تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية

الدكتور : **يوسفي نور الدين**
أستاذ محاضر " أ " كلية الحقوق
- جامعة بسكرة -

الأستاذ : **بروك إلياس**
أستاذ مساعد " أ " كلية الحقوق
- جامعة قالمة -

ملخص:

إن الخصائص التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية تثير العديد من الصعوبات القانونية، تتعلق بمدى ملائمة تطبيق منهج قاعدة التنازع في مجال العقود الدولية على عقود هذا النوع من التجارة وخاصة فيما يتعلق بالاختصاص القانوني. وسوف نحاول في هذا الإطار إبراز الصعوبات والمشاكل القانونية التي يثيرها إعمال منهج التنازع حال تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية. ثم إعطاء جملة من الحلول والمقترحات لتفادي وتذليل هذه الصعوبات والمشاكل التي تعترض تطبيق منهج التنازع على تلك التعاملات.

Abstract :

The characteristics of e-commerce contracts raise many legal difficulties, related to the suitability of application of the rule of conflict in the field of international, particularly with regard to the legal jurisdiction. In this article we try to highlight the difficulties and legal problems raised by the realization of the approach of conflict if applied to e-commerce, then give a range of solutions and proposals to avoid and overcome these difficulties and problems encountered in the application of the rule of conflict on those transactions.

مقدمة:

لقد مضى زمن كان فيه إبرام العقود والصفقات غير متصور دون الحضور المادي للأطراف أو ممثليهم ، يتفاوضون ويتفقون ،يحررون العقود و يوقعونها ،ثم يذهب كل طرف منهم مزود بمحرر يثبت تصرفه القانوني يستخدمه عند الضرورة لتعزيز دعواه وإجبار الطرف الأخر على الوفاء بالتزاماته.

غير أن هذه الطريقة التقليدية في إبرام العقود والصفقات طرأت عليها عدة مستجدات في السنوات الأخيرة نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي،حيث ظهرت إمكانية التعاقد عن بعد من خلال تبادل المعلومات عبر وسيط غير مادي متمثل في شبكة المعلومات (الانترنت)، وهو ما يعرف بالتجارة الإلكترونية. ولا شك في أن عقود هذه التجارة تتميز بثلاثة خصائص أساسية[1]:

-فكرة النشاط التجاري التي تعتبر الركيزة الأساسية لها.

-حلول الدعامات غير المادية محل الدعامات الورقية في تحرير العقود وتوقيعها .

-فكرة «اللاحدود» ،حيث لا تتقيد العلاقات القانونية بين الأطراف بمكان معين أو بدولة معينة.

إن هذه الخصائص التي تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية أثارت العديد من الصعوبات القانونية تتعلق بمدى ملائمة تطبيق منهج قاعدة التنازع في مجال العقود الدولية على عقود هذا النوع من التجارة وخاصة فيما يتعلق بالاختصاص القانوني.

وسوف نحاول في هذا الإطار إبراز الصعوبات والمشاكل القانونية التي يثيرها إعمال منهج التنازع حال تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية. ثم إعطاء جملة من الحلول والمقترحات لتفادي وتذليل هذه الصعوبات والمشاكل التي تعترض تطبيق منهج التنازع على تلك التعاملات.وذلك من خلال طرح الإشكالية التالية **ما هي إمكانية تطبيق منهج قاعدة التنازع الدولية على عقود التجارة الالكترونية؟**

المبحث الأول: صعوبات تطبيق منهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الإلكترونية

طبقا للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص فإنه يجوز لأطراف التعاقد الاتفاق على تعيين القانون الواجب التطبيق عند حدوث أي نزاع وقد يظهر للوهلة الأولى أنه ليس ثمة صعوبات تواجه القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف. فالأطراف قد عينوا مسبقا وبإرادتهم القانون الذي يحكم العقد صنعة أيديهم، غير أنه بالتدقيق في مجال التجارة الإلكترونية يتبين لنا عدم التسليم الكامل بهذه القاعدة.

وإذا كان تحديد القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية يثير بعض الصعوبات، فإن القانون المحدد من قبل القاضي لاشك في أنه يثير صعوبات وعقبات أشد.[(2)]

المطلب الأول: الصعوبات التي تواجه القانون المعين من قبل الأطراف

ذهب جانب من الفقه المؤيد لتطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية إلى القول أنه ليس ثمة صعوبة عملية يطرحها إعمال منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية عندما تكون إرادة الأطراف صريحة في اختيار قانون العقد،إنما تظهر المصاعب حينما تكون الإرادة ضمنية حيث يصعب تحديد اتجاه إرادة الأطراف إلى اختيار قانون معين يحكم العقد .

وإذا كان تطبيق منهج التنازع يثير صعوبات عندما تكون الإرادة ضمنية، لكن في ذات فإن هذه الصعوبات لا تنتفي تماما حينما تكون الإرادة صريحة في تحديد قانون العقد.[(3)]

الفرع الأول: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الصريح لقانون العقد:

هناك نوعان من الصعوبات:

صعوبات معاصرة لاختيار قانون العقد،

وأخرى لاحقة على هذا الاتفاق.

1) الصعوبات القانونية المعاصرة لاختيار قانون العقد:

1-1 صعوبة التحقق من وجود إرادة المتعاقد:

ينشأ العقد كأصل عام متى توصل أطرافه إلى اتفاق بشأن أحكامه ،ما لم ينص القانون بإتباع إجراءات محددة مثل الكتابة ،الإشهار ....الخ [(4)] ويترتب على ذلك أن العقد المبرم شفهيا صحيح في أغلب الأنظمة القانونية لأن المتعاقدين يتمتعون بحرية كاملة في إبرام العقود بالطريقة التي يرتضونها. [(5)] ينتج عن ذلك أن العقد المبرم بوسيلة اتصال إلكترونية كالهاتف أو وسيلة مرئية كالأنترنت هو عقد صحيح من حيث المبدأ.

ولا توجد أي صعوبة تذكر حين يتم التعاقد بين حاضرين يضمهما مجلس عقد واحد، فالحضور المادي للمتعاقدين يسمح لكليهما من التحقق من هوية الطرف الأخر ،والتحقق من سلامة المستندات وتاريخ إبرام التصرف كما أنه ليس ثمة مشكل إذا كان التعبير عن الإرادة صحيحا بالإيجاب والقبول عبر شاشات الحواسيب الآلية عندما يكون هذا التعبير من الشخص الذي له صلاحية إصدارها ما لم يتم إنكارها،إنما تظهر الصعوبة حين يتم التعبير عن الإرادة دون تدخل إنساني مباشر عن طريق أجهزة ووسائط إلكترونية، أي يقوم الحاسوب المبرمج ببث رسائل مشوبة بالخطأ بشكل

يستحيل توقعه من الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه.[6] وهذا ما يطرح من يتحمل هذا الخطأ في التعاقد الإلكتروني؟ هل الحاسوب أم الشخص الذي يعمل الحاسوب لحسابه ؟ كذلك تبدو الصعوبة حينما تصدر الإرادة من شخص ليس له صلاحية تمثيل المتعاقد الأصلي(النيابة) أو إذا تم التلاعب في مضمون الرسالة الإلكترونية أو تغيير محتواها،خاصة إذا علمنا أن شبكات الاتصال معرضة للاختراق والتدخل من جانب الغير ،وهنا تثار مشكلة القانون الواجب التطبيق في هذا الشأن.

1- صعوبة تحديد هوية الأطراف:

ميزة العقود الإلكترونية هي غياب التواجد المادي لأطراف العلاقة العقدية لحظة إبرام العقد وبالتالي هناك صعوبة في تحديد هوية المتعاقدين.

فالمتعاملين عبر الأنترنت يفتقرون إلى تحديد هوية المتعاقد معه لأن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقدون من خلاله قد لا يكون مرتبطا ببلد معين مثل العناوين التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـ:(COM)أو(ORG).

كذلك صعوبة مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الأخر. فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم لأن هذا يعد مخالفا لقانون 6 يناير 1978الخاص بالحريات والمعلومات وهذا إذا كانت قاعدة البيانات تقع على التراب الفرنسي، [7]غير أن تلك الصعوبات لا تحول دون التأكد من شخصية المتعاقد وأهليته في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصالات الدولية لأن في ذلك مصلحة المستهلك والتاجر.

فبالنسبة للمستهلك فإن تحديد هوية الطرف الأخر (المورّد) يمكنه من التعرف على القانون الواجب التطبيق على العقد فغالبا ما يكون هو قانون هذا الأخير ،أما التاجر فيحرص على هوية الطرف الأخر الذي تقدم له الخدمة حتى يتأكد من أهلية الطرف المتعاقد معه،فهناك بعض المنتجات والخدمات تقدم لأشخاص دون سواهم الأمر الذي يوجب على التاجر من التحقق أن المستهلك يندرج ضمن هؤلاء الأشخاص وبالتالي لا يتعرض للعقوبة المقررة في هذا المجال.

إزاء تلك الصعوبات يجب على كل من يرغب في التعاقد عبر الأنترنت أن يتحقق من هوية الشخص الذي يتعاقد معه وأهليته وهنا تواجهنا مشكلة أن الأهلية تتحدد وفقا للقانون الشخصي لأطراف العلاقة العقدية،وهذا القانون يختلف من بلد لأخر فكيف يمكن التحقق من تلك الأهلية؟[8]

2) الصعوبات القانونية اللاحقة على اختيار قانون العقد:

2-1 صعوبة التحقق من جدية التعاقد وإثباته:

تعد قواعد الإثبات من أهم القواعد القانونية المنظمة للحقوق والالتزامات وتبدو هذه الأهمية أكثر في مجال المعاملات الإلكترونية، لاسيما في ظل غياب الدعامة المادية الخطية.فالتعاقد عبر الشبكة يتم عن طريق وسائل معلوماتية في صورة بيانات تظهر على شاشات الحواسيب ،فإذا كان أطراف العلاقة العقدية في مجال المعاملات التقليدية ملتزمين بتقديم دليل مادي لإثبات تصرفهم [9] ،فإن التعامل عبر شبكة الأنترنت يتضمن إلغاء لتلك الأدلة المادية،وكل توقيع خطي ،ولعل تلك الخصوصية هي التي أدت إلى وجود صعوبات حقيقية تتعلق بقواعد الإثبات التقليدية عند تطبيقها على عقود التجارة الإلكترونية ،و تتمثل هذه الصعوبات في:

2-1.1 اختلاف الأنظمة القانونية في تقدير أدلة الإثبات:

أثبتت الدراسات التي قامت بها لجنة الاتحادات الأوروبية في إطار برنامج نظم التبادل الإلكتروني للبيانات التجارية والمعنية بالقواعد القانونية لقبول أدلة الإثبات اختلاف النظم القانونية في تقدير الأدلة [10] فهناك بلدان تتبنى قواعد إثبات مرنة نسبيا ،حيث لا تضع طرقا محددة للإثبات تقيد بها القاضي والخصوم ،وهناك نظم قانونية أخرى تعتمد منهاجا صارما وتضع طرقا للإثبات تشكل عقبة حقيقية تعترض تطوير تبادل البيانات إلكترونيا وقد أوصت اللجنة الحكومات بإعادة النظر في القواعد القانونية التي تعوق استخدام السجلات الإلكترونية كأدلة إثبات بغية تفادي ما يحول دون قبولها أمام القضاء وتوفير الوسائل الملائمة لتمكين المحاكم من تقييم مصداقية البيانات الواردة في تلك السجلات.

2-1.2 مدى صلاحية الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في تعديل قواعد الإثبات:

يتعرض الأطراف عادة إلى مسألة مدى قبول رسائل تبادل البيانات إلكترونيا في المعاملات بينهم وذلك في اتفاقات التبادل المبرمة بينهم، ومكمن الصعوبة هنا يتأتى من أن اتفاقات التبادل النموذجية قد اعتمدت طرقا متنوعة إزاء تلك المسألة، فبعض هذه الاتفاقات ينص على أن يقبل الأطراف الرسائل الإلكترونية كدليل إثبات ،وثمة اتفاقات أخرى تجيز لأطراف العقد الإتفاق على إمكانية الطعن في الدليل الإلكتروني ،وثمة نوع أخر يوصي بأن تعطي للأدلة الإلكترونية نفس القيمة الثبوتية المعطاة للأدلة التقليدية.[11]

وتتجلى الصعوبة هنا في أن صحة الاتفاقات التعاقدية بين الأطراف في اتفاق تبادلي يتعلق بمدى قبول الأدلة الإلكترونية في الإثبات، يتوقف على طبيعة قواعد الإثبات في نظام قانوني معين، وبقدر ما تكون الأحكام المعنية بالأدلة إلزامية فلن تكون هناك فعالية للاتفاقات التعاقدية ،وبالتالي لا يمكن التعويل عليها في حالة النزاع، كذلك أن هذه الأحكام تكون عديمة القيمة عند وجود

نص قانوني يوجب توفر دعامة مادية مكتوبة أو يتطلب وجود وثيقة أو مستند من الشروط الشكلية إلا إذا كان القانون الوطني يسمح بهذا الإتفاق .[12]

2-2 عدم تنظيم القانون المختار للعمليات الإلكترونية:

يحرص المتعاملون عبر الأنترنت على أن يضمنوا عقدهم شرطا خاصا يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد، غالبا ما يكون مركز إدارة الشركة الرئيسي التي يمتلكها البائع.[13]

ولا تبدو ثمة صعوبة إذا كان القانون المختار يعترف بصلاحية العقود التي يتم إبرامها دون مستند ورقي مكتوب وموقّع من المتعاقدين، حيث يتم الرجوع إلى هذا القانون وتطبيق أحكامه، غير أن الصعوبة تظهر في الفرض العكسي، عندما يختار الأطراف تطبيق قانون دولة معينة لا يعترف بصلاحية العقود التي تعتمد على الكتابة الإلكترونية والتوقيعات الرقمية.

الفرع الثاني: الصعوبات المتعلقة بالاختيار الضمني لقانون العقد:

إن فكرة الاستناد إلى الإرادة الضمنية للمتعاقدين في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد كانت محل انتقادات في مجال العقود الدولية التقليدية ،فما بالك اليوم بعقود التجارة الإلكترونية ،فإذا سكت المتعاقدون عن اختيار قانون العقد فلا يصح للقاضي أن يبحث عن إرادتهم الضمنية ،إنما يجب عليه تركيز الرابطة العقدية و إسنادها للقانون الأكثر ارتباطا بالعقد. [14].

ومرجع الصعوبة في تفسير اتجاه إرادة المتعاقدين إلى تحديد قانون معين يحكم معاملتهم في مجال عقود التجارة الإلكترونية ترجع إلى:

* صعوبة الاعتماد على اللغة التي حرّر بها العقد في تفسير تلك الإرادة، على أساس أن اللغة الإنجليزية أصبحت لغة التخاطب في مجال المعاملات الإلكترونية.

* لا يمكن الاعتماد على العملة التي يتم الوفاء بها بعد أن أصبح مقابل الخدمة يؤدى بطريقة آلية عن طريق تحويل النقود إلكترونيا وبالتالي الشخص يستطيع ان يسدد بأي عملة وفي أي وقت.

* يصعب القول بأن إرادة الأطراف قد اتجهت نحو قانون الدولة التي توجد بها المحكمة التي تنظر النزاع، لأنه لا تلازم بين الاختصاصين القانوني والقضائي من ناحية، ولأن تلك المحكمة قد يكون موقعها موجودا على شبكة الأنترنت من خلال موقع أو عنوان إلكتروني لا ينتمي إلى دولة بعينها.

* يصعب القول بتطبيق القانون الذي يحكم العقد الأصلي على العقود الإلكترونية الأخرى المرتبطة به، لأن مسألة الارتباط نادرة الحدوث على الشبكة الإلكترونية، فالغالب في مجال المعاملات

التي تتم عبر الأنترنت هو استقلال الروابط القانونية،لاسيما أن المتعاقدين لا يعرفون بعضهم في الغالب.

* يصعب الإستناد إلى قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين ،لأن هذه الضوابط تؤدي إلى توطين وتركيز الرابطة العقدية مكانيا،لأن توطين العقد وفقا لهذه المعايير التقليدية في العالم الإلكتروني لن يكون أمرا سهلا بل ربما يكون الموطن افتراضيا أيضا كالعالم الإلكتروني ذاته.[15]

المطلب الثاني: الصعوبات التي تواجه القانون المعين بواسطة القاضي

عند امتناع المتعاقدين عن تعيين القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، وتعذر استخلاص إرادتهم الضمنية، يفرض على القاضي تحديد القواعد الموضوعية واجبة التطبيق، والقاضي ينهض بتلك المهمة إما بإسناد تلك الرابطة لضوابط جامدة كمكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو إسنادها لقانون دولة محل إقامة المدين.[16]

وكما أشرنا فإن هناك صعوبات للتسليم بإعمال تلك الضوابط التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، لأن هذه الضوابط تعتمد على التركيز المكاني للمعاملة محل النزاع،في حين أن عقود التجارة الإلكترونية تتم في فضاء افتراضي ،وهذه الصعوبات هي:

الفرع الأول: صعوبة التوطين أو التركيز الموضوعي للعقود الإلكترونية:

وهذه الصعوبة نجدها فقط في عقود التجارة الإلكترونية التي يكون موضوعها أشياء غير مادية مثل العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونيا مثل بيع البرامج التجارية والخدمات المالية على الخط SERVICES, FINANCIERS EN LIGNE أو عن طريق قواعد البيانات BASSES DE DONNEES

الموجودة على الإنترنت [17]ففكرة اللامادية التي تنطوي عليها هذه الصعوبات يصعب معها تحديد مكان إبرام العقد ،ومكان تسليم الأشياء اللامادية المبيعة عبر الخط.[18]

الفرع الثاني: صعوبة إعمال معايير الاختصاص القانوني التقليدية على عقود التجارة الإلكترونية:

إن محاولة توطين العقد بغية تحديد مكان إبرامه، يطرح صعوبات عديدة في العقود التقليدية التي تتم بين غائبين.

فهناك تباين في الأنظمة القانونية في معالجة المسألة، فهناك من القوانين من يأخذ بنظرية تصدير القبول، وثمة دول تأخذ بنظرية تسلم القبول. وهناك دول لا تأخذ بهذه النظرية أو تلك وتترك الأمر لقاضي الموضوع.

فتلك الصعوبات كانت قائمة قبل ظهور الأنترنت إلا أن النطاق العالمي للتجارة الإلكترونية أدى إلى جعل تحديد المكان أكثر صعوبة في أي وقت مضى،فالعالم الشبكي لا يقوم على تواجد حقيقي في مكان محدد.[19]فدولة التصدير قد تكون الجزائر والعنوان الإلكتروني للشركة موجود في فرنسا، وبالتالي على من يدعي إبرام العقد في مكان معين إثباته ذلك.

وتحديد القانون الواجب التطبيق قد يكون أيضا استنادا إلى مكان تنفيذ العقد وهذا لا يثير إشكالا في مجال عقود التجارة الإلكترونية إذا كان التنفيذ سيتم ماديا خارج الخط،بيد أن الصعوبة تظهر عندما يكون موضوع العقد خدمات أو أشياء غير مادية،مثلما هو الشأن في العقود التي تنفذ وتتم على الخط،حيث يصعب توطين العقد وبالتالي يصعب تحديد مكان تنفيذه ،وقد يلجأ القاضي أيضا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق اعتمادا على محل إقامة الأطراف ،ومع ذلك يصعب تطبيق هذا المعيار على عقود التجارة الإلكترونية فالإقامة تشير إلى مكان ثابت دائم يتم فيه إبرام العقود،وهذا الشرط غير متوافر في العقود الإلكترونية ،فالعنوان الإلكتروني لا يشكل محل إقامة ثابت ،كما أن هناك عناوين إلكترونية لا تحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة،وعلى فرض أن شخصا قام بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين ،فلا يوجد شيء يضمن التطابق بين محل الإقامة والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني .

المبحث الثاني: محاولة تفادي الصعوبات التي يثيرها تطبيق منهج قاعدة التنازع على عقود التجارة الإلكترونية

لا يمكن الاستهانة بالدور الفعال الذي يمكن أن يقوم به منهج قاعدة التنازع في حل المشكلات التي تثيرها عقود التجارة الدولية خاصة في غياب تكامل القواعد المادية الإلكترونية ،لذلك انتهى جانب من الفقه إلى تقديم بعض الحلول والتي تضمنتها الأعمال الدولية المختلفة لتفادي صعوبات تطبيق منهج التنازع على عقود التجارة الإلكترونية.

المطلب الأول: الحلول المتعلقة بالإرادة التعاقدية

نظرا للدور المهم للإرادة فان هناك العديد من الاقتراحات التي تساهم في التعرف على الاتجاه الذي تتوجه لهوهو الأمر الذي نبينه من خلال بيان الاقتراحات المطروحة من اجل التحقق من وجودها و الحلول المقترحة لإسنادها.

الفرع الأول: الحلول المقترحة للتحقق من وجود إرادة التعاقد:

أثبتت الدراسات الأكاديمية والعملية أن تحديد إرادة المتعاقد يمكن أن تتحقق عن طريق الإتفاق بين المتعاقدين على شفرة أو رمز يوضع على الوثيقة محل التعاقد ،أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم عن طريق كلمة مرور بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد، كذلك يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي ،عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاحه السري،ويتم التحقق من قبل المرسل إليه الرسالة عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري و إذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي.

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لإسناد الإرادة للمتعاقد: هناك ثلاث اتجاهات:

الاتجاه الأول: يعتبر الوسائط الإلكترونية كالحاسوب وما يتبعه من أجهزة وبرامج إلكترونية شخصية قانونية تتمتع بأهلية التعاقد،والحقيقة أن الشخصية القانونية تثبت أصلا للأشخاص الطبيعيين ولا تثبت لغير ذلك إلا بنص القانون صراحة،ولا يوجد نص قانوني صريح ولا ضمني يشير إلى إدراج الحاسوب ضمن الأشخاص المعنوية،فلا يمكن فرض هذه الشخصية باتفاق الأطراف ولا بحكم القضاء(م40 قانون مدني جزائري).

الاتجاه الثاني: يعتبر هذا الاتجاه الحاسوب نائبا عن المتعاقد،إلا أن النائب له إرادة يعبر عنها والحاسوب ليس له إرادة ،فكيف يمكن أن يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة.[20]

الاتجاه الثالث: يتجه إلى القول بأن الحاسوب مثله مثل باقي الوسائط الإلكترونية التي تسمح بالتعاقد عن بعد،مجرد وسيلة للاتصال ،يقتصر دوره على نقل إرادة المتعاقدين.

غير أن هذا الاتجاه أيضا تعرض للنقد على أساس أن التعاقد عبر الحاسوب يحمّل المتعاقد تبعة أخطاء تشغيل البرامج الإلكترونية التي تقوم بالتعاقد. فضلا عن الأخطاء المادية والحسابية الناتجة عن هذا التعامل.[21]

وهناك رأي أخر وهو الأقرب إلى الحقيقة والذي يعتبر الحاسوب مجرد وسيلة للتعاقد ،وبالتالي إذا قام المتعاقد بإبرام العقد عن طريق الحاسوب ،فإن إرادة المتعاقد لا تنسب للحاسوب وإنما إلى الذي استخدم الحاسوب،وهذا الرأي يتماشى مع ما أخذ به قانون الأونيسترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية حيث نصت المادة 13منه على مايلي:«تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه ،تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

أ-من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.

ب- أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا »[22]

غير أن الأحكام الخاصة تبين أن الحالتين الأخيرتين من نص هذه المادة تستبعد ولا تطبق في الفروض الثلاثة التالية:

الفرض الأول:إذا تسلم المرسل إليه إشعار من المرسل يفيد أن رسالة البيانات لم تصدر منه، ويشترط أن يكون هناك وقت كاف يسمح للمرسل إليه بالتصرف على أساس أن الرسالة لا تنسب للمنشئ.[23]

الفرض الثاني:إذا علم المرسل إليه حقيقة أو حكما أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ،أي الحالة التي علم فيها المرسل إليه حقيقة أو التي كان يجب عليه أن يعلم فيها إذا بذل العناية المعقولة.[24]

الفرض الثالث: إذا علم المرسل إليه أو كان عليه أن يعلم، إذا بذل العناية المعتادة أن الرسالة لا يعقل أن تكون صادرة عن المنشئ، أي لا يعقل أن تكون الرسالة كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها إليه.[25]

المطلب الثاني: الحلول المتعلقة بالأهلية وطرق الإثبات

هناك العديد من الحلول الواردة و المتعلقة بالتأكد من أهلية التعاقد، و مدى توجه الإرادة في العملية التعاقدية ،والتي نجد لها ارتباط وثيق بالبيانات الالكترونية وهو ما نحاول بيانه على الوجه التالي.

الفرع الأول: الحلول المقترحة للتحقق من أهلية المتعاقد

إن الاعتراف بالوثائق الإلكترونية ومنحها الحجية القانونية يعتمد على مدى إمكانية التحقق من صحة تلك الوثائق والتحقق من هوية مرسلها، ورغم ما تنص عليه الاتفاقيات النموذجية الخاصة بالبيانات الإلكترونية، كالاتفاق النموذجي الأوروبي لتبادل البيانات إلكترونيا ومشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء والذي نص في المادة 14 منه على أن الدول الأعضاء لابد أن تجعل مؤدي الخدمة يتيح لمتلقي الخدمة بشكل دائم اسمه ، وعنوانه الجغرافي ،وعنوانه الإلكتروني ،واسم السجل التجاري المقيد به ورقمه ،وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته[26]

إلا أن هذه الاتفاقات لا تفرض جزاءات على عدم الامتثال لتلك التعليمات،و بالتالي فإن أغلب المتعاقدين يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم. لذلك ذهب البعض إلى القول بأنه إذا كان أحد المتعاقدين كامل الأهلية وفقا لقانون دولته والطرف الأخر ناقص الأهلية وفقا لقانون دولته أو وفقا

لقانون دولة المتعاقد الأخر فإنه ينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية إعمالا للوضع الظاهر ،ومثال ذلك إذا قام القاصر باستخدام البطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه أو استعمل توقيعه الإلكتروني جاز للطرف الأخر المتعاقد معه التمسك بصحة العقد لأن القاصر توافر فيه مظهر الشخص الراشد.[27]

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لقبول البيانات الإلكترونية في الإثبات

إن من أهم هذه الحلول هي ضرورة تحقيق التناسق بين الاتفاقيات الدولية أي محاولة توحيد الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتجارة الدولية وتوسيع نطاق مضمونها ليمنح طرق الإثبات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية نفس القيمة القانونية لتلك المقبولة في التجارة الدولية، وقد ثار خلاف حول الطريقة التي تؤدي إلى تحقيق هذا الانسجام.لأن تعديل مختلف نصوص الاتفاقيات التجارية الدولية التي تتضمن مفاهيم (الكتابة، التوقيع المستند)حسب كل حالة على حدا سيكون مرهونا بالخطوات المنصوص عليها في المعاهدة المراد تعديلها، هذا بالإضافة إلى أن تحقيق الانسجام بين الاتفاقيات المعنية سيحتاج إلى سنوات.

لذلك استقرت أراء الحكومات والمنظمات على وضع اتفاق موحد ملزم للكافة يتجنب قدر الإمكان القيام بإجراء تعديلات لكل اتفاق على حدا.وقد اختلفت أراء هذه الحكومات حول طبيعة هذا الإتفاق إلى:

الاتجاه الأول: يرى ضرورة اللجوء إلى« نموذج غير اتفاقي **»** غرضه إعطاء مبادئ عامة وتوجيهات نموذجية بدلا من شكل المعاهدات العادية، يمكن بواسطته لأي دولة من سن تشريع إلكتروني مقتدية بهذا التوجيه.

الاتجاه الثاني: يرى ضرورة اللجوء إلى« نموذج اتفاقي» وقد انقسم أنصاره إلى أربعة أراء:

1)الرأي الأول: يرى أنه ليس ثمة حاجة إلى اتفاقية شاملة تعمل على تكملة وتفسير الاتفاقيات السابقة، يكفي وضع اتفاق خاص بالمعاملات الإلكترونية.

2)الرأي الثاني: يؤيد مبدأ «الاتفاقية الشاملة »إلا أنه لم يحدد شكل هذا الاتفاق هل هو مجرد اتفاق تفسيري أو تكميلي ،أم مبادئ توجيهية أو قوانين نموذجية.

3)الرأي الثالث: يؤيد الاتفاقية الشاملة على أن يؤخذ الطابع الإلكتروني للمعاملات في الحسبان ليس فقط في المعاملات السارية المفعول حتى الآن وإنما حتى في المعاملات الجديدة التي تبرم في مجال التجارة الدولية.

4) الرأي الرابع: يرى أن الهدف من الاتفاق ليس تعديل الاتفاقيات السابقة، وإنما تيسير استخدام وسائل الاتصال الحديثة في مجال التجارة الدولية وأفضل طريقة لتجنب تطويع المعاهدات

السابقة وفق هذا الرأي هو تبني صيغة الاتفاق التفسيري الذي يراعي مفاهيم «الكتابة، التوقيع والمستند» وهذا الرأي هو الغالب ،على أن مفهوم هذا الاتفاق لابد أن يحدث تغيير في التفسيرات القائمة لا مجرد توضيح لها وهذا ينسجم مع ما تنص عليه اتفاقية فيّانا لقانون المعاهدات التي تؤكد إمكانية وجود الاتفاق التفسيري للمعاهدات غير أن الاتفاق التفسيري وفقا لاتفاقية فيّانا لا بد أن يكون صادراً من الدول الأعضاء في الاتفاقية دون سواها إلا أننا هنا لسنا بصدد اتفاقية أو عدد محدود من الاتفاقيات التي تحتاج إلى تفسير موحد وإنما أمام اتفاقيات عديدة ونتيجة لذلك فلا مانع أن تقوم الدول الأطراف بإسناد مهمة التفسير إلى جهة أخرى واعتبار هذا التفسير ملزما لها بصفة نهائية كأن يكون هذا التفسير مثلا صادرا من الأونيسترال باعتبارها الجهة المنوط بها تشجيع التنسيق والتوحيد التدرجيين للقانون التجاري الدولي.[28]

ونظرا لأن هذا الاتفاق هو تفسيري بطبيعته فيكفي مجرد توقيع ممثلي الدول ليصبح نافذا دون المرور بالإجراءات الرسمية لإبرام المعاهدات تجنبا للبطء في الإجراءات القانونية المختلفة. وهذا على الصعيد الدولي أما على صعيد القوانين الداخلية والاتفاقيات النموذجية فلابد من توسيع نطاق «الكتابة ،التوقيع،المستند»بما يشمل ويتلاءم ووسائل الاتصال الإلكترونية أي ضرورة الاعتراف بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والمستند الإلكتروني كدليل إثبات .[29]مع ضرورة أن تتضمن رسالة البيانات الإلكترونية نفس الشروط التي يجب أن تتوفر في الكتابة اليدوية التي تنص عليها القوانين الداخلية فعندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة ،يجب أن تتوفر في رسالة البيانات الإلكترونية ذلك الشرط مع مراعاة طبيعتها في بعض الأحوال،ويؤكد تشريع قانون الأونيسترال النموذجي على أنه لا يمكن إنكار القيمة القانونية لرسائل البيانات لمجرد أنها غير موثقة بإحدى الوسائل التي تتميز بها المستندات الورقية.[30]

وقد اعتمدت اتفاقيات التبادل النموذجية نموذجا متباينا للتحقق من رسائل البيانات فالبعض منها يعالج مسألة الإثبات كجزء من الأمن العام، وثمة اتفاقات نموذجية توجب على الأطراف اعتماد رمز إلكتروني كإجراء للإثبات وهناك اتفاقات أخرى تستلزم بعض الإجراءات التي تتيح التحقق من هوية المرسل.

الفرع الثالث: الحلول المطروحة بشأن مدى حجية البيانات الإلكترونية في الإثبات

هناك اتجاهين في هذا المجال:

الاتجاه الأول: يؤكد على ضرورة تطوير الحالة القانونية للإثبات المرتكز على الوثائق الخطية بغية تطوير التجارة الإلكترونية ،ويرى الحل في رفع الأنصبة القانونية التي تفرض إثباتا خطيا للعلاقات بين غير التجار.[31]

الاتجاه الثاني: على نقيض الأول، يشدد على وجود الدليل الكتابي لأي تصرف يبرم بأي وسيلة إلكترونية، ويفضل الانتظار حتى تثبت هذه الوسائل تمتعها بتقنية كافية للتعرف على مصدر التصرف بما يوحي بالثقة في التصرف.

ويقترح أن يتم منح حجية قانونية مساوية أو أعلى لكل وسائل الإثبات الإلكترونية التي يشهد لها رجال التقنية بالثقة فيها.

إذن لما كان الاعتراف بالمستند الإلكتروني ومنحه الحجية القانونية في الإثبات يشكل ركيزة أساسية في دعم وتطوير العمليات الإلكترونية ،ينبغي رفع النصاب القانوني في مجال المعاملات التي تتم بين غير التجار والتي تتطلب إثباتا خطيا،وتوسيع نظام حرية الإثبات ليشمل مجمل العلاقات التي تتم بين رجال الأعمال وليس فقط الأعمال التجارية ،والاعتراف بصلاحية التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات كما هو الأمر بالنسبة للقانون المدني الجزائري.

الفرع الرابع: الحلول المقترحة لقاعدة مدى جواز الإتفاق على تعديل قواعد الإثبات

طرحت عدة أراء إزاء هذا الموضوع يمكن إرجاعها إلى ثلاث اتجاهات رئيسية:

الاتجاه الأول: لا يفرق بين قواعد الإثبات الإجرائية وقواعد الإثبات الموضوعية يعتبر أن أي اتفاق على مخالفة قواعد الإثبات هو اتفاق باطل قانونا لأن قواعد الإثبات من النظام العام.

الاتجاه الثاني: يذهب إلى القول بأن قواعد الإثبات الشكلية والموضوعية ملزمة للقاضي ،وغير ملزمة لأطراف العلاقة العقدية، وهو ما اعتمده التشريع اللبناني.

الاتجاه الثالث: يفرق بين القواعد الإجرائية التي تتعلق بالنظام القضائي،وقواعد الإثبات الموضوعية التي تتعلق بنقل عبء الإثبات أو التي تحدد طرق الإثبات...الخ فالنوع الأول لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها لتعلقها بالنظام العام ،في حين أن النوع الثاني يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها لكونها لا تتعلق بالنظام العام.

وهذا الاتجاه تؤيده الفقرة الأولى من المادة 333 مدني جزائري المعدل و المتمم و التي تقضي بأنه: "في غير المواد التجارية إذا كانت قيمة التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .» و يبدو أن عدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام باتت قاعدة عامة و مستقرة في كافة الدول الأوربية[32].

إذن لما كان الاعتراف بالبيانات و الرسائل الإلكترونية و منحها الحجية القانونية في الإثبات يعتمد على قبول تلك البيانات لذلك فلابد على أعضاء الجماعة الدولية من تعديل قواعد

الإثبات لتشمل البيانات الإلكترونية و هو ما تبناه المشرع الجزائري في المواد **323** مكرر ،**323** مكرر1 ،**2/327** من التقنين المدني المعدل بموجب قانون **10-05** وكذلك لابد من المتعاملين عبر الشبكة الإحتفاظ بجميع الأدلة التي تثبت قيامهم بالتعاقد كطبع الشاشة الأولى للمضيف على الويب ، وعنوان البلد المقيم فيه وطبع نسخة من البريد الإلكتروني [33].

المطلب الثالث: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام وتنفيذ العقد

إن مسالة تنفيذ العقد من المسائل المهمة و ذلك لارتباطها ببيان الالتزامات من جهة ومن جهة أخرى القانون الواجب التطبيق في حالة النزاع، الأمر الذي يبرر الحلول المطروحة في هذا المجال.

الفرع الأول: الحلول المقترحة لتحديد مكان إبرام العقد :

إن مسألة تحديد مكان إبرام العقد فيما يتعلق بالعمليات الإلكترونية أثار خلافا في الفقه والقضاء،و نتج عنها تنازع في التشريعات الوطنية و الاتفاقات الدولية، وخلقت تقاربا في اتفاقات التبادل النموذجية، ويمكن إرجاع ذلك إلى:

الاتجاه الأول: نظام إعلان القبول:

وفقا لهذا النظام فإن مكان إبرام العقد يتحدد في اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول ،غير أن هذا الاتجاه تعرض للنقد على أساس أنه من الصعب ، على الموجب إثبات أن القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول مادام أن القبول ليس له أثر إلا على الحاسوب الخاص بالقابل .

الاتجاه الثاني: نظام إرسال القبول:

يرى هذا النظام أن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يضغط فيه القابل على المفتاح المخصص للقبول من أجل إرسال قبوله إلى الموجب، وقد تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أنها تفضل مصلحة الموجب وتلقي على عاتقه المخاطر المتعلقة بالعيوب الفنية التي يمكن أن تلحق الرسالة الموجهة إليه إلكترونيا، في حين أن هذه المخاطر يجب أن يتحملها القابل لأن اختياره للأنترانت كوسيلة لإثبات قبوله يفرض عليه توقع حدوث بعض العقبات التي تحول دون وصول رسالته، كذلك لابد من الانتظار لحين وصول القبول إلى علم الموجب [34]. غير أنه لا يوجد فاصل زمني بين تقدير القبول وتسلمه كما هو الشأن في العقود التقليدية و إنما الخلل هنا قد يتمثل في وجود عيب فني يؤدي إلى بقاء الرسالة الموجهة للموجب في داخل الحاسوب الخاص بالقابل .

الاتجاه الثالث: نظام تسلم القبول:

يعني هذا الاتجاه أن إبرام العقد يتم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب قرار القبول من القابل حتى ولو لم يطلع عليه أي لحظة دخول الرسالة البريد الإلكتروني الخاص بالموجب أو لحظة تسلم الرسالة بواسطة متعهد الدخول الخاص بالموجب le fournisseur d accès في حالة الاتصال غير المباشر غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد ، لأنها لا تتفق مع جميع صور القبول التي تصدر من القابل كما لو يقوم هذا الأخير بالأعمال الضرورية اللازمة لإبرام العقد مباشرة دون إعلان إرادته في هذا الشأن[35].

الاتجاه الرابع: نظام العلم بالقبول:

وفقا لهذا النظام ، يتحدد زمان و مكان إبرام العقد في اللحظة التي يطالع فيها الموجب بريده الإلكتروني الذي يتضمن القبول ، وقد أخذ المشرع الجزائري بتلك النظرية في التعاقد بالطريق غير الإلكتروني وذلك في المادة 68 من التقنين المدني الجزائري و أعتبر أن التعاقد يتم في الزمان و المكان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، و مذهب العلم هو الذي يستقيم مع المبدأ الذي يقضي أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ،ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك [36].

و قد انتقد هذا الرأي على أساس أن علم الموجب يتم دون تدخل وعلم القابل مما يمكن الموجب من إنكار وتغيير وقت حدوثه بما يتفق ومصلحتة الشخصية.

نخلص من كل هذا أن مسألة تحديد مكان إبرام العقد لها خصوصيتها في مجال العقود الإلكترونية نظرا لصعوبة تحديد المكان الذي ترسل فيه الرسائل و مكان تسلمها لأن العمليات تبرم على نطاق دولي. لذلك قرر البعض من الشراح [37] ضرورة الإتفاق بين الأطراف على مكان إبرام العقد " مكان الإرسال أو الاستلام" ، فإن لم يتم الإتفاق فالمكان هو مكان تسجيل المؤسسة ، أو الاعتماد على مكان الحاسوب الذي يتم من خلاله التعاقد في حالة المؤسسة التي لا يمتلك أصحابها مكان عمل مادي ، وتمارس نشاطها من خلال شبكة الاتصال الدولية .

الفرع الثاني: الحلول المقترحة لتحديد المكان الحقيقي لتنفيذ العقد

لم تتضمن النصوص الوطنية للدول و الاتفاقيات الأوروبية ، حلولا واضحة لمشكلة مكان التنفيذ الحقيقي للعقود التي تبرم إلكترونيا كالتوجيه الأوروبي رقم 44 /2001 الصادر في 2000/12/22 المتعلق بالاختصاص و بتعريف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري والذي حل محل اتفاقية بروكسل في أول مارس 2002 لتتوافق مع التجارة الإلكترونية حيث لم يتضمن أي تفسيرات يمكن عن طريقها تحديد مكان تنفيذ الالتزام الحقيقي [38] .

ونظرا لتلك الصعوبات حاول البعض إيجاد حل لتلك المشكلة بالقياس على بيع البضائع، واعتبروا أن مكان التنفيذ هو مكان تسلم الأشياء أو الخدمات. غير أن هذا الر أي يقودنا إلى حلين :

فمثلا في حالة تحميل البرنامج كمثال لتحديد مكان التنفيذ الحقيقي للعقد يجب التمييز بين ما إذا كان البرنامج مهيأ أو جاهز للبث مباشرة، وبين مجموعة العمليات التي يجب القيام بها لإتمام عملية التحميل ففي الحالة الأولى فإن مكان التنفيذ هو مكان الحاسوب الذي قام بالبث أو التحميل ، في حين أن، مكان التنفيذ في الحالة الثانية هو مكان الحاسوب المرسل إليه البرنامج الذي تم تحميله ، و في الحالة التي لا يكون فيها المشتري على اتصال مباشر بالأنترنت فمكان التنفيذ هو مكان المستضيف . إلا أن قانون الأونيسترال النموذجي الصادر عام 1996 نص في المادة 4/15 : " تعتبر رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيها مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، " إلا أن هذه المعايير كما قلنا يصعب تبنيها في مجال العمليات الإلكترونية التي تقوم على الطبيعة اللامادية و صعوبة توطينها من جهة أخرى ، وإمكانية التنفيذ في أكثر من مكان و تبقى أضمن وسيلة لتفادي هذه الإشكالية هو تحديد أصحاب الشأن مكان تنفيذ اتفاقاتهم أو تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

خاتمة:

أمام القصور والعجز الذي يعتري القواعد المادية للقانون الدولي الخاص لأن تنطبق على عقود التجارة الإلكترونية نظرا لطبيعة و خصوصية هذا النوع من المعاملات التي تقوم على الطبيعة اللامادية أو الافتراضية و نظرا لكون الحدود الفاصلة بين العقد الداخلي والعقد الدولي فد سقطت مع وجود الشبكة الدولية ، فكل العقود التي تبرم عبر الشبكة هي عقود دولية و أمام قصور وعجز المهتمين بالتجارة الإلكترونية على إيجاد قواعد مادية خاصة بالتجارة الإلكترونية تتماشى وطبيعتها ، رغم المحاولات التي ترجمت إلى عقود نموذجية و اتفاقات تبادلية ، إلا أن هذه القواعد مجتمعة مازال يشوبها القصور والعجز عن تلبية كافة احتياجات التجارة الإلكترونية لذلك فإنه لابد من :

1/ إخضاع عقود التجارة الإلكترونية إلى القانون الذي يختاره أطراف العقد صراحة سواء كان قانون دولة تعترف بصفة المعاملات الإلكترونية أو أحكام عقد نموذجي معترف به في الأوساط التجارية على أن ينصب الاختيار على القواعد الموضوعية أو المادية في القانون المختار دون قواعد التنازع في هذا الأخير

/2 عدم التعويل على القرائن و العلامات التي يستدل بها القاضي لتحديد اتجاه إرادة الأطراف الضمنية في العقود الدولية التقليدية وذلك لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية (كاللغة، العملة ....)

/3 في حالة سكوت الأطراف عن اختيار قانون معين يحكم العقد صراحة أو ضمنا فإنه من الصعب الاستناد إلى ضوابط الإسناد التقليدية مثل قانون محل إبرام العقد أو محل تنفيذه أو قانون الجنسية المشتركة أو قانون الموطن المشترك لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد لأن هذه الضوابط تؤدي إلى توطين أو تركيز الرابطة المنعقدة مكانياً.

/4 ضرورة تعديل الاتفاقيات التجارية الدولية وتنقيحها حتى تقبل التطبيق على كل المعاملات الإلكترونية وذلك طبعا في شكل اتفاق موحد تفسيري يتضمن إيضاحا لمفاهيم "الكتابة ، المستند، التوقيع" ،وذلك بالابتعاد قدر الإمكان عن الإجراءات المعقدة التي تعرفها المعاهدات.

/5 تنظيم اتفاقية دولية تحدد القواعد التي تدخل في النظام العام المعني بالتجارة الإلكترونية، و الجزاء المترتب على مخالفتها.

/6 أن تقوم الدول بإزالة كافة العقبات القانونية التي تحول دون استخدام شبكة الأنترنت في إبرام التصرفات القانونية، وأن تعطي للكتابة الإلكترونية و التوقيعات الرقمية قوة قانونية مساوية للكتابة اليدوية و التوقيعات الخطية، فضلا عن قبولها في الإثبات.

/7 فرض شرط في عقود التجارة الإلكترونية يلزم الأطراف بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية التي تحدد هويتهم، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يكون للطرف الأخر عند حدوث نزاع، الحق في المطالبة بتطبيق القانون الذي يتفق و مصالحه.

/8 ضرورة أن يتدخل المشرع الجزائري بوضع تنظيم قانوني خاص بالتجارة الإلكترونية يراعى فيه طبيعة تلك العمليات.

الهوامش :

(1)-د/ثروت عبد الحميد «التوقيع الإلكتروني:ماهيته –مخاطره،مدى حجيته في الإثبات» دار الجامعة الجديدة الإسكندرية ،2007ص86.

(2)-د/صالح المنزلاوي «القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية»دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،2006ص349.

(3)-د/صالح المنزلاوي،المرجع السابق،ص350.

(4)-نصت المادة 59من التقنين المدني الجزائري على أن:«يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية».

(5)-قد أجاز المشرع المدني الجزائري التعبير عن الإرادة إلكترونيا وذلك في نص المادة 323 مكرر من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20يونيو 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بقولها:«يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ،وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها».

(6)-د/صالح المنزلاوي،المرجع السابق ،ص354.

(7) HUET. (J).LE COMMERCE ELECTRONIQUE EN RESEAU (INTERNET)

WWW.ERIDA.COM/CBLAISE,1996-1997.P.9

(8)-وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري أيضا في المادة 10/[1] من القانون المدني بقوله:«يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم».

(9)-أنظر المواد 323مكرر، 323مكرر1، 327من القانون 05-10المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

(10)-د/ثروت عبد الحميد،المرجع السابق،ص76.

(11)-د/صالح المنزلاوي، السابق،ص360.

(12)-د/ثروت بدوي، المرجع السابق،ص92-93.

(13) **HUET. (J).LE COMMERCE ELECTRONIQUE EN RESEAU OUVERT** (INTERNET), OP, CIT, P.17

(14)-د/هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001 ص427.

(15)-د/صالح المنزلاوي،المرجع السابق،ص 365.

(16)-وهذا أيضا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 18من القانون المدني المعدل بموجب القانون 05-10.

(17)HUET (J).OP.CIT.P 16

(18)-غير أن الأمر خلاف ذلك بالنسبة للعقود التي تقع عبر الشبكة وتنفذ خارجها لأنها تشير إلى عناصر مادية-كعنصر تسليم الخدمة مما تجعلها صالحة لتطبيق معايير القانون الدولي الخاص عليها.أنظر في هذا المجال د/صالح المنزلاوي،المرجع السابق ص368.

(19)-د/صالح المنزلاوي ،المرجع السابق،ص369.

(20)- د/صالح المنزلاوي ،المرجع السابق،ص376.

(21)- د/صالح المنزلاوي ،المرجع السابق،ص376.

(22)-قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996.

(23)-الفقرة 3من المادة13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

(24)-الفقرة 4من المادة13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

(25)-الفقرة 5من المادة13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996.

(26)-د/صالح المنزلاوي،المرجع السابق،ص 382.

(27)يظهر أن هذا الرأي يجد له سنداً في المادة 10/2 من القانون المدني الجزائري.

فهذه المادة بعد أن نصت على القاعدة العامة في شأن إخضاع الأهلية لقانون الجنسية عادت ونصت على أنه إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية ،وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خطأ لا يسهل على الطرف الأخر تبينه ،فإن السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة.

(28)-د/صالح المنزلاوي ،المرجع السابق،ص395.

(29)-وهذا ما يستفاد من اتجاه المشرع الجزائري في هذا المجال في قانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث نص على قبول الإثبات بالكتابة الإلكترونية وسوّى بين الكتابة بالشكل الإلكتروني والكتابة على الورق م323مكرر1، كما نص على الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني في المادة 327.

(30)-د/صالح المنزلاوي، المرجع السابق ص398.

(31)-هذا النصاب حددته المادة 333/2 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بالقانون 05-10بـ:100.000 دج

مع الخروج على مبدأ الإثبات بالكتابة في بعض الحالات وهي:

-التصرفات التي لا تتجاوز نصابا معينا.

-وجود مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي م336/2

-فقدان المستند الكتابي لسبب أجنبي لا يد للدائن فيه م336/3

-مبدأ الثبوت بالكتابة م335/1

(32)-د/صالح المنزلاوي،المرجع السابق،ص408.

(33)-د/ثروت بدوي ،التوقيع الإلكتروني ،مرجع سابق،ص97 وما بعدها.

(34)-د/صالح المنزلاوي، المرجع السابق،ص412.

(35)-د/صالح المنزلاوي، المرجع السابق،ص415.

(36)-أنظر المادة 62 من القانون المدني الجزائري.

(37)-د/صالح المنزلاوي، المرجع السابق،ص418.

(38)-د/صالح المنزلاوي، المرجع السابق،ص420.