الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالضمان في العقد الإلكتروني

يثبت الحق للمشتري في الضمان متى اعترضه ما شيء أو شخص حال بينه وبين الانتفاع بالسلعة أو الخدمة محل العقد، لأن الدافع للتعاقد بالنسبة للمشتري هو تملك الشيء المبيع للانتفاع به بطريقة هادئة تحقق له المبتغى من تعاقد مع البائع. وعليه فإن التزام بالضمان يشمل نقطتين أساسيتين هما، ضمان العيوب الخفية (أولا) و ضمان التعرض والاستحقاق (ثانيا).

أولا- المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بضمان العيوب الخفية

إضافة إلى المطابقة الكمية والمطابقة الوصفية لمحل الالتزام فقد تم اعتماد مصطلح جديد يطلق عليه تسمية " المطابقة الوظيفية "، حيث يعتبر التزام البائع بتسليم شيء مطابق وظيفيا من الالتزامات الأساسية التي تناولتها القواعد العامة سواء على الصعيد الوطني من أو الصعيد الدولي

(1) حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 249.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

من خلال اتفاقية فيينا الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع¹، حيث أوجبت الاتفاقية المذكورة في مادتها رقم 35 فقرة 2 على البائع تسليم الشيء المبيع في وضعية تسمح له من الانتفاع به وفقا للغرض الذي أعد من أجله، كما نجد المشرع الفرنسي قد نص صراحة على ضرورة أن يكون المبيع صالحا لأداء وظيفته بموجب المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 2016 التي جعلت البائع ضامنا لما يعتري الشيء المبيع من عيوب خفية من شأنها جعل المبيع غير صالح للانتفاع به أو الإنقاص من صلاحيته لدرجة ما كان ليبرم العقد لو علم بها منذ البداية أو أنه كان سيقبل التعاقد بدفع ثمن أقل².

أما بالنسبة للنصوص الخاصة فإن المشرع الجزائري يعتبر متأخرا نوعا في معالجة هذه المسألة الحساسة في علاقة المنتج بالمستهلك حيث نظمته لأول مرة بصفة صريحة بموجب المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 13-327³ الذي يحدد شروط وكيفيات وضع وضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ والتي ألزمت البائع أو المنتج بضرورة أن يكون المنتج صالحا للاستعمال المخصص له، علما وأن المادة الثانية من المرسوم المذكور أعلاه حددت نطاق تطبيقه ليشمل السلع والخدمات المقتناة المنصوص عليها في أحكام القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش مهما كانت طريقة وتقنية البيع المستعمل، وهو الأمر الذي يجعل من عقود التجارة الالكترونية خاضعة لهذا المرسوم.

ويقصد بالمطابقة الوظيفية لمحل الالتزام أن يكون " الشيء بخصائصه الذاتية صالحا للاستعمال المقصود منه من طرف المشتري"، ويعتبر الشيء صالحا للاستعمال الطبيعي أو المؤلف إذا كان بالإمكان إعادة بيعه لاحقا من خلال العمليات التجارية، بينما لا يعتبر كذلك الشيء غير

1) Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la Vente Internationale de Marchandises.

2) L'article 1641 C.C.F dispose que « le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

3) مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ في 20 ذي القعدة عام 1434 الموافق 26 سبتمبر سنة 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر 2013، العدد 49.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

القابل للتداول في إطار السلسلة المعتادة للتوزيع وهي تلك التي لا تتوفر مكوناتها على الحد الأدنى من متطلبات الجودة والنوعية مما يجعلها غير صالحة للاستعمال المؤلف¹.

أما عن الطبيعة القانونية للالتزام بتسليم شيء صالح للاستعمال فهو يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة إذا لا يمكن للبائع خاصة إذا كان مهنيا أن يستبعد مسؤوليته بإثبات حسن نيته أو بإقامة الدليل على بذله العناية اللازمة لتحقيق هذه النتيجة² وهنا قد يختلط مفهوم المطابقة الناتج عن تخلف صفة أدت لعدم صلاحية المبيع والالتزام بالضمان الناتج عن وجود العيب في المبيع والذي أدى لعدم صلاحيته للاستعمال³.

وللتمييز بين ما يعتبر التزاما بالمطابقة المادية (الوصفية) وما يعتبر التزاما بالمطابقة الوظيفية أرى أن الفيصل في ذلك هو مدى اعتبار الصفة طبيعية في الشيء أو أنها مجرد صفة عارضة لا تتوفر في نظرائه، فإذا كان محل العقد مثلا طباعة Imprimante فإن من البداهة أن وظيفتها الأساسية هي نسخ وطبع الأوراق ولا يحتاج هذا الأمر لأن يشترطه المشتري في العقد، وبالتالي فإن استلامه للطباعة محل العقد وهي لا تقوم بعملية الطبع والنسخ التي كانت الدافع الرئيسي للتعاقد يجعل البائع مخلا بالالتزام بالمطابقة الوظيفية، وهو ما يجعله مسؤولا تجاه المشتري على أساس ضمان العيوب الخفية إلا إذا وافق المشتري عند إبرام العقد على شرائها معطلة بنية إعادة بيعها أو إصلاحها لاحقا.

أما إذا كان محل العقد آلة طبع واشترط المشتري على أن يكون الطبع بألوان متعددة وليس فقط بالأبيض والأسود أو أن تقوم الآلة بعمليات أخرى مثل إخراج نسخ طبق الأصل PHOTOCOPIE أو المسح SCANNE، فإن تسليم آلة لا تتوفر على الخدمات التكميلية التي اشترطها المشتري تجعل البائع مسؤولا عن الإخلال بالالتزام بالمطابقة الوصفية لا الوظيفية لأن الآلة صالحة

1) "L'usage est normal ou habituel de la marchandise lorsqu'elle est loyalement revendable ultérieurement dans le cours de opérations commerciales, tandis que celle qui n'est pas apte à poursuivre le circuit habituel de distribution, celle dont les composantes n'atteignent pas l'exigence minima de qualité loyale et marchande, ne répond pas à son usage habituel". Voir : AL QUDAH Maen, op cit, p 243.

2) عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007، ص 484.

3) بن يعلاش خاليدة، المرجع السابق، ص 72.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

للقيام بوظيفتها الأساسية وهي طبع الأوراق، وفي هذه الحالة تقوم مسؤوليته على أساس التنفيذ المعيب للالتزام بالتسليم وليس العيوب الخفية، فالنوع الأول مبني على ما تضمنه العقد من اشتراطات عقدية كان بالإمكان الاستغناء عنها، أما النوع الثاني فيتعلق بجوهر محل العقد وبالغرض الذي أعد من أجله الشيء وهو أمر غير قابل لأن يستغنى عنه وإلا سقط المقصد من العملية التعاقدية برمتها¹.

في الأخير يمكن القول أن القواعد العامة في المسؤولية المدنية لا تخدم مصلحة المشتري في العقود الالكترونية نظرا لطول الوقت الذي تستغرقه هذه الدعاوى والتكاليف التي يتكبدها المشتري خاصة إذا كان مستهلكا، لذا كان لا بد من تدخل المشرع بنصوص خاصة تغطي النقائص الواردة في النصوص العامة، وهو ما فعله المشرع الجزائري من خلال القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية حيث أرسى حماية من نوع خاص للمستهلك الالكتروني حينما أجاز له إمكانية العدول عن التعاقد في حالة عدم استلامه شيئا مطابقا لما تم الاتفاق عليه وفي هذا خروج عن المبدأ القوة الملزمة للعقد الذي يجعل تعديل العقد أو نقضه باتفاق الطرفين لا بالإرادة المنفردة لأحدهما. أ/ مفهوم العيب الخفي في عقد البيع الالكتروني:

يقصد بالعيب الخفي " ذلك العيب الذي يكون موجودا في المبيع وقت البيع، ولم يكن بوسع المشتري أن يكتشفه أو يتفطن له عند قيامه بفحص المبيع بعناية الرجل العادي"²، بينما يعرفه البعض الآخر بأنه " كل ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي ويجب أن يعتد بذلك قانونا"³. ويرى صاحب التعريف الأخير وجاهة وصحة في التعريف الذي قدمه من الناحية القانونية لأنه يحق توازنا بين طرفي العقد لأن ما يعرض للمبيع غير ما يطرأ عليه فالتعبير الأول يشمل ما يصيب الشيء في خلقته أو عند تصنيعه إذا كان آلة أو جهازا

(1) يغلى مريم، المرجع السابق، ص 317.

(2) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر 2008، ص 37.

(3) صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتختلف المواصفات في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1997، ص 50.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

مصنعا ويشمل كذلك ما يطرأ عليه بعد هذه المرحلة كعيب يصيب جهازا إلكترونيا بعد الانتهاء من صنعه أو آلة تنكسر بعد ذلك¹.

غير أنه لا يعتد بأي نقص أو خلل في المبيع لاعتباره عيبا خفيا من الناحية القانونية، لأن ذلك يقتضي توفر شروط معينة، هي:

✓ أن يكون العيب قديما: يشترط في العيب الذي يتيح لصاحبه التمسك به في مواجهة البائع أن يكون قديما أي أن يكون موجودا قبل التسليم، ويستوي بعد ذلك أن يكون المبيع قد وجد في المبيع وقت إبرام العقد أو بعده ولكن قبل استلامه من طرف المشتري²، بمفهوم المخالفة يمكن القول أن العيوب التي تطرأ على الشيء بعد قبضه يتحملها المشتري وليس البائع لأن مسؤولية هذا الأخير تكون عن تلك الآفات التي حدثت أثناء حيازته للشيء أما بعد هذه المرحلة فلا يتحمل أي مسؤولية، فلو أن شخصا معيناً اشترى جهاز هاتف نقال من خلال إعلان تجاري متوفر عبر الانترنت، وبعد استعماله فترة من الزمن ظهر به عيب كفقدان الذاكرة مثلا، فلا يستطيع الرجل العادي وفق المؤلف الكشف عنه بالفحص المعتاد، فعندئذ يحق للمشتري الرجوع بالضمان على البائع بشرط أن يكون قد أخطر البائع بمجرد ظهور العيب، وإلا اعتبر المشتري راضيا بالمبيع بما فيه من عيب، ويقع عبئ إثبات العيب على المشتري³.

أما في مجال العقود الالكترونية لا سيما تلك التي يكون محلها برنامجا معلوماتيا فإنه كثيرا ما يثار النقاش حول عدم صلاحيتها بسبب وجود فيروسات بداخلها تحول بينها وبين أداء وظيفتها بطريقة جيدة.

في الحقيقة فإن العيب في هذه الحالة ورغم أنه ظهر في مرحلة لاحقة لتسليم محل العقد إلا أن السبب كان موجودا قبل التسليم، لأن منتج البرنامج الذي يزرع فيه فيروسا بغرض تدميري لا بد وأن يقوم بذلك أثناء مراحل إنتاج الفيروس، ذلك أن بناء النظام المعلوماتي يمر بمراحل عديدة بدءا بمرحلة طرح المشكلة المراد بناء نظام لمعالجتها ثم تليها مرحلة المدخلات والمخرجات وفي هذه

(1) المرجع نفسه، ص 50.

(2) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 213.

(3) بوزيدي إيمان، المرجع السابق، ص 82.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

المرحلة يقوم مصمم البرنامج بتجميع البيانات الخاصة بالنظام وتحليلها، ثم تأتي مرحلة التصميم والبناء حيث يتم أثناءها كتابة البرنامج بلغة عالية المستوى مع القيام بزراعة برنامج فيروسي بمهارة شديدة وبعبارة كلماته بين سطور البرنامج الأصلي الذي يلتزم بتقديمه للمشتري¹.

وعليه يمكن القول إن مثل هذه الفيروسات وإن كان ظهورها لاحقا لعملية التسليم فإن بائع البرنامج يضمنها كعيوب خفية لأن سبب وجودها وانتشارها كان سابقا عن انتقالها للمشتري، وهو ما يعني تحقق شرط القدم في العيب وبالتالي قيام حق المشتري في الرجوع على البائع بدعوى ضمان العيوب الخفية.

✓ أن يكون العيب خفيا: لا يكفي أن يكون العيب قديما بل يشترط كذلك أن يكون خفيا مستترا بمعنى أنه لم يكن ظاهرا بارزا وقت التسليم لأن هذا النوع الأخير من العيوب أي الظاهرة لا يضمنه البائع على أساس أن رؤية المشتري للعيب وسكوته عنه يعتبر رضا منه بوضعية الشيء المبيع وتنازلا عن حقه في التمسك بالضمان²، والعبرة في اعتبار العيب ظاهرا أو خفي هو سهولة اكتشافه من طرف المشتري التي تستند إلى معيار ذاتي يختلف من شخص إلى آخر³، ويستوي في ذلك أن يكون البائع عالما بالعيوب أو جاهلا به لأن العبرة من تقرير المسؤولية عن ضمان العيوب الخفية هو توفير الحماية للمشتري لا البائع.

وتجدر الإشارة إلى أنه ينبغي التمييز بين العقد المبرم بين محترف ومستهلك والعقد المبرم بين محترفين أو مهنيين ففي النوع الأول لا يطلب من المستهلك إلا مجرد المعرفة البسيطة للشيء بالقدر الذي يؤهله لاكتشاف العيوب البارزة فقط، أما في النوع الثاني من العقود فإنه يفترض في المشتري المهني أن يكون على دراية ومعرفة كبيرتين للشيء الذي يبتغي شراؤه من خلال معرفة جميع خصائصه ومكوناته، غير أن هذا الافتراض لا يعدو أن يكون مجرد قرينة بسيطة يمكن للمشتري دحضها بإثبات أنه لم يتمكن من اكتشاف العيب رغم بذله جهدا معقولا لذلك⁴.

(1) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 216.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 724.

(3) صاحب عبید الفتلاوي، المرجع السابق، ص 89.

4) Jorge BLZMACEDA, op cit, p 121

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

أما في مجال المعاملات الالكترونية فإن عنصر الخفاء يثار عادة بالنسبة للفيروسات التي هي في الأصل عبارة عن برامج خفية. لكن التساؤل الذي يطرح هو: هل كل فيروس يمكنه نعت بالعيب الخفي الموجب للضمان؟ أم أن هناك فيروسات لا ينسحب عليها هذا الوصف؟ في هذه الحالة ينبغي التمييز بين نوعين، الأول هو الذي يقوم المنتج بزعره لأغراض تدميرية بنية التشويش على البرنامج الذي تم بيعه أو تعطيله بعد فترة معينة أو الحد من فعاليته، فهذا النوع لا شك في أن منتج البرنامج يضمه كعيب خفي بل الأكثر من ذلك أنه يعتبر قد ارتكب تدليسا ضد مشتري البرنامج الذي لو كان على علم به لما أقدم على التعاقد، وبالتالي نجد أن القواعد العامة قد وفرت حماية مزدوجة للمشتري الأولى تتمثل في دعوى الضمان وأحكامها المقررة لمصلحته إضافة إلى دعوى إبطال العقد رغم صعوبة إثبات شروطها استنادا إلى التدليس¹.

أما النوع الثاني من الفيروسات فهي تلك التي يزرعها المنتج لحماية لبرنامج من قرصنة البرامج الذين يقومون بنسخ البرنامج وإعادة بيعه وهو ما يعرض المنتج لخسائر مالية كبيرة، ففي هذه الحالة يلتزم المنتج بإعلام المشتري بوجود فيروس ينشط بمجرد محاولة نسخ البرنامج كما يعلمه بالآثار التي قد يتببب فيها، وهنا يسقط حق المشتري في التمسك بضمان العيوب الخفية لسببين الأول أن العيب لم يعد خفيا لأن المنتج قد أعلمه بوجوده والثاني أن نسخ البرنامج يعتبر خطأ يسقط الضمان لما فيه من اعتداء على حقوق الملكية الفكرية².

✓ أن يكون العيب مؤثرا: وهو ما يقع في مادة الشيء محل التعاقد والذي من شأنه أن ينقص من قيمة الشيء أو من نفعه، ومعيار الانتفاع هو ما خصص له ما لم يتم تحديد الغاية من الشيء محل التعاقد، عندها يجب أن يكون محل التعاقد هو الشيء الذي ينفع للغرض المحدد له وغير معيب بشكل يضر به³، بمفهوم المخالفة فإنه متى ظهر أن تأثير العيب على قيمة الشيء أو صلاحيته كان ضعيفا أو أن يكون إصلاح الشيء سهلا وغير مكلف فإن ذلك لا يجعله من العيوب التي توجب الضمان للمشتري⁴.

(1) أنظر: المادة 86 من القانون المدني الجزائري.

(2) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 219.

(3) مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 171.

4) Jorge BLZMACEDA, op cit, p 120

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

و يظهر تأثير العيب على الشيء المبيع في صورتين، الأولى هي أن العيب يعدم صلاحية الشيء المبيع فيجعله في حالة عدم صلاحية كلية وهو ما قد يؤدي إلى فسخ العقد ومثال ذلك مواد البناء منتهية الصلاحية أو جهاز حاسب آلي معطل وغيرها¹، أما الصورة الثانية التي يظهر من خلالها تأثير الشيء المبيع بالعيب الخفي فتتمثل في الإنقاص من صلاحيته أي من فعاليته ومردوديته حيث اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن تقديم بائع المحل التجاري لمعلومات خاطئة للمشتري حول المداخل المالية للمحل تثير مسؤوليته عن ضمان العيوب الخفية²، وعليه يمكن القول أن المشتري في هذه الحالة مطالب بإثبات أمرين اثنين وهما وجود العيب قبل انعقاد العقد أو التسليم وجسامة العيب لدرجة تأثيره في صلاحيته المبيع بجعله غير صالح كلياً أو جزئياً.

ب/ أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع الالكتروني:

لا يكفي أن تجتمع في الآفة شروط العيب الخفي لإمكانية إعمال حق المشتري في الضمان، بل يجب على صاحب الحق أن يتخذ موقفاً إيجابياً من خلال المبادرة بتصرفات مادية وقانونية معينة، هذه التصرفات تتمثل فيما يلي:

1/ تفحص الشيء المبيع: وهو من الأعمال المادية التي يجب على المشتري القيام بها بمجرد تسلمه للشيء المبيع³ وفقاً لما جرى عليه التعامل بين الناس، كمن يشتري سيارة فيقوم بقيادتها فترة زمنية معينة فإذا وجد بها عيباً وجب عليه إخطار البائع في مدة مقبولة يرجع تحديدها إلى العرف خاصة وأن هذه المدة تختلف باختلاف محل عقد البيع فيما إذا كان منقولاً أو عقاراً، أما إذا انقضت تلك المدة دون أن يفصح المشتري للبائع عن العيب الذي اكتشفه فإن سكوته يعتبر قرينة قاطعة على رضاه شراء المبيع على حالته المعيبة دون أن يكون له إثبات عكس ذلك، غير أنه إذا كان العيب مما لا يمكن التحقق من وجوده بالاستعمال العادي أي أن ظهوره لا يكون إلا بعد استعماله وتهالكه بنسبة معينة، فإن المشتري يلتزم بإخطار البائع بالعيب بمجرد اكتشافه خلافاً للحالة الأولى

1) AL QUDAH Maen, op cit, p 268.

2) Cass, com, 6 mars 1990, Bull, IV, n° 75.

3) تنص المادة 380 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته عندما يتمكن من ذلك حسب قواعد التعامل الجارية، فإذا كشف عيباً يضمنه البائع وجب عليه أن يخبر هذا الأخير في أجل مقبول عادة فإن لم يفعل اعتبر راضياً بالمبيع.

غير أنه إذا كان العيب لا يظهر بالاستعمال العادي وجب على المشتري بمجرد ظهور العيب أن يخبر البائع بذلك وإلا اعتبر راضياً بالمبيع بما فيه من عيوب".

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

التي منح فيها المشرع للدائن بالضمان مدة معقولة يحددها العرف ليخطر خلالها البائع. أما من حيث الأثر فلا اختلاف بين الحالتين حيث يعتبر عدم إخطار المشتري للبائع بوجود العيب بمثابة قبول للشيء المبيع رغم عيوبه.

غير أنه يعفى المشتري من فحص المبيع دون أن يسقط حقه في الضمان إذا أكد البائع الإلكتروني للمشتري خلو المبيع من العيب¹، ولا يمكنه أن يتخلص من التزامه بالضمان بحجة أن العيب كان ظاهراً للمشتري وكان في استطاعته أن يتبين العيب، لأنه لولا تأكيد البائع خلو محل العقد لقام المشتري بتفحص الشيء واكتشاف ما به من عيوب، علماً وأن المشتري هو الذي يقع عليه عيب إثبات تأكيد البائع خلو المبيع من العيوب لأنه يدعي خلاف الأصل الذي يفترض أن البائع لا يؤكد أو ينفي أي شيء لأن القانون أوجب على المشتري فحص المبيع قبل تسلمه.

غير أنه إذا كان في اكتشاف العيوب بعض السهولة إذا تعلق الأمر بمحل عقد مادي يمكن تفحصه بالمشاهدة أو التحسس فإن الأمر غير ذلك في العقود الالكترونية التي يكون محلها كيانا منطقياً أو رقمياً مثل البرامج الالكترونية²، ذلك أن الميزة الأساسية لهذه الأشياء هي الخفاء بمعنى أنه لا يمكن تفحصها لحظة إبرام العقد وهو ما يستدعي تجربة الشيء لمدة زمنية معينة للتمكن من اكتشاف ما به من عيوب، وهو الأمر الذي يجعل من نص المادة 380 من القانون المدني غير صالح للتطبيق في مجال عقود الخدمات الرقمية نظراً لتعذر تفحصها وقت التسليم الذي يتم أصلاً عن بعد ودون وجاهية بين طرفي العقد.

2/ ضرورة إخطار المشتري للبائع بوجود العيب: يعتبر الإخطار من الإجراءات الجوهرية التي ينبغي على المشتري القيام بها تحت طائلة عدم قبول دعوى الضمان التي يرفعها ضد البائع، علماً وأن المشرع فرق بين اكتشاف العيب فور تفحص المبيع أي وقت تسليم المبيع وبين اكتشافه في

(1) تنص المادة 379 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "..... إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من تلك العيوب أو أنه أخفاها غشاً منه".

(2) وقاص عبد الخالق فليح المعيني، التزام البائع بالضمان في بيع البرامج الالكترونية: دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الجزيرة، 2018، ص 90.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

مرحلة لاحقة عن التسليم، ففي الحالة الأولى يكون الإخطار في مدة مقبولة¹ أما في الحالة الثانية فيتم فور اكتشافه.

والحكمة من اشتراط ضرورة إخطار البائع ترجع إلى السياسة التشريعية في ضمان العيوب الخفية القائمة على استهداف تحقيق استقرار التعاملات وحسم النزاعات من خلال عدم التراخي في اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات العيب والمبادرة إلى رفع دعوى الضمان، لأن الإبطاء في شيء من ذلك قد يجعل إثبات العيب عسيرا تتعذر معه معرفة مصدره وتاريخ حدوثه²، مع الإشارة إلى أن المشرع الجزائري كغيره من التشريعات المقارنة لم يحدد الكيفية أو الطريقة التي يتم بها الإخطار وهو ما يعطي المشتري حرية اختيار التي يخطر بها البائع مع تحمله عبئ إثبات قيامه بذلك، علما وأن أفضل وسيلة في إطار المعاملات الالكترونية هو التبليغ عن طريق البريد الالكتروني الذي يعتبر وسيلة ذات مصداقية بالنظر إلى تسجيل وتوثيق كل ما يتعلق بالرسالة الالكترونية من هوية المرسل والمرسل إليه وكذا التاريخ والتوقيت الدقيقة للعملية بشكل يحفظ حق المشتري في الرجوع على البائع الالكتروني بدعوى الضمان لقيامه بالإخطار الذي استوجبه المشرع الجزائري في نص المادة 380 من القانون المدني.

3/ دعوى ضمان العيوب الخفية: إذا استجمع النقص الذي أصاب الشيء المبيع شروط العيب الخفي من قدم وخفاء وتأثير مع إخطار المشتري للبائع بالعيوب في الأجل المذكورة في المادة 380 من القانون المدني إثر تفحص الشيء أو بعد استعماله، انعقد له الحق في رفع دعوى ضمان العيوب الخفية³ خلال مدة سنة من تسليم البائع للشيء المبيع حتى ولو كان اكتشاف العيب من طرف المشتري بعد انقضاء هذه المدة ما لم يتفق طرفا العقد على مدة أطول، لأن مدة سنة واحدة مقررة لمصلحة البائع الذي بإمكانه أن يتنازل عن هذا الحق بالاتفاق على إعطاء مدة أطول

(1) استعمل المشرع المصري في نص المادة 449 من القانون المدني المقابلة لنص المادة 380 من القانون المدني الجزائري عبارة "مدة معقولة" وهي في نظرنا أكثر دقة من "عبارة" مدة مقبولة "لأن العبارة الأولى يمكن قياسها باستعمال معيار الرجل العادي أو ما تعارف عليه الناس، أما القبول أو المقبولية فهي أمر نسبي معياره ذاتي يختلف من شخص إلى آخر.

(2) عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 735.

(3) تنص المادة 381 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "إذا أخبر المشتري البائع بالعيوب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له حق المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376".

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

للمشتري¹، أما إذا تأخر هذا الأخير في اكتشاف الخطأ نتيجة غش مارسه البائع وانقضت المدة القانونية المقدرة بسنة واحدة فإنه لا يحق للبائع أن يتمسك بها². ورغم سكوت المشرع عن المدة التي تمنح للمشتري في هذه الحالة فإنني أرى أنها سنة واحدة تبدأ من تاريخ اكتشاف العيب أو من تاريخ إخطار البائع بالعيب إعمالاً لروح النص.

ويترتب على دعوى ضمان العيوب الخفية حسب نص المادة 381 من القانون المدني الجزائري التي تنص فإن المشتري الذي يقوم بإخطار البائع في الوقت الملائم بإمكانه رفع دعوى ضمان العيوب الخفية وفقاً لنص المادة 376 من القانون المدني³.

وباستقراء نص هذه المادة والتي تتكلم عن حالة الاستحقاق الجزئي للمبيع نجد المشرع قد فرق بين حالة العيب الجسيم وحالة العيب اليسير، ففي الحالة الأولى وهي بلوغ جسامه العيب حداً لو علمه المشتري لما أبرم العقد كان لهذا الأخير الخيار بين رد المبيع المعيب مع ما غنم أو انتفع منه مع المطالبة بالمبالغ المالية المذكورة في نص المادة 375 من القانون المدني أو أنه يستبقي الشيء المبيع رغم ما ينطوي عليه من عيوب جسيمة مع مطالبة البائع بالتعويض على أساس ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة. أما في حالة ما إذا كان العيب يسيراً ولم يبلغ الحد الذي يؤثر في إرادة المشتري بالتعاقد فإنه ليس له إلا استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض دون أن يتمكن من إرجاع الشيء المبيع⁴.

وعليه يمكن القول أن أحكام ضمان العيوب الخفية وإن كانت قابلة للتطبيق على عقود البيع الالكترونية إلا أن فعاليتها ستكون محدودة جداً نظراً للطابع الفني والتقني لمحل العقد والذي يجعل من مسألة إثبات شروط العيب الخفي صعبة جداً، خاصة ما تعلق بشرط خفاء العيب الذي

(1) أنظر: المادة 383 من القانون المدني الجزائري .

(2) أنظر: المادة 384 من القانون المدني الجزائري .

(3) تنص المادة 376 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " في حالة نزع اليد الجزئي عن المبيع وفي حالة وجود تكاليف عنه وكانت خسارة المشتري قد بلغت قدرها لو علمه المشتري لما أتم العقد، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المبينة بالمادة 375 مقابل رد المبيع مع الانتفاع الذي حصل عليه منه.

وإذا اختار المشتري استبقاء المبيع، أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المشار إليه في الفقرة السابقة لم يكن له سوى المطالبة بحق التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب نزع اليد عن المبيع".

(4) عبد الرزاق أحمد السهوري، عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 641.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

يتوقف على مدى تخصص وخبرة العميل التي تمكنه من الفحص العادي أو الدقيق للشيء المباع وتحديد تاريخ حدوث أو تحقق العيب هل هو سابق أو معاصر أو لاحق لعملية التسليم، كما أن فرضية اللجوء إلى الضمان العام المقرر في القواعد العامة ستتضاءل بنسبة كبيرة بسبب ما فرضته النصوص الخاصة من التزامات بالمطابقة وضمأن الصلاحية، هذا الأخير يقيم قرينة بسيطة لصالح المشتري مفادها أن الخلل راجع لوجود عيب في السلعة أو الخدمة ومن ثمة يقع على البائع عبئ إصلاحه¹، ويضيف جانب من الفقه ضرورة تبني قرينة اعتبار البائع محترفاً المحترف عالماً بالعيب الموجود بالمبيع إذ أن ذلك سيفيد المشتري المستهلك في منحه حق المطالبة بكافة عناصر التعويض لأن هذه القرينة تتماشى مع فكرة الاحتراف وما ينبغي أن يكون عليه المحترف من إلمام وعلم في مجال تخصصه².

ومنه يمكن القول أن طبيعة عقود التجارة الالكترونية المبرمة بين مورد محترف ومستهلك يفتقر للمعرفة الفنية دفعت المشرع إلى استحداث نصوص خاصة مثل تلك المتعلقة بالممارسات التجارية وحماية المستهلك والتي وفرت بموجبها للمستهلك حماية من نوع خاص عدلت بموجبه بعض المفاهيم التقليدية مثل الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية حيث استحدثت الالتزام بالسلامة كالالتزام ببذل عناية مشددة، كما خرجت عن بعض الثوابت في القانون المدني مثل مبدأ القوة الملزمة للعقد حينما لأجازت للمستهلك التراجع والعدول عن التعاقد من جانب واحد، إضافة إلى التشدد في الالتزام بالتسليم الذي لم يعد يتضمن فقط احترام الأجال والأمكنة بقدر ما أصبح يتطلب تمكيناً حقيقياً للمشتري للانتفاع بالمبيع على أكمل وجه، كل هذه المستجدات في القوانين الخاصة جعلت من تطبيق القواعد العامة على المعاملات الالكترونية غير ضروري أي أنه لا يحقق للمتعاقد الالكتروني مبتغاه.

ثانياً. المسؤولية عن الإخلال بضمان التعرض والاستحقاق:

إذا كان ضمان العيوب الخفية ينصب على آفات طارئة تصيب الشيء المباع في صلاحيته فتتقصها أو تعدمها كلياً، فإن ضمان التعرض والاستحقاق لا يتعلق بصلاحية الشيء الكلية أو

1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 107. - أيمن أحمد محمد الدلوع، المرجع السابق، ص 113.

2) أنظر: سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014، ص 99.

الجزئية في حد ذاته بل يرتبط بملكيته وحيازته التي تكون محل منازعة وتعرض من طرف البائع أو الغير بطريقة قد تفضي إلى خروج المبيع من يد المشتري، لذا كان لزاما على البائع أن يضمن مثل هذه الأمور تحقيقا للغرض من التعاقد وهو الانتفاع بالمبيع بصورة مستمرة وهادئة.

أ/ مفهوم ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع الالكتروني:

كفل المشرع الجزائري بموجب المادة 371 من القانون المدني¹ للمشتري حقه في الرجوع على البائع عن أي تعرض قد يقع من طرفه شخصيا أو من طرف الغير الذي قد يدعي بحقوق له على الشيء المبيع.

وقد عرف الأستاذ أنور سلطان الالتزام ضمان التعرض والاستحقاق كالآتي: "يلتزم البائع بمقتضى عقد البيع بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع وحيازته حيازة هادئة، ويتمثل هذا الضمان في وجوب امتناعه عن التعرض للمشتري في وضع يده على المبيع ودفع تعرض الغير، وتعويض المشتري إذا انتهى التعرض باستحقاق البيع"².

ويستخلص من التعريف السابق أن ضمان التعرض والاستحقاق هو عبارة عن التزام يقع على البائع الإلكتروني حيث يتعهد فيه بعدم التعرض شخصيا للمشتري في ملكيته أو حيازته للمبيع، أو انتفاعه به انتفاعا هادئا أو عدم تعرض الغير له فإذا أخل بالتزامه واستحق الغير المبيع بصفة كلية أو جزئية التزم البائع الإلكتروني بتعويض المشتري عما لحقه من أضرار جراء هذا الاستحقاق³.

وينبغي التمييز هنا بين التعرض المادي الذي يقوم على إزعاج المشتري في حيازته للشيء المبيع كالقيام بحرث أو بذر القطعة الأرضية المشتراة، وبين التعرض القانوني الذي قوامه الادعاء بحق على المبيع كالملكية أو الانتفاع أو الارتفاق. فالبائع يضمن عدم تعرضه الشخصي المادي والقانوني، بينما لا يضمن إلا التعرض القانوني الصادر عن الغير.

(1) تنص المادة 371 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل الغير، يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري".

(2) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر 20، 280.

(3) بوزيدي إيمان، المرجع السابق، ص 33.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

أما في مجال العقود الالكترونية لا سيما تلك التي يكون محلها رقميا مثل البرامج المعلوماتية فهي تتعلق بمنقولات مادية أو معنوية وبالتالي من غير الممكن تصور التعرض القانوني فيها لأن القاعدة أن الحيازة في المنقول سند الملكية¹، بمعنى أن أي دعوى استحقاق ترفع ضد المشتري سيكون مآلها الرفض لعدم التأسيس استنادا إلى القاعدة السابقة متى توفرت شروطها خاصة حسن نية المشتري أي عدم علمه بأن المبيع مملوك للغير.

وعليه سنقتصر في دراستنا على التعرض للمادي الممكن صدوره من البائع دون الصادر من الغير لأنه لا يدخل ضمن نطاق الضمان.

1/ شروط ضمان التعرض المادي:

✓ أن يحدث التعرض فعلا: أي أن تتحقق واقعة الاعتداء المادي أو انتهاك الحيازة فلا يكفي مجرد تهديد البائع للمشتري، ومثال ذلك قيام البائع باغتصاب العين المباعة كاستخدام السيارة باستعمال المفتاح الثاني أو القيام بهدم العقار المبيع وغيرها من أشكال التعرض المادي الممكن تصور حدوثه من طرف البائع، ومنه أمكن القول أن حق الضمان مقرر للمشتري ابتداء من وقت منازعة الغير له في الانتفاع بالمبيع وحيازته حيازة هادئة، أما مجرد خشية المشتري وقوع التعرض أو اكتشافه وجود حق للغير كحق رهن يحتمل أن يكون سببا للتعرض، فلا يبيح له قانونا رفع دعوى الضمان في الحال لاحتمال عدم وقوع التعرض من الدائن المرتهن².

✓ أن يكون من شأن التعرض أن يحول كليا أو جزئيا دون الانتفاع بالمبيع: بمعنى أن التعرض المادي للبائع يجب أن تترتب عنه آثار عملية تتمثل في حرمان المشتري من الانتفاع الكلي كما في حالة استرداد المبيع بالقوة وانتقال حيازته إلى البائع، أو استرداد جزء من المبيع ينقص أو يقلص من نسبة صلاحية الشيء للغرض الذي أبرم العقد من أجله، كما لا يشترط لاعتبار الفعل تعرضا أن يكون عبارة عن خطأ أو عمل غير مشروع، ذلك أن مركز البائع هنا يختلف عن مركز الغير لأنه التزم بموجب عقد البيع بأن ينقل للمشتري ملكية المبيع والانتفاع الهادي به³.

(1) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 57.

(2) أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقدي البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 291.

(3) وقاص عبد الخالق فليح المعيني، المرجع السابق، ص 124.

✓ أن لا يستند البائع في تعرضه إلى حق قانوني أو اتفاقي: وهو شرط بديهي ومنطقي، فامتناع البائع عن تسليم المبيع كاملا نتيجة إخلال المشتري بتسديد الثمن ما هو إلا تطبيق لقاعدة الدفع بعدم التنفيذ التي تعتبر إحدى خصائص العقد الملزم لجانبين، ونفس الشيء ينطبق على الحق في الحبس وغيرها من الأمور التي تعتبر بمثابة حقوق للبائع في حالة إخلال المشتري بالتزاماته خاصة الالتزام بتسديد الثمن.

2/ أحكام ضمان التعرض المادي :

يعتبر الالتزام بعدم التعرض الشخصي التزاما أبديا يبقى قائما في ذمة المدين به وهو البائع مدى الحياة بل إنه ينتقل حتى إلى ورثته في حالة وفاته، أما إذا أخل البائع بالتزامه ورفع ضده المشتري دعوى تعويض وحكمت له المحكمة بذلك فإن الالتزام بدفع مبلغ التعويض لا يتسم بالتأبيد بل يخضع لمدة التقادم المقررة بخمسة عشرة (15) سنة¹ يبدأ سريانها من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا قابلا للتنفيذ.

وعليه فإن الجزاء المترتب على تعرض البائع للمشتري إما أن يكون تعويضا عينيا بإزالة أثر التعرض كتهديم الجدار الذي تم تشييده أو غلق المحل التجاري الذي تم فتحه، وإما أن يكون تعويضا نقديا إذا تضرر المشتري من عملية التعرض على أساس ما فاتته من كسب وما لحقه من خسارة، وقد يجمع المشتري بين التعويض العيني والنقدي متى كانت إزالة التعرض ممكنة وفي نفس الوقت أحدث هذا التعرض أضرارا قابلة للتعويض.

أما ضمان التعرض في العقود الالكترونية فكثيرا ما يظهر من خلال الفيروسات الالكترونية التي قد يلجأ المورد الالكتروني إلى زرعها للتشويش على برنامج العميل، وهو ما يجعله ضامنا لمثل هذا النوع من الفيروسات التي من شأنها التسبب في أضرار بالغة تمس المنظمة المعلوماتية متى توفرت شروط التعرض المادي المذكورة سابقا.

ويرى بعض الباحثين أن الجزاءات المقررة في القواعد العامة في ضمان التعرض المادي الصادر عن البائع تعتبر كافية لكفالة حق المشتري نظرا لخصائص هذا النوع من الضمان أولا لكونه التزام مؤبد لا يخضع للتقادم وثانيا نظرا لكونه التزام غير قابل للتجزئة، إذ أنه مهما تعدد

(1) عبد الرزاق أحمد السهوري، عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص 637.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

المساهمون في صناعة البرنامج فلا يمكن لأي منهم التعرض للمشتري في جزء من البرنامج بحجة أنه لا يدخل في إطار الضمان¹.

شخصيا أؤيد وأدعم ما ذهب إليه الرأي الفقهي السابق من كون القواعد العامة كافية فيما يتعلق بضمان البائع لتعرضه للمادي ضد المشتري، إذ أنه وإضافة إلى الحجج المقدمة أضيف حجة أخرى وهي أن زرع الفيروسات يعتبر من قبيل الأعمال غير المشروعة وهو ما يعتبر غشا من طرف البائع يجعله مسؤوليته تجاه المشتري تتجاوز الأضرار المتوقعة لتشمل الأضرار غير المتوقعة²، وهو ما يزيد من فعالية هذا النوع من الضمان في العقود الالكترونية.

أما النقطة السلبية في تنظيم المشرع الجزائري للالتزام بضمان التعرض والاستحقاق والتي لا تخدم المشتري خاصة المستهلك في العقود الالكترونية، هي أنه لم يجعل هذا الضمان من النظام العام حيث أجازت المادة 377 من القانون المدني لطرفي عقد البيع أن يتفقا بموجب اتفاق خاص على زيادة الضمان أو إنقاصه أو حتى إسقاطه نهائيا، وذلك على عكس بعض التشريعات المقارنة كالتشريع المصري في المادة 446 من القانون المدني الذي اعتبر شرط إسقاط الضمان باطلا وهو ما يجعل المسألة متعلقة بالضمان العام.

المطلب الثاني: المسؤولية العقدية للمشتري عن الإخلال بالوفاء الالكتروني

يلتزم المشتري تجاه البائع في عقد البيع الالكتروني بجملة من الالتزامات منها الالتزام بتسليم المبيع وتفحصه وكذا الالتزام بالتعاون والالتزام بحسن النية وغيرها من الالتزامات، والتي تعتبر أقل أهمية من الالتزام الرئيسي المتمثل في الوفاء بالثمن النقدي كمقابل لتملكه لمحل العقد، فالصفة النقدية لمضمون التزام المشتري إذن تعتبر بمثابة السبب والدافع وراء إقدام البائع على التعاقد والتنازل عن ملكيته للشيء المبيع.

وكنتيجة للانتشار الواسع للتجارة الالكترونية كمنافس أو بديل للتجارة التقليدية فقد ظهرت الحاجة لاستحداث طرق ووسائل جديدة في مجال المعاملات المالية وتسديد ثمن السلع

(1) عزة محمود أحمد خليل، المرجع السابق، ص 83.

(2) تنص المادة 182 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " غير أنه إذا كان الالتزام مصدره العقد، لا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما إلا بتعويض الضرر الذي يمكن توقعه عادة وقت التعاقد".

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

والخدمات التي تتم في إطار عقود التجارة الإلكترونية، لذلك قامت معظم البنوك والمؤسسات المالية تكيفا منها مع التشريع المعمول به برقمته قطاعها المصرفي في محاولة منها لمسايرة التطور التكنولوجي الذي تشهده المعمورة وكذا حرصا منها على زيادة عائداتها ومداخيلها المالية.

وعليه فالمشتري إذا ما أراد تنفيذ التزامه العيني بتسديد الثمن عن طريق الدفع الالكتروني فإنه يتعين عليه التعامل مع بنك أو مؤسسة مصرفية تكون بمثابة الوسيط في تحويل المبالغ المالية من البائع إلى المشتري من خلال ما يعرف ببطاقات الدفع الالكترونية أو عن طريق الشيك الالكتروني ولو أن الطريقة الأولى تعتبر الأكثر تداولاً في المعاملات التجارية الرقمية.

ومنه نجد أن المشتري يكون ملتزماً تجاه البائع بالدفع الالكتروني كمقابل للشيء المباع بموجب عقد البيع المبرم بينهما، كما يلتزم أيضاً تجاه البنك بالتزامات معينة في إطار عقد الخدمة الذي يجمعهما، وهو الأمر الذي قد يجعله مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه كل من البائع والبنك. لذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص أولهما لماهية الدفع الالكتروني، بينما نترك الثاني للحدوث عن مسؤولية المشتري المدين بدفع الثمن الكترونياً تجاه كل من البائع وكذا البنك أو المؤسسة المالية المتعامل معها.

الفرع الأول: ماهية الدفع الالكتروني

تقتضي منا دراسة المسؤولية عن استعمال وسائل الدفع الالكترونية كألية مستحدثة لوفاء المدين بالتزاماته المالية تجاه المتعاقد معه دراسة ماهيتها من خلال تعريف وسائل الدفع الالكترونية (أولاً) ثم التطرق لأنواع وسائل الدفع الالكتروني المختلفة (ثانياً).

أولاً - تعريف وسائل الدفع الالكتروني:

اعترف المشرع الجزائري بوسائل الدفع الحديثة سنة 2003 وذلك من خلال الأمر 11-03 المتعلق بالنقد والقرض¹ حيث نصت المادة 69 منه على أنه "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن الشخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل"، وهو ما يبرز

(1) الأمر رقم 11-03 المؤرخ في 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية الصادرة في 27 أوت 2003، العدد

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

اعتراف المشرع الجزائري بوسائل الدفع الالكترونية كأدوات للتعاملات المصرفية التي تنفذ بها الالتزامات المالية بين الأشخاص جنبا إلى جنب مع الوسائل التقليدية.

أما القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية فقد جعل استخدام الدفع الالكتروني أمرا اختياريا بموجب نص المادة 127¹ التي أعطت للمستهلك الالكتروني الخيار بين الدفع عن بعد وبين الدفع عند التسليم. ويفهم من نص المادة المذكورة أن العقود الالكترونية التامة هي التي يكون فيها الدفع الكترونيا مسايرة من المشرع لطبيعة العقد الذي نشأ إلكترونيا وينقضي الكترونيا عن طريق تنفيذ الالتزامات المتمخضة عنه في فضاء رقمي ومن بينها الالتزام بتسديد ثمن السلعة أو الخدمة، أما العقود الالكترونية الناقصة التي تبرم بطريقة الكترونية وتنفذ بطريقة تقليدية فالدفع يكون فيها بالطريقة التقليدية سواء عن طريق المناولة اليدوية للمبالغ المالية أو عن طريق الشيك.

غير أن منح المشرع للمستهلك الالكتروني حرية المفاضلة بين الدفع عن بعد والدفع التقليدي يتعلق فقط بالعقود الداخلية أي بين مورد الكتروني ومستهلك جزائري، أما إذا كان عقد التجارة الالكترونية دوليا أو كما عبر عنه المشرع عابرا للحدود فإن الطريقة الوحيدة المقبولة للوفاء بالمبالغ المالية هي الدفع الالكتروني، وذلك رغبة من المشرع في حماية الاقتصاد الوطني من مخاطر تبييض الأموال وتشجيعا منه للاستثمارات الأجنبية القائمة أساسا على رقمنة مختلف معاملاتها الاقتصادية والمالية.

وتعرف تقنية الدفع الالكتروني بأنها « مجموعة الخطوات التي تبدأ بأمر التحويل الصادر عن المستفيد بهدف الدفع للمستفيد من الأمر، ويتم ذلك شفويا، الكترونيا، كتابيا، ويشمل ذلك أي أمر صادر عن بنك الأمر، أو البنك الوسيط بهدف إلى تنفيذ أمر الأمر بالتحويل، ويتم النقل

(1) تنص المادة 27 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية على ما يلي: " يتم الدفع في المعاملات التجارية الالكترونية إما عن بعد أو عند تسليم المنتج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها، وفقا للتشريع المعمول به.

عندما يكون الدفع إلكترونيا، فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستغلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبيد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الالكتروني عبر شبكة المتعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية. يتم الدفع في المعاملات التجارية العابرة للحدود، حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الالكترونية".

بقبول بنك المستفيد دفع قيمة الحوالة لمصلحة المستفيد المبين في الأم¹. أما البنك المركزي الأوروبي فقد عرف وسيلة الدفع الالكترونية بأنها " كل عملية دفع صدرت وعولجت بطريقة الكترونية"، وهذا يعني أن وسائل الدفع الالكترونية هي عبارة عن تحويل معاملات من خلال نقل معطيات من طرف إلى آخر أو من نظام إلى آخر وهذه المعطيات يتم معالجتها من طرف وسيط (نظام المعالجة)، وتتم هذه العملية عن طريق مجموعة الأدوات الالكترونية التي تصدرها المصارف ومؤسسات الائتمان².

وعليه يمكن القول إن اعتبار وسيلة الدفع الكترونية يرجع إلى مدى استعمال التكنولوجيات الحديثة المتمثلة أساسا في شبكة الانترنت وكذا مختلف البرامج المعلوماتية التي تساعد على إجراء العمليات المالية المصرفية في أسرع وقت وبفعالية بعيدا عن المخاطر التي من شأنها أن تحول دون وفاء المدن بالتزامه بتسديد ثمن السلعة أو الخدمة المتعاقد بشأنها مع المورد الالكتروني.

ثانيا - أنواع وسائل الدفع الالكتروني:

تشهد عمليات الدفع الالكتروني تنوعا وتعددا في الوسائل والأساليب التي تستعملها البنوك والمصارف لتسوية التبعات المالية الناجمة عن عقود التجارة الالكترونية، والتي من أهمها بطاقات الدفع الالكترونية (أ) والشيك الالكتروني (ب).

أ/بطاقات الدفع الالكترونية: عرف المشرع الجزائري بطاقة الدفع من خلال نص المادة 543 مكرر 23 فقرة 1 من القانون التجاري الجزائري بأنها: "تعتبر بطاقة الدفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال"³، وهو التعريف الذي جاء عاما يشمل كافة بطاقات الدفع التقليدية منها والالكترونية أو أي بطاقة قد تظهر

(1) دبابش عبد الرؤوف، ذبيح هشام، وسائل الدفع ما بين الحماية التقنية والقانونية للمستهلك الالكتروني، مجلة الاجتهاد القضائي، مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد 14، أفريل 2017، ص 104.

(2) زهير زواش، دور نظام الدفع الالكتروني في تحسين المعاملات المصرفية - دراسة حالة الجزائر -، مذكرة ماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2011، ص 18.

(3) الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-02 المؤرخ في 6 فيفري 2005، الجريدة الرسمية عدد 11 المؤرخة في 9 فيفري 2005.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

مستقبلا، فمعيار قبول البطاقة للدفع والوفاء بالالتزامات النقدية هو صدورها عن بنك أو مؤسسة مالية وفقا للقوانين والأنظمة المعمول بها في هذا الشأن.

كما قدم الفقهاء تعريفات مختلفة لبطاقة الدفع الالكتروني منها أنها " بطاقة خاصة تصدر من قبل البنك (المصدر) لعملية، بهدف الحصول على أغراض مختلفة من سلع وخدمات عند تقديمه لهذه البطاقة، ويقوم التاجر القابل بها بتقديم الفاتورة إلى البنك للوفاء بقيمة هاته الخدمات، ويقدم البنك للعميل كشفا شهريا بإجمال القيمة لتسديدها أو بخصمها من حسابه"¹، كما عرفها مجمع الفقه الإسلامي بأنها " مستند يعطيه مُصدره (البنك المُصدر)، لشخص طبيعي أو اعتباري (حامل البطاقة) بناء على عقد بينهما، يمكنه من شراء السلع أو الخدمات، ممن يعتمد المستند (التاجر) دون دفع الثمن حالا، لتضمنه التزام المُصدر بالدفع ومن أنواع هذا المستند ما يمكنه من سحب نقود من المصارف"²، أما البعض فقد عرفها تعريفا وظيفيا بأنها " أداة مصرفية للوفاء بالالتزامات مقبولة على نطاق واسع محليا ودوليا، لدى الأفراد والتجار والبنوك كبديل للنقود، لدفع قيمة السلع والخدمات المقدمة لحامل البطاقة، مقابل توقيعه على إيصال بقيمة التزامه الناشئ عن شرائه للسلعة، أو الحصول على الخدمة، على أن يقوم التاجر بتحصيل القيمة من البنك المُصدر للبطاقة عن طريق البنك الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع، ويطلق على عملية التسوية بين البنوك الأطراف فيها اسم نظام الدفع الالكتروني وهو ما تقوم بتنفيذه الهيئات الدولية المُصدرة للبطاقات"³.

من خلال التعاريف السابقة يمكن استنتاج الخصائص التالية لبطاقة الدفع الالكترونية:

➤ تعتبر هذه البطاقة مستندا يسمح لصاحبه الحق في شراء حاجياته من الذين يعتمدون

هذا المستند، وبالتالي توفر هذه الميزة خاصية عدم حمل النقود،

(1) أمجد حمدان الجبني، المسؤولية المدنية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقات الدفع الالكتروني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، الأردن، 2010، ص31.

(2) مجمع الفقه الإسلامي: "تأسس تنفيذا لقرار صادر عن مؤتمر القمة الإسلامي الثالث الذي انعقد في مكة المكرمة السعودية في الفترة الممتدة ما بين 25- 28 جانفي 1981 وهو عبارة عن هيئة او مجمع عالمي للفقه الإسلامي يضم فقهاء وعلماء ومفكري العالم الإسلامي بغية الوصول إلى الإجابة الشرعية لكل سؤال تطرحه الحياة المعاصرة".

(3) حماد عثمان محمد أحمد الأمين، المسؤولية المدنية عن العمليات المصرفية الالكترونية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة أم درمان الإسلامية، السودان، 2013 ص 27.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

- يمكن لأي شخص طبيعي أو اعتباري الحصول على هذه البطاقة، وهذه أكبر ميزة تتميز بها هذه البطاقات،
 - تعتبر هذه البطاقة مقبولة على نطاق واسع في العالم، والمشاهد الآن أن الكثير من الشركات تفتح مجال البيع عبر الوسائل الالكترونية بهذه البطاقة، وخاصة بطاقات الفيزا والماستر كارد،
 - تعمل هذه البطاقات على تسهيل عمليات البيع والشراء على المستويين المحلي والدولي¹.
- غير أن البطاقات التي تستعمل لتسوية المعاملات المبرمة في إطار عقود التجارة الالكترونية ليست نوعاً واحداً بل توجد عدة أنواع تختلف باختلاف الغاية والهدف من استصدار البطاقة، نذكر منها:

1/ **بطاقة الائتمان**: يطلق على بطاقة الائتمان مصطلح النقود البلاستيكية، وهي بطاقة خاصة يصدرها البنك لعميله لكي يمكنه من الحصول على السلع والخدمات من المحلات عند عرضه لهذه البطاقة للتاجر²، كما عرّفها جانب من الفقه بأنها: " مستند يعطيه مصدره لشخص بناء على عقد أو اتفاقية بينهما، يستلزم فيها المصدر بدفع قيمة مشتريات حامل البطاقة من التجار المتعاقدين مع بنك عضو في إصدار البطاقة مسبقاً بقبول البيع وتأدية الخدمات بموجبها، ودفع مسحوباته النقدية من البنوك ثم رجوع المصدر على حامل البطاقة فيما بعد لاستيفاء هذه المدفوعات"³.

وتجدر الإشارة بأن هناك اختلاف بين بطاقة الدفع وبطاقة الائتمان، حيث أن هذه الأخيرة هي وسيلة للدفع لاحقاً، بينما بطاقة الدفع وسيلة للدفع الآني، ولا تخضع لأي عمولة تُستوفي لمصلحة المصرف على عكس بطاقة الائتمان التي تستوجب دفع رسوم إضافة إلى الفائدة في حال عدم تسديد المبلغ الكلي المستحق كل شهر.

(1) حماد عثمان محمد أحمد الأمين، المرجع السابق، ص 29.

(2) بوعزة هداية «نظام الدفع الالكتروني بين المزايا والمخاطر»، مجلة الفقه والقانون، العدد 21، 2014، ص 131.

(3) مرتضي عبد الله الخيري، "أحكام المسؤولية العقدية عن الاستعمال غير المشروع لبطاقة الائتمان"، مجلة جامعة تكريت للحقوق، جامعة ظفار، كلية الحقوق سلطنة عمان، المجلد رقم 3، العدد الأول، 2018، ص 277.

2/ **بطاقة الخصم:** تخول هاته البطاقة للحامل الحصول على النقود من الموزعات الآلية وكذا سداد ثمن المشتريات التي يقتنيها من المحلات التي تقبل البطاقة كأداة دفع، وذلك بتحويل ثمن هاته المشتريات من حساب العميل إلى حساب التاجر، فهذه البطاقة أداة دفع في جوهرها تستخدم بدلا من الشيك للوفاء بقيمة السلع أو الخدمات في مقر التاجر الذي يتفق مع مُصدر البطاقة على قبول الوفاء بموجبها¹.

3/ **البطاقة الذكية:** هي عبارة عن بطاقة بلاستيكية تحتوي على رقائق إلكترونية يتم عليها تخزين البيانات الخاصة بالحامل مثل: الاسم، العنوان، البنك المُصدر، أسلوب الصرف، المبلغ المصروف وتاريخه، تاريخ حياة العميل المصرفية²، ويمكن للعميل من خلال هاته البطاقة شحنها بمبلغ من حسابه بواسطة الصراف الآلي وما يميز البطاقة الذكية أنها تحظى بحماية كبيرة ضدّ التزييف والتزوير³، ومن أنواع البطاقات الذكية نذكر بطاقة المندكس "M.C" التي تعمل كمحفظة إلكترونية، فبدلا من حمل النقود يقوم المستهلك بحمل هذه البطاقة التي تحتوي وحدات تمثل كل منها قيمة نقدية حقيقية، فحتى لو ضاعت البطاقة من يد حاملها فإن ذلك لا يثير أي مشكلة إلا إذا كان السارق يعلم الرقم السري للحامل.

4/ **بطاقة ضمان الشيكات:** يتعهد بموجبها البنك للعميل بسداد الشيكات المحررة وفقا لشروط معينة، حيث يقوم صاحب هذه البطاقة بتحرير شيك عليه رغم البطاقة وتوقيعه أمام المستفيد والتأكد من كافة البيانات المتعلقة بها، ويقوم البنك بدوره بدفع قيمة الشيك للمستفيد بغض النظر عن وجود رصيد كاف من عدمه لديه.

ب/ الشيك الالكتروني:

بالرجوع إلى نصوص القانون التجاري الجزائري المعدل بموجب القانون 02-05 نجد أن المشرع قد سمح باستعمال الشيكات معتبرا إياها إحدى الأوراق المالية المعتبرة في عمليات الوفاء،

(1) كلو هشام، "بطاقة الدفع الالكتروني في القانون الجزائري"، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، الجزائر، المجلد أ، العدد 44، 2015، ص 404.

(2) حسن منال مصطفى، "البنوك الالكترونية"، مجلة المدير العربي، جامعة الإدارة العليا، العدد 205، 2014، ص 45.

(3) أوجاني جمال، النظام القانوني لبطاقة الانتماء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2016، ص ص 26 - 27.

حيث نصت المادة 502 على ما يلي: " يعد التقديم المادي للشيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديمه للوفاء.

يمكن أن يتم التقديم أيضا بأية وسيلة إلكترونية محدد في التشريع والتنظيم المعمول بهما ".
ويعتبر الشيك الالكتروني بمثابة المكافئ الالكتروني للشيكات الورقية التقليدية التي اعتاد الناس على التعامل بها، وهو عبارة عن رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلمه ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الانترنت، ليقوم البنك أولا بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك، وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته إلكترونيا إلى مستلمه، ليكون دليلا على أنه قد تم صرفه فعلا ويمكن لمستلمه أن يتأكد أنه قد تم فعلا تحويل المبلغ لحسابه¹.

الفرع الثاني: أوجه المسؤولية العقدية للمشتري عن الإخلال بالوفاء الالكتروني

يلتزم المشتري تجاه البائع بتسديد الثمن بالقيمة وفي الوقت المتفق عليهما الأمر الذي يجعله مسؤولا عن كل امتناع أو تأخر في تنفيذ هذا الالتزام. غير أن تنفيذ التزامه بطريقة الكترونية يتطلب حصوله على وسيلة الكترونية مقبولة للوفاء بالالتزامات المالية غالبا ما تكون عبارة عن بطاقة دفع أو الأمر الذي يستدعي تدخل طرف ثالث يتمثل في البنك أو المؤسسة المالية القائمة على عملية تحويل ثمن الشيء المبيع من حساب المشتري لحساب البائع، وذلك بموجب عقد انضمام يبرم بين البنك وصاحب البطاقة.

وعليه فالمسؤولية العقدية للمشتري قد تكون في مواجهة البنك (أولا)، وكذا البائع أو المورد الالكتروني (ثانيا).

أولا- المسؤولية العقدية لحامل البطاقة الالكترونية تجاه البنك

يرتبط المشتري مع البنك بعقد يسمى عقد الانضمام أو عقد الحامل يلتزم بمقتضاه البنك المُصدر بتقديم مختلف الخدمات المصرفية لحامل البطاقة في مقابل دفع هذا الأخير لرسوم معينة عن كل عملية، وبالتالي فإن قيام المسؤولية العقدية لحامل أو صاحب البطاقة يستلزم اجتماع

(1) عباسة سمية، وسائل الدفع الالكتروني في النظام البنكي الجزائري - الواقع والمعوقات والآفاق المستقبلية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، العدد السادس، ديسمبر 2016، ص 349.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

الأركان المعروفة في القانون المدني، حيث يستلزم الأمر وجود عقد صحيح يربط الحامل بالبنك يستجمع كل شروط الانعقاد من تراض ومحل وسبب وشكلية إذا اشترطها القانون وشروط صحة متمثلة في اكتمال أهلية المتعاقدين وخلو إرادتهما من العيوب المعروفة (الغلط، التدليس، الإكراه والاستغلال)، فإذا وجد مثل هذا العقد بين الطرفين كان البنك ملتزماً بتقديم الخدمات التي تم الاتفاق عليها والتي تختلف من عقد إلى آخر مقابل التزام العميل بالتزامات معينة تخضع لتراضي الطرفين، أما إذا تخلف ركن من الأركان فإن العقد يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً والمسؤولية التي تقوم عن الأضرار التي تلحق أحد المتعاقدين من جراء هذه العلاقة التعاقدية الباطلة هي مسؤولية تقصيرية وليست عقدية¹.

أما ثاني شرط لقيام المسؤولية العقدية للحامل تجاه البنك فهو الإخلال بأحد الالتزامات التي يرتبها عقد الانضمام في ذمة صاحب البطاقة، علماً وان هذه الالتزامات عديدة ومتنوعة إلا أن أهمها هو الالتزام بعدم مجاوزة السقف الائتماني، وإرجاعها للبنك في حالات معينة وكذا الالتزام بالمحافظة على البطاقة ورقمها السري.

فبالنسبة للالتزام الأول فإن عقد الانضمام يخول لحامل البطاقة استعمالها في حدود مبلغ مالي معين لا يمكنه تجاوزه و عادة ما يكون هذا المبلغ هو رصيد الحامل لدى البنك، فإذا ما تجاوز المبلغ المحدد وقام بتسديد مبالغ تفوق القيمة المُسَقَّفة بسوء نية، انعقدت مسؤوليته العقدية تجاه البنك و كان ملزماً بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء استعمال المبلغ الزائد عن السقف، إضافة إلى حق البنك في فسخ عقد الانضمام أو إلغاء البطاقة نتيجة الإخلال بهذا الالتزام الجوهري الذي أفقد الحامل للثقة المشروعة التي وضعها فيه البنك وقت إبرام العقد².

غير أنه و إعمالاً لمبدأ الحرية التعاقدية الذي يمنح الأطراف حرية التحكم في مضمون العقد من خلال تحديد آثاره التعاقدية و ذلك بوضع أي بند أو شرط يرتضيانه ما لم يكن مخالفاً للنظام العام و الآداب العامة، فإنه يمكنهما الاتفاق على أن يستعمل حامل البطاقة مبالغ مالية تتجاوز السقف الائتماني المتفق عليه، و هو الأمر الذي يجعل الحامل غير مسؤول عقدياً في مواجهة البنك

(1) حماد عثمان محمد أحمد الأمين، المرجع السابق، ص 61.

(2) مرشيشي عقيلة، بطاقات الائتمان في القانون الجزائي، أطروحة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 196.

عن تجاوزه لقيمة الرصيد الذي يملكه في الحساب وإنما تقوم مسؤوليته عن الإخلال بالتزام آخر وهو الالتزام برد المبلغ الزائد عن القيمة، الذي يمكن تكييفه بأنه عقد قرض و هو عقد ملزم لجانبين يلتزم بمقتضاه المقرض (حامل البطاقة) برد مبلغ القرض للمقرض (البنك).
أما ثاني التزام يتعهد به الحامل تجاه البنك فيتمثل في التزامه برد البطاقة وإرجاعها للجهة المُصدرة لها متى انقضى عقد الانضمام المبرم بينهما وأيا كان سبب الانقضاء، والذي لا يخرج في العادة عن انتهاء مدة العقد إذا كان محددًا بفترة زمنية معينة أو بناء على فسخ العقد المبرم بين الطرفين أو باستعمال الحامل لحقه في إنهاء العلاقة التعاقدية بسبب تعاقد مع مؤسسة مالية أخرى أو بناء على تدخل من البنك لاسترجاع البطاقة نتيجة استعمالها بطريقة غير شرعية من طرف الحامل¹.

ثانياً- المسؤولية العقدية لحامل البطاقة الالكترونية تجاه المورد الإلكتروني

منحت المادة 27 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية للمستهلك الإلكتروني حرية الاختيار بين الدفع الإلكتروني والدفع التقليدي متى كان العقد المبرم بينه وبين المورد الإلكتروني عقداً داخلياً أي أنه مبرم بين جزائريين، أما إذا كان عقد التجارة الإلكترونية يتسم بالطابع الدولي فإن المستهلك لا يملك إلا آلية الدفع الإلكتروني كوسيلة تبراؤها ذمته تجاه مورد الخدمة أو المنتج.
وعليه فإن مصدر التزام المستهلك الإلكتروني تجاه المورد هو العلاقة القانونية الناشئة بينهما بموجب عقد التجارة الإلكترونية الذي قد يكون بيعاً أو إيجاراً أو وديعة أو عارية أو غيرها من التصرفات القانونية ولو أن الغالب أنه عقد بيع ينصب على سلعة أو خدمة معينة، ومنه فإن طريقة الوفاء وأجالها وكيفية تسويق أو التأخير تخضع لاتفاق طرفي العقد كقاعدة عامة ما لم يوجد نص أمر يقضي بخلاف ذلك مثل إجبارية الدفع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية الدولية.

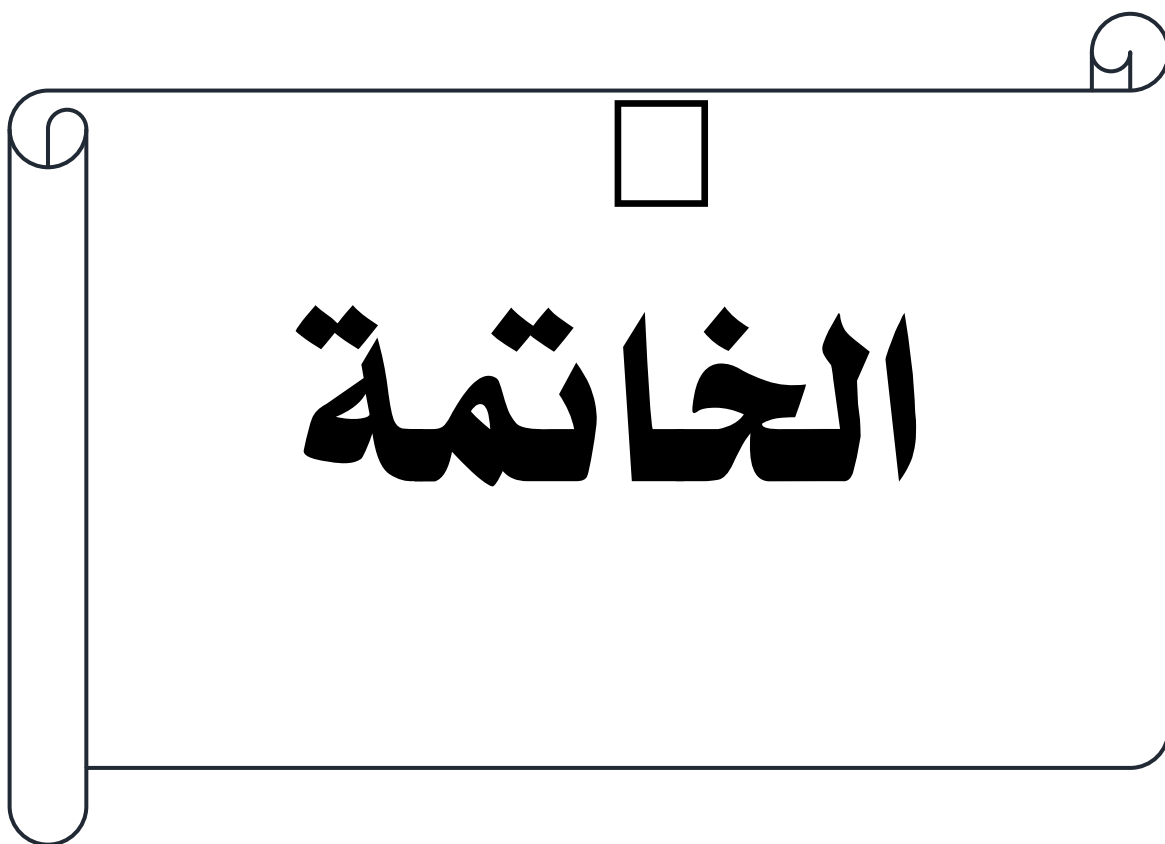
وبالتالي يعتبر حامل البطاقة الالكترونية مسؤولاً مسؤولية عقدية تجاه المورد الإلكتروني أو التاجر متى حل أجل استحقاق ثمن السلعة أو الخدمة ولم يتم الوفاء أو أنه تم بطريقة جزئية ما لم

(1) سعداني نورة، رجال بومدين، المسؤولية الجزائية عن الاستخدام غير المشروع لبطاقة الائتمان من قبل حاملها الشرعي، مجلة العلوم السياسية والقانونية، جامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 02، جانفي 2017، ص 501.

□ الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد

يتم الاتفاق على تقسيط الثمن، وذلك أيا كان سبب عدم الوفاء سواء كان امتناعا متعمدا أو بسبب عدم كفاية الرصيد.

أما في حالة قيام الحامل بكافة الإجراءات القانونية والتقنية اللازمة للوفاء بالثمن إلكترونيا ومع ذلك لم تتم العملية بسبب خطأ البنك أو المؤسسة المصرفية القائمة على عملية التحويل الإلكتروني للنقود فإن مسؤولية المستهلك الإلكتروني (حامل البطاقة) تنتفي لأن البنك يعتبر من الغير وخطأ الغير من أسباب قطع علاقة السببية بين الفعل والضرر، وفي هذه الحالة تقوم مسؤولية البنك التقصيرية تجاه التاجر أو المورد الإلكتروني نظرا لعدم وجود رابطة عقدية بينهما.



الخاتمة:

انطلاقاً من الانتشار الواسع لتكنولوجيات الإعلام والاتصال من خلال ربط مختلف أجهزة الإعلام الآلي من حواسيب مكتبية وحواسيب يدوية وهواتف خلوية، فقد أضحت التعامل الإلكتروني خير منافس بل خير بديل للتعامل التقليدي نظراً لجملة المزايا والخدمات التي توفرها الرقمنة والمعلوماتية، فالتاجر لم يعد مضطراً لقطع مسافات طويلة لاقتناء سلعه بل يكفيه الولوج إلى الموقع الإلكتروني للشركات ومؤسسات التصنيع التي يتعامل معها للحصول على طلبته، كما يمكنه استعمال ذات الآلية أي التعامل الرقمي عن بعد لتسديد فواتيره ومختلف الديون المستحقة في ذمته بل إن القانون أصبح يلزم الأشخاص في بعض الحالات بوجود اعتماد الدفع الإلكتروني.

غير أن المعلوماتية والتكنولوجيا الحديثة وبرغم ما جادت به على البشرية من خيارات مادية ومعنوية حققت رفاهية لم يكن يحلم بها الإنسان، إلا أنها وفي نفس الوقت استحدثت الكثير وخلقت الكثير من الأخطاء المعتبرة قانوناً والعديد من الأضرار المستوجبة للتعويض، حيث يكفي أن يكتب الشخص جملة قصيرة على صفحته الخاصة بأحد مواقع التواصل الاجتماعي لكي يلحق ضرراً مادياً ومعنوياً كبيراً بشخص آخر أو مؤسسة تجارية.

لذلك فقد طرح البحث الحالي في مقدمته إشكالية رئيسية حول مدى ملاءمة وكفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية في شقها التقصيري والتعاقدي على التصدي لمختلف الإشكاليات القانونية التي تثيرها المعاملات الرقمية في ظل غياب نصوص خاصة تنظمها.

وعليه فقد ارتكزت دراستنا على متغيرين أحدهما تقني يتمثل في البيئة الرقمية التي تمارس فيها التصرفات القانونية (العقود الإلكترونية) والأعمال المادية (الأفعال غير المشروعة)، والآخر قانوني متمثلاً في النصوص المنظمة لأحكام المسؤولية المدنية التقصيرية منها والعقدية التي تطبق على المعاملات الإلكترونية التي تثور بشأنها منازعات ترفع إلى الجهات القضائية.

وقد اهتدينا من خلال دراستنا لموضوع الرسالة إلى جملة من النتائج، أهمها:

نتائج الباب الأول

1. توصلنا إلى أن المشرع الجزائري ورغم التعديلات المتتالية التي أدخلها على القانون المدني عموماً وعلى موضوع المسؤولية المدنية خصوصاً، إلا أن المعاملات الالكترونية ورغم سعة انتشارها لم يكن لها حظ من هذه التعديلات سوى ما يتعلق بالاعتراف بحجية المحررات الالكترونية في المادة 127 وهو الأمر الذي يجعل القواعد الحالية للمسؤولية المدنية غير مُحَيَّنَة بطريقة تؤهلها للتصدي للمشكلات القانونية التي تثيرها المعاملات المذكورة.
2. إن القاعدة العامة في المسؤولية التقصيرية لا تخدم مصلحة الطرف المتضرر من المعاملات الالكترونية، لأنها تقوم على أساس قانوني لا يتلاءم وعالم المعلوماتية والمتمثل في الخطأ واجب الإثبات، أي أن الدائن هو الذي يقع عليه عبئ إثبات أن الفعل الالكتروني الضار يشكل خطأ وأن يتمكن من نسبته إلى مرتكبه إعمالاً للقاعدة العامة في الإثبات وهي أن البينة على من ادعى، وهو أمر جد صعب بالنظر للتعقيدات الفنية والتقنية التي تتسم بها المعاملات الالكترونية.
3. بالنظر لكون المعاملات الالكترونية تتم عن بعد فإن مستخدمي الانترنت غالباً ما يكونون مجهولين بالنسبة لبعضهم البعض، الأمر الذي يزيد من فرضية ارتكاب أفعال غير مشروعة من طرف قصر أو عديبي الأهلية، وهو ما ينفي عن الفعل صفة الخطأ لتخلف ركنه المعنوي المتمثل في الإدراك، ما من شأنه أن يتسبب في حرمان المضرور من حقه في رفع دعوى المسؤولية، خاصة وأن أغلب القوانين تعتمد الخطأ كأساس للمسؤولية التقصيرية.
4. إن اعتماد معيار موضوعي في تكييف الفعل على أنه خطأ لا يتلاءم مع خصوصية الكثير من الأخطاء التي تُرتكب في العالم الإلكتروني، لأن سرعة تطور التكنولوجيات الحديثة يجعل التحكم فيها أمراً صعباً خاصة بالنسبة للعوام مقارنة بالمتخصصين أو ذوي الخبرة، فهؤلاء قد يتمكنون من التملص من أحكام المسؤولية المدنية إذا لم ترق تصرفاتهم إلى درجة الانحراف عن سلوك الرجل العادي.
5. إذا كان الخطأ التقصيري الالكتروني يحمل وصفا جزائياً فإن مصلحة المضرور تقتضي لجوءه إلى القضاء الجنائي عن طريق ما يعرف بالدعوى المدنية التبعية، لكي يجنب نفسه عناء إثبات

عناصر المسؤولية، على اعتبار أن النيابة العامة هي التي تتولى إثبات الخطأ ونسبته إلى المتهم، أما الطريق المدني فيجعل عبئ الإثبات على عاتق الشخص المضروب، وهو أمر عسير كما أشرنا إليه في النتيجة الأولى.

6. بالنسبة لركن الضرر فإنه يصعب إثبات شرط المباشرة، أي أن الضرر كان نتيجة حتمية للخطأ الإلكتروني، وذلك بسبب كثرة المتدخلين في المعاملة الإلكترونية الواحدة، أما إثبات وجود الضرر وتقدير مداه فهي مسألة يسيرة نسبياً لأنها تتعلق بجوانب فنية، يختص بها خبراء في المعلوماتية.

7. توصلنا إلى أن القواعد العامة التي تقضي بالتعويض عن أي ضرر مهما كان حجمه (في حدود جدية المصلحة) لا تصلح بالنسبة للتعويض عن أضرار فيروسات الحاسب الآلي، لأن الأضرار البسيطة التي تتسبب فيها تلك الفيروسات أصبحت جد مألوفة في التعاملات الإلكترونية، ومن غير المنطقي أن تكون كلها محلاً للتعويض.

8. فيما يتعلق بمسؤولية وسطاء الانترنت عن المضامين غير المشروعة إنما هي مسؤولية استثنائية، لأن الأصل أنهم غير مسؤولين مدنياً عما ينشر عبر الانترنت بالنظر لكون دورهم فني بحت، غير أنه متى كان هناك ما يلزمهم بمثل هذه الرقابة قانوناً أو اتفاقاً فإنهم يُسألون بالتضامن عملاً بأحكام المادة 127 من القانون المدني الجزائري وهو ما يتماشى مع التوجهات الحديثة في المسؤولية الرامية إلى كفالة حق المضروب في استيفاء مبلغ التعويض الجابر للضرر أياً كان مصدره.

9. تعتبر القواعد الخاصة بالمسؤولية عن فعل الشيء كافية متى كانت العناصر المادية وحدها هي التي ألحقت الضرر، إذ لا فرق بين جهاز الاعلام الآلي كوحدة مادية وغيره من الاشياء المادية، أما إذا تدخلت الكيانات المنطقية في إحداث الضرر فإن قواعد المسؤولية عن فعل الشيء تصبح قاصرة وغير ملائمة، لأن الشيء محل الحراسة لا يحدث الضرر بصفة تلقائية بل بناء على توجهات صاحبه وهو ما يجعل من قواعد المسؤولية الشخصية هي الأنسب.

10. إن العمومية والسعة التي جاء بها نص المادة 138 من القانون المدني الجزائري حيث لم ينص على نوع معين من الاشياء التي ينبغي حراستها، يجعل من أحكام المادة المذكورة صالحة

وملائمة للتطبيق في مجال المعاملات الالكترونية، لأن لفظ " شيء " ورد بصيغة الإطلاق دون تمييز بين نوع وآخر.

11. إن تأسيس مسؤولية حارس الشيء على الخطأ المفترض يخدم مصلحة المتضرر من الشيء الإلكتروني، لأنه سيكون معفى من إثبات خطأ الحارس.

نتائج الباب الثاني

12. لم ينظم المشرع الجزائري مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني أو ما يعرف بالتفاوض الإلكتروني، الأمر الذي من شأنه تكييف المسؤولية بصدد التفاوض الإلكتروني بأنها مسؤولية تقصيرية، غير أن مرحلة التفاوض أصبحت تتم في شكل عقود مستقلة عن العقد المأمول إبرامه وهو ما يجعلها مسؤولية عقدية، لذلك لا يمكن الجزم بإعطاء تكييف معين للمسؤولية أثناء مرحلة التفاوض بالنظر لاختلاف طبيعة العلاقة بين أطراف التفاوض من عقد إلى آخر.

13. توصلنا إلى أن المعاملات الإلكترونية تركز على جوانب فنية بحتة، الأمر الذي غير من وسائل التعبير عن الإرادة حيث استُحدثت طرق جديدة للتعاقد جعلت من القواعد العامة التي تحكم التعاقد قاصرة عن توفير حماية فعالة للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية - المستهلك الإلكتروني- لكون أغلب العقود الالكترونية هي عقود استهلاك.

14. إن الأخطاء التي يرتكبها مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني ذات طبيعة مزدوجة فهي أخطاء عقدية تجاه صاحب التوقيع الإلكتروني لأنها تمثل إخلالا بالتزام تعاقدية مصدره عقد الخدمة المبرم بينهما، وهي في ذات الوقت أخطاء تقصيرية تجاه الغير الذي عول على التوقيع الإلكتروني نتيجة انعدام الرابطة العقدية بينه وبين مؤدي الخدمة.

15. إن تكييف مسؤولية مؤدي خدمات التصديق تجاه المُعَوَّل على التوقيع الإلكتروني بأنها مسؤولية تقصيرية، من شأنه الحيلولة دون حصول المُعَوَّل على حقه في التعويض، نتيجة الصعوبة البالغة إن لم نقل استحالة إثبات خطأ هيئة التصديق الإلكتروني المتمثل في عدم بذلها العناية اللازمة للتأكد من صحة البيانات التي تضمنتها شهادة التصديق الإلكتروني.

16. إن نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري الذي اعتبر تخلف صفة من الصفات المتفق عليها بمثابة عيب خفي لا يخدم المشتري (المستهلك) في العقود الالكترونية، لأن مصلحته في

- التمسك بإخلال البائع (المُورِد) بالالتزام بالتسليم المطابق باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة، وإثبات الإخلال بالتسليم المطابق أسهل وأيسر من إثبات العيب الخفي.
17. إن التزام المُورِد الإلكتروني بالتسليم المطابق للسلعة أو الخدمة من حيث الصفات أو الكمية أو الوظيفة لمحل العقد الإلكتروني يعتبر التزاما بتحقيق نتيجة مشددة، يُسأل من خلاله المُورِد عن النقص اليسير في مقدار أو صلاحية محل العقد، إذ لا يمكنه نفي مسؤوليته بإثبات حسن النية أو أنه بذل العناية اللازمة لتحقيق النتيجة المتفق عليها.
18. توصلنا إلى أن جوهر عملية التمييز بين المطابقة الوصفية لمحل الالتزام التي يترتب عليها مسؤولية البائع عن الإخلال بالتسليم، وبين المطابقة الوظيفية التي تُرتب المسؤولية عن الإخلال بضمان العيوب الخفية هو مدى اعتبار الصفة أصلية في المبيع أو أنها صفة عارضة، ففي الحالة الأولى يكون التزام البائع تجاه المشتري بضمان العيوب الخفية، أما الحالة الثانية فتتعلق باشتراطات عقدية تُقيم مسؤوليته على أساس الإخلال بالالتزام بالتسليم.
19. عدم صلاحية المادة 380 من القانون المدني الجزائري للتطبيق على عقود الخدمات الإلكترونية (مثل عقد بيع البرامج الحاسوبية) نظرا لتعذر قيام المشتري بعملية فحص المبيع.
20. توصلنا إلى أن تكييف عقود التجارة الإلكترونية بأنها عقود استهلاك، دفع المشرع إلى توفير حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني بطريقة خالف فيها جوهر القواعد العامة (مثل مبدأ القوة الملزمة للعقد)، حينما أجاز للمستهلك العدول عن التعاقد بإرادته المفردة، مما جعل القواعد المتعلقة بضمان العيوب الخفية غير مجدية ولا تحقق أي منفعة للمشتري الذي وجد في القواعد الخاصة حماية أفضل.
21. إن القواعد العامة في ضمان التعرض الشخصي توفر حماية مقبولة للمشتري في عقد البيع الإلكتروني، نظرا لكون الالتزام أبدي وغير قابل للتجزئة ولكون التعويض يشمل الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة.
22. توصلنا كذلك إلى أن نظام الدفع الإلكتروني ورغم عدم تطبيقه على كافة عقود التجارة الإلكترونية، إلا أنه يعتبر آلية فعالة للوفاء بالديون نظرا لسهولة إثبات عناصر المسؤولية العقدية للحامل عن كل امتناع أو تقاعس في تسديد المبالغ المستحقة في ذمته.

□ التوصيات:

استنادا إلى ما توصلنا إليه من نتائج يمكن أن أتقدم بالتوصيات التالية:

1. مساهمة للتوجهات الحديثة التي تستهدف جبر الضرر بغض النظر عن وجود الخطأ، فإنني أرجو من المشرع الجزائري التقليل من مجال المسؤولية الخَطئية-المبنية على أساس خطأ واجب الإثبات - ، وهو أساس يكرس الوظيفة الأخلاقية للمسؤولية المدنية، في مقابل التوسع في الأخذ بالمسؤولية الموضوعية القائمة على إعفاء الدائن من إثبات خطأ المدين وهو ما يتناسب مع الوظيفة التعويضية لقواعد المسؤولية المدنية.
2. أوصي المشرع الجزائري في الحالات التي يُبقي فيها على الخطأ واجب الإثبات كأساس للمسؤولية التقصيرية في المعاملات الإلكترونية، أن يُخَفِّفَ من اعتماد المعيار الموضوعي (معيار الرجل العادي) لمصلحة المعيار الشخصي الذي يأخذ بعين الاعتبار ذاتية مرتكب الفعل الضار وظروفه الخاصة.
3. أوصي المشرع الجزائري بتعديل نص المادة 125 من القانون المدني الجزائري بإقرار مسؤولية عديم التمييز ولو بطريقة مخففة عن الأفعال الضارة، التي يرتكبها في البيئة الرقمية تحقيقا للأمن القانوني عن طريق تكريس استقرار المعاملات.
4. أوصي المشرع باستحداث نص قانوني خاص أو تحيين النصوص العامة، بإضافة شرط أن يكون الضرر فادحا أو جسيما، لأحقية التعويض عنه في حالة ما إذا كان مصدر الضرر هو فيروس من فيروسات الحاسب الآلي.
5. إدخال استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد الوارد بنص المادة 106 من القانون المدني الجزائري، يُجيز بمقتضاه للمتعاقد حق الرجوع عن العقد في حالة عدم تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه الرئيسي، انسجاما مع القوانين الخاصة (قانون التجارة الإلكترونية) وبعض التشريعات المقارنة.

6. أوصي المشرع بتنظيم مرحلة المفاوضات في العقود الالكترونية بطريقة واضحة، من خلال سن نصوص قانونية تضبط التزامات وحقوق الأطراف وتحدد مسؤولياتهم عن كل إخلال بتلك الالتزامات.
7. يُستحسن تعديل القانون 04-15 أو إصدار نص تنظيمي يضع ضوابط أو معالم، يمكن بمقتضاها مراقبة التزام مؤدي خدمة التصديق الالكتروني بالتأكد من صحة البيانات.
8. أوصي على المشرع الجزائري بالتشديد في مسؤولية مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني، بالنص صراحة على أن التزاماته تجاه صاحب شهادة التوقيع الإلكتروني هي التزامات بتحقيق نتيجة أو ببذل عناية مشددة.
9. أوصي المشرع بضرورة إلزام التجار الالكترونيين (المُوردين) بضرورة التأمين على المسؤولية المدنية، لأن ذلك سيوفر الحماية لكل من المستهلك الإلكتروني من خلال ضمان حصوله على مبلغ التعويض مهما كان مرتفعا، وفي نفس الوقت تجنب المُورِد خطر الإفلاس نظرا لكثرة الدعاوى التي يمكن أن تُرفع ضده.
10. أوصي المشرع الجزائري بتعديل أحكام المادة 377 من القانون المدني، وذلك بجعل الاتفاق على تعديل أحكام الضمان باطلا وعديم الأثر أسوة ببعض التشريعات المقارنة.
11. أوصي المشرع الجزائري بتعديل نص المادة 27 من القانون 18 – 05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وذلك بجعل الدفع الإلكتروني إلزاميا في كافة عقود التجارة الإلكترونية بما في ذلك المبرمة بين الجزائريين فيما بينهم.

قائمة المصادر والمراجع □



أولا/ قائمة المصادر والمراجع باللغة العربية:

أ- قائمة المصادر:

❖ الاتفاقيات الدولية:

1. اتفاقية الويبو المنشئة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) في استوكهولم في 14 يوليو 1967 ودخلت حيز التنفيذ سنة 1970 و عدلت سنة 1979.
2. قانون اليونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية المعتمد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة في دورتها 34 بتاريخ 05 جويلية 2001.
3. اتفاقية فيينا المؤرخة للبيع الدولي للبضائع، المؤرخة يوم 11 أبريل 1980.

❖ النصوص التشريعية:

1. الأمر 66-155 المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، العدد 48.
2. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 11 جوان 1966، العدد 49.
3. الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، عدد 78.
4. الأمر 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، عدد 78.
5. القانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية العدد 24، 1984.
6. القانون 2000 – 03 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية واللاسلكية، الصادر بالجريدة الرسمية المؤرخة في 06 غشت 2000، العدد 48.

7. الأمر رقم 07-03 المؤرخ في 19 جولية 2003 المتعلق ببراءات الاختراع، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 23 جولية 2003، العدد 44.
8. القانون 03-09 المؤرخ في 25 فيفري 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08 مارس 2009، العدد 15.
9. القانون 04-09 المؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 16 غشت 2009، العدد 47.
10. القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 10 ماي 2009، العدد 28.

❖ النصوص التنظيمية:

1. المرسوم التنفيذي 162-07 المؤرخ في 30 ماي 2007 المتعلق بأنواع الشبكات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 37.
2. مرسوم تنفيذي رقم 13-327 مؤرخ 26 سبتمبر 2013 يحدد شروط وكيفيات وضع ضمان السلع والخدمات حيز التنفيذ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 12 أكتوبر 2013، العدد 49.

ب- قائمة المراجع:

1. أيمن أحمد الدلوع، المسؤولية المدنية عن الأشياء الخطرة وتطبيقها على شبكات الهاتف المحمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2016.
2. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام -مصادر الالتزام-، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.
3. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني -دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي-، الطبعة الرابعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

4. أنور سلطان، العقود المسماة، شرح عقد البيع والمقايضة، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2005.
5. خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، 2018.
6. أحمد سيد أحمد السيد، رشا السعيد عبد السلام، إبرام العقد الإلكتروني في مرحلة تكوين العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2018.
7. أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
8. أمانج محمد رحم، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.
9. أودين سلوم الحايك، مسؤولية مزودي خدمات الانترنت التقنية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2009.
10. باسم محمد فاضل، التعويض عن إساءة استعمال التوقيع الإلكتروني (ماهية التوقيع الإلكتروني- قدرته على إثبات التصرفات القانونية (الحجية)- المسؤولية المدنية للموقع الإلكتروني- التعويض عن إساءة استعماله) دراسة مقارنة في ضوء القانون المصري وقانون الاونيسترال والقوانين العربية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2018.
11. بربارة عبد الرحمان، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية (قانون رقم 08-09 مؤرخ في 23 فيفيري 2008)، الطبعة الثانية، منشورات بغدادي، الرويبة، الجزائر، 2009.
12. حسين عامر، عبد الرحيم عامر، المسؤولية المدنية التقصيرية والعقدية، الطبعة الثانية، دار المعارف، القاهرة، مصر، 1979.
13. خالد بن سليمان الغنبر، محمد بن عبد الله القحطاني، أمن المعلومات بلغة ميسرة، الطبعة الأولى، مركز التمييز لأمن المعلومات، جامعة الملك سعود، 2009.
14. خالد ممدوح إبراهيم، الجرائم المعلوماتية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، القاهرة، 2009.

15. خليل أحمد حسن قعادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010.
16. رشيدة بوكور، الحماية الجزائرية للتعاملات الالكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية اللبنانية، بيروت، لبنان، 2020.
17. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1998.
18. سعيد السيد قنديل، المسؤولية العقدية في مجال المعلوماتية (الإشكالية الخاصة بضمان العيب الخفي وضمان عدم المطابقة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2014.
19. سليمان مرقص المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، القاهرة، مصر، 1958.
20. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
21. شحاتة غريب شرقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
22. صاحب عبيد الفتلاوي، ضمان العيوب وتخلف المواصفات في عقود البيع، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 1997.
23. صالح أحمد محمد اللهيبي، المباشر والمتسبب في المسؤولية التقصيرية -دراسة مقارنة-، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2004.
24. صفاء فتوح جمعة، العقد الإداري الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، مصر، 2014.
25. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
26. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والإنترنت -دراسة مقارنة-، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.

27. عباس العبودي، التعاقد عبر طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني – دراسة مقارنة –، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.
28. عبد الرحمن الشرقاوي، القانون المدني دراسة حديثة النظرية العامة للالتزام على ضوء تأثرها بالمفاهيم الجديدة للقانون الاقتصادي الكتاب الأول مصادر الالتزام الجزء الثاني الواقعة القانونية المسؤولية التقصيرية الإثراء بلا سبب، الطبعة الثالثة، مطبعة المعارف الجديدة الرباط المغرب، 2018.
29. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المجلد الأول والمجلد الثاني، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
30. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الرابع، العقود التي تقع على الملكية البيع والمقايضة، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009.
31. عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2005.
32. عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.
33. العدوي جلال علي، مصادر الالتزام دراسة مقارنة بين القانونين المصري واللبناني، الدار الجامعية، مصر، 1994.
34. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.
35. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطوير العقد-دراسة مقارنة في ضوء قوانين التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية العربية والقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 والقانون النموذجي بشأن التوقيعات

- الإلكترونية لعام 2001 والقانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية لعام 2009-، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.
36. عفيفي كامل عفيف، جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية، دراسة مقارنة، الإسكندرية، مصر، 1998.
37. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة السابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.
38. علي فيلاي، الالتزامات، العمل المستحق للتعويض، موفم للنشر، الجزائر، 2002.
39. علي كحلون، التعليق على مجلة الالتزامات والعقود منقحة ومعدلة حسب القوانين الجاري بها العمل، الكتاب الأول فيما تعمر به الذمة، الطبعة الأولى، مجمع الأطرش لنشر وتوزيع الكتاب المختص، تونس، 2018.
40. علي كحلون، المسؤولية المعلوماتية، محاولة لضبط مميزات المتدخلين في إطار التطبيقات المعلوماتية وخدماتها، مركز النشر الجامعي تونس، 2005.
41. عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008.
42. القاضي طلال عجاج، مسؤولية المتبوع عن أعمال التابع في القانون المدني اللبناني والأردني -دراسة مقارنة-، المؤسسة الحديثة للكتاب طرابلس، لبنان، 2003.
43. محسن أحمد الخضيرى، مبادئ التفاوض، الطبعة الأولى، مجموعة النيل العربية، القاهرة، مصر، 2003.
44. محمد أحمد عابدين، التعويض بين الضرر المادي والأدبي الموروث، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1995.
45. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003.
46. محمد شتا أبو سعد، التعويض القضائي والشرط الجزائي والفوائد القانونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.

47. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، عقد البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
48. محمد عبد الرزاق محمد عباس، النظام القانوني لعقد الاشتراك في خدمة الأنترنت، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2016.
49. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد دراسة فقهية قضائية في العلاقة المتبادلة بين نوعي المسؤولية، دون دار نشر، 2004.
50. محمد محمد شتا، فكرة الحماية الجزائية لبرامج الحاسوب الآلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001.
51. محمود عبد الرحمان محمد، النظرية العامة للالتزامات - الجزء الأول مصادر الالتزام -، مركز جامعة القاهرة للتعليم المفتوح، مصر، 2007.
52. منير وممدوح الجنبيري، جرائم الإنترنت والحاسب الآلي ووسائل مكافحتها، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر 2004.
53. نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
54. هشام إبراهيم توفيق، التعويض الاتفاقي الشرط الجزائي - دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، 2011.
55. يوسف محمد عبيدات، مصادر الالتزام في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، الأردن، 2009.
56. خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، أحكام عقد العمل عن بعد دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، السعودية، 2014.
57. سامي الجري، شروط المسؤولية المدنية في القانون التونسي والمقارن، الطبعة الأولى، مطبعة التشفير الفني، صفاقس، تونس، 2011.

ج- الرسائل والمذكرات:

- رسائل الدكتوراه

1. أحمد بوكرزازة، المسؤولية المدنية للقاصر -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة1، 2015.
2. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015.
3. حسن البنا عبد الله عياد، المسؤولية المدنية والجنائية لمقدمي بعض خدمات الانترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2015.
4. خاليدة بن بعلاش، الإطار القانوني والتنظيمي للحماية من أضرار المنتجات الاستهلاكية، أطروحة دكتوراه، تخصص القانون الاقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، 2018.
5. زواوية لعروي، العقد الالكتروني و المسؤولية المدنية الناتجة عنه (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، 2018.
6. سمير حسني المصري، المسؤولية التقصيرية الناشئة عن استخدام الأنترنت دراسة مقارنة بالقانون الأنجلو أمريكي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2016.
7. عائشة قصار الليل، حجية المحرر والتوقيع الالكتروني في الإثبات - دراسة تحليلية مقارنة -، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة 1، 2017.

8. عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.
9. عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروسات الحاسب، أطروحة دكتوراه في القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1994.
10. فاطمة الزهرة عكو، المسؤولية المدنية لمقدمي الخدمة الوسيطة في الأنترنت، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.
11. يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012.

- مذكرات الماجستير:

1. إيمان بوزيدي، ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني، مذكرة ماجستير، تخصص قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2016.
2. باسل محمد يوسف قهما، التعويض عن الضرر الأدبي-دراسة مقارنة-، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة نابلس، فلسطين، 2009.
3. حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، معهد الحقوق، المركز الجامعي العقيد آكلي محند الحاج البويرة، 2012.
4. سليمة سكر، عقد البيع عبر الانترنت ومدى حجية الإثبات الالكتروني، مذكرة ماجستير، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2011.
5. سمير دحماني، التوثيق في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير، تخصص القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2014.

6. علي نايت أعمار، الملكية الفكرية في إطار التجارة الالكترونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.
7. ناصر متعب بنيه الخرينج، الاتفاق على الإعفاء من التعويض في القانون المدني الكويتي-دراسة مقارنة مع القانون الأردني، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2010.
8. نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2012.
9. وقاص عبد الخالق فليح المعيني، التزام البائع بالضمان في بيع البرامج الالكترونية، دراسة مقارنة، بحث لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة الجزيرة، قطر، 2018.
10. يمينة بوزبوجة، المسؤولية المدنية الناجمة عن المعاملات الالكترونية، مذكرة ماجستير، تخصص القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2012.

د المقالات العلمية:

1. أحمد عبد الكريم أبو شنب، تطبيق أحكام المباشرة والتسبب عن الإضرار الناجم عن فيروسات الحاسب الآلي دراس فقهيّة مقارنة بالقانون المدني الأردني، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد السابع، العدد 1-ب، 2011.
2. أحمد قاسم فرح، النظام القانوني لمقدمي خدمات الأنترنت – دراسة تحليلية مقارنة -، مجلة المنارة، المجلد 13، العدد 9، سنة 2007.
3. أروى تقوى، المسؤولية المدنية للمواقع الالكترونية الإعلامية، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 30، العدد الأول، كلية الحقوق، جامعة دمشق، 2014.

4. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، ورقة بحثية للمشاركة في مؤتمر القانون والكمبيوتر المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بالجامعة، من 1 إلى 3 ماي 2000، طبعة 2003.
5. أقدس صفاء الدين رشيد البياتي، إعفاء مزود خدمة التصديق الإلكتروني من المسؤولية المدنية (دراسة مقارنة)، مقال منشور بمجلة الحقوق، كلية القانون، جامعة المستنصرية، العراق، المجلد 5، العدد 20.
6. آلاء يعقوب النعيمي، التصديق على التوقيع الرقمي: مفهومه والعلاقات القانونية الناشئة عنه، مقال منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الأول، 2011.
7. إلياس بن ساسي، التعاقد الإلكتروني والمسائل القانونية المتعلقة به، مجلة الباحث، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، العدد 2، 2003.
8. أمينة كوسام، خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة الحاج لخضر 1، العدد 6، جوان 2015.
9. إيناس مكي عبد نصار، التفاوض الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة، مجلة العلوم الإنسانية جامعة بابل، العدد 3، المجلد 21، 2013.
10. إيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، المجلد 1، العدد 2، العراق، 2009.
11. بوبكر قارس، الالتزام المسبق بالإعلام كآلية لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 11، مارس 2018.
12. حسين عدو، الحماية المدنية لرضا المستهلك في التعاقد الإلكتروني – دراسة في قانون التجارة الإلكترونية الجزائري -، مجلة القانون، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد زبانة، غليزان، المجلد 07، العدد 01، 2018.

13. حمد علي سالم، حسون عبيد هجيج، الجريمة المعلوماتية، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 2، سنة 2007.
14. حمودي ناصر، الحماية الجنائية لنظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريع الجزائري، المجلة الأكاديمية للباحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، المجلد 14، العدد 2 لسنة 2016.
15. حنان إسويكت، المسؤولية القانونية لمقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، المركز المغربي للدراسات والاستشارات القانونية وحل المنازعات، العدد 4، ديسمبر 2014.
16. رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 10، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، جوان 2013.
17. رضوان قرواش، هيئات التصديق الالكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين (المفهوم و الالتزامات)، مجلة الآداب و العلوم الاجتماعية، جامعة محمد لمين دباغين سطيف 2، العدد 24، جوان.
18. زهيرة عبوب، طبيعة التعويض عن الضرر المعنوي، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، ديسمبر 2016.
19. زيد حمزة مقدم، النظام القانوني للتوثيق الالكتروني (دراسة مقارنة)، مجلة الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية كلية الشريعة والقانون جامعة افريقيا العالمية السودان، السنة الثانية عشر، العدد 24.
20. سامح عبد الواحد التهامي، الحماية القانونية للبيانات الشخصية " دراسة في القانون الفرنسي " (القسم الثاني)، مقال منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 4، سنة 2011.
21. سوزان عدنان الأستاذ، انتهاك حرمة الحياة الخاصة عبر الأنترنت-دراسة مقارنة-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثالث، 2013.

22. عادل بوزيدة، المسؤولية الجزائية لمتعهد إيواء المواقع الالكترونية عن المحتوى المعلوماتي المجرم، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، العدد 11، سبتمبر 2016.
23. عبد المجيد بوكير، ضوابط المحررات الالكترونية الصادرة عن الموثق العصري، مجلة الملف، المغرب، العدد 16.
24. عبد المهدي كاظم ناصر، المسؤولية المدنية لوسطاء الأنترنت، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، الكويت، العدد 2، المجلد 2، 2009.
25. فكري حلمي البنا، أحوال انعقاد المسؤولية المدنية عند استخدام التوقيع الالكتروني (دراسة تحليلية)، مجلة الاقتصاد، مصر، العدد 657، نوفمبر 2014.
26. القرة داغي، عارف علي عارف، الحماية القانونية للتوقيع الالكتروني دراسة فقهية مقارنة، مجلة جامعة المدينة العالمية (مجمع)، العدد 9، سنة 2014.
27. كريم كريمة، المعلومة والمسؤولية الناشئة عنها، مجلة دراسات قانونية، مركز البصيرة للبحوث والاستشارات والخدمات التعليمية، العدد 23، سبتمبر 2016.
28. محمد سعيد أحمد إسماعيل، فاروق أبو الشامات، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد -دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا-، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 29، العدد الثاني، 2013.
29. محمد شتا أبو سعد، نحو إطار تشريعي لحماية المعلومات والمعلوماتية في إطار منظومة تكنولوجيا التعليم في ظل العولمة والانفتاح، مقال منشور بمجلة الجمعية المصرية لتكنولوجيا التعليم، مجلد 3، كتاب 4، 2000.
30. محمد واصل، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب -المصنفات الالكترونية-، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد 3، 2011.
31. مصطفى هنشور وسيمة، النظام القانوني لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني في التشريع الجزائري، مجلة القانون الدولي والتنمية، مخبر القانون الدولي للتنمية المستدامة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد ابن باديس مستغانم، العدد 2، 2017.

32. منية نشناش، تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية، مجلة أبحاث قانونية وسياسية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي جيجل، العدد 6، جوان 2018.
33. نائل علي المساعدة، الضرر في الفعل الضار وفقا للقانون الأردني-دراسة مقارنة-، مجلة المنارة، المجلد 12، العدد 3، 2006.
34. نائل علي المساعدة، أركان الفعل الضار الإلكتروني في القانون الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 1، سنة 2005.
35. نذير قورية، الطبيعة القانونية لعقد التصديق على التوقيع الإلكتروني، مقال منشور في مجلة دراسات لجامعة عمار ثليجي، الأغواط، العدد 62، جانفي 2018.
36. نزهة غزالي، تأمين وسائل الدفع الإلكترونية بآلية التصديق الإلكتروني في القانون الجزائري، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، العدد الثالث 2017.
37. نواف حازم خالد، خليل إبراهيم محمد، الصحافة الإلكترونية ماهيتها والمسؤولية التقصيرية الناشئة عن نشاطها، مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العدد 46، أبريل 2011.
38. نواف عواد بني عطية، مسؤولية متعهد الإيواء على الانترنت -في التشريع والقضاء-، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد 9، العدد 4، 2017.
39. وعود كاتب الانباري، المفاوضات العقدية عبر الانترنت، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، المجلد 1، العدد 2، العراق، 2009.
40. وعود كاتب عبد عباس، أحكام الايجاب الإلكتروني، مجلة رسالة الحقوق، جامعة كربلاء، عدد خاص، العراق، 2012.
41. يزيد أنيس نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد الرابع، السنة السابعة والعشرون، ديسمبر 2003.
42. يوسف زروق، الإطار القانوني لشهادة التصديق الإلكتروني، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، العدد 21، 2015.

د أعمال المنتقيات والمؤتمرات:

1. عادل محمود شرف، عبد الله إسماعيل عبد الله، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنت، مقدم للمشاركة في أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 3 ماي 2000، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة.
2. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الالكترونية-دراسة فقهية تطبيقية مقارنة-، ورقة بحثية مقدمة للمشاركة في مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون المنظم من طرف دولة الإمارات العربية المتحدة يومي 10 و11 ماي.
3. كامران الصالحي، الطبيعة القانونية لمسؤولية مزود الخدمات في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم (1) لسنة 2006، بحث مقدم للمشاركة في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية-الحكومة الالكترونية) المنظم من طرف مركز الدراسات والبحوث الاستراتيجية في دبي، المجلد الثاني، من 19 إلى 20 ماي 2009.
4. ممدوح عبد الحميد عبد اللطيف، جرائم استخدام شبكة المعلومات العالمية، بحث مقدم للمشاركة في أعمال مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، من 1 إلى 3 ماي 2000، المجلد الأول.
5. نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني، بحث مقدم للمشاركة في مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية – الحكومة الالكترونية)، المنظم من طرف كلية القانون جامعة الإمارات بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية، يومي 19 و20 ماي 2009.
6. يغلى مريم، التزام المورد الالكتروني بالتسليم المطابق، ورقة بحثية مقدمة للمشاركة في الملتقى الوطني حول الإطار القانوني للممارسة التجارية الالكترونية في ضوء القانون 05-18 المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة 8 ماي 1945 قالمة يوم 8 أكتوبر 2019.

و- الأحكام والقرارات القضائية:

1. قرار رقم 24500 مؤرخ في 1981/12/10، مجلة المحكمة العليا، عدد 1981.
2. قرار رقم 468448 مؤرخ في 2009/04/01، غرفة الجناح والمخالفات، مجلة المحكمة العليا، العدد الأول.

ثانيا: قائمة المراجع باللغة الفرنسية

A. Les Codes et les Lois

Liste des lois françaises :

1. Loi n° 2004/575 du 21 juin 2004 sur la Confiance dans l'économie numérique, J.O, 22 juin 2004.
2. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016
3. règlement général sur la protection des données du 25/05/2016 qui est entré en vigueur effectivement le 25/05/2018.

Liste des Directives Européennes :

1. Directive 97/7/ ce du parlement européen et du conseil du 20 mai 1997, concerne ante la protection des consommateurs en matière des contrats à distance. J. O. C. E. 4 juin 1997.
2. Directive 1999/23/ce. Du parlement européenne du conseil du 13/12/1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, J . O. C. E. 13 du 19 Janvier 2000.
3. Directive n° 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", JOCE, n° L 178,17 juillet 2000.

B. Ouvrages

1. A. Vilard, droit civil algérien la responsabilité civile délictuelle, O.P.U.
2. Christian LARROUMET, Droit civil, Les obligations, Le contrat, Tome 3, 6ème éd, Economica , Paris, France, 2007.

3. Emanuel TRICOIRE, la responsabilité du fait des choses immatérielles, Dalloz, France, 2008.
4. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil les obligations, 11ème éd, tome 1, Dalloz, France, 2013.
5. G.Viney, P. Jourdain, G. Jacques, Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité, L.G.D.J, 4ème éd, 2013.
6. Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT, Eric SAVAUX, DROIT CIVIL Les Obligations 2, - Le fait juridique- ,12ème édition, Dalloz, paris, france, 2007.
7. M. Christophe DUPONT, La négociation conduite, théorie et application, Dalloz gestion : hommes de entreprises 3 ème éd, Dalloz, paris, France, 1990.
8. M.Fabre, droit des obligations. Contrat et engagement unilatéral, 3ème éd, P.U.F, Paris, France, 2012.
9. Michèle-Laure RASSAT, la responsabilité civile, presse universitaire de France, 1973.
10. Mireille Bacache-Gibeili, Droit Civil les obligations la responsabilité civile extracontractuelle, Tome 5, 1ère édition , ECONOMICA, Paris, 2007.
11. P.Malaurie, L.Aynès, P.Stoffel-Munck, Droit civil. Les obligations, 6ème èd, L.G.D.J, Paris, france, 2013.
12. Patrice (jourdain), Les principes de la responsabilité civile ,5ème éd, Dalloz, Paris, France, 2000.
13. Vivant Michel, Les contractas de commerce électronique, Litec, Paris, France, 1999.

C. Theses:

1. ALQUADAH Maen, L'exécution de contrat de vente international de marchandises (étude comparative du droit français et droit jordanien), Thèse de doctorat en droit privé, faculté de droit et des sciences économiques, université de REIMS CHAMPAGNE ARDENNE, 2007.

2. Radu STANCU, L'évolution de la responsabilité civile dans la phase précontractuelle (comparaison entre le droit civil français et le droit civil roumain a la lumière du droit européen), Thèse de doctorat en droit privé , soutenue à l'université de Strasbourg, 2015
3. Yousef SHANDI, la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse de doctorat en droit privé, faculté de droit et des sciences politiques et de gestion, université Robert SHUMAN Strasbourg, 2005.

D. Articles:

1. DAHDOUH Habib, L'évolution de la responsabilité de la chose inanimée en droit tunisien ou l'article 96 du coc à la croisée des chemins, revue des études juridiques, faculté de droit, université de Sfax, n0 8, 2001.
1. Marc-Antoine LEDIEU, obligation de moyens ou obligation de résultat ?, article disponible sur le site www.ledieu-avocats.fr/. Site consulté le : 15 mars 2020.
2. Eric CAPRIOLI, le juge et la preuve électronique. Article disponible sur le site: www.caprioli-avocats.com. Site onsulté Le: 20/12/2018
3. Didier GOBERT, Cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification : Analyse de la loi du 9 juillet 2001, publiée in la preuve, C.U.P,Vol 54,Mars 2002.
4. FARES Wafàa, Signature électronique : sécurité des données, revue du droit marocain, N0 7, 2009.
5. CARIOLI (E.A), « La loi française sur la signature électronique dans la perspective européenne », J.C.P.G, N0 18, 03 Mai 2000.

E. La Jurisprudence

2. Cass. Civ, 1ère .13avr.1988.Bull.civ.III.N°67.
3. Cass, com, 6 mars 1990, Bull, IV, n° 75.
4. Cass civ.2e, 20 juin 1990, B2 no 142.
5. Cass.soc, 4 décembre 2002, bull civ, V n0 386, RDC 2003

F. Sites web :

1. WWW.ALMUALEM.NET/MAGA/HASIB.HTML.
2. www.ledieu-avocats.fr/.
3. <https://aurelienbamde.com/2017/01/11/lobligation-precontractuelle-dinformation-art-1112-1-c-civ/>

الفهرس

الفهرس

مقدمة	Erreur ! Signet non défini.
الباب الأول: المسؤولية التقصيرية في مجال المعاملات الإلكترونية	9
الفصل الأول: المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي في مجال المعاملات الإلكترونية	12
المبحث الأول: الخطأ التقصيري الإلكتروني	13
المطلب الأول: ماهية الخطأ التقصيري الإلكتروني	14
الفرع الأول: مفهوم الخطأ التقصيري الإلكتروني	15
الفرع الثاني: عناصر الخطأ الإلكتروني	19
المطلب الثاني: أنواع الخطأ التقصيري الإلكتروني	25
الفرع الأول: الجرائم الإلكترونية	26
الفرع الثاني: الأخطاء الإلكترونية ذات الطبيعة المدنية المحضة	30
المبحث الثاني: الضرر الإلكتروني والعلاقة السببية	35
المطلب الأول: الضرر في إطار المعاملات الإلكترونية	36
الفرع الأول: مفهوم الضرر الإلكتروني	37
الفرع الثاني: شروط الضرر الإلكتروني المستحق للتعويض:	45
المطلب الثاني: علاقة السببية بين الخطأ والضرر الإلكترونيين	53
الفرع الأول: إثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر الإلكترونيين	54
الفرع الثاني: نفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر الإلكترونيين	57
الفصل الثاني: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية عن فعل الغير والأشياء غير الحية... ..	66
المبحث الأول: المسؤولية التقصيرية الإلكترونية للمتبع عن أعمال تابعه	67
المطلب الأول: أحكام مسؤولية المتبع في المعاملات الإلكترونية	68
الفرع الأول: شروط قيام مسؤولية المتبع في إطار المعاملات الإلكترونية	68
الفرع الثاني: الأساس القانوني لمسؤولية المتبع وإمكانية رجوعه على التابع	75
المطلب الثاني: المسؤولية التقصيرية لوسطاء الانترنت	78

79.....	الفرع الأول: مفهوم وسطاء الأنترنت
84.....	الفرع الثاني : ملامح مسؤولية وسطاء الانترنت
92	المبحث الثاني: المسؤولية التقصيرية الالكترونية عن فعل الشيء
93.....	المطلب الأول: الأركان الخاصة للمسؤولية التقصيرية عن فعل الأشياء الالكترونية
96.....	الفرع الأول: ركن حراسة الشيء
105	الفرع الثاني: ركن تسبب الشيء في إحداث الضرر
109	المطلب الثاني: المسؤولية عن المعلومات المتداولة الكترونيا
109	الفرع الأول: مفهوم المعلومة المتداول الكترونيا
الفرع الثاني: مدى خضوع المعلومة المتداولة الكترونيا لقواعد المسؤولية عن حراسة الأشياء	112
117	الباب الثاني: المسؤولية العقدية في مجال المعاملات الإلكترونية
120	الفصل الأول: المسؤولية العقدية خلال مرحلتي تكوين وإبرام العقد الالكتروني
121	المبحث الأول: المسؤولية خلال مرحلة التفاوض الالكتروني
122	المطلب الأول: ماهية مرحلة التفاوض الالكتروني
124	الفرع الأول: مفهوم التفاوض الالكتروني
129	الفرع الثاني: الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض الالكتروني
132	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية عن مرحلة التفاوض
133	الفرع الأول: المسؤولية العقدية عن التفاوض الإلكتروني
135	الفرع الثاني: المسؤولية التقصيرية عن التفاوض الالكتروني
135	الفرع الثالث: الطبيعة المتميزة للمسؤولية عن التفاوض الالكتروني
137	المبحث الثاني: المسؤولية خلال مرحلة إبرام العقد الالكتروني
138	المطلب الأول: المسؤولية عن التراضي الالكتروني
140	الفرع الأول: المسؤولية عن الإيجاب الالكتروني
147	الفرع الثاني: المسؤولية عن القبول الالكتروني
153	المطلب الثاني: المسؤولية عن شروط صحة العقد الالكتروني

154	الفرع الأول: مسؤولية ناقص الأهلية في التعاقد الالكتروني.....
158	الفرع الثاني: المسؤولية عن عيوب الإرادة في العقود الالكترونية.....
163	الفصل الثاني: المسؤولية العقدية الالكترونية خلال مرحلة تنفيذ العقد.....
164	المبحث الأول: المسؤولية العقدية الناجمة عن الإخلال بعقد التصديق الالكتروني.....
165	المطلب الأول: المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني تجاه الموقع.....
167	الفرع الأول: التزامات هيئات التصديق الالكتروني تجاه الموقع.....
173	الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية العقدية لمؤدي خدمة التصديق الالكتروني تجاه الموقع.....
185	المطلب الثاني: المسؤولية العقدية للموقع الالكتروني.....
186	الفرع الأول: المسؤولية العقدية للموقع تجاه مؤدي خدمة التصديق الالكتروني.....
190	الفرع الثاني: المسؤولية العقدية للموقع تجاه المُعَوِّل على شهادة التصديق الالكتروني.....
191	المبحث الثاني: المسؤولية العقدية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات المترتبة عن عقد البيع الالكتروني....
192	المطلب الأول: المسؤولية العقدية للبائع (المورد) الالكتروني.....
193	الفرع الأول: مسؤولية المورد الالكتروني عن الإخلال بالالتزام بالتسليم.....
203	الفرع الثاني: المسؤولية عن الإخلال بالالتزام بالضمان في العقد الالكتروني.....
218	المطلب الثاني: المسؤولية العقدية للمشتري عن الإخلال بالوفاء الالكتروني.....
219	الفرع الأول: ماهية الدفع الالكتروني.....
225	الفرع الثاني: أوجه المسؤولية العقدية للمشتري عن الإخلال بالوفاء الالكتروني.....
230	الخاتمة:.....
237	قائمة المصادر والمراجع.....

الملخص

إن عدم وجود قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية يجعل من هذه الأخيرة خاضعة للقواعد العامة، من خلال محاولة تكييف مختلف الأفعال والتصرفات القانونية المبرمة في البيئة الرقمية مع القيام بإسقاطها على مختلف المفاهيم القانونية التي أوردها القانون المدني في مادة المسؤولية المدنية.

غير أن التأسيس القانوني الذي اعتمده المشرع الجزائري لإقرار مسؤولية الشخص المدنية، والمتمثل في الخطأ واجب الإثبات قد أكد قصوره وعدم كفايته في مواجهة إرهاصات التطورات التكنولوجية، وهو الأمر الذي من شأنه أن يحول دون ممارسة نظام المسؤولية المدنية لوظيفته الأساسية وهي تعويض الشخص عما يلحق به من أضرار.

وعليه ينبغي البحث عن البدائل المناسبة التي تكفل تسهيل حصول المتضررين من التعاملات الإلكترونية على حقهم في التعويض إما بتحديث القواعد العامة الحالية أو باستحداث نظام خاص بالمسؤولية المدنية يراعي خصوصية وطبيعة البيئة الرقمية.

Le Résumé

L'absence de règles particulières de la responsabilité civile dans le domaine des transactions électroniques, soumet ces dernières à des règles générales en essayant d'adapter les différents faits et actes juridiques conclus dans l'environnement numérique en les projetant sur les différents concepts juridiques mentionnés en droit civil dans la matière de la responsabilité civile.

Cependant, le fondement juridique adopté par le législateur algérien pour établir la responsabilité civile de la personne, qui est la faute prouvée a confirmé son inadéquation et son insuffisance face aux précurseurs des évolutions technologiques, qui empêcheraient le système de responsabilité civile d'exercer sa fonction primordiale, qui est d'indemniser la personne pour les dommages qui lui sont causés.

Par conséquent, des alternatives appropriées devraient être recherchées pour garantir que les victimes concernées par les transactions électroniques obtiennent leur droit à une indemnisation, soit en mettant à jour les règles générales en vigueur, soit en introduisant un système de responsabilité civile qui tienne compte de la spécificité et de la nature de l'environnement numérique.

المخلص

إن عدم وجود قواعد خاصة بالمسؤولية المدنية في مجال المعاملات الإلكترونية يجعل من هذه الأخيرة خاضعة للقواعد العامة، من خلال محاولة تكييف مختلف الأفعال والتصرفات القانونية المبرمة في البيئة الرقمية مع القيام بإسقاطها على مختلف المفاهيم القانونية التي أوردها القانون المدني في مادة المسؤولية المدنية. غير أن التأسيس القانوني الذي اعتمده المشرع الجزائري لإقرار مسؤولية الشخص المدنية والمتمثل في الخطأ واجب الإثبات قد أكد قصوره وعدم كفايته في مواجهة إرهابات التطورات التكنولوجية، وهو الأمر الذي من شأنه أن يحول دون ممارسة نظام المسؤولية المدنية لوظيفته الأساسية وهي تعويض الشخص عما يلحق به من أضرار.

وعليه ينبغي البحث عن البدائل المناسبة التي تكفل تسهيل حصول المتضررين من المعاملات الإلكترونية على حقهم في التعويض إما بتحيين القواعد العامة الحالية أو باستحداث نظام خاص بالمسؤولية المدنية يراعي خصوصية وطبيعة البيئة الرقمية.

Le Résumé

L'absence de règles particulières de la responsabilité civile dans le domaine des transactions électroniques, soumet ces dernières à des règles générales en essayant d'adapter les différents faits et actes juridiques conclus dans l'environnement numérique en les projetant sur les différents concepts juridiques mentionnés en droit civil dans la matière de la responsabilité civile.

Cependant, le fondement juridique adopté par le législateur algérien pour établir la responsabilité civile de la personne, qui est la faute prouvée a confirmé son inadéquation et son insuffisance face aux précurseurs des évolutions technologiques, qui empêcheraient le système de responsabilité civile d'exercer sa fonction primordiale, qui est d'indemniser la personne pour les dommages qui lui sont causés.

Par conséquent, des alternatives appropriées devraient être recherchées pour garantir que les victimes concernées par les transactions électroniques obtiennent leur droit à une indemnisation, soit en mettant à jour les règles générales en vigueur, soit en introduisant un système de responsabilité civile qui tienne compte de la spécificité et de la nature de l'environnement numérique.