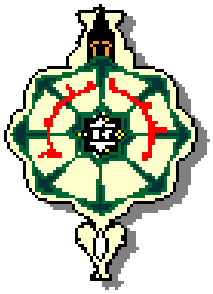
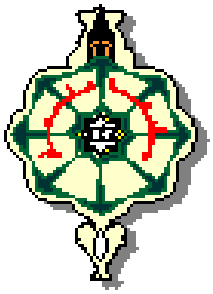
الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية





الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية

رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

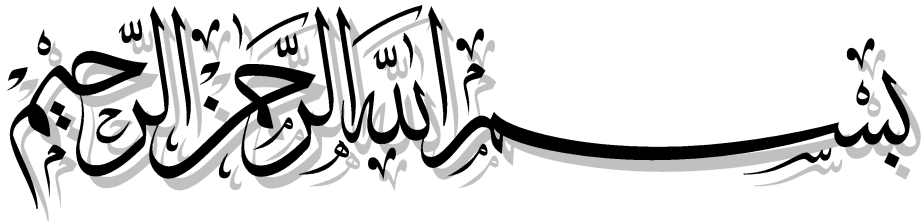
من إعداد الطالبة
خليفي مريم

تحت إشراف الأستاذ
كحلولة محمد

لجنة المناقشة

بن عمار محمد	أستاذ	جامعة تلمسان	رئيسا
كحلولة محمد	أستاذ	جامعة تلمسان	مقررا
فيلالي بومدين	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشاً
كراجي مصطفى	أستاذ	جامعة سيدي بلعباس	مناقشاً

السنة الجامعية: 2011 / 2012



﴿ قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ ﴾

سورة الزمر: الآية 09

﴿ يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴾

سورة المجادلة: الآية 11

الإهداء

إهداء خاص:

إلى من أعطت لجميع الأشياء معانيها

وغابت ما بين طرفة عين وانتباهتها

روح جدتي الطاهرة

وإليهم:

والدتي الكريمة . . . . . عرفانا

والدي الكريم . . . . . امتنانا

زوجي ابنتي وابني . . . . انصافا

إلى إخوتي . . . . . تقديرا واعتزازا

وإلى كل من أحب

شكر وامتنان

كل الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور **كحلولة محمد** الذي كان لي المرجع في تتبع هذا العمل بنصائحه القيمة وملاحظاته النيرة، لانجاز هته الرسالة ليستفيد منها كل طالب علم من بعد.

وأشكر جميع أساتذتي الكرام بكلية الحقوق.

كما أتقدم بالشكر الخاص للأساتذة الأجلاء أعضاء لجنة المناقشة.

المقدمة

مقـــدمة البـــحث

أحدثت ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات أو ما يعرف بالثورة المعلوماتية أو الثورة الرقمية تغييرا كبيرا مس أغلب القطاعات والمجالات، وزخما فكريا ومعنويا لم تقف حدوده على البعد التقني بل كان له تأثيره الاقتصادي والقانوني أيضا؛ فالاكتشافات والابتكارات تسارعت وتلاحقت لتصل إلى كل مكان وبصورة متزايدة إلى كل بلد لتعم الكرة الأرضية، ولعل أهم هذه الاختراعات التي غيرت وجه عالم التعاقدات والأعمال وخلقت فرصا متنامية للمعاملات الإنسانية أجهزة الحاسوب[1].

ولقد شهد عالم الحاسبات الآلية تطورات واسعة النطاق، انتهت بإمكانية ربط بعضها مع بعض عن طريق شبكات حاسوبية خاصة وعامة تتباين في نطاقها بين المحلي والعالمي، تصل بين حواسيب حول العالم بتقنيات مختلفة لتصنع طفرة جديدة في عالم وسائل الاتصال المسماة "شبكة الانترنت العالمية". التي غيرت في المفاهيم التقليدية للتجارة وأبرزت شكل آخر لمجتمع المعلومات[2].

وبعد النقلة النوعية والكبيرة التي حصل فيها التزاوج بين تقنيات الحواسيب والاتصال بعيدة المدى، وظهور الشبكات المتطورة، سهل أمر تبادل المعلومات وتوفرها في أي جزء من أجزاء المعمورة؛ مما جعل المعلومات تنتشر مباشرة بمجرد الانتهاء من إعدادها، وأصبح العالم المترامي الأطراف قرية كونية صغيرة تتناقل فيها المعلومات إلكترونيا وبسرعة فائقة عبر شبكة الإنترنت. وقد أسهم ذلك في توسيع دائرة حجم التبادل التجاري بين دول العالم، وأضحى العالم في سوق إلكترونية تنافسية واسعة لمختلف السلع والخدمات، وأصبحت مجالا خصبا أمام الدول للإفادة منها كوسيلة حديثة لزيادة حجم تجارتها الخارجية، وتحقيق معدلات نمو أعلى في اقتصادياتها؛ فارتبط بذلك انجاز المعاملات التجارية باستخدام شبكات الاتصال الإلكتروني، وفق آلية جديدة يشار إليها باسم "التجارة الإلكترونية" والتي ليست مجرد استشراف للمستقبل بل وصف لحاضر قائم ومتنامي.

فظهور التجارة الإلكترونية هو أحد روافد ثورة التكنولوجيا والمعلومات، ونتيجة حتمية للنمو السريع والمتطور في استخدام شبكة الإنترنت الدولية. كما أنها تعد أحد الركائز الأساسية للتبادل التجاري وللنمو الاقتصادي في معظم بلاد العالم في القرن الحادي والعشرين، وبذلك يتوقع أن تستحوذ على نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية، وسوف تبدأ هذه النسبة في التزايد شيئا فشيئا.

---

(1) تفجرت ثورة المعـــلومات مباشرة مع بداية ظـــهور الحاســـوب الآلي على يد العالمين الأمريكيين **J. W. Mauchly - E .Peckert** سنة 1945 في جامعة بنسلفانيا، وشاع استخدامه بعد ذلك في العالم، وتكونت مجتمعات الحاسب إلى أن وصل إلى العالم العربي مطلع الستينات على يد الشركات الأجنبية والمصارف.

(2) الإنترنت هو نظام ووسيلة اتصال من الشبكات الحاسوبية. يصل ما بين حواسيب حول العالم ببروتوكول موحد هو بروتوكول الانترنت تربط الإنترنت ما بين ملايين الشبكات الخاصة والعامة في المؤسسات الأكاديمية والحكومية ومؤسسات الأعمال، وتتباين في نطاقها ما بين المحلي والعالمي وتتصل بتقنيات مختلفة، من الأسلاك النحاسية والألياف البصرية والوصلات اللاسلكية. كما تتباين تلك الشبكات في بنيتها الداخلية تقنيا وإداريا إذ تدار كل منها بمعزل عن الأخرى لامركزيا ولا تعتمد أيا منها في تشغيلها على الأخريات.

ومما لا شك فيه أن التعامل التجاري عبر الانترنت وبوسائل الاتصال الحديث يعد أيضا أحد دعائم الاقتصاد الرقمي[1]. فالملاحظ أن معظم الشركات التجارية الكبرى تتجه إلى تبني أسلوب التجارة الإلكترونية في التعامل، فهذه الآلية هي النطاق النهائي لجميع التقنيات الحديثة للاتصال، وكل شركة ترغب في إنكار هذه الحقيقة محكوم عليها بالفشل، وكل دولة لا تسعى إلى مواكبة هذا الأسلوب التجاري الجديد ستجد نفسها عاجزة عن ولوج الاقتصاد الرقمي والمساهمة فيه، وستجد نفسها حتما على هامش سيرة التقدم.

ونظرا للتصاعد المتسارع في نمو حجم التجارة الإلكترونية مقارنة بحجم التجارة العالمية[2]، يسود العالم اليوم اهتمام كبير ومتزايد بهذا المنهج الحديث في الأعمال وزيادة الإقدام عليه؛ وهذا راجع إلى أن الانترنت سوف يصبح المنفذ الوحيد لتسويق التجارة الخارجية للدول، نظرا لاستمرار انخفاض تكلفة استخدامه، وفتح أسواق جديدة عبره، واشتراك غالبية البنوك والشركات فيه. الأمر الذي يجعل الحاجة إلى التجارة الإلكترونية مطلبا ضروريا وهاما، فلم تعد أبدا خيارا نقبل به أو نرفضه.

ولما كان مصطلح التجارة الإلكترونية من المصطلحات الحديثة جدا في عالم المال والأعمال، فمن الطبيعي أن يتم الخلط بينه وبين ما يقاربه من المصطلحات الأخرى كمصطلح الأعمال الإلكترونية، فالمصطلحين ليسا مترادفين كما يسود الاعتقاد وإنما هما مصطلحان مختلفان. فالأعمال الإلكترونية أوسع مجالا وأكثر شمولية، فهي تشمل التجارة الإلكترونية والبنوك الإلكترونية والحكومة الإلكترونية[3]، وأية منشأة قد تقيم شبكة عبر الإنترنت لإدارة أعمالها وأداء موظفيها والربط بينهم؛ في حين أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري لا سيما في التعاقدات حول طلب المنتجات والخدمات باستخدام وسائل إلكترونية وفي بيئة إلكترونية.

---

(1) إن التوظيف المتزايد لتقنيات الإعلام والاتصال والمعلومات في مجمل الأنشطة أصبحت سمة تميز عالمنا اليوم؛ فالتقدم الحاصل في التكنولوجيا كان له أثره السريع الذي أحدثه في الاقتصاد، حيث أن التطور الهائل للأنظمة المعلوماتية حوّل تكنولوجيا المعلومات إلى أحد أهم جوانب تطور الاقتصاد العالمي. وفي هذا السياق بزغ مفهوم الاقتصاد الرقمي أو اقتصاد المعلومات، والذي يمكن تعريفه على أنه :" ممارسة الأنشطة الاقتصادية في المجال الإلكتروني، باستخدام وسائط الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات، من خلال إيجاد روابط فعالة بين النشاط الاقتصادي" .

(2) حسب ما جاء في مقال ورد في العدد 3510 من جريدة عكاظ السعودية الصادرة بتاريخ 26 يناير 2011، بلغ حجم التجارة الإلكترونية العالمية ثمانية تريليون دولار أمريكي لعام 2010، منها 100 مليار نصيب الخليج العربي. وقد تبوأت المملكة العربية السعودية المركز الأول إقليميا بكسرها حاجز 28 مليار دولار من عام 2007 إلى أن تجاوز حجم تجارتها الإلكترونية 32 مليار دولار لعام 2010، وأشار المقال إلى أن التجارة الإلكترونية العالمية تنمو بشكل متزايد جدا، وأن الدول العربية لا تزال متأخرة كثيرا في مجالات التجارة الإلكترونية المختلفة. أما في المملكة تحديدا فإن الاستثمارات الكبيرة فيها لدعم التجارة الإلكترونية، وتوفير البنية التحتية اللازمة لنشر الثقافة الرقمية، وضعها على رأس قائمة دول المنطقة من حيث النمو الكبير في إعداد مستخدمي الإنترنت وحجم التجارة الإلكترونية.

(3) البنوك الإلكترونية أو بنوك الانترنت، هي مجرد فرع لبنك يقوم بتقديم خدماته المالية عن طريق موقع له على شبكة الانترنت. فهو موقع مالي وتجاري وإداري واستشاري، له وجود مستقل على الخط؛ وهو نظام يسمح للعميل بالوصول إلى حسابه، والحصول على مختلف الخدمات والمنتجات المصـــرفية من خلال شبـــكة الانترنـــت التي يرتبط بها جـــهاز حاسوبه الخاص أو هاتفه النـــقال أو أي وسيلة أخرى تمكنه من ذلك أما الحكومة الإلكترونية فهي استخدام تكنولوجيا المعلومات الرقمية في إنجاز المعاملات الإدارية، وتقديم الخدمات المرفقية، والتواصل مع المواطنين عن طريق شبكة المعلومات العالمية الانترنت، ويطلق عليها أيضا حكومة عصر المعلومات أو الإدارة الإلكترونية.

والحقيقة أن التجارة الإلكترونية لم تظهر فجأة وليست جديدة تماما كما يراها البعض. فلقد مرت بين قطاعات الأعمال الاقتصادية إلى أن وصلت إلى هذا الحد من التعامل، منذ بدء استخدام أجهزة الكمبيوتر في المؤسسات والمنشآت الاقتصادية، وقد كانت نقطة البداية في منتصف الأربعينيات، حيث تم اكتشاف أول جهاز حاسوب.

بعد ذلك في أواخر الخمسينيات، وبالضبط عام 1957 بدأت الشركات الكبيرة في استخدام الحاسبات الرئيسية في أداء بعض عملياتها، وبخاصة تلك العمليات المتصلة بإدارة المخزون من مكونات الإنتاج. واعتمدت الفكرة على تركيب نهايات طرفية للحاسب الرئيسي للشركة الكبيرة عند الموردين الرئيسيين، بصورة تتيح للمورد الرئيسي الإطلاع على مستوى المخزون المتاح لدى الشـــركة الكبيرة من الأصـــناف التي يقوم بتوريدها لها؛ ثم يقوم بناءا على ذلك بتلبية متطلبات الشركة للحاسب الرئيسي للشركة الكبيرة عند الموردين الرئيسيين، بما يمكن للمورد الرئيسي معرفة مستوى المخزون المتاح لدى الشركة الكبيرة من الأصناف التي يقوم بتوريدها لها، وتغذية الحاسب بالبيانات مباشرة.

وفي بداية الستينيات عام 1960، قامت الشركات باستخدام نظام التبادل الإلكتروني للوثائق(البيانات) [1] باستخدام الشبكات الخاصة. ويعتمد نظام التبادل الإلكتروني للبيانات**(EDI)** [2] على وجود نظام قياسي يستخدم لتحقيق الربط بين الحاسبات والنظم المختلفة، ويقوم برنامج خاص بتحويل شكل ونمط البيانات المستخدمة في حاسب معين إلى النمط الخاص بالنظام القياسي أو العكس، ومن خلال ربط الحاسبات بعضها ببعض بما يحقق التبادل في الوثائق؛ فنظـــام التبـــادل الإلكـــتروني للبيـــانات **(EDI)** فتح آفاقا جديدة أمام التجار والمستهلكين، وساعد في تكوين شكل التجارة الإلكترونية، وكان له دوره أيضا في توسع تطبيقها من مجرد معاملات مالية إلى معاملات أخرى؛ وتسبب في ازدياد الشـــركات المســـاهمة في هذه التقنية من مؤسسات مالية إلى مصانع وبائعي التجزئة [3]، وتعاظم هذا الدور بإنشاء شبكات القيمة المضافة **(VAN)** [4]

---

(1) نظام تبادل البيانات إلكترونيا، هو مجموعة من المعايير المستخدمة في تبادل معلومات العمل بين أجهزة الكمبيوتر التابعة للشركاء التجاريين وتنفيذ صفقات العمل بطريقة إلكترونية لا تعتمد الورق. ومن العمليات والشؤون التي يقوم نظام تبادل البيانات إلكترونيا بنقل المعلومات المتعلقة بها: الاستعلامات، وطلبات الشراء، والتسعير، وحالة الطلبات وجدولة المواعيد، والشحن، والاستقبال، ودفعات الفواتير، والعقود، وبيانات الإنتاج إضافة إلى المبيعات. ولا يعتمد نظام تبادل البيانات إلكترونيا على أنواع أجهزة الكمبيوتر، أو الأنظمة البرمجية، أو العمليات المستخدمة في العمل.

(2) **(EDI)** وهي اختصارا لـــ **E**lectronic **D**ata **I**nterchange

(3) لقد أدركت الكثير من الشركات في ذلك الوقت أهمية نظام التبادل الإلكتروني للبيانات، من أجل تسريع تبادل وتناقل المعلومات وتقليص الاستخدام المفرط للورق، وتخفيض التكلفة الباهظة للاتصالات؛ حتى تتمكن من تجنب حالات التأخير، وأسباب الإعاقة في العمل إذا أرادت أن تظل قادرة على المنافسة في قطاع الأعمال.

(4) **(VAN)** وهي اختصارا لـــــ **V**alue **A**dded **N**etworks، والواقع أن شبكات القيمة المضافة (VAN) أكثر كلفة من النقل المباشر، ولكنها بالمقابل أكثر فعالية بسبب قدرتها على تحويل البروتوكول. مما يعني أنها تتيح الاتصال بين الشركاء التجاريين الذين يملكون أنظمة كمبيوتر مختلفة.

حيث تقوم الشركة بالتعاون مع شركة أخرى طرف ثالث موفرة لهذه الخدمة، وذلك لإتاحة الاتصال الإلكتروني مع الشركاء التجاريين، وتوفر شبكات القيمة المضافة جميع المعدات التي يحتاجها الشركاء التجاريون في إرسال واستقبال المعلومات بشكل آمن.

وفي السنوات الأخيرة، استطاع الانترنت أن يحل محل نظـــام الـــتبادل الإلكـــتروني للبيانات شيئا فشيئا من خلال التطور المتتابع الذي طرأ على استخدام الشبكة في الأغراض التجارية. ففي بداية استخدامه اكتفت الشركات بعرض أنشطتها ومميزات خدماتها على مواقعها الإلكترونية الخاصة، ليتعرف عليها متصفحي الشبكة، فاقتصر دور الانترنت على مجرد الدعاية والإعلان[1].

وبعد تزايد عدد مستخدمي الانترنت، سعت الشركات إلى تحسين مواقعها، من خلال أحدث أنواع البرامج والتقنيات حتى يسهل على العميل التعرف عليها وعلى خدماتها. ومع تنامي ما تقدمه الشبكة من خدمات، تغيرت صورة الشركات التجارية لتكون لها متاجر افتراضية، تحقق المبادلات التجارية بين الشركات بعضهم البعض وبين هذه الشركات والعملاء. وبذلك تخطت الشركات مرحلة الإعلان والترويج إلى مرحلة إتمام عمليات البيع عن طريق الانترنت[2]، الأمر الذي نقل التجارة بمفهومها التقليدي الواسع إلى العالم الافتراضي ليكوِّن الشكل الحالي للتجارة الإلكترونية[3].

ومن المعلوم أنه عند التحول من نظام ما إلى نظام جديد، فلا بد من تفهم طبيعة هذا النظام الجديد أهميته ومميزاته وبالتالي قبوله من أجل المساهمة في إنجاحه. وانطلاقا من معطيات التعامل مع نظام العمل الذي تعتمده

---

(1) الملاحظ اليوم أن أغلب المتاجر الإلكترونية العربية هي متاجر للعرض والإعلان فقط، وهي بذلك تمارس عملية التجارة الإلكترونية بصورة غير كاملة. فدورة التجارة الإلكترونية لا تكتمل بالعرض والإعلان فقط، بل بإتمام عملية البيع وإيصال المنتوج إلى المشتري في المكان والزمان المطلوبين وبسبب عدم توفر البنية اللوجستية الكافية في البلاد العربية؛ فإن أغلب المتاجر الإلكترونية تكتفي بتنفيذ نصف دورة التجارة الإلكترونية، وهو ما يطلق عليه البعض التجارة الإلكترونية الساكنة.

(2) هنا لا بد من التنويه وحتى لا تختلط الأمور، أن ثمة حقيقة منطقية مفادها لا تجارة إلكترونية بدون وسائل إلكترونية. والوسائل الإلكترونية لا نقصد بها فقط شبكة الانترنت، بل تشمل كذلك الوسائل الإلكترونية الأخرى كجهاز المينيتل والتيلكس والفاكس وكذا الهاتف والتليفزيون، إنما المعبر عن وسائل التكنولوجيا المدمجة اليوم هو الانترنت، أي جهاز حاسوب يتيح الربط بينه وبين غيره من الأنظمة لتبادل المعلومات وانتقالها وتحقيق عمليات الدخول إلى النظام ومنه إلى الأنظمة الأخرى. فالانترنت روج أكثر من غيره من الوسائل الأخرى أداة أو آلية التجارة الإلكترونية، لتصبح عمليا كمبيوتر أو أية وسيلة أخرى تتيح الولوج إلى الشبكة وموقع ومحتوى؛ فكمبيوتر يتيح إدخال البيانات ومعالجتها وتصميم عرضها واسترجاعها، شبكة تتيح تناقل المعلومات من النظام وإليه، موقع على الشبكة لعرض المنتجات والخدمات وما يتصل بها كالإعلان والترويج ومحتوى وهو مفردات الموقع من المنتجات والخدمات وتنفيذ عمليات الوفاء بالثمن وغيرها. وعليه ارتبط نماء التجارة الإلكترونية بل وجودها الفعلي في وقتنا هذا بشبكة الانترنت.

(3) إن الفرق بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية يكمن فقط في كيفية إبرام العمليات التجارية، حيث أن للتجارة الإلكترونية أسلوبا غير تقليدي في الوصول إلى المستهلكين في كافة أنحاء العالم. يعتمد على الوسائل التقنية، بما تحقق عائدات ضخمة يقابلها انخفاض كبير في التكاليف مقارنة بالتجارة التقليدية، كما يمكن للشركات من خلال التجارة الإلكترونية القيام بإدارة أفضل لعمليات الشراء والبيع والنقل والتوريد، ورافق ظهورها تغير جوهري ببيئة الأعمال الخاصة بها. فمن جهة هي أداة ذات طابع غير ملموس، ومن جهة أخرى ونظرا لطابعها الفريد من نوعه رافقها غياب التوثيق المستندي لأغلب مراحل العمليات التجارية التي تتم من خلالها.

التجارة الإلكترونية نجده يوسم بالمزايا التالية:

- تساهم التجارة الإلكترونية في توسيع نطاق الأسواق المحلية، بحيث تتصل ببعضها البعض على مستوى العالم؛ ومن ثم تساهم بكفاءة تسويق السلع والخدمات، مما يخلق جوا تنافسيا يفيد العملية الإنتاجية بشكل كبير.
- يمكن للتجارة الإلكترونية أن تتيح إمكانية إنشاء أسواق أكثر تخصصا، على نحو قد لا يكون ممكنا عبر سبل التجارة التقليدية.
- من خلال آلية التجارة الإلكترونية، يمكن الوقوف على احتياجات الأسواق المختلفة، وتحقيق التواصل المستمر مع العملاء. حيث يمكن للشركة الاتصال على نحو أسهل بشركائها أو عملائها، من خلال تقنية البريد الإلكتروني أو الرسائل الفورية، أو عبر برامج التخاطب على الإنترنت(1).
- يمكن للشركة التعرف على منتجات وأسعار الشركات المنافسة، مما يتيح لها دراسة السوق ووضع أسعار أكثر تنافسية من أجل تحقيق النجاح والحصول على نصيب وافر من العملاء. كما يمكنها التعرف على أفكار جديدة في المجال الذي تعمل فيه، من أجل خلق المزيد من الابتكار وتحسين المنتج والبقاء على مستوى المنافسة.
- تعمل التجارة الإلكترونية على تخفيض تكاليف المراسلات والدعاية والإعلان، حيث تتيح الإنترنت وسيلة اتصال رخيصة الثمن إلى حد كبير مقارنة بوسائل الاتصال التقليدية مثل التليفون والفاكس كما تؤدي إلى توفير الوقت والجهد، حيث يمكن على سبيل المثال إرسال رسالة بالبريد الإلكتروني إلى العديد من الأطراف في نفس اللحظة.
- كذلك ما يميز أنشطة التجارة الإلكترونية، هو عدم الحاجة إلى رأس مال كبير وانخفاض التكلفة مقارنة بأنشطة التجارة التقليدية إلى حد كبير؛ حيث أن تكلفة إنشاء المتاجر الافتراضية أقل بكثير من تكلفة إنشاء المتاجر التقليدية(2)، لأنها لا تحتاج إلى معارض أو مخازن أو مجمعات تسـويق، إذ يكـفي وضع موقع على الإنترنت للتعريف بنشاط الشركة وعرض منتجاتها ومزاياها. كما يؤدي ذلك أيضا إلى خفض عدد العاملين بالشركة فيكفي عدد قليل منهم للإشراف على أنشـطة التجارة الإلكترونية

---

(1) تستطيع الشركة من خلال موقعها على الإنترنت، تحقيق تسويق أفضل لمنتجاتها وأكثر فعالية من خلال الوصول إلى عدد هائل من المستهلكين على مستوى العالم ولمدة 24 ساعة يوميا؛ حيث يمكنها تلقي طلبات المستهلكين في أي ساعة من ساعات الليل أو النهار والرد عليها في الحال.

كما يمكن أيضا تلقي اقتراحات المستهلكين أو التجار، والعمل على تحسين منتجات الشركة وتلافي أية عيوب بها، وتستطيع الشركة أيضا شرح كافة تفاصيل المنتج وكيفية استخدامه.

(2) يمكن تعريف المتجر الافتراضي من الناحية التقنية المبسطة، على أنه موقع إلكتروني مبرمج مسبقا ومدعم بتكنولوجيا تفاعلية ومجموعة من الأدوات مبرمجة بإمكانيات مرئية ومحسوسة, ومدعومة بالعديد من المعلومات عن طبيعة وأسعار الخدمة أو السلعة المقدمة للبيع وما يخدمها من مواد تسويقية وتعريفية مسجلة ومعدة للعرض أو متاحة للتحميل على هذا الموقع؛ ويقوم هذا الموقع بدور الوسيط بين البائع والمشتري, وذلك دون الحاجة للانتقال أو التخاطب المباشر بين الطرفين.

وخدمة العملاء.

- تمد التجارة الإلكترونية المشترين بمدى أوسع من الخيارات عن التجارة التقليدية، حيث أنه يمكنهم النظر في منتجات وخدمات متنوعة كثيرة من مجموعة أوسع من البائعين. وهذا التنوع المتسع متاح للعملاء للتقييم على مدار الساعة وكل يوم وعلى طول الأسبوع والشهر والسنة، ويفضل بعض المشترين الحصول على قدر كبير من المعلومات لاستخدامها في تقريرهم للشراء.
- كذلك تمتد منافع التجارة الإلكترونية إلى الرخاء العام للمجتمع. فالمدفوعات الإلكترونية المقبولة الدفع عالميا والتي يمكن للشخص استخدامها في عمليات البيع والشراء[1]، تغنيه عن استخدام النقود الورقية أو المعدنية؛ مما يسهل عمليات التداول، ويساعد البنوك على زيادة الائتمان.

ورغم وجود كل هذه المميزات للتجارة الإلكترونية، إلا أن هذا لا يجعلها خالية من السلبيات والعيوب ونقط الضعف، التي تعوق نموها والتي يعمل الآلاف بل الملايين من العقول على حلها. وفي ما يلي استعراض لبعض هذه السلبيات:

- تتمثل أبرز عيوب التجارة الإلكترونية في الجوانب الأمنية، التي من بينها إمكانية اختراق مواقع التجارة الإلكترونية في بعض الأحوال وسرقة المعلومات الموجودة بها، والتي قد يكون من بينها أرقام بطاقات العملاء.كذلك يمكن تخريب هذه المواقع أو تدميرها عن طريق الفيروسات، أو تغيير محتوياتها أو تعطيلها عن العمل أو محو البيانات الموجودة بها.
- أزمة الثقة التي تكون بين الطرفين في ظل بعد المسافة بينهم، وصعوبة الرقابة على المعاملات يؤدي إلى احتمال حدوث تعاقدات صورية باستخدام شبكة الانترنت، وحدوث حالات نصب واحتيال بسبب عدم القدرة على التحقق من شخصية المتعاملين.
- التغير المستمر والسريع في البرمجيات المستخدمة في إدارة مواقع التجارة الإلكترونية على نحو دائم يتطلب عملية تحديث مستمرة تتطلب تكلفة باهظة في بعض الأحيان.
- بعض أنشطة الأعمال لا يمكن بحال أن تدخل في التجارة الإلكترونية، مثل الأغذية سريعة التلف والأصناف عالية التكلفة مثل المجوهرات والآثار، حيث يكون من المستحيل معاينتها بدرجة كافية من مكان بعيد.
- إمكانية تعطل مواقع التجارة الإلكترونية، مما قد ينجر عنه توقف الخدمات المتاحة من خلالها.

---

(1) الدفع الإلكتروني: هو منظومة متكاملة من النظم والبرامج التي تهدف إلى تسهيل إجراء عمليات الدفع الإلكتروني الآمنة، وهو المال أو العملة التي تتبادل بصفة إلكترونية. وتعمل هذه المنظومة تحت مظلة من القواعد والقوانين، التي تضمن سرية تأمين وحماية إجراءات الشراء وضمان وصول الخدمة. وتكمن الحاجة إلى عمليات الدفع الإلكتروني في تنفيذ الإجراءات الإلكترونية، مثل تحويل الأموال بين البنوك والعملاء، الدفع للشراء عن طريق الانترنت مقابل الحصول على السلع أو الخدمات، تسديد مستحقات الدولة على المواطن مثل غرامات المخالفات، تسديد فواتير الخدمات الأساسية مثل الماء والكهرباء والهاتف وغيرها.

- سرعة التطور التي يمكن أن تمثل عاملا سلبـــيا على من لا يســـتطيع مجاراتها[1].

وعلى الرغم من وجود السلبيات المتقدمة، والتي تعد معوقات ارتبطت بازدهار التجارة الإلكترونية وتطورها، إلا أن العلم والمعرفة يتطوران يوما بعد يوم، من أجل الظفر بالحلول وتذليل الصـــعوبات التي تواجهها. لكن هذا التطـــور التقني يحدث ثورة لا شك فيها في الأنظمة القانونية التي عهدناها وتعودنا عليها الأمر الذي دفعنا لاختيار الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية كموضوع لبحثنا هذا.

موضوع البحث:

يرجع السبب في عنونة هذا البحث بالرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، لأن هته الأخيرة أحدثت فعلا تغييرا جذريا على معارفنا القانونية السابقة؛ فظهور وتطور التجارة الإلكترونية طرح أكثر من رهان أدى إلى ضرورة خلق إطار قانوني أكثر تأقلما مع التطـــورات الحاصلة، مقارنة بالإطار القانـــوني الحالي الخاص بالتجارة التقليدية.

ومع ذلك فحقيقة وجود فراغ تشريعي تعاني منه معاملات التجارة الإلكترونية، لا يعني الإسراع بسن تشريعات جديدة ومستحدثة، قبل التأكد من عدم وفاء التنظيمات القانونية القائمة بمتطلباتها.

وعليه ولما كانت أبرز القضايا المطروحة في إطار الرهانات القانونية هي وجوب أو عدم وجوب التأطير القانوني للتجارة الإلكترونية، فإن هذا التأطير أو التنظيم يحتاج بالضرورة إلى دراسة أبعاده وانعكاساته القانونية في ضوء القواعد القانونية القائمة. لذلك فإن البحث يجب أن يتجه إلى الكشف على المسائل أو الصعوبات والمخاطر التي يواجهها التبادل التجاري الإلكتروني بشكله الحديث على الصعيد القانوني.

أسباب اختيار موضوع البحث:

الحقيقة أن المتغيرات السريعة التي طالت المعاملات التجارية، فرضت على المشرع وعلى المجتمعات ضرورات التأقلم الواقعي والتشريعي معها، كما أجبرت العاملين بالمجال القانوني على التجاوب مع الالتزامات التي على بساط البحث والتعامل.

ولا شك أن التعامل التـــجاري بوسائل الاتصال الحديثة، شكل أحد المتغيرات التي يجب التعامل معها بمقتضى أن التغيير الذي طرأ على التجارة من خلال الاستفادة من تكنولوجيا المعلومات ليس في مفهوم النشاط التجاري بذاته، إنما بوسائل وأدوات ممارسته وطبيعة العلاقات الناشئة في هذا الإطار؛ حيث أدخلت عناصر جديدة على المفهوم التقليدي للتجارة، خلقت إشكاليات قانونية كثيرة، لم تكن موجودة فيما سبق يجب الوصول معها إلى حلول وتشريعات.

---

(1) تحاول العديد من الدول العربية متابعة المستجدات العالمية في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، وما تعززه من متغيرات جديدة من خلال تطوير وتحديث اقتصادياتها، لتواكب التطورات السريعة والمتلاحقة من تكنولوجيا المعلومات. ومع ذلك نلاحظ تواضع حجم وإمكانيات التجارة الإلكترونية في العالم العربي، وهذا راجع لعدم توفير البنية التحتية الكافية، التي تتيح الاتصال بالانترنت، والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات.

ومن منطلق أن الجوانب القانونية تشكل العمود الفقري للتجارة الإلكترونية، فإن تنظيمها القانوني هو أبرز ما يواجهه المهتمين بحقل القانون. فوضع قوانين وضوابط قانونية تتلاءم وأنماط العمليات التجارية الإلكترونية الحديثة، هو أحد أهم البنى التحتية اللازمة لقيامها ونموها، لا سيما في ظل حداثة الظاهرة، وتباين أطر الأنظمة التشريعية المحلية لدول العالم.

يتجلى مما سبق أن التجارة الإلكترونية يتولد عنها العديد من الموضوعات الجديدة بالمجال القانوني بفروعه المختلفة تحتاج إلى دراسة قانونية معمقة. الأمر الذي حرك اهتمامنا لاختيار موضوع البحث، إضافة إلى البعض من الأسباب النظرية والعملية نوجزها فيما يلي:

❖ الأسباب النظرية:

محاولة الوصول إلى بعض الحلول التي تؤدي إلى توفير الثقة والأمان في وسائل الاتصال المستخدمة في التجارة الإلكترونية؛ لأن تسليط الضوء على التساؤلات القانونية التي تثيرها، يكشف الظلمة على الفراغ القانوني الموجود، والذي يترك أثره في قرار الراغبين في إجراء معاملاتهم إلكترونيا.

فلا مراء أن نمو التجارة الإلكترونية وازدهارها، مرهون بمدى توافر الثـــقة المتـــبادلة بين طرفي العـــلاقة أي القائمين على التجارة الإلكترونية من جهة والمستفيدين منها من ناحية أخرى.

❖ الأسباب العملية:

عندما طرح لنا العلـــم التقنيات الحديثة من حاسوب وشبكة معلومات، لم يترك لنا الخيار في استخدامها ومن ثم وبشكل طردي، ليس لنا الخيار في العـــزوف عن وضع الأطر والقواعـــد القـــانونية بما يتناسب مع طبيعة هذه التقنيات.

ولما كان القانون لا يتطور بنفس السرعة التي تتطور بها التكنولوجيا الحديثة، فالمشكلة الحقيقية للتجارة الإلكترونية هي عدم قدرة القانون ملاحقة ومسايرة المستحدثات التقنية، والتجاوب مع الاحتياجات التي تولدها معطيات هذه التجارة. وهو منبع القضايا والمسائل القانونية التي تفتقد وجود حل قانوني، وبالتالي تظهر في شكل رهانات تعوق انطلاق المعاملات التجارية الإلكترونية.

ومن منطلق أن التجارة الإلكترونية لا تزال في مراحلها الأولى، فمن الطبيعي أن تطرح عقودها الكثير من الجدل في الوسط القانوني وتثير الكثير من التعقيدات، من هنا يأتي هذا البحث بغية إضفاء بعض العمق على التساؤلات التي تطرحها، لأن عدم الكشف عنها يجعل هذه المسائل تظل بمثابة ثغرات في القانون، يغيب معها الأمان القانوني المنشود من مواكبة مقتضيات العصر وحاجة المعاملات التي تتم في إطار التجارة الإلكترونية.

ومن جانب آخر نحاول من خلال هذه الدراسة توضيح قصور التشريع الجزائري في تنظيم ووضع الضوابط القانونية التي تتلاءم وأنماط العمليات التجارية الإلكترونية الحديثة. فرغم سن المشرع الجزائري لبعض القوانين والنصوص التي تمس بشكل أو بآخر أحد جوانب التجارة الإلكترونية، إلا أن منظومتنا التشريعية لا زالت لا تتوافق مع القوانين العالمية؛ فغياب الإطار التشريعي يعد عقبة أمام انسياب هذه المعاملات، وهو ما يبرر

التطبيقات المحتشمة للتجارة الإلكترونية في الجزائر، مقارنة بنسب النمو العالية التي تسجلها في العديد من دول العالم وحتى بعض الدول العربية.

ومن ناحية الدراسات والأبحاث التي عنيت بهذا المجال، قد لاحظنا أن أغلبها كانت مقصورة على جانب محدد من جوانب التجارة الإلكترونية؛ وهو ما ولد لدينا الرغبة في تناول أغلبية الموضوعات مما لها علاقة بالتجارة الإلكترونية، والتي تثير تساؤلات تحتاج إلى تنظيم قانوني. وهذا لا يعني أن غير هذه المواضيع لا تحتاج إلى تنظيم، بل ثمة مجالات تحتاج إلى تدخل قانوني سريع تم التعرض لها حسب أولوياتها.

فالاهتمام بالمسائل القانونية التي تثيرها التجارة الإلكترونية، يؤدي إلى إلغاء مجموعة القيود القانونية وشق طريق للتغلب عليها، وإيجاد الحلول المناسبة.

أهمية موضوع البحث:

تتجلى أهمية هذا البحث وتظهر من ناحيتين، الناحية العلمية والناحية العملية:

❖ الأهمية العلمية:

تتمثل في إزالة الغموض الذي يحيط بمفهوم التجارة الإلكترونية، وإظهار ذاتية العقود التجارية المبرمة بالوسائط الإلكترونية، ووجه اختلافها عن سائر العقود الأخرى؛ وتقديم تحليل لمختلف القضايا المتصلة بهذه العقود وما يحيط بها من مسائل ومشكلات، وما يمكن أن يقدم لها من حلول، في صورة حماية للمتعاملين في البيئة الإلكترونية. كل ما سبق في شكل أفكار قانونية رامية لتبسيط التجارة الدولية عبر شبكة المعلومات.

❖ الأهمية العملية:

إن التحول من بيئة تجارة تقليدية إلى أنماط تجارة إلكترونية، تتم من خلالها التبادلات والأعمال والأنشطة التجارية عبر بيانات رقمية، يمثل تحديا حقيقيا أمام الدول خاصة العربية منها، حيث تفتقر غالبيتها لقابلية التحول الجذري إلى هذا النمط الجديد. فكثير من الشركات التجارية في البلدان العربية مرتبطة ارتباطا وثيقا منذ نشأتها بأنماط التجارة التقليدية في عملياتها التجارية محليا وخارجيا، وعدم استيعابها بشكل كاف لمفهوم الأعمال الإلكترونية الجديد، يجعل التحول إلى التجارة الإلكترونية أمرا صعبا عليها؛ لذلك يتطلب الأمر أولا قناعتها بأهمية وفائدة التجارة عبر الإنترنت، ومن ثم انتظار تبني سياسات ووضع استراتيجيات مرحلية للتحول إلى التجارة الإلكترونية.

هدف البحث:

يهدف البحث عموما إلى تحليل ظاهرة التجارة الإلكترونية وسبر أغوار جوانبها القانونية، وإبراز أوجه حمايتها القانونية وأبعادها المتعددة. ليكتمل هذا الهدف بتطوير البنيان القانوني لها، الذي يحقق الأمن والسلامة للشكل الجديد من أشكال التبادل التجاري.

صعوبة موضوع البحث:

إن اتساع العلوم القانونية يتضاءل أمامها أي جهد يبذل في الإحاطة والإطلاع، لذلك لا يمكن أن يوصف أي جهد مهما بلغ في سبيل البحث القانوني بأزيد من أنه جهد مقل. لكن هذا لا يمنعنا من الإشارة لصعوبة البحث في هذا الموضوع في العديد من النواحي، نذكر من أهمها:

- البحث يتعلق بالتجارة الإلكترونية والتي لا زالت في مرحلة النضج القانوني، حيث أنها وإن كانت ليست حديثة في بعض دول العالم، إلا أنها في الواقع حديثة بالنسبة للدول العربية.
- ارتباط مصطلح التجارة الإلكترونية بالمصطلحات التقنية، فكان لزاما فهم هذه المصطلحات ولو بشكل بسيط، لاستيعاب مسار العمليات التجارية عبر شبكات الاتصال المختلفة؛ فيجب الإحاطة بمفردات الواقع التقني على الأقل في حدها الأدنى، قبل البحث في الحلول التشريعية التي تتناسب مع طبيعة المعاملات الإلكترونية.
- موضوع الدراسة فرض علينا التعرض إلى أكثر من فرع من فروع القانون، مثل القانون المدني، القانون التجاري، القانون الدولي الخاص، والقانون الجنائي. كما استدعى البحث أيضا التطرق إلى مواقف العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبية.
- تعدد المسائل التي تطرحها عقود التجارة الإلكترونية وغموضها، أظهر اختلاف فقهي في الرأي في الكثير منها، وعدم الاستقرار على رأي محدد؛ الأمر الذي يفرض المزيد من الدراسة والتعمق.
- لما كانت معاملات التجارة الإلكترونية جديدة في مجال العلاقات التجارية الدولية، لاحظنا ندرة الأحكام القضائية التي يمكن الاستئناس بها، للاهتداء إلى حلول للمشكلات والقضايا القانونية التي تطرحها الدراسة.
- التطورات التقنية المســـتمرة، التي تستوجب متـــابعة دقيقة.

منـــهج البـــحث:

إن اختيار منهج البحث يتوقف على نوعية البحث، وعلى مدى ملاءمته للمسائل التي يدرسها وللأهداف المتوخاة منه. ونظرا لخصوصية وتشعب القضايا التي يتطرق لها، فقد اعتمدنا على عدة مناهج علمية تتكامل فيما بينها في محاولة للإلمام بجوانب موضوع البحث.

ـــ فقد استعملنا بداية المنهج التأصيلي، وذلك من أجل رد الفروع والجزئيات إلى أصولها العامة، الواردة إما في القانون المدني أو التجاري أو الجنائي.

ـــ والمنهج الوصفي الذي يصف الظاهرة محل البحث والمعلومات والحقائق، ووضعها في قالب محكم ومكتمل.

ـــ أما المنهج التحليلي الذي يعتمد على الدراسة المعمقة لجزئيات البحث، فقد اعتمدناه في استعراض الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية والقوانين الوطنية وجهود المنظمات الدولية المتعلقة بموضوع البحث وفي التطرق لجميع الآراء المتعلقة بأهم القضايا والمسائل والقيام بالتحليل اللازم.

ـــ فضلا عن استخدام المنهج المقـــارن في بعض المواضـــع، من أجل إيضاح وإظهار المواطن التي تستوجب تدخل المشرع.

ونشير إلى أننا استخدمنا العديد من المصطلحات التقنية، لأن موضوع البحث يرتبط بالمفاهيم الفنية لتقنيات الحاسوب وشبكة الانترنت، وحتى يستقيم البحث كان لا بد من إبراز هذه المفاهيم الجديدة.

إشكالية موضوع البحث:

أصبح من الشائع اليوم استخدام مصطلح التجارة الإلكترونية، إلا أن شيوع هذا الاستخدام لا يرتبط في حقيقته بمعرفة واضحة وجلية بمضمون التجارة الإلكترونية؛ لذلك أصبح مفهومها قاصرا متناقضا وسطحيا يحتاج إلى تدقيق، خاصة وأن هذه التجـــارة ترتبط بشكل وثيق بمســـتوى متقدم من تقنيات تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

ومنذ ظهور التجارة الإلكترونية وعلى نحو متزايد، رافقتها الكثير من المسائل والقضايا القانونية النظرية والعملية، التي ظهرت لتؤثر على حركة التجارة المذكورة. لتشكل في مجموعها رهانات قانونية تواجه معاملات التجارة بأسلوبها الجديد، تتعلق بفروع القانون المختلفة، وبصفة خاصة في مجالات القانون المدني القانون التجاري، القانون الدولي الخاص، والقانون الجنائي.

هذه المسائل القانونية مدنية كانت أو جنائية، لا ينحصر تأثيرها على المستوى الداخلي بل لها أبعادا دولية ومن شأنها أن تهز ثقة العملاء في التجارة الإلكترونية، وتؤثر على حجم الإقدام عليها.

يتفرع من هذا أن للبحث تساؤلات جوهرية في موضوعه، نحاول الإجابة عليها من خلال مختلف التوصيفات والتحليلات والمقارنات. تدور في معظمها حول الرهانات والمخاوف القانونية المطروحة في سياقه ومن أهم هذه التساؤلات: ما هي المســـائل والتحديات المدنية والجنائية التي تواجه التـــجارة الإلكـــترونية؟ وما هي آليات توفير الحماية القانونية اللازمة والمأمولة لها ؟ وهل التشريعات بوضعها الحالي تعتبر كافية لذلك أم أن الأمر بحاجة إلى سن قوانين خاصة أو إدخال تعديلات على القوانين القائمة؟

مما سبق تبدو لنا أن الإشكالية التي يطرحها هذا الموضوع، ترتبط بالمعالجة القانونية الحديثة لمسائل التجارة الإلكترونية، التي تخلق تحديات جديدة للنظم القانونية القائمة؛ بما يحقق الحمـــاية المدنية والجنائية لحقوق المتعاملين إلكترونيا وأموالهم المتـــداولة عبر الوســـائط الإلكترونية، وذلك طبعا بما يتناســـب مع دولية عقد التجارة الإلكترونية.

خطــة البـــحث:

ترتيبا على ما سبق ولعرض كافة الأفكار التي تتعلق بموضوع البحث، فقد تم تقسيمه إلى بابين رئيسيين خصص الباب الأول للمسائل القانونية للتجارة الإلكترونية، وحيث أن الإشكالات التي تتعرض لها التجارة الإلكترونية على نوعين مدنية وجنائية؛ قسمنا هذا الباب إلى فصلين، نتعرض في الأول للمسائل المدنية للتجارة الإلكترونية، وفي الثاني للمسائل الجنائية التي تطرحها.

أما الباب الثاني نعرض فيه الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، فهته الأخيرة لما أثارت العديد من المسائل والقضايا التي تمس بشكل مباشر أطراف المعاملات، كان لا بد بالموازاة مع ذلك أن يتجه مؤشر البحث إلى كيفية توفير الحماية اللازمة، حتى يتمكن الراغب في التعامل بهذا النوع الجديد من التجارة من الإقبال عليها بكل اطمئنان. هذه الحماية إما أن تكون مدنية أو جنائية، وبذلك يتضمن هذا الباب، فصلين فصل نبين فيه الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية وآخر الحماية الجنائية لها.

على أن نبدأ ونستهل الدراسة بفصل تمهيدي، خصصناه للبحث في ماهية التجارة الإلكترونية؛ كل ما سبق على النحو التالي:

الفصل التمهيدي: ماهية التجارة الإلكترونية

الباب الأول: المسائل القانونية للتجارة الإلكترونية

الباب الثاني: الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية

وننتهي في خاتمة رسالتنا إلى وضع ما نراه مناسبا من توصيات

والله المســـتعان

الفصل التمهيدي

ماهية التجارة الإلكترونية

الفصل التمهيدي: ماهية التجارة الإلكترونية

في ظل المتغيرات الجديدة التي يشهدها العالم بموجب الثورة المعلوماتية، والتطور الهائل لوسائل الاتصالات على نحو غير مسبوق؛ كان من الطبيعي جدا أن يتغير مفهوم التجارة التقليدي، ويظهر مفهوم جديد وموازي يعكس تطبيقات عصر التكنولوجيا والاكتشافات الجديدة، ويوفر أسلوب مميز في عقد الصفقات التجارية الناجحة، وذلك من خلال ما يعرف بـــ"التجارة الإلكترونية". التي فتحت المجال أمام الدول لرفع استثماراتها المالية وتوسيع أسواقها المحلية والدولية، وفق ما يوفره العمل التجاري الإلكتروني، من سهولة في التنفيذ والتسويق والدفع، والقـــدرة على الوصـــول إلى أكبر عدد ممـــكن من المستـــهلكين وبأقل التكاليف.

ونظرا لحداثة هذا الموضوع، وإفرازه لمفردات جديدة غير مسبوقة، وظهور أنماط جديدة للتجارة جلبتها ثورة الاتصالات؛ تجلت رغبة الدول في الاستفادة من هذه التجارة بالطريق الإلكتروني كدعامة أساسية للاقتصاد الرقمي. وتنامى مع ذلك الاهتمام بماهية نمطها الجديد حيث أن الصبغة الفرضية لوسائط الاتصال الإلكترونية، وابتعادها عن الواقع المادي يلزم التفكير من جديد حول مصير المعارف القانونية التقليدية، التي أصبحت بلا شك تحتاج لمراجعة شاملة تتأكد يوما بعد يوم.

من جانب آخر، وفي ظل حداثة ظاهرة التجارة الإلكترونية، واختلاف أطر الأنظمة التشريعية العالمية، تواجه دول العالم سواء المتقدمة منها أو النامية، تحديا حقيقيا في وضع التشريعات والضوابط القانونية التي تتلاءم وأنماط العمليات التجارية المستحدثة؛ باعتبار أن التشريعات والقوانين تمثل البنية التحتية لقيام ونمو التجارة الإلكترونية.

من خلال ما سبق، يعوزنا الحديث عن التجارة الإلكترونية التي تحدث بمعدلات فائقة السرعة، وبشكل يصعب معه ملاحقتها بالتنظيم القانوني؛ أن نحيط بالظاهرة ونتناولها وفق المبحثين على التوالي:

المبحث الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: تنظيم التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية

ارتبطت ظاهرة التجارة الإلكترونية بما هو معروف اليوم بشبكة الانترنت، حيث تعتبر إحدى وسائل الاتصال التي يتم على مستواها تلاقي أطراف المعاملة التجارية؛ غير أنها ليست الوحيدة بل يشاركها في ذلك العديد من الوسائل الإلكترونية الأخرى، كجهاز المينيتل، التيلكس، الفاكس، الهاتف، وكذا التليفزيون [1].

وقد جرى الخلط ما بين مصطلح التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الانترنت؛ حيث أن مصطلح التجارة الإلكترونية يعني العمل التجاري الذي يتم من خلال تنسيق إلكتروني، في حين أن التجارة عبر الانترنت هي تجارة تتم من خلال تنسيق إلكتروني على الانترنت فقط وبالتالي فإنها تعتبر جزء من التجارة الإلكترونية. ويشترط في عقد التجارة الإلكترونية أن يتم بوسيلة إلكترونية أيا كانت هده الوسيلة، وإن كانت الوسيلة الشائعة والأكثر فعالية في الوقت الحالي هي شبكة الانترنت؛ التي أصبحت تمثل البنية الفنية التحتية اللازمة لهذا النوع من التجارة ﴿المطلب الأول﴾.

فضلا عن ذلك ورغم حداثة موضوع التجارة الإلكترونية، إلا أن تحديد تعريف لها أثار الجدل والاختلاف، سواء قبل المشرع أو الفقه القانوني؛ نتيجة التطورات الجديدة التي تلاحق كل يوم مفهوم شكل ومضمون هذه التجارة ﴿المطلب الثاني﴾.

---

(1) ظهر جهاز المينيتل ***Minitel*** في فرنسا في منتصف الثمانينات، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر، ولكنه أصغر منه حجما، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشتمل على حروف أو أرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر؛ وهو وسيلة اتصال مرئية، حيث تنتقل الكتابة من جهاز لآخر على الشاشة دون الصور، أي أنه وسيلة اتصال عن طريق الكتابة، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط تليفون. ويعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية، حيث يمكن لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه أوامر من خلاله بالشراء أو البيع.

أما التيلكس ***Telex*** فهو جهاز لإرسال البيانات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، إذ لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال البيانات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على البيانات لحظة إرسالها؛ ويوجه التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة، مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات وسيط ومحايد يحدد هوية المتراسلين، ويكفل استعداد الجهاز المستقبل للاستقبال، ويؤرخ العملية، ويحفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة سنة، وهذا بدوره يوفر الأمان، لأنه يوفر عناصر للإثبات عند حدوث النزاع عن طريق مركز الاتصالات، والذي يقدم خدمة مشابهة لخدمة البريد الموصى عليه المضمون بعلم الوصول. بالإضافة إلى أنه يقوم بالحفظ مدة زمنية معينة، مما أدى إلى منح الثقة بالتلكس وإذا كانت الرسالة التلكسية غير موقعة من العميل؛ مما يؤدي إلى حدوث الغش، فإن رقم التلكس يظهر على رأس الرسالة وفي نهايتها، وإن كان من غير جائز تشبيه ذلك بالتوقيع. وقد أقر القضاء الفرنسي والقضاء الانجليزي بحجية التلكس في الإثبات.

وجهاز الفاكس ***Fax*** هو عبارة عن جهاز نسخ بالهاتف، حيث يتم عن طريقه نسخ المستندات أو الرسائل نسخا مطابقا للأصل، فتظهر نسخ تلك المستندات والرسائل على جهاز الفاكس الآخر المرسل إليه، بحيث يكون هناك فاصلا زمنيا للرد على المرسل. وقد أقر القضاء الفرنسي الفاكس كدليل للإثبات، واشترط لقبوله كقوة ثبوتية أن يذيل بتوقيع المرسل أو نائبه.

كما تبرم عقود التجارة الإلكترونية أيضا بواسطة جهاز الهاتف والتلفزيون، ويتميز الهاتف بسرعة الاتصال، وسهولة الاستخدام؛ حيث يكون التعاقد بواسطته فوريا ومباشرا، فيعرض الإيجاب ليعقبه قبول مباشرة من الطرف الآخر، وذلك في حالة الموافقة. وبالنسبة لجهاز التليفزيون فيتم إبرام العقود بواسطته بأن يقوم مقدم البرنامج بعرض السلعة أو الخدمة التي يتم بيعها، ويحدد مواصفاتها وسعرها؛ ليقوم المشتري بالاتصال بالبرنامج للتعاقد، ويصله المنتج فيما بعد في محل إقامته بعد دفعه للثمن طبعا، أكثر تفصيل إيمان مأمون أحمد سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص 81_85.

المطلب الأول: البنية التكنولوجية للتجارة الإلكترونية

لعبت التكنولوجيا الحديثة، سواء تلك المتعلقة بتكنولوجيا المعلومات أو تلك المتعلقة بتكنولوجيا الاتصالات دورا هاما و رئيسيا في إفراز ما يسمى بـــ "التـــجارة الإلكترونية ". ورغم أنها قد نشأت منذ فترة طويلة [1] إلا أن الفضل في انتشارها وظهورها بشكل جديد يعود إلى شبكة الانترنت؛ فارتبط بذلك مصطلح التجارة الإلكترونية بمصطلح الانترنت حتى صار الاعتقاد بأن التجارة الإلكترونية هي فقط المعاملات الإلكترونية التجارية التي تتم عن طريق الشبكة، دون غيرها من المعاملات الإلكترونية التي تتم بوسائط إلكترونية أخرى.

ومنه فإن كان الحديث عن التجارة الإلكترونية يتطلب حتما التعرض للدعائم الأساسية التي تستند عليها ولعل شبكة الانترنت من أهم هذه الدعائم، فهي الوسيلة الأكثر شيوعا وانتشارا في الوقت الحالي التي يتم من خلالها إبرام عقود التجارة الإلكترونية؛ فإنه من الأحرى التعريف بالشبكة والإلمام بمفهوم الانترنت ومتطلباته الفنية (الفرع الأول)، ومن جانب آخر استعراض الخدمات التي يقدمها خصائصه وكيفية تنظيمه بما يخدم مسار التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نشأة والمتطلبات الفنية لشبكة الانترنت

تعتبر شبكة الانترنت من المتطلبات الضرورية لإحكام البنية التحتية اللازمة لفعالية المسار الإلكتروني، حيث ارتبطت المعاملات الإلكترونية بميلاد شبكة المعلومات العالمية[2]. ومن أجل ضبط هذا الارتباط ينبغي توضيح مفهوم ونشأة شبكة الانترنت (أولا)، ثم متطلباتها الفنية (ثانيا).

أولا: مفهوم ونشأة شبكة الانترنت

قبل التطرق لتعريف الانترنت لا بأس بالتعرض لمفهوم الشبكة.

ا– <u>تعريف الشبكة</u>: هي وصل جهازي كمـــبيوتر أو أكثر معا، بواسطة كوابل أو بواسطة تقنيات خاصة بهدف تبادل ونقل المعلومات؛ أو بمعنى أدق تحويل البيانات والرسائل بين مختلف الأجهزة المتصلة بالشبكة وهي على نوعين[3]: الشبكات المحلية (المحدودة النطاق)، والشبكات الواسعة أو الممتدة (واسعة النطاق).

1. الشبكات المحلية ***Local Area Net work (LAN)***: هي الشبكات التي يتم فيها ربط عدد من أجهزة الحاسب الآلي على مساحات صغيرة، أي داخل منطقة جغرافية ضيقة، بحيث لا يتجاوز مدى هته الشبكات عدة كيلومترات.

---

(1) د هند محمد حامد: التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، دون ناشر، 2003، ص 29.

(2) **Thomas SCHULTZ:** Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Une approche critique ,Bruylant, 2005, p19.

(3) وتتعدد الشبكات كذلك من حيث تصميمها الهندسي إلى: الشبكة النجمية تتصل فيها جميع الحاسبات بوحدة تحكم خاصة، الشبكة الحلقية ترتبط فيها الحاسبات معا عن طريق كابل بحيث يعتبر الحاسب المركزي جزء من الحلقة، والشبكة الخطية على مستواها يتم نقل المعلومات والبيانات من أجهزة الحاسب الآلي عن طريق الموصل أو الناقل.

2. الشبكات الواسعة أو الممتدة ***Wide Area Network (WAN)*** : هي الشبكات التي ترتبط فيها أجهزة الحاسب الآلي مع بعضها البعض عبر العالم، أي داخل منطقة جغرافية كبيرة، بحيث تعد بعيدة المدى فتتجاوز المئات بل آلاف الكيلومترات[1].

وتجدر الإشارة إلى أنه يمكن ربط شبكات النطاق المتسع بشبكات النطاق المحدود، فيحقق ذلك تطوير تدفق المعلومات وإمكانية التواصل عن بعد بين المستخدمين من مواقع مختلفة، وتتصل الشبكات معا من خلال قنوات للاتصال[2]؛ منها القنوات المحدودة النطاق، ويقصد بها القنوات التي تكون فيها الإشارات الممثلة للبيانات مقيدة أو محمولة داخلها، مثل الأسلاك المجدولة والأسلاك المحورية والألياف الضوئية، ومنها كذلك القنوات غير المحدودة النطاق، والتي تعرف أيضا بالقنوات اللاسلكية، بحيث يتم على مستواها نقل البيانات بشكل غير مقيد بل تحمل عبر الأثير في الفضاء أهمها الموجات الصغيرة والأقمار الصناعية[3].

ب– تعريف الانترنت: كلمة الانترنت ذات شقين: الأول ***(Inter)*** مشتقة من مصطلح ***Interconnection*** ويعني البينية أو الاتصال أو الدخول أو الربط؛ والشق الثاني ***(net)*** مشتقة من مصطلح ***Network*** وتعني الشبكة، فالانترنت هي الشبكة البينية أو الدخول إلى شبكة الاتصال البينية[4].

أو بمعنى آخر شبكة الوصل بين عدة شبكات أو شبكة الشبكات، فهي شبكة اتصالات عالمية[5]، تربط بين عدد لا متناه من الحاسبات الآلية؛ إما عن طريق خطوط الهاتف، أو عن طريق الأقمار الصناعية في جميع أنحاء العالم وعلى مدار الساعة [6].

والانترنت لا يحوي معلومات، وإنما هو مجرد وسيط أو وسيلة نقل المعلومات المخزنة في الملفات والوثائق في جهاز حاسب آلي إلى جهاز حاسب آلي آخر. فالمعلومة غير موجودة في الانترنت، وإنما وجدت باستخدام الانترنت [7]،كونها شبكة تربط بين شبـــكات منتشرة في العالم كله من شبكات حكومية وشبكات جامعات

---

(1) د صابر عبد العزيز سلامة: العقد الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص8.

(2) د عاطف عبد الحميد حسن: وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 30.

(3) د طارق طه : التسويق بالانترنت والتجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 587.

(4) د عمر خالد الزريقات: عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2007، ص 36.

(5) **Norredine BENACEUR:** Le commerce électronique et la promotion des échanges extérieurs, El Maârif Al Jadida, 2003, p 36.

(6) د عاطف عبد الحميد حسن: مرجع سابق، ص29 نقلا عن محمد تيمور عبد الحسيب وعلم الدين محمود: الحاسبات الإلكترونية وتكنولوجيا الاتصال، الطبعة الأولى، دار الشروق، القاهرة، 2000، ص 11. ود جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية القاهرة، 2000، ص4.

(7) تم اشتقاق المصطلح القانوني **Cyber law** أي قانون الانترنت أو قانون الفضاء التخيلي أو القانون السابيري، كمترادفات تشير إلى نفس المعنى على يد مدرسة التنظيم القانوني للانترنت، وهو اتجاه قانوني بدأت مظاهره تسود في التحركات الدولية منذ العام 1984، وحتى المرحلة المعاصرة. ويشمل قانون الانترنت العديد من الفروع التي تتصل بأكثر من فرع من فروع القانون المعروفة، كالقانون المدني، القانون التجاري والقانون الجنائي، وتشريعات البنوك، والقانون الدولي، وما إلى ذلك من التشريعات، أكثر تفصيل عزة على محمد الحسن: قانون الانترنت، شركة مطابع السودان للعملة، 2005، ص 2.

ومراكز بحوث وشبكات تجارية وخدمات فورية ونشرات إلكترونية[1].

وقد تعددت التعريفات الفقهية للانترنت، فتعرف شبكة الانترنت بأنها:" شبكة على نطاق عالمي من الشبكات الحاسوبية المختلفة[2]، المتصلة ببعضها بواسطة وصلات اتصال بعيدة، وهذه الشبكة مكونة من عدة منظمات ومؤسسات متنوعة، والتي قررت السماح للآخرين الاتصال بمختلف حواسيبها ومشاركتهم المعلومات" [3].

ويعرف الانترنت أيضا بأنه:" مجموعة شبكات وأجهزة الحاسب الإلكتروني التي تتواجد في مختلف دول العالم، والتي تتصل ببعضها ويجمع بينها أنظمة الاتصالات الإلكترونية، التي تستخدم لنقل البيانات"[4].

كما يعرف بأنه:" مشروع تعاوني منبثق من عدد من المنظمات والهيئات، التي أخذت على عاتقها وضع نظام مرتب ومتزن نتجت عنه الشبكة" [5].

وكذا بأنه:" عبارة عن مجموعة من الحاسبات الآلية المنتشرة جغرافيا عبر مختلف مناطق العالم، والمرتبطة من خلال شبكات منطقة محلية وشبكات منطقة واسعة؛ موزعة في أنحاء العالم، بهدف نقل وتبادل المعلومات والبيانات[6]، وهذه الحاسبات الآلية قد تكون متصلة بخطوط تليفون أو متصلة بكابلات أو أقمار صناعية أو وصلات سلكية " [7].

ومن خلال ما سبق، يتضح أن الانترنت وسيلة تساعد الأفراد في نقل و تبادل أكبر قدر ممكن من البيانات والمعلومات وبسرعة فائقة؛ مما ينتج بيئة تفاعلية عالمية.

من جهة أخرى ينبغي التفرقة ما بين شبكة **الانترنت** وكل من شبكة **الإنترانت** وشبكة **الإكسترانت**.

فشبكة الإنترانت ***Intranet***: هي بمثابة جزء من شبكة الانترنت، ولكنها تخص مؤسسة محددة دون غيرها فهي عبارة عن شبكة خاصة، يتم الربط بينها وبين شبكة الانترنت بواسطة كمبيوتر أو أكثر، ولكنها شبكة داخلية للمنشأة أو المشروع؛ بحيث يقتصر التعامل داخلها على كل أو بعض الموظفين، فلا يستطيع مستخدمو الانترنت العاديين الولوج إليها، وتعمل على مدى جغرافي محلي كشبكة محلية، كما قد تعمل على مدى جغرافي واسع كشبكة عامة لذات الشركة.

---

(1) عبد الحميد بسيوني: التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع،2003، ص 9.

(2) **Norredine BENACEUR:** Op, cit, p 36.

(3) عمر حسن المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، دار وائل للنشر، عمان،2003، ص 19.

(4) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص22.

(5) محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التحكيم بواسطة الانترنت، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2007، ص 16.

(6) **Guy HERVIER:** Le commerce électronique, vendre en ligne et optimiser ses achats, Editions d'Organisation, Paris, 2001, p 20.

(7) د عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 24.

تستخدم الانترانت نفس البروتوكولات التي تستخدمها الانترنت[1]، فهما يعملان طبقا لذات المعايير التقنية [2]، غير أنه إذا كانت الانترنت تعد شبكة شبكات المعلومات، تعمل على تبادل المعلومات على المستوى العام؛ فشبكة الانترانت تختلف عنها لأنها تعمل على تبادل المعلومات على المستوى الخاص بالمؤسسة المنشأة أو المشروع، وليس على المستوى العام، فالمعلومات في الانترانت خاصة لا يجوز تبادلها من قبل الكل بل فقط من قبل مجموعة خاصة مسموح لهم باستخدامها.

أما شبكة الاكسترانت ***Extranet***: فتعد بمثابة جزء من شبكة الانترانت الداخلية الخاصة بالمؤسسة ولكنها تتيح الاستخدام لأشخاص خارج المؤسسة وفروعها، وهي كذلك تستخدم نفس البروتوكولات التي تقوم عليها الانترنت، وتستخدم الشبكة في تبادل المعلومات بين المؤسسة موزعيها أو شركائها أو عملائها بصورة آمنة [3]؛ فهي تتطلب إدخال كلمة مرور حتى يمكن الدخول إليها، وذلك بغرض حماية بياناتها من الاختراق غير المصرح أو المسموح به، وإن كان الهدف من ظهورهما تحقيق الاتصال وسريان المعلومات داخل وخارج الشركات، فإن ذلك شكل حلا مناسبا لها لكي تكون قادرة على مزاولة التجارة الإلكترونية.

ج – نشأة الانترنت وتطوره: خلال الحرب الباردة ما بين الولايات المتحدة الأمريكية والاتحاد السوفيتي سابقا، قامت وزارة الدفاع الأمريكية بإنشاء ما يعرف بـــ وكالة مشروعات البحوث المتقدمة؛ هدفها إجراء أبحاث في مجال الدفاع، خاصة بعد إطلاق الروس لمركبتهم الفضائية (سبرتينيك) سنة 1957[4].

وقد كانت مهمة الوكالة بالتحديد، تأمين شبكة اتصال لا يمكن قطعها نتيجة وقوع عمليات تخريب أو نشوء حرب مفاجئة، وقادرة على مقاومة الكوارث وعلى الاستمرار في العمل نتيجة هجوم نووي من العدو فأنشئت سنة 1969 شبكة متخصصة أو مشروع سمي بـــ :" أربانت " ***ARPANET*** [5]. وكان المشروع يسعى لتحقيق هدف استراتيجي، وهو إرسال تعليمات التصويب من خلال مركز التحكم إلى قواعد الصواريخ، حتى ولو بعد تدمير جزء من شبكات الاتصال نتيجة تعرضها للهجوم [6].

وصممت شبكة "أربا "عن طريق خاصية تدعى خاصية التوجيه الديناميكي، وتعتمد هذه الطريقة على تشغيل الشبكة بشكل مستمر، بحيث أنه حتى في حالة انقطاع إحدى الوصلات أو تعطلها عن العمل تقوم الشبكة بتحويل الحركة إلى وصلات أخرى.

---

(1) البروتوكول: هو مجموعة من القوانين تحدد كيفية اتصال أجهزة الحاسب الآلي ببعضها البعض عبر الشبكة.

(2) د هند محمد حامد: مرجع سابق، ص 69.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: التجارة الإلكترونية الدولية وآثارها على استخدامات العلامات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2008، ص 13.

(4) محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص25.

(5) ARPANET هي اختصار لـــ **A**dvanced **R**esearch **P**roject **A**gency

(6) **Frédéric- Jérôme PANSIER, Emmanuel JEZ:** Initiation a l'Internet juridique, Litec, 2ème édition, 2000.

وفي عام 1972 تم ربط معظم الجامعات الأمريكية بشبكة أربانت[1]، وتطور بذلك المشروع وأصبح يضم شبكة اتصالات، وانضمت الجامعات إلى الشبكة من أجل إجراء البحوث العلمية، وتبادل المعلومات بين المؤسسات الجامعية والباحثين.

ونتيجة لازدحام استخدام الشبـــكة، انقسمت إلى قسمين سنة 1983 شبكة للاستخدامات العسكرية ***(MILNET)***، وشبكة للاستخدامات المدنية. كما حققت انطلاقة أقوى عندما تبنتها المؤسسة العلمية القومية ***(NSF)*** [2]، وذلك بمناسبة إنشاء خمسة مراكز كبرى للحاسبات أو الكمبيوترات العملاقة[3]، وتم السماح بدخول المجتمع العلمي كافة إلى المعلومات المخزنة على الشبكة، وأصبحت أربانت تسمى "نيسف نت" ***NSFNET*** [4]، وبالتالي تم ميلاد شبكة الاتصالات الدولية ،حيث يسمح لمختلف الأفراد باستخدامها.

بعد ذلك حققت الشبكة في سنة 1986 توسعا كبيرا، وضمت العديد من المعاهد ونتج عنها الآلاف من الشبكات، ونشأ **الانترنت** نتيجة الترابط والاتصال بين تلك الشبكات[5].

وفي سنة 1990 أصبح الانترنت منتشرا[6]، ويستخدم في غير الأغراض العلمية، فصار يشمل أنواع أخرى من الاستعمال، كالأغراض التجارية ومتاحا للكل بعدما كان حكرا على العلماء والباحثين.

وعمد العاملون في التجارة إلى الاستفادة من الانترنت في عمليات تسويق السلع والخدمات، واتخاذه وسيلة لإبرام العقود مع العملاء، بصورة تضمن كلفة أقل وسهولة أكثر؛ فأصبح الانترنت معبرا للتجارة الدولية وميدانا خصبا لنمو وازدهار الأعمال التجارية التي تتم عبر الشبكة، وفق ما يسمى بـــ:"التجارة الإلكترونية" التي تمثل أكثر النشاطات شيوعا في فضاء الانترنت، بواسطة استخدام البريد الإلكتروني لعقد الصفقات التجارية، أو عن طريق المواقع التجارية التي توفر الدعاية والتسويق على المستوى المحلي والإقليمي والعالمي.

فظهور الانترنت استحدث وسيلة جديدة للمبادلات التجارية، ووجه جديد للتعامل التجاري؛ لأنه يسمح بالوصول إلى فئة كبيرة من المستعملين، مرورا بالشركات الكبيرة إلى أبسط الأفراد. ولعل تطور آخر عمل لصنع الاسم التجاري للانترنت، والمتمثل في شبكة المعلومات العالمية التي أعطت دفعا جديدا للعاملين في التجارة التي تتم عبر الانترنت.

---

(1) محمد أمين الرومي: مرجع سابق، ص 25.

(2) NSF هي اختصار لـــ **N**ational **S**cience **F**oundation.

(3) د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص13.

(4) منير محمد الجنبيهي، محمود محمد الجنبيهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، دون سنة نشر، ص 08.

(5) **Mohamed Diyaa TOUMLILT:** Le commerce électronique au Maroc : Aspect juridique Editions Maghrébines, 2008, p 13.

(6) في النصف الأخير من القرن العشرين تم ابتكار الكمبيوتر، فحقق ثورة عند البشرية، وصار العالم رهين التكنولوجيا المعلوماتية. ولكن بعد ميلاد شبكة الانترنت حققت ثورة أكبر، فاختصرت الشبكة العالم، وجعلته قرية صغيرة فيستطيع الشخص أن يطالع الجريدة ويقتني سيارة ويدير شركة، ويسدد الدين ويقاضي الغير دون أن يبرح مكانه .

ثانيا: المتطلبات الفنية للشبكة

تتطلب شبكة الانترنت من الناحية الفنية، وجود أجهزة قادرة على الاتصال بالشبكة[1]، أي مزودة بخدمة الانترنت، وكذا بروتوكولات تنظم الاتصال عبرها، بحيث يمكن عن طريق هذه الأجهزة والبروتوكولات إجراء التعاقدات الإلكترونية وإبرام الصفقات التجارية عبر هذا الفضاء.

ا – وسائل الدخول على شبكة الانترنت: ونركز هنا على جهاز الحاسب الآلي، باعتباره من أهم وأوسع الأجهزة الإلكترونية انتشارا والأكثر استخداما، كأحد المكونات الأساسية للبنية التحتية للتجارة الإلكترونية فيعرف جهاز الحاسب الآلي بأنه[2]:"جهاز إلكتروني يتكون من مجموعة متداخلة من الأجزاء، تعمل فيما بينها بهدف مشترك، هو إخراج العمليات الحسابية والمنطقية؛ طبقا لبرنامج يتم وضعه مسبقا، من خلال عدة عمليات هي الإدخال والمعالجة والاسترجاع والإخراج"[3].

كما يقصد به:" الآلة الحاسبة الإلكترونية التي تستقبل البيانات، ثم تقوم عن طريق الاستعانة ببرنامج معين بعملية تشغيل هذه البيانات للوصول إلى النتائج المطلوبة"[4].

وتتنوع الحواسيب بتنوع الوظائف التي تنجزها، منها الصناعية مخصصة لأداء عمليات صناعية، ومنها العلمية تقوم بحل المشاكل العلمية البحتة، وهناك حواسب التدبير مهمتها القيام بعمليات حسابية وإحصائية وتوجد الحواسب الشخصية والمحمولة.

ويتكون الحاسب الآلي[5]، من مكونات مادية وأخرى معـــوية أو منطـــقية يطلق عليها اسم البـــرامج [6] باجتماعها يمكنه القيام بمهامه، والتحكم بعملياته، من إدخال وتخزين وتصنيف واسترجاع ومعالجة البيانات والمعطيات وفق الطلب.

---

(1) من بين الأجهزة الإلكترونية المستحدثة، والتي يمكن بواسطتها الاتصال بشبكة الانترنت، المنظمات: وهي عبارة عن أجهزة محمولة صغيرة الحجم تستخدم للتسجيل، كتسجيل أرقام الهاتف أو المواعيد كما يمكنها الدخول إلى الشبكة؛ التليفون الفضائي: هو جهاز محمول يمكن من إجراء واستقبال المكالمات التليفونية في أي مكان بالعالم، من خلال قمر فضائي ويستطيع مستخدمه ولوج شبكة الانترنت؛ الحاسبات النقالة هي حاسبات آلية صغيرة الحجم يمكنها الدخول إلى شبكة الانترنت ومواقعها المختلفة؛ الهاتف النقال أو المحمول : الذي أصبح ينافس الحاسب الآلي كجهاز إلكتروني يمكن بواسطته لمستخدمي التجارة الإلكترونية الدخول على الشبكة، مشار إليه لدى محمد أمين الرومي: المرجع السابق، ص 45 .

(2) تعددت مسميات هذا الجهاز: فيطلق عليه بالإنجليزية ***COMPUTER*** وهي مشتقة من كلمة ***COMPUT*** والتي تعني يحسب وبالفرنسية ***ORDINATEUR***. أما بالعربية فهناك عدة مصطلحات تدل عليه: الحاسب الآلي، الحاسب الإلكتروني، المنظم الآلي، الآلة الكمبيوتر، الحاسوب وهو المصطلح التي اعتمدته المنظمة العربية للمواصفات والمقاييس.

(3) د أحمد خليفة الملط: الجرائم المعلوماتية، الطبعة لثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 27.

(4) د عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحـــقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشـــرطة والقانون، منشأة المعارف، الإســـكندرية 2008، ص 9.

(5) أنتج أول حاسوب بمعامل بل ***Bell*** عام 1938، ثم ظهر سنة 1944 أول حاسب إلكتروميكانيكي، له القدرة على أداء العمليات الحسابية أطلق على هذا الحاسب اسم"مارك ـــ1"؛ وأيضا اينياك ***ENIAC*** وهو أول حاسوب متعدد الأغراض، وبعد ذلك تم صنع أول حاسوب للتسويق التجاري أطلق عليه اسم اونيفاك ***UNIVAC*** الذي أنتجته شركة ***IBM***.

(6) يطلق بالانجليزية على المكونات المادية ***HardWare*** وعلى المكونات المعنوية ***SoftWare***.

وتتمثل المكونات المادية للحاسب الإلكتروني أو الحاسب الآلي في: وحدات الإدخال، ووحدات التشغيل ووحدات الإخراج [1].

1. وحدات الإدخال: تسمى كذلك لأنها تستخدم في إدخال البيانات والبرامج إلى وحدة التشغيل الرئيسية وتشمل مشغل الأسطوانات ولوحة المفاتيح و الفأرة.....الخ.

2. وحدات التشغيل المركزية: تتكون من الذاكرة التي تستخدم لحفظ البيانات والمعلومات والبرامج حفظا دائما أو مؤقتا، ووحدة الحساب أو المنطق التي تقوم بانجاز العمليات الحسابية المنطقية، وهي عبارة عن ذاكرة سريعة، ووحدة التحكم التي تقوم بالتنسيق بين وحدات النظام المعلوماتي[2].

3. وحدات الإخراج: هي الوسائط المستخدمة لإظهار نتائج التشغيل، ويمكن إظهارها بأكثر من وسيلة وبذلك يكون للحاسب مخرجات ورقية تتم عن طريق الطابعة بحيث تستخرج المعلومات في شكل نسخ ورقية مطبوعة، ومخرجات إلكترونية حيث يتم استخراج المعلومات على دعائم إلكترونية، مثل الشريط الممغنط والقرص الممغنط والمصغرات الفيلمية [3].

أما مكونات الحاسب المعنوية تعرف بالبرامج[4] أو الكيان المنطقي للحاسب، وهي حسب تعريف المعجم العربي الموحد لمصطلحات الحاسبات الإلكترونية مجموعة تعليمات الحاسب الإلكتروني مكتوبة بنوع من الوضوح والتفصيل.

كما تعرف بأنها:" مجموعة من التعليمات المتتابعة بصفة منطقية، توجه إلى الكمبيوتر لأداء عمل أو أعمال معينة"، فهي إذن فكر الحاسب الذي يوجهه، فلا يقوم هذا الأخير بوظائفه، إلا بعد برمجته فهي العنصر الجوهري والأساسي للنظام المعلوماتي؛ وبدون معلومات وبيانات أو بمعنى أوضح بدون برامج يصبح الحاسب الآلي بلا نفع، فالحاسب الآلي ليس جهاز خارق، بل مجرد جهاز إذا ما تمت برمجته بواسطة الإنسان أدى وظيفته المحددة مسبقا وفق نظام التشغيل المتوازي، حيث ينفذ تعليمات متعددة في آن واحد أو التشغيل المتتابع فيؤدي عمل واحد في وقت واحد.

وتجدر الإشارة إلى اعتبار المعلومة التي يتضمنها برنامج الكمبيوتر محلا لحق ملكية لصاحبها، تعطيه الحق في الحماية القانونية، وليس كل معلومة تتميز بحق الحماية بل لا بد أن تتوافر فيها خصائص وشروط معينة [5].

---

(1) د عاطف عبد الحميد حسن: مرجع سابق، ص 21.

(2) د أحمد خليفة الملط: المرجع السابق، ص 36.

(3) د محمد مرسي الزهرة: الحاسب الإلكتروني والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 20.

(4) للبرنامج مفهومين مفهوم ضيق وآخر واسع، فمفهومه الضيق: يعتبر البرنامج مجموعة من تعليمات أو الأوامر الصادرة من الإنسان إلى الحاسب. أما مفهوم البرنامج الواسع: يعتبره إضافة إلى أنه مجموعة من التعليمات والأوامر، فهو يشمل كافة البيانات الأخرى التي تمكن من تطبيقه وتسهل استعماله، فهي صادرة من المبرمج الذي أعد البرنامج إلى مستخدم الحاسب الآلي، مشار إليه لدى د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997، ص4.

(5) د محمد عبد الظاهر حسين: الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة العربية ،2000، ص 12.

ومع انتشار شبكة الانترنت، وازدياد عدد مستخدميها، أصبح الدخول إليها في غاية السهولة والبساطة بحيث يمكن لأي شخص يملك جهاز كمبيوتر شخصي مزود " بجهاز مودم "؛ ولديه اشتراك لدى أحد مقدمي خدمة الانترنت، وخط تليفوني عادي أو محمول للاتصال بالحاسوب المضيف الموجود لدى مقدم خدمات الانترنت الدخول إلى الشبكة[1]، والتنقل من موقع إلى آخر للاستفادة من الخدمات التي توفرها وخاصة منها إبرام العقود وتنفيذها.

وباعتبار الانترنت الوسيلة المثلى والأساسية لنمو وانتشار التجارة الإلكترونية، لأنها الأسرع مقارنة بالوسائل الأخرى، فهي دائما محل اهتمام متزايد بتطوير الوسائل التكنولوجية المستخدمة، سواء من أجل دخول واستخدام الانترنت، أو من أجل توفير أقصى أوجه الحماية للبيانات والأموال التي يتم تداولها عبر الشبكة؛ فنتج عن ذلك ظهور وسيط إلكتروني جديد قادر على الاتصال بالشبكة، ومسايرة تطبيقات التجارة الإلكترونية، وذلك بالتحام وسيلتين إلكترونيتين الانترنت والهاتف المحمول أو الهاتف النقال. حيث سعت الكثير من الشركات المتخصصة في هذا المجال، إلى تطوير تكنولوجيا الهواتف النقالة بشكل يجعلها قادرة على الاتصال بالشبكة، فصمم بروتوكول يمكن بواسطته الدخول على الانترنت عرف باسم: ***WAP***[2]، وقد تم تطبيق هذا البروتوكول على أول هاتف محمول بأوربا في نهاية عام 1999[3]، لكنه منتشر الآن على جميع الهواتف النقالة بمجرد تفعيل خدمة الـ ***WAP***.

فأصبح الانترنت متاح لجميع مستخدمي الهاتف، وأصبح (الهاتف الجوال) وسيلة تبرم بواسطتها عقود التجارة الإلكترونية وظهر مسمى جديد هو:"تجارة التليفون المحمول" ***(m- commerce)***، ويفيد التجارة التي تتم بصورة إلكترونية وباستخدام الهاتف المحمول[4].

وبالتالي فالبيئة التكنولوجية تعتبر أكثر الوسائل تغيرا في التجارة الإلكترونية، لغرض البحث عن أقل تكلفة ممكنة وأقصر وقت ممكن، وبأقل قدر من الأخطاء والأخطار، لإبرام العقود التجارية من طرف العاملين في هذا المجال[5]. وقد لا نستغرب في وقت لاحق ظهور أجيال قادمة من التكنولوجيا، لها أن تحرف المعنى الحالي للتجارة؛ مما يتيح لنا القول بأن المبادلات التجارية الإلكترونية تبقى رهينة التطور التقني.

---

(1) جهاز المودم (الكارت فاكس): هو عبارة عن جهاز لتحقيق الاتصال ما بين جهاز الكمبيوتر وخط الهاتف. وبالنسبة لمزودي خدمة الانترنت فهي شركات تملك اتصالا مع الشبكة، تقوم بتقديم الخدمة لقاء رسم اشتراك، وهي نوعين: منها ما تعرف باسم شركات مزودي خدمة الانترنت ***(ISP)*** **I**nternet **S**ervice **P**roviders، ويتم الاتصال بالشبكة عن طريق أجهزة الشركة؛ أما النوع الثاني ويعرف بمزودي الخدمة المباشرة ***(OSP)*** **O**n-line **S**ervice **P**roviders، وفيها يتم الاتصال بالشبكة مباشرة.

(2) ***WAP*** اختصارا لـ ***Wireless Application Protocol*** فالـ ***WAP*** هو ليس الانترنت، وإنما بروتوكول يقدم خدمة الدخول إلى شبكة الانترنت باستعمال الهاتف النقال.

(3) **Guy HERVIER:** Op.cit, p 109 .

(4) محمد أمين الرومي: مرجع سابق، ص 47.

(5) شافع بلعيد عاشور: العولمة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونية، دار هومة، 2006، ص212.

ب – بروتوكولات الانترنت: إن ازدياد حجم التجارة الإلكترونية يرجع إلى انتشار الانترنت، ويرجع الفضل في انتشار الانترنت إلى ما يسمى بـــ البروتوكول ***Protocol*** [1]، وهو عبارة عن مجموعة من القواعد والقوانين التي تتحكم ببث البيانات، وتسمح للحواسيب بتبادل المعلومات فيما بينها.

ويعرف البروتوكول بأنه:" عبارة عن لغة موحدة تسمح لأي جهاز مهما كان اللغة التي يستخدمها بإمكانية تبادل المعلومات مع الأجهزة الأخرى المتواجدة على الشبكة، ويربط الشبكات المنعزلة مع بعض، من خلال قنوات وصل؛ وبالتالي يتم نقل معلومات كل شبكة إلى أخرى" [2].

ويمكن تعريف البروتوكولات كذلك بأنها:" أنظمة الاتصالات الإلكترونية التي تستخدم لنقل البيانات أي أنها أنظمة لنقل المعلومات" [3]، و من بين البروتوكولات التي يعتمد عليها الانترنت نجد:

1. بروتوكول ***TCP/IP***: ***TCP/IP*** هو بروتوكول يقوم بنقل المعلومات والبيانات من الحاسب الآلي إلى الانترنت [4].

ويعد بروتوكول ***Internet Protocol (IP)*** وبروتوكول ***Transmission Control Protocol (TCP)*** من أهم بروتوكولات الانترنت، فهما نظاما اتصالات، يعملان على توصيل الشبكات ببعضها البعض ويشكلان أساس الربط بين الأجهزة المختلفة على شبكة الانترنت، عن طريق منح كل جهاز أو موقع على الشبكة رقما معينا، حتى يتواصل مع بقية أطراف الشبكة. واختصارا فإن أي شبكة لا تستخدم هذين البروتوكولين لن تتصل بالانترنت.

فبروتوكول التحكم في نقل المعلومات ***TCP*** ينقل المعلومات مابين جهازين متواجدين على شبكة الانترنت، ويحاول تقسيم هذه المعلومات إلى حزم، يعطي لكل حزمة رقم حتى يمكن التعرف عليها، تحتوي كل حزمة على بطاقة هوية تتضمن عدة معلومات، من بينها عنوان جهاز المرسل إليه.

أما بروتوكول الانترنت ***IP*** فيحدد الطريق التي تسلكه حزم المعلومات، ويحدد السرعة القصوى لنقلها وهو الذي يعطي للحزمة بطاقة الهوية، التي تشمل عنوان جهاز الإرسال وعنوان جهاز الاستقبال.

ونستطيع القول بأن ***TCP/IP*** هو الانترنت، حيث أن الإنترنت عبارة عن شبكة، والشبكة هي مجموعة أجهزة كمبيوتر متصلة ببعضها، ولا يمكن للأجهزة أن تتصل ببعضها دون نظام يؤمن ذلك؛ هذا النظام هو بروتوكول***TCP/IP*** الذي نجده بشكل نمطي في كل أجهزة الكمبيوتر[5].

---

(1) استحدث في عام 1973من الباحثان ***Bob Khan*** و ***Vinton Cerf***.

(2) د صابر عبد العزيز سلامة: مرجع سابق، ص 9.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص22.

(4) **Lionel BOCHORBERG:** Internet et commerce électronique, Delmas paris, 2001.

(5) د طارق عبد العال: التجارة الإلكترونية المفاهيم، التجارب، التحديات ،الأبعاد، التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية 2003، ص 62.

2. بروتوكول نقل الملفات ***File Transfer Protocol (FTP)*** *:* هو نظام لإرسال الملفات يستعمل لنقل أي كمية من الملفات أو البرامج، من كمبيوتر لأي شركة أو مؤسسة أو مكتبة أو مركز مستندات، ووضعه على جهاز كمبيوتر آخر؛ فـ ***FTP*** هو بروتوكول يسمح بنقل الملفات من "حاسوب ا " إلى "حاسوب ب" متاح غالبا للكل، غير أنه أحيانا قد يكون مقيد بكلمة السر أو كلمة المرور [1].

3. بروتوكول الدخول إلى الويب ***(HTTP)*** أو ***Hyper text Transfer Protocol***: وهو نظام نقل مواد الانترنت عبر الشبكة المعلوماتية العالمية ***World Wide Web*** المسماة "ويب"اختصارا، فيتم نقل كافة صفحات الويب على الانترنيت باستخدام هذا البروتوكول. كما يستعمله متصفح الانترنيت، للدخول إلى مواقع الويب، وهو يتميز بسهولة نفل مواقع الشبكة، وسرعة استضافة أي موقع.

4. بروتوكولات أمن البيانات: بروتوكول ***HTTP*** الأمني ***Secure HTTP*** أو ***(SHTTP)*** بروتوكول طبقة المنافذ الآمنة ***(Secure Socket Layer (SSL)*** ، وبروتوكول***(SET)*** أو بروتوكول المعاملات الإلكترونية الآمنة ***Secure Electronic Transactions***.

ظهرت هذه البروتوكولات كحماية من اختراق البروتوكولات السابقة والتلاعب بها، وتقوم على مبدأ التشفير والترميز، ويستعمل في المجالات التي تستوجب قدرا من الحماية كالبنوك مثلا [2].

فبروتوكول ***S-HTTP*** هو بروتوكول أمني يقوم بتشفير البيانات والمعطيات الحساسة على الويب، وخاصة السرية منها، والمتعلقة بالعقود أو المعاملات المالية.

وبروتوكول ***SSL*** هو بروتوكول تشفير متخصص لنقل البيانات والمعلومات المشفرة، بين جهازين عبر شبكة الانترنت[3]، يوفر الأمن لكافة تطبيقات الانترنت، وخاصة البريد الإلكتروني، وعمليات نقل الملفات وعمليات التسوق الإلكتروني.

أما بروتوكول ***SET*** فيقوم هذا البروتوكول بضمان الحفاظ على أمن البيانات، أثناء إجراء عمليات الدفع المالي خاصة الذي يتم بواسطة بطاقات الائتمان، عبر شبكة مفتوحة، فيوفر درجة تشفير عالية يصعب فكها.

وجدت هذه البروتوكولات كتطبيقات لتقنية حماية نقل المعلومات والبيانات، ولتوفير الأمن والحماية لمستخدم الانترنت، من التجسس على بياناته الشخصية، وانتهاك الخصوصية، وكذا من أخطار التلاعب بحسابات المصارف وتزوير بطاقات الائتمان؛ الأمر الذي جعل الشبكة تحقق السرعة في المعاملات التجارية.

من خلال ما تقدم، نستطيع القول أن الدخول إلى عالم التجارة الإلكترونية يستدعي متطلبات ضرورية، تتمثل في إحكام البنية التحتية اللازمة لفعاليتها من ترابط شبكي، وأجهزة اتصال، وبرامج حديثة .

---

(1) د محمود السيد عبد المعطي خيال: الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة، القاهرة، 1998، ص15.

(2) د عمر خالد زريقات: عقود التجارة الإلكترونية عقد البيع عبر الانترنت، مرجع سابق، ص15.

(3) د إبراهيم بختي: التجارة الإلكترونية مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص 78.

الفرع الثاني: خدمات خصائص وتنظيم شبكة الانترنت

إن أهمية الانترنت تأتي من أنه مصدر للمعلومات، ووسيلة لتحقيق الاتصال وتسهيل التواصل؛ فقد منح حلولا مبتكرة تغطي كافة المجالات، منها أحد روافد الاقتصاد التجارة، لما له من مميزات تظهر جليا من خلال خدماته (أولا)، خصـــائصه وتنظـــيمه (ثانيا).

أولا: خدمات الانترنت

إن شبكة الانترنت تقدم العديد من الخدمات الأساسية، والتي يمكن الاستفادة منها، ولعل أهم ما تقدمه للعاملين في مجال التجارة الإلكترونية، إمكانية عرض منتجاتهم وخدماتهم والترويج لبضائعهم والإعلان عنها عن طريق المواقع التجارية على الشبكة العالمية للانترنت ***(www)*** بطريقة سهلة وسريعة؛ وكذا خدمة البريد الإلكتروني،كوسيلة للتفاوض وتبادل المعلومات عن السلع والخدمات، ولإبرام العقود في سوق التجارة الإلكترونية.

ا– شبكة المعلومات العالمية وخدمة المواقع التجارية: بدأ استخدام الانترنت في الأغراض التجارية مباشرة مع ظهور الشبكة العنكبوتية العالمية المعبر عنها بالـــ ***Web***اختصارا [1]، وهي من أدوات البحث ونشر المعلومات، بحيث تعتبر من الشبكات الهامة والرئيسية التي تستخدم كدليل أو مرشد في الفضاء، أو العالم الافتراضي الانترنت.

ويرجع نشأة الويب إلى عام 1989 بالمركز الأوربي للأبحاث النووية، كنظام لمساعدة علماء الفيزياء في العمل على الخط المباشر لانجاز أبحاثهم ونقلها واستعراضها من أي كمبيوتر موصول بالانترنت.

ثم أصبح حقيقة واقعة في عام 1993 عندما تم استخدامه في بيئة ويندوز ***Windows*** [2]، حيث يرتكز على فكرة تخزين المعلومات، مع القدرة على إقامة علاقات ترابطية مباشرة فيما بينها، تشبه الترابط بين شبكة العنكبوت[3].

ويستخدم الوب لغة عالمية تسمى بـــ ***(HTML)*** أي الكلمات المضيئة[4]، وهي اللغة التي تستطيع برامج تصفح شبكة الويب قراءتها[5]، فالكلمات المضيئة تعتبر مفاتيح لمعلومات في داخلها، فمن أجل أن يدخل المستخدم إلى الصفحة التي يريدها يكفي الضغط على إحدى هذه الكلمات.

---

(1) ***(www)*** اختصارا لـــ ***World Wide Web***، يسميها البعض بالشبكة العنكبوتية العالمية، أو شبكة المعلومات العالمية، أو الشبكة العالمية للانترنت، وتجدر الإشارة بأن الشبكة ليست الانترنت كما يعتقد البعض، وإنما هي جزء منه.

(2) **Fayçal BEN AMOR:** Les Clés du commerce électronique, Editions C.L.E, Tunis, 2001 p3.

(3) محمد أحمد محمد نور جستنية: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2005، ص 31.

(4) ***(HTML)*** اختصار لـــ ***Hyper Text Markup Language***.

(5) التصفح يكون عن طريق برنامج المتصفح ***Browser***، الذي يعرض المعلومات الموجودة على الانترنت، ومن أشهرها **Internet explore** و **Mosaic** .

وتمكن خدمة الويب الإطلاع على مختلف المواقع الموجودة على شبكة الانترنت، وتصفحها بهدف الوصول إلى معلومات معينة [1]، أو بهدف إبرام عقد معين مع أحد الأشخاص أو الشركات التي تعرض منتجاتها على الشبكة، من خلال ما يسمى بموقع الويب ***(Web site)*** [2]. وتحتوي الشبكة على الملايين من المواقع لكل منها عنوان خاص به[3]، يقوم مقام العنوان العادي، ويرمز إليه بأحرف مختصرة.

وكانت بداية ظهور التجارة الإلكترونية مع بداية استخدام شبكة الويب، حيث بدأ إقبال رجال الأعمال وأصحاب المؤسسات والشركات التجارية على اعتماد البريد الإلكتروني في مراسلاتهم لإبرام الصفقات التجارية في بادئ الأمر، ثم في سنة 1993 اعتمدت المنشآت التجارية على المواقع التجارية لمجرد الإعلان والترويج، بحيث تعرف مستخدم الانترنت بنشاط المنشأة وبمنتجاتها[4].

وبعد ذلك ومع انتشار الانتـــرنت وزيادة عدد مستخدميه، ونتيجة لسهولة التعرف على مواقع الانترنت بدأ التجار باستخدام الشبكة في عملية التسويق لسلعهم وبيعها على الشبكة، من خلال المواقع التجارية وأصبحت شبكة الانترنت تضم العديد من المواقع التجارية؛ التي يمكن من خلالها ممارسة التجارة الإلكترونية فعمليات البيع والشراء تتم بصورة إلكترونية، ما بين المنشأة أو الشركة والمستهلك (مستخدم الانترنت).

ويتم إبرام العقد بشكل آني، فالشركة تقوم بالإعلان والترويج لمنتجاتها عبر موقعها التجاري، والمشتري يقوم باختيار ما يريد بمجرد الدخول للموقع، وبعد القيام أو إتباع بإجراءات معينة يبرم العقد؛ بل أكثر من ذلك أصبح بالإمكان سداد قيمة السلعة بطريقة إلكترونية بسيطة وسهلة، بواسطة وسائل الدفع الإلكتروني كبطاقات الائتمان. وبذلك سهل الموقع التجاري عملية اتصال الشركة بعملائها في جميع أنحاء العالم، وكذا إبرامها لمختلف الصفقات التجارية مع غيرها من الشركات .

ونتيجة لما سبق، ارتفع عدد المواقع التجارية (الافتراضية) بشكل هائل؛ مما أدى إلى زيادة الإقبال على ممارسة عمليات التجارة الإلكترونية سواء من طرف الشركات والمؤسسات أو من طرف الأفراد. فيمكن للمنشأة عرض ما لديها من سلع وخدمات على موقعها الإلكتروني، ويمكن للمستهلك اختيار واقتناء أفضل البضائع السلع والخدمات المعروضة .

---

(1) **Gilles FOUCHARD:** E-commerce : dotcorps & dotcoms, La stratégie gagnante, Osman Eyrolles Multimédia (O.E.M), 2001.

(2) الموقع الإلكتروني: هو عبارة عن معلومات مخزنة على شكل صفحات، وتسمى الصفحة الرئيسية للموقع بـــ الـــ ***Home page*** حيث يمكن من خلال الروابط أو الإشارات، الوصول إلى الصفحات الأخرى التي يتضمنها الموقع. والموقع الإلكتروني الخاص بالشركات أو المؤسسات قد يكون مجاني وقد يكون غير مجاني.

(3) عنوان الموقع : ***(URL)*** اختصارا لـــ **U**niform **R**esource **L**ocator هو مؤشر يدل على مكان وجود صفحة أو صفحات على الانترنت يبدأ عادة بـــ **http://** أو بـــ **www** هذا العنوان يحتفظ به في أجهزة تسمى بـــ: مزودات أسماء النظام **Domain Name System** . ينتهي العنوان بـــ **com** مثلا الذي تستخدمه الشركات التجارية، **cov** الذي تستخدمه الحكومات، **org** لمختلف المؤسسات والهيئات .....الخ .

(4) محمد أمين الرومي: مرجع سابق، ص 22.

ولا يمكن للبائع إجراء عمليات البيع والشراء بصورة إلكترونية، إلا بعد تصميم موقع تجاري، بواسطة برامج تصميم المواقع التجارية على الشبكة، يقوم بها متخصصون في وضع وتصميم البرامج[1].

يحتوي الموقع التجاري على جزء خاص بالبائع، يمكنه من إعداد أوامر الشراء والتحكم في عمليات الجرد والتأكد من بطاقات الائتمان الخاصة بالعملاء.

وعلى جزء خاص بالعملاء، يتضمن ما يهم المستهلك من سلع معروضة مع بيان أسعارها، وكيفية الدفع والتخفيضات وكيفية الاستلام .

كما يحتوي الموقع على جزء خاص بالدعاية والإعلان، يتضمن الدعاية عن الموقع والمنتجات، ويتم التحكم في الموقع عن طريق ربط النظم الداخلية للمنشأة أو الشركة بالموقع التجاري الخاص بها؛ وبذلك تتحكم الشركة في تجارتها الإلكترونية عبر موقعها الإلكتروني.

ب– البريد الإلكتروني كوسيلة للتعاقد في سوق التجارة الإلكترونية: يمثل استخدام البريد الإلكتروني بداية انسياب معاملات التجارة الإلكترونية، وبعده تم التحول إلى التواجد الفعلي والتفاعلي من خلال المواقع التجارية عبر شبكة المعلومات العالمية وغرف المحادثة الفورية. غير أن البريد الإلكتروني يبقى من الطرق الفنية الهامة لإبرام عقود التجارة الإلكترونية [2].

وتعد خدمة البريد الإلكتروني من الخدمات الرئيسية للانترنت، والتي تخدم النشاط التجاري الإلكتروني حيث يسمح لمستعمليه الاتصال فيما بينهم، بحيث يتمكن مستخدم الانترنت من إرسال رسائل إلكترونية إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني تماما مثل البريد العادي، فلا تستغرق الخدمة سوى ثوان قليلة ما بين إرسال الرسالة ثم استقبالها.

غير أنه يجب أن يكون لمستخدم الانترنت برنامج للبريد الإلكتروني، يدرج ضمن البرامج التي يحتويها جهاز الحاسب الآلي الخاص به [3]، وغالبا ما تكون خدمة البريد الإلكتروني مجانية فليس على الشخص سوى كتابة رسالته وإدراج عنوان البريد الإلكتروني للمرسل إليه في الخانة المخصصة لذلك، ثم النقر على خانة الإرسال فيرسل الرسالة إلى عنوان المرسل إليه على الشبكة.

وحتى يتمكن المرسل إليه من قراءة رسائله، ما عليه سوى فتح صندوق بريده الإلكتروني، ليجد قائمة بالرسائل مع بيان أسماء المرسلين، مع التمييز ما بين الرسائل التي سبق قراءتها من تلك التي لم يسبق له الإطلاع عليها بعد، ولقراءة الرسالة ما عليه سوى النقر على موضعها في القائمة، فتفتح أمامه على شاشة جهاز الكمبيوتر.

---

(1) د هند محمد حامد: مرجع سابق، ص 71.

(2) نضال إسماعيل برهم: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 26.

(3) **Christian CONGIU:** La correspondance par mail, Editions De Vecchi, Paris, 2005.

كما أن لمستعمل الانترنت، أن يفتح صندوق خطاباته عدة مرات في اليوم، وإرسال عدة رسائل إلى عناوين مختلفة، وإذا كان أحدها خاطئا، يمكن للمرسل أن يستردها مرة ثانية عبر بريده الإلكتروني. وعلى عكس البريد العادي، فإن البريد الإلكتروني لا يحتاج إلى طوابع أو أظرفه رسائل، ولا يحتاج وقت طويل، بل لا تأخذ الرسائل سوى وقت قصير، وتصل حتى وإن كان المرسل إليه غير موجود، ويستطيع هذا الأخير الإطلاع عليها في الوقت الذي يشاء، كما يستطيع إرسال رسالة واحدة إلى العديد من المرسل إليهم في وقت واحد.

ومما سبق يمكن إجمال مزايا البريد الإلكتروني بما يلي[1]:

- الإرسال والاستقبال من وإلى عدة عناوين في وقت واحد، مما يسمح للعاملين في مجال التجارة الإلكترونية إرسال أكثر من دعوة للتعاقد، وأكثر من إيجاب لإبرام العقود في وقت واحد.
- لا يستلزم ضرورة وجود الشخص المستقبل، طالما أن بإمكانه الإطلاع على الرسالة في أي وقت يتم فيه فتح البريد الإلكتروني.
- استقبال الرسائل والتعامل معها عن بعد، بواسطة الحاسب المحمول أو الهواتف النقالة، في أي مكان أو بلد في العالم، وكذا سهولة تخزين عدد كبير منها وحفظها.
- رقم سري خاص لكل عنوان بريدي، فلا يمكن لغير صاحبه الدخول وقراءة محتوى الرسائل.

ومن خلال المزايا السابقة، يقوم البريد الإلكتروني بحث المستخدم على التعاقد، ويكون دوره ايجابيا عندما يرسل المورد رسالة إلكترونية بالمنتجات التي لديه عبر البريد الإلكتروني؛ فذلك يتضمن إيجابا ببيع منتج أو تقديم خدمة، وبفتح المرسل إليه بريده واطلاعه على الرسالة، يكون الإيجاب قد اتصل بعلم من وجه إليه، ويمكنه إرسال قبوله بالبريد الإلكتروني كذلك إلى الموجب فينعقد العقد بتحقق الإيجاب القبول. وبذلك يتم التعاقد في سوق التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.

هذا وتعتبر خدمة البريد الإلكتروني من أشهر الخدمات المتداولة من الشركات التجارية في دول العالم الصناعية[2]، كونه يتيح التفاعل بين المستخدمين، سواء تم استعمال نفس برامج البريد الإلكتروني الشائعة الاستخدام في مراسلات البريد، أو تم باستخدام برنامج متصفح الويب[3].

هذه كانت بعض من أوجه الاستخدام المتعددة للانترنت، والتي اتسعت لتشمل أسلوب جديد في التعامل التجاري عن بعد أو ما يعرف بالتجارة الإلكترونية[4].

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، 2007، ص 68.

(2) **Gilles FOUCHARD:** Op**.** cit, p95.

(3) عبد الحميد بسيوني: المرجع السابق، ص 17.

(4) في الحقيقة أن التجارة عن بعد ليست مفهوما حديثا، بل عرفه الإنسان منذ زمن بعيد، وهي ليست ظاهرة جديدة، بل ظاهرة مارسها التجار منذ مدة لكنها تأسست على طرق يدوية، لا تعتمد على وسائل تقنية، وتتطلب بالضرورة الانتقال المادي إلى الغير لإبرام الصفقات وإنشاء المعاملات.

ثانيا: خصائص الانترنت وكيفية تنظيمه

ا- خصائص الانترنت: تتميز شبكة الانترنت بمجموعة من الخصائص التي تنفرد بها، فالانترنت شبكة مفتوحة عالمية وغير متخصصة.

1. شبكة مفتوحة: أهم ما يميز الانترنت أنها شبكة غير مملوكة لأحد، فلا يوجد من يسيطر على هذه الشبكة فهي متاحة للجميع، وليست مقتصرة على طائفة محددة من العملاء، كما تعتبر محصلة ربط عدد جم من الشبكات العامة والخاصة بعضها ببعض [1]. ولعل خاصية الانفتاح هته، هي من شكلت النجاح الهائل للشبكة وهي بالمقابل كذلك تصنع الكثير من العقبات القانونية أمامها، فمثلا من الصعب تحديد حقوق وواجبات مستخدمي الشبكة، لأن الأمر يستدعي تدخل المشرع على المستوى المحلي وكذا الدولي. غير أن القول بانفتاح الشبكة لا يجعلها غير خاضعة للتنظيم، بل هناك هيئات خاصة تقوم بذلك.

2. شبكة عالمية: الانترنت يجعل من العالم قرية صغيرة، فهو لا يعترف بالحدود الجغرافية للدول[2]، فملايين الأشخاص من مختلف الدول ومن مختلف الأعمار يتواجدون على الشبكة في وقت واحد، يستفيدون من خدماتها المتنوعة، سواء تلك التي تتعلق بتبادل الرسائل والملفات، أو البحث عن المعلومات عن طريق الويب أو التعاقد الإلكتروني، أو المزادات الإلكترونية وغيرها.

3. شبكة غير متخصصة: فالانترنت لا يقدم خدمات محددة، بل يشمل الجانب العلمي والجانب التجاري والمعاملات المصرفية والجانب الثقافي، وبشكل أعم كل ما يحتاجه مستخدم الشبكة من خدمات يمكنه إيجادها بمجرد الاتصال بشبكة الانترنت.

4. شبكة تفاعلية: حيث تتيح هذه الخاصية لمستخدمي الانترنت التواصل بشكل سهل وسريع[3]، فيمكن للبائع الترويج والتسويق للسلع والخدمات من خلال متجره الافتراضي، وفي نفس الوقت للمشتري الإطلاع على العروض والأسعار الخاصة بالمنتجات والخدمات، فيقترن إيجاب البائع بقبول المشتري، ومن ثم ينعقد عقد التجارة الإلكتروني.

ونظرا للتطور السريع في تكنولوجيا الكمبيوتر والانترنت ونظرا لطبيعتهما الخاصة يطرحان مسائل قانونية معقدة وشائكة، وبالتالي فالمبادئ القانونية والقوانين التقليدية السائدة، لا يمكن أن تلاءم دائما التكنولوجيا المتقدمة التي لم تكن في الحسبان حين وضعها[4]؛ مما يحتم ضرورة تنظيم الجوانب القانونية للانترنت ضمن ما يطلق عليه قانون الانترنت.

ب – تنظيم الانترنت: الانترنت حصيلة جهود وإسهامات مشتركة لعدد كبير من المنظمات

---

(1) د صابر عبد العزيز سلامة: المرجع السابق، ص 12.

(2) **Frédéric- Jérome PANSIER, Emmanuel JEZ:** Op.cit, p7.

(3) د تامر محمد سليمان الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، بهجات للطباعة، 2009، ص 29.

(4) عزة علي محمد الحسن: مرجع سابق، ص 2.

والمؤسسات والمعاهد، التي تسهم بأنظمتها الحوسبية وبمواردها في خدمة وصيانة وتحديث هذه الشبكة[1] وبالتالي فهو ليس ملكا لأحد، فقد وجدت عدة هيئات ومنظمات ذات طابع إشرافي تلعب دورا هاما في مجال تنظيم وتنسيق الشبكة نذكر من بينها:

1.مجلس هندسة أو عمارة الانترنت *Internet Architecture Board (IAB)* :

تأسس سنة 1983 وأصبح جزءا من جمعية مجتمع الانترنت سنة 1992، يهتم بتخطيط وهندسة شبكة الانترنت وبنيتها الداخلية وبروتوكولاتها، ويشرف كذلك على عملية وضع المواصفات القياسية، التي تعمل بالإضافة إلى عمله كمجموعة استشارية لجمعية الانترنت[2].

2.جمعية مجتمع الانترنت *(ISOC) Group of Internet Society*:

نشأت سنة 1992، وهي جمعية متخصصة تضم مجموعة أعضاء، من أفراد وإدارات حكومية وشركات مؤسسات وهيئات غير ربحية، تهدف إلى ضمان تنمية الشبكة، عن طريق تطوير إدارة وهيكلة الانترنت وقواعده لخدمة مصالح جميع مستخدمي الانترنت في العالم.

3.تحالف الشبكة الدولية *The World Web consortium (W3W)*:

أنشأت سنة ،1994 وهي تهتم بمواقع الانترنت[3]، وتضع قواعد عامة وسياسات تنظيم الاستضافة على الشبكة، كما تقوم بتطوير المعايير المفتوحة للويب مثل *(HTML)*.

4.منظمة مهندسي الانترنت *Internet Engineering Task Force (IETF)* :

تعتبر هيئة عالمية كبيرة، تفتح باب الاشتراك فيها لجميع مصممي الشبكات، والدور الرئيسي لهذه الهيئة تقديم الحلول للمشاكل التقنية التي قد تواجهها شبكة الانترنت[4].

5.منظمة الايكان *Internet Corporation for Assigned Names &Numbers (ICANN)*:

منظمة أمريكية تكونت سنة 1998، تمثل جهة تنظيمية وتنسيقية، فيما يتعلق بتسجيل أسماء النطاق وعناوين الانترنت، كما تضطلع بوضع القواعد الخاصة المطبقة على المنازعات والخلافات، التي قد تنشأ بين بأسماء وعناوين النطاقات والعلامات التجارية[5].

ولقد آثرنا البدء بهذا العرض الموجز للبيئة التقنية للتجارة الإلكترونية، كأحد الأنظمة العالمية الحديثة والفعالة تمهيدا ومحاولة للتمكن من ضبط المعنى الجديد للتجارة بتطبيقاتها المختلفة وسماتها المميزة؛ وهو ما سنعكف على تبيانه في المطلب اللاحق.

---

(1) د محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، 2006، ص 10.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 15.

(3) المرجع السابق، ص 14.

(4) منير محمد الجنبيهي، محمود محمد الجنبيهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 9.

(5) د خالد ممدوح إبراهيم: لوجستيات التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2008، ص 114.

المطلب الثاني: التعريف العام للتجارة الإلكترونية

لم يتفق الفقه والتشريع على إيجاد تعريف موحد للتجارة الإلكترونية، فكل عرفها حسب وجهة نظره وبمعيار معين، وقد ساعد في ذلك كونها تعتمد على التقنية الحديثة؛ مما يجعل مفهومها قابل للتغيير بتطور البيئة التكنولوجية (الفرع الأول)، غير أن أي تعريف من تعاريف هذه التجارة، لا بد أن يبين ويشمل في مضمونه أشكالها وخصائصها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف الفقه والتشريع للتجارة الإلكترونية

إن الإحاطة بمدلول التجارة الإلكترونية الذي يعتبر حديث نسبيا في الفكر القانوني، يقتضي منا الوقوف عند موقف الفقه واجتهاده لوضع تعريف لها (أولا)، ثم مسعى التشريع الوطني والدولي إلى تحديد مفهوم التجارة بالطريق الإلكتروني (ثانيا).

أولا: تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية

إن اصطلاح التجارة الإلكترونية هو في حقيقته مكون من مقطعين، المقطع الأول التجارة التي تعني في المفهوم اللغوي، حرفة التاجر الذي يمارس البيع و الشراء[1]، وهي تقليب المال أي بالبيع والشراء ولغرض الربح وبالنسبة لمدلولها القانوني، فهي تشمل تحويل المنتجات من حال إلى حال، أي من حالتها الأولية إلى سلع بقصد بيعها بعد إعادة صنعها بما يسمى الصناعة التحويلية، وهي أيضا النشاط المتعلق بالصناعة وبالنقل والبنوك وما يلحق بها من حرف تجارية كالسمسرة والوكالة بالعمولة والتأمين وغيرها.

أما المقطع الثاني فهو الإلكترونية وهو نوع من التوصيف لمجال أداء النشاط التجاري، باستخدام مختلف الوسائط والأساليب الالكترونية، ويعد الانترنت واحدا من أهم هذه الوسائط[2].

ومن خلال النظر إلى هذا المصطلح بعد تقسيمه، يمكننا تعريفها بأنها تداول للسلع والخدمات عن طريق الوسائل الإلكترونية.

غير أنه وككل نظام حديث يدور حوله الاجتهاد للتعريف به، فقد واجه التجارة الإلكترونية كم هائل من التعريفات الفقهية، ينظر كل تعريف إليها من منظور خاص ومحدد، بهدف الوصول إلى تحديد معالمها، مما نجم عنه اختلاف المفاهيم بحسب الزاوية التي ينظر منها، فظهرت العديد من المحاولات من بينها:

- هناك جانب من الفقه أكد عند تحديده لمفهوم التجارة الإلكترونية على أطـــراف العملية التجارية، فعرفها بأنها:" تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"[3].

---

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، القاهرة، 2003، ص72.

(2) رأفت رضوان: عالم التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص13.

(3) **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique: aspects juridiques, Editions Hermès, Paris 1998.

وعرفت أيضا بأنها:" نوع من عمليات البيع والشراء ما بين المستهلكين والمنتجين، أو ما بين الشركات بعضهم بعض، بواسطة تقنية المعلومات والاتصالات الحديثة"[1].

وكذا:"هي أداء العملية التجارية بين شركاء تجاريين، باستخدام تكنولوجيا معلومات متطورة، بغرض رفع كفاءة وفعالية الأداء"[2].

ووفق هذا المسلك عرفت كونها:" عرض وإعلان المنتجين أو الموردين، للمستهلكين أو المحترفين المنتجات والخدمات بواسطة الشبكات الرقمية الكبرى"[3].

كما حدد مفهوم التجارة الإلكترونية في هذا السياق:" كشكل من أشكال التبادل التجاري باستخدام شبكة الاتصالات، ما بين الشركات بعضها وبعض، أو بين الشركات وعملائها، أو بين الشركات والإدارة العامة[4]، وهي مزيج من التكنولوجيا والخدمات للإسراع بعملية التبادل التجاري، وإيجاد آلية لتبادل المعلومات داخل الشركة، وبين الشركة والشركات الأخرى، والشركة والعملاء"[5].

في قراءة للمفاهيم السابقة، نلاحظ أنها ركزت على الجهة التي تقوم بالنشاط، سواء كانت الشركات أو العملاء أو الحكومات، فقد اهتم هذا الجانب من الفقه عند تحديده لمفهوم التجارة الإلكترونية بتوضيح صورها وتطبيقاتها التي تختلف باختلاف الأطراف المشاركة في تنفيذها، ورغم أن التعريفات تضمنت الوسيلة المستخدمة والمتمثلة في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، إلا أنها أغفلت نوع النشاط التجاري الذي يتم عبر الشبكات الإلكترونية.

- جانب آخر من الفقه اعتمد في تعريفه للتجارة الإلكترونية على الوسيلة المستخدمة في العملية التجارية فعرفت كما يلي:" تلك الأنشطة التجارية التي تدار عبر شبكة دولية متصلة إلكترونيا بأجهزة كمبيوتر"[6].

وأيضا:" أي نشاط يتعلق بتداول السلع أو الخدمات، متى كانت مباشرة هذا النشاط تحدث على شبكات الاتصال عن بعد، وكان النشاط يمثل قيمة مضافة للمشروع أو المورد أو العميل" [7].

---

(1) د أبوالعلا علي أبوالعلا النمر: المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار أبو المجد، 2005، ص 13.

(2) رأفت رضوان: مرجع سابق، ص 15، 14.

(3) **Jérôme HUET:** La problématique juridique du commerce électronique, Colloque « Droit et Commerce », Deauville, 2000, p 2.

(4) **Isabelle DE LAMBERTERIE:** Multiplicité des contrats électronique conférence « Le contrat électronique », organisée par le Programme international de coopération scientifique, Montréal, 19 décembre 2003, p 1.

(5) د قدري عبد الفتاح الشهاوي: قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 293.

(6) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 17.

(7) د حسين عبده الماحي: نظرات قانونية في التجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد رقم 31، سنة 2002، ص 281.

وبأنها:" عبارة عن بنية أساسية تكنولوجية تهدف إلى ضبط سلسلة الوسطاء، واستجابة لطلبات السوق وأداء الأعمال في الوقت المناسب، وهي نوع من تبادل الأعمال، يتعامل أطرافه بوسيلة إلكترونية، بدلا من استخدامهم لوسائل مادية أخرى بما فيها الاتصال المباشر. وتشمل عمليات التبادل باستخدام التبادل الإلكتروني للمستندات مثل البريد الإلكتروني، النشرات الإلكترونية، والتحويلات الإلكترونية للأموال وكذا كل الوسائل الإلكترونية المشابهة" (1).

وفي نفس الاتجاه عرفها بعض الفقه:" بالعمليات التجارية التي تتم بواسطة عمليات رقمية عبر شبكة الاتصالات الدولية، أي أنها عملية توصيل المعلومات والمنتجات والخدمات والمدفوعات وإبرام الصفقات التجارية بطريقة إلكترونية عبر شبكة الانترنت أو أي شبكة دولية" (2).

وعرفت:" كنوع من التجارة يتم من خلال وسيط إلكتروني، بما في ذلك التجارة التي تتم عبر التليفون والفاكس وكذلك عبر الانترنت وشبكات الاتصال المختلفة، فهي بذلك عبارة عن تكامل وسائل الاتصال وإدارة البيانات ولإمكانيات الأمنية، التي تسهل تبادل المعلومات المتعلقة بعمليات بيع السلع والخدمات" (3).

وأيضا:" استخدام وسائل إلكترونية لتبادل المعلومات والمعطيات وتنفيذ النشاطات"(4).

واستعمال تكنولوجيا المعلومات لإيجاد روابط فعالة بين الشركات، بحيث تعتبر منهج حديث يشمل استخدام شبكة الاتصالات، على حد سواء في البحث أو الاسترجاع للمعلومات (5).

بالوقوف عند هذه الاجتهادات، نجدها اهتمت بالشق الثاني لمصطلح التجارة الإلكترونية، والذي يعتبر الوسيلة المستخدمة للتعاقد في هذا المجال، فهو معيار التمييز الحقيقي ما بين التجارة الإلكترونية والتجارة التقليدية، حيث أنهما لا تختلفان إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعاقد. لكن يرد على بعض التعريفات أنها حصرت الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية في شبكة الانترنت، بينما الأصح أنه يمكن إبرامها بواسطة العديد من الوسائل الإلكترونية الأخرى، كالفاكس والتلكس، وإن كانت شبكة الانترنت من أشهرها والأكثر انفتاحا، التي أدت إلى انتشار التجارة بهذه الصورة الجديدة.

ويؤخذ عليها كذلك، أنها لم تولي الاهتمام للتعامل الذي يتم بهذه الوسيلة، مما يؤدي إلى اتساع نطاق التجارة الإلكترونية، لأن الوسائل الإلكترونية يمكن أن تستخدم كذلك في جميع الأنشطة غير تلك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

---

(1) د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 13.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 56.

(3) د عماد الحداد: التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الفاروق للنشر والتوزيع، 2004، ص 13.

(4) **Louis A LEFEBRE, Elisabeth LEFEBRE:** Commerce électronique et entreprises virtuelles: défis et enjeux, Revue International de Gestion volume 24, numéro 3,1999, p 22.

(5) د قدري عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص 17.

- أخيرا جانب مختلف من الفقه ركز عند وضعه للمدلول على فكرة النـــشاط التـــجاري[1].

فعرفها البعض منه أنها:" تلك التجارة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات، هي تقديم خدمات الانترنت، والتسليم الإلكتروني، أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك، في شكل معلومات رقمية، واستخدام الانترنت كقناة لتوزيع الخدمات، عن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل غير إلكتروني"[2].

وأنها: "عبارة عن أي استخدام للوسائل التكنولوجية في أي نشاط تجاري، ويشمل ذلك وسائل الاتصال التي تعمل كوسيط في عمليات تصميم و إنتاج وإعلان وعرض وتوزيع وبيع السلع والخدمات، وكذلك تسويق عمليات الدفع والسداد"[3].

وعرفت وفق هذا المسلك:"بعملية البيع والشراء عبر الشبكات الإلكترونية، على المستويين السلعي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على الممارسة التجارية"[4].

كما عرفت أنها:" العملية التجارية التي تتم بين طرفين بائع ومشتري، وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، وذلك دون الحاجة لانتقال الطرفين، أو لقائهما بل يتم التوقيع إلكترونيا على العقد"[5].

الملاحظ أن الأخذ بفكرة النشاط التجاري كمرجعية أساسية في التعريف، يتفق ومضمون التجارة الإلكترونية، حيث أن الأعمال التي يقوم بها شخص غير تاجر، والتي لا تصنف ضمن الأعمال التجارية باختلاف أنواعها، تخرج عن نطاق التجارة الإلكترونية له ما يبرره قانونا[6].

المحصلة إذن، هي أن فتح باب الاجتهاد أوجد من التعريفات الفقهية الكثير والعديد، اختلفت فيما بينها باختلاف المعيار الذي اتخذته للإحاطة بمعنى التجارة الإلكترونية؛ ولعل الطبيعة المتغيرة للتجارة بين مستحدثات التكنولوجيا، تجعل محاولات ضبط المقصود بالتجارة الإلكترونية تعاني دوما من القصور.

---

(1) **Karim SEFFAR , Karim BENYEKHLEF:** Commerce électronique et normativités alternatives Revue de droit et technologie de l'Université d'Ottawa, volume 3, numéro 353, 2006 ,p 360.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 44.

(3) د قدري عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص 295.

(4) د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص12.

(5) د هدى حامد قشقوش: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص8.

(6) هناك من الفقه من لا يربط مفهوم التجارة الإلكترونية بفكرة النشاط التجاري، حيث يرى الدكتور محمد المرسي زهرة، أنه ليس من الضروري أن يكون العمل تجاريا حتى يدخل ضمن مفهوم التجارة الإلكترونية، فقد يكون العمل مدنيا أو مختلطا، ومع ذلك لا يخرج من نطاق التجارة الإلكترونية، فالبيع والشراء الذي يتم بين طرفين كليهما ليس تاجرا، ولم يكن بقصد الربح يدخل حتما ضمن مفهوم التجارة الإلكترونية إذا ما تم بوسائل إلكترونية. كما يرى أن مصطلح التجارة الإلكترونية، يعني المعاملات المالية التي تتم إلكترونيا عبر شبكة الانترنت، سواء تمتعت بالصفة التجارية أم لا، أكثر شرح د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني المستهلك الإلكتروني الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2007، ص 9-13.

ثانيا: تعريف التشريع للتجارة الإلكترونية

إن التجارة الإلكترونية التي استحدثت تقنية جديدة للتبادل التجاري[1]، لم تكن بمنأى عن اهتمام التشريعات الدولية والوطنية بوضع تعريف لها:

فالقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي "الأونسيترال" الصادر عام 1996[2]، وإن لم يعرف التجارة الإلكترونية بشكل مباشر، إلا أنه تضمن ما يشير إلى ذلك[3]، فالمادة الأولى منه مثلا تقضي بأنه:" ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

ويتضح من ذلك أن التجارة الإلكترونية وفقا للقانون المذكور، تتعلق بأنشطة تجارية دون غيرها من أنواع النشاط الأخرى، حتى أنه نص في الهامش، على وجوب تفسير مصطلح أنشطة تجارية تفسيرا موسعا، ليشمل جميع المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري. كما أن هذه الأنشطة التجارية تتم من خلال تبادل معلومات في شكل رسالة بيانات، وهي حسب نص المادة الثانية من القانون نفسه تعني المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي (الفاكس).

فالنص وضح وسائل إبرام عقود التجارة الإلكترونية، التي لا تنحصر فقط في"الانترنت" بل توجد وسائل أخرى ورد ذكرها على سبيل المثال لا الحصر، سواء منها ما يتعلق بتقنيات الاتصال القائمة، كالفاكس والتلكس، أو حتى المستقبلية الناتجة عن التطورات التقنية.

كما عرفت منظمة التجارة العالمية التجارة الإلكترونية على أنها:" مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات وتأسيس الروابط التجارية، وإتمام صفقات إنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل إلكترونية[4] فهي عبارة عن شراء وبيع السلع عبر شبكات الانترنت، والشبكات التجارية والعالمية الأخرى"[5].

فمن خلال هذا التعريف، يتبين أن مفهوم التجارة الإلكترونية يشمل الأنشطة المتعلق بالمنتجات، والتي تتم من خلال شبكات الاتصال، سواء كانت الانترنت أو غيرها، فأي عقد يتعلق بالأنشطة التجارية يبرم بواسطة شبكات الاتصال يدخل ضمن عقود التجارة الإلكترونية. غير أنه وإن كان التعريف قد ذكر الأنشطة التجارية الخاصة بالمنتجات، إلا أنه اغفل تلك المتعلقة بالخدمات، والتي تشملها حتما التجارة الإلكترونية.

---

(1) **Philippe LE TOURNEAU:** Contrats informatiques et électroniques Dalloz, 2006, p 270.

(2) **Mohamed Diyaa TOUMLILT:** Op.cit, p19.

(3) **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique: aspects juridiques, Op.cit, p 11.

(4) إبراهيم المنجي: عقـــد نقل التكـــنولوجـــيا التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف 2002، ص 256.

(5) **Mohammed BEDHRI:** Le commerce électronique: quelles perspectives au Maroc ?, El Joussour, 2001, p 64.

من جانب آخر، عرفتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بأنها:" جميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الشركات أو بين الأفراد التي تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات، سواء كانت تلك البيانات مقروءة أو أصوات أو صورة مرئية، كما أن المفهوم يمتد إلى أبعد، من ذلك بحيث يشمل الآثار المترتبة على عملية تبادل البيانات والمعلومات التجارية إلكترونيا، ومدى تأثيرها على المؤسسات والعمليات التي تدعم وتحكم الأنشطة التجارية المختلفة".

جاء التعريف شاملا لكافة الأنشطة التجارية، التي تتم بواسطة المعالجة الإلكترونية للبيانات، بنقلها من حاسوب إلى حاسوب آخر، ورغم أنه ذكر أطراف المعاملة التجارية، إلا أنه اكتفى بالتبادل الإلكتروني للبيانات كوسيلة إلكترونية تبرم بها العقود.

أما على الصعيد الوطني فان جهودا تشريعية مميزة قد حققت تعريفا للتجارة الإلكترونية، ولعل أغلب التشريع الأجنبي لم يتضمنه بشكل مباشر تاركا ذلك للفقه على الأغلب، إلا أن بعض القوانين العربية أعطت تعريفات مختلفة.

فالقانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بتاريخ 9 أوت 2000 الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية[1] والذي يعد أول قانون ينظم التجارة الإلكترونية على مستوى الدول العربية، أعطى تعريفا للمبادلات والتجارة الإلكترونية بموجب نص الفصل الثاني، يقصد في مفهوم هذا القانون المبادلات الإلكترونية:" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"، التجارة الإلكترونية:" العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

وأشار هذا التعريف، إلى أن جميع الأعمال التجارية سواء تلك المتعلقة بالسلع أو الخدمات، إذا ما تمت بوثيقة إلكترونية عدت من قبيل أعمال التجارة الإلكترونية، كما اكتفى النص بذكره للمبادلات الإلكترونية دون أن يبين الوسائل المستخدمة لإبرام عقود التجارة الإلكترونية.

ونجد تعريفا آخر للتجارة الإلكترونية، في قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، حسب المادة الثانية منه أن التجارة الإلكترونية:" هي المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية، والرسالة الإلكترونية وفق نفس النص هي معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها من المكان المستلمة فيه".

وإن كان هذا التعريف لا يختلف كثيرا عن سابقه، إذ لا يحدد الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في عقود التجارة الإلكترونية، ليشمل حتى ما قد تخلقه التكنولوجيا مستقبلا من وسائل اتصال حديثة.

وبالنظر إلى الأمر الواقع، الذي يجعل المبادلات التجارية الإلكترونية تعتمد على عقود دولية أو وطنية

(1) **Samia BEN ISMAIL KAMOUN:** La formation du contrat de vente électronique et le droit commun des contrats, Revue Tunisienne de Droit Centre de Publication Universitaire, 2004, p 133.

فإنه يمكن أن نضع تعريفا مقترحا للتجارة الإلكترونية بأنها: " الأنشطة التجارية التي تبرم وتنفذ ولو جزئيا عبر وسائط إلكترونية، سواء على المستوى المحلي أو الدولي".

نستشف مما سبق أن التجارة الإلكترونية التي أصبحت تأخذ مكانها بشكل سريع في العلاقات التجارية الدولية، تحتاج إلى إحكام نظامها القانوني، وقد يسبق ذلك الحاجة إلى تحديد مفهومها الذي تعدد كما رأينا واختلف باختلاف الزوايا التي ينظر إليها الفقه، أو الصياغة التي تخرج بها النصوص القانونية؛ ويرجع ذلك لطبيعتها المتفردة، والتي وبلا شك سوف تحدث انقلابا في القواعد القانونية القائمة .

وتبقى مع ذلك الحاجة إلى إعادة النظر في مفاهيم التجارة الإلكترونية، مهما جد واستجد من تكنولوجيا تتأثر بها.

الفرع الثاني: الأشكال والخصائص المميزة للتجارة الإلكترونية

يمكننا أن نلحظ وبشكل جلي الأثر التغييري للتجارة الإلكترونية على نشاط الشركات والأفراد وحتى الحكومات، فكان نتاج ذلك أن تعددت صورها وتطبيقاتها (أولا) لما تتمتع به من مميزات وخصائص (ثانيا) وهو ما سنفصله تباعا.

أولا: أشكال وتطبيقات التجارة الإلكترونية

تختلف أشكال التجارة الإلكترونية باختلاف أطراف المعاملة ومحلها وكيفية تنفيذها.

ا- فحسب أطراف المعاملة التجارية نجد الصور التالية:

1. التجارة الإلكترونية بين شركة وشركة أخرى أو بين وحدة أعمال ووحدة أعمال أخرى، يعبر عنها بالانجليزية ***Business To Business*** ويرمز لها بـــ ***B2B***[1]، تعتبر الأكثر من حيث العائد المادي وفي هذا النوع يتم تبادل العمليات التجارية بين الشركات، تتضمن تبادل المنتجات والخدمات والمعلومات باستخدام شبكات الاتصال وتكنولوجيا المعلومات؛ قد تتم على المستوى المحلي، لكن غالبا ما تتم ما بين الشركات والمؤسسات على المستوى الدولي، ويعتبر هذا النوع من العمليات التجارية الأولى، التي استعملت أنظمة إلكترونية في عملياتها التجارية خارج الانترنت. هذا الأخير الذي أصبحت الآن تطبيقات الشركات للشركات تعتمد عليه بشكل أساسي، مما جعلها أكثر أشكال التجارة الإلكترونية انتشارا واتساعا، وتستخدم المؤسسات في تعاملاتها التجارية فيما بينها عدة أنظمة تستعمل فقط في تطبيقات الشركات للشركات مثل التبادل الإلكتروني للبيانات[2].

---

(1) **Olivier THIBAUD:** Commerce électronique et places de marché de quoi parlons-nous, LE MOCI numéro 1499, 2001, p40.

(2) يعتبر نظام التبادل الإلكتروني للبيانات، أحد أقدم أشكال التجارة الإلكترونية، ويعني تبادل المعلومات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بين أجهزة الكمبيوتر التابعة لشركات تجارية، دون الوسائل الورقية التقليدية، مثل المعلومات الخاصة بالمفاوضات والعقود وأوامر الدفع والفواتير والتحويل الإلكتروني.

2. التجارة الإلكترونية مابين الشركة والمستهلك أو بين وحدة أعـــمال والمستـــهلك، يعبر عنها بالانجليزية ***Business To Consumer*** ويرمز لها بـــ ***B2C***، انتشر هذا الشكل من أشكال التجارة الإلكترونية بانتشار الانترنت، وظهور الأسواق الافتراضية والمواقع التجارية، التي جعلت الشركات تسارع إلى عرض منتجاتها و خدماتها إلى المستهلكين طريق شبكة الويب[1]، وبذلك يتم التعامل ما بين الشركة أو المؤسسة والزبائن.

3. التجارة الإلكترونية ما بين مستهلكين ومستهلكين آخرون، يعبر عنها بالانجليزية ***Consumer To Consumer*** ويرمز لها بـــ ***C2C*** ، حيث يقوم الأفراد بالتعامل فيما بينهم عن طريق البيع والشراء بواسطة شبكة الانترنت، ومن أشهر صور هذا التعامل المزاد الإلكتروني، الذي يوفر إمكانية عرض مستخدمي الانترنت لما يريدون بيعه على الموقع المخصص، ويقوم آخرون بالمزايدة ومن ثم تتم عملية الشراء، وهذا النوع يكاد ينافس العمليات التجارية ما بين وحدات الأعمال والمستهلكين، لانتشار مواقع المزادات الإلكترونية على شبكة الانترنت[2].

4. التجارة الإلكترونية ما بين وحدة الأعمال والإدارة الحكومية يعبر عنها بالانجليزية ***Business To Government*** ويرمز لها بـــ ***B2G***، ويشمل كافة التعاملات التي تتم بين الشركات والحكومة باستخدام الوسائل الإلكترونية، ومثال ذلك ما تقوم به الولايات المتحدة الأمريكية، بعرض الإجراءات اللوائح والرسوم ونماذج المعاملات على الانترنت، حتى تتمكن الشركات من الإطلاع عليها بطريقة إلكترونية، وتقوم بإجراء المعاملة إلكترونيا دون الحاجة للتعامل مع مكتب حكومي، ويعتبر هذا الشكل من إحدى صور خدمات الحكومة الإلكترونية[3] .

5. التـــجارة الإلكتـــرونية ما بين المســـتهلك والإدارة الحكـــومية يعـــبر عنها بالانجليزية ***Consumer To Government*** ويرمز لها بـــ ***C2G***، وتتضمن الخدمات التي تقدمها الوحدات الإدارية الحكومية للمستهلكين، كتنفيذ بعض المعاملات المالية بصورة إلكترونية، كتسديد الفواتير والرسوم ودفع وتقديم التقارير الضريبية[4]، وذلك بالدخول إلى المواقع الحكومية الإلكترونية المعنية، دون الحاجة إلى الانتقال إلى المقر المعني.

<u>ب – وحسب محل المعاملة تأخذ التجارة الإلكترونية صورتين</u>:

1. تجارة السلع: يطلق عليها كذلك تجارة البضائع الطبيعية، وهي التجارة التي يكون محلها بضائع مادية تحتاج إلى عمليات النقل والشحن لإتمام التسليم[5]، فلا يمكن تسلـــيمها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، فلا بد

---

(1) **Lionel BOUCHURBERG:** Op.cit, p112.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم : لوجستيات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 159.

(3) سماح صلاح الدين عطية بخيت: المشاكل الضريبية الناتجة عن صفقات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية التجارة ،جامعة القاهرة 2007، ص 67.

(4) **Guy HERVIER:** Op. cit, p 88.

(5) د طاهر شوقي مؤمن: عقد البيع الإلكتروني بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007، ص 13.

من وجود فترة زمنية ما بين إبـــرام العقد وتنفـــيذه، كتجارة السيارات والأجهزة الكهربائية، وبشكل أعم كل ما هو مادي.

2. تجارة الخدمات: وتسمى أيضا تجارة البضائع الرقمية، هي التجارة التي يكون محلها خدمات، ليست بحاجة إلى عمليات الشحن و النقل، بل يمكن أن تتم عن طريق وسائل الاتصال، فلا وجود لفترة زمنية بين التعاقد وتنفيذه حيث يتم إبرام العقد وتنفيذه في نفس الوقت؛ ومن أمثلة ذلك البرامج التي يتم تنزيلها مباشرة على الكمبيوتر والقطع الموسيقية وإرسال التقارير والأبحاث والاستشارات القانونية والهندسية والطبية، كما تعتبر الخدمات الحكومية التي تقدم للمواطنين عبر شبكة الانترنت من أحدث أنواع تجارة الخدمات.

ج – كما تنقسم التجارة الإلكترونية حسب طريقة التنفيذ إلى:

1. التجارة الإلكترونية المباشرة: وهي التي يتم فيها طلب المنتجات (غير المادية) والخدمات ودفع قيمتها وتسلمها بطريقة إلكترونية [1]، كطلب برنامج معين من خلال موقع مخصص لذلك عبر شبكة الانترنت، فيتم تنزيله مباشرة على الكمبيوتر ويتم دفع الثمن من خلال بطاقة الائتمان.

2. التجارة الإلكترونية غير المباشرة: وهي التجارة التي يتم فيها الطلب والتراضي بطريقة إلكترونية، لكن تنفيذ العقد يتم بطريقة تقليدية، من نقل وشحن وتسليم مادي، كمن يطلب شراء جهاز معين عن طريق ملء نموذج بيع عبر موقع إلكتروني، ويتم دفع ثمنه بواسطة التحويل البنكي الإلكتروني، ولكن يتم شحنه وتسليمه إلى المشتري ماديا .

د – وتنقسم تبعا لحجم وحدات المعاملة ومستوى المعاملة ذاتها إلى:

1. تجارة الجملة: وهي شكل من التجارة الإلكترونية التي تشمل أكثر من وحدة واحدة في المعاملة، وذلك بهدف إعادة الاتجار فيها، مثال ذلك أن تحتوي الصفقة على شراء عدد معين من الطائرات أو السيارات بهدف الاتجار فيها.

2. تجارة التجزئة: غالبا ما تشمل هذه التجارة على وحدة واحدة في المعاملة، بقصد الاستهلاك أو الاستخدام الشخصي.

هـ – وحسب نطاق المعاملة التجارية ذاتها تأخذ التجارة الإلكترونية صورتين:

1. تجارة إلكترونية داخلية: تتم بين الأفراد والمؤسسات والهيئات، المقيمين داخل إقليم الدولة الواحدة[2].

2. تجارة إلكترونية خارجية: تتم بين المقيمين في الداخل والمقيمين في الخارج، أو بين دولة ودولة أخرى أو عدة دول أخرى.

---

(1) **Quentin VAN DAELE, Yves POULLET, Anne SALAUN et al:** Commerce électronique - Le temps des certitudes, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, numéro 17, Bruxelles, Bruylant, 2001, p 152.

(2) تشير الإحصائيات إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية تمتلك **97 %** من حجم التجارة الإلكترونية على مستوى العالم، فإن أكثرية المبادلات الإلكترونية تتم داخل الولايات المتحدة الأمريكية ذاتها.

ثانيا: خصائص وسمات التجارة الإلكترونية

تشترك التجارة الإلكترونية مع مثيلتها التقليدية في عدة نقاط، إلا أن الطبيعة الخاصة للانترنت جعلت عقود التجارة الإلكترونية تبرم بطرق فنية، وتتميز بعدة سمات تستدعي انفرادها بقواعد قانونية خاصة، تختلف عن تلك التي تحكم التعامل التجاري التقليدي، ويمكن إيجاز هذه الخصائص فيما يلي:

أ – غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة [1]: في العادة يتم التفاوض بين طرفي العقد وجها لوجه بحيث يجمعهم مجلس العقد، فيتفقان بشأن تفاصيل وبنود العقد المراد إبرامه، وكيفية تنفيذه وهي الطريقة التقليدية للتعاقد. أما في عقود التجارة الإلكترونية فلا وجود لمجلس العقد بالمعنى القانوني التقليدي له، فالتعاقد يتم عن بعد والتفاوض بشأن هذه العقود يتم بين أطراف لا يجمعهم مجلس عقد واحد، فيغيب بذلك الوجود المادي للأطراف[2]، إلا أن العقد ينعقد بالوجود الافتـــراضي لهم ضمن ما يسمى بمجلس العقد الإلكتروني وهو مجلس افتراضي[3].

وقد يغيب العنصر البشري تماما عن عملية التعاقد، فيتم التراسل إلكترونيا بين أجهزة الحاسب، كما الحال بالنسبة للبرامج التي تعتمدها بعض الشركات، فتقوم أجهزة الكمبيوتر بإصدار أوامر شراء السلع في حين تستقبلها أجهزة الشركة الموردة وتنفذها وترسل فواتير البيع، دون تدخل للعنصر البشري، وبذلك تنتفي العلاقة المباشرة بين المتعاقدين[4].

ب – وجود الوسيط الإلكتروني: حيث يتم هذا الاتصال عن بعد باستخدام وسائل إلكترونية مثل التليفون الفاكس، التلكس، التليفزيون، الجوال، المنيتل أو شبكة الانترنت، بحيث يمكن لجهاز الحاسب الإلكتروني المتصل بشبكة الانترنت من إحداث الاتصال بين طرفي التعاقد بالرغم من تباعد الأمكنة، فيتم نقل التعبير عن الإرادة إلكترونيا وفي ذات اللحظة غالبا، إلا إذا حدث عطل في الشبكة، فقد لا تصل الرسالة أو تصل غير مقروءة أو مغلوطة.

فما يميز عقود التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية، هو في الحقيقة وسيلة التعاقد حيث لا يمكن أن توصف التجارة بأنها إلكترونية، إلا إذا كانت وسيلة التعاقد إلكترونية.

ج – عدم وجود الوثائق والمستندات الورقية في المعاملات التجارية الإلكترونية: من أهم الخصائص التي تتميز بها التجارة الإلكترونية، هي أن كافة المعاملات التجارية تتم إلكترونيا، ودون استخدام أي ورق وبالتالي تحل الدعائم الإلكترونية محل الدعائم الورقية، وهكذا يصبح المســـتند الإلكـــتروني هو السند القانوني

---

(1) **Hafedh LAABIDI:** L'offre et l'acceptation dans les contrats de commerce électronique, Revue de la jurisprudence et de la législation, numéro 9, Tunis, 2002, p 10.

(2) د صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008، ص 23.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 63.

(4) عمر حسن المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، 2003، ص 63.

الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء نزاع بينهما ، أي أن الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني حالة نشوء أي نزاع بين أطراف التعامل [1]، وهو ما يعني الاستغناء عن التعامل بالمستندات الورقية التقليدية ليحل محلها المستند الإلكتروني. فالتجارة الإلكترونية لا تعتمد على عقد مكتوب وفاتورة تسليم حيث تحولت هذه الإجراءات بفضل التكنولوجيا المتقدمة إلى بيانات ومعلومات، تنساب عبر شبكات الاتصال الإلكترونية[2] وافتقار الوثائق الورقية في معاملات التجارة الإلكترونية ما هو في الحقيقة سوى نتيجة مباشرة وطبيعية مترتبة على خاصية وجود الوسيط الإلكتروني في إبرام عقودها، هذا الأخير الذي اختصر كل الإجراءات والعقبات المادية في التجارة التقليدية.

د- عقود التجارة الإلكترونية دولية أو وطنية: إن المعاملات التجارية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية قد تتخطى الحدود الجغرافية للدول، فالتجارة ليست حبيسة مكان معين أو دولة معينة، فهي تنساب عبر حدود الدول المختلفة؛ وهذا راجع إلى الطبيعة العالمية لشبكة الانترنت، كونها شبكة عابرة للحدود بطبيعتها، ومن ثم فإن العقود التي تتم من خلالها قد لا تدخل ضمن حدود دولة معينة، حيث يمكن لأي شخص الاتصال بالشبكة وإبرام عقود متعلقة بالتجارة من أي مكان. ومن جانب آخر قد يتم إبرام العقود داخل حدود دولة واحدة وعبر شبكة الانترنت، وفي هذه الحالة لا يعتبر العقد دولي بل وطني، ومنه فقد يكون عقد التجارة الإلكتروني والمبرم عن بعد ذي نطاق دولي[3]،كما قد يكون داخلي حين لا تتوافر فيه معايير دولية العقود.

هـ - السرعة في انجاز الصفقات التجارية: إن التجارة الإلكترونية تساهم في إتمام العمليات التجارية بما يتماشى مع متطلبات العصر وخاصة السرعة، حيث يتم إبرام العقود وتنفيذها وتسليم المنتجات والخدمات وحتى الدفع إلكترونيا، دون الحاجة لانتقال الأطراف واجتماعهم في مكان معين، خاصة إذا كان أحد الأطراف في دولة تختلف عن دولة تواجد الطرف الآخر؛ الأمر الذي يوفر الوقت والجهد والمال، ويساهم في عامل السرعة في انجاز الصفقات التجارية ما يميز التجارة الإلكترونية من استخدام الوسائط الإلكترونية وغياب الوثائق الورقية .

خلاصة القول أنه يمكن إيجاز خصائص التجارة الإلكترونية كونها عقود تتم عن بعد، دون الحضور المادي لأطراف التعاقد، تعتمد في إبرامها على الوسائط الإلكترونية، مما يضمن وجود درجة عالية من التفاعل، تتميز بعدم اعتمادها على مرتكزات ومستندات مادية، مما يؤدي إلى سرعة انجاز الصفقات التجارية، التي قد تكون دولية كما لها أن تكون داخلية؛ الأمر الذي يؤدي إلى تذليل العقبات المادية والقانونية أمام إبرام المعاملات التجارية.

---

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 18.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص22.

(3) **Marine NAIMI-CHARBONNIER:** La formation et exécution du contrat électronique, Thèse Paris II (Panthéon-Assas), 2003, p19.

المبحث الثاني: تـــنظيم التجارة الإلكترونية

لم تعد شبكة الانترنت تقتصر على أنها وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها بين الأفراد من مختلف مناطق العالم، بل أصبحت وسيلة هامة يتم الاعتماد عليها لإبرام العقود المتعلقة بالنشاط التجاري، وهو ما يسمى بصفة عامة "التجارة الإلكترونية".

غير أن اقتحام عالم التجارة الإلكترونية يتطلب مفردات جديدة، لم تكن موجودة في ظل التجارة التقليدية كونها تتم عن طريق الكمبيوتر والانترنت، فالقواعد التقليدية لم تعد قادرة على تأطير هذه المعاملات المستحدثة بل تحتم تطويعها وخلق قواعد جديدة وخاصة، لتعتمد في ساحة التجارة الحديثة.

فالتجارة الإلكترونية بحاجة إلى تنظيم قانوني خاص، لحماية المتعاملين في هذا المجال من جهة، ومن جهة أخرى لرفع الغموض وإزالة اللبس الناجم عن تغيير الدعامة المادية للتبادل التجاري، لإيجاد نوع من التكافؤ بين القواعد التي تسري على العالم الرقمي وتلك التي تسري على العالم المادي.

ولما كان عقد التجارة الإلكترونية يغلب عليه الطابع الدولي، فقد عملت المؤسسات الدولية على تطوير مبادئها وأفكارها فيما يتعلق بهذا النمط التجاري الجديد[1]، وأولت اهتماما كبيرا بعولمة العمل والتجارة ومدى تعلقهما بالوسائل الإلكترونية، وأبرزت الانتهاكات والاستعمالات التي تتم في العالم الافتراضي الذي يشكل النطاق الواسع للمعاملات الإلكترونية. وتجسيدا لذلك سعت المنظمات الدولية والإقليمية المعنية إلى إصدار قوانين نموذجية وتوجيهات استرشادية، بهدف إزالة العوائق وتذليل العقبات، أمام نمو وانتشار معاملات التجارة الإلكترونية ﴿*المطلب الأول*﴾.

كما تنبه المشرع الوطني كذلك لضرورة تحديد القواعد التقليدية التي لا تناسب ضوابط التجارة الإلكترونية وسد منطقة الفراغ التشريعي نتيجة عدم تجاوب القوانين القائمة لمتطلبات المعاملات الإلكترونية، فمعظم التشريعات المنظمة للأنشطة التجارية قد صدرت قبل ظهور شبكة الانترنت؛ وعليه فإنها تحتاج إلى التعديل بما يتماشى مع الواقع الجديد، عن طريق تحديث مختلف المفاهيم المدنية والتجارية السائدة، ذات العلاقة بما يتناسب وأساليب إبرام الصفقات التجارية بواسطة التقنية الحديثة، لأن تنظيم التبادلات الإلكترونية متوقف على ضبط وتوضيح الإطار القانوني لها وكشف الغموض الذي يحيط بها ﴿*المطلب الثاني*﴾.

---

(1) إن القواعد التي تصدرها المنظمات الدولية ذات طابع عالمي، ومثل هذه القواعد تتم بناء على دراسة للأنظمة القانونية المختلفة، أخذا في عين الاعتبار الطبيعة الجديدة للتجارة بشكل عام، والذاتية الخاصة للتجارة الإلكترونية بشكل خاص؛ مما يجعل هذه القـــواعد أقرب لفكرة المبادئ العامة التي تعمل على تمثيل الأنظمة القانونية المختلفة، وذلك بهدف تقديم الحلول المشتركة والموحدة للمشاكل الفنية والقانونية، التي تظهر نتيجة للطبيعة الإلكترونية في إبرام الصفقات، وتوفير الحماية لأطراف العلاقة التعاقدية الإلكترونية. إضافة إلى ذلك فإن مثل هذه القواعد التي تمثل مصدرا من مصادر القاعدة القانونية في التجارة الإلكترونية، تكون صالحة لدمجها في الأنظمة القانونية الداخلية التي تنظم العقود التجارية التي تبرم عبر شبكة الانترنت، حتى يتجنب الأفراد تنظيمها بواسطة اتفاقاتهم الخاصة والتي قد تكون غير كاملة.

المطلب الأول: التنظيم الدولي والإقليمي للتجارة الإلكترونية

لما كان تبني التكنولوجيا أمر متفاوت بين الدول، فمنها من يشجع استخدام التقنية الحديثة، ومنها من لا يزال في طور الاعتياد عليها؛ فمن الطبيعي أن يظهر تفاوت تشريعي لتنظيم المعاملات الإلكترونية، والذي يمثل في حد ذاته عقبة كبيرة أمام انسياب وتفعيل ممارسة الأعمال بطريقة إلكترونية حديث وسريعة.

ولعل الحل الأفضل في القضاء على هذه العقبات القانونية، هو الحاجة إلى التعاون الدولي لتنظيم هذه التجارة بحيث تطبق من طرف الدول، دون الحاجة إلى تنظيمها ضمن القوانين الوطنية، خاصة إذا سلمنا أن عقد التجارة الإلكتروني عقد دولي بطبيعته.

وفي ظل غياب الاتفاقيات الدولية في هذا المجال، والتي قد تكون هي الحل الرئيسي لبلورة التعاون الدولي في ميدان تنظيم المعاملات الإلكترونية، سعت المنظمات الدولية جاهدة لتدارك هذا القصور، بإصدار نماذج قوانين وتوصيات وتوجيهات لوضع إطار قانوني للتجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، كما كان للمؤسسات الإقليمية نفس الدور في إفراز تنظيم قانوني للمتعاملين في مجال هذه التجارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المؤسسات الدولية المنظمة للتجارة الإلكترونية

صاحب ظهور التقنية الحديثة والمتطورة، حاجة المجتمع الدولي إلى توفير مناخ قانوني ملائم لتشجيع التعامل بالوسائط الإلكترونية، وسد الفراغ التشريعي الدولي القائم؛ فأمام هذا الوضع وإدراكا منها لأهميته، قامت المؤسسات الدولية بالمساهمة في وضع قوانين نموذجية وتوصيات تناسب مفاهيم التجارة الإلكترونية. وعليه سنستعرض جهود لجنة الأمم المتحدة (أولا)، منـــظمة التجارة العالمية (ثانيا)، منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وكذا المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية (ثالثا).

أولا: لجنة الأمـــم المتـــحدة

حث التقدم التكنولوجي المجموعة الدولية على التعاون لتعزيز التجارة والخدمات بالوسائل الإلكترونية فتعددت الأنشطة التي قامت بها المنظمات الدولية في حقل التجارة الإلكترونية، لتذليل العقبات أمامها، وتأتي على رأس تلك المنظمات لجنة الأمم المتحدة.

فحين ظهرت فكرة التجارة الإلكترونية في السبعينيات من القرن الماضي، وتطورت في النظام الأمريكي ولما أصبح الانترنت يمثل أكبر معرض تجاري في العالم[1]، عنيت منظمة الأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال"[2]، والتي تعتبر من أوائل المنظـــمات التي عملت في هذا المجال[3]، وهي هيئة قانونية رئيسية تابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي.

---

(1) **Lamia BEN ISMAIL KAMOUN:** Op.cit, p 132.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: لوجستيات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 129.

(3) سماح صلاح الدين عطية بخيت: مرجع سابق، ص35.

ولعل التبادل التجاري الذي يهدف إلى تحقيق نمو أسرع ومستويات أعلى، وإتاحة فرص جديدة من خلال التجارة على نطاق عالمي، كان وراء اهتمام اللجنة بصوغ مجموعة من القواعد العصرية والعادلة والمتوائمة بشأن المعاملات التجارية[1].

فأنشأت الجمعية العامة، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال في عام 1966 بالقرار 2205 د .21 المؤرخ في 17 ديسمبر 1966. ولدى إنشاء اللجنة، سلمت الجمعية العامة بأن التفاوت في القوانين الوطنية التي تنظم التجارة الدولية تضع عوائق أمام تدفقها، واعتبرت أن اللجنة هي الوسيلة التي تستطيع بها الأمم المتحدة القيام بدور أنشط في تقليل هذه العوائق وإزالتها.

وتتكون اللجنة من دول أعضاء تنتخبهم الجمعية العامة، وقد نظمت العضوية بحيث تكون ممثلة للأقاليم الجغرافية المختلفة في العالم، ونظمه الاقتصادية والقانونية الرئيسية. وقد منحت الجمعية العامة اللجنة الولاية العامة لتعزيز المواءمة والتوحيد التدريجيين لقانون التجارة الدولية، وأصبحت بذلك الهيئة القانونية الأساسية بمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي. فهي تهدف إلى تحقيق الانسجام والتواؤم بين القواعد القانونية الناظمة لأعمال التجارة الدولية، وتحقيق وحدة القواعد القانونية المتبعة وطنيا للتعامل في المسائل التجارية الدولية[2]؛ وذلك عن طريق الاتفاقيات والقوانين النموذجية والقواعد المقبولة عالميا، وكذا الأدلة القانونية والتشريعية والتوصيات ذات القيمة العملية الكبيرة، والمعلومات المحدثة عن السوابق القضائية، وسن قوانين تجارية موحدة وتقديم المساعدة التقنية في مشاريع إصلاح القوانين.

وتقوم اللجنة بممارسة نشاطها بإحدى الطريقتين: إما عن طريق الاتفاقيات الدولية المتخصصة في مسألة من مسائل التجارة الدولية[3]، أو عن طريق إصدار القوانين النموذجية التي لا تحمل الصفة الإلزامية[4]، وإنما يستعين بها المشرع الوطني عند وضعه للقواعد القانونية الداخلية.

---

(1) منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: قوانين الأونسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص07.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 29.

(3) نذكر من بينها : ــ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن فترة التقادم في البيع الدولي للبضائع، نيويورك 1974، وتحتوي الاتفاقية على قواعد موحدة تنظم فترة التقادم الناشئة عن عقود البيع الدولي، وبدأ نفاذ هذه الاتفاقية في 1 أوت 1980.

ــ اتفاقية الأمم المتحدة للنقل البحري للبضائع 1978 (قواعد هامبورج)، وتضع هذه الاتفاقية نظاما قانونيا ينظم التزامات وحقوق الشاحنين والناقلين والمرسل إليهم بموجب عقد نقل البضائع بحرا، وقد بدأ نفاذ الاتفاقية في نوفمبر 1992.

ــ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فينا 1980، هذه الاتفاقية تضمنت مجموعة من القواعد القانونية التي تنظم عقود البيع الدولي للبضائع، بدأ نفاذها في 1 يناير 1988.

ــ اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بمسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية في التجارة الدولية، وتنظم هذه الاتفاقية مسؤولية متعهدي محطات النقل الطرفية عن هلاك وتلف السلع والبضائع أثناء النقل الدولي عند وجودها في المحطة، وبدأ التوقيع والتصديق على الاتفاقية وكذا الانضمام إليها في أبريل 1991.

(4) من بين هذه القوانين: قوانين الأونسرال النموذجية بشأن التحكيم التجاري الدولي، وبشأن التحويلات الدائنة الدولية، وبشأن شراء السلع والإنشاءات والخدمات، وقواعد الأونسترال للتحكيم، وقواعد الاونسترال للتوفيق.

وعملا بولايتها المتمثلة في تعزيز وتنسيق وتوحيد القانون التجاري الدولي، وفيما يخص التجارة الإلكترونية التي تعتبر من أهم الأعمال التي تضطلع بها الأونسترال، ومن المجالات التي عملت ولا زالت اللجنة فيها بغية إزالة العوائق أمامها، وتمهيد الطريق للتبادل التجاري، الذي صار يعتمد على وسائل وتقنيات حديثة في ميدان العلاقات التجارية كتقنيات الحوسبة والانترنت؛ فقد بدأت اللجنة المناقشات حول الموضوع سنة 1982 بمناقشة الجوانب المتعلقة بالحوالات الإلكترونية، ثم قررت إدراج موضوع الآثار القانونية التي يطرحها استخدام المعالجة الآلية للبيانات في التجارة الدولية، ضمن جدول أعمالها كبند ذي أولوية وأهمية ضمن دورتها السابعة عشر سنة 1984[1].

كما عرض على اللجنة في دورتها الثامنة عشر سنة 1985، تقرير مقدم من الأمانة بعنوان "القيمة القانونية للسجلات الإلكترونية"، وتبين لها أن استخدام السجلات الحاسوبية كأدلة في الدعاوي القضائية، لا بد أن يكون محل نظر القواعد القانونية التي تعيق ذلك، بحيث يجب أن تتفق والتطورات في مجال التكنولوجيا، حتى تتمكن المحاكم من الاعتراف بالبيانات الواردة أو المخزنة في الحواسيب الإلكترونية، وهو مضمون توصية لجنة الأمم المتحدة للحكومات. وعلى صعيد آخر أشار التقرير إلى وجود عائق قانوني خطير، يتعلق بالقواعد القانونية السارية في التعاملات الدولية، والمبنية على استخدام الوسائل الورقية في توثيق المعاملات التجارية الدولية، في مرحلة سابقة على انتشار المعالجة الآلية للبيانات، والذي من شأنه إعاقة التعامل الإلكتروني عبر الحواسيب، كونه يشترط أن تكون موقعة أو في شكل ورقي، فيحول ذلك دون تهيئة البيانات ومعالجتها آليا بشكل فعال.

ولما صار استخدام المعالجة الآلية للبيانات منتشرا ومستقرا في كل أنحاء العالم، أصدرت اللجنة توصية إلى الحكومات والمنظمات الدولية، بحيث تقترح عليها أن تستعرض القواعد الداخلة في إطار اختصاصها، فيما إذا كانت المنظمات الدولية تضع نصوصا ذات صلة بالتجارة، بهدف إزالة العراقيل وتذليل العقبات التي لا طائل منها، والتي تحول دون استخدام التجهيز الأوتوماتيكي للبيانات في التجارة الدولية؛ ومن ثم إعادة النظر في القواعد القانونية الوطنية القائمة التي تشكل عائقا أمام استخدام نظم المعلومات في المعاملات التجارية[2] مما يكفل الضمان القانوني لاستخدامها على أوسع نطاق في التجارة الدولية، وقد اعتمدت الجمعية العامة هذه التوصية باسم توصية الأونسترال لعام 1985[3] .

كما قامت اللجنة بنشر دليل قانوني سنة 1987 بشأن التحويلات الإلكترونية للأموال، والذي تحدد المسائل القانونية الناشئة عن الأموال بالوسائل الإلكترونية، ويناقش النهج الممكنة لتناول تلك المسائل.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 29.

(2) **Patrick THIEFFRY:** Commerce électronique droit international et européen, Litec, Paris, 2002 p 140.

(3) أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 402.

وفي دورتها الواحد والعشرين سنة 1988، خلصت اللجنة إلى أهمية تكوين العقود التجارية الدولية بالوسائل الإلكترونية، الأمر الذي يحتم ملء الفراغ القانوني من أجل تقليل الصعوبات التي تطرح في الواقع العملي، وعرض على اللجنة تقرير بعنوان دراسة أولية للمسائل القانونية المتصلة بتكوين العقود الإلكترونية في دورتها الثالثة والعشرين سنة 1990 [1].

وفي الدورة الرابعة والعشرين سنة 1991، عرض على اللجنة تقرير "التبادل الإلكتروني للبيانات"، وتضمن عرضا عن الأنشطة التي قامت بها بعض المنظمات المهتمة بالمسائل القانونية للتبادل الإلكتروني للبيانات، وبين التقرير الحاجة إلى وضع إطار قانوني عام، يحدد المسائل التي تطرحها تقنيات التبادل الإلكتروني للبيانات وينظم التجارة الإلكترونية.

فكان في الدورة الخامسة والعشرين سنة 1992، أن بدأت اللجنة توصية خاصة بوضع قواعد قانونية موحدة بشأن التجارة الإلكترونية، وأوكلت مهمة إعداد القواعد القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية إلى الفريق العامل المعني بالتبادل الإلكتروني للبيانات[2].

وقد كرس الفريق العامل دوراته من الخامسة والعشرين إلى الثامنة والعشرين، لمهمة إعداد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، والذي يوفر بيئة قانونية آمنة، لتسيير استعمال تقنيات هذه المعاملات.

كما اقترح الفريق العامل، أن يشفع مشروع القانون النموذجي بدليل، يتناول بعض المسائل التي لم يتناولها القانون النموذجي[3].

وكانت المحصلة في الدورة التاسعة والعشرين، حيث استقر عمل اللجنة بعد النظر في نص مشروع القانون النموذجي بصيغته النهائية، عن إصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، وتلا ذلك صدور قانون الأونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني في سنة 2001[4]، ومن المهم أن نقف عند كلا القانونين اللذان يمثلان نموذجا للدول المهتمة أن تتبعه:

ا- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996: يعرف القانون النموذجي بأنه: "مجموعة من الإجراءات و المبادئ الأساسية[5]، الموجهة نحو تنظيم التعاملات التجارية، ذات الطبيعة الإلكترونية، وتيسير استخدام التقنيات العصرية في مختلف الظروف، لأغراض تدوين المعلومات وإبلاغها".

---

(1) أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص406.

(2) المرجع السابق: ص 408.

(3) **Philippe LE TOURNEAU:** Op.cit, p 278.

(4) **Xavier Linant de BELLEFONDS :** Le droit du commerce électronique, 1ère édition, Presses Universitaires de France, 2005, p 8.

(5) يتميز القانون النموذجي بسمتين: الأولى أنه ذو طابع إرشادي، ذلك لأنه يتكون من مجموعة من القواعد الموضوعة لكي تسير على هديها تشريعات الدول الوطنية، أما الثانية فهي أن قواعده عامة، و لم يتطرق للتفصيلات سواء موضوعية أو فنية، مما يسمح للتشريعات الوطنية بالنص على استثناءات عليها. وبالفعل فقد تم اعتماد هذا القانون بصيغته المقررة من قبل الأونيسترال في دول مثل سنغافورة، وولاية الينوى في الولايات المتحدة واعتمدته بعض الدول التي أصدرت تشريعات تنظم التجارة الإلكترونية، مثل إسبانيا والأردن وتونس ودبي.

والهدف الرئيسي للقانون النموذجي الذي اعتمدته الأونسترال في 1996، هو تيسير استخدام التجارة الإلكترونية، عن طريق إيجاد مجموعة من القواعد المقبولة دوليا، والتي يمكن أن تستخدمها الدول في سن تشريعاتها الخاصة لتذليل العقبات القانونية والأمور التنظيمية الأخرى، التي تنشأ عن المعاملات الإلكترونية وبالأخص تدارك المساوئ الناجمة عن قصور التشريعات الوطنية المنظمة لتقنيات الاتصال العصرية، والتي في غالبها تفرض قيودا على استعمالها، كإلزام التعامل بالمستندات المكتوبة أو الموقعة والأصلية. وبذلك يضع القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مجموعة من القواعد الموضوعية والمتوازنة، لتتبعها الدول عند تطوير قوانينها الخاصة، أو عند صياغة تشريعات جديدة في حالة عدم وجودها.

فللقانون طابع إرشادي تأخذ به التشريعات الوطنية، دون إلزام بغية توحيد المواقف التشريعية من التعاملات الإلكترونية، وإزالة العوائق التي تواجه استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود و إثباتها.

وبشان محتوى القانون، فمقسم إلى جزأين: الأول يتناول التجارة الإلكترونية عموما، والثاني ينظم التجارة الإلكترونية في مجالات محددة والذي خصص لنقل البضائع، ويتضمن القانون في مجمله سبعة عشر مادة قسمت حسب مواضيعها إلى ثلاث فصول، في الجزء الأول، وإلى فصل وحيد في الجزء الثاني، وفق ما يلي:

- الفصل الأول يتضمن أحكام عامة :عبارة عن نصوص تمهيدية وأساسيات للتجارة الإلكترونية تمثلت بداية بنطاق تطبيق القانون، حيث جاء في نص المادة الأولى منه، أنه ينطبق بشكل عام على المبادلات التجارية الدولية والمحلية، إلا أنه أشار في الحاشية رقم 2 إلى إمكانية قصر تطبيق هذا القانون على المبادلات التجارية الدولية للدول التي ترغب في ذلك.كما ورد ضمن نفس المادة أن النص يتعلق بالأنشطة التجارية، وأشار بهذا الخصوص في الحاشية رقم 5 على تفسير مصطلح الأنشطة التجارية تفسيرا موسعا[1]، مع ملاحظة أن القانون منح أولوية وأسبقية تطبيق القوانين المتعلقة بحماية المستهلك على القانون النموذجي[2]. أما المادة الثانية فتضمنت تعريف لبعض المصطلحات المستخدمة في التجارة الإلكترونية. وبينت المادة الثالثة كيفية تفسيره، ولما كان القانون النموذجي يقوم على دعم مبدأ استقلالية الأطراف، فقد أدرج في المادة الرابعة جواز التغيير بالاتفاق أي الخروج على القانون ولكن فقط الأحكام الواردة في الفصل الثالث من الجزء الأول كقيد.

---

(1) ورد في نص الحاشية رقم 5 من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية أنه:"ينبغي تفسير مصطلح" أنشطة تجارية " تفسيرا واسعا على أنه يشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، سواء كانت تعاقدية أو لم تكن. وتشمل العلاقات ذات الطابع التجاري للمعاملات التالية على سبيل المثال لا الحصر: المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع أو الخدمات، اتفاق التوزيع، التمثيل التجاري أو الوكالة التجارية، الوكالة بالعمولة، الكراء أعمال التشييد، الخدمات الاستشارية، الأعمال الهندسية، منح التراخيص، الاستثمار، التمويل، الأعمال المصرفية التأمين، اتفاق أو امتياز الاستغلال، المشاريع المشتركة أو غيرها من أشكال التعاون الصناعي أو التجاري، نقل البضائع أو الركاب جوا أو بحرا أو بالسكة الحديدية أو بالطرق البرية".

(2) نص على ذلك القانون ضمن الحاشية رقم 3: "هذا القانون لا يلغي أي قاعدة قانونية يكون القصد منها حماية المستهلك".

- أما الفصل الثاني المعنون بتطبيق الاشتراطات القانونية على رسائل البيانات: تناول القانون فيه بالتنظيم المحررات المتخذة شكلا إلكترونيا، من حيث قبولها وحجيتها كدليل إثبات والمسائل المرتبط بها، وبذلك كرس القانون مبدأ الاعتراف القانوني برسائل البيانات، ضمن محتوى المادة الخامسة مقررا أن المعلومات لا تفقد مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ بمجرد أنها في شكل رسالة بيانات؛ وهو ما يعني عدم التمييز ضدها، ومن ثم وجوب التسوية بينها وبين المستندات الورقية[1] ولقد أكد الدليل المرافق للقانون النموذجي على عدم وجود تباين في المعاملة بين رسائل البيانات والمستندات الورقية[2]، باعتبار أن الشكل الذي تقدم أو تحفظ به المعلومات لا يجوز أن يستخدم كسبب وحيد لإنكار سريان مفعولها القانوني، أو صحتها أو قابليتها للنفاذ. ومن أجل إرساء الصحة القانونية لرسالة البيانات، توسع القانون النموذجي من خلال المواد السادسة إلى الثامنة في الأخذ بمفاهيم الكتابة والتوقيع والأصل على التوالي، بما يوافق تطبيقاتها على المحررات الإلكترونية.

وباستقراء نص المادة التاسعة من القانون النموذجي نجده انتهج مبدأ النظير الوظيفي، ومؤداه الاعتراف بالمستند الإلكتروني متى قام بوظائف المحـــرر الورقي من حيث إمكانية قراءته أو فهمه واستنساخه واحتفاظه الدائم بخصائصه الأصلية[3]، وبالتالي معاملة المحررات في الشكل الإلكتروني نفس درجة معاملة المحررات الورقية، من حيث قبول حجيتها في الإثبات ما دامت تقوم بنفس الوظيفة وبنفس مستوى درجة الأمن والموثوقية، وإن كانت توفر درجة أكبر من حيث السرعة وتتمة لذلـــك وضعت المادة العاشرة مجموعة من القواعد الخاصة بالاحتفاظ وتخزين رسائل البيانات

ولما كان عالم الاتصال والشبكات محل تطور دائم، فإن القانون تدارك ما قد تقدمه التكنولوجيا من جديد وذلك باعتماده على مبدأ الحياد التقني، أو ما يسمى بالحياد إزاء التكنولوجيا، فقد اعتمد القانون على قواعد محايدة فيما يتعلق بالوسائط المستخدمة فيشمل الوسائط الراهنة الموجودة وكذلك المستقبلية من نوع آخر .

- الفصل الثالث يتعلق بإبلاغ رسائل البيانات: جاءت مواد هذا الفصل في سياق تكوين العقود وصحتها حيث أجاز القانون استخدام رسائل البيانات الإلكترونية، للتعبير عن الإرادة سواء العرض أو القبول بموجب المادة الحادية عشر، وبالتالي إمكانية إبرام العقد صحيحا بالوسائل الإلكترونية. أما اعتراف الأطراف برسائل البيانات وإسنادها والإقرار باستلامها وزمان ومكان الإرسال، فتضمنته باقي المواد إلى غاية المادة الخامسة عشر.

---

(1) د أحمد شرف الدين: قواعد تكوين العقود الإلكترونية: دراسة مقارنة في القوانين النموذجية والاتفاقيات الدولية والقوانين المحلية، دون ناشر 2008، ص 281.

(2) أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 371.

(3) د تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 281.

- الجزء الثاني التجارة الإلكترونية في مجالات محددة: يتضمن فصل واحد يتناول قواعد محددة خاصة بأغراض معينة في استخدام التجارة الإلكترونية في سياق نقل البضائع، بحيث تضمنت المادة السادسة عشر استخدام رسائل تبادل البيانات الإلكتروني، كبدائل عن مستندات النقل ضمن حالات حددتها على سبيل المثال. أما آخر مادة من القانون النموذجي المتقدم، فاشتملت على قواعد خاصة بمستندات النقل المعنية.

وبقراءة متأنية لنصوص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، يتضح بأنه ذو طابع عام، فلم يتطرق إلى التفصيلات الموضوعية أو الفنية[1]، فهو لم يستوعب كل جانب من جوانب التجارة الإلكترونية، بل ترك أمر تنظيمها إلى التشريعات الوطنية والداخلية، إما بتعديل قوانينها القائمة لتتناسب مع التقدم التقني والأشكال الجديدة للتعاملات الإلكترونية، أو بإصدار قوانين جديدة مستقلة تعالجها بصفة محددة. وبالتالي فرغم تعلق القانون بالتجارة الإلكترونية إلا أنه لم يتطرق لبعض المسائل التي تطرحها كقضايا الملكية الفكرية أو الاختصاص القضائي وحماية المستهلك مثلا.

وإذا كان وبلا شك، الهدف من وضع قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري هو إرشاد التشريعات الوطنية عند تعديل قوانينها القائمة أو في حالة إصدار قوانين خاصة؛ فالعديد من الدول اعتمدته متخذة منه نموذجا[2]، عند وضع تشريعاتها الخاصة بالنشاط التجاري والمبادلات الإلكترونية نذكر من بينها: سنغافورة سنة 1998، لوكسمبورج 2000، ايرلندا 2001، تونس 2000، الأردن 2001، إمارة دبي 2002. مما يمكن معه القول أن هدف القانون قد تجسد على نحو لا بأس به.

<u>ب – قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة2001:</u> بالنظر إلى تزايد استخدام التوقيعات الإلكترونية كتقنية عصرية في مختلف المعاملات الإلكترونية،كان للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي أن تهتم بوضع نهج تشريعي موحد، لضبط القواعد الأساسية للتوقيع الإلكتروني[3]. فأعدت اللجنة قانونا نموذجيا بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي اعتمدته الجمعية العامة للأمم المتحدة في 2001 كإطار عام للتوقيعات الإلكترونية، والذي يضم مجموعة من القواعد المحددة، لترسيخ وفهم التوقيع الإلكتروني ولتعزيز الثقة في هذه التقنية، حتى يمكن التعويل عليها في بيئة المعاملات الإلكترونية، وكذا استخدامها بشكل

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 29.

(2) **Xavier Linant DE BELLEFONDS:** Op . cit , p 8.

(3) اهتمت اللجنة في دورتها التاسعة والعشرين 1996، بعد اعتمادها لقانون الاونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ضمن جدول أعمالها بالمسائل المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية وسلطات التوقيع، والبدائل التقنية للترميز، وعهدت ذلك إلى فريق عامل معني بالتجارة الإلكترونية والذي بدوره أكد في الدورة الحادية والثلاثين على ضرورة إعداد قواعد موحدة تشمل جوانب التجارة الإلكترونية، المتمثلة بالمسائل الناشئة عن استخدام التواقيع الرقمية والتصديق. وقد واصل الفريق أعماله في انجاز المشروع، إلى أن تمكن من إعداد القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني في سنة 2000 وتقديمه للجنة المناقشة واعتماد نصوصه عام 2001.

يسير يضمن أداء وظيفة هذا التوقيع بما يعادل نظيره الخطي.

كما استحدث القانون، مجموعة من قواعد السلوك الأساسية لمختلف الأطراف، التي يمكن أن تشترك في استخدام التـــوقيعات الإلكـــترونية (الموقعين الأطراف المعولة والأطراف الثالثة التي تقدم خدمات التصديق) مما يساعد في صوغ ممارسات أكثر تناسقا في ميدان التجارة الالكترونية، ويتيح معاملة متكافئة لمستعملي المستندات الورقية، ومستعملي المعلومات الحاسوبية [1].

والهدف من القواعد الموحدة، هو ملئ الفراغ التشريعي القائم في عدد من الدول، والتي لا تزال تفرض في قوانينها قيودا على استخدام التقنية الإلكترونية، كإلزام استخدام المستندات الخطية أو الورقية الموقعة، والتي بدورها لا تواكب المتطلبات الرقمية وتطبيقات التجارة الإلكترونية، ومحاولة إزالة الفوارق بين النظم القانونية الوطنية الناظمة لاستخدامات تقنية الاتصال.

وهو ما حث بعض الدول اتخاذه نموذجا مثله مثل قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، واتخاذه أيضا مرشدا، يحتذي به عند وضع النصوص القانونية المنظمة للمعاملات وللتجارة الإلكترونية في قوانين الدول الداخلية.

ويعتبر هذا القانون النموذجي مكملا لقانون الأونستراال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فرسائل البيانات المتسمة بصبغة غير مادية، لا بد أن تكون ممهورة بتوقيع إلكتروني، يتفق وطبيعة المعاملات الإلكترونية وبهذا نصت المادة الثانية فقرة (ا) منه على تحديد المقصود بالتوقيع الإلكتروني[2]، ووظيفتيه الأساسيتين، تحديد هوية محرر المستند وموافقة الموقع على مضمون المستند.

كما أن نص المادة السادسة من القانون[3]، يفيد الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات بالنسبة لرسالة البيانات، حتى تعتبر موثوقة وقابلة للنفاذ، والتعويل عليه بالقدر الملائم لغرض الذي أنشئت من أجله فيؤدي بذلك التوقيع وظيفته القانونية في البيئة الإلكترونية. وقد استند القانون في أحكامه على مبدأ النظير الوظيفي، الذي يفيد التكافؤ بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي.

إضافة إلى ذلك، فالقانون لم يتناول كل جانب من جوانب استعمال التوقيعات الإلكترونية، وإنما ترك للدول حرية إصدار لوائح تنظيمية تعنى بالتفاصيل التقنية والفنية للتوقيعات الإلكترونية [4].

---

(1) دليل اشتراع قانون الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001، ص 11.

(2) جاء في نص المادة الثانية فقرة ا من قانون الأونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية 2000 أن "التوقيع الإلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني، مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

(3) كما ورد في نص المادة السادسة "الامتثال لاشتراط التوقيع: حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفي بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب، للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة".

(4) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص390.

ثانيا:المنـــظمة العالمـــية للتـــجارة *WTO*

نشأت المنظمة العالمية للتجارة، بموجب" اتفاقية مراكش" في 15 ابريل 1994، وذلك من بعد توقيع وزراء الدول المشاركة في مفاوضات جولة "الأوروغواي"[1]، على الإعلان النهائي أو الوثيقة الختامية لنتائج الجولة وعلى اتفاقية إنشاء المنظمة العالمية للتجارة، التي دخلت حيز التنفيذ بشكل رسمي في 1 يناير 1995.

وقد أكد المشاركون في المفاوضات، أن إنشاء المنظمة يعد عهدا جديدا للتعاون الاقتصادي العالمي، ومن شأنها أن تؤدي إلى خلق مناخ تجاري عالمي أكثر انفتاحا؛ وذلك من خلال تحرير المبادلات، والقواعد الراسخة التي تم وضعها في إطار جولة الأوروغواي[2].

وتقوم فلسفة المنظمة على تحرير التجارة من كل القيود، وكذا خلق جو المنافسة بكل ما يتعلق بالسلع من حيث إنتاجها وتسويقها؛ الأمر الذي أدى بالمنظمة إلى التفكير في إيجاد مقومات اقتصادية خاصة بكل دولة تسمح لها بإنتاج السلع والخدمات بأسعار وجودة أفضل من غيرها.

وباعتبار وجود المنظمة في حد ذاته يعني وجود مظلة واحدة للتجارة الدولية، فإنها تهدف إلى التقليل من استخدام العلاقات التجارية الفردية، متابعة تنفيذ اتفاقية التجارة الدولية، وكذا العمل على الاهتمام بالمسائل المستجدة أو المتعلقة بالتجارة الدولية والاقتصاد العالمي.

ولعل من أهم المسائل المستجدة والتي تشكل تحديا كبيرا أمام المنظمة، هو إخضاع التجارة الإلكترونية لقوانين التجارة المفتوحة[3]، وهو مسعى هته الأخيرة التي تعمل على إيجاد بيئة قانونية مناسبة لمعاملات التجارة الإلكترونية، وإيضاح طبيعتها وإطارها القانوني ضمن وظيفتها الأساسية، التي تتمثل في السهر على حرية التبادل في المعاملات التجارية الدولية. في هذا السياق أكد المشاركون في الاجتماع الوزاري الثاني لمنظمة التجارة العالمية الذي انعقد بجنيف (سويسرا) سنة 1998[4]، على ضرورة البحث في القضايا المتصلة بالتجارة الإلكترونية، بما يراعى فيه مصالح الدول الأعضاء، وتحديد إطار قانوني وتنظيمي لها، وكذا الاهتمام بالمسائل المتعلقة بالأمن والسرية والضرائب ومسائل الملكية الفكرية المرتبطة بهذا النوع من المعاملات التجارية؛ وقد تقرر ذلك في التقرير الصادر عن مجلس منظمة التجارة الدولية الخاص بالتجارة وبالخدمات لسنة 1999، والمقدم إلى المجلس العام للمنظمة، حيث ذهب هذا التقرير إلى أن تزويد الخدمات بالطرق التقنية يقع ضمن الاتفاقية العامة

---

(1) **Annie Krieger-Krynicki:** L'Organisation mondiale du commerce Structures juridiques et politiques de négociation, Vuibert, Paris, 2005, p 6 .

(2) تعتبر جولة الأوروغواي، من أهم الجولات التي مرت بها الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية، التي شملت دورتين، الأولى جرت بمدينة مونتريال الكندية والثانية في جنيف السويسرية 1989، وقد توقفت جولة الأوروغواي في ديسمبر 1990، وتميزت هذه الجولة برغبة الدول لإزالة العوائق التي تعرقل التجارة الخارجية، في كل المجالات التجارية من التأمين والنقل والاتصالات والسلع والخدمات، وبموجب جولة مراكش 1994، التي تعتبر الجولة الأخيرة للجات، كان لها دور في انحلال الاتفاقية العامة للتعريفات الجمركية.

(3) د إبراهيم بختي: مرجع سابق، ص 64.

(4) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص32.

للتجارة في الخدمات *GATS*[1]، باعتبار أن الاتفاقية تطبق على كافة الخدمات، بغض النظر عن طريقة تقديمها، ولأن العوامل المؤثرة على التزويد الإلكتروني للبيانات هي نفسها التي تؤثر على تجارة الخدمات، ومن هنا تخضع عمليات تزويد الخدمة بالطرق التقنية، إلى كافة نصوص اتفاقية التجارة العامة للخدمات (الجاتس) سواء في ميدان المتطلبات أو الالتزامات بما فيها الالتزام بالشفافية، التنظيم الداخلي، المنافسة، الدفع والتحويلات النقدية، دخول الأسواق والالتزامات الإضافية. كما أشار الإعلان الختامي ضمن جولة الدوحة عام 2001[2]، على ضرورة مراجعة برنامج التجارة الإلكترونية، من أجل تسهيل انتشارها، واستغلال التقنية في الأنشطة التجارية التقليدية.

ثالثا: منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية *OECD* والمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية *WIPO*

بالنسبة لمنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية فقد تأسست سنة 1961، تهدف إلى تشجيع عمليات التبادل التجاري، وتطوير آليات حماية البيانات والمعلومات، بما يتيح التقدم الاقتصادي للدول الأعضاء. وقد اهتمت المنظمة بالمسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، هذه الأخيرة التي تهيئ آليات جديدة باستخدام الحواسب والشبكات الإلكترونية، وتساهم بشكل فعال في نمو التجارة الدولية، والتدفقات المالية الناتجة عن الثورة التكنولوجية، وتحرير التجارة الدولية؛ فاعتمدت المنظمة عدة دراسات، تناولت فيها الأبعاد القانونية للتجارة الإلكترونية، التي تتطلب حلولا دولية لهذا النمط الجديد من الأعمال، وبالتالي إعادة النظر في أساليب انجاز المعاملات الإلكترونية والتنظيم القانوني لها.

فالمنظمة وانطلاقا من قناعتها بالأثر الهام للتجارة الإلكترونية على الاقتصاد العالمي، عقدت مؤتمرات متخصصة في هذا المجال[3]، كمؤتمر رفع الحواجز أمام التجارة الإلكترونية العالمية، الذي عقد في فنلندا سنة 1997، والذي خلص إلى ضرورة إزالة جميع العوائق التقنية والقانونية، التي تحول دون تيسير انتشار التجارة الإلكترونية، مما قد ينعكس سلبا على التجارة العالمية، وضرورة توفير بيئة قانونية وتشريعية ملائمة لتطبيقات المعاملات الإلكترونية.

ومن بين أهم أعمال المنظمة كذلك، المؤتمر العالمي للتجارة الإلكترونية الذي عقد في الفترة من 7 ــ 8 أكتوبر 1998 في مدينة أوتاوا الكندية [4]، ويعد هذا المؤتمر من أوسع المؤتمرات، حضره حوالي ألف مندوب يمثلون الدول الأعضاء في المنظمة، ويمثلون الوزراء وكبار المسئولين عن التجارة والاقتصاد في هذه الدول وممثلون آخرون لـــ 12دولة ليست عضو في المنظمة، و12 منظمة دولية وممثلو الاتحادات التجارية والصناعية وممثلو مجموعات المستهلكين، والمنظمات غير الحكـــومية الاقتـــصادية والاجـــتماعية. وقد تولى المؤتمر مناقشة

(1) **Mohammed BEDHRI:** O p.cit , p 64.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص32.

(3) **Frédéric HUET:** La fiscalité du commerce électronique, Litec, 2000, p 17.

(4) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص382.

المسائل المتعلقة ببناء الثقة لدى العملاء والمستخدمين، وبالتحديد ما يخص معايير وقواعد حماية الخصوصية والبيانات المخزنة في النظم المتبادلة بين الشبكات. وناقش أيضا مسائل هامة أخرى تتعلق بوسائل تشفير المعلومات وأمنها عبر الشبكات والقضايا المتعلقة بحماية المستهلك، وإشكالات الاختصاص القضائي وفض المنازعات[1]. كما تناول المؤتمر المسائل الخاصة بالدفع النقدي، والتحويلات المالية عبر شبكات الاتصال والانترنت، وما يتعلق بالعقود الإلكترونية، والتوقيعات الإلكترونية عليها.

وخلص المؤتمر إلى إصدار توصيات، تشمل تطوير البنية الأساسية المعلوماتية للتجارة الإلكترونية، وضمان البيئة الآمنة لهذه الأنماط من الأنشطة المستجدة، بما يشمل حماية الخصوصية وأمن الشبكات وتطوير التشريعات الوطنية، التي تعوق ازدهار التجارة الإلكترونية[2].

كما حدد تقرير لجنة عمل المنظمة لسنة 1999، الخطوط العريضة للعلاقة مابين المستهلك والتجارة الإلكترونية، بما يضمن حماية الزبون خلال الشراء عبر الخط على المستوى المحلي والدولي.

أما بالنسبة لتقرير المنظمة لسنة 2001، فقد شمل النقاط الأساسية للعمل على تنسيق الأطر القانونية والتنظيمية من أجل تطوير التجارة عبر الخط[3].

أما بالنسبة للمنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية، فأنشئت عام 1967 في مدينة ستوكهولم، وأصبحت من وكالات الأمم المتحدة المتخصصة، اعتبارا من السابع عشر ديسمبر سنة 1974، تضم 152 دولة.

تهتم المنظمة بحقوق الملكية الفكرية، وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الأخرى، مثل حق إدارة البيانات والحقوق التكنولوجية. كما تهدف إلى حماية البيئة التكنولوجية، من خلال وضع قواعد تحكم بين نظم الأسماء التعريفية بمواقع الشـــبكة وحقوق الملكية الفكرية، وتقوم شبكة المعلومات بالترويج للتوسع في استعمال وتبادل تكنولوجيا المعلومات بين الدول الأعـــضاء، وإيجاد عملية عالمية لأنشطة فحص براءات الاختراع، والمنح الخاصة بها؛ وهذه الشبكة من شأنها أن توفر للبلاد النامية فرص أكبر لاستخدام ما لديها من أصول الملكية الفكرية في التجارة الإلكترونية.

وفي هذا المجال، تم إعلان "الأجندة الرقمية" للمنظمة العالمية للملكية الفكرية من طرف مديرها العام في سنة 1999، وتضع هذه الأخيرة سلسلة من الإرشادات والأهداف، بالنسبة للمنظمة من أجل تطوير حلول عملية للمسائل التي نشأت من تأثير التجارة الإلكترونية على حقوق الملكية الفكرية.كما وضعت المنظمة برامج للتجارة الإلكترونية، وإصدار قاعدة بيانات أسماء الدومين العامة وكذلك قاعدة بيانات العلامات التجارية [4].

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 45.

(2) بالإضافة إلى أن منظمة التعاون والتنمية قامت بوضع خمس مبادئ استرشادية، يمكن أن تسترشد بها الحكومات عامة، في تطبيق الضرائب وهي الحياد والكفاءة واليقين والفاعلية والمرونة.

(3) **Magda FUSARO:** Commerce électronique, comment créer la confiance? de la théorie a la pratique, Isabelle Quentin, Montréal, 2002. p 58.

(4) د إيهاب السنباطي: موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007، ص 422.

ولا ريب أن أعمال وجهود المنظمات الدولية التي تسعى إلى توحيد القواعد المنظمة للتجارة الإلكترونية تحتاج إلى نوع من التنسيق والتكامل فيما بينها، حتى تحظى بقبول دولي، من أجل ترسيخ التنظيم القانوني للمعاملات الإلكترونية التجارية.

الفرع الثاني: المؤسسات الإقليمية المنظمة للتجارة الإلكترونية

أمام شعور المؤسسات الإقليمية بضرورة تنظيم المعاملات الإلكترونية، بشكل يضمن حماية وأمن البيانات والمعلومات المتداولة إلكترونيا، والذي عجزت عنه القواعد التقليدية؛ قامت بمحاولات هامة وجادة من أجل إرساء نوع من التنظيم القانوني لتفعيل التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي، لذلك فمن المهم أن نتطرق للبعض منها كموقف الاتحاد الأوروبي (أولا)، ومنظمة التعاون الآسيوية لمنطقة الباسيفيك (ثانيا)، وكذا دور غرفة التجارة الدولية على صعيد الهيئات المتخصصة (ثالثا).

أولا: الاتحـــاد الأوروبي

أمام التحديات التي تظهر في الواقع الأوروبي في حقل التجارة الإلكترونية، سعت هيئات الاتحاد الأوروبي إلى توحيد الحلول والتدابير المتخذة من الدول الأوروبية، بوضع أدلة تشريعية وإرشادية، فيما يخص الخدمات المالية والإلكترونية، والمسائل القانونية الخاصة بالأعمال التجارية.

وبالوقوف على محتوى التجربة الأوروبية في مجال تقنية المعلومات، فقد أشير لعقد التجارة الإلكترونية في أول تنظيم مشترك لها[1]، وضمن توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 7/1997 الصادر في 20 مايو 1997 الخاص بـــ "حماية المستهلكين في العقود عن بعد" [2]، ويطبق هذا التوجيه على عقود السلع والخدمات المبرمة فيما بين المورد و المستهلك، في إطار نموذج للبيع يقدمه ويديره المورد باستخدام وسائل الاتصال عن بعد [3].

ويقصد بتقنية الاتصال عن بعد، أي وسيلة يمكن أن تستخدم في إبرام العقد دون الحاجة للحضور المادي لطرفيه، بحيث تضمن التوجيه أمثلة لوسائل تقنيات الاتصال عن بعد كالمراسلات الإلكترونية[4]، وهو ما ينطبق على عقود السلع والخدمات المبرمة عن طريق الانترنت. وقد استهدف التوجيه حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، بإلزام المورد بتبصير المستهلك بكافة المعلومات الخاصة بالتعاقد، وتتضمن هذه المعلومات ما يتعلق بشخصية المورد وعنوانه، والخصـــائص الأساســـية للسلع والخدمات المعروضة، والثمن وكيفية التسليم

(1) **Michel VAN HUFFEL:** La régulation et l'e-commerce l'évolution du droit européen et les bonnes pratiques dans les états membres de l'Union, Actes du colloque « Formes et Institutions de régulation dans l'espace euro-méditerranéen », organisé le 15 et 16 avril 2005, par le centre de droit des obligations et des contrats, Faculté de droit –Fès, Maroc, 2005 , p 212 .

(2) **Lamia BEN ISMAIL KAMOUN:** Op.cit , p 132.

(3) د أحمد شرف الدين: مرجع سابق، ص 66.

(4) **Alain BENSOUSSAN :** Le commerce électronique :aspects juridiques, op.cit, p 24.

والدفع وحق الرجوع في التعاقد، وخدمات ما بعد البيع والضمان، وذلك من أجل ضمان كثير من حقوق المستهلكين وتوفير الحماية لهم[1].

فالتوجيه لم يكن موجها للعناية بعقود التجارة الإلكترونية بشكل خاص، بحيث كانت في تلك الفترة لا تزال في بداياتها الأولى، غير أنه وفي ظل انتشار هذا النوع من التجارة، وبالخصوص مع انتشار استخدام شبكة الانترنت، أصبحت عقود التجارة الإلكترونية هي محور العقود المبرمة عن بعد، وأصبح بالإمكان تطبيق قواعد هذا التوجيه على عقود التجارة الإلكترونية، بما فيها حماية المستهلك في نطاق عقود التجارة المستحدثة.

ومن الجهود البارزة نحو تنظيم المعاملات الإلكترونية، وإدراكا من المشرع الأوروبي بضرورة التدخل لمواكبة التطور التكنولوجي الذي تولدت عنه التجارة الإلكترونية، قامت المجموعة الأوروبية بوضع التوجيه الأوروبي93/1999 الصادر في 13 ديسمبر 1999، الذي يهدف إلى التنسيق بين تشريعات الدول الأوروبية بشأن قبول المستندات الإلكترونية كدليل إثبات؛ وبذلك تسهيل استخدام التوقيعات الإلكترونية والاعتراف القانوني بها[2]، وإقامة التكافؤ بين المحررات الإلكترونية الموقعة إلكترونيا والمحررات على دعامة ورقية.

بعد ذلك صدر التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 الذي نشر في الجريدة الرسمية الأوروبية بتاريخ 17 يونيو 2000[3]، ويتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في السوق الداخلي والذي يشار إليه بتوجيه التجارة الإلكترونية، بعد ما أدى التفاوت في القواعد القانونية المطبقة على خدمات مجتمع المعلومات إلى إنشاء عوائق أمام التجارة الإلكترونية. وقد تبنى التوجيه ضرورة تدارك دول الاتحاد الأوروبي بصفة أساسية إنشاء إطار قانوني لعقود التجارة الإلكترونية داخل أوروبا، من أجل دعم المعاملات الإلكترونية لتحقيق فعاليتها؛ وبالتالي جني ثمار الاقتصاد الجديد وتقوية السوق الرقمية الداخلية[4]، وقد تضمن هذا التوجيه عدة أحكام ضمن ما أدرج في نصوصه كالآتي[5]:

- المواد **1ـــ3** تغطي الأحكام العامة، الغرض، النطاق، التعريفات، والسوق الداخلية التي يقصد بها السوق الأوروبية.
- المادة **4** تكفل مبدأ عدم استبعاد الترخيص المسبق المتعلق بمقدمي الخدمات.
- المادة **8** تكفل التزام مقدمي خدمات مجتمع المعلومات أثناء أدائهم لأنشطتهم التجارية، بالمقاييس التي تتطلبها أي مهنة منضبطة بشكل محترف .

---

(1) **Rosa JULIA-BARCELO, Etienne MONTERO, Anne SALAUN :** La proposition de directive européenne sur le commerce électronique : questions choisies, in Commerce électronique le temps des certitudes, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, DELTA, 2001, p 2.

(2) **Patrick THIEFFRY :** Op.cit, p 177.

(3) **Xavier Linant DE BELLEFONDS:** Op.cit, p2

(4) **Ugo DRAETTA:** Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles Bruylant, 2003, p73.

(5) د إيهاب السنباطي: مرجع سابق، ص 191.

- المواد **5 ــ 7** يهدف التوجيه من خلالها إلى ضمان تقديم حد أدنى من المعلومات من جانب مقدمي خدمات الانترنت.
- المادة **9** تنص على أن تقوم الدول الأعضاء بتنظيم العقود الإلكترونية في أنظمتها القانونية بنفس بنفس مصداقية العقود خارج الشبكة وبدون أي عقبات[1].
- المادة **10** خصصت لفرض رسوم معلومات قياسية معينة على مقدمي خدمات الانترنت.
- المادة **11** تنظم التعاقد من خلال الشبكة.
- المواد **12 ــ 15** تمت صياغتها بشأن المسؤولية القانونية لمقدمي خدمات الانترنت.
- المواد **16 ــ 20** عالجت الوسائل والآليات المختلفة لتطبيق التوجيه كتشجيع للدول الأعضاء على إنشاء قواعد للتصرفات والمعاملات وتسوية المنازعات والتعاون بين هذه الدول في هذا المجال .

من خلال استقراء نصوص التوجيه، نلاحظ خلوه من أية قاعدة تتعلق بالقانون الدولي الخاص، كالتي تنظم القانون الواجب التطبيق، أو المحكمة المختصة بالنظر في منازعات التجارة الإلكترونية؛ مما يترك مجالا أوسع لتطبيق القواعد القائمة قبل إنشائه .

ثانيا : منظمة التعاون الآسيوية لمنطقة الباسيفيك *(APEC)*

تأسست منظمة التعاون الاقتصادي الآسيوي لمنطقة الباسيفيك، بعد تنامي الدور الاقتصادي للمنطقة وشعور الدول بضرورة التكامل الاقتصادي فيما بينها، والتكتل من أجل مواجهة تحديات النمو والمنافسة الاقتصادية، وفي إطار الأنشطة التنموية التي تنتهجها. ومن أجل استغلال الفرص التي تخلقها تكنولوجيا المعلومات والاتصالات على الصعيد التجاري الدولي، تبنت دول المنطقة سياسة إستراتيجية تهدف إلى خلق بيئة قادرة على إنجاح التجارة الإلكترونية؛ وذلك بتنمية المؤسسات التجارية القائمة على الانترنت، وتوسيع الأطر القانونية والتنظيمية التي يتم وضعها لتنظيم المعاملات الإلكترونية، بما يكفل ويحقق ضمان متطلبات الدول بشكل موحد فيما بينها.

وفي هذا السياق ومن خلال مؤتمر المنظمة المنعقد في كوالالامبور سنة 1998، أصدر الأعضاء تصريحا يتعلق بوضع القواعد الأساسية لسوق التجارة الإلكترونية، وتشجيع إطلاق النشاط الإلكتروني في المنطقة وتعزيز البنية التحتية المعلوماتية للتجارة الإلكترونية، من خلال تطوير تكنولوجيا المعلومات والاتصالات في ظل التعاون بين الدول والاستثمار في هذا القطاع، بهدف تعظيم فوائد المعاملات التجارية الإلكترونية في المنطقة بما يخدم السياسة المنتهجة.

(1) **Didier GOBERT, Etienne MONTERO, Priscilla DE LOCHT et al:** Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit numéro 19, Bruxelles, Bruylant 2001, p 199.

ثالثا:غـــرفة التـــجارة الدولية كهيئـــة متخصصة

تأسست غرفة التجارة الدولية سنة 1919، وتضم في عضويتها شركات وهيئات في كافة القطاعات تمثل الأعمال التجارية العالمية، وتهدف المنظمة إلى تنظيم الأنشطة التجارية القائمة بين الدول، وذلك عن طريق صياغة نشرات خاصة بوضع قواعد قانونية موحدة، تتعلق بالأعمال التجارية الدولية. كما للمنظمة دور خاص بفض المنازعات التجارية وحرية دخول السوق.

وفي مجال التجارة الإلكترونية، تعمل الغرفة على تقديم الأدلة الإرشادية، ونماذج القوانين والدراسات البحثية من أجل تعميق مسائل البحث المتعلقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، كدليل التجارة الإلكترونية والدليل الخاص بالأنشطة الإعلانية على الانترنت، ونموذجي العقود التجارية في بيانات المعلومات على المستوى الأوروبي والدولي[1].

وتسعى الغرفة جاهدة بهدف تنمية التجارة الإلكترونية، إلى التركيز على ضرورة مشاركة كافة الدول في الاقتصاد العالمي على الشبكة[2]، عن طريق التشجيع على تطوير البنية التحتية الخاصة بإدارة التجارة الإلكترونية، وتنمية تجارة السلع والخدمات عبر الانترنت. كما تسعى لمنع إنشاء أية عوائق جديدة في طريق انتشار هذا النوع الجديد من المعاملات التجارية، التي سهلت وبشكل متزايد ممارسات التجارة الدولية.

وفي هذا الصدد شكلت غرفة التجارة الدولية فرق عمل لتجسيد سياستها العامة[3].كما وضعت بعض الخطوط الإرشادية، انطلاقا من اهتمام الشركات التجارية باستخدام الانترنت، وتداركا منها بفوائد التجارة الإلكترونية، التي تنعكس إيجابا على اقتصاديات الدول، تتضمن وجوب أن تكون القوانين واللوائح واضحة ومحكمة وموضوعة لغرضها المعين، وألا تفرض التشريعات نفقات وأعباء إضافية على الأعمال التجارية؛ وأن لا تعرض مسألة الاختصاص القضائين والقانون الواجب التطبيق على الأعمال التجارية لمخاطر عند خضوعها للقوانين والأحكام في الدول الأخرى، وهذا من أجل تيسير انتشار التجارة في البيئة الإلكترونية.

ومن جماع ما تقدم، نجد أن المؤسسات الدولية والإقليمية سعت ولا تزال إلى مساعدة الدول في توفير بيئة صحيحة لمعاملات التجارة الإلكترونية. ولعل التنظيم والتناسق فيما بينها يجعل جهودها تتوحد لتحديث قواعد التجارة الدولية بشكل فعال، وبمعايير جديدة. كما أن التشريعات الوطنية من جهتها تدخلت لوضع إطار عمل للتجارة الإلكترونية؛ من خلال إصدار تشريعات خاصة ومستقلة، أو بإجراء تعديلات على القوانين التجارية والمدنية وحتى الجنائية، وهو ما يهمنا أن نستعرضه في المطلب التالي لكي تكتمل الخلفية التمهيدية المطلوبة لماهية التجارة الإلكترونية.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص33.

(2) د إيهاب السنباطي: مرجع سابق، ص429.

(3) **Mohammed BEDHRI:** Op .cit , p 97

المطلب الثاني: التنظيم الوطني أو المحلي للتجارة الإلكترونية

تعد المعلوماتية من أهم نتاج التقدم العلمي، ومن أبرز الأمور التي عنيت التشـــريعات الوطنية بحمايتها. فاهتمت هذه الأخيرة بـــداية، بحماية البيانات والمعلومات والبرمجيات، التي يرتبط استخدامها باستخدام الحاسب الآلي، ثم انتقلت بعد ذلك إلى تنظيم ما أفرزته وسائل الاتصال الحديثة وتقنية الانترنت من معاملات إلكترونية؛ فقامت بتأطير المبادلات التجارية الإلكترونية، عن طريق إصدار تشريعات شاملة ومستقلة تخص التجارة الإلكترونية، أو عن طريق تشريعات جزئية تشمل تعديلات في قوانينها القائمة، بما يلاءم البيئة التكنولوجية والتقنية المستجدة.

والحديث عن التشريعات في هذا الصدد نقصد به التشريعات الأجنبية، والتي وبالطبع وبشكل لا يحتاج إلى تفسير كانت السباقة إلى التصدي للفراغ التشريعي المستحدث بظهور الثورة المعلوماتية، مسترشدة عند سن قوانينها، إما بالقوانين النموذجية الصادرة من المنظمات الدولية أو التوجيهات التشريعية الصادرة من هيئات إقليمية (الفرع الأول).

ومن جهة أخرى، وبالنسبة للتشريعات العربية والتي تراخت وبشكل ليس له ما يبرره في تنظيم مسألة المعلوماتية، فقد بدأت تستدرك هذا التأخير، وتحاول سد الفراغ التشريعي، نحو معالجة نظم المعلومات والمبادلات التجارية الإلكترونية؛ خاصة بعد وجود رصيد لا بأس به من الجهود التشريعية للنظم القانونية المقارنة والتشريعات النموذجية الصادرة، حتى يمكنها نوعا ما الدخول بثقة ومحاولة مواكبة عصر الاقتصاد الرقمي (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تنظيم التشريعات المقارنة للتجارة الإلكترونية

بعد انتشار استعمال الانترنت وشبكة المعلومات العالمية، نمت معاملات التجارة الإلكترونية عبر الدول وأصبحت تمثل أحد مظاهر التقدم التكنولوجي. فكان للدول أمام هذا الواقع الراقي للانترنت، ومن أجل أن تستفيد من المعاملات التجارية الجديدة، أن تسارع إلى إعداد بيئة قانونية تنظمها، من خلال مجموعة من الخطوات والآليات والجهود التشريعية الهامة والمميزة. وتبعا لذلك ولما كان من الصعب الإلمام بكل القوانين الأجنبية، فقد اخترنا نماذج منها، لنقف عند القانون الفرنسي (أولا)، ثم القانون الانجليزي (ثانيا)، فقانون الولايات المتحدة الأمريكية (ثالثا) [1].

(1) تمثل التجربة الأوروبية، وبشكل خاص في فرنسا وبريطانيا نموذجا مميزا للقوانين الوطنية على صعيد دول الاتحاد الأوروبي، وذلك لأن قوانين الدولتين تتوافق مع توجيهات الاتحاد الأوروبي للتنسيق والحد من التنازع القانوني فيما بينها، واعتمادها في سن تشريعاتها على ما جاء في قوانين الأونسترال النموذجية والمتعلقة بالتجارة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني. أما بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية والتي تعتبر معقل التجارة الإلكترونية العالمية فمن الطبيعي أن تتضمن تشريعاتها الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية.

أولا: القـــانون الفرنـــسي

تحت التأثير الجديد لتكنولوجيا المعلومات، ظهرت الحاجة لتأطير وتنظيم المعاملات الإلكترونية، وهو ما قام به المشرع الفرنسي محاولا وضع أنظمة جديدة تتماشى وطبيعة الانترنت المفتوحة، على المستوى الداخلي أو الدولي. ولما كانت معالجة المعلومات إلكترونيا تمس بشكل مباشر أحكام القانون المدني بصفة عامة، وقانون العقود بصفة خاصة، فقد تم تعديل التقنين المدني الفرنسي بالقانون رقم 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني[1]، والذي نص على بعض التعديلات تتعلق بقواعد إثبات العقود ضمن ست مواد من 1316 إلى 1316ـــ 4 من التقنين المدني إضافة إلى المادة 1317 منه [2] .

والملاحظ من خلال استقراء هذه النصوص، أن المشرع الفرنسي كرس القوة الثبوتية للكتابة الإلكترونية من خلال نص المادة 1316 ـــ1[3]، التي حددت الشروط القانونية اللازمة حتى يتمتع المحرر الإلكتروني بحجية كاملة في الإثبات على غرار المحرر الورقي. فأكد مضمون المادة على ضرورة تمكين الكتابة الإلكترونية من تحديد هوية الشخص الذي صدرت منه، وأن تحفظ في ظروف من شأنها ضمان سلامتها[4].

ومن جانب آخر فقد أشار التعديل وبصورة واضحة وفقا لنص المادة 1317[5]، إلى إمكانية حفظ المحررات الرسمية على دعامة إلكترونية، على أن يعد ويحفظ وفق شروط تتحد بمرسوم يصدر من مجلس الدولة وبذلك يأخذ المحرر الرسمي على الدعامة الإلكترونية، نفس حجية المحرر الرسمي على الدعامة الورقية.

وإذا كان الهدف من التعديل التشريعي هو تطويع قواعد الإثبات، وجعلها تتماشى وتطور تقنيات المعلومات والاتصال، فإن معالجة مسائل الإثبات بالمحررات الإلكترونية، تستلزم حتما تناول مسألة التوقيع الإلكتروني. وهكذا فعل المشرع الفرنسي عندما أورد ولأول مرة تعريفا للتوقيع الإلكتروني من خلال محتوى المادة 1316ـــ4 مدني فرنسي، والتي تعرضت لتعريف التوقيع بوجه عام في الفقرة الأولى، والاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني في الفقرة الثانية، طالما أن هذا التوقيع يحدد هوية من هو منسوب إليه، ويكشف عن موافقة أطراف التصرف عن الالتزامات المتولدة عنه[6].

---

(1) **La loi n°2000-230 du 30 mars 2001portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique**, J.O N°62 du 14 mars 2000, p 3968.

(2) **Florence MAS:** La conclusion des contrats du commerce électronique, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005, p 232.

(3) **Art 1316-1:** L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier , sous réserve que puisse êtredûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intègre » .

(4) **Xavier Linant DE BELLEFONDS:** Op.cit, p 91.

(5) **Art .1317 :** il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixés par décrit en Conseil d'Etat ».

(6) **Alain BENSOUSSAN:** Informatique Télécoms Internet, Editions Francis Lefebvre, 2001, p 202.

وفي نفس السياق، ولما كان من الصعب على المشرع الفرنسي الإحاطة كلية بالمسائل التقنية للتوقيع الإلكتروني، من خلال التعديل فإنه أحال وضمن نفس المادة 1316ـ4 فقرة 2 لمرسوم من أجل وضع إطار للتوقيع الإلكتروني[1]، فصدر لهذا الغرض وتطبيقا للمادة السالفة الذكر المرسوم رقم 2001-272 في 30 مارس 2001، والخاص بالتوقيع الإلكتروني[2].

وبملاحظة نصوص التعديل التشريعي الفرنسي، نجد أنه وفيما يتعلق بالإثبات قد جاءت النصوص عامة تسمح بتطبيق أحكامها على كافة الأعمال القانونية المبرمة بالطرق الإلكترونية، حيث أقر التعديل قبول الكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية، وأجاز إمكانية إنشاء المحررات الرسمية على دعامة إلكترونية، كما أنه اعترف قانونا بالتوقيع الإلكتروني.

وقد سعى المشرع الفرنسي إلى تطويع القانون المدني ليلاءم ما تفرزه البيئة الإلكترونية من معاملات جديدة تتميز بخصوصيات معينة. وبذلك صدر القانون الفرنسي رقم 2004-575 في 21 جوان2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي[3]، الذي يعد التشريع الرئيسي للانترنت، والإطار القانوني الجديد له في القانون الفرنسي حيث تناول العديد من الجوانب المتعلقة به، من خلال تعرضه لتنظيم التعاقد عبر الانترنت، وتنظيم شبكات الاتصال، النشر عبر الانترنت، مكافحة جرائم الشبكة ....الخ.

كما أن التشريع فرض التزام بالإعلام، على كل من يعرض منتجات أو خدمات عبر الانترنت بطريقة تضمن الدخول السهل والمباشر إليها على صفحة العرض في الموقع الإلكتروني [4]. وبشكل صريح في المادة 125 منه سمح بإضافة فقرة أولى للمادة 1108 مدني فرنسي، تسمح بتحرير التصرفات بوسيلة إلكترونية حينما تكون الكتابة متطلبة لأغراض صحة التصرف القانوني [5].

ومن جهة أخرى ولتسهيل عملية التعاقد الإلكتروني في فرنسا تمت صياغة العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكون سنة 1998، وتم تنقيحه في 15 ديسمبر2005 ليلاءم التعديلات التشريعية اللاحقة لإصداره. هذا العقد اعتمدته غرفة التجارة والصناعة الفرنسية كعقد نموذجي للمعاملات الإلكترونية الخاصة بالسلع والخدمات، والتي تتم بوسائل إلكترونية بين التجار في فرنسا والمستهلكون أي التعاقد عن بعد؛ وقد شمل العقد ضمن بنوده تحديد القانون الواجب التطبيق، وإلزام التاجر بتحديد هويته وذكر خصائص السلع والخدمات، ومدة العرض القائمة، وبيان السعر، كما منح العقد للمستهلك الحق في الرجوع أو رخصة العدول وبين أيضا كيفية تسديد الثمن وتسليم السلع.

---

(1) **Patrick THIEFFRY:** Op. cit, p178.

(2) **Décret n°2001-272 du 30 mars 2001pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique**, J .O N° 77 du 31mars 2001, p5070.

(3) **La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique**, J .O N°134 du 22 juin 2004, p11168.

(4) **Philippe LE TOURNEAU:** Op.cit, p 280.

(5) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص 319.

بالإضافة إلى ذلك نجد أيضا من بين العقود المتداولة عملا في فرنسا، العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية[1]، التي تخضع لها المتاجر التي تتخذ مواقع تجارية على شبكة الانترنت للعرض وأداء الخدمات[2].

هذه العقود تتكون من شقين في الغالب، شق خاص بالشروط العامة التي تخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري الافتراضي، وشق للشروط الخاصة التي ينفرد بها كل متـــجر أو "بوتيك"، فيرد في عقد المركز التـــجاري الافتـــراضي شروط عامة للبيع وشروط خاصة بالمتجر، ويجب على المتجر المشارك احترام الالتزامات التالية[3]:

- أن يحدد شخصيته، بذكر اسم الشركة ورقم الهاتف وعنوان المتجر.
- أن تكون العروض واضحة ومفصلة، تعرض بأمانة صفقات المنتجات المعروضة، من حيث الكم والكيف تمكن العميل من التعرف عليها، كما يجب أن تكون الصورة الفوتوغرافية المعروضة للإيضاح تتفق مع حقيقة المنتج.
- أن يحدد للعميل بطريقة واضحة، سعر المنتج بدون ضرائب أو رسوم وشاملا لنفقات التسليم.
- يكون العرض باللغة الفرنسية، مع إمكانية ترجمته باللغة الانجليزية إذا شاء المشارك ذلك بالنسبة للمتجر الخاص به.
- يجب أن تكون المنتجات متاحة بناء على طلب العميل، وذلك في الظروف العادية للمخزون بالمتجر الخاص.
- يتعين أن يذكر للعميل المواعيد المعتادة للتسليم.
- أن يذكر أية معلومات تتطلبها القوانين واللوائح السارية تفيد في إعلام المستهلك وذلك في النطاق الخاص به.

ثانيا: القـــانون الانجـــليـــزي

على غرار الدول الأوروبية اهتمت المملكة المتحدة بالتجارة الإلكترونية، واتخذت العديد من التدابير لتنمية بيئة المعاملات الإلكترونية وذلك باستخدام الانترنت في الأعمال التجارية، بحيث أصبحت الشركات تهتم بالشبكات في تسويق منتجاتها بشكل يؤدي إلى تحسين القدرات التنافسية في ظل الاقتصاد الوطني الرقمي.

وقد عمل القانون الانجليزي على إيجاد بيئة آمنة للتجارة الإلكترونية، من خلال سن بعض القوانين أساسا أو إصدار بعضها كتطبيق لتوجيهات الاتحاد الأوروبي[4].

---

(1) د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2008، ص 104.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 49.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 30.

(4) د إيهاب السنباطي: مرجع سابق، ص 187.

ومن بينها نجد قانون الاتصالات الإلكترونية لسنة 2000، الذي يعد من بين القوانين الانجليزية التي تؤثر مباشرة على صفقات التجارة الإلكترونية، ويساعد على خلق إطار قانـــوني لها على صعيدي القطاع العـــام والخاص. وقد تضمنت نصوص هذا القانون الوضع القانوني للتوقيع الإلكتروني، كما أعطى القانون للحكومة الصلاحية في تحديث التشريعات المهملة لتقديم الاتصالات، والتخزين الإلكتروني كبديل للورق، وتوفير احتياطي للنظم ذاتية التنظيم التي تضمن جودة التوقيع الإلكتروني. غير أن القانون وفيما يتعلق بمسائل القانون الدولي الخاص، فقد خلت نصوصه من التعرض للقانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية مما يجعل القواعد القانونية القائمة سارية المفعول .

ومن جانب آخر تم تطبيق التوجيه الصادر من الاتحاد الأوروبي[1]، والمشار إليه بتوجيه التجارة الإلكترونية لسنة 2000، وذلك من خلال لوائح التجارة الإلكترونية لسنة 2000، والتي تبنت معظم ما نصت عليه مواد التوجيه الأوروبي التي تهدف إلى رفع اقتصاديات الدول، وتقوية الأسواق الأوروبية في مجال التجارة الخارجية.

وفي نفس السياق تم تطبيق التوجيه الأوروبي للعقود عن بعد لسنة 1997[2]، من خلال لوائح حماية المستهلك في البيع عن بعد لسنة 2000، بحيث تهدف اللوائح إلى ضمان حقوق المستهلك وحمايته في العقود المبرمة عن بعد التي تتم بوسائل اتصال عن بعد، ما بين المستهلك والمورد أو مقدم الخدمة، وتؤكد على أن المستهلك لا يمكنه التعاقد خارج نظم الحماية التي تكفلها له[3].

ومن صور الحماية التي تضمنها هذه اللوائح، إلزام المورد بتبصير المستهلك وإعلامه بكافة المعلومات الخاصة بالصفقة بالتفصيل، كما تضمن له الحق في العدول أو الرجوع دون إبداء سبب ذلك. بالإضافة إلى أنه إذا تم الدفع ببطاقات الائتمان عند التعاقد عن بعد، فاللوائح تعطي للمستهلك الحماية ضد سرقة أرقام هته البطاقات.

ومن بين النقاط الهامة التي شملتها اللوائح أيضا، حق المستهلك في التقدم بشكوى إلى المدير العام للتجارة العادلة بإدارات المعايير القياسية للتجارة في بريطانيا، كجهة تنفيذية لأغراض اللوائح، غير أنها لم تتضمن أي نص يشير إلى آلية عمل لتسوية المنازعات خارج المحكمة [4].

كما قامت العديد من المنظمات الحكومية وغير الحكومية، بإصدار عدد كبير من الإرشادات المختلفة التي تدعم نصوص اللوائح في مجال حماية المستهلك، الذي يشكل أهم عائق أمام المتسوقين عبر الانترنت. وتجدر الإشارة إلى أن القانون الانجليزي، وفيما يتعلق بمسائل القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية التي لم تشملها القوانين واللوائح بالتنظيم، فإنه أخضعها لقانون العقد واجب التطبيق لسنة 1990.

---

(1) التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 الذي نشر في الجريدة الرسمية الأوروبية بتاريخ 17 يونيو 2000.

(2) توجيه البرلمان والمجلس الأوروبي رقم 7/1997 الصادر في 20 مايو 1997 الخاص بـ " حماية المستهلكين في العقود عن بعد ".

(3) د إيهاب السنباطي: مرجع سابق، ص 194.

(4) المرجع السابق، ص 199.

ثالثا: قانون الولايات المتحدة الأمريكية

تعد تجربة الولايات المتحدة الأمريكية من التجارب النوعية الرائدة في صياغة قوانين التجارة الإلكترونية وتشريعها[1]، وتنظيم شبكة الإنترنت؛ ومرد ذلك يرجع إلى أن بداية نشأة الإنترنت كانت في الولايات المتحدة الأمريكية، والسبب الآخر هو أن التكنولوجيا المتعلقة بالشبكة اخترعت وطورت في الولايات المتحدة الأمريكية[2].

ومن بين تجارب الولايات المتحدة الأمريكية في سن قوانين التجارة الإلكترونية والإنترنت، نجد القانون الفيدرالي لحماية التخفيف للعلامات التجارية لسنة 1995. والتخفيف هو التقليل من قدرة العلامة المشهورة لتعريف وتمييز السلع والخدمات، ويتناول هذا القانون مسائل الحماية للعلامات التجارية المشهورة في حال قيام العدوان عليها بالطرق التجارية، أو عن طريق استخدامها من غير المصرح له بذلك.

وكذلك نجد قانون الاتصالات السلكية واللاسلكية، الذي أقره الكونغرس الأمريكي في فبراير سنة 1996 وقد تضمن القانون أحكاما لتوفير الحماية لخصوصية معلومات الشبكة الخاصة بالعملاء، والهدف منه زيادة المنافسة في مجال الاتصالات، والتخفيف من حدة الاحتكار لها، وتشجيع المنافسة في أسواق الاتصالات الهاتفية المحلية والدولية.

وقانون الألفية الرقمية لحقوق الملكية الفكرية لسنة 1998، ويتضمن هذا القانون عقوبات مدنية وجنائية لأي شخص يقوم بطريقة غير شرعية بفك التشفير للبرامج والنظم، أو الاعتداء على حماية السرية المقررة لتكنولوجيا المعلومات.

كما سن الكونغرس الأمريكي قانون الإعفاء الضريبي لشبكة الانترنت سنة 1998، والقانون الموحد لمعاملات معلومات الحاسوب لسنة 1999، والقانون الموحد للمعاملات الإلكترونية لسنة 2000، بالإضافة إلى قانون التوقيعات الإلكترونية في التجارة العالمية والوطنية لسنة 2000، والذي تبنى القوة الثبوتية للتوقيعات في الشكل الإلكتروني، والاعتراف بالمستندات الإلكترونية.

---

(1) يمكن أن توصف القوانين والتشريعات الصادرة في الولايات المتحدة والمتعلقة بتنظيم شبكة الإنترنت بأنها معقدة ومتداخلة، وتنظم مسائل مختلفة، ومتميزة بتباين مصدرها وتعددها؛ ويرجع ذلك إلى أن نظام القانون العام الأمريكي يتضمن مجموعة من قوانين الدعاوي المتباينة، نظرا إلى التفسير والتطبيق المتعارض للسوابق القانونية، وطبيعة التشريع الأمريكي، ويرتبط التنظيم التشريعي الأمريكي لجوانب التجارة الالكترونية بمستويين الاتحادي والولايات.

(2) وقد حددت الولايات المتحدة الأمريكية أسلوبها وطريقتها ونظرتها لتنظيم التجارة الإلكترونية وشبكة الإنترنت في الوثيقة التي صدرت عن البيت الأبيض، عندما كان بيل كلينتون رئيسا للولايات المتحدة الأمريكية، وتهدف هذه الوثيقة إلى إرشاد الولايات الأمريكية والدول والحكومات للأمور التي يجب أن تأخذها بعين الاعتبار عند صياغة وإعداد قوانين أو مشروعات خاصة بالتجارة الالكترونية، أكثر تفصيل كتاب مراجعة نقدية لمشروعي قانوني المبادلات والتجارة الالكترونية وتنظيم التوقيعات الالكترونية، معهد أبحاث السياسات الاقتصادية الفلسطيني، مارس، 2006، ص37.

الفرع الثاني: تنظيم التشريعات العربية للتجارة الإلكترونية

إن الحديث عن التشريعات العربية المنظمة للتجارة الالكترونية، يستلزم منا البدء حتما بقانون التجارة الإلكترونية في تونس (أولا)، باعتباره أول قانون صدر عن مبادرة من مشرع عربي، لمحاولة وضع تأطير متكامل للمبادلات التجارية الإلكترونية، وهو نفس ما سعى إليه المشرع في إمارة دبي (ثانيا)، الذي حذا حذو مثيله التونسي بسن قانون إمارة دبي للتجارة والمعاملات الإلكترونية. أما بالنسبة للمشرع الجزائري (ثالثا) فقد اكتفى بتعديلات جزئية للقوانين المعنية القائمة، محاولة منه وتمهيدا لتنظيم المبادلات التجارية الإلكترونية وهو ما سنتعرض له تباعا.

أولا: القـــانون التـــونسي

تعتبر تونس من أوائل الدول العربية التي قامت بتنظيم التجارة والمبادلات الإلكترونية، وذلك بموجب القانون الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 2000 ــ 83 في 9 أوت 2000، الذي نشر في جريدة الرائد الرسمي للجمهورية التونسية رقم 64 في 11 أوت 2000، وهو أول تشريع عربي يصدر في هذا المجال [1].

وقد اهتمت تونس بإصدار هذا التشريع، من أجل تطوير المبادلات التجارية الخارجية، ومواكبة الاقتصاد العالمي، وكرؤية مستقبلية منها لتحقيق معدل نمو اقتصادي هام، في ظل الاقتصاد الرقمي، الذي يعتمد على المعلوماتية، والاستخدام الموسع لشبكة الانترنت [2].

وبالتالي ومن أجل الصورة الجديدة للتجارة العالمية بالطريق الإلكتروني، والتي تعتمد على مفردات جديدة لم تكن منظمة من قبل، قام المشرع التونسي بمعالجة الموضوعات التي تشملها هذه التجارة، ضمن ثلاثة وخمسين مادة في سبعة أبواب، ومن الأحكام التي يتضمنها هذا القانون نجد على التوالي:

1- الأحكام العامة للتجارة الإلكترونية: فباعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية غالبا ما تتعدى النطاق الإقليمي للدولة، فإن أول ما تثيره هو مسألة القانون الواجب التطبيق، لذلك أشار المشرع التونسي من خلال المادة الأولى إلى تطبيق القواعد العامة المعمول بها على عقود التجارة الإلكترونية، دون أن يحدد قاعدة معينة يتم اللجوء إليها في تحديد القانون الواجب التطبيق[3].كما أورد المشرع وفقا لما تقتضيه أحكام التجارة الإلكترونية تعريفا لها بموجب المادة الثانية فقرة الثانية التي عرفتها بأنها " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"، فمن خلال هذا التعريف تعد التجارة الإلكترونية أعمالا تجارية يشترط فيها أن تتم بوسيلة إلكترونية.

---

(1) **Samia BEN ISMAIL KAMOUN :** Op.cit, p 133.

(2) **Dhouha ATALLAH KADDOUR:** Commerce électronique et fuite devant l'obligation fiscale Revue Tunisienne de Droit, Centre de Publication Universitaire, 2004, p 449.

(3) يقصد بالقواعد العامة القوانين السائدة، والمعاهدات الدولية المعمول بها في هذا المجال.

زيادة على ذلك، تطرقت نفس المادة لتعريف بعض المصطلحات التي لها علاقة بالتجارة الإلكترونية مثل:

- شهادة المصادقة الإلكترونية[1]: حيث أنه عند إبرام عقد التجارة الإلكترونية، يقوم الطرفان بالتوقيع عن طريق الإمضاء الإلكتروني، ومن أجل التأكد من أن الطرف الموقع هو نفسه الشخص الذي عبر عن إرادته؛ كان لا بد من وجود وسيط بينهما يمنح شهادة تصديق لكل طرف، تفيد صحة التوقيع الإلكتروني الذي قام به، هذه الشهادة تسمى شهادة المصادقة الإلكترونية، ويمنحها مزود خدمات المصادقة الإلكترونية.
- التشفير[2]: لما كانت عقود التجارة الإلكترونية ذات أهمية بالنسبة لطرفي العلاقة العقدية، ظهرت الحاجة إلى إيجاد وسيلة آمنة تجعلها في منأى عن الإطلاع عليها، والتعامل فيها بدون تصريح لذلك استحدثت ما يسمى بالتشفير، الذي يعد تقنية تجعل المعلومات غير قابلة للفهم والإطلاع عليها من قبل الغير، وبالتالي توفر حماية فنية للمعاملات الإلكترونية.
- وسيلة الدفع الإلكتروني: باعتبار أن العقد يبرم إلكترونيا، فقد يتم تنفيذه كذلك بنفس الوسيلة فيتم الدفع عبر شبكة الانترنت، أي عن طريق بطاقات الوفاء مثلا أو الشيكات الإلكترونية.

2- الأحكام المتعلقة بالوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني: نص القانون في المادة الرابعة منه على إقرار المشرع التونسي مساواة الوثيقة الإلكترونية بذات الوثيقة الكتابية في مجال الإثبات، وتعتبر الوثيقة إلكترونية عندما تتضمن بيانات تعالج بطريقة إلكترونية، ويوقع عليها بطريقة إلكترونية، ومثبتة على دعامة غير ورقية[3].

وحتى تتمتع هذه الوثيقة الإلكترونية بحجية كاملة في الإثبات، فقد فرض المشرع من خلال نص المادة الرابعة عدة التزامات على الأفراد، فألزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسلة به، وألزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.كما أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة على حامل إلكتروني يمكن هذا الأخير من الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، بحيث يتم حفظها في شكل نهائي بصفة تضمن سلامتها، فالمشرع التونسي أعطى الحجية الكاملة للوثيقة الإلكترونية الممهورة بالتوقيع أو الإمضاء الإلكتروني.

3- الأحكام الخاصة بالمصادقة الإلكترونية: ففي نطاق أعمال التجارة الإلكترونية، وحتى تطمئن الأطراف المتعاقدة إلى حجة التواقيع، تقوم جهة وسيطة ومحايدة متمثلة في مزود خدمات التصديق الإلكتروني، بمنح شهادة المصادقة الإلكترونية وهي تمارس هذا النشاط بعد حصـــولها على ترخيص مسبق من الوكـــالة الوطنية

---

(1) عرفت المادة الثانية الفقرة الثالثة شهادة المصادقة الإلكترونية على أنها: " الوثيقة الإلكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الإلكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها على صحة البيانات التي تتضمنها ".

(2) وعرف التشفير حسب الفقرة الخامسة من المادة الثانية:"إما استعمال رموز آو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها ".

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، 2004، ص 107.

حسب نص المادة 11 من القانون، بحيث قد يتعرض مزود الخدمة الذي يمارس نشـــاطه دون ترخيص للمسؤولية المدنية والجنائية.

4- أحكام معاملات التجارة الإلكترونية: عالجت المواد في الباب الخامس أحكام انعقاد عقد التجارة الإلكتروني الخاصة به، والتي تتطلبها ضرورة كون العقد يبرم بوسيلة إلكترونية، ففرض المشرع على البائع التزامات قبل إبرام العقد كنوع من الحماية للمستهلك بموجب المادة 25[1]، كما أعطى لهذا الأخير الحق في العدول عن الشراء حسب نص المادة 30.

5- الأحكام الخاصة بالمخالفات والعقوبات: من خلال المواد من 43 إلى 53 المشرع التونسي، ذكر بعض أفعال الاعتداء على أموال وبيانات التجارة الإلكترونية، والتي تمثل جرائم جنائية، حتى يوفر الحماية الجنائية لمعاملات التجارة الإلكترونية.

وفي نهاية استعراض أحكام هذا القانون، نجد أن المشرع التونسي وفي محاولة تعد الأولى من نوعها على صعيد القوانين العربية، حاول جاهدا تنظيم كافة جوانب التجارة الإلكترونية، ومعالجتها بشكل ميسر متبعا في ذلك الأحكام الواردة في القانون الفرنسي رقم 2000-230 الصادر في 13 مارس 2000 المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الإلكتروني، ومسترشدا بالمبادئ العامة التي تضمنتها نصوص قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

ولأن التشريع التونسي لم يبقى على هامش الثورة الرقمية، فهو بذلك يعد تجربة تشريعية رائدة وجديدة يحتذى بها لدى الدول العربية عند تقنينها تشريعات وطنية تخص معاملات التجارة الإلكترونية[2].

ثانيا: قانـــون إمـــارة دبي

يعتبر تشريع إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والصادر بالقانون رقم 2 لسنة 2002 أول تشريع لاحق للتشريع التونسي، وقد اتخذت دولة الإمارات العربية هذه المبادرة، كونها تعد في مقدمة الدول العربية التي دخلت في ممارسات التجارة الإلكترونية، وذلك في ظل توافر البيئة الفنية لاستخدام تقنيات هذه التجارة[3].

---

(1) **Hafedh LAABIDI:** Op.cit, p 12.

(2) تعتبر تونس من أوائل الدول العربية التي اعتمدت صراحة إطارا تشريعيا للتجارة الالكترونية، في إطار إقرار سياسة متكاملة وبناء أساليب التنمية بكافة أشكالها، إلا أنه وبالوقوف على مبادئ وأحكام هذا القانون الجديد، نجد أن مضمونه فيه نوع من الإبهام والغموض والتجريد قدر حداثته؛ لأن مفاهيمه لم تستوعب كامل إشكاليات التجارة الإلكترونية، ولم تفصل في أشد المبادئ اتصالا بالتجارة الإلكترونية، وخاصة فيما يتعلق بالدفع أو الوفاء الإلكتروني، وضمان الآمان اللازم، مشار إليه لدى القاضي علي كحلون: الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص191.

(3) من بين المؤسسات التي تشجع ممارسة التجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، شركة "كومترست"التابعة لمؤسسة الاتصالات الإماراتية التي توفر ضمان عال للتعاملات الإلكترونية، ولها سلطة إصدار شهادات التوثيق للأفراد والمؤسسات الراغبين في القيام بأنشطة التجارة الإلكترونية.

وقد بذلت إمارة دبي جهودا هامة وخطوات جادة تتعلق بنشاطها الاقتصادي، من أجل تفعيل نظم التجارة الإلكترونية. فقامت بإنشاء السوق الإلكترونية في دبي، التي تمكن الموردين والمشترين بعقد صفقات تجارية عبر الانترنت، حيث يتم البيع والشراء عن طريق هذه السوق؛ مما يساعد في فتح السوق عالميا وبسرعة هائلة وإحداث حركة كبيرة في التجارة الخارجية؛ وبالتالي شق الطريق نحو الاقتصاد الرقمي، الذي يعتمد أساسا على التكنولوجيا الحديثة في مجال المعلومات والاتصالات.

وحتى تمارس التجارة الإلكترونية، لا بد لها من إطار وبيئة قانونية معينة، حيث أن التشريعات التقليدية قد تثير مشاكل قانونية عديدة، وخاصة في جانب المعاملات الإلكترونية؛ لذلك كان لا بد من تطوير التشريعات اللازمة بإتمام هذا النوع الجديد من الأعمال، وتوفير إطار قانوني سليم لإجراء المعاملات الإلكترونية بسهولة وبصورة آمنة، وبالتالي توفير الحماية للتجارة الإلكترونية.

وسارعت إمارة دبي بإصدار القانون الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 في 12 فبراير 2002، المقسم إلى تسعة وثلاثين مادة وثمانية فصول، قد أشير في بدايته إلى أنه يحقق توجه حكومة دبي بإحلال وسائل التقنية الحديثة في المعاملات والتبادل التجاري.

ومن الجدير بالذكر أن نشير إلى أن صدور هذا القانون قد سبقه القانون رقم 01ـــ2000 في شأن منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الإلكترونية والإعلام، وكان الهدف منه تهيئة البيئة المناسبة لتطبيق قانون التجارة الإلكترونية عند صدوره[1].

ثالثا: القانـــون الجزائـــري

كان للتطور التكنولوجي والتقني وظهور شبكة الانترنت، أثر في ظهور ما يسمى بالمعاملات التجارية الإلكترونية، والتي أصبحت تزاحم المعاملات التقليدية، بحكم ذاتيتها من حيث الإسراع في إبرامها وتنفيذها.

وبالطبع فإن نجاحها يتوقف على توفير مناخ تشريعي ملائم ومحفز[2]، وذلك بتطوير القوانين القائمة بما يتوافق مع المتطلبات الإلكترونية، وتعديل مختلف القواعد القانونية التي تحكم المعاملات التجارية عبر الانترنت.

والمشرع الجزائري وإدراكا منه لأهمية المعاملات الإلكترونية بشكل عام، لم يبق بعيدا عن هذا التحول التقني والمعلوماتي الملحوظ، والذي يمس بشكل أو بآخر اقتصاد دول العالم؛ حيث أن التجارة الإلكترونية بلغت حدودا عالية في انتشارها لدى الدول الغربية، والعالم بصفة عامة، فلا بد من اعتمادها كتقنية قانونية متطورة.

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص 104.

(2) في ظل نمو التجارة الإلكترونية، العديد من الدول شرعت وقامت بتنظيمها بعدة أساليب قانونية، منها أسلوب التقنينات القانونية المتخصصة ووفقا لهذا الأسلوب تقوم الدول بسن تشريعات متخصصة، أحدها مثلا لتنظيم التجارة الإلكترونية، والثاني لتنظيم الاتصالات على الانترنت والثالث لتنظيم التوقيع الإلكتروني وهكذا. أما الأسلوب الثاني فهو عن طريق إدخال تعديلات على التشريعات القائمة لمواكبة مستحدثات التجارة الإلكترونية، حيث تقوم الدول بإدخال تعديلات اللازمة على القوانين السارية،كالقانون المدني، وقانون الإثبات، وقوانين التجارة وتشريعات البنوك والائتمان، وقوانين العقوبات، والجمارك والضرائب، لتضمنها نصوصا تتناول بالتنظيم مواضيع التجارة الإلكترونية.

وتبعا لذلك ولما كان انتشار وازدهار ونمو التجارة الإلكترونية مرتبط بشبكة الانترنت، فالمشرع الجزائري وكخطوة أولى اهتم بالانترنت، ونظمه كنشاط اقتصادي مقنن بموجب المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000.

ثم بعد ذلك عني بالاتصالات الإلكترونية، وسن العديد من القوانين ذات الصلة[1]. إضافة إلى ذلك وبهدف سد الفراغ التشريعي، جاء المشرع الجزائري بمعاملات إلكترونية حديثة إلى جانب المعاملات التقليدية التي كانت سائدة من قبل في القانون الخاص الجزائري[2]، من خلال تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05ـ10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005[3]. حيث انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني، وسوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات؛ واعتمد المشرع بموجب هذا القانون بالتوقيع الإلكتروني وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية. كما نظم ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني من خلال تنظيم نشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق لـ 30 مايو سنة 2007.

---

(1) من بينها نجد: القانون رقم 2000 ـ 3 المؤرخ 22 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 25 غشت سنة 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية.

ـ المرسوم التنفيذي رقم 1 ـ 123 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

ـ المرسوم التنفيذي رقم 1 ـ 124 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، يتضمن تحديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية.

ـ المرسوم التنفيذي رقم 2 ـ141 مؤرخ في 03 صفر عام 1423 الموافق 16 أبريل سنة 2002، يحدد القواعد التي يطبقها متعاملو الشبكات العمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية من أجل تحديد تعريفة الخدمات المقدمة للجمهور.

ـ المرسوم التنفيذي رقم 7 ـ162 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 30 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 1 ـ 123 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

(2) الحقيقة أن الجزائر وإن كانت لم تعرف ازدهارا في تطبيق التجارة الإلكترونية، إلا أن القول بابتعادها النهائي عن أي شكل من أشكال تطبيق التجارة الإلكترونية خاطئ؛ فالأعمال التجارية التي تتم عبر الفاكس أو الهاتف أو التلكس هي أحد تطبيقات التجارة الإلكترونية ،حيث أنه ليس من الضروري أن تتم التجارة عبر الانترنت حتى تعتبر من قبيل الأعمال التجارية الإلكترونية، كما أن موردوا الإنترنت يعتبرون مثالا واضحا لممارسة التجارة الإلكترونية أيضا في الجزائر، فتزويد الشركات والمؤسسات والأفراد بالإنترنت يدخل في نطاق التجارة الإلكترونية، التي تعني في أبسط تعريفاتها مجموعة التبادلات التجارية التي تتم عبر شبكة اتصالات، كما أن التجارة الإلكترونية لا تشترط في جميع الحالات أن يتم الدفع إلكترونيا، فقد يتم التعاقد إلكترونيا والدفع نقدا، وتدخل المعاملة في صلب التجارة الإلكترونية.

(3) يعدل ويتمم الأمر رقم 75ـ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم. ، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005.

كما استحدث المشرع الجزائري نظام الوفاء الإلكتروني في المعاملات التجارية بمفهومه الواسع[1]، حيث يعتبر القانون 03- 15 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق لـــ 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي[2]، حيث اتجه المشرع الجزائري الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية[3].

ثم بعد ذلك أضاف المشرع بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 والمتضمن القانون التجاري الجزائري [4]، في باب رابع إلى الكتاب الرابع من القانون التجاري والمعنون بالسندات التجارية، الفصل الثالث منه يتضمن بطاقات السحب والدفع[5] .

إضافة إلى ما سبق ولأن الجزائر تعتبر من إحدى أكبر المناطق التي ترتفع فيها نسب قرصنة البرمجيات والجريمة الإلكترونية، وبهدف المواجهة التشريعية للجريمة المعلوماتية؛ لاحظ المشرع الجزائري خطورة أفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب ونظم المعلومات، وتدخل لتوفير حماية جنائية لها في ظل القانون 15/04 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، بإدماج أحكام خاصة بالإجرام المعلوماتي في صلب قانون العقوبات، فاستحدث نصوص خاصة بالجرائم والاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية. ومن جانب آخر ونظرا لما تتميز به هذه الجرائم من طابع فني خاص الذي يضيف إلحاحا أكبر، ومبررا كافيا للمطالبة بإصدار نصوص خاصة لمكافحتها، قام المشرع الجزائري مسايرة منه لموجة الإصلاحات التشريعية بإصدار القانون رقم 04/09 في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها[6].

---

(1) ناجي الزهراء: التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009، ص09.

(2) وهو ما جاء في نص المادة 69 من القانون 03- 15 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق لـــ26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض التي تضمن نصها: " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل".

(3) جاء في نص المادة 543 مكرر 23 من قانون رقم 05 ــ 02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ــ 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري: " تعتبر بطاقات دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال ".

(4) يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ــ 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري

(5) تطورت في الوقت الأخير آليات الدفع الإلكتروني في الجزائر، حيث تم توزيع العديد من بطاقات الدفع الإلكتروني، سواء على مستوى بريد الجزائر أو البنوك العمومية والخاصة؛ غير أن بطاقات الدفع الإلكتروني تختلف عن بطاقات الائتمان، لأن بطاقات الدفع محددة برصيد صاحبها بخلاف بطاقات الائتمان التي تمنح حاملها سقفا ائتمانيا متفقا عليه بموجب العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها، وذلك في انتظار تطوير استخدام نظم الدفع الإلكتروني، حيث سيعتمد استعمال بطاقتي الماستر كارد والفيزا بما يتماشى ونظم الدفع الإلكتروني العالمي.

(6) إن هذه القوانين التي تم إصدارها جاءت بناء على إلحاحات دولية، ورغبة الجزائر في الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، جعلها تعدل وتعد ترسانة هامة من القوانين حتى تتوافق منظومتنا التشريعية مع القوانين العالمية، وهو ما يعني أن الجزائر مقبلة في المستقبل القريب على إصدار قانون خاص بالتجارة الإلكترونية بحكم الالتزامات الدولية التي يفرضها الاندماج العالمي، ورغبة الجزائر في اللحاق بركب التطور في مجال تكنولوجيات الإعلام والاتصال والاستفادة من المزايا التي تتيحها التجارة عبر الانترنت.

الباب الأول

المسائل القانونية

للتجارة الإلكترونية

الباب الأول: المسائل القانونية للتجارة الإلكترونية

انتشرت معاملات التجارة الإلكترونية في معظم دول العالم، من الشرق إلى الغرب وأثبتت نجاحا ملحوظا نتيجة لما شهده العالم من التقدم التكنولوجي الهائل وزيادة حدة الترابط بين الأسواق التجارية. والمستقبل المنظور يبشر لها بتطور هائل على المستوى العالمي فبما أنها من إحدى الظواهر المميزة في الوقت الحالي، تشير التوقعات إلى ارتفاع حجم التجارة الإلكترونية بشكل ملفت في العقد المقبل.

بيد أن المخاطر القانونية التي صاحبت بزوغ التجارة الإلكترونية، فرضت التدخل الفقهي والقانوني لوضع قواعد تأطر معاملاتها وتحمي مشروعيتها، فلا غرو أن ذلك أظهر اهتمام الفقهاء والباحثين بالمسائل والإشكالات المدنية منها والجنائية التي تعد جوانب جديرة بالاهتمام.

فمن الجانب المدني وبمقتضى طبيعة إنشاء عقود التجارة الإلكترونية وما يحيط بها من محاذير قانونية، حيث تقوم بدون مستندات أو مرتكزات مادية، فالأمر يثير مسألة تحديد هوية المتعاملين أو مسألة الثقة في هذا النوع من التعامل، ومسألة تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة في القوانين التي لا زالت تركز على أولوية الكتابة والوثائق الخطية في الإثبات، وكذلك تبرز إشكالية أمن المبادلات المالية المصاحبة لتطبيقات نظم الدفع الإلكتروني. ولكون هذا العقد المتقدم لا يتقيد بالحدود بطبيعته، فهو ما يطرح في نفس السياق مسألة المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه في حالة النزاع.

أما من الجانب الجنائي فأهم ما يثار يتعلق بمسألة الاعتداء على بيانات التجارة الإلكترونية وأموال المتعاملين المتداولة عبر الوسائط الإلكترونية، والتي تعد من أهم معوقات ممارسة التجارة الإلكترونية بشكل عالمي.

وعليه فالمسألة الجوهرية هنا تتلخص في المعالجة القانونية لمختلف القضايا القانونية المترتبة على التجارة الإلكترونية، ومن جماع ما تقدم آثرنا أن نقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: المسائل المدنية للتجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: المسائل الجنائية للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول

المسائل المدنية للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول: المسائل المدنية للتجارة الالكترونية

بالرغم من ازدياد حجم التجـــارة الإلكترونية وانتشارها، إلا أن الغموض بقي يحيط القواعد القانونية التي تحكمها، كون أن العقود المبرمة عبر الانترنت تتعدى حدود الدول، وتتطلب قواعد قانـــونية متنوعة وجديدة مما يمكن معه القول أن القوانين الخاصة بالإنترنت بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص، لا بد لها من أولوية لدى المشرع من أجل إيجاد نظام قانوني يعالج المسائل التي تثار في هذا المجال.

فعلى الرغم من العدد الهائل من الإمكانيات التي يمكن أن يوفرها الإنترنت في مجال التعاقد، إلا أنه في المقابل أفرز العديد من المشكلات القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، وجميعها يصب في ضمان المعاملات، أي حماية القانون للمعاملات التي تتم عبر شبكة الاتصالات الحديثة؛ ذلك لأنه لا يمكن للمعاملات التجارية الإلكترونية أن تقوم في فراغ، أي من دون ضبطها أو خضوعها لتنظيم قانوني يبين قواعد إبرامها وإثـــباتها وتنـــفيذها.

فالخوض في هذا العالم الافتراضي الذي يتبلور من خلال شبكة الانترنت، جعل التجارة الإلكترونية بحاجة وظيفية لنوع جديد من التعاقد في ظل الغياب المادي للمتعاقدين لحظة إبرام العقد، وبآلية دفع ووفاء جديدة إلكترونية. هذا الأمر يطرح عدة إشكاليات ناتجة عن لامادية المستندات أو المرتكزات، وعن بعض الاختراقات الأمنية التي تمس التعاقدات الإلكترونية؛ والذي يترتب عنها نوع من عدم الثـــقة والأمـــان في استخدام الشبكة أو الانترنت في التعاملات التجارية، مما يطرح التساؤل حول مدى إمكانية توفير ضمان أمن التصرفات التي تبرم من خلالها.

من جانب آخر، نجم عن الذاتية الخاصة لعقد التجارة الإلكترونية كونه عابر للحدود بطبيعته، وعن التوسع في استخدام المعاملات التجارية الإلكترونية، سواء في إبرامها أو تنفيذها، أن اخترقـــت الحواجـــز الإقليمية لأنها تتم في الغالب بين أطراف من دول مختلفة، وعبر مواقع إلكترونية يصعب تحديد مكانها بشكل دقيق. فهي تبرم في بيئة افتراضية وقد تنـــفذ من خلالها أيضا، إلى أن باتت العـــقود المبرمة في هذا المجال في أغلبها دولية. الأمر الذي يفترض معه تنوع واختلاف في جنسية المتـــعاقدين، قد يتولد عنه حدوث منازعات ما بين المتعاملين ناجمة عن غياب الحضور المادي بين المتعاقدين، وانتفاء التفاوض الكافي حول بنود التعاقد. وبالتالي فمن المهم أن يثار التساؤل حول تنازع القوانين وحكم القانون الواجب التطبيق، ومدى خضوع هذا النزاع لاختصاصات قضائية مختلفة وكيفية حله وتسويته.

مما سبق ستكون معالجة التساؤلات السابقة من خلال تسليط الضوء على ما يتضمنه المبحثين على التوالي:

المبحث الأول: ضمان معاملات التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: تسوية منازعات التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: ضمان معاملات التجارة الإلكترونية

تعد العقود المبرمة عبر الانترنت من الموضوعات الهامة التي يفرضها الواقع والمستقبل، ولها أهمية بالغة من الناحية النظرية والعملية. فبمجرد دخول مستخدم ما على موقع افتراضي معين يباشر أنشطة تجارية على شبكة الانترنت، وبطلبه المنتج أو الخدمة، فإن الاتفاق ما بين الطرفين على توريد السلعة أو تقديم الخدمة يفرغ في صورة عقد إلكتروني.

وإن كان الأمر لا يطرح أهمية كبرى بالنسبة للمواقع الإشهارية، حيث لا يتعدى العمل التجاري عرض السلع والتعريف بالمنتج، فإن أكثر المسائل حرجا هو ما يتعلق بإتمام عمليات البيع والشراء من خلال مواقع البيع وإبرام العقود الإلكترونية، حيث تطرح العديد من المشكلات القانونية والعملية. فيطرح التساؤل عن كيفية تبادل الرضا في المجال الإلكتروني، وإشكالية توثق المتعاقد من حقيقة وجود الموقع أو البضاعة أو الخدمة يضاف إليه كيفية تأكد كل طرف من هوية الطرف الآخر، من أجل ضمان أهليته للتعاقد وإبرام التصرفات القانونية، ويثار التساؤل بالتبعية حول حجية مثل هذه المعاملات الإلكترونية، وقوتها الثبوتية وطريقة إثباتها مقارنة بوسائل الإثبات التقليدية. فأصبح بذلك العقد بحاجة ماسة إلى أن يحكم بقواعد جديدة، تشمل التعاقد في البيئة الإلكترونية لمسايرة التطور اللامادي[1]، مما يتيح ضمان تنفيذ التعاقدات التجارية الإلكترونية ﴿ المطلب الأول ﴾.

من جانب آخر تمنح عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت إمكانية دفع الثمن عبر الشبكة ذاتها أو بوسائل إلكترونية خارج الشبكة، ففي ظل التطور الرقمي المعاصر لاستخدام الحاسب الآلي والانترنت كان لا بد من ظهور وسائل للسداد بعيدا عن تلك التقليدية التي تتسم بالبطء وعدم اليسر ولا تتلاءم مع المعاملات التي تتم عن بعد.

فالوسائل الجديدة للتعاقد أنتجت كذلك أنظمة مختلفة للدفع، بحيث أصبح الدفع الإلكتروني متمما للعقد الإلكتروني وملازما له. بيد أن هذا الدفع الذي يتم في غياب مستندات مادية، يستلزم مراعاة تأمينه من الوجهتين التقنية والقانونية، وذلك من أجل الحد من المخاطر التي تهدد ضمان المعاملات في إطاره. فقد تم إدراك العديد من المخاطر الملازمة لتطبيقات نظم السداد الإلكتروني، والتي تأثر بلا شك وبشكل مباشر على ثقة المستهلك؛ مما قد يحول دون انتشار التجارة الإلكترونية ويكون عائقا هاما أمام ممارسات التعاقد الإلكتروني بشكل آمن، لأنه بضمان الدفع المباشر يتحقق نمو مثل هذه المعاملات المستحدثة ﴿ المطلب الثاني ﴾.

---

(1) تعتمد التجارة الإلكترونية على نظام معلوماتي أدواته كلها إلكترونية، تتمثل في الحاسب الآلي وملحقاته كشبكة الانترنت، الهاتف والفاكس والتلكس، إلى غيرها من التقنيات التي تلعب دورا مؤثرا في نشاط التجارة. والحقيقة أن استعمال الهاتف والفاكس والتلكس والتلغراف في إبرام عقود التجارة الإلكترونية لا يطرح مسائل معقدة لأن معظمها يبقي أثرا كتابيا، بخلاف شبكة الانترنت التي تجلب التساؤل لأنها في الغالب لا تبقي أثرا ماديا.

المطلب الأول: موثوقية عقد التجارة الإلكتروني

يسمح الانترنت للمتعاملين عبر الشبكات بإبرام الصفقات التجارية من خلال المتاجر الافتراضية التي تعرض المنتجات والخدمات عبر صفحات المواقع الإلكترونية، وهي عبارة عن شاشات عرض تتيح عرض كتالوجات للسلع والخدمات وقوائم الأسعار والترويج والإعلان عنها. فيستطيع المستهلك أن يقوم بمفاوضات تعلن عن إرادته في اقتناء السلع أو الاستفادة من الخدمات المعروضة بإجراءات معينة كالبريد الإلكتروني، فيعتبر ما صدر منه إيجاب بالتعاقد، يقابله قيام البائع صاحب الموقع أو المتجر الافتراضي بإرسال قبوله وبه ينعقد العقد. وفي هذا العقد يحدد الأطراف الشروط التي تحكم العلاقة التعاقدية فيما بينهم، فيتحقق شكل التعاقد عبر الانترنت بما يعرف بالتعاقد الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية أو عقد التجارة الإلكتروني.

ولكن الاستخدام الطبيعي والناجح للتجارة الإلكترونية، يرتبط بتوفير **الثـــقة** لكل أطراف التعاقد خاصة وأنه يتم عن بعد، ودون تعاصر الحضور المادي لطرفيه؛ مما يشكل نوعا من عدم اليقين فيما يتعلق بتحقق كل طرف من شخصية الآخر وصفته في التعاقد وصحة المستندات وجميع المسائل القانونية الخاصة بالعقد. فالتعاقد الإلكتروني معرض لكثير من الصعوبات، قد تحول دون الوصول إلى مرحلة التثبت من المراكز القانونية لأطرافه.

وعليه فإن التعاقد الذي نحن بصدده في التجارة الإلكترونية يخضع في إبرامه وأحكامه للقواعد العامة في إبرام العقود، غير أنه ولكونه يعقد إلكترونيا فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة به والتي تتماشى وصفته الإلكترونية (الفرع الأول).كما أن الواقع التقني الذي تبرم فيه هذه التعاملات الإلكترونية في صورة بيانات رسمية غير مادية، أفرز نوع جديد من المحررات الإلكترونية التي أثارت نوع من التساؤل حول مدى الاعتراف القانوني بحجيتها في ظل قواعد الإثبات التقليدية (الفرع الثاني)؛ وكيف يمكن أن يستدعي هذا النوع المستحدث من العقود إيجاد وسائل من شأنها أن تكفل سلامة مضمون المعلومات المرسلة وسريتها ما بين المتعاقدين، وتأكـــيد التحقق من شخصيتهم، من أجل إضفاء المزيد من **الموثـــوقية** والأمن على تلك العقـــود (الفرع الثالث) .

الفرع الأول: إبرام عقد التجارة الإلكترونية

شهدت العمليات التعاقدية مجموعة من التغييرات مست نظامها وبنيتها القانونية، ولعل ذلك يرجع بشكل أساسي إلى التأثير المباشر لوسائل الاتصال الحديثة خاصة منها شبكة المعلومات، لما تتميز به من خاصية الانفتاح التي تسمح للأفراد بإبرام العقود وتنفيذها بشكل سريع وسهل دون أن تقيد بحدود أو قيود[1].

فكان مؤكدا للعقد الإلكتروني كنظام، أن يتجاوز النظرية العامة للعقود في تنظيمه وتوجد له أحكاما خاصة

(1) مع أن عقود التجارة الإلكترونية تتم عبر العديد من وسائل الاتصال، إلا أن التركيز في هذه الدراسة سيكون على العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، وذلك لانتشار استخدامها في هذا المجال من جهة، ومن جهة أخرى لكونها آخر التطورات العلمية حاليا في نقل المعلومات.

ناتجة عن طبيعته المميزة كونه يبرم في بيئة إلكترونية، بحيث تكاد تنحصر الأحكام الخاصة بركن التراضي لخصوصية الطابع الإلكتروني وتأثيره على الإرادة المعبر عنها. إلى جانب ذلك وكون طرفي التعاقد غائبين من الناحية المادية حاضرين من الناحية القانونية، فقد يثير التقاء الإرادتين مسألة تتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد ومكانه. وبالتالي فمن المهم أن نتوقف عند خصوصية العقد الإلكتروني عن طريق توضيح مفهومه (أولا) والتعرض للتعبير عن الإرادة العقدية بالوسائل الإلكترونية (ثانيا)، ومن ثم الوقوف على الآثار القانونية المترتبة على تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (ثالثا).

أولا: مفهوم العقد الإلكتروني

من أجل الإلمام بالمفهوم القانوني لعقد التجارة الإلكترونية، لا بد أن نتعرض للمقصود منه، وتمييزه عن غيره من العقود في البيئة الإلكترونية.

ا – المقصود بالعقد الإلكتروني: يعتبر العقد من أول مصادر الالتزام وأهمها، وتأكيدا لهذه الأهمية نجد التشريعات في مختلف بلدان العالم تولي له عناية خاصة، عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي تنظمه فالقانون المدني الجزائري نظمه ضمن المواد (54 إلى 123) وعرفه بموجب المادة 54 منه بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما ".

ورغم وجود تعريفات عديدة للعقد، إلا أن غالبية الفقه يعرفه بأنه:" توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني" فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني.

وحيث أننا بصدد تناول العقود الإلكترونية بالبحث، فإنها وبشكل عام تخضع للأحكام والقواعد العامة لنظرية العقد، فالعقد الإلكتروني لا يخرج في بناءه ومضمونه عن تلك التي تحكم سائر العقود[1]. غير أنه تجدر الإشارة بأننا سنقتصر في دراسة هذا العقد على ما يستقل به من قواعد خاصة، ناتجة عن تأثير الطابع الإلكتروني عليه دون التعرض للشروط العامة للتعبير عن الإرادة العقدية.

فالتطور السريع في مجال تقنية المعلومات، أدى إلى تعدد العقود التي تبرم في الفضاء الإلكتروني وتشعبها مما جعل تعريف العقد الإلكتروني يختلف ويتنوع باختلاف وجهات نظر الفقه إليه. فمن الفقهاء ـــ ولأن العقد الإلكتروني يتم في الغالب على المستوى الدولي ـــ من عرفه بأنه:" العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الانترنت بهدف إتمام العقد"[2].

---

(1) العقد الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن العقد التقليدي، فهو كسائر العقود يتطلب لانعقاده توافر ركن الرضا والمحل والسبب، غير أنه يختلف عن نظيره التقليدي في وسيلة إبرامه، حيث يتم بوسائل اتصال إلكترونية. ونشير إلى أنه في هذه الدراسة قد نستخدم بعض العبارات التي تفيد أن عقد التجارة الإلكتروني يتمثل في عقود البيع والشراء فقط، وذلك من باب شيوعه وكثرة استخدامه مقارنة بباقي عقود التجارة الإلكترونية، على سبيل المثال فقط وليس على سبيل الحصر.

(2) د أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي: الإلكتروني، السياحي، البيئي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2002، ص68.

وهناك من الفقه، من عرفه من خلال تعريف التجارة الإلكترونية باعتبارها المجال الذي يظهر فيه، فالمقصود بالتجارة الإلكترونية جميع المعاملات التي تتم عبر الانترنت، حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان في الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل والذي غالبا ما يكون تاجرا [1].

بينما غالبية الفقه اعتمد في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصية هذا العقد، بأنه يتم بوسيلة إلكترونية فعرف بأنه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[2].

كما عرف العقد الإلكتروني بأنه:" التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين، باستخدام وسيلة الاتصال الحديثة الانترنت" [3].

وكونه:" اتفاق بين طرفي العقد من خلال تلاقي الإيجاب والقبول، عن طريق استخدام شبكة المعلومات سواء في تلاقي الإرادتين أو في المفاوضات العقدية أو التوقيع، أو أية جزئية من جزئيات إبرامه، سواء أكان هذا التصرف في حضور طرفي العقد في مجلس العقد، أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية سمعية أو بصرية" [4].

كما يرى بعض الفقه أن المقصود بالعقد الإلكتروني هو ذلك الذي يتم إبرامه عبر شبكة الانترنت [5].

ويضع البعض الآخر تعريفا له بأنه:" العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية [6] باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية" [7].

ويعتبر التعاقد الإلكتروني من قبيل العقود المبرمة عن بعد[8]، فقد جاء في نص المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 1997ـ7 الصادر في 20 مايو 1997 الخاص بحماية المستهلكين في العقود عن بعد بأنه:" عقد متعلق بالسلع والخدمات، يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد، أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد" [9].

---

(1) د محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،2007، ص 17.

(2) د أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 39.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 46.

(4) د محمد فواز المطالقة: مرجع سابق، ص 28.

(5) محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 48.

(6) **Hafedh LAABIDI:** Op**.** cit, p 11.

(7) د خالد ممدوح إبراهيم: عقود التجارة الإلكترونية، ورقة عمل ضمن مؤتمر وورشة عمل التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات (الفرص والتحديات)، مركز العدالة للتحكيم والاستشارات القانونية، 16ـ20 نوفمبر 2008، ص 02.

(8) **Lionel BOCHURBERG:** Op**.** cit, p 112.

(9)**Arnaud RAYNOUARD:** La formation du contrat électronique Journées nationales « Le contrat électronique »,Travaux de l'Association Henri Capitant, Toulouse 2000, Editions Panthéon Assas Paris, 2002, p 17.

كما عرف ذات التوجيه الوسائط الإلكترونية عن بعد بأنها:" أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك، بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف"[1]، فأية وسيلة إلكترونية وحتى تلك التي تتعلق بما سيلحق الوسائط التقنية من تطور تتم بها التجارة الإلكترونية، فإنها تفيد التعاقد الإلكتروني أو التعاقد عن بعد.

فما يميز العقود الإلكترونية عن العقود التقليدية، هو أنها تتم بوسائل إلكترونية، فالعقد يكتسب الطابع الإلكتروني فقط من خلال الطريقة التي ينعقد بها، سواء كانت شبكة الانترنت، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى وهو بذلك ينقسم من حيث ارتباط العقد وتنفيذه عبر الشبكة إلى نوعين[2]:

- عقود تبرم وتنفذ بواسطة الشبكة مباشرة، وهي تلك التي يكون محلها غير ملموس، مثل المعلومات وبرامج الحاسب الآلي، وفي هذه الحالة يتم إبرام العقد وتنفيذه على الشبكة، خاصة إذا ما تم الوفاء أي الدفع من خلالها أيضا.
- عقود يتم إبرامها عبر الشبكة وتنفيذها خارجها، كعقد بيع سيارة مثلا، وفي هذه الحالة الشبكة وسيلة للتعاقد فقط دون التنفيذ.

فالعبرة في العقود الإلكترونية بوسيلة الانعقاد، حيث لا بد حتى يعتبر العقد كذلك أن ينعقد بطريقة إلكترونية، حتى ولو لم ينفذ بنفس الوسيلة.

فلا يشترط لتمتع العقد بالصفة الإلكترونية أن يبرم وينفذ كليا بوسيلة إلكترونية، بل يكفي أن يبرم أو ينفذ جزئيا بوسيلة إلكترونية[3]، وبذلك عرف بأنه: اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنها من خلال ذات الوسائط، وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم بإتمام العقد[4].

من خلال استقراء جميع التعريفات التي تصدت لتعريف العقد الإلكتروني، نجدها وإن اختلفت في الصياغة إلا أنها تجتمع في اعتبار العقد الإلكتروني يتم عن بعد، ما بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد أو ما يعرف بمجلس العقد الحقيقي؛ حيث يوجد تباعد مكاني ما بين طرفي العقد، مما يجعله يدخل ضمن العقود المبرمة ما بين غائبين من حيث المكان.

كما أن التعريفات اجتمعت كون هذا العقد يتم من خلال وسائل إلكترونية، مهما كانت تلك الوسيلة التي تمكن من التفاعل ما بين أطرافه في وقت واحد، فالعقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان في حالة مثلا ما

---

(1) **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique aspects juridiques, Op**.** cit, p24.

(2) محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية العقود الإلكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، القانون واجب التطبيق، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005، ص 39.

(3) د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 132.

(4) د طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص20.

إذا تم التعاقد من خلال المواقع بشكل مباشر ما بين الطرفين. وبالتالي يمكن أن نضع تعريفا لعقد التجارة الإلكترونية:" بأنه استخدام أي من الوسائل الإلكترونية بشكل كلي أو جزئي للتعبير عن الإرادة بهدف إبرام التعاقد التجاري".

ثم إن العقد الإلكتروني يطلق عليه في الغالب عقد التجارة الإلكتروني، باعتبار أن معظم العقود التي تتم عبر الشبكة من قبيل عقود البيع التجارية، وإن كانت كذلك لصفة القائم بها وهو التاجر. غير أنه توجد بعض العقود الإلكترونية الأخرى غير تجارية، لا بحسب الموضوع ولا حسب الشكل، وتبرم ما بين أطراف لا يكتسبون صفة التاجر؛ وبالتالي فالعقد الإلكتروني قد يكون تجاري، كما قد يكون كذلك من العقود المدنية أو العقود المختلطة وهي التي تعتبر تجارية بالنسبة لطرف مدنية بالنسبة للطرف الآخر[1].

ب – تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود في البيئة الإلكترونية: توجد العديد من العقود التي يتم إبرامها في البيئة الإلكترونية، والتي من الممكن أن تكون محيطة بالعقد الإلكتروني؛ فهي طائفة من العقود تبرم بسبب التجارة الإلكترونية من أجل تحقيقها وتسهيل عملية تجارة السلع والخدمات، دون أن تكون التجارة الإلكترونية محلا لها [2]، يطلق عليها عقود الخدمات الإلكترونية [3]. ونشير بإيجاز للبعض من هذه العقود وما يميزها عن بعضها ومدى ارتباطها بالعقد الإلكتروني، وهل من الضروري توافرها في البيئة الإلكترونية حتى يتم إبرام العقود الإلكترونية عبر الانترنت، وذلك من خلال التعرض لأهمها من عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد الإيجار المعلوماتي، وعقد إنشاء المتجر الافتراضي.

1. عقد الدخول إلى الشبكة: ويطلق عليه عقد الاشتراك في خدمة الانترنت أو عقد استخدام الشبكة.

ويعرف هذا العقد بأنه:" تصرف قانوني بين طرفين، يكون محله السماح للطرف الآخر الانتفاع بالشبكة من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة، والتجول بها والتعامل مع المواقع وإجراء التصفح بها" [4]. فهو عقد يتم إبرامه ما بين الشركة التي تقدم خدمة الاشتراك والعميل الراغب في استعمال الشبكة؛ بحيث يؤدي هذا العقد إلى إلحاق العميل بالشركة من الناحية الفنية، إذ يتم توصيل جهاز الحاسب الآلي بالشبكة[5]، والقيام ببعض الخطوات الفنية اللازمة لتسجيل العميل الجديد، مقابل قيام هذا الأخير بسداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك [6].

---

(1) **Pierre BREESE, Gautier KAUFMAN:** Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, Vuibert, Paris, 2000, p 109.

(2) د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 147.

(3) د محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 22.

(4) د لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،2005، ص 35.

(5) **Jacques LARRIEU:** Les contrats spéciaux des réseaux numériques Journées nationales « Le contrat électronique »,Travaux de l'Association Henri Capitant, Toulouse 2000, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002., p 86 .

(6) عاطف عبد الحميد حسن: وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 71.

يتضح أن عقد استخدام الشبكة يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقود الإلكترونية،كونه يمنح إمكانية إبرام هذه العقود عبر الشبكة. فهو أساس وأصل وجود كافة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت، فلولا وجود هذا العقد لما استطاع المستخدم التعبير عن إرادته التعاقدية عن طريق المواقع الإلكتروني، أو البريد الإلكتروني وبالتالي إتاحة استخدام الانترنت كوسيلة إلكترونية للتعاقد.

2. عقد الإيجار المعلوماتي:" وهو عقد يقوم بمقتضاه مقدم الخدمة بوضع إمكانات أجهزته وأدواته المعلوماتية تحت تصرف المشترك، والذي يتمثل غالبا في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الحاسب الخاصة به على نحو معين"[1]، ومثال ذلك أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، فيخصص له حيزا على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الانترنت من أجل صندوق خطاباته الإلكتروني. ويلحق في هذا النوع من تقديم الخدمات أيضا توفير مزود الخدمة لموقع ***web*** لأحد العملاء من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الانترنت، بحيث يتمكن من التعامل بشأن هذا الموقع من خلال هذا الجهاز[2].

ويمكن تكييف هذا العقد على أنه عقد إيجار، لأن غايته تمكين المستخدم من الانتفاع، بينما تبقى ملكية المعلومة لأصحابها حيث يرد هذا العقد على تقديم خدمات معلوماتية وهو محدد المدة، وتبقى الخدمة قائمة ما دام المستخدم يدفع قيمة الاشتراك المتفق عليه بانتظام [3].

وبالتالي فهذا النوع من العقود يوفر للمنتفع التعامل مع المواقع، وتصفحها للبحث عن السلع التي يرغب فيها تمهيدا لإبرام عقود بشأنها من خلال الشبكة، فعقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء يعطي كذلك إمكانية إبرام عقود التجارة الإلكترونية مما يجعله ملازما له .

3. عقد إنشاء المتجر الافتراضي: يطلق على هذا العقد عقد المشاركة، وفيه يلتزم مقدم الخدمة بأن يمكن المشارك ـــ التاجر ـــ من عرض بضاعته من خلال موقع إلكتروني أو مركز تجاري افتراضي، بأن يرخص له باستخدام برنامج معين يتيح للمشارك ممارسة الأعمال التجارية على شبكة الانترنت، نظير مقابل مادي يدفعه هذا الأخير إلى صاحب المركز الافتراضي[4]؛ فيصبح المتجر مشاركا في المركز التجاري الافتراضي الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد، وهو بذلك يماثل المركز التجاري التقليدي الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد [5].

ويعرف المتجر الافتراضي بأنه: خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الانترنت المفتوحة، لـــكل

---

(1) د محمد حسام لطفي: عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 55، 54.

(2) محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 78.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 58 .

(4) د عاطف عبد الحميد حسن: وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص75.

(5) **Lionel COSTES:** Transaction en ligne , paiement électronique , galeries marchandes virtuelles, Lamy droit de l'informatique , numéro 97, 1997, p 5.

مستعمليها وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها [1]. فالمتجر الافتراضي يتكون من صفحات ***web*** مخصصة للمؤسسة التجارية، عن طريق برامج خاصة تنظم عرض كتالوجات السلع وسلة المشتريات وكيفية الدفع الإلكتروني وتتبع الطلبات[2]، مما يسمح للمستهلكين إبرام عقود بشأن السلع والخدمات بواسطة شبكة الانترنت، هذه العقود تمثل عقود التجارة الإلكترونية.

وبذلك فعقد إنشاء المركز الافتراضي، يمكن التجار من المشاركة في المراكز التجارية الافتراضية التي تستخدم المواقع الإلكترونية بهدف إبرام عقود التجارة الإلكترونية، ما بين التجار أصحاب المواقع والمستهلكين مستخدمو شبكة الانترنت.

ثانيا: التراضي في العقد الإلكتروني

سبق وأن ذكرنا أن العقد الإلكتروني وإن كان يخضع في إبرامه للقواعد العامة المنظمة للعقود، إلا أنه يتمتع ببعض الخصوصية التي تتفق وبيئته الإلكترونية. هذه الخصوصية تنحصر فقط فيما يتعلق بركن الرضا فيه، أما بالنسبة لركني السبب والمحل فتنعدم فيهما خصوصيات هذا العقد إلى حد كبير. فالرضا هو الأساس الذي تقوم عليه أي علاقة عقدية، وهو التعبير عن إرادة طرفي العقد بشكل يتم فيه الاتفاق بشأن أحكام العقد الأساسية والذي يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، حيث تبرز حرية طرفي العقد في الاتفاق على إتمام أو رفض التعاقد.

وبالرجوع إلى نصوص القانون المدني الجزائري ، نجده أوجب توافر الرضا في العقد ليكون صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية، وفي هذا الصدد نصت المادة 59 من القانون المدني على أنه:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

وبظهور الانترنت أخذ شكل التعبير عن الإرادة شكلا مختلفا[3]، وهنا يثور السؤال حول جواز تحقق التراضي إلكترونيا، بمعنى هل يعتبر عرض المنتجات والسلع على المواقع الإلكترونية إيجابا إذا ما اقترن بقبول أبرم العقد وأنتج آثاره القانونية؟

بناء على ما تقدم وبعيدا عن البحث في الأركان والشروط العامة لصحة الرضا؛ سنبحث في وجود التعبير عن الإرادة بالشكل الإلكتروني من خلال التعرض للإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني.

<u>ا ــ الإيجاب الإلكتروني</u>: لا يكفي لانعقاد العقد توافر الإرادة، كما لا يكفي الإعلان عنها، بل لا بد من تطابق إرادتي المتعاقدين، وهو ما يسمى بتطابق الإيجاب والقبول.

ويعرف الإيجاب بشكل عام بأنه :عرض يصدر من شخص موجه إلى شخص أو أشخاص آخرين يتضمن

---

(1) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 104.

(2) **Xavier LINANT DE BELLEFONDS:** Op.cit, p 43.

(3) يأخذ التعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصال الإلكترونية أشكالا مختلفة، فقد يتم عن طريق الويب، أو عن طريق خدمة البريد الإلكتروني، وقد يتم التعبير عن الإرادة من خلال جهاز الكمبيوتر دون تدخل صاحبه، وذلك بتزويده ببرنامج خاص للرد على الإيجاب الصادر من أحد الأطراف وهو ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية المؤتمتة، والتي تتم دون التدخل البشري.

عزمه النهائي على إبرام عقد مع من وجه إليه، إذا قبل هذا الأخير عرضه كما هو.

ويتعين أن يكون الإيجاب جازما، بحيث تتجه إرادة الموجب النهائية إلى إبرام العقد بمجرد قبوله كاملا محددا يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، كتحديد المبيع والثمن في عقد البيع[1].

وبالتالي فلا يعد إيجابا مجرد الدعوة إلى التفاوض أو الإعلان، حتى ولو تضمن كامل العناصر الجوهرية للعقد [2]، كما يجب أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه.

وباعتبار أن التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني يتم عن طريق قنوات اتصال حديثة على شكل رسالة بيانات، فإن وصف الإيجاب بأنه إلكتروني لا يغير من ذاتيته إطلاقا [3]، فيظل تعريف الإيجاب وفق القواعد التقليدية ينطبق على الإيجاب المعبر عنه بالوسائل الإلكترونية. فلا تؤثر وسيلة التعبير على المعنى المراد منه بل يبقى مجرد وصف، وإن كانت تضفي عليه بالطبع بعض الخصوصية يميزه عن الإيجاب التقليدي أو العادي من ناحية التعبير عن الإرادة .

ويعرف الإيجاب الإلكتروني بأنه:" تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، يتضمن العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد "[4].

ووفقا للتوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، يعرف الإيجاب الإلكتروني بأنه:" كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة التي تمكن الموجه إليه الإيجاب، من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[5].

فالإيجاب الإلكتروني يصدر عن طريق إحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة. وما يفرقه عن الإيجاب العادي أنه بينما يصدر هذا الأخير بين طرفين حاضرين في مجلس العقد أو بين غائبين، فإن الإيجاب الإلكتروني يصدر عادة ما بين غائبين [6]؛ أو تكون قد مضت فترة من الزمن بين صدور التعبير عن الإرادة ووصول هذا التعبير إلى علم من وجه إليه عبر وسائط إلكترونية. وهو يتم عن طريق الهاتف مثلا أو الفاكس أو البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية على الانترنت أو اتصال في غرفة الدردشة[7].

---

(1) **Hafedh LAABIDI:** Op.cit,p 11.

(2) محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 42.

(3) **Zahi YOUNES :** L'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, Thèse, Paris I, 2000,p 85.

(4) د عاطف عبد الحميد حسن: وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر الانترنت، مرجع سابق، ص75.

(5) "Tout communication a distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel ", Directive n97-7 du 20 mai 1997 sur la vente a distance.

(6) د أحمد شرف الدين: قواعد تكوين العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 58.

(7) محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة إلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2005، ص 130.

والإيجاب الإلكتروني قد يكون خاصا موجه إلى شخص محدد، كما قد يكون عاما موجه للكافة.

فالإيجاب الخاص: كالذي يتم عن طريق تقنية البريد الإلكتروني، حيث يقوم التاجر بتخصيص العرض لعملاء محددين [1]، ممن يعتقد أنهم قد يهتمون بالمنتج أو الخدمة دون غيرهم. فيرسل رسائل إلكترونية إلى صناديق بريدهم الإلكتروني الخاص، بحيث تتضمن الرسالة كافة العناصر الجوهرية للعقد مراد إبرامه؛ ويكون العرض فيها جازما وباتا، باعتبار أنه إذا قام المرسل إليه بفتح بريده الإلكتروني فيفترض أن هذا الإيجاب الخاص اقترن بعلم من وجه إليه، وبالتالي ينتج أثره القانوني، ويكون للمرسل إليه الحرية في قبول العرض أو رفضه [2].

أما الإيجاب العام: يحدث عادة في حالة التعاقد عبر المواقع التجارية الموجودة على شبكة الانترنت، أن يعمد التجار والمنتجون من خلال صفحات الموقع إلى بيان الوصف الكافي للبضائع والخدمات المعروضة وبيان أثمانها وكافة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه؛ وبذلك فهذا العرض يعتبر إيجابا موجها للعامة، أو كافة الجمهور دون تحديد، ينتج أثره بمجرد اقترانه بعلم من وجه إليه من المستهلكين، فإذا ما اقترن به قبول من أحد زوار الموقع أبرم العقد.

لكن التجار وفي محاولة لعدم التزامهم بالعروض الموجودة على المواقع تجاه كافة المستهلكين، قد يتحفظون على العرض بحيث يمكنهم الرجوع فيه باستخدام عبارات تفيد ذلك مثل "حتى نـــفاذ المخزون"، "دون التزام" " بعد التأكيد"، وذلك لتجنب مشكلة نفاذ المخزون مثلا أو عدم يسار العميل الذي يكون مجهولا عند صدور الإيجاب. غير أن هذا يتعارض ومضمون الإيجاب الذي لا بد أن يكون جازما حتى يرتـــب أثره القانوني فعرض التاجر بهذه الطريقة لا يعدو أن يكون مجرد دعوة للتفاوض.

وقد يصعب أحيانا التمييز بين الطابع العام والخاص للإيجاب، فيمكن أن يقتصر الإيجاب على أشخاص محددين عبر مواقع الويب، كما يمكن اعتبار الإيجاب المرسل بالبريد الالكتروني لعدة أشخاص إيجابا موجها للجمهور لعدم تحديده.

ونشير إلى أن الموجب ليس هو دائما البائع أو التاجر، فقد يصدر التاجر إيجابا فيعدل منه المشتري فيعد إيجابا جديدا منه، ويصبح المشتري في هذه الحالة هو الموجب، والعرض الجديد الذي قدمه إيجابا جديدا إذا ما اقترن به قبول التاجر انعقد العقد[3].

وباعتبار الصفة العالمية والدولية لشبكة الانترنت، فتتعدد اللغات المستعملة، وتختلف في العروض الموجودة على المواقع الإلكترونية، لذلك ذهبت بعض القوانين إلى اشتراط اللغة الوطنية في الإيجاب.

وهو ما سلكه القانون الفرنسي رقم 94 ــ 345 الصادر في 4 أوت 1994 الخـــاص باللـــغة الفرنسية [4]

---

(1) **Samia BEN ISMAIL KAMOUN:** Op.cit. , p 138.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 70.

(3) وفي هذا نصت المادة 66 من القانون المدني الجزائري:" لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا ".

(4) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص 69.

المسمى **قانون *Toubon*** حيث أوجب استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب الموجه للمستهلكين الخاص بالسلع والخدمات[1]. وقد حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من هذا القانون، بإصدار رئيس الوزراء منشورا في 19 مايو 1996 يجيز أن يصاحب استخدام اللغة الفرنسية ترجمة بالانجليزية أو أية لغة أجنبية أخرى[2]. بيد أن الواقع العملي لا يجعل من اللغة قيدا على التعاملات الإلكترونية التي تتم عبر الانترنت كون معظم المواقع توفر للزائر أن يختار صفحة الاستقبال باللغة التي يرغب التعامل بها.

من جهة أخرى فقد يتم تحديد النطاق الجغرافي للإيجاب، وهو ما يسمى بنطاق التغطية، فيقيد بحدود المكان أو الإقليم الذي يشمله، إذ يلتزم الموجب بإيجابه فقط في حدود النطاق الذي حدده مسبقا، ويتحلل منه خارجه، مما يجعل التاجر في غنى عن بعض المشاكل التي تواجهه من بينها لغة الإيجاب.

ب ــ القبول الإلكتروني: لا بد حتى ينعقد العقد اقتران الإيجاب بالقبول، والقبول هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، ويشترط فيه أن يكون مطابقا تماما للإيجاب فإذا تباين عن الإيجاب أو عدل منه عد إيجابا جديدا.

ويقصد بالقبول الإلكتروني التعبير عن إرادة القابل بالموافقة على الإيجاب بذات الشروط الواردة فيه عبر وسيط إلكتروني[3]، وهو بذلك لا يخرج عن مضمون القبول التقليدي، سوى أنه يتم بوسائل إلكترونية تميزه وتفرد له بعض الخصوصية.

وإن كان الأصل العام أن القبول يتم صراحة أو ضمنا [4]، فهو كذلك في القبول الإلكتروني، فقد يتم صراحة بأن يقوم القابل بإرسال رسالة تتضمن قبوله عبر البريد الإلكتروني، أو ضمنا بأن يبدأ بتنفيذ العقد ويقدم على الدفع ببطاقته الائتمانية بما يفيد قبوله الضمني، حتى وإن لم يعلن ذلك صراحة [5]. إلا أنه في هذا السياق ذهب أغلب الفقه إلى استبعاد الاعتداد بالقبول الضمني، فالتعبير عن الإرادة بالشكل الإلكتروني عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية معدة للعمل آليا، لا يسمح باستخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد، ومنه فلا بد للتعبير عن الإرادة بالقبول أن يكون صريحا [6].

مما سبق هل يمكن أن يتصور التعبير عن القبول الإلكتروني بالسكوت؟ وفقا للقواعد العامة فمجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولا إلا على سبيل الاستثناء، وهو مضمون المادة 68 من القانون المدني الجزائري

---

(1) **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique aspects juridiques, Op.cit, p30.

(2) د أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الانترنت، مرجع سابق، ص 23.

(3) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 143.

(4) نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

(5) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص343.

(6) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 49.

والتي تنص على ما يلي:" إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل بتعامل سابق بين المتعاقدين، أوكان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

وبتطبيق هذه الاستثناءات على القبول عبر الانترنت، نجد أن حداثة التعاقد الإلكتروني لا يسمح بالقول بوجود عرف، فشبكة الانترنت لا تزال في بداياتها، مما يتعذر معه على العرف أن ينظم هذا الشكل الحديث للتعاقد. وبخصوص صدور الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فهي حالة تتضمن نوعا من أعمال التبرع دون التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو فرض غير مألوف في الانترنت كون أن الغالب في المعاملات الإلكترونية أن تكون تجارية أحد أطرافها تاجر يهدف إلى تحقيق الربح[1]. أما بالنسبة للفرض الثالث والخاص بالتعامل السابق فنرى أنه إذا كان الإيجاب خاص موجه لشخص محدد، وكان قد سبق وجود اتفاق بين الطرفين فيمكن اعتبار السكوت بمثابة قبول، وإن كان من الصعب الأخذ به على إطلاقه فقد يتعذر مثلا على من وجه إليه الإيجاب الرد لعدم قراءة رسالة البريد الإلكتروني من المرسل إليه؛ أما إذا كان الإيجاب عاما موجها للكافة دون تمييز فلا يمكن تصور اعتبار السكوت قبولا. ومنه ونظرا لخصوصية التعبير عن الإرادة بالشكل الإلكتروني فلا يعتد بالسكوت في القبول إذ لا بد أن يصدر صريحا واضحا ومباشرا ممن وجه إليه الإيجاب، وهو المعتمد عليه في التعاقدات الإلكترونية.

أما بخصوص شكل القبول الإلكتروني، وإن كان لا يخضع لأي شرط إلا أنه يتعدد، فقد يتم بواسطة إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني يعبر فيها القابل عن موافقته لإبرام العقد.

كما قد يصدر القبول مباشرة عبر الشبكة من خلال المواقع الإلكترونية، وذلك بالضغط على أيقونة القبول أو النقر عليها، غير أنه يستلزم التأكيد إذ يمكن للمستخدم أن يضغط على الزر بطريق الغلط بحيث يلمس أيقونة القبول بدون قصد تعاقدي؛ وبالـــتالي ولأجل التأكيد يقوم المتعاقد بالنقر أكثر من مرة مرتين[2] أو أن يحرر موافقته بوثيقة خاصة تسمى وثيقة الأمر بالشراء أو استمارة الشراء، توجد على الموقع تتضمن كافة البيانات اللازمة للمشتري، مما يفيد قبوله بإبرام العقد [3]،كما قد يتم عن طريق غرف المحادثة الفورية.

وهناك صور للقبول تظهر عن طريق ما يسمى بالتحميل أو التنزيل أو نسخ البرامج من أحد المواقع عبر شبكة الانترنت إلى جهاز العميل مباشرة، دون الحاجة للاستلام أو التسليم الخارجي، فإذا كان العميل قد اطلع على الشروط والتعليمات الخاصة، فيعتبر تحميله للبرنامج بمثابة قبول لإبرام العقد.

أما الحالة التي يسمح فيها للعميل بتـــجربة البرنـــامج فقط لفترة محددة مجانية إذا ما انتهت توقف البرنامج

(1) د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 219.

(2) **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique aspects juridiques, Op.cit, p35.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص77.

عن العمل تلقائيا بحيث يظهر في الشاشة ما يفيد ذلك، فإن قبول العميل للبرنامج التجريبي وتحميله لا يفيد إطلاقا قبوله إبرام العقد مستقبلا.

الحوصلة أن صدور القبول الإلكتروني، سواء تم عن طريق البريد الإلكتروني أو بإرسال فاكس أو عن طريق الضغط على أيقونة القبول أو التحميل، إذا ما كان باتا وجازما واتصل بالإيجاب مازال قائما، ترتب عليه انعقاد العقد الإلكتروني.

ثالثا: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

القاعدة العامة أن العقد ينعقد في اللحظة التي يلتقي فيها الإيجاب والقبول، وهو ما لا يثير أي إشكال إذا كان الطرفان يجمعهما مجلس عقد واحد؛ أما إذا كان مجلس العقد افتراضي كما في التعاقد الإلكتروني فمن المهم تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في هذا النوع الحديث من التعاقد.

ا ــ زمان إبرام العقد الإلكتروني: إن طبيعة العقد الإلكتروني تعطي أبعادا جديدة على مسألة تحديد زمان إبرام العقد[1]. ففي العقد الإلكتروني لا وجود لمجلس عقد حقيقي لعدم وجود المتعاقدان في مكان واحد، مما يجعله بعيدا عن التعاقد ما بين حاضرين. كما أن القول بأنه تعاقد ما بين غائبين غير جازم، لأن العبرة بوجود فاصل زمني ما بين صدور القبول وعلم الموجب به، لاعتبار العقد قد تم ما بين غائبين، وهو ما لا يوجد في التعاقد المباشر عبر المواقع. وحتى تحدد لحظة الانعقاد فلا بأس للتعرض بإيجاز للنظريات التي تصدت لذلك:

- نظرية إعلان القبول: تفترض أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، وبتطبيقها على التعاقدات الإلكترونية يمكن اعتبار أن اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالته الإلكترونية التي تتضمن القبول هي لحظة إبرام العقد؛ إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية، صعوبة إثبات الموجب أن القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول و لكنه لم يرسلها[2].
- نظرية تصدير القبول: وهي اللحظة التي يصدر فيها القبول من القابل وينفصل عنه، بحيث يفقد القدرة في الرجوع عنه[3]، وفي التعاقد الإلكتروني يتم ذلك عندما يضغط العميل على أيقونة القبول، فيفصل عنه القبول بحيث يفقد القدرة على الرجوع فيه. ويلاحظ أن هذه النظرية تتشابه مع نظرية إعلان القبول، فلا تختلف عنها إلا من حيث الواقعة المادية، وهي تصدير القبول عوض الاكتفاء بالإعلان عنه، فقد لا يتسلم الموجب رسالة القبول في حالة حدوث عطب في الجهاز أو انقطاع البث عبر الشبكة.
- نظرية تسلم القبول: تعتمد اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول حتى وإن لم يعلم به فعليا. وفي نطاق العقود الإلكترونية، فالعقد ينعقد في اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى البريد الإلكـــتروني للموجب، ويبرم عند

---

(1) يفيد تحديد زمان انعقاد العقد، في تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد،كانتقال ملكية المبيع إذا كان معينا بالذات، وتحديد اللحظة التي يمتنع فيها الطرفين من نقضه أو التحلل منه؛ وكذا تحديد أهلية المتعاقدين، وتعيين القانون الواجب التطبيق، وتحديد المحكمة المختصة عند التنازع.

(2) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص 88.

(3) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص52.

وصول المعلومات أو الرسالة على الحاسوب الخادم الذي يستضيف موقع الويب الموجه له القبول[1]، غير أن النظرية لم تضف شيئا إلى إعلان القبول، فقد يتسلم الموجب القبول دون العلم به، كما له أن يحول دون استلامه بغش أو تقصير.

- نظرية العلم بالقبول: وفق هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد علم الموجب بالقبول[2]، فالعقد الإلكتروني ينعقد بمجرد إطلاع الموجب على بريده الإلكتروني المتضمن رسالة القبول.

وباستقراء النظريات السابقة، نجد أن نظرية العلم بالقبول هي الأمثل[3]، لتحديد زمان إبرام العقد لأن الموجب طرف في العقد الذي لا ينعقد إلا بعلمه بقبول من وجه إليه الإيجاب.

وفي التعاقد الإلكتروني، ينبغي التفرقة ما بين التعاقد الذي يتم بالبريد الإلكتروني، والتعاقد الذي يتم عبر المواقع الإلكترونية. ففي الأول يفترض وجود فترة زمنية ما بين صدور القبول والعلم به، لذلك يعد تعاقد ما بين غائبين والعقد يبرم في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، لكن في هذه الحالة لا بد من وجود ضمانات لازمة للحيلولة دون تهرب الموجب وتحلله من التزامه بالإيجاب، وادعائه عدم علمه بالقبول متذرعا بعدم فتح بريده الإلكتروني مثلا. أما بالنسبة للتعاقد عن طريق مواقع الويب، وإن كان التعاصر المادي غير موجود ما بين الطرفين، إلا أنهما يتواصلان آنيا فوريا ومباشرة، بحيث قد لا يتحقق الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والعلم به مما يفيد أنه ضمن التعاقد ما بين حاضرين من حيث الزمان.

ب ــ مكان إبرام العقد الإلكتروني: لما كانت العقود الإلكترونية في أغلبها دولية، قد تجمع ما بين متعاقدين يخضع كل منهما لقانون دولة مختلفة، وعليه فإن تحديد مكان إبرام العقد له أهمية بالغة لمعرفة القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالفصل في النزاع في حالة نشوئه بين الطرفين؛ لأنه في العقود المبرمة عبر الانترنت يصعب تحديد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية، ومكان استلامها فكلاهما عبارة عن إشارات رقمية عبر الشبكة يتم إرسالها من خلال الأقمار الصناعية عبر الفضاء الخارجي[4].

وبالرجوع لقانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية نجده وضح في المادة 4/15 مكان إبرام العقد الإلكتروني، حيث جاء في النص أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.

وعليه فالقانون النموذجي لم يعتمد على مكان وجود نظام المعلومات، وإنما اعتمد في تحديد مكان

---

(1) **Marine NAIMI-CHARBONNIER:** Op.cit, p90.

(2) **Lionel BOUCHURBERG:** Op.cit, p 116.

(3) وهو ما أخذ به المشرع ضمن نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري :" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول ".

(4) د لورنس محمد عبيدات: مرجع سابق، ص 52.

إبرام العقد على مقر أعمال كل من المرسل والمرسل إليه سواء كان موجب أو قابل، ولعل معطيات التجارة الإلكترونية هي التي فرضت هذا المعيار، حيث أن اعتبار تحديد مكان الاستلام هو مقر عمل المرسل إليه يضمن سهولة التحقق منه من طرف المرسل[1].

كما حرص القانون النموذجي على مواجهة حالة تعدد مواطن أعمال طرفي الرسالة، فنص على أن المقصود بمقر العمل في حالة تعدده، هو ذلك الذي يكون له علاقة أوثق بالمعاملة المعنية، فإذا لم يوجد مقر لطرف الرسالة كانت العبرة بمحل الإقامة المعتاد. كما تعرض القانون النموذجي لحالة عدم وجود مقر عمل للمنشئ أو المرسل إليه حيث قرر أنه يعتد بمحل الإقامة المعتاد[2].

ومن جانبه القانون الفرنسي رقم 575 ــ 2004 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي تطرق لمسألة تحديد زمـــان ومكان القبول في التعاقد الإلكتروني بشكل صريح، حيث تقضي المادة 5/1369 من التقنين المدني الفرنسي بأن العقد المقترح من خلال الطريق الإلكتروني لا ينعقد صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب. كما أن الموجب ملزم بالإقرار باستلام الطلب دون تأخير بأية وسيلة إلكترونية.

والملاحظ أن تشريعات التجارة الإلكترونية[3]، التي تطرقت لمسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني خرجت عن القواعد العامة، التي تقضي أنه في التعاقد ما بين غائبين، العبرة بمكان علم الموجب بالقبول في تحديد مكان التعاقد.

نخلص إلى القول أن الحديث عن مسألة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني، يكون عند إغفال الطرفان تحديده، لأن قانون العقد هو أساس معظم النشاطات التجارية سواء منها التقليدية أو الإلكترونية فللأطراف كامل الحرية في الاتفاق على تحديد وقت ومكان إبرام العقد الذي تم بينهما بوسائل إلكترونية[4].

---

(1) د أحمد شرف الدين: قواعد تكوين العقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص 123.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص391.

(3) ذهبت التشريعات العربية في نفس اتجاه قانون الأونسترال النموذجي، فجاء في نص المادة الثامنة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 أنه: تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لكل منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقر لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك، وإذا كان للمنشئ والمرسل إليه أكثر من مقر لأعماله، فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال والتسليم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال والتسليم.

وكذلك نص قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة 17 على إضافة فقرة تتعلق بالشخص الاعتباري، فاعتبر محل إقامته هو مقره الرئيسي أو المقر الذي تأسس فيه.

كما أشار المشرع التونسي عن ذلك من خلال قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000 في الفصل 28 منه:"ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية وممضاة موجهة إلى المستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

(4) **Hafedh LAABIDI:** Op.cit, p32.

الفرع الثاني: إثبات عقد التجارة الإلكترونية

شهدت القواعد المعدة للإثبات تطورات عميقة على إثر استخدام التقنية الحديثة في التعاقد. فباعتبار واقع الانترنت الذي لا يحقق الاتصال والتعاصر المكاني المباشر لأطراف العملية التعاقدية، يصعب إثبات العقود التي تتم بواسطته بشهادة الشهود أو الإقرار أو اليمين بصورة منفردة؛ لأنها وسائل إثبات تعتمد على الوجود المادي للأشخاص سواء أثناء الواقعة محل الإثبات أو أثناء النظر في الدعوى[1]، خاصة وأن هذا التعاقد يتسم في الغالب بالطابع الدولي. فقانون الإثبات التقليدي أصبح لا يتوافق مع النوع الجديد للتعاقد، الذي تحول من نمط مادي إلى نمط لامادي، الأمر الذي تحتم معه إعادة صياغة قواعد إثبات التصرفات القانونية حتى تتلاءم ومستجدات الواقع التقني، فإذا أبرم طرفان عقد بوسيلة إلكترونية سواء كانت انترنت أو غيرها وثار نزاع بينهما حول هذا العقد فكيف يمكن للأطراف إثبات الأمر المختلف عليه ؟ أو قبل ذلك كيف يمكنهما إعداد دليل إثبات وفق ما ينص عليه القانون ؟ وهل أحدث التطور التقني الحاجة إلى تطويع قواعد الإثبات؟

بالتالي ومن منطلق أن التعاقدات الإلكترونية تستدعي كباقي العقود وجود دليل يستجمع عناصر الأمان القانوني، فإن ذلك لا يتحقق إلا من خلال الدليل الكتابي. فالكتابة التي تفرغ في قالب هو "المحرر" تعد الأداة المثلى لإثبات العقود، لما توفره من ضمانات؛ وحيث أننا بصدد عقود تبرم بآلية إلكترونية يتم فيها التعبير عن الإرادة في شكل رسالة بيانات تنتقل من حاسوب إلى آخر عبر الشبكة، فلم يعد من الضروري للمحرر أن يتخذ شكلا ورقيا، بل أصبح المحرر إلكترونيا. إذن فالتساؤل الذي يطرح هنا يدور حول مدى الاعتراف للمحرر الإلكتروني بحجيته في الإثبات.

للإجابة والبحث عن دور المحرر الإلكتروني في إثبات عقود التجارة الإلكترونية، من الضروري أن نتناول الكتابة الإلكترونية باعتبارها تجسد الإرادة التعاقدية في شكل مكتوب على دعامة إلكترونية (أولا)، والتوقيع الإلكتروني، وهذا لأن المحرر لا يكون له أي قيمة قانونية دون أن يقترن بتوقيع، وما دمنا بصدد المحررات الإلكترونية فيتم التوقيع إلكترونيا لاستحالة التوقيع التقليدي (ثانيا).

أولا: الكـــتابة الإلكـــترونية

تعد الكتابة أحد العناصر اللازمة لتهيئة المحرر الإلكتروني، ولتحديد دورها في إثبات وجود ومضمون عقد التجارة الإلكتروني لنا أن نتعرض لمفهومها وحجيتها في الإثبات.

ا ــ مفهوم الكتابة الإلكترونية: تعتبر الكتابة بشكل عام من أهم طرق الإثبات، ويقصد بها كل ما يخطه الإنسان ليثبت بها أمر له أو عليه، ولا يوجد في الأصل اللغوي لكلمة محرر ما يقصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء أكان ورقا أم غير ذلك[2]. فلا وجود لارتباط بين الكتابة والوسيط الورقي

(1) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص124.

(2) د طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص 66.

للتدوين عليه بشكل خاص؛ ذلك أن أي دعامة قادرة على عكس مضمون الكتابة وما تقوم عليه من تبادل للإرادات العقدية يمكن الإثبات بها[1]، ولو كانت غير مادية[2]،كمخرجات الحاسب الآلي من أسطوانات وغيرها متى أمكن التحقق من مضمونها ومحتواها [3]. ومنه فالكلمة تشمل كذلك ما هو مكتوب بشكل إلكتروني [4].

ولعل المحررات التقليدية[5]، لم تعد تناسب مجال عقود التجارة الإلكترونية التي باتت تبرم في صورة محررات إلكترونية على دعائم غير ورقية [6]. ويظهر ذلك جليا من خلال أوجه الاختلاف ما بين المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي؛ بحيث أن مضمون المحرر التقليدي يمكن التوصل إليه بمجرد النظر أما المحرر الإلكتروني فلا يمكن أن يتم التعرف على مضمونه من خلال مجرد الرؤية، وإنما يلزم أن يدخل في نظام تشغيل إلكتروني يمكن من خلاله الإطلاع عليه والوصول إلى محتواه[7].

وقد أورد قانون التوقيع الإلكتروني المصري تعريفه للكتابة الإلكترونية بأنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك "[8].

ووفقا لنص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري:" فالإثـــبات بالكتابة ينتج من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها"، والملاحظ أن المشرع الجزائري تبنى تعريفا شاملا وموسعا للإثبات بالكتابة، بحيث أنه يمكن الاعتداد بالكتابة للإثبات مهما كانت الدعـــامة التي تتضمنها، ومهما كانت طريقة إرســـالها. فالنص لم يقتصر على

---

(1) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص62.

(2) **Marie DEMOULIN, Etienne MONTERO, Didier GOBERT:** Commerce électronique de la théorie à la pratique, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, numéro 23, Bruxelles, Bruylant 2001, p 176.

(3) إيمان مأمون أحمد سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006، ص18.

(4) تختلف الكتابة المقصودة هنا عن الكتابة المطلوبة لانعقاد التصرف القانوني كأحد أركان العقد، والتي رتب المشرع عن تخلفها بطلان العقد باعتبارها ركن من أركان انعقاده. أما الكتابة محل البحث هي التي تطلب كشرط إثبات وليس كشرط انعقاد، فلا يترتب على تخلفها بطلان العقد.

(5) ويعبر عن الكتابة المعدة للإثبات بالمحرر والمحرر كدليل إثبات قد يكون رسميا أو عرفيا، وينحصر الفرق بينهما أن الأول يصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، وهو ما يتضح بجلاء من نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري أن: " العـــقد الرسمي عقد يثبت فيه موظـــف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصاته ". أما المحرر العرفي فلا يتوافر فيه مقومات المحرر الرسمي، من حيث أنه لا يصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ولكن يشترط فيه الكتابة حيث لا يوجد بدونها، والتوقيع حتى يمكن نسبة مضمون المحرر العرفي إلى من وقع عليه، د محمد المرسي زهرة: الحاسب الإلكتروني والقانون، مرجع سابق، ص 74.

(6) محمد أحمد محمد نور جستنية: مرجع سابق، ص 25.

(7) إيمان مأمون أحمد سليمان: مرجع سابق، ص190.

(8) المادة 1/ا من القانون رقم 15 لسنة 2004 المصري الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

الإثبات الخطي أو الورقي بل يمتد ليشمل الإثبات على دعائم غير ورقية كالدعائم الإلكترونية، وبذلك يشمل الإثبات على هذا النحو الإثبات الالكتروني كذلك[1]. فالمشرع الجزائري سلك نفس مسلك المشرع الفرنسي في وضع تعريف موسع للإثبات عن طريق الكتابة، ويظهر ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي بأن: "الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع للحروف للخصائص، للأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة، أيا ما كان دعامتها أو شكل إرسالها " [2].

ولتؤدي الكتابة الإلكترونية وظيفتها القانونية لابد من توافر شروط للاعتداد بها في الإثبات حيث يجب أن تكون مقروءة ومفهومة، حتى يدل الدليل الكتابي على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة بالمحرر. فإذا كان النص مشفرا وجب فك التشفير حتى يكون للنص قيمة وحجية قانونية.

كما يجب أن يتوفر في الكتابة الإلكترونية قابلية الاستمرارية والديمومة، بمعنى لزوم تدوينها على دعائم تضمن بقائها بشكل سليم بحيث يمكن للأطراف الرجوع إليها[3]، وهو ما تحققه الوسائط الإلكترونية المتطورة التي يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات التي تتضمنها لمدة طويلة.

ويشترط كذلك لإسباغ حجية الإثبات على المحرر الإلكتروني، أن يكون غير قابل للتعديل سواء بالحذف أو الزيادة من أجل إضفاء عنصر الثقة على ما هو مدون بالمحرر. وعلى ذلك فقد أدى التقدم التكنولوجي إلى تحقق هذا الشرط حيث تتميز الدعامات الإلكترونية بثبات مضمونها وعدم قابليتها للتعديل [4].

---

(1) ومن جهة تحديد إلزامية الكتابة لإثبات التصرف القانوني، فالأمر يتوقف على نوع التصرف فيما إذا كان تجاريا أو مدنيا أو مختلطا:

- فالتصرفات التجارية: و هي التي تكون كذلك حسب الموضوع أو الشكل أو بالنسبة لصفة التاجر، إذا أبرمت بين تاجرين بمناسبة نشاط تجاري أو تجارية بالنسبة إلى كل من الطرفين فالإثبات فيها يقوم على مبدأ الحرية في الإثبات، بمعنى أنه يجوز إثبات الالتزامات التجارية بكافة طرق الإثبات وبغير الكتابة إلا في الحالات التي ينص فيها القانون على خلاف ذلك.
- وبالنسبة للتصرفات المدنية : التي تبرم ما بين أطراف غير تجار أو بين تجار في غير النشاط التجاري، أو بين شخص غير تاجر وتاجر بعيد عن معاملاته التجارية، فالقاعدة العامة في إثبات التصرفات في المواد المدنية، هي وجوب الإثبات بالكتابة متى تجاوزت قيمة التصرف 100000دج حسب نص المادة 333 المعدلة بموجب القانون رقم 05ـــ10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75ـــ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم والتي نصت على التالي: "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بخلاف ذلك "، فالنص صريح بوجوب الكتابة في إثبات التصرف إذا تجاوز القيمة المحددة، أما إذا كانت مساوية أو أقل منها فجاز إثباته بكافة طرق الإثبات.
- أما التصرفات المختلطة: وهو التصرف الذي يعتبر تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر، وفيه تسري قواعد الإثبات التجارية على الطرف الذي يعتبر التصرف بالنسبة إليه مدنيا، أما الطرف الذي يعتبر التصرف بالنسبة إليه تجاريا فيتبع قواعد الإثبات الخاصة بالتصرفات المدنية في مواجهة الطرف الآخر بأن يلجأ للإثبات بالكتابة إذا تجاوزت قيمة التصرف المبلغ المحدد حسب المادة 333من القانون المدني.

(2) « La preuve littérale, ou preuve par écrit , résulte d'une suite de lettres , de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible quelles que soient leur support et leur modalité de transmission ». Loi nº2000-230 du 13mars 2000, art 1316, J.O du 14mars 2000, p3968.

(3) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص64.

(4) إيمان مأمون أحمد سليمان: مرجع سابق، ص195.

ب ــ الحجية القانونية للكتابة الإلكترونية في الإثبات: بهدف مواكبة التطور التكنولوجي في مجال المعاملات الإلكترونية، عمدت بعض الدول إلى إصدار قوانين جديدة ضمن موجة تعديل تشريعات الإثبات لتلاءم التطورات الحديثة[1]، حيث تبرم الصفقات والعقود إلكترونيا. وتعد الكتابة أول ما مسه التعديل في ظل التحول من المحسوس إلى الرقمي، وتجسد ذلك من خلال الاعتراف بالكتابة الإلكترونية، ومساواتها بالكتابة التقليدية في العديد من التشريعات التي اختلفت فيما بينها فقط في كيفية إقرار ذلك:

* اكتفت بعض التشريعات بغية الاعتراف بالكتابة الإلكترونية، بتعديل القـــواعد المنظمة للإثبات في قوانينها وفي ذلك سار المشرع الفرنسي ضمن النصوص الخاصة بالإثبات في القانون المدني الممثلة في القانون رقم 2000 ــ 230 الصادر في 13 مارس 2000، في اتجاه المساواة بين الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية[2] وفق نص المادة 1316 الفقرة الثالثة حيث نصت على أن:" الكتابة على دعامات إلكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية "[3]، فالمشرع الفرنسي ساوى ما بين الكتابة على الدعامة الإلكترونية والكتابة على الدعامة الورقية فيما يتعلق بحجية الإثبات.

ووفق نفس المسلك، ومن أجل تنظيم استخدام المحررات الإلكترونية لإثبات التصرفات القانونية تدخل المشرع الجزائري ــ وإن كان المشرع حاول تدارك تأخره الملحوظ ــ بتعديل بعض القواعد الخاصة بالإثبات في القانون المدني، بموجب إصدار القانون رقم 05 ــ10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـــ 20 يونيو 2005. فاعترف المشرع الجزائري في نص المادة 223 مكرر منه بالكتابة الإلكترونية، وقبلها كدليل إثبات شأنها في ذلك شأن الدليل الورقي، شريطة أن يكون في الإمكان تعيين الشـــخص الذي صدرت منه وأن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها. وقد ورد نص المادة كما يلي:"يعتبر الإثبات في الكتابة بالشكل الإلكتروني كالإثبات في الكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها ".

* من جهة أخرى نظمت بعض التشريعات مسائل الإثبات الإلكتروني عن طريق إصدار قوانين مستقلة وخاصة، كما فعل المشرع المصري بإصدار قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الذي منح بموجب المادة 15 منه الكتابة الإلكترونية الحجية القانونية الكاملة. ونصت هذه المادة على أن:" للكتابة الإلكترونية، وللمحررات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

---

(1) د ثروت عبد الحميد: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الأول كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة،10 ــ12 مايو 2003، ص 424.

(2) **Alain BENSOUSSAN:** Informatique Télécoms Internet, Op.cit, 2001, p 191.

(3) « L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier». Loi nº2000-230 du 13mars 2000, art 1316 / 3, J.O du 14mars 2000, p3968

أما على الصعيد الدولي، قرر قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 الحجية القانونية للرسائل والخطابات الإلكترونية[1]، فالمعلومات التي على شكل رسالة بيانات لها ما تستحقه من حجية في الإثبات [2].

مما سبق، يتضح أن التشريعات الحديثة تتجه نحو الاعتراف بالمحررات الإلكترونية، عن طريق الإقرار بحجية الكتابة الإلكترونية للاعتداد بها كدليل كتابي إلكتروني. غير أنه لا يتسنى الاعتداد بالمحرر الإلكتروني كدليل كامل في الإثبات إلا إذا كان ممهورا بتوقيع من يحتج عليه بالسند، ويقع هذا التوقيع في مجال المعاملات الإلكترونية بشكل إلكتروني، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

ثانيا: التـــوقيع الإلكـــتروني

أمام انتشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات، ظهرت بدائل للكتابة التقليدية ممثلة في الكتابة الإلكترونية لها ذات الحجية والقبول في الإثبات. غير أن الكتابة لا يمكنها أن تكون دليلا كاملا في الإثبات من الناحية القانونية، إلا إذا كانت تحمل توقيع من قام بها، فالتوقيع ينسب المحرر إلى من وقعه، ويتضمن تعبير صريح عن إرادة صاحبه في قبول الالتزام بما جاء فيه. وفي ظل هذه الظروف، اتجه الواقع العملي لإيجاد بديل للتوقيع بمفهومه التقليدي يستطيع أن يؤدي ذات الوظيفة، ويتكيف مع الأنظمة التقنية الحديثة، ويحقق الأمن والثقة لدى المتعاملين عبر الشبكة[3]. هذا الدليل قد يكون رقما سريا معينا، أو شفرة متفق عليها أو رمز ينتج عن إجراءات معينة، ومجموع هذه الإجراءات هو البديل الحديث للتوقيع بمفهومه التقليدي، والذي يطلق عليه اصطلاح "التوقيع الإلكتروني"[4]. ولدوره في إثبات المحرر الإلكتروني سنتطرق لمفهومه وحجيته القانونية في الإثبات على التوالي:

<u>ا ــ مفهوم التوقيع الإلكتروني</u>: يعرفه الفقه بأنه:" كل إشارات أو رموز أو حروف، مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني" [5].

كما عرفه الفقه الفرنسي بأنه:" مجموعة من الإجراءات التقنية، التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته" [6].

---

(1) د طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص 70.

(2) وهو ما تضمنه نص المادة التاسعة الفقرة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996" يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات، ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير حجية رسالة البيانات في الإثبات يولي الاعتبار لجدارة الطريقة التي استخدمت في إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات بالتعويل عليها، ولجدارة الطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامة المعلومات بالتعويل عليها، وللطريقة التي حددت بها هوية منشئها، ولأي عامل آخر يتصل بالأمر ".

(3) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص327.

(4) د محمد مرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 230.

(5) منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص192.

(6) محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2008، ص 16.

ويعرف أيضا بأنه:" وسيلة إلكترونية يمكن بمقتضاها تحديد هوية الشخص المنسوب التوقيع إليه، مع توافر النية لديه في أن ينتج آثاره القانونية على نحو يماثل التوقيع بخط اليد" [1].

ومن التعريفات القانونية للتوقيع الإلكتروني، نجد تعريفا له عاما وشاملا في القانون الجزائري بمقتضى المادة الثالثة مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 7 ــ 162 الصادر في 30 مايو2007[2]، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية ونصت على أنه:" لتطبيق هذا المرسوم يقصد بما يأتي: "التوقيع الإلكتروني" هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر1 من الأمر رقم 75ــ 58 الصادر في 26 سبتمبر1975 والمذكور أعلاه ".

بينما عرفته اللوائح المنظمة للتوقيعات الإلكترونية البريطانية لعام 2002، في المادة الثانية بأنه يعني بيانات على شكل إلكتروني، تتصل بشكل منطقي لبيانات إلكترونية أخرى، وتستخدم كوسيلة مصادقة[3].

كما تعرض قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 لتعريفه في نص المادة الثانية فاعتبره بيانات في شكل إلكتروني، مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ونظرا لما يفرزه التقدم العلمي، ظهرت صور وأشكال جديدة ومختلفة للتوقيع الإلكتروني، تختلف فيما بينها حسب الطريقة التي تتم بها، وكذا من حيث درجة الثقة التي تؤمنها، ومن بين الأنواع نجد:

- التوقيع الرقمي: هو اصطلاح يطلق على عملية متعددة الخطوات، تتضمن تشكيل وإنشاء رسالة إلكترونية وتشفيرها واختصارها إلى مجموعة من الأرقام أو الخانات الرقمية، والتي تشكل في نهاية المطاف ما يسمى بالبصمة الإلكترونية، والتي تكون مميزة وفريدة؛ ومن ثم إرسالها إلى المستقبل، الذي يمكن له من خلال استعمال برامج حاسوبية على جهازه من التوثق من الرسالة من حيث مضمونها وشخصية مرسلها وسلامة الرسالة من أي تغيير أو تعديل أو تزوير منذ إرسالها إلى لحظة استقبالها. ويعتمد التوقيع الرقمي على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية، كإحدى وسائل الأمان التي يبحث عنها المتعاقدون عند إجراء الصفقات الإلكترونية[4]، مما يجعله قابل للتطبيق في مجالات مختلفة من الأعمال التجارية الإلكترونية، ومن أهمها قطاع الأعمال المصرفية وتنفيذ العقود التجارية الإلكترونية عبر شبكة

(1) د أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006، ص 45.

(2) يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01ــ 123 الصادر في 9 مايو 2001، الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 2007.

(3) محمد أحمد محمد نور جستنية: مرجع سابق،ص49.

(4) د خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة 2007، ص61.

الانترنت العالمية.

- التوقيع البيومتري: يقوم هذا التوقيع على أساس التحقق من شخصية المتعامل، بالاعتماد على الصفات الجسمانية للأفراد مثل البصمة الشخصية[1]، مسح العين البشرية، التعرف على الوجه البشري، خواص اليد البشرية، نبرة الصوت. ويتم التأكد من شخصية المتعامل عن طريق إدخال المعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة، مثل التقاط صورة دقيقة لعين المستخدم أو صوته، ويتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة [2]، وبذلك يمكن أن يؤدي ذات وظيفة التوقيع من حيث تحديد هوية الشخص والتحقق من شخصيته [3].
- التوقيع بالقلم الإلكتروني: وهو آلية تتضمن نقل التوقيع الخطي إلى الحاسوب عن طريق التصوير بالماسح الضوئي أو القلم الإلكتروني، وتخزينه على أي دعامة إلكترونية، ويمكن للشخص أن ينقل الصورة إلى الملف للتوقيع عليه والتعامل به في العقود التجارية المبرمة عبر الانترنت [4].

من كل ما سبق، يتضح أن جوهر الاختلاف ما بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني بأنواعه، يكمن في الوسط أو الدعامة التي يدونان عليها. فبينما يدون التوقيع التقليدي على وسيط ورقي نجد أن التوقيع الإلكتروني يدون على وسيط إلكتروني، من خلال أجهزة الحاسب الآلي عبر الانترنت، وينتج عن ذلك اختلاف شكل نوعي التوقيع فالأول يتخذ صورة محددة وهي الإمضاء، بينما التوقيع الإلكتروني يأخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات مدرجة بطريقة إلكترونية ضوئية أو رقمية [5].

ولكي يعتد بالتوقيع الإلكتروني قانونا، لا بد أن يؤدي نفس الوظائف التي يؤديها التوقيع التقليدي والمتمثلة في تحديد هوية الموقع، والتعبير عن إرادة الملتزم بمحتوى العقد. فبالنسبة للوظيفة الأولى فيظهر في البداية عجز التوقيع الإلكتروني عن تحقيقها، كونه يتم عبر دعامات غير مادية، لكن درجة تأمين التوقيع التي تتم بآليات فنية وتقنية حديثة ومتطورة، جعلته قادرا على تحقيق هذه الوظيفة، ومنه فجميع أنواع التواقيع الإلكترونية تمكن من التعرف بهوية الموقع [6]. أما فيما يخص الوظيفة الثانية، وهي دلالة الرضا فهي تستخلص من التوقيع في حد ذاته، فمجرد التوقيع يفيد الرضا والالتزام متى نسب التوقيع إلى من وقعه [7].

الحوصلة هي أنه إذا ما تمسكنا بالتوقيع التقليدي، فهذا يعني توقف المعاملات التي تتم عبر الانترنت الأمر الذي يحتم قبول التوقيع الإلكتروني في الإثبات، طالما يمكنه القيام بذات وظائف التوقيع التقليدي.

---

(1) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص175.

(2) أمين فرج يوسف: التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص19.

(3) د محمد مرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 234.

(4) د أشرف توفيق شمس الدين: مرجع سابق، ص60.

(5) إيمان مأمون أحمد سليمان: مرجع سابق، ص253.

(6) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص101.

(7) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، لجنة التأليف والتعريب النشر، جامعة الكويت، 2003، ص169.

ب ــ الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات: لا تكفي الكتابة الإلكترونية حتى يعتد بالمحرر الإلكتروني، بل لا بد أن تذيل بتوقيع من ينسب إليه. وكما رأينا فيما سبق كيف أن أغلبية التشريعات اعترفت بالكتابة الإلكترونية ومنحتها نفس الحجية المقررة للكتابة التقليدية، فمن المهم أن نوضح أيضا التدخل التشريعي للتعويل على التوقيع الإلكتروني في الإثبات. في هذا المقام وبعد أن تناولت التشريعات الأجنبية والعربية تعريف التوقيع الإلكتروني، الأمر لم يتوقف عند هذا الحد بل اعترفت بحجيته في الإثبات وذلك على النحو التالي:

على المستوى الدولي، نجد المادة السابعة من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 تقرر في الفقرة (ا) منها مبدأ عام، مفاده أن الوظائف القانونية الضرورية للتوقيع، تعتبر مستوفاة في البيئة الإلكترونية متى تم استخدام وسيلة تسمح بتحديد هوية مرسل رسالة البيانات[1]. وتضيف الفقرة (ب) شرط يخص توافر طريقة قابلة للتعويل عليها للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، فالنص يعترف بالتوقيع الإلكتروني، متى كان استخدامه يفضي لنفس استخدام التوقيع الخطي، بمعنى يؤديان نفس غرض التوقيع[2].

ونجد المادة السادسة من قانون الأونسترال لسنة 2001 بشأن التوقيعات الإلكترونية، أوضحت بنوع من اليقين التكافؤ ما بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع الخطي، بحيث يعتبر هذا التوقيع موثوقا به.

كما أن التوجيه الأوروبي الصادر في 13 ديسمبر 1999 منح الأثر القانوني للتوقيع الإلكتروني، إذا كان يشمل على نفس المتطلبات القانونية للتوقيع الخطي المتعلقة بإثبات المحرر الكتابي؛ وبالتالي يساوي التوجيه ما بين التوقيعين من حيث حجية الإثبات حسب مضمون نص المادة الخامسة منه [3].

وفي نفس السياق، جاء القانون الفدرالي الأمريكي للتواقيع الإلكترونية الصادر في 30 يونيو 2000 بالاعتراف القانوني للتوقيع الإلكتروني، بحيث لا يجب إنكار أثره القانوني لمجرد أنه توقيع إلكتروني[4].

وبالنسبة لموقف القانون الفرنسي، فكان للمشرع الفرنسي كالعادة رد فعل ايجابي حيال الإقرار القانوني بالتوقيع الإلكتروني، وذلك بتطويع قواعد الإثبات على إثر صدور القانون رقم 2000 ــ 230 في 13 مارس 2000، الذي كرس مبدأ الاعتراف بالتوقيع في الشكل الإلكتروني طالما يؤدي نفس وظيفة التوقيع العادي المرجوة، من تحديد هوية الموقع ورضاه بمضمون ما وقع عليه، وذلك بنص المادة 1316 ــ 4 التي حدت تعريف للتوقيع بشكل عام كما تعرضت للتوقيع في الشكل الإلكتروني [5].

---

(1) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص392.

(2) **Adel BRAHMI:** La conclusion du contrat par voie électronique, Revue de la jurisprudence et de la législation, numéro2, 2000, p 20.

(3) **Alain BENSOUSSAN :** Informatique Télécoms Internet, Op .cit, p202.

(4) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 248.

(5) **Beatrice FRAENKEL, David PONTILLE :** L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique approche pragmatique, Revue Langage et Société, Maison des sciences de l'homme numéro 104, 2003, p100.

أما فيما يخص جواز قبول التوقيع الإلكتروني كدليل إثبات في القوانين العربية، نجد المشرع الجزائري استجابة منه لمتطلبات التعامل الحديث، اعترف بحجية التوقيع الإلكتروني بشكل صريح في المادة 327 الفقرة الثانية من القانون المدني وتنص على ما يلي:" ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه"، فالمشرع يضفي الحجية على التوقيع الإلكتروني بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي وقع، وبالتالي يعتبر دليل إثبات بنفس درجة قبول الدليل الخطي المتمثل في التوقيع المكتوب.

والقانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية عدد83 لسنة 2000 عنون الباب الثاني بـــ: "الوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني"، واعتمد التوقيع الإلكتروني ومنحه الحجية الكاملة في الإثبات[1].

وكذا فعل المشرع الأردني في المادة العاشرة من قانون المعاملات الإلكترونية رقم85 لسنة 2001 [2].

والأمر نفسه بالنسبة للمشرع الإماراتي، في نص المادة 12 من القانون الخاص بالتجارة والمعاملات الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002[3].

من خلال هذا العرض لموقف بعض التشريعات الدولية والوطنية، نجدها تبنت نهج النظير الوظيفي الذي يقصد به المساواة بين التواقيع الإلكترونية والخطية في أداء نفس الوظائف، من أجل تحقيق الاعتداد بها أي بحجيتها القانونية في الإثبات.

يبقى أن نخلص، إلى أنه وفقا للقواعد العامة في الإثبات في القانون المدني والتجاري، يختلف عقد التجارة الإلكتروني في إثباته بحسب أطراف المعاملة. فإذا كان العقد تجاريا بالنسبة لطرفيه، أو ما بين تاجرين فهو لا يخضع للإثبات بالكتابة، ويمكن إثباته بأي وسيلة وفقا لنص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري. أما إذا كان العقد ما بين تاجر ومستهلك ، فيتم إثبات العقد بالنسبة للمستهلك في علاقته بالتاجر إذا كانت قيمة الالتزام أكثر من 100000 دينار جزائري بالكتابة، حسب نص المادة 333 من القانون المدني الجزائري حيث أن العقد مختلط. أما إذا كان أقل فيتم إثباته بكافة طرق الإثبات، كما هو الحال بالنسبة لعلاقة المستهلك بالتاجر فله أن يتمسك بقاعدة حرية الإثبات في مواجهة الطرف الذي يعتبر العمل بالنسبة إليه تجاريا.

ونتيجة للجهود التشريعية التي جعلت التعامل مع الكتابة الإلكـــترونية والتوقيع الإلكتروني يتم بنوع من الثقة

(1) نذكر من بين القوانين التي تعترف بالتوقيع الإلكتروني كذلك وتمنحه حجية كاملة في الإثبات: قانون 97ـــ59 المنظم لحجية التوقيع الرسمي سنة 1997 في ايطاليا، وفي بريطانيا قانون الاتصالات والتجارة الإلكترونية في 25 يوليو 2000، وأصدرت ألمانيا قانون بشأن التوقيع الإلكتروني في 1 أوت 1997 يسمى قانون **Multimedia**، والقانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة في سوريا الذي صدر سنة 2009.

(2) نصت المادة فقرة أ 10 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم85 لسنة 2001:" إذا استوجب تشريع نافذ توقيعا على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع فان التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع ".

(3) وتنص المادة 12 من القانون الخاص بالتجارة والمعاملات الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002 لإمارة دبي:" لا يحول دون قبول الرسالة الإلكترونية أو التوقيع الالكتروني كدليل إثبات: (أ) لمجرد أن الرسالة أو التوقيع جاء في شكل إلكتروني".

وفي ظل الانتشار المتنامي للتجارة الإلكترونية، أصبح بإمكان الأطراف تقديم المحررات الإلكترونية كدليل إثبات لحصول الصفقات التجارية المبرمة فيما بينهم عبر الانترنت.

ولما كانت هته الأخيرة شبكة مفتوحة، ظهرت الحاجة إلى ضمان سرية المعاملات الرقمية وإضفاء عنصر الأمان عليها، بشكل يجعلها بمنأى عن التحويل والتغيير أو التعديل، وعن كيفية ذلك فهو ما سنسلط عليه الضوء في الفرع التالي.

الفرع الثالث: الأمان القانوني لعقد التجارة الالكترونية

يتوقف الإقبال على ممارسات التجارة الإلكترونية على توفير أعلى درجات السرية والأمان للمعاملات التي تتم من خلال الشبكة. فنظرا لأسلوب التعاقد الذي يتم عن بعد، قد يتعرض مضمون العقد الذي يكون على شكل رسالة بيانات لخطر الإطلاع عليه من الغير.

كما أن عدم الوجود المادي للمتعاقدين في هذا النوع من التعاقد، يجعل المتعامل في مجال التجارة الإلكترونية غير متأكد من حقيقة المراكز القانونية، ومدى إمكانية الحصول على الحقوق المترتبة على التعاقدات الإلكترونية، وهو ما يسمى بعدم اليقين القانوني[1].

فضلا عن ذلك قد يتعرض المشتري للغش نتيجة عرض السلع والبضائع عبر المواقع الإلكترونية بطريقة لا تكشف عن مواصفاتها الحقيقية. وعليه وبسبب احتمالات انعدام الموثوقية أو انخفاضها، بات من الضروري وجود وسائل تقنية وحلول قانونية توفر الأمان القانوني لحقوق والتزامات أطراف عقد التجارة الإلكتروني وتعتبر طريقة تشفير الرسائل الإلكترونية إحدى وسائل سلامة المعلومات المرسلة عبر الشبكة المفتوحة.

إضافة إلى ذلك وتماشيا مع منطق الثقة في التجارة الإلكترونية، استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد موثوق به يقوم بطرقه الخاصة بالتأكد من صحة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية ممن تنسب إليه[2]، بعيدا عن الغش والاحتيال، بشكل يمكن معه الاعتماد عليها، هذا الطرف الوسيط يقوم بالتصديق أو توثيق المعاملات الإلكترونية. بناء على ما سبق وبشيء من التفصيل سنتعرض للتشفير (أولا)، وللتصديق (ثانيا).

أولا: تقـــنية التـــشفير

يعتبر التشفير إجراء تقني، يضمن إرسال الرسائل الإلكترونية وتنفيذ الاتفاقات والتعاقدات بطريقة سرية والحيلولة دون تعديلها أو اختراقها، لذا سنقف عند مفهومه وأنظمته.

ا ــ مفهوم التشفير: يعرف التشفير بأنه:"تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغييرها"[3].

(1) د طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص100.

(2) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص 177.

(3) د محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، مرجع سابق، ص32.

ويعرف كذلك بأنه:" إجراء يسمح بتحويل الرسائل الإلكترونية الواضحة إلى رسائل غير مقروءة وغير مفهومة باستعمال الترميز"[1].

كما يعرف بأنه:" مجموعة من الوسائل الفنية، التي تستهدف حماية سرية معلومات معينة عن طريق استخدام رموز خاصة تعرف عادة باسم المفاتيح، وتشفير البيانات يستهدف المحافظة على سلامتها وتأمين خصوصيتها فلا يستخدمها غير من وجهت إليه"[2].

ويقوم التشفير على تغيير محتوى الرسالة الإلكترونية، باستخدام برنامج خاص، يسمى بمفتاح التشفير الذي يشفر الرسالة قبل إرسالها، بحيث يمكن للمرسل إليه استعادة الصورة الأصلية لمحتوى الرسالة باستعمال العملية العكسية للتشفير[3].

فالقصد إذن من التشفير، هو الحفاظ على أمن وسرية المعاملات التجارية عبر شبكة الانترنت، بحيث يتم تحويل الرسائل المتضمنة اتفاقات المتعاقدين إلى أرقام ورموز غير مفهومة للغير [4]، أي مشفرة لا يمكن فهمها إلا بعد القيام بفك الشفرة، لتعود البيانات المشفرة إلى طبيعتها الأصلية.

ب ــ طرق وأنظمة التشفير: توجد من الناحية الفنية طريقتان لتشفير المعلومات، التشفير المتماثل الذي يتم بواسطة مفتاح واحد يستعمل للتشفير ولفك التشفير، والطريقة الثانية تتمثل في التشفير اللامتماثل الذي يعتمد على مفتاحين مختلفين[5].

- التشفير المتماثل (المفتاح العام): يقوم على وجود مفتاح واحد من أجل تشفير البيانات، وهو نفسه يقوم بحلها والذي يملكه كل من مرسل الرسالة ومستقبلها. ويؤخذ على هذا التشفير أنه غير آمن لأن مرسل الرسالة ومستقبلها يملكان نفس المفتاح[6]، الذي يتبادلانه من خلال إرساله عبر الانترنت مما يسهل الحصول عليه[7].
- التشفير اللامتماثل (المفتاح العام والخاص): بخلاف النوع السابق، فهو يعتمد على وجود مفتاحين مفتاح خاص ومفتاح عام. الأول معروف لشخص واحد وهو المرسل، ويستخدم لتشفير الرسالة وعلى مستعمله المحافظة على سريته، فيقوم هذا الأخير بعد كتابة رسالته بالتوقيع عليها رقميا باستخدام المفتاح الخاص وتمريرها من خلال برنامج خاص بالتشفير في الحاسوب لتحول الرسالة الأصلية إلى مشفرة. أما المفتاح العام فهو متاح للكافة ويستخدم في التـــحقق من شخصية الموقع على المحرر، والتأكد من صحة وسلامة

(1) **Norredine BENACEUR :** Op.cit, p 40.

(2) محمد أحمد محمد نور جستنية: مرجع سابق، ص226.

(3) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 74.

(4) محمد حسن رفاعي العطار: البيع عبر شبكة الانترنت دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 180.

(5) **Michelle JEAN-BAPTISTE:** Créer et exploiter un commerce électronique, Editions Litec 1998,p 144.

(6) قدري عبد الفتاح الشهاوي: مرجع سابق، ص 416.

(7) د لورنس محمد عبيدات: مرجع سابق، ص141.

محتوى المحرر الأصلي، بحيث يقوم المفتاح العام بفك شفرة الرسالة التي تم تشفيرها بالمفتاح الخاص وتتحول الرسالة من صورتها المشفرة إلى صورتها المقروءة. فإذا طرأ على الرسالة أي تغيير فإن الحاسب الآلي يوضح ذلك فورا، فيتأكد المرسل إليه من أن مضمون الرسالة سليم، وطالما تم فك تشفيرها بالمفتاح العام الذي تلقاه من المرسل، فهذا يدل على أنه بالفعل من أرسلها. أما فيما يتعلق بالتوثق من أن المفتاح العام الذي تسلمه يخص بالفعل من يريد التعامل معه، هنا تتدخل جهة محايدة تكفل تحديد هوية الأشخاص، وتلعب دور الوسيط في تسليم المفتاح العام من المرسل إلى المرسل إليه[1].

فضلا عن ذلك، إذا استخدم المرسل المفتاح الخاص لتوقيع الرسالة الإلكترونية رقميا، فالمفتاح العمومي للموقع وحده هو الذي يقوم بالتحقق من صحة التوقيع.

وللمفتاحين علاقة خاصة [2]، فكل منهما مختلف عن الآخر، ولكنهما وظيفيا يكمل كل منهما الآخر من جهة ومن جهة أخرى بالرغم من أنهما مرتبطان رياضيا، إلا أنه لا يمكن استخراج المفتاح الخاص انطلاقا من معرفة المفتاح العام[3]، مما يجعل هذه الطريقة في التشفير الأكثر استعمالا وتقدما في الوقت الحالي لأنها آمنة [4].

على ضوء ما سبق، ولما كان أمن التجارة الإلكترونية هو أمن المعلومات المتبادلة عبر الشبكات، تعتبر الحلول التقنية المتمثلة في التشفير مخرجا ملائما [5]، يضمن تأمين التبادلات التجارية من خلال حماية الشبكات في البيئة الرقمية غير المادية[6]. ومع ذلك ولتعزيز الثقة لدى المتعاملين عبر الانترنت، وجد طرف ثالث يتوسط مابين طرفي العقد، يقوم بالتحقق من شخصية المتعاقدين، مما يجعله يضطلع بمهمة توثيق أو تصديق المعاملات التجارية الإلكترونية وسنبين ذلك في ما يأتي.

ثانيا: التصديق الإلكتروني

تدعيما لتقنية التشفير، أصبح لا غنى عن وجود جهة محايدة موثوق بها تتولى خدمات التصديق الإلكتروني كإحدى وسائل الأمان التي تصاحب إبرام صفقات ومعاملات التجارة الالكترونية، بحيث يعتبر التصديق أحد الضمانات القانونية لإثبات صحة التوقيع الإلكتروني، وبالتالي صحة عقود التجارة الإلكترونية، على النحو الذي سنبينه من خلال التعرض لجهة التصديق الإلكتروني والدور الذي تقوم به.

ا ــ جهة التصديق الإلكتروني: يشار إلى الجهة التي تقوم بدور الوسيط بين الأطراف لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية بـــ:"مقدم خدمات التصديق الإلكتروني" الذي يمكن أن تتمثل في أفراد أو شركات أو جهات

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص164.

(2) **Fayçal BEN AMOR:** Op.cit, p 152.

(3) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص44.

(4) **Xavier LINANT DE BELLEFONDS:** Op.cit, p 102.

(5) أمين فرج يوسف: مرجع سابق، ص 73.

(6) **Abdellatif ABDELJAOUAD:** La cryptologie au service du commerce électronique, Revue de la jurisprudence et de la législation, numéro2 Tunis**,** 2000, p 28.

مستقلة محايدة، ويعرف المشرع الجزائري مقدم خدمات التصديق الإلكتروني في المرسوم التنفيذي رقم 7ـــ162 الصادر في 30 مايو2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، بموجب المادة الثـــالثة مكرر بأنه:" كل شخص في مفهوم المادة الثامنة الفقرة الثامنة من القانون 2000 ــ 3 المؤرخ في 5 غشت 2000 والمذكور أعلاه[1]، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"[2].

وجاء في قانون الأونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 في المادة الثانية بأنه:"شخص يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".

وقد عرفه القانون التونسي عدد 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات التجارية الإلكترونية في الفصل الثاني بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي، يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة، ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالإمضاء الإلكتروني".

كما ذهب قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 لنفس التعريف في المادةالثانية:" أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم لإصدار شهادات تصديق إلكتروني أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها بالتواقيع الإلكترونية والمنظمة بموجب أحكام الفصل الخامس من هذا القانون".

ولكي تتمكن جهة التوثيق أو التصديق الإلكتروني من مزاولة نشاطها، فإنه يتعين عليها الحصول على ترخيص بذلك من الجهة التي حددها القانون[3].

ووفقا لنص المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم7ـــ162 الصادر في 30 مايو2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، فيخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية إنشاء واستغلال خدمات التصديق الإلكتروني. وأضافت هذه المادة أن ترخيص مصالح التصديق الإلكتروني يكون مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل.

وفي القانون التونسي، تمنح هذا الترخيص الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية[4]، وتمنحه الهيئة الوطنية لخدمات الشبكة في القانون السوري[5]، واسند قانون المعاملات والتـــجارة الإلكترونية لإمارة دبي أعمال

(1) تنص المادة لبثلمنة الفقرة الثامنة من القانون 2000 ــ3 المؤرخ في 5 غشت 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية بأن: "موفر الخدمات كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا رسائل المواصلات السلكية واللاسلكية".

(2) د معوان مصطفى: التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية، دار الكتاب الحديث،2007، ص 684.

(3) إيمان مأمون أحمد سليمان: مرجع سابق، ص 309.

(4) حدد ذلك نص الفصل الثاني من الأمر عدد 1668 لسنة 2001 يتعلق بضبط إجراءات الحصول على ترخيص لممارسة نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية.

(5) وذلك حسب نص المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني وخدمات الشبكة السوري لسنة 2009.

المصادقة الإلكترونية لمراقب خدمات التصديق بمقتضى المادة 23 منه.

ب ــ دور جهات التوثيق الإلكتروني: تضطلع جهات التصديق بعدة مهام بغية تدعيم الثقة بين المتعاقدين بما يحقق الأمان بالتعاقد الإلكتروني، حيث يقوم مقدم خدمات التصديق الإلكتروني بالتحقق من هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، عن طريق إصدار ما يسمى" بالشهادة الإلكترونية " وهي وثيقة إلكترونية تثبت الصلة ما بين التوقيع الإلكتروني والموقع في تعاقد معين، وتشهد بصحته ونسبته إلى من صدر عنه وبالتالي اعتباره دليل إثبات يعول عليه [1]. ويترتب على ذلك أن الشخص الذي يريد التحقق من أن التوقيع الرقمي الموجود على رسالة البيانات التي تلقاها يخص الطرف الذي يتعامل معه أن يلجأ للشهادة للتأكد، ويتم ذلك بأن يستعمل المفتاح العام المبين في الشهادة للتيقن من أن التوقيع الرقمي أنشئ باستخدام المفتاح الخاص المناظر فإذا تكلل ذلك التحقق بالنجاح توفر مستوى من اليقين، يثبت أن التوقيع الرقمي أنشأه الموقع وأن رسالة البيانات لم تعدل منذ التوقيع عليها [2]. ويستتبع ذلك التأكد من الأهلية القانونية للمتعاقد لأنه من البيانات الواجب توافرها في الشهادة الإلكترونية تلك المتعلقة بصاحب التوقيع التي تحدد هويته[3]، فجهات التوثيق قبل أن تصدر الشهادة لمن يطلبها تقوم بالتحري وجمع المعلومات لتكون للشهادة مصداقيتها القانونية.

إضافة إلى ذلك تتولى الجهات عملية إصدار المفاتيح الإلكترونية، سواء المفتاح الخاص الذي يقوم بتشفير رسائل البيانات، أو المفتاح العام الذي يقوم بفك التشفير، وبالتالي تضمن هذه الجهات أن المفتاح العام الموجود بالشهادة هو المفتاح المناظر للمفتاح الخاص الذي يستعمله الموقع [4].

وأمام الأدوار التي تؤديها جهات التصديق، والتي تخدم بشكل أساسي عامل الثقة في التعاقدات الإلكترونية فلا بد للجهة المرخص لها أن يتوفر لديها نظام تأمين للمعلومات وحماية البيانات ضد أي استعمال غير مشروع كما تلتزم الجهات بالمحافظة على سرية البيانات التي تقدم إليها لإصدار الشهادات الإلكترونية، وأي إخلال بالالتزامات الملقاة على عاتقها قد يعرضها للمسؤولية. يبقى أن نشير إلى أن المشرع الجزائري اعتمد شهادات التصديق الصادرة من جهات أجنبية ومنحها نفس قيمة نظيرتها في الداخل[5].

---

(1) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص183.

(2) أمير فرج يوسف: مرجع سابق، ص 105.

(3) حتى تؤدي الشهادة مهمتها في التوثيق، يجب أن تتضمن بعض البيانات الجوهرية، منها ما يتعلق بشهادة التصديق وما يتعلق بصاحب التوقيع ومنها ما يخص مقدم خدمات التصديق الإلكتروني، وفي ذلك جاء نص الفصل 17 من القانون التونسي الخاص بمبادلات التجارة الإلكترونية لسنة 2000 بأنه: يصدر من مزود الخدمات المصادقة الإلكترونية شهادات مصادقة تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، وتضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة والوثوق بها بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات، وتتضمن هذه الشهادة بالخصوص، هوية صاحب الشهادة هوية الشخص الذي أصدرها وإمضاء إلكتروني، عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة، مدة صلاحية الشهادة، مجالات استعمال الشهادة.

(4) إيمان مأمون أحمد سليمان: مرجع سابق، ص314.

(5) وفقا لنص المادة الثالثة مكرر1 من المرسوم التنفيذي رقم 7ــ162 الصادر في 30 مايو2007 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

المطلب الثاني: موثوقية نظم الدفع الإلكتروني

يفترض في كل معاملة تجارية أن يدفع ثمن البضاعة أو الخدمة، وأمام الغياب المادي للأشخاص في التجارة الإلكترونية، فلا ينفع معها الدفع التقليدي الذي تتطلب أدواته المالية الحضور المادي للمتعاقدين. وحتى لا يقيد ذلك الحرية في المعاملات التجارية التي تتم عبر الانترنت، ظهرت الحاجة إلى طرق مستحدثة للدفع تلاءم التعامل في بيئة غير مادية، وتتواجب مع طبيعة التجارة الإلكترونية، ولأجل هذا وجد" الدفع الإلكتروني".

غير أن الإحساس المرتفع جدا بالأمان الذي ولدته نظم الدفع التقليدية بمرور الوقت[1]، خلق تحدي جديد أمام التجارة الإلكترونية، فصعب ذلك قبول الأطراف التجارية والمؤسسات المالية لأنظمة الدفع الجديدة فالمستهلك كما التاجر لا بد له أن يطمئن من أن هذا النظام الجديد سيوفر له المزيد من الثقة والأمان في انتقال وتحويل الأموال مقارنة بأنظمة الدفع التقليدية [2]. فيجب أن يتأكد أطراف المعاملة التجارية أن العملية المالية لم تحد عن وجهتها، وأن المبالغ المقبوضة هي نفسها المبالغ المدفوعة[3]. خاصة وأن الشكل الإلكتروني للدفع يتم في الغالب عبر شبكة الانترنت، التي تتميز بمظهرها الدولي، وبخاصيتها المفتوحة للجميع، فلا أحد يضمن إمكانية تدخل الغير وتوجيه العملية بطريقة أو بأخرى[4].

فالمشكلة بالنسبة للوفاء الإلكتروني هي مشكلة أمن المبادلات المالية، وثقة في نجاعة طريقة تنفيذ المبادلات التجارية الإلكترونية، الأمر الذي يؤدي حتما إلى الخوف من استخدام العملاء للدفع الإلكتروني أو الإحجام عن التعامل به.

وبما أن النظام المالي عنصر هام وحيوي لفعالية التجارة الإلكترونية، ويمثل حجر الزاوية لنجاحها وتطورها فمن الطبيعي جدا أن تتعدد وسائل الدفع الإلكتروني، بما يناسب أساليب الوفاء بالالتزامات الناتجة عن عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، غير أنه وفي غياب نصوص قانونية خاصة تنظم هذه النظم الحديثة للدفع نجد أنفسنا بحاجة إلى تحديد الإطار القانوني للدفع الإلكتروني (الفرع الثاني)، ولما كانت العلة من قبوله الواسع لدى المتعاملين مرتبطة بالثقة فإن ما يفسر ذلك هو وجود العديد من المخاطر التي تصاحب عمليات السداد بالطريق الإلكتروني (الفرع الثالث).

الفرع الأول: وسائل الدفع الإلكتروني

غالبا ما يرتبط الوفاء بالالتزامات في التجارة الإلكترونية بشبكات الانترنت، ومن هنا تطورت وتعددت وسائل

(1) عبد الحميد بسيوني: مرجع سابق، ص 145.

(2) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 250.

(3) د إبراهيم بختي: مرجع سابق، ص 51.

(4) علي كحلون: الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس 2002، ص 210.

الدفع لتلاءم موجبات البيئة الإلكترونية الأكثر استعمالا في التجارة بشكلها الحديث. ومن بين جميع وسائل الدفع الإلكتروني سنتعرض لأكثرها استخداما، والتي لاقت تطبيقا عمليا في التعاملات التجارية الإلكترونية ولأن التطور المتلاحق والمتسارع لوسائل الوفاء الإلكتروني بفضل تقنية المعلومات، جعل البعض منها تقليديا مقارنة بحداثة الآخر؛ لذلك سنتناول وسائل الدفع الالكتروني التقليدية (أولا)، ثم وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة (ثانيا).

أولا: وسائل الدفع الإلكتروني التقليدية

أحدثت تقنية المعلومات تطورات هامة في وسائل الدفع التقليدية، وأضافت إليها أشكالا جديدة لتسهيل المعاملات المالية، والتي كان لها دور كبير في تفعيل المبادلات التجارية بنمط جديد، وتعتبر بطاقات الدفع الإلكتروني والشيكات الإلكترونية، من الوسائل المألوفة التي ساهمت بشكل كبير في توسع استخدام التجارة الإلكترونية.

ا – بطاقات الدفع الإلكتروني: يطلق عليها عدة مسميات منها بطاقات الائتمان، بطاقات الاعتماد بطاقات الوفاء، بطاقات الدفع البلاستيكية. ويعرفها أساتذة القانون، بأن جهة ما بنكا أو شركة استثمار تصدر هذه البطاقات من ورق أو بلاستيك أو مادة أخرى يصعب العبث في بياناتها أو تزويرها، ويذكر فيها اسم العميل الصادرة له وعنوانه ورقم حسابه لدى الجهة التي أصدرتها؛ وعندما يحصل هذا العميل على سلعة معينة أو خدمة فبدلا من دفعه للثمن فورا فإنه يقدم بطاقة الاعتماد إلى البائع مقابل التوقيع على إيصال بقيمة الشراء[1]، ومن ثم يقوم البائع بدوره بتحصيل قيمة هذا الإيصال من البنك مصدر البطاقة[2] .

وتعتبر بطاقات الدفع الإلكتروني عقد بمقتضاه يتعهد مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة الذي يستطيع بواسطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية، التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد، تتعهد فيه بقبولها الوفاء بمشتريات حاملي البطاقات الصادرة عن الطرف الأول، على أن تتم التسوية النهائية بعد كل مدة محددة [3].

كما عرفت تعريفا مصرفيا بأنها[4]:"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 المصدر للبطاقة عن طريق البنك الذي صرح له بقبول البطاقة كوسيلة دفع ويطلق

(1) سامح محمد عبد الحكم: الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني، دار النهضة العربية،2003، ص14.

(2) جلال عايد الشورة: وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008، ص 22.

(3) أيمن عبد الحفيظ: حماية بطاقات الدفع الإلكتروني، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، 2007، ص 10.

(4) د محمد رأفت عثمان: ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10_12 مايو، 2003، ص619.

على عملية التسوية بين البنوك الأطراف فيها اسم" نظام الدفع الإلكتروني"، والذي تقوم بتنفيذه الهيئات الدولية المصدرة للبطاقات"[1].

فبطاقة الدفع الإلكتروني وفق التعريفات السابقة تقوم على ثلاثة أطراف:

1. مصدر البطاقة: وهو البنك المخول له إصدار البطاقة، والذي يقوم بتسديد قيمة العمليات المنفذة بواسطتها لحاملها بناءا على عقد سابق بينهما.
2. حامل البطاقة: وهو الشخص الذي صدرت البطاقة باسمه، وخول باستخدامها والملتزم أمام مصدرها بالوفاء بالواجبات التي تنشأ عن استعمالها.
3. التاجر: وهو الجهة التي تقبل الوفاء بواسطة بطاقات الدفع بموجب عقد يبرم مع مصدر البطاقة يتضمن تقديم السلع والخدمات المتوافرة لدى التاجر للعميل حامل بطاقة البنك الذي تم الاتفاق معه [2].

وقبل أن نبين كيفية الوفاء ببطاقات الدفع الإلكتروني، لا بد أن نشير إلى البعض من أنواعها الأكثر استعمالا و من بينها نجد:

1. بطاقات الائتمان: يعتبر مصطلح "بطاقة الائتمان" هو الاسم الشائع للتعبير عن كل أنواع بطاقات الدفع الإلكتروني، غير أن ذلك فيه نوع من التجاوز، كون أن بعض البطاقات لا تمنح تسهيل ائتماني بل تعد أداة للوفاء فقط. فبطاقات الائتمان تعتبر أداة ائتمان حقيقية فضلا عن كونها أداة دفع. ويتضمن العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها شروط استخدام البطاقة، ببيان الحد الأقصى المسموح باستخدامه شهريا والنسبة المئوية المطلوب سدادها والرصيد المتبقي وكيفية سداده والعمولات والفوائد التي يحصل عليها المصدر مقابل تقديم تسهيل لحامل البطاقة [3]، فهي تمنحه أجلا حقيقيا للسداد، بحيث لا يلزم فورا بالسداد على خلاف باقي أنواع البطاقات الأخرى.

2. بطاقات ضمان الشيكات: يمكن تعريفها بأنها بـــطاقة يتـــعهد بموجبها المصرف أو الجهة مصدرة البطاقة

---

(1) يوجد على الصعيد الدولي عدة هيئات ومؤسسات ترعى إصدار البطاقات في العالم، وتسعى كل البنوك للانضمام إليها للحصول على ترخيص إصدار البطاقات الخاصة بها، ومن بين هذه المؤسسات نجد **مؤسسة الفيزا:** وهي أكثر المؤسسات انتشارا وعراقة، مركزها الرئيسي لوس أنجلس كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية، وتصدر هذه المؤسسة ثلاث أنواع من البطاقات، بطاقة الفيزا الذهبية التي تتميز بحدودها الائتمانية العالية وبطاقة الفيزا الفضية حدودها الائتمانية منخفضة نسبيا، وبطاقة الفيزا إلكترون ويستخدمها حاملها في أجهزة الصرف الآلية.كما نجد مؤسسة **ماستركارد:** التي تأتي في المرتبة الثانية من حيث الانتشار، ومركزها مدينة سانت لويس نيويورك الولايات المتحدة الأمريكية، وهي بدورها تصدر ثلاث أنواع، بطاقة الماستر كارد الذهبية، وبطاقة ماستر كارد مخصصة لرجال الأعمال، وبطاقة الماستر كارد العادية.

وتوجد كذلك ضمن المؤسسات المصدرة للبطاقات مؤسسة **أمريكان اكسبرس** التي تصدر بطاقات ائتمان واسعة الانتشار في جميع أنحاء العالم ومؤسسة **يوروكارد** ومؤسسة **داينرز كلوب الدولية**، أيمن عبد الحفيظ: مرجع سابق، ص24،25.

(2) معادي أحمد مسعد الصوالحة: بطاقات الائتمان النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية، الطبعة الأولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، 2008، ص 79.

(3) خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد: نظام بطاقات الدفع الإلكتروني من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان 2006، ص 43.

للحامل بأن يضمن سداد الشيكات المسحوبة من قبله، في حدود مبلغ معين وفقا لشروط محددة [1] فالبطاقة لا تعتبر أداة دفع لأنها تستخدم مرتبطة بالشيك، بحيث يجب إظهار البطاقة والشيك معا عند الوفاء بموجبها، كما أن تعهد مصدر البطاقة بضمان الشيكات هو تعهد بدفع قيمة الشيك المسحوب من حامل البطاقة، وليس بدفع قيمة البضائع الخدمات التي أديت لحامل البطاقة [2].

3. بطاقات السحب الآلي: هذه البطاقة تخول حاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه من خلال أجهزة خاصة، حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته إلى جهاز السحب الآلي الذي يطلب منه إدخال رقمه السري وتحديد رقم المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد عملية الصرف يسترد العميل بطاقة السحب آليا، ويسجل هذا المبلغ المسحوب في الجانب المدين من حساب العميل مباشرة [3].

4. البطاقات الذكية: تحتوي هذه البطاقات على رقاقة إلكترونية تعمل كشبه حاسب آلي، بحيث يمكن تخزين بعض البيانات عليها وكذلك استرجاعها[4]، ويجري تسجيل البيانات على ذاكرة الشريحة. تتميز هذه البطاقة بأنها تتضمن معالج بيانات، ووسيلة ذاكرة لتخزين البيانات على شريحة معبأة في بنية بطاقة الائتمان[5]، كما يختص هذا النوع من البطاقات بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزوير والتقليد وسوء الاستخدام من طرف الغير في حالة سرقتها.

ويأخذ التعامل بواسطة بطاقات الدفع الإلكتروني أحد الأسلوبين:

ـ الخصم المباشر أو الفوري: ويتم بتحويل ثمن البضاعة أو الخدمة من حساب العميل صاحب البطاقة إلى حساب التاجر، وذلك بالاتفاق مع البنك المصدر للبطاقة، بحيث يتم خصم قيمة المشتريات مباشرة من حساب العميل فورا وقت تنفيذ العملية، إذا كان رصيده يسمح بذلك، وإلا يتم إلغاؤها.

ـ الخصم اللاحق أو المؤجل: وبعكس طريقة الخصم الفوري، هذا الأسلوب يمنح حامل البطاقة أجلا للتسديد قد يكون شهريا في حالة استخدام بطاقة الخصم الشهري، وقد يكون التسديد على أقساط دورية تتناسب ودخل العميل وهو ما عليه الأمر في بطاقات الائتمان.

ونضيف إلى أنه لما كان الجزء الأعظم من عمليات التجارة الإلكترونية يتم عبر شبكة الانترنت، فإن الوفاء بالالتزامات الناتجة عنها يتم في الغالب بواسطة بطاقات الائتمان عبر هذه الشبكة.

---

(1) جهاد رضا الحباشنة: الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2008، ص 38.

(2) خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد: مرجع سابق، ص 44.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 111.

(4) د هند محمد حامد: مرجع سابق، ص 112.

(5) عصام حنفي محمود موسى: الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10_12 مايو، 2003، ص 884.

ب – الشيكات الإلكترونية: تحاول المؤسسات المالية أن تجاري متطلبات التجارة الإلكترونية، بتطويع كافة وسائل الدفع التقليدية المعروفة، لذلك تم تطوير استخدام الشيكات الورقية إلى شيكات إلكترونية.

ويعرف الشيك الإلكتروني بأنه:" التزام قانوني بسداد مبلغ معين في تاريخ محدد لصالح شخص أو جهة معينة، ويتم تحريره بواسطة أداة إلكترونية، ويتم تذييله بتوقيع إلكتروني، يتمتع بقوة الشيك الورقي في الدول التي تعترف بصحة التوقيع الإلكتروني"[1]. فالشيك الإلكتروني يتضمن نفس بيانات الشيك الورقي، من اسم المستفيد والبنك المسحوب عليه والمبلغ وتاريخ الصرف واسم الساحب، ويذيل بتوقيعه الذي يأخذ الشكل الإلكتروني[2]. ويؤدي نفس وظيفته باعتباره أداة وفاء، فيقوم المشتري الذي يتعامل عبر شبكة الانترنت بالوفاء إلكترونيا عبر ذات الشبكة، بتحريره للشيك مذيلا بتوقيعه الإلكتروني؛ ويرسله بالبريد الإلكتروني إلى البائع الذي يوقعه إلكترونيا بدوره كمستفيد ثم يقوم بإرساله إلى البنك كوسيط يتولى مراجعته، ويخطر الطرفين بتمام المعاملة المصرفية بخصم قيمة البضاعة أو الخدمة من حساب المشتري، وإضافته إلى حساب البائع[3]، فتتم المعاملة بطريقة مشفرة من أجل توفير الأمن لهذا النوع من الدفع الإلكتروني[4].

ويعتمد نظام الشيك الإلكتروني على وجود وسيط بين المتعاملين، المشتري والبائع يطلق عليه"جهة التخليص"، وغالبا ما يكون هذا الوسيط أحد البنوك التي تتعامل من خلال شبكة الانترنت، وتتضمن آلية عمل الشيكات الإلكترونية الخطوات التالية:

- يكون للمشتري اشتراك لدى جهة التخليص، بفتح حساب جاري خاص به أو الاتفاق على خصم من حسابه الجاري، وتحديد توقيعه الإلكتروني وتسجيله في قاعدة بيانات جهة الدفع.
- يكون للبائع كذلك اشتراك لدى جهة الدفع نفسها، حيث يتم فتح حساب جاري أو الربط مع أي حساب جاري له في جهة دفع أخرى، و يتم تحديد توقيعه الإلكتروني، وتسجيله في قاعدة بيانات جهة الدفع.
- يقوم المشتري باختيار الخدمة أو السلع التي يرغب في التعاقد عليها مع البائع، وتحديد السعر النهائي والاتفاق على أسلوب الدفع.
- يقوم المشتري بتحرير شيك إلكتروني، ويصدَّق الشيك بتوقيعه الإلكتروني الخاص[5]، وبذلك يتم تشفيره ويرسل بالبريد الإلكتروني للبائع أو التاجر.

---

(1) د نبيل صلاح محمود العربي: الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10_12 مايو 2003، ص67.

(2) د عاطف عبد الحميد حسن: التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 93.

(3) د محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص 109.

(4) **Ugo DRAETTA:** Op. cit, p 137.

(5) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 238.

- يستلم البائع الشيك الإلكتروني، ويوقعه بدوره بتوقيعه الإلكتروني الخاص بصفته مستفيد.
- يرسل البائع الشيك الإلكتروني إلى المؤسسة المالية التي يتعامل معها، وإذا كانت هذه المؤسسة تختلف عن المؤسسة المالية التي يتعامل معها المشتري، فيتم تبادل الشيك ما بين المؤسسة المالية للمشتري والمؤسسة المالية للبائع.
- تقوم المؤسسة المالية أو الوسيط وهي جهة الخصم، والتي غالبا ما تتمثل في البنك بمراجعة الشيك الإلكتروني، والتحقق من صحة التواقيع والأرصدة، ويتم بعد ذلك الخصم من حساب المشتري والإضافة إلى حساب البائع كان الأمر يتعلق بنفس الجهة المالية؛ أما إذا اختلفت المؤسسة البنكية فإن بنك البائع يخطر بنك المشتري لتتم المقاصة [1]، وتقوم بعد ذلك كل مؤسسة مالية بإخطار عميلها بتمام المعاملة المالية.

وبسبب الإقبال المتزايد للتعامل بأنظمة الشيكات الإلكترونية كأسلوب للدفع والوفاء في معاملات التجارة الإلكترونية، قامت شركـــات عديدة بتوفير برامج ونظـــم إدارة وإصدار الشيكات الإلـــكترونية منها نيت 1 ***(Net 1)*** ومؤسسة سكوتس ديل ***(Inc .of Scotts Dale)*** وأريزونا ***(Arizona)*** كما تقوم شبكة نت شكس ***(Net Chex)*** [2] بإجراء العمليات الخاصة بتخليص الشيكات الإلكترونية على الحسابات الجارية بالبنوك العادية وتوفير البرامج والتطبيقات الخاصة بذلك [3].

ثانيا: وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة

يقصد بالأنظمة المستحدثة للدفع الإلكتروني، تلك الأنظمة الغير مألوفة والتي لم تكن معروفة في ظل أنظمة الدفع التقليدية. وتعد النقود الإلكترونية من نماذج الدفع الحديثة الأكثر جسارة وتناسبا مع متطلبات التجارة الإلكترونية، وهي عبارة عن سلسلة أرقام إلكترونية تعبر عن قيمة معينة نقدية تصدرها البنوك، مخزنة على دعامات إلكترونية، ليتم التعامل بها في الفضاء الإلكتروني؛ تقوم على أساس تحويل النقود من صورتها المادية إلى أخرى افتراضية[4]. وتأخذ النقود الإلكترونية أحد الأسلوبين إما شكل "النقود الرقمية" أو "محفظة النقود الإلكترونية".

ا – <u>النقود الرقمية</u>: تعد أحد طرق استخدام النقود الإلكترونية لإتمام عمليات الشراء عبر الانترنت [5].

وهي عبارة عن آليات دفع مختزنة القيمة أو سابقة الدفع، تمكن من إجراء عمليات الوفاء من خلال الحاسب الإلكتروني وشبكة الانترنت، وذلك باستخدام برامج خاصة. يطـــلق على هذه النـــقود أحيانا نقود

(1) صليحة حاجي: الوفاء الرقمي عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول وجدة، المغرب، 2006، ص 81.

(2) **Jean-François BOURQUE, Éric LABBÉ, Daniel POULIN, François JACQUOT :** Guide juridique du commerçant électronique, Montréal, 2001, p 136.

(3) إبراهيم المنجي: مرجع سابق، ص 321.

(4) عمر خالد محمد الزريقات: عقد البيع عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة عين شمس، 2001، ص 287.

(5) د إبراهيم بختي: مرجع سابق، ص 72.

الشبكة [1]، وتعـــمل هذه النقـــود وفق الآتي:

- يقوم المشتري باقتناء النقد الرقمي بتوقيع اتفاق مع البنك المصدر له، في صورة وحدات نقد صغيرة والحصول في نفس الوقت على برنامج خاص بإدارة النقد الإلكتروني، ليتم تشغيله على الحاسب الخاص به، كما للبائع أيضا أن يشترك في بنك يتعامل بالنقد الإلكتروني، ويحصل هو بدوره على برنامج خاص بإدارة النقد الإلكتروني.
- تبدأ الخطوات المتعلقة بتداول النقود الإلكترونية، عندما يقوم المشتري بتصفح موقع البائع للسلع والخدمات ويتم الشراء والدفع بواسطة النقود الإلكترونية.
- يقوم البرنامج الخاص بالدفع النقدي للمشتري باختبار الرصيد، فيما إذا كان يسمح بالسداد واختيار وحدات النقد التي يسدد بها، ويعدُّ كشف بذلك يرسل إلى البائع عن طريق البنك.
- يتسلم البنك كشف الدفع من المشتري، ويتأكد من صحة أرقام النقد الإلكتروني وعدم تزييفها [2].
- يقوم البنك بإرسال كشف وحدات النقد الإلكتروني بدوره إلى البائع.
- يتلقى برنامج إدارة النقد الإلكتروني للبائع، كشف العملات الإلكترونية الموقعة رقميا من البنك ويقوم بإضافة وحدات نقد جديدة إلى خزينة البائع الرقمية [3].
- يعمل برنامج إدارة النقد الإلكتروني للبائع على إخطار المشتري بتمام السداد، ويقوم عندئذ البرنامج الخاص بالنقد الرقمي بحذف الوحدات المخصصة بالكشف من خزينة المشتري الرقمية.
- وفي الأخير يمكن للبائع تحـــويل الوحدات النقدية الرقمية إلى نقود عادية، ويقوم بالعملية البنك المصدر لها.

ميزة هذا النظام أنه تقتضي كل عملية دفع توثيق البنك لصلاحية حساب النقود الرقمية، مما يوفر نوع من الأمان للمتعاملين به، خاصة وأن بطاقات الدفع الإلكتروني لا تناسب سداد أثمان مشتريات قليلة مقارنة بالعمولات التي تأخذها البنوك مقابل ذلك، إضافة إلى خوف المتعامل من كشف أرقام بطاقات الدفع خوفا من السطو على أرقام هذه البطاقات واستعمالها على نحو غير مشروع.

وتجدر الإشارة إلى التجربة الرائدة لدولة تونس على صعيد الدول العربية، التي أدركت أهمية هذا التطور المعلوماتي فعملت على إصدار عملة إلكترونية هي الدينار الإلكتروني[4] ***(E-dinar)*** على غرار***(E- Cash)*** الذي أصدرته شركة ديجي كاش ***(Digicash)*** الهولندية[5].

---

(1) د عدنان إبراهيم سرحان: الوفاء (الدفع) الإلكتروني، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة البحرين، يناير 2006، ص245.

(2) المرجع السابق، ص246.

(3) صليحة حاجي: مرجع سابق، ص 91.

(4) **Fayçal BEN AMOR:** Op. cit, p 122.

(5) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص 246.

ب – محفظة النقود الإلكترونية : تعتبر آلية وفاء حديثة[1]، وهي عبارة عن وسيلة دفع افتراضية تستخدم في سداد المبالغ قليلة القيمة، وتعد من آخر ما تم التوصل إليه من تقنيات وسائل الدفع عن بعد[2].

وتقوم فكرة الحافظة الإلكترونية على تخزين احتياطي مالي، على بطاقة بلاستيكية ممغنطة يمكن تثبيتها على الكمبيوتر الشخصي أو قرص مرن يمكن إدخاله في الفتحة المخصصة له في الكمبيوتر، ليتم بعد ذلك نقل القيمة المالية المخزنة للدفع عبر الانترنت [3]، ويخصم مقابل السلعة أو الخدمة.

وفي الواقع العملي يتم إصدار الحافظة الإلكترونية عن طريق إصدار نقود رقمية من البنك الذي يمتلك رخصة إصدارها، ثم تحميلها على البطاقة اللدائنية أو "الكرت" الذكي، من خلال دفع النقود إلى البنك أو من خلال حساب العميل أو شراؤها ببطاقة ائتمانية [4].

وبالتالي يمكن استنتاج أن محفظة النقود الإلكترونية تقوم على ثلاث دعائم:

- الكارت الذكي: وهو عبارة عن كارت بلاستيكي، يشبه بطاقات الائتمان أو الوفاء، مزود بذاكرة تسمح بتخزين البيانات المتعلقة بالمستخدم، يمكن استدعائها بطريقة منظمة، وتسمح كذلك بتخزين الوحدات الإلكترونية التي تستخدم في الوفاء.
- الوحدات الإلكترونية: وهي النقود الرقمية التي يتم شحنها على الكارت الذكي، وهي وحدات تمثل قيم مالية تقوم بوظائف النقود، غير أن لها مظهر رقمي وتتداول بشكل إلكتروني، وتستخدم في الوفاء بثمن السلع أو الخدمات تماما مثل النقود التقليدية.
- الدفع المسبق: حيث يقوم المستهلك بدفع القيمة المالية للوحدات التي يتم شحنها على الكارت الذكي الخاص بالمحفظة، فهو يدفع مسبقا قيمة الوحدات الرقمية التي يستعملها بعد ذلك للوفاء وسداد ثمن المنتجات والخدمات.

فتعتمد محفظة النقود الإلكترونية على نظام الدفع المسبق، مما يميزها عن باقي "الكروت" العادية التي تقوم على أساس الدفع اللاحق[5]. كما أنها تمثل أموالا بحد ذاتها لأنها تحوي نقود إلكترونية تمثل قيما للسداد تنتقل وتحول مباشرة لمحفظة التاجر. فالعملية تتم مابين طرفين المستهلك والتاجر، دون الحاجة إلى وسيط أو طرف ثالث بحيث أن دور البنك هو إصدار الوحدات التي يتم شرائها من طرف المستهلك؛ وهو ليس طرف في عملية الدفع، وهو ما تختلف عنه عملية الدفع بالكروت العـــادية حيث تتم بواســـطة البنك الذي يمثل الطرف

---

(1) **Michelle JEAN-BAPTISTE:** Op.cit, p133.

(2) محمد أحمد محمد نور جستنية: مرجع سابق، ص128.

(3) د إبراهيم بختي: مرجع سابق، ص 72.

(4) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص247.

(5) د شريف محمد غنام: محفظة النقود الإلكترونية رؤية مستقبلية، مؤتمر الأعمال المصرفية،ا لمجلد الأول،كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة ،10_12 مايو 2003، ص 122.

الثالث إلى جانب حامل البطاقة والتاجر، ونجد في السوق العالمي عدة تطبيقات لمحفظة النقود الإلكترونية[1] من بين أهمها :

- نظام موندكس ***(Mondex)*** للدفع الرقمي: هو أسلوب لحافظة النقود الإلكترونية، يعمل على دعامة تتمثل في رقاقة أو شريحة ذاكرة إلكترونية، متبسط من أحد أكبر البنوك البريطانية ***(National Westminster)***[2]. ويتم إجراء شحن الحافظة الإلكترونية عن طريق شراء المستخدم للوحدات الإلكترونية من أحد البنوك، ثم تحويلها إلى البطاقة الذكية، وتسمى العملية بشحن البطاقة؛ بحيث يتمكن المستخدم من شراء السلع أو الحصول على الخدمات من التجار الذين يقبلون التعامل بهذه الطريقة الخاصة للدفع الإلكتروني، فيحول المبلغ أو الثمن عن طريق تحويل القيمة المخزنة من بطاقة المستخدم إلى بطاقة التاجر، الذي يحولها بدوره إلى حسابه في البنك الذي يتعامل معه [3].

  والملاحظ أن قبول التاجر للتعامل بالمحفظة الإلكترونية كوسيلة للوفاء ليس إلزاميا، بل يعتمد على اتفاق ما بين التاجر والمستهلك [4].

نخلص إلى أنه، من بين وسائل السداد الإلكتروني نجد وسائل الدفع الإلكتروني التقليدية، ووصفت كذلك لأنه وجد البعض منها وسبق استخدامه قبل ظهور الانترنت كبطاقات الدفع الإلكتروني. كما نجد وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة، والمتمثلة في النقود الإلكترونية التي تعد تطورا واضحا في أساليب الدفع عبر الانترنت، بل هي أحدث وسيلة دفع إلكتروني وجدت لتسوية معاملات التجارة الإلكترونية.

---

(1) من بين التطبيقات الدولية لحافظة النقود الإلكترونية نذكر:الـ **Geldcarte** في ألمانيا، والـ **Proton** في بلجيكا وكذلك الـ **Chipper** في هولندا، والـ **Mondex** في انجلترا .

(2) **Pierre REBOUL, Dominique XARDEL :** Commerce électronique techniques et enjeux Eyrolles, Paris, 1997, p13.

(3) محمد سعيد احمد إسماعيل: مرجع سابق، ص248.

(4) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص28.

الفرع الثاني: الإطار القانوني للدفع الإلكتروني

في ظل الانتشار المتنامي للتجارة الالكترونية، كان من الضروري إيجاد آليات للوفاء بالالتزامات الناتجة عنها فأفرزت تقنية المعلومات وسائل حديثة أبرزها نظام الدفع الإلكتروني. والبحث عن الإطار القانوني للدفع الإلكتروني يقتضي منا تحديد طبيعته القانونية (أولا)، ثم تبيان خصائصه المميزة (ثانيا).

أولا: الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني

يتم الوفاء في مجال التجارة الإلكترونية عن طريق دفع ثمن السلعة أو مقابل الخدمة بشكل إلكتروني باعتبار أن معاملات التجارة الإلكترونية تتم عن بعد وبدون التواجد المادي لأطرافها. فيتم الدفع أو الوفاء بنقل مبلغ النقود من المدين إلى الدائن بموجب نظام التحويل من حساب إلى حساب آخر. وبذلك يختلف هذا الأداء باختلاف أدوات الدفع الإلكتروني. وفي هذا الصدد فمن الجدير الاهتمام بتحديد الطبيعة القانونية للدفع الحديث، حتى يمكن تحديد القواعد القانونية التي تطبق إذا ما ثار نزاع ما بين المتعاملين به[1]، غير أن تحديد ذلك يختلف باختلاف أنظمة السداد الإلكتروني المستعملة.

ا – بالنسبة للشيكات وبطاقات الدفع الإلكتروني: قد جرى تطوير الشيكات الورقية والانتقال إلى الشيكات الإلكترونية حتى تتماشى ومقتضيات التجارة الإلكترونية. حيث تستخدم الشيكات الإلكترونية لإتمام عمليات السداد الإلكتروني بين طرفين من خلال وسيط، فالشيك الإلكتروني والذي يحرر باستخدام الكمبيوتر يأخذ نفس المسار الذي يأخذه الشيك الورقي، منذ لحظة إصداره وعملية التسليم إلى غاية التحصيل والقيد في الحساب؛ إلا أنه ينتقل بالبريد الإلكتروني من مصدره أو محرره بعدما يوقع عليه إلكترونيا إلى المستفيد الذي يتسلمه ويوقعه بدوره بشكل إلكتروني ليرسله إلى المؤسسة المالية التي تقوم بإتمام المعاملة المالية، بخصم المبلغ من حساب المصدر وإضافته إلى حساب المستفيد. فلا يختلف نظام معالجة الشيك الإلكتروني الحديث كثيرا عن نظيره الورقي.

وتتميز الشيكات الإلكترونية بسهولة الاستخدام، بحيث تلائم الأفراد الذين لا يملكون بطاقات الائتمان كما أنها تعد الأداة المثلى لتسوية المعاملات التجارية الإلكترونية ما بين الشركات؛ لأنها تطابق الشيكات المصرفية التقليدية، وبالتالي تناسب بيئة العمل في هذا المجال، وهي من أكثر وسائل الدفع كفاءة من وجهة نظر المصارف والمؤسسات المالية باعتماد تكلفة معالجتها إلكترونيا.

وبالتالي تحكم الشيك الإلكتروني وتطبق عليه، نفس القواعد التي تنظم الشيك الورقي أو التقليدي فالشيك أداة وفاء واجبة الدفع عند الإطلاع، ولا يجوز الرجوع فيه إلا في حالات محددة، فالوفاء هنا لا يتم إلا عند خصم مبلغ الشيك من حساب مصدره ودفعه للمستفيد مباشرة أو بإضافة المبلغ إلى حسابه.

أما بالنسبة لبطاقات الدفع الإلكتروني فالأمر يختلف، فإذا ما اعتمدنا بطاقات الائتمان مثلا فمن

(1) علي كين: النظام القانوني لبطاقات الائتمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005، ص 119.

الصعب التحديد الدقيق لطبيعتها القانونية [1]، حيث نجد أكثر من معيـــار أو نظرية حاولت تكييف العلاقات القانونية الناشئة عن استخدام البطاقة، من بين أهمها:

1. اعتماد بعض الفقه على فكرة حوالة الدين لتفسير العلاقات الناشئة عن استخدام بطاقة الائتمان. وتتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين، ولا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن إلا إذا أقرها فتقوم فكرة الحوالة على اتفاق المدين (المحيل) مع شخص آخر(المحال عليه)، بأن يؤدي للدائن (المحال له) ما في ذمته من دين. وبتطبيق الفكرة على بطاقات الائتمان، يمكن القول بأن حامل البطاقة المدين اتفق مع مصدرها بموجب عقد بينهما على أن يحل محله في سداد الدين الذي في ذمته للتاجر، وأن هذا الأخير باعتباره محال له دائن قد أقر ذلك بموجب عقد بينه وبين مصدر البطاقة وبالتالي فالحوالة نافذة في حقه. أو القول بأن التاجر وهو الدائن قد اتفق مع الجهة المصدرة للبطاقة على أن تتحمل الدين الذي بذمة الحامل وهو المدين وقد ارتضى بالحوالة بموجب العقد الذي بينه وبين المصدر[2].

غير أن هذا المعيار لم يوفق إلى حد بعيد في تفسير العلاقات الناتجة عن البطاقة، حيث أهم ما يؤخذ عليه هو أنه يستمد حق المحال له قبل المحال عليه من الحوالة في حد ذاتها، دونما وجود لعلاقة أخرى مباشرة فيما بينهما وهو عكس ما نجده في بطاقة الائتمان، حيث أن رجوع التاجر مثلا على الجهة المصدرة، يكون بناء على علاقة مباشرة تتمثل في العقد المسبق المبرم بينهما، وليس على أساس الحوالة.

2. وذهب جانب آخر من الفقه في محاولة إيجاد تكييف قانوني لنظام الوفاء ببطاقات الائتمان، إلى الاعتماد على فكرة الوكالة في العلاقة بين المصدر وكل من الحامل والتاجر. فعقد الوكالة العادية يقتضي قيام الوكيل بالتصرف باسم الموكل ولحسابه، أما الوكالة بالعمولة فيتعهد بمقتضاها الوكيل بالعمولة إبرام التصرفات القانونية باسمه ولحساب الموكل.

وبتطبيق ذلك لتفسير العلاقات الناجمة عن بطاقات الائتمان، نجد أنه من الصعب اعتبار المصدر هو وكيل عن الحامل في الوفاء أو عن التاجر في استيفاء حقه، حيث أن هذا التكييف لا يتماشى مع ما أفردته بعض التشريعات من حماية لبطاقات الوفاء؛ ومن بينها التشريع الفرنسي الذي لا يجيز الرجوع في أمر الدفع إلا في حالات خاصة تتعلق بفقد البطاقة أو سرقتها أو التصفية القضائية، وهو ما يتعارض مع الأحكام الخاصة بالوكالة، حيث للموكل أن ينهي الوكالة ويرجع عنها ويلغيها في أي وقت[3].

---

(1) يشكك بعض الفقه في مقدرة أي نظام قانوني تقليدي على احتواء مثل هذه الوسيلة الجديدة من وسائل الوفاء، وبالتالي تبقى الحاجة ملحة إلى مطالبة المشرع في العديد من الدول بضرورة التدخل لوضع نظام قانوني خاص لمثل هذه الوسائل الحديثة، مشار إليه لدى معادي أحمد مسعد الصوالحة: مرجع سابق، ص 125.

(2) علي كين: مرجع سابق، ص 132.

(3) وهو نص المادة 587 من القانون المدني الجزائري: يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة أو يقيدها و لو وجد اتفاق يخالف ذلك.

كما لا يمكن الاعتماد على فكرة الوكالة بالعمولة، حيث يتعامل الوكيل بالعمولة باسمه ولحساب الغير لأن الجهة المصدرة تقوم بالمطالبة باسمها ولحسابها كونها سددت قيمة الفواتير للتاجر بصورة معجلة.

3. يرجع بعض الفقه تحديد الطبيعة القانونية لبطاقات الوفاء إلى فكرة الإنابة، والإنابة في الوفاء تتم برضا الدائن (المناب لديه) بشخص من الغير (المناب) يلتزم بالوفاء بالدين محل المدين؛ فالإنابة في الوفاء تقتضي وجود ثلاث أطراف، كما هو الحال بالنسبة لأطراف بطاقات الائتمان، وبالتالي تصدق في تفسير العلاقة ما بين مصدر البطاقة والحامل[1].

يأخذ على هذا الرأي، أنه أغفل العقد المبرم ما بين التاجر ومصدر البطاقة، والذي يعتبر أساس العلاقة بغض النظر عن علاقة الحامل بالمصدر، ومن جهة أخرى فيتعارض نظام البطاقة مع أحكام الإنابة، حيث لا يجوز للتاجر مطالبة المصدر إلا في حدود ما هو مسموح به، ولا يمكن أن يتجاوز ذلك سقف الائتمان بينما تقتضي الإنابة أن يطالب الدائن المناب بكافة المبالغ المستحقة على المنيب[2].

4. ومن الفقه من حاول وضع تكييف قانوني لبطاقات الائتمان، بالأخذ بفكرة الاشتراط لمصلحة الغير التي تقوم على قيام المشترط بالتعاقد مع المتعهد على إنشاء حق لمصلحة شخص آخر، بحيث يكون للمنتفع مصلحة مادية أو أدبية من الاشتراط[3]. وبتطبيق ذلك على نظام الائتمان فيكون حامل البطاقة (المشترط) بموجب العقد المبرم بينه وبين مصدر البطاقة (المتعهد) قد اشترط لمصلحة شخص آخر يتم الوفاء له وهو التاجر (المنتفع).

وإذا كانت هذه النظرية قد اقتربت من تفسير نشوء حق التاجر في مواجهة الجهة المصدرة، بالإضافة إلى أن الاشتراط لمصلحة الغير لا يتطلب أن يكون المنتفع موجودا وقت الاشتراط، فقد يكون شخصا غير معين وقت التعاقد فيصح الاشتراط للتاجر الذي يقبل التعامل بالبطاقة سواء قبل أو بعد الاشتراط؛ إلا أن بعض أحكامها تبقى بعيدة عن الأحكام الخاصة ببطاقات الائتمان. من أهمها ضرورة توافر الاشتراط لمصلحة الغير في عقد الاشتراط، وهو ما لا يوجد في عقد الانضمام للبطاقة، كما أن الاشتراط يقوم على تلقي الغير حقا من عقد ليس طرفا فيه، أما التاجر فيعود على مصدر البطاقة بموجب عقد مبرم بينهما، والذي يستمد منه حقه مباشرة باعتباره طرف فيه.

نخلص إلى أن قصور جميع النظريات السابقة التي تعتمد في مجملها على القواعد القانونية التقليدية في تفسير العلاقات القانونية لبطاقات الائتمان، يرجع لكونها وسيلة وفاء حديثة لا يمكن لأي قالب من القوالب القانونية تفسير جميع العلاقات الناشئة عنها فلبطاقات الائتمان طبيعة خاصة.

---

(1) معادي أحمد مسعد الصوالحة: مرجع سابق، ص132.

(2) علي كين: مرجع سابق، ص144.

(3) نص الفقرة الأولى من المادة 116 من القانون المدني: يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية كانت أو أدبية.

وبالتالي فإن الواقع العملي يحتم ضرورة استحداث نظام مستقل لتنظيم العلاقات الناشئة عن استخدام هذا النوع من وسائل الدفع الإلكتروني"بطاقات الائتمان" [1].

أما فيما يخص بطاقات الدفع [2]، والتي تختلف عن بطاقات الائتمان لأن هذه الأخيرة تمنح صاحبها أجلا حقيقيا للسداد، بحيث لا يلزم فورا بالسداد على خلاف باقي أنواع البطاقات، فيؤسس الوفاء على مستواها على عملية النقل المباشر للنقود بين الحسابات المصرفية. فبمجرد تمرير البطاقة في الجهاز القارئ وبالتوقيع الإلكتروني لصاحبها عن طريق الرقم السري؛ يعطى الإذن للمصرف إما بسحب المبلغ من حساب العميل أو إذا كان يتعامل مع تاجر فيحسم الثمن من حساب العميل (المدين) في المصرف، ويحول إلى حساب التاجر (الدائن)، وبالتالي يتم الوفاء بإضافة المبلغ إلى حساب التاجر[3]، وعليه فالوفاء يتم بتحويل النقود من حساب إلى آخر كما الأمر بالنسبة للشيك الإلكتروني.

ب – بالنسبة للنقود الإلكترونية: تعد النقود الإلكترونية أحد الوسائل المستحدثة للتعامل التجاري عبر شبكة الانترنت، لها نفس خصائص النقود التقليدية أو الورقية، غير أنها غير ملموسة تأخذ شكل وحدات مخزنة على وسيط إلكتروني تمثل إيداع مالي. مقبولة كوسيلة لتسوية المدفوعات قليلة القيمة عند التعامل عبر الشبكة وتعمل النقود الإلكترونية من خلال تحميل برنامج خاص على جهاز الحاسب الآلي لكل من المشتري والبائع والبنك الوسيط.

فالنقود تحتفظ بطبيعتها ولا تختلف عن مثيلتها الورقية إلا من خلال كيفية إدارته، الذي ينتقل من أسلوب يدوي إلى أسلوب إلكتروني. فمن الناحية القانونية لم يتم خلق أسلوب جديد للدفع، لأن التعامل عن طريق الوفاء بالنقود الإلكترونية سواء بصيغة النقود الرقمية أو المحفظة الإلكترونية، ما هو في الحقيقة سوى تحويل نقود من حساب إلى حساب آخر بالطريقة البسيطة المعتادة [4].

فبالرغم من الفروق الشكلية ما بين النقود العادية والإلكترونية، إلا أنهما يؤديان نفس الوظيفة، فالنقود الإلكترونية ما هي سوى نقود عادية متطورة؛ فبالرغم من اختلافهما في الشكل، إلا أن لهما نفس المضمون فكلاهما يصلح كأداة للدفع فعند التعامل ما بين المشتري والتاجر، وقبول النقود الإلكترونية كوسيلة للسداد فإنها تصلح لإبراء الذمة تماما كالنقود الورقية.

---

(1) سامح محمد عبد الحكم: مرجع سابق، ص40.

(2) تعرفها الفقرة الأولى من المادة 543مكرر 23 من قانون رقم 05 ــ 02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ــ 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري: تعتبر بطاقات دفع كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل الأموال.

(3) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص 250.

(4) **Michelle JEAN-BAPTISTE:** Op.cit, p140.

ثانيا: الخصائص المميزة للدفع الإلكتروني

اتجهت الدول المتقدمة في السنوات الأخيرة إلى استخدام وسائل الدفع الإلكترونية لتسوية معاملاتها التجارية كبديل لوسائل الدفع التقليدية، ومن المتوقع أن تنتشر أكثر في الفترة المقبلة في ظل التطور الهائل الذي يشهده العالم في مجال تكنولوجيا المعلومات والتقنية المصرفية.

ولما كان الدفع الإلـــكتروني يتسم بطبـــيعته الدولية، فيتعين أن يحظى بالقبول العام من جانب المنشئات والأفراد المتعاملين به خصوصا مع التوجه نحو عولمة المبادلات التجارية، وظهور الوسائل الفنية التي تساعد على ذلك ومن أهمها الشبكة العالمية للمعلومات (الانترنت). واختلف الفقه فيما إذا كان من الأفضل الأخذ بأنظمة دفع تراعي الخصوصيات أو الاتجاه نحو تبني نظام نموذجي موحد وفعال، يشعر بموجبه المتعاملون بالخضوع لنفس النظام الواحد ولا يختلف فيما بين الدول، وهو أمر ضروري لنجاح التجارة الدولية بشكل كبير[1].

ويستخدم أسلوب الدفع الإلكتروني بشكل كبير لتسوية المعاملات الإلكترونية، التي تتم عن بعد حيث يتم إبرام التعاقد بين أطراف متباعدين من حيث المكان، مما يستوجب طريقة للدفع تتواءم ومتطلبات بيئة التعامل فيتم الوفاء عبر شبكة الانترنت بفضل وسائل الاتصال اللاسلكية، ويتم إعطاء أمر الدفع وفقا لمعطيات إلكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد[2].

ولعل التواؤم ما بين متطلبات التجارة الإلكترونية وأنظمة الدفع الإلكتروني، يرجع إلى الخصائص التي يتميز بها الوفاء الإلكتروني، من سهولة التعامل به وعدم إمكانية الرجوع فيه، بما يخدم مقتضيات السرعة والائتمان في المعاملات التجارية الإلكترونية.

<u>ا – خاصية سهولة التعامل من خلال الدفع الإلكتروني</u>: حتى يزيد الإقبال على التعامل بأسلوب جديد لا بد له من مزايا تجعله مفضلا للتعامل من طرف المهتمين به. وبالنسبة للدفع الإلكتروني لا بد أن يوفر الشروط التي تساهم في الإقبال على سداد قيمة البضاعة أو مقابل الخدمة إلكترونيا، الأمر الذي يستتبع عدم اتسامه بالتعقيد، فبساطة النظام وعدم تعقيده يغري الجميع لاستخدامه؛ فبإمكان المتعامل عبر شبكة الانترنت عندما يتخذ قراره بشراء السلعة أن يدفع إلى البائع ثمنها، وبالتالي سداد مقتنياته سواء ببطاقته الائتمانية أو بالشيك الإلكتروني أو بالنقود الإلكترونية فورا وبدون أن يبرح مكانه.

وسواء تعلق ذلك بالأفراد أو المؤسسات والشركات، فقد ساعدت التقنية العالية للوفاء في تقليل زمن وتكلفة المبادلة إلى أدنى حد ممكن.

وباعتبار أن أغلب عمليات التسوية في التجارة الإلكترونية بوسائل الدفع الإلكتروني تتم عبر شبكة الانترنت، فلا بد حتى ينجح النظام أن يكون جاهزا ومفتوحا لاستعماله في أي وقت ودون انقطاع.

---

(1) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص253.

(2) د محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص 102.

ب – خاصية عدم إمكانية الرجوع في الوفاء : تفترض معاملات التـــجارة الإلكترونية أنها تتم عن بعد ومنه فمن المهم جدا أن يطمئن التاجر أو البائع الذي أبرم العقد مع المشتري ضمن العالم الافتراضي، أن لا يرجع من تعامل معه في عملية دفع مقابل الخدمة أو ثمن السلعة بإرادته المنفردة؛ لذلك فإن وسائل الدفع الإلكتروني في مجملها تستوجب عدم قابلية أمر الدفع بموجبها للرجوع فيه، كما هو الحال بالنسبة لوسائل الوفاء التقليدية.

فالدفع باستخدام النقود الإلكترونية بطبيعته غير قابل للرجوع فيه، لأن عملية الوفاء تتم آنيا وبشكل مباشر بحذف الوحدات المخصصة من خزينة المشتري الرقمية، وإضافتها آنيا إلى خزينة البائع بصفة نهائية غير قابلة للرجوع فيها [1].

أما فيما يتعلق بالوفاء ببطاقات الدفع، فإن المبدأ العام هو أن الأمر الصادر من الحامل بالوفاء للتاجر لا يقبل الرجوع فيه، فعملية الوفاء في هذا النطاق تحتاج إلى تدخل من قبل حامل البطاقة، بإصداره أمر الدفع وتدخل من جانب المصدر بتنفيذ هذا الأمر، ومتى تم ذلك أصبح أي رجوع للوراء غير ممكن. وقد اعترف بالمبدأ المشرع الفرنسي منذ صدور القانون رقم 85ـــ695 في 11 جويلية 1985 في نص المادة 22 على أن:" أمر الوفاء الصادر باستخدام بطاقة الوفاء لا يقبل الرجوع فيه، ولا يمكن المعـــارضة في الوفاء إلا في حـــالات فقد أو سرقة البطاقة أو التسوية أو التصفية القضائية للمستفيد"[2].

وقد ورد ذات الحكم في نص المادة 2/57 من مرسوم 30 أكتوبر 1935 المعدل بالقانون رقم 91ـــ1382 الصادر في 30 ديسمبر 1991 والمقابلة للمادة 132ـــ2 من التقنين المالي والنقدي الفرنسي.

كما تضمنت التوصية الأوروبية الصادرة في 17 نوفمبر 1988 ضمن نص المادة 1/4/د على وجوب أن تتضمن عقود الحاملين النص على التزام الحامل بعدم إلغاء الأمر الذي أصدره بواسطة وسيلة الوفاء.

وحرصت التوصية الأوروبية رقم 97ـ 489 الصادرة في 30 جويلية 1997 على النص على هذا المبدأ في مضمون المادة 5/د على أنه :... لا يستطيع حامل البطاقة إلغاء الأمر الذي أعطاه بواسطة أداة الدفع الإلكتروني (البطاقة) [3].

وفي التشريع الجزائري، نجد ذات المبدأ مقررا في نص المادة 543 مكرر 24 من قانون رقم 05 ـــ 02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005[4]، والتي جاء فيها أن:" الأمر أو الالتزام بالدفع المعطى بموجب بطاقة الدفع غير قابل للرجوع فيه، ولا يمكن الاعتراض على الدفع إلا في حالة ضياع أو سرقة البطاقة المصرح بهما قانونا أو تسوية قضائية أو إفلاس المستفيد".

---

(1) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص257.

(2) كيلاني عبد الراضي محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 409.

(3) خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد: مرجع سابق، ص 182.

(4) يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ـــ 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري

على أن قاعدة عدم قابلية الوفاء للرجوع فيه ترد عليها بعض الاستثناءات، بحيث تجوز المعارضة أو الاعتراض على الدفع ضمن الحالات المحددة بالنصوص القانونية، وبالتالي يكون للحامل هذا الحق متى كانت المعارضة مسببة بفقد أو ضياع البطاقة وإساءة استعمالها من الغير؛ وكذا في حالة التسوية القضائية أو الإفلاس. وتتحقق مصلحة الحامل من المعارضة في هذه الحالة في أن التاجر قد أبرم تصرفا مضرا بحقوقه، وبذلك يمكن إلغاء هذا التصرف كنوع من الإجراءات التحفظية [1].

ومن المفيد الإشارة إلى أن بعض القوانين التي تسعى إلى حماية المستهلك في التعاقد عن بعد، تمنحه ما يسمى برخصة الرجوع أو العدول عن التعاقد وفي هذه الحالة يكون الوفاء نهائيا، وما على المشتري إلا مراجعة البائع لاسترداد المبلغ الذي دفعه ممارسا حقه في العدول عن التعاقد ضمن أجل محدد قانونا[2].

مما سبق نستنتج أن أدوات الدفع والوفاء، تمثل حجر الزاوية لنجاح وتطور التجارة الإلكترونية، غير أن التوسع الهائل والانتشار المتسارع لهذا النوع الجديد من المبادلات التجارية، خلق تحدي جديد أمام نظم الدفع الإلكتروني، وهو ما سنعكف على تبيانه في الفرع التالي.

الفرع الثالث: مخاطر نظم الدفع الإلكتروني

إن الخط الفاصل لنجاح التجارة الإلكترونية، هو ثقة المستخدمين في حيازة وسائل الدفع الإلكتروني وقبول التعامل بها والتأكد من أن هذا النظام الجديد للسداد هو نظام مأمون، مقارنة بالنظم التقليدية. غير أنه من الطبيعي أن يصاحب عمليات الدفع الإلكتروني العديد من المخاطر، لأن الأمر مرتبط ارتباطا وثيقا بمسألة أمن الشبكة بشكل عام، وهو ما ليس بجديد.

على أن هذه المخاطر تتعدد وتختلف مع التقدم في تقنيات الدفع، وبالمقابل وكرد فعل عكسي نفس التقدم التقني يوجد حلولا قائمة للحد منها، مما يفيد ضمان تقدم التجارة الإلكترونية، وسنحاول تبيان ذلك فيما يلي.

أولا: تعدد مخاطر الدفع الإلكتروني

بدأت المخاطر المتعلقة بالوفاء الإلكتروني في الظهور من خلال استخدام شبكة الانترنت في الأعمال المصرفية. فبالرغم من المزايا التي قدمتها الشبكة لخدمة نظم الدفع، إلا أنها في المقابل سببت بعض المشاكل والعقبات التي أثرت في نجاعة هذه النظم؛ خاصة وأن المخاطر التي تحيط بهذه الأنظمة الجديدة تتصل بكافة الأطراف المشاركة فيها، سواء من جهة البنوك التي تقدم خدماتها على الشبكة، أومن جهة العملاء عند استخدامهم لوسائل وأدوات الدفع الإلكتروني.

---

(1) كيلاني عبد الراضي محمود: مرجع سابق، ص 413.

(2) د عدنان إبراهيم سرحان: مرجع سابق، ص257.

ا – المخاطر العملية المتعلقة بتقديم خدمات الدفع الإلكتروني: إن أهم ما تسعى إليه البنوك هو زيادة الثقة والأمان لدى عملائها للمحافظة عليهم، ومن هذا المنطلق فإن دخول البنوك في مجال الخدمات المصرفية الإلكترونية لا بد له من تنظيم محكم على الصعيد المعلوماتي والاتصالاتي وحتى القانوني، لتوفير الحماية اللازمة لجميع العمليات البنكية الإلكترونية التي تقدمها المصارف باستخدام شبكة المعلومات العالمية.

فالتقنية التي يعتمد عليها نجاح نظم الدفع الإلكتروني هي نفسها مصدر الخطر الهام[1]، إذ أن التغييرات التكنولوجية السريعة والمتصلة في هذا المجال ينتج عنها إرباكا في العمل، وعدم فعاليته لعدم معرفة التكنولوجيا الحديثة والعجز عن استخدامها بالشكل السليم في ظل النظام المستخدم؛ فينعكس ذلك سلبا على أداء البنك الذي يصبح غير قادر على مواكبة التطور مما يضعه في دائرة المساءلة أمام العملاء[2].

كما أن الارتباط ما بين نظم المعلومات التي يعتمد عليها أسلوب الدفع الإلكتروني، يؤدي إلى زيادة المخاطر الناجمة عن عدم كفاءة النظم المتبعة لمواجهة متطلبات المستخدمين. فالاعتماد على تقنية واحدة مشتركة للعديد من أنظمة التشغيل أو الأجهزة المستخدمة يعتبر من الأخطاء الشائعة، بحيث أن حدوث أي مشكلة تتعلق بالبرمجة أو البنية التحتية الإلكترونية يؤدي إلى تعطيل هذه الأنظمة والشبكات المرتبطة[3].

كذلك قد يتعرض البنك لبعض الأعطال الإلكترونية التي تؤدي إلى فقد البيانات والمعلومات الهامة خاصة عند عدم توافر البرامج الخاصة المضادة للأعطال الإلكترونية، وكذا إذا كان البنك متعاقدا مع مزود خدمة وحيد، مما يعرضه في الغالب إلى فقد العملاء.

من جهة أخرى يواجه البنك مخاطر قانونية ترتبط بالعمليات المصرفية الإلكترونية، فالطبيعة المفتوحة لشبكة الانترنت تجعل الدفع الإلكتروني عابر للدول، وباعتبار أن التنظيمات القانونية للعمليات البنكية تختلف من دولة لأخرى، فلا بد أن يكون البنك على دراية بقوانين البلد المعني، المتعلقة مثلا بالحصول على ترخيص أو الخاصة بحماية المستهلك.

كما قد ينشأ هذا النوع من المخاطر القانونية، نتيجة لانتهاك القوانين الناظمة للعمليات المصرفية الإلكترونية، أو عدم وضوح القواعد القانونية في بيان الحقوق والالتزامات الملقاة على عاتق الأطراف.

وقد تظهر المشاكل القانونية المصاحبة للدفع الإلكتروني أيضا لعدم وجود اتفاقيات دولية تنظم المعاملات المصرفية الدولية[4].

ونتيجة لما سبق فإن المخاطر التقنية والمخاطر القانونية التي قد تتعرض لها البنوك في تعاملاتها المصرفية الإلكترونية، تهيئ الفرصة أمام القراصنة لارتكاب الجرائم المرتبطة بخدمة الدفع الإلكتروني خاصة في ظل

(1) **Michelle JEAN-BAPTISTE :**Op.cit, p142.

(2) جلال عايد الشورة: مرجع سابق، ص 94.

(3) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 252.

(4) نفس المرجع، ص 254.

عدم وجود رادع قانوني موحد ودولي كفيل للحد من انتشار هذه الجرائم، باعتبار أن هذا المجرم المعلوماتي يستطيع مهما تطورت تقنيات الأمان لمثل هذه العمليات الإلكترونية أن يتخطاها بكل براعة.

ب – المخاطر المتعلقة بإساءة استخدام وسائل الدفع الإلكتروني من قبل العملاء: يهدد استعمال أدوات الوفاء الإلكتروني على اختلافها مخاطر كثيرة، من بينها مخاطر الغش والاحتيال الصادرة من الغير. على أنه قد يتعرض الشخص لضياع أو فقدان بطاقة الائتمان؛ فيقوم الغير باستخدامها بصورة غير مشروعة فيتوجب على الحامل ضرورة الإسراع في الإخطار بسرقتها أو فقدانها بمجرد اكتشاف الواقعة، وإلا حمل جزء من المسؤولية ــ كما ذهب القضاء الفرنسي ــ لتأخره في اكتشاف فقدان البطاقة مما يفيد التقصير في المحافظة عليها[1].

أكثر من ذلك، فقد يقوم موظفي البنوك والمصارف والمؤسسات المالية المشاركة في أنظمة الدفع الإلكتروني من استغلال المعلومات الخاصة بالعملاء، حتى يتمكنوا من سحب أموالهم والتلاعب في حساباتهم المصرفية [2].

وقد يتعرض متصفح المواقع التجارية عند قيامه بدفع ثمن البضاعة أو مقابل الخدمة ببطاقته الائتمانية للقرصنة وسرقة الرقم السري الخاص بالبطاقة، وبالتالي إساءة استخدامها من طرف الغير.

ومن جانب آخر، قد يحدث نتيجة لعدم إلمام المستخدمين بالإجراءات الوقائية والتنظيمات القانونية لوسائل الدفع الإلكتروني، أن يقع العميل ضحية تعامله ببطاقة الائتمان مع التاجر، الذي قد يستولي على الرقم السري أو قد يتعرض العميل لأخطاء حسابية من التاجر تؤدي إلى اقتطاع نقدي من حسابه أكثر من المبلغ المدين به.

هذا وقد يتعرض العميل لتعطل أجهزة نظم الدفع أو البرامج التي تتحكم بها، مما يسبب خسارة النقود الرقمية إذا لم يحتاط العميل لذلك بضمان استعادته حسابه النقدي الإلكتروني.

ومن الجدير الإشارة إلى المشكل الذي قد يعترض الوفاء الإلكتروني، والمتعلق بالإثبات لأن التعامل يتم دون دعائم ورقية. فبالنسبة للمصرف فيستطيع إثبات أوامر الدفع والتحويل الإلكتروني عن طريق المراسلات الإلكترونية، أما أنظمة الدفع التي تعتمد على التوقيع الإلكتروني، فتشكل إثباتا لكل من العميل والتاجر مع اتجاه أغلبية الأنظمة إلى الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني.

(1) د عدنان إبراهيم سرحان : مرجع سابق، ص 258.

(2) محمد سعيد احمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 253.

ثانيا: الحلول القائمة للحد من المخاطر

إن ازدهار أي معاملة تجارية إلكترونية، رهين بتنظيم آمن وفعال لوسائل الدفع الإلكتروني، وعليه تحولت قضية تأمين نظم الوفاء الإلكتروني إلى أهم قضايا التجارة الإلكترونية. والهدف من التأمين هو مواجهة المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المصرفية الإلكترونية، لكسب ثقة أطراف المعاملة بأن يتحقق لكل طرف درجة مناسبة من اليقين والثقة، تدفعه نحو الانطلاق في استخدام التجارة الإلكترونية.

إن تنوع المخاطر الذي تتعرض لها نظم الدفع الإلكتروني، مثل سرقة أرقام بطاقات الائتمان أو أرقام الحسابات أو اكتشاف كلمة السر، واختراق البيانات وتغيير اسم المدفوع في الشيكات الإلكترونية أو المبلغ المحول إلى حساب بنكي، دفع أهل التقنية وأهل التشريع إلى إيجاد وسائل فنية وقانونية تعمل كحلول للحد من هذه المخاطر ومن بينها نجد:

ا – التشفير والبصمة الإلكترونية: يعد التشفير من وسائل حفظ سرية المعلومات وكذلك حماية النقود المتداولة داخل التجارة الإلكترونية، ويهدف إلى منع الغير من التقاط الرسائل والمعلومات، ومنع وصولها إلى أطراف المعاملة التجارية[1].

ويعرف بأنه:" استخدام مجموعة من التقنيات لحماية المعلومات[2]، بالاعتماد على رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بموجبها المعلومات المرسلة غير قابلة للفهم من قبل الغير". ويوجد نظامين للتشفير:

- التشفير المتماثل (المفتاح العام): و يقوم هذا النظام على استخدام نفس المفتاح في عملية التشفير وفك التشفير .
- التشفير اللامتماثل (المفتاح العام و الخاص): ويقوم على مفتاحين أحدهما عام معروف للجميع يستخدم للتشفير، والآخر خاص غير معروف إلا للموجه إليه ويستخدم لفك الشفرة.

ويعتمد التشفير على تغيير محتوى الرسالة أو المعلومات والبيانات السرية الخاصة، باستعمال مفتاح التشفير وذلك قبل إرسال الرسالة، على أن يكون لدى المستقبل القدرة على حل التشفير باستخدام العملية العكسية وبالتالي فتشفير البيانات يجعلها غير مفهومة لمن ليس لديه مفتاح حل التشفير.

وبالرغم من استعمال نوع واحد من التشفير يحقق درجة عالية من الأمان، إلا أنه صار من المألوف استخدام أكثر من مستوى للتشفير لضمان درجة أعلى من الأمان والحماية[3].

أما فيما يخص البصمة الإلكترونية للرسالة، فهي بصمة رقمية يتم اشتقاقها رياضيا من الرسالة وتتكون البصمة الإلكترونية للرسالة من بيانات لها طول ثابت تؤخذ من الرسالة المحولة ذات الطول المتغير

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص 203.

(2) **Lionel BOUCHURBERG :** Op.cit, p133.

(3) إبراهيم المنجي: مرجع سابق، ص 329.

إذ أن أي تغيير يحصل على الوقيعة الموقعة يتسبب في فشل عملية التحقق، وتقوم برمجيات المستقبل بتمويه محتوى الوثيقة لينتج عن ذلك بصمة إلكترونية للرسالة، فإن تطابقت القيمة المموهة للتوقيع الذي فكت شفرته مع القيمة المموهة للوثيقة، فهذا يعني أن الملف سليم و لم يتعرض لأي تغيير أثناء التحويل[1].

ب – بروتوكول الطبقات الأمنية ***SSL: (Secure Sockets Layer)*** هو بروتوكول للتشفير متخصص لنقل البيانات والمعلومات المشفرة بين جهازين عبر شبكة الانترنت بطريقة آمنة، بحيث لا يمكن لأي شخص قراءتها غير المرسل والمستلم (مستقبل الرسالة) لأن قوة التشفير يصعب فكها.

ويقوم هذا البرنامج بربط المشتري بجهاز الخادم الخاص بالموقع المراد الشراء منه، شريطة أن يكون هذا الخادم مزود بهذه التقنية، ويقوم هذا البرنامج بتشفير أي معلومة صادرة من المشتري باستخدام بروتوكول التحكم بالإرسال وبروتوكول الانترنت ***TCP/IP*** [2].

ج ــ بروتوكول المعاملات المالية الآمنة ***SET : (Secure Electronic Transactions)*** فيقوم هذا البروتوكول بضمان الحفاظ على أمن البيانات أثناء إجراء عمليات الدفع المالي[3]، خاصة الذي يتم بواسطة بطاقات الائتمان عبر شبكة مفتوحة مثل الانترنت فيوفر درجة تشفير عالية يصعب فكها.

وجدت هذه البروتوكولات كتطبيقات لتقنية حماية نقل المعلومات والبيانات، ولتوفير الأمن من أخطار التلاعب بحسابات المصارف وتزوير بطاقات الائتمان مما يوفر حماية للتعاملات الإلكترونية.

د ــ نظام الشهادة الإلكترونية: تدعيما لتقنيات التشفير أصبح لا غنى عن وجود جهة محايدة موثوق بها تتولى خدمات التوثيق الإلكتروني، كأحد الضمانات القانونية التي توفر الحماية والأمان للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

هذه الجهة تفعل دورها عن طريق إصدار ما يسمى" بالشهادة الإلكترونية " أو الوثيقة الرقمية وهي وثيقة إلكترونية تسمح بالتحقق من هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، وصحة تواقيعهم الإلكترونية حتى يطمئن الأطراف أن النفاذ إلى مواقع الويب والبيانات المتداولة وأوامر السداد والدفع والتواقيع الواردة عليها صحيحة.

يبقى أن نضيف، أن أي تطور جديد يخدم التعاملات التجارية الإلكترونية، لا بد أن يقابله تطور تشريعي ينظمه، وإن كانت الجهود التشريعية المبذولة لتنظيم التجارة الإلكترونية، قد اتجهت للاعتراف بالتواقيع الإلكترونية وإضفاء الصفة القانونية للمعاملات الإلكترونية، إلا أنها تعاني من القصور في تنظيم الدفع الإلكتروني، وهو عصب التجارة الإلكترونية الذي يحتاج إلى كثير من الموثوقية لنجاحها.

---

(1) د إبراهيم بختي: مرجع سابق،ص78.

(2) صليحة حاجي: مرجع سابق، ص 119.

(3) **Pierre REBOUL , Dominique XARDEL:** Op.cit, p163.

المبحث الثاني: تسوية منازعات التجارة الإلكترونية

قام الانترنت بتحديث المعاملات التجارية، فتحول شكل التجارة التقليدي إلى شكل جديد، وأصبحت تعرف بالتجارة الإلكترونية. ولأنها ترتبط بمستوى متقدم من التقنيات الخاصة، جذبت إليها جميع المهتمين بالنشاط التجاري، وأصبح هذا النوع من المعاملات ينمو بوتيرة سريعة، وينتشر في ظل التقدم الهائل في شبكات الاتصال الرقمية.

واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية الدولية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها، أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد، ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية؛ ونتج عن ذلك أن ثارت الكثير من التساؤلات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية. ولعل أكثرها إثارة للجدل القانوني مسألة تسوية منازعات التجارة الإلكترونية.

فالانترنت وضع العديد من الشركات والأفراد في حالة اتصال دائم، فزاد حجم التعاقدات الإلكترونية بحيث من المحتمل جدا أن لا تكون الأطراف المتعاقدة من نفس الدولة، وأن لا تتم المعاملات داخل نفس الإقلـــيم، وهو ما يجعل جل العقود التي تتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات تتسم بطابعها الدولي.

غير أن إبرام العقود التجارية عن بعد ودون الحضور المادي للمتعاقدين، ودون حدوث تفاوض كاف حول بنود العقد؛ أدى إلى ظهور العديد من المنازعات في المجال التعاقدي، بسبب الاختلاف حول المواصفات المطلوبة مثلا أو عدم الوفاء أو التأخر في التسليم.

وتعظم مشكلة منازعات عقود التجارة الإلكترونية تبعا لخصوصيتها، لأنها تتم في الغالب بين أطراف من دول مختلفة وجنسيات مختلفة وعبر مواقع إلكترونية يصعب تحديد مكانها بشكل دقيق. فهي تبرم في بيئة افتراضية وقد تنفذ من خلالها أيضا.

مما سبق تعترض التجارة الإلكترونية صعوبة مزدوجة حتى تتجاوز عقبة فض وتسوية ما ينشب بشأنها من منازعات قضائية:

الأولى مرتبطة بتحديد الجهة أو المنبر الذي يجري من خلاله تسوية المنازعات، أو ما يعرف بـــ الاختصاص القضائي، ويرجع سبب ذلك إلى الفضاء غير الملموس، والبيئة الإلكترونية التي يتم من خلالها التعامل محل النزاع وطبيعته الخاصة ﴿ المطلب الأول﴾.

والصعوبة الثانية تتجلى في تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التجارة الإلكترونية، والذي لا بد أن يستجيب لمقتضيات هذه التجارة القائمة على مرتكزات غير مادية ﴿ المطلب الثاني﴾.

المطلب الأول: الجهات المختصة بالنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

حتى لا تبقى حبيسة الأساليب التقليدية للتجارة، أظهرت الكثير من المنشآت التجارية قدرتها على التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية، خاصة بعدما أتاحت الشبكة سهولة إبرام العقود والصفقات بين المتعاملين في أماكن مختلفة من العالم. فالانترنت فتح آفاقا جديدة أمام المعاملات التجارية التي أصبحت تخترق الحدود والحواجز الإقليمية بين الدول بأسرع طريقة عرفها العصر.

وبالتالي أصبح واقع التجارة الإلكترونية لا يتقيد بالحدود الجغرافية التي تفصل بين الدول، مما جعلها مجالا خصبا لتنازع الاختصاص القضائي الدولي بمنازعاتها.

وإذ كان من الطبيعي تبني الحلول التقليدية لفض التنازع القضائي، حيث أن الأصل أن تتولى المحاكم المختصة وفقا لآليات التقاضي الفصل في الخصومات والمنازعات؛ غير أن استخدام هذه الآليات التقليدية يطرح تحديات عديدة عندما يتعلق الأمر بمنازعات التجارة الإلكترونية (الفرع الأول).

الأمر الذي استوجب البحث عن وسائل بديلة عن المحاكم التقليدية لحل المنازعات الناشئة عن استخدام الوسائط الإلكترونية في التعاقد، وتطوير أساليب تسوية النزاعات بما يتناسب مع خصوصية المعاملة الإلكترونية والشكل الجديد للتجارة؛ ومن هنا كان التحكيم الإلكتروني الوسيلة المناسبة لتحقيق هذا الغرض لأنه يماثل الآلية التي يتم بها التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني) .

الفرع الأول: اختصاص المحاكم بمنازعات التجارة الإلكترونية

بعد شيوع استخدام تقنيات المعلومات والاتصالات في إنجاز الأعمال التجارية، وإبرام العقود وتنفيذها أحيانا كان لابد من نشأة منازعات بين الأطراف. لكن هذه المنازعات في هذا العالم الافتراضي تتسم بطابعها الخاص، والذي يرجع أساسا إلى طبيعة البيئة الإلكترونية التي يجري من خلالها إنجاز التعامل محل النزاع، وقد يفضل البعض اللجوء إلى القضاء العادي لتسوية تلك المنازعات، لأنه نظام دائم ومستمر[1].

غير أن إعمال المعايير التقليدية لفض التنازع القضائي يثير الكثير من الصعوبات، ومرد ذلك أنها معايير مادية تقوم على روابط مكانية، لا تستجيب لطبيعة المعاملات الإلكترونية التي تقوم على معطيات غير محسوسة الأمر الذي حث بعض التنظيمات الإقليمية إلى إيجاد حلول ووضع بعض القواعد الجديدة في هذا الشأن. ومن أجل توضيح أكثر سنتناول تطويع ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية (أولا)، ثم الحلول المقترحة من التنظيمات الإقليمية (ثانيا).

---

(1) اللجوء إلى القضاء العادي هو الأسلوب الطبيعي والمعتاد، ولا يمكن إجبار أحد الخصوم على ترك هذا الأسلوب واللجوء إلى طريق آخر مثل التحكيم بدون رضا واتفاق متبادل. فالتحكيم مهما كانت مزاياه وأهميته ما زال في الواقع طريقا استثنائيا لا يمكن اللجوء إليه جبرا، وإنما يحتاج إلى اتفاق مسبق بين الطرفين، وهذا الاتفاق هو أساس سلطة المحكمين في الفصل في النزاع.

أولا: تطويع ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية

عند استقراء القوانين المنظمة لمعاملات التجارة الإلكترونية سواء الوطنية أو القوانين النموذجية، نجدها تخلو من تنظيم مسألة الاختصاص القضائي، وهو ما يعني وجود قصور وفراغ تشريعي واضح في تنظيم البنية القانونية اللازمة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، وتوفير مستلزمات انطلاق هذه التجارة على نحو يواكب التطور التكنولوجي الذي يعم العالم[1].

من هنا يبقى محسوما أمر الاستعانة بالمفاهيم التقليدية السائدة في القانون الدولي الخاص، باعتبارها الأدوات القانونية المتاحة التي يجب الرجوع إليها لتطويعها للعمل في ساحات هذه التجارة الحديثة. وفي هذا الشأن كل دولة تحدد بشكل مستقل في تشريعها الوطني ولاية محاكمها، وتحدد الدول اختصاص محاكمها بالفصل في المنازعات ذات الطابع الدولي استنادا إلى عدد من الضوابط العامة المعمول بها في مختلف النظم القانونية[2] ونورد فيما يلي أهم الضوابط وأكثرها شيوعا والتي يمكن اللجوء إليها في هذا الصدد.

ا – الضوابط العامة للاختصاص القضائي:

- **ضابط موطن المدعى عليه:** يعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ التي يقوم عليها كل من الاختصاص القضائي الدولي والاختصاص الداخلي (المحلي) للمحاكم، على أن المدعي هو الذي يسعى إلى المدعي عليه في محكمته ليقاضيه أمامها. وأساس ذلك، أن الأصل هو براءة ذمة المدعي عليه إلى أن يثبت المدعي العكس. ولاعتبارات العدالة، وحاجة المعاملات الدولية التي تقتضي توفير الرعاية للمدعى عليه بمقاضاته أمام محكمة موطنه، فإذا أبرم عقد دولي عبر شبكة الانترنت، سواء تعلق بسلع أو بخدمات؛ فليس هناك ما يمنع من إعمال القاعدة الأساسية في الاختصاص الدولي للمحاكم، ورفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو محل إقامته[3].
- **ضابط جنسية المدعى عليه:** جري العمل على اختصاص محاكم الدولة بالنظر في الدعاوي التي ترفع على رعاياها، بغض النظر عن موطنهم تأسيسا على ما للدولة من قدرة على كفالة آثار أحكامها في مواجهة

(1) د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص31.

(2) من المسلم به أن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي لا تنهض على أسس قانونية فحسب، بل قد يترسم المشرع الوطني أبعادا سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية عند وضع معايير لاختصاص المحاكم الوطنية بالمنازعات المتعلقة بالروابط القانونية ذات العنصر الأجنبي. ففي فرنسا تختص المحاكم الفرنسية بالنظر في الدعاوي التي يكون أحد أطرافها فرنسيا مدعي أو مدعى عليه، حتى ولو كان موطنه دولة أجنبية، وبصرف النظر عن نوع الدعوى، هذا الاختصاص المبني على الجنسية الوطنية لأحد أطراف الدعوى مبني على اعتبارات سياسية، في حين أن الاختصاص عندما يكون الأطراف جميعهم من الأجانب مبني على اعتبارات قانونية، أكثر تفصيل د عصام الدين القصبي: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، المجلد الرابع، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية في الشريعة والقانون، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المنعقد في 10– 12 مايو 2003، ص1632.

(3) هذا الضابط أخذت به العديد من التشريعات، منها التشريع المصري ومجموعة القانون الدولي الخاص التونسي والقانون الدولي الخاص السويسري1987 وقانون المرافعات الألماني 1986 والقانون الايطالي 1992.

المتـــمتعين بجنســـيتها.

وضابط الجنسية أخذ به المشـــرع الجزائري في المادتين 41 و42 من قانون الإجـــراءات المدنية والإدارية[1] فلم يخصص للاختصاص القضائي الدولي سوى هاتين المادتين، ويفهم من المادتين أن المحاكم الوطنية مختصة بالنظر فقط في الدعاوى التي يكون أحد أطرافها من الجزائريين، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، أما الدعاوى بين الأجانب فهي غير مختصة بالنظر فيها.

وتعتبر المادتين41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قواعد غير عادية للاختصاص، أما القواعد العادية للاختصـــاص فهي قواعد الاختصاص القضائي المحلي الداخلي، والتي يتم تمديدها إلى المجال الدولي فيكون الاختصاص منعقدا للمحاكم الجزائرية، كلما كان الضابط المعتمد في الاختصاص المحلي الداخلي موجودا في الجزائر. فإذا كان مثلا الضابط في الاختصاص المحلي الداخلي هو موطن المدعى عليه، وكان الضابط موجودا في الجزائر، فإن الاختصاص القضائي الدولي يكون معقودا للنظام القضائي الجزائري، أما إذا كان موجودا في الخارج فإن الاختصاص لا يكون معقودا له.

وتبنى المشرع الفرنسي نقل قواعد الاختصاص المحلي الداخلي للمجال الدولي، بحيث يعقد الاختصاص للقضاء الفرنسي مهما كانت جنسية أطراف الدعوى.

وبالنسبة للتشريع الجزائري فإن المادتين 37 و38 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هما اللتان يتم نقلهما إلى المجال الدولي، وعقد الاختصاص وفقهما للمحاكم الجزائرية في المنازعات ذات الطابع الدولي، كلما كان ضابط الاختصاص المعتمد عليه موجودا في الجزائر، وأيا كانت جنسية أطرافها[2].

ووفقا للمادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية التي تمثل قواعد غير عادية للاختصاص والمقابلتين للمادتين 14 و15 من القانون المدني الفرنسي، تكون المحاكم الجزائرية مختصة بالنظر في جميع الدعاوي التي يكون أحد أطرافها جزائريا. ويعتبر هذا الاختصاص كما هو واضح امتياز مقرر لصالح الجزائري سواء كان مدعي أو مدعى عليه[3].

ونشير في هذا السياق أن مجال تطبيق هذا الامتياز يقتصر فقط على الالتزامات التعاقدية، وهو ما يتضح جليا من خلال نص المادتين 41 و42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية المشار إليهما أعلاه.

---

(1) حيث نصت المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه:" يجوز أن يكلف بالحضور كل أجنبي، حتى ولو لم يكن مقيما في الجزائر أمام الجهات القضائية الجزائرية لتنفيذ الالتزامات التي تعاقد عليها في الجزائر مع جزائري.

كما يجوز أيضا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين".

وجاء في المادة 42 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه:" يجوز أن يكلف بالحضور كل جزائري للجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي حتى ولو كان مع أجنبي".

(2) د محي الدين جمال: تنازع الاختصاص القضائي الدولي المواد 10 و11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس، 2011، ص 74.

(3) المرجع السابق، ص 79.

- **ضابط مكان إبرام العقد وتنفيذه:** يمكن كذلك عقد الاختصاص الدولي للمحاكم الوطنية في مادة منازعات عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، استنادا إلى ضابطي محل إبرام ومحل تنفيذ هذه العقود. ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية تبرم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان أو غائبين في الزمان والمكان، فإن تحديد مكان إبرام العقد يتم وفقا للمعايير المتبعة في هذا الصدد.

غير أنه يمكن أن تختص المحاكم في دولة تنفيذ العقد بصرف النظر عن مكان إبرامه. ويرجع تحديد معنى تنفيذ الالتزامات العقدية إلى قانون القاضي؛ بحسبان أن الأمر يتعلق بتفسير إحدى قواعد الاختصاص الوطنية، ويسترشد القاضي في ذلك بنية الأطراف وطبيعة العقد والعادات التجارية[1].

- **ضابط الاختصاص القضائي القائم على الخضوع الإرادي أو الخضوع الاختياري:** درجت التشريعات على الاعتراف لأطراف الخصومة بمكنة تحديد محكمة بعينها لنظر النزاع القائم بينهم. يتوافر هذا الفرض في غالب الأحيان في مرحلة سابقة على قيام الخصومة، لكن في أحيان أخرى يوجد بعد نشوء النزاع، وهو اتفاق الخصوم على قبول ولاية قضاء الدولة حتى ولو لم تكن محاكمها مختصة بالنظر في النزاع أصلا، وفقا لأي من ضوابط الاختصاص الدولي الأخرى المقررة في قانونها وقد يكون هذا الخضوع صريحا أو ضمنيا.

فالاتفاق الصريح يتضمنه عقد مكتوب بين الخصوم، بمقتضاه يحدد الاختصاص لقضاء دولة معينة. أما الاتفاق الضمني، كأن يرفع أحد الخصوم دعواه أمام جهة قضائية لدولة معينة دون أن يعترض خصمه على عدم اختصاصها.

وقد استقرت معظم التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية على مبدأ حرية الأطراف في اختيار المحكمة المختصة[2]، لكن هذا الاختيار ليس على إطلاقه، بل مقيد ببعض الشروط حتى يكون له أثره من بين هذه الشروط جدية ارتباط النزاع بإقليم المحكمة التي اتفق الأطراف على عقد الاختصاص لها وهذا الشرط يتأسس على ضمان حسن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة من هذه

---

(1) د أحمد الهواري: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلد الرابع، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية في الشريعة والقانون المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المنعقد في 10ـ 12 مايو 2003، ص 1649.

(2) لما كانت قواعد الاختصاص القضائي الدولي في الجزائر كما رأينا هي امتداد لقواعد الاختصاص المحلي الداخلي، فهي من ثم ليست من النظام العام، ويمكن بالتالي الاتفاق على مخالفتها. فيصح الاتفاق على سلب الاختصاص عن القضاء الجزائري رغم اختصاصه، أو على جلب الاختصاص له على الرغم من عدم اختصاصه، فيجوز إذا ما كان القضاء الجزائري مختصا بالنظر في النزاع، للخصوم الاتفاق على عرضه على قضاء دولة أجنبية أخرى، كما يجوز العكس، القضاء الجزائري غير مختص ولكن الخصوم يتفقون على عرض النزاع عليه.

كما اعترفت بحرية الأطراف في اختيار الاختصاص القضائي العديد من التشريعات مثل القانون الروماني لعام 1992، والقانون الايطالي 1995 والقانون الفنزويلي 1998، وكذا اتفاقية بروكسل بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام في المواد المدنية والتجارية بين دول الاتحاد الأوروبي لعام 1968، ولائحة الاتحاد الأوروبي رقم 144 الصادرة من المجلس في 22 ديسمبر 2000 المتعلق بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المجالين المدني والتجاري، مشار إليه لدى د عادل أبو هشيمة محمود حوتة: مرجع سابق، ص 333.

المحكمة. كما لا بد أن لا ينطوي الاتفاق على غش، فيجب أن يكون الاتفاق صحيحا وسليما. وهناك شرط بديهي بأن لا تكون المحكمة المختارة مختصة أصلا بنظر النزاع، فلو اتفق الأطراف على الخضوع لولاية قضاء معين، وكان هذا القضاء مختص أصلا طبقا لأحد الضوابط العامة للاختصاص، فإن الاتفاق يكون عديم القيمة.

بعد عرض مختلف الضوابط العامة، يبقى السؤال حول مدى ملائمة ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية؟

ب – مدى ملائمة ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية لفض المنازعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية

بالنسبة لضابط الاختصاص الأول والمتعلق بموطن المدعى عليه، يجب التوقف عند هذا الضابط في مجال عقود التجارة الإلكترونية، نظرا للعديد من الصعوبات التي يمكن أن تواجه المدعي عند رفع دعواه. من أهمها تعذر تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه، فإذا كان من الممكن تحديد ذلك إذا ما أبرمت عقود التجارة الإلكترونية بوسائل إلكترونية كالهاتف والفاكس والتلكس، حيث يتم تحديد المكان من خلال الرقم الكودي إلا أنه من غير الممكن تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه، إذا تم إبرام العقد مثلا من خلال الموقع الإلكتروني؛ فقد لا يكون العنوان الإلكتروني مرتبط ببلد معين، مثل العناوين التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـــ ***(.com)*** أو ***(.org)*** .

كما يصعب التأكد من أن البيانات التي يدليها المتعامل بالانترنت، والخاصة ببياناته الشخصية من الاسم واللقب والموطن وخلافه، سواء كان هذا الأخير مستهلكا أو تاجر، حيث أن منح العناوين الإلكترونية قد لا يعتمد على توطين حقيقي لأصحابها.

أمام هذه الصعوبات، دعا الأستاذ ***J.P.Ballow*** إلى عدم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإلكتروني، لأنها مفاهيم مادية، ولا توجد مادية ملموسة في العالم الإلكتروني. لذا فمن الضروري الاستناد إلى فكرة الموطن الافتراضي، لأن الموطن الحقيقي المكاني الملموس ليس له أي قيمة في عالم شبكات الاتصال الحديثة[1].

مما سبق يتضح عدم إمكان تطبيق ضابط الاختصاص المتعلق بموطن المدعى عليه بصورته التقليدية دون تعديل على عقود التجارة الإلكترونية، لأن هذا الضابط يعتمد على التركيز المكاني، الذي لا تعترف به عقود التجارة بشكلها الحديث[2].

---

(1) د عادل أبو هشيمة محمود حوتة: : عقود خدمـــــات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية،2005، ص 331.

(2) في محاولة منه لمواجهة الصعوبات التي نوجدها الضوابط التقليدية للاختصاص القضائي في مجال العقود الدولية عند تطبيقها على المعاملات الإلكترونية في مجال العقود التجارية، يقترح د عادل أبو هشيمة محمود حوتة في مرجعه السابق، أن يوضع شرط في عقود التجارة الإلكترونية يلزم الطرفين بالإدلاء بجميع البيانات الشخصية المتعلقة بهما، ومنها العنوان الجغرافي، وفي حالة عدم الالتزام بهذا الشرط، فعلى الطرف الآخر إذا حدث نزاع أن يرفع دعواه أمام محاكم موطنه أو محل إقامته.

أما بالنسبة للمعيار الثاني والمتعلق بالجنسية، فلا يقل تطبيقه في مجال عقود التجارة الإلكترونية صعوبة عن سابقه. ومرد ذلك إلى طبيعة هته العقود، التي تتسم بغياب التواجد المادي لطرفي العقد لحظة إبرامها؛ الأمر الذي يجعل التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين ليس بالسهولة نفسها في مجال التعاقد عبر الإنترنت مقارنة بالمجال التقليدي للتعاقد[1]، وبالتالي يصعب التأكد من جنسية الأطراف المتعاقدة.

وعن ضابط مكان إبرام العقد وتنفيذه، فصعوبته تتجلى في العقود التي تبرم وتنفذ بطريقة افتراضية في عالم الشبكات، كما لو تم تقديم الاستشارات عبر الانترنت؛ أو قام مشتري سلعة بالدفع إلكترونيا عن طريق تقديم بطاقة الائتمان الخاصة ورقمها الإلكتروني إلى البائع، أو شراء برنامج من موقع ما وتنزيله مباشرة[2]، الأمر الذي يتعذر معه تحديد دقيق لمكان إبرام العقد وتنفيذه.

وفي الأخير وبالنسبة لضابط الاختصاص القضائي القائم على الخضوع الإرادي أو الخضوع الاختياري حيث يتم الاتفاق على ولاية محكمة معينة اتفاقا صريحا أو ضمنيا، فيطرح الإشكال التقليدي في عقود التجارة الإلكترونية المتعلق بكيفية التحقق من جدية هذا التعاقد وإثباته؛ وصعوبة التحقق من سلامة الإرادة المعبر عنها أو التأكد من الأهلية الكاملة لإبرام التصرفات القانونية، أو تعذر الرجوع والوصول إلى شرط الاتفاق على الاختصاص القضائي، إذا ما حدث تغيير في محتوى ومضمون الرسالة في حالة الاختراق.

بشكل عام، نخلص إلى أن إعمال الضوابط العامة للاختصاص القضائي على عقود التجارة الإلكترونية يصطدم بالكثير من العقبات، لأن هته الضوابط تعتمد على مرتكزات مكانية أو جغرافية، لا تناسب التجارة الإلكترونية التي تعتمد على الاتصال الإلكتروني بين المواقع على شبكات الانترنت، بدون تحديد للتواجد المادي للخصوم. فطبيعة القنوات التي تجري من خلالها معاملات التجارة الإلكترونية معنوية غير ملموسة، لا تسمح بتركيزها تركيزا مكانيا أو جغرافيا على النحو المألوف[3].

فضلا عما سبق، ولما كان من المستقر قانونا أن القاضي لا يملك سلطة الأمر خارج الحدود الإقليمية لدولته وفي مجال معاملات التجارة الإلكترونية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية، فلا تملك المحكمة السلطة القضائية لتنفيذ الحكم في دولة أجنبية، بل لا بد من مساعدة السلطات الأجنبية في ذلك؛ وحيث تختلف النظم القانونية في الشروط المطلوبة لتنفيذ الأحكام الأجنبية، وفي خضم هذه الإجراءات يبقى صاحب الحق حبيس حق يتعذر الحصول عليه[4].

---

(1) يمنع على التجار بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم، لأن ذلك يخالف القانون الخاص بحماية المعلومات المتعلقة بالحريات الشخصية، وهذا يتفق مع التوجيه الأوروبي الصادر في 24 أكتوبر 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود.

(2) د أحمد الهواري: مرجع سابق، ص 1649.

(3) د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص37.

(4) نفس المرجع، ص 38.

ثانيا: الحلول المقترحة من التنظيمات الإقليمية

بهدف تحقيق التكامل، يجري تطوير القانون الأوروبي من خلال الأدلة التوجيهية، وإبرام اتفاقيات بين الدول الأعضاء، ومن خلال الأوامر التشريعية والتعليمات، وهو ما يمثل الانسجام القانوني في الاتحاد الأوروبي. وأمام الآثار الجديدة لعصر المعلومات وما تطرحه من مسائل قانونية، ومن ضمنها مسألة الاختصاص القضائي في منازعات التجارة الإلكترونية، سعى الاتحـــاد الأوروبي إلى وضح حلول فعالة تتماشى وطبيعة المعاملات الرقمية، عن طريق إصدار الأدلة التوجيهية وتعديل الاتفاقيات القائمة، وسنتعرض لهذه الحلول تباعا.

ا – التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وخاصة التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية[1]: يستهدف هذا التوجيه تيسير معاملات التجارة الإلكترونية في الأســـواق الداخلية، وتحقيق التكامل أو الاندماج القانوني بين الدول الأعضاء، لغرض إنشاء منطقة حقيقية لخدمات مجتمع المعلومات بدون حدود جغرافية. وفي سياق تسوية منازعات التجارة الإلكترونية أورد هذا التوجيه حكمين:

- أنه لا يستهدف وضع قواعد إضافية بشأن تنازع القوانين أو اختصاص المحاكم، لأن هذه المسائل تبقى محكومة بقواعد القانون الدولي الخاص[2].
- يلزم التوجيه الأوروبي الدول الأعضاء بإزالة العوائق التشريعية التي تحول دون استخدام بدائل تسوية المنازعات خارج المحاكم، أي تسويتها عبر القنوات الإلكترونية[3].

لكنه من جانب آخر، ليس هناك ما يمنع الأطراف من اللجوء إلى آلية سريعة لوقف الاعتداء على حقوقهم ومصالحهم، حيث ألزم التوجيه الدول الأعضاء برقابة تقيد موردي خدمات المعلومات بشروط مزاولتهم لأنشطتهم على أقاليمها الواردة في التوجيه وفي الأنظمة القانونية المحلية، وخصوصا فيما يتعلق بالاختصاص القضائي.

وقد اتخذ التوجيه مكان مباشرة النشاط، ضابطا لتحديد المحاكم المختصة بإصدار الأوامر والتدابير ضد موردي خدمات المعلومات[4].

---

(1) التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الخاص ببعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات وخاصة التجارة الإلكترونية في السوق الداخلية أقر في 08 يونيو 2000 ونشر في الجريدة الرسمية الأوروبية بتاريخ 17 يونيو 2000، وقد أعلن أن الهدف الأساسي من نشر هذا التوجيه هو جني ثمار الاقتصاد الجديد وتقوية السوق الداخلية.

(2) تنص المادة (4/1) على أن "لا ينشئ هذا التوجيه قواعد إضافية بشأن القانون الدولي الخاص أو يناقش مسألة اختصاص المحكمة".

وقد تم شرح هذه المادة في النقطة 23 من ديباجة التوجيه بأنه:" لا يهدف هذا التوجيه إلى إنشاء قواعد إضافية تتضمن تعقب منهج ما بشأن القانون الدولي الخاص فيما يتعلق بتنازع القوانين، أو اختصاص المحكمة، ويجب ألا تقيد أحكام القانون الواجب التطبيق التي تضعها قواعد القانون الدولي الخاص الحرية في تقديم الخدمات المعلوماتية كما هو مقرر في هذا التوجيه".

(3) د أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية،النسر الذهبي للطباعة، 2003، ص22.

(4) نفس المرجع، ص25.

ب – اتفاقية بروكسل في 27 سبتمبر 1968: حققت اتفاقية بروكسل لعام 1968 حرية التبادل وانتقال القرارات القضائية. وأصبحت هذه الاتفاقية نافذة منذ عام 1988 بموجب اتفاقية لوجانو[1]، وقد مثلت هذه الاتفاقية أحد ركائز تكامل الاتحاد الأوروبي.

وفي محاولة لوضع حلول للمسائل التي تثيرها التجارة الإلكترونية، وبشكل خاص مسألة تحديد الاختصاص القضائي، تم تعديل الاتفاقية المتقدمة بمقتضى القرار اللائحي رقم 2001/44؛ وقد أورد هذا التعديل تحديدا وثيقا لأحد ضوابط الاختصاص القضائي في عقود البيع والخدمات المبرمة عن بعد[2]، ضمن قاعدة عامة يتحدد بها الاختصاص القضائي، ترد عليها استثناءات فيما يتعلق بمنازعات عقود المستهلكين.

فالقاعدة العامة التي يتحدد بموجبها الاختصاص القضائي، وذلك في غياب اتفاق الأطراف حول تحديد المحكمة المختصة، هي أن الاختصاص يؤول لمحكمة الدولة التي يقع فيها موطن المدعى عليه، هذا إذا كان موطنه في إحدى الدول المتعاقدة. أما إذا لم يكن مقيما في إحداها، فتحديد المحكمة المختصة يخضع للقانون الداخلي للمحكمة المطروح أمامها النزاع. ويسري نفس الحكم بالنسبة للشركات غير المؤسسة في إحدى الدول المتعاقدة، أو التي لا يوجد بها فرع أو وكالة، وفي الحالة الأخيرة يؤول الاختصاص بنظر الدعوى للقوانين الداخلية للدول المتعاقدة[3].

وهناك حالات خاصة يعطى فيها للمدعي الاختيار بين محكمة موطن المدعى عليه أو محكمة أخرى، فمثلا في المواد العقدية، يكون الاختيار بين محكمة موطن المدعى عليه، وبين محكمة المكان الذي جرى فيه تنفيذ الالتزام أو كان واجبا تنفيذه فيه. وقد أشار تعديل الاتفاقية إلى أن مكان تنفيذ الالتزام في عقود البيع هو المكان الذي يجري فيه تسليم المبيع، ما لم يتفق الأطراف على مكان غيره؛ أما مكان تنفيذ الالتزام في عقود الخدمات مثل الوكالة والتوزيع فالمكان الذي يمارس فيه الوكيل أو الموزع نشاطه، هو المكان الواجب أداء الخدمات فيه ما لم يتفق الأطراف على غيره.

وعند تطبيق هذه الأحكام على عقود التجارة الإلكترونية، فلا يثار أي إشكال إذا كان المبيع يقبل التسليم المادي، معناه أن يكون المبيع مما يجري تسليمه بالمناولة المادية، لكن الصعوبة تثار بالنسبة للمعاملات التي يتم إنجازها بالطرق الإلكترونية، وكذلك بالنسبة لعقود أداء الخدمات عبر الانترنت؛ ففي هذه الحالة، إذا لم يتم الاتفاق حول تحديد مكان تنفيذ الالتزام في العقد، يتوزع الاختيار ما بين مكان تواجد مورد الخدمة ومكان تواجد متلقيها[4].

---

(1) أبرمت بروكسل في عام 1968 بين دول الجماعة الأوروبية الاقتصادية، وامتد تطبيقها إلى الدول الأعضاء في الجمعية الأوروبية للتجارة الحرة بمقتضى اتفاقية لوجانو المبرمة في 16 ماي 1988.

(2) د أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص27.

(3) نفس المرجع، ص25.

(4) المرجع السابق، ص31.

أما الاستثناء الذي يرد على القاعدة العامة التي يتحدد بموجبها الاختصاص القضائي فيتعلق بعقود المستهلكين[1]، حيث أنه ونتيجة لانتشار معاملات التجارة الإلكترونية، تمت إعادة النظر في نص المادة 13 من اتفاقية بروكسل الخاصة بحماية المستهلكين، ففي حالة عدم وجود اتفاق بين طرفي العقد، فللمستهلك الحق في رفع دعواه أمام محكمة موطن المورد ـــ المتعاقد معه ـــ أو أمام محكمة محل إقامته.

أما بالنسبة للمتعاقد مع المستهلك الذي يرغب في رفع الدعوى عليه، فإن المحكمة المختصة بها هي محكمة موطن المستهلك.

ويشترط من أجل تطبيق هذا الاستثناء:

- أن يتعلق العقد بالسلع والخدمات.
- وأن يسبق إبرامه إعلان في دولة المستهلك بدعوته إلى التعاقد.
- وأن يجري اتخاذ خطوات التعاقد في البلد الذي يوجد فيه موطن المستهلك.

وعن تحقق هذه الشروط في عقود التجارة الإلكترونية، فيثار التساؤل فيما يتعلق بالإعلان الإلكتروني إذا كان يتحقق به الشرط الثاني، على اعتبار أن الإعلان على الانترنت يكون مفتوحا للجميع، إلا إذا حدد صاحبه بأنه موجه إلى المقيمين في دولة معينة. فضلا عن صـــعوبة تحقق الشرط الثالث إذا كان المقصود به مكان الانعقاد[2].

وعليه فالمستهلك بحاجة إلى الحماية لأنه في موقف ضعف، حيث أن المورد هو الذي حثه من خلال الإعلان على الانترنت، ولأن هذا الأخير يوجه أنشطته إلى دولة المستهلك، فعليه أن يتحمل تكلفة الانتقال إلى محاكم الدولة التي وجه أنشطته إليها.

يبقى أن نضيف أنه لا يجوز الخروج على قواعد الاختصاص السابقة، إلا باتفاق لاحق على نشأة النزاع شريطة أن يفرغ في قالب كتابي.

نخلص من خلال ما تقدم، أن الضوابط العامة للاختصاص القضائي تعجز عن تغطية معاملات التجارة الإلكترونية، مما يستوجب البحث عن طريقة أكثر ملائمة للوسط الافتراضي، وهو ما سنبينه في الفرع التالي.

---

(1) الهدف من تخصيص هذا الاستثناء بعقود المستهلكين، يتمثل في حماية العاقد الضعيف في مجال الاختصاص القضائي، حيث تختلف الضوابط المستخدمة لتحديد المحكمة المختصة في عقود المستهلكين عن الضوابط المستخدمة بالنسبة للعقود بوجه عام. فمن الصعب عمليا أن يقاضي المستهلك المدعى عليه في دولته، والذي يكون في الغالب هو المنتج أو الموزع أو البائع للسلعة أو مقدم الخدمة, أما المستهلك فيكون غالبا هو المدعي لأنه يضار من السلعة أو المنتج الذي حصل عليه. ولعل القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987،كان صريحا في نص المادة 114 منه على قواعد تسمح للمستهلك يرفع دعواه على المورد أمام محكمة موطنه الأول أو محل إقامته، خلافا للأصل العام الذي يعقد الاختصاص لمحكمة موطن المدعى عليه أو محل تنفيذ الالتزام، إذا لم يكن للمدعى عليه موطن في سويسرا، بل إن هذه المادة قد ذهبت, في سبيل تأكيد الحرية للمستهلك والعمل على كفالة حمايته، إلى عدم فاعلية شرط الخضوع الاختياري للمحاكم, فقررت أنه لا يسوغ للمستهلك أن يتنازل مقدما عن اختصاص محكمة موطنه أو محل إقامته العادية، فلا يسمح هذا القانون للمستهلك بالتنازل مقدما عن حقه.

(2) د أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص34.

الفرع الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

لما كان اللجوء إلى الطريق القضائي كمنبر لحل منازعات التجارة الإلكترونية، لا يخلو من الصعوبات لأنه لا يتفق إلى حد ما ومتطلبات التعامل التجاري الجديد؛ فلا حاجة لتبرير التوجه إلى وسائل إلكترونية بديلة أكثر سرعة وأكثر فعالية، توفر حل النزاع باستخدام نفس تقنية إبرام التعامل محل النزاع.

وتعرف الأساليب أو الوسائل البديلة لفض المنازعات بأنها الطرق غير القضائية لحل النزاع، حيث يتم رفع النزاع والفصل فيه خارج المحكمة[1]، وتشمل هذه الوسائل: التحكيم، الوساطة، المفاوضات المباشرة [2].

ويعد التحكيم أكثر هذه الآليات ذيوعا وفعالية لتسوية منازعات العقود التجارية الدولية، لما يتمتع به من ذاتية واستقلالية الأمر الذي رشحه ليكون الوسيلة المناسبة لتسوية منازعات عقود التـــجارة الإلكترونية شريطة أن يتم بأسلوب يتلاءم ويتماشى مع طبيعة هذه المعاملات التي تتم عبر شبكات الاتصال، فكان نتاجا لذلك أن ظهر التحكيم الإلكتروني، وعليه سنتطرق لماهيته وخصائصه (أولا)، ثم الآلية التي يقوم عليها (ثانيا).

أولا: ماهية التحكيم الإلكتروني

يعد التحكيم من بين الوسائل التي يتم الرجوع إليها لحسم الخلافات التي تنشب بين الأطراف المتعاقدة في مجال التعاملات التجارية الدولية. واستجابة لرواج المعاملات التجارية بشكلها الإلكتروني الجديد، أوجد الحاجة الماسة لتطوير آلية التحكيم بما يتناسب مع الطريقة التي نجمت عنها الخلافات بين المتعاقدين في عقود التجارة الإلكترونية القائمة على السرعة والدعائم غير المادية؛ وبالتالي ظهر الشكل الجديد للتحكيم وهو التحكيم الإلكتروني أو ما يعرف بالتحكيم على الخط أو التحكيم الشبكي أو التحكيم الرقمي، وقبل بيان آلية عمل هذا النظام لنا أن نبين مفهومه وخصائصه.

<u>ا – تعريف التحكيم الإلكتروني</u>: يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه:" نظام قضائي من نوع خاص، يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد، لتعيين شخص أو عدة أشخاص لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف" [3].

---

(1) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004، ص 160.

(2) الوساطة من أساليب فض النزاعات الودية وهي عبارة عن قبول الأطراف العمل مع وسيط محايد لحل النزاع القائم، وتتم الوساطة من خلال شبكة الانترنت، بقيام أحد الأطراف بتعبئة الطلب المخصص على موقع المركز الإلكتروني؛ وبعد قبول الطلب من المركز يخطر الطرف الثاني مدعوما بطلب جواب حول الرغبة في فض النزاع من خلال الوساطة، في حالة الرفض تنتهي الإجراءات. أما في حالة الموافقة فيقوم هذا الطرف بدوره بتعبئة النموذج المخصص ويعرض المركز على الطرفين قائمة بأسماء الوسطاء لاختيار أحدهم، ثم تتم مناقشة النزاع من خلال جلسات الوساطة حتى يتم اتفاق التسوية النهائي. أما المفاوضات المباشرة فتعتبر أيضا من بين وسائل فض المنازعات عن بعد، حيث يقوم الأطراف بالاتصال مباشرة من خلال الهاتف أو صفحة خاصة بفض المنازعات وبالتالي يتم التفاوض للوصول إلى حل للنزاع.

(3) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص366.

ويعرف كذلك بأنه:" نظام خاص للتقاضي، ينشأ من الاتفاق بين الأطراف عبر الوسائل الإلكترونية المتاحة والمحمية، على العهدة إلى هيئة التحكيم ومن خلال الوسائل الإلكترونية، بمهمة الفصل في المنازعات القائمة بينهم، ويصدر حكم الهيئة وبذات الوسائل الإلكترونية، وضمن نظام بيانات يوفر حماية كافية لسرية البيانات الخاصة بالعملية التحكيمية"[1].

كما عرف:" بالتحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية، ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين". وأيضا بأنه:" ذلك التحكيم الذي يتم بموجبه اتفاق الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت بوسائل إلكترونية، إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة ومستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وباستخدام وسائل اتصال حديثة، تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي"[2].

يتضح من خلال التعريفات السابقة، أن التحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة أو الأدوات التي يتم استخدامها لإتمام مختلف مراحل العملية التحكيمية، بداية بالاتفاق عليه الذي يتم بصورة إلكترونية دون الحاجة للحضور المادي للأطراف؛ مرورا ببقية إجراءاته كتبادل المستندات والوثائق الإلكترونية، وصولا إلى صدور الأحكام، والتي قد يحصل عليها ذوي الشأن بطريق إلكترونية محمية باستخدام التوقيع الإلكتروني.

ويعتبر اتفاق التحكيم هو جوهر التحكيم الإلكتروني[3]، الذي يتم اللجوء إليه لتسوية المنازعات التي تثور بين الأطراف، وقد يأخذ هذا الاتفاق صورتين:

- فإما أن يتخذ صورة شرط يتضمنه العقد الأساسي، يفيد إخضاع المنازعات الناشئة عنه للتحكيم وهو ما يطلق عنه اصطلاح " شرط التحكيم ".
- أو قد يلجأ أطراف النزاع في وقت لاحق، إلى الاتفاق على التحكيم للفصل فيه بشكل مستقل عن العقد وهو ما يسمى بـ" مشارطة التحكيم "[4].

ويتحدد الفرق بين الصورتين، فقط في أن شرط التحكيم يكون سابقا على النزاع، لأنه بند في العقد محل

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007، ص 296.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2008، ص248.

(3) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: مرجع سابق، ص 362.

(4) وقد نظم المشرع الجزائري التحكيم بموجب نصوص الكتاب الخامس من القانون رقم 08ـ 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وعرف كل من شرط التحكيم ومشارطة التحكيم كما يلي:

تنص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بأن: "شرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف في عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 أعلاه، لعرض النزاعات التي قد تثار بشأن هذا العقد على التحكيم ".

وعرفت المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية اتفاق التحكيم بأنه :" اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على التحكيم ".

النـــزاع، أما مشارطة التحكيم فتكون طبعا بعد إبرام العقد إما قبل أو أثناء التراع .

وسواء اعتمد التحكيم في شكل شرط أو مشارطة، فهل يجب أن يكون اتفاق التحكيم الإلكتروني مكتوبا ؟

لقد نصت الكثير من التشريعات على ضرورة اشتراط الكتابة في التحكيم، فنص المشرع الجزائري في المادة 1039 من القانون رقم 08ـ 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية:" يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

كما نصت على ذلك المادة 12 من قانون التحكيم في المادة المدنية والتجارية المصري على أنه:"يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ...".

وفي القانون السويسري نجد المادة 178 من القانون الدولي الخاص ونصها :" فيما يتعلق بالشكل أو الصيغة يعتبر اتفاق التحكيم صحيحا إذا تم كتابة أو عن طريق البرق أو التلكس أو الطابعات عن بعد، أو أي وسيلة أخرى للاتصال يمكن إثباتها من خلال النص المكتوب".

وتم تعديل قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي في 28 أوت 2000 حيث أقرت المادة 1/5 منه: صلاحية اتفاق التحكيم طالما أن ذلك يظهر في المستند [1].

أما فيما يخص الاتفاقيات الدولية، فنجد اتفاقية نيويورك 10 جوان 1958 بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين الأجنبية وتنفيذها في نص المادة 1/2 تستلزم أن يكون الاتفاق مكتوبا[2]، واشترطت لتنفيذ حكم التحكيم أن يكون مع الأطراف أصل الاتفاق الذي يتضمن اتفاقهم على اللجوء للتحكيم.

واتجهت في نفس الاتجاه من حيث المبدأ، اتفاقية جنيف للتحكيم التجاري الدولي في 1961 بأن يتم إثبات اتفاق التحكيم بالشكل الخطي، ولكنها سمحت بأن يتم الاتفاق بغير ذلك، إذا كان المتعاقدان أو أحدهما ينتمي إلى دولة لا توجب الاتفاق الكتابي، أو إذا ابرم الاتفاق وفقا لقوانين هذه الدولة [3].

من خلال استقراء النصوص السابقة، نجدها أجمعت فيما بينها على وجوب تحقق شرط الكتابة الخطية لاتفاقية التحكيم، لكن التساؤل الذي يثار فيما يتعلق بالتحكيم الإلكتروني يخص الكـــتابة الإلكتـــرونية وما مدى الاعتراف بها لتحقق الشرط؟

تتطلب ذاتية التحكيم الإلكتروني أن يتم بوسائل إلكترونية، ومن ثم فمن الطبيعي جدا أن يكتب اتفاق التحكيم بشكل إلكتروني، وبالرجوع لاتفاقية نيويورك لعام 1958 حيث تنص المادة 2/2 :"على أن شرط كتابة التحكيم يتحقق إذا ورد في عقد أو في اتفاق موقع عليه من أطرافه أو تضمنه خطابات أو برقيات متبادلة

(1) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: مرجع سابق، ص 372.

(2) **Patrick THIEFFRY:** Op.cit, p222.

(3) محمد سعيد احمد إسماعيل: مرجع سابق، ص369.

يتبين من خلال النص المتقدم، أنه في وقت إبرام الاتفاقية لم يكن بالوسع تخيل اتفاق تحكيم قد يتم بواسطة البريد الإلكتروني مثلا لأنها لم تكن معروفة، لكن الاتفاقية اعتمدت الوسائل والتقنيات المستعملة في تلك الفترة من الزمن، والمتمثلة في الخطابات أو الرسائل البريدية والبرقيات؛ ومن هنا يمكن لنص الاتفاقية أن يترجم قياسا على البرقيات لاحتواء أي اتفاق تحكيم يتم بالطرق التكنولوجية الحديثة كالبريد الإلكتروني مثلا [1].

ومن جهة أخرى قد جاء في القانون النموذجي التجاري الدولي لسنة 1975 بشأن التحكيم التجاري الدولي بموجب المادة السابعة الفقرة الثانية أن:"شرط الكتابة يتحقق في أي وثيقة موقعة بين الطرفين أو في تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال السلكي واللاسلكي، ما دامت توفر تدوينا أو تسجيلا للاتفاق "[2]، فالنص بهذه الصياغة قد أتاح إمكانية تحقق شرط الكتابة في تبادل البيانات إلكترونيا [3].

وأيضا كان نتيجة لتأثر القوانين الحديثة بأساليب التعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، رد فعل ايجابي انعكس من خلال تجاوز عقبة الشرط الكتابي الخطي، حيث تضمنت التشريعات الوطنية الحديثة في النصوص الخاصة بالتحكيم، تحقق شرط الكتابة في اتفاق التحكيم الذي يتم في صورة تبادل بيانات إلكترونية، والتي تدخل ضمن مفهوم وسائل الاتصال الحديثة.

وهو ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثانية:" يجب من حيث الشكل وتحت طائلة البطلان أن تبرم اتفاقية التحكيم كتابة، أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة".

وقد أشار المشرع الألماني في قانون التحكيم لعام 1997، إلى أن اتفاق التحكيم يجب أن يكون واردا في وثيقة موقعة أو تبادل للرسائل أو فاكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي توفر تدوينا للاتفاق

كما أجاز قانون التحكيم الانجليزي لعام 1996 أن يكون اتفاق التحكيم مدونا بأية وسيلة.

ومن جانب القضاء، فقد أقر القضاء الأمريكي بشكل واضح مشروعية شرط التحكيم الموجود في الشروط العامة لعقد التخصيص المبرم إلكترونيا، واعتبر الشرط يتماثل والشرط المبرم بالطرق التقليدية التي نصت عليها المادة الثانية من قانون التحكيم الفدرالي الأمريكي [4].

نخلص إلى أنه، لا خلاف في أن معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية المنظمة للتحكيم استلزمت كتابة اتفاق التحكيم كشرط لصحته. واستجابة لمقتضيات التجارة الإلكترونية، اتجهت التشريعات الحديثة نحو الاعتراف بمشروعية الكتابة الإلكترونية في تحرير بنود التحكيم الإلكتروني.

---

(1) **Andrés MONCAYO VON HASE:** Les litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage obstacles juridiques et enjeux, Actes du colloque international « Droit de l'internet Approches européennes et internationales» organisé par l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne. le Ministère de la Justice, le 19-20 novembre 2001, p 7.

(2) محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 96.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 295.

(4) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص304.

ب – خصائص التحكيم الإلكتروني: إضافة إلى أهم ميزة للجوء إلى التحكيم، والمتمثلة في تجنب الإشكالات التي تتعلق بعقود التجارة الإلكترونية، عند حدوث منازعات بشأنها، سواء في ما يتعلق بصعوبة تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاع، أو فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق، فإن تطبيقاته أثبتت تمتعه بميزات عديدة أخرى نذكر منها:

- يتميز التحكيم الإلكتروني بسرعة الفصل في النزاع مقارنة باللجوء إلى القضاء العادي، أو حتى إلى التحكيم التقليدي، وذلك راجع إلى اختصار جميع إجراءاته، حيث تتم التسوية من خلال الانترنت؛ الذي يحول دون حاجة الأطراف للانتقال إلى مكان معين للمثول أمام هيئة التحكيم، مما يسهل تقديم المستندات والوثائق عبر استخدام البريد الإلكتروني، وهو ما يؤدي إلى توفير الوقت، وعدم تعطيل النشاط التجاري.
- يحتاج المتعاملون في مجال النشاط التجاري إلى قدر من السرية والتكتم، خوفا على مصالحهم المالية خاصة عند حدوث المنازعات. ولأن الجلسات العلنية للمحاكم من شأنها كشف الأسرار التجارية، يفضل عدم إفشاءها. وخوفا من الكشف عن الأحكام الخاصة نتيجة للإهمال المادي على مستواها[1]، يتجه الأطراف نحو التحكيم الإلكتروني، خاصة إذا تعلق الأمر بإذاعة أسرار صناعية أو تكنولوجية أو اتفاقات خاصة مهمة، أو أمور من شأنها أن تؤثر على السمعة التجارية للمحتكمين[2]. كما أن سعي مراكز التحكيم الدائم إلى تأمين المواقع الخاصة بها، يمنح الثقة للمحتكمين لاختيار نظام التحكيم الإلكتروني.
- وقد زاد من تفضيل نظام التحكيم الإلكتروني على غيره من الوسائل البديلة لحل النزاعات، وجود اتفاقية دولية بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين، والمتمثلة في اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها، وذلك على خلاف أحكام القضاء، حيث لا توجد اتفاقيات دولية شاملة لتنفيذ أحكام القضاء أو الاعتراف بها باستثناء الاتفاقيات الثنائية[3].
- ناهيك على أن التحكيم الإلكتروني يعد الأنسب لتسوية النزاع الناشئ عن معاملات التجارة الإلكترونية لأن القواعد الوطنية التي يطبقها القاضي، قد لا تتجاوب مع هذه التجارة، خاصة إذا كانت القوانين المعمول بها لا تنظم المعاملات الإلكترونية، مما يشكل عائقا كبيرا أمام تسوية النزاع[4].

وبالتالي تساهم السمات العديدة للتحكيم الإلكتروني في زيادة الإقبال عليه من طرف المتنازعين، لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية[5]، وفيما يلي بيان عن إجراءات هذه التسوية.

---

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص299.

(2) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: مرجع سابق، ص 198.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 253.

(4) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص294.

(5) من المهم أن نشير أنه في نظام التحكيم لا يوجد مكان تحكيم حقيقي، بحيث لا يلتقي الأطرف ولا المحكمون لقاء مادي، بل يتم ذلك عبر شبكات الاتصال الإلكترونية، مما يثير مشكلة تحديد زمان ومكان حكم التحكيم، وعليه ولتفادي ذلك يتفق الأطراف مسبقا على تحديد ذلك.

ثانيا: آلية التحكيم الإلكتروني

إن أهم المسائل الواجب مراعاتها عند بحث نظام التحكيم الإلكتروني، تتعلق بالقانون الواجب التطبيق عليه وسنعكف على تبيان ذلك، قبل التعرض لإجراءات تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عن طريق التحكيم الإلكتروني.

ا – القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني: يقوم منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق على مرتكزات مادية، الأمر الذي يجعل تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية يخلق تحدي كبير، لصعوبة ربط المعاملات الإلكترونية بإقليم معين نظرا لطبيعة الانترنت الغير مادية. غير أنه وأمام قصور القانون الموضوعي للتجارة الإلكترونية في الإلمام بجميع الجوانب المتعلقة بالمنازعات الدولية، يخلق ضرورة الاستعانة بمنهج التنازع كأحد الحلول القائمة.

ومن ثم فلا سبيل سوى تطبيق القواعد المقررة في التحكيم العادي، وهنا لا بد أن نفرق بين القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، والقانون الواجب التطبيق على الشق الموضوعي منه، والشق الإجرائي.

تظهر أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم الإلكتروني، لأن هذا القانون هو الذي يحكم وجود الاتفاق وصحته ونفاذه وآثاره. وقد أجمع الفقه على إخضاعه لقانون الإرادة، وهو القانون الذي يختاره الأطراف. وقد نظم المشرع الجزائري في نص المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، في الفقرة الثالثة ثلاث طرق لتحديد القانون المطبق على اتفاق التحكيم، فترك إرادة الأطراف خاضعة لمبدأ سلطان الإرادة، وهو ما تأخذ به أغلبية العقود الدولية بما يساير مبادئ التجارة العالمية. وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على ذلك، فيكون اتفاق التحكيم خاضعا للقانون المنظم للتراع لا سيما العقد الأصلي؛ وفي الأحوال التي يهمل فيها الأطراف تحديد القانون المطبق على اتفاق التحكيم والقانون المطبق على التراع فالنص أعطى للمحكم حق تطبيق القانون الذي يراه ملائما أو مناسبا [1].

ونجد نفس الاتجاه في نص المادة الخامسة الفقرة الثانية من اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية على أن: "رفض الاعتراف أو تنفيذ الحكم التحكيمي، إذا لم يكن اتفاق التحكيم صحيحا، وفقا للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم، وفقا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم"[2].

وكذلك في معاهدة جنيف الموقعة سنة 1961 في نص المادة التاسعة:" إذا تعلق الأمر بوجود وصحة اتفاق

---

(1) تنص المادة 1040 من القانون رقم 08ـ 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الفقرة الثالثة: "تكون اتفاقية التحكيم صحيحة من حيث الموضوع، إذا استجابت للشروط التي يضعها إما القانون الذي اتفق الأطراف على اختياره أو القانون المنظم لموضوع التراع أو القانون الذي يراه المحكم ملائم"ا.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص301.

التحكيم، فإن محاكم الدول المتعاقدة تفصل في هذه المسألة وفقا للقانون الذي اختاره الأطراف ليسري على اتفاق التحكيم، وفي حالة عدم وجود تقنين أو إشارة في هذا الشأن، فإن اتفاق التحكيم يخضع لقانون الدولة التي صدر فيها الحكم التحكيمي.

ولما كان وفقا للاتفاقيتين، أنه يصعب إعمال قانون الدولة التي صدر فيها التحكيم بالنسبة للتحكيم الإلكتروني الذي يتم في عالم افتراضي لا يعترف بالحدود المكانية، لذلك ولسد باب الإشكالات، فعلى الأطراف الاتفاق الصريح على القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم الإلكتروني.

إضافة لما سبق، ولما كان تحديد القانون الواجب التطبيق له أهمية كبيرة في مجال فض النزاعات بطريق التحكيم، لأن مصداقية قراراته وأحكامه مرهونة بمصداقية القانون المطبق على النزاع المعروض[1]، فلا بد من تحديد القانون المطبق على موضوع التحكيم، والقانون المطبق على إجراءاته:

بعدما يتم تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، فلا بد من ضبط القانون الذي يحكم موضوع النزاع، سواء كان من اختيار الأطراف أو الهيئة التحكيمية.

فيتمتع الأطراف بحرية كاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وعند انتفاء إرادة الأطراف وفي غياب هذا الاختيار فيؤول الأمر إلى محكمة التحكيم لتحديد القانون الملائم الذي يحكم النزاع مع مراعاة الأحكام والمبادئ العامة للتحكيم؛ أو تلجأ الهيئة إلى تطبيق الأعـــراف التجارية التي تراها ملائمة وهو ما سار عليه المشرع الجزائري، وتظهر الحكمة من ذلك، في تجنب أي ربط أو إسناد لقوانين وطنية وهذا من شأنه طمأنة المتعاملين[2].

وبالنسبة للتحكيم الإلكتروني نصت المادة 17 /1 من نظام المحكمة الافتراضية، على حق الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع، وفي حالة عدم اختياره يختار المحكم القانون الوطني الذي يرتبط بالنزاع برابطة وثيقة [3]؛ كما نصت المادة 2/17 من نفس النظام على أن تهتم محكمة التحكيم بالعقد وبالأعراف الجارية في العالم الافتراضي[4]، وإن كان اعتماد الأعراف السائدة في العالم الافتراضي لا زال مبكرا نوعا ما.

وعليه فللأطراف كامل الحرية في مجال التجارة الإلكترونية في تحديد القانون واجب التطبيق، وذلك لطبيعته الخاصة، حيث أن هناك من العقود ما يبرم وينفذ على الشـــبكة، حيث لا يتم تنفيذه في مـــكان معين فإذا لم يحدده الأطراف ترك تحديده لهيئة التحكيم .

---

(1) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس 2007، ص 381.

(2) المادة 1050 من القانون رقم 08ـ 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: تفصل محكمة التحكيم في النزاع عملا بقواعد القانون الذي اختاره الأطراف، وفي غياب هذا الاختيار تفصل حسب قواعد القانون والأعراف التي تراها ملائمة.

(3) **Eric CAPRIOLI:** Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du "Cyber Tribunal", Revue de l'arbitrage, numéro 2, 1999, p 228.

(4) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص316، 317.

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم الإلكتروني، فيحظى القانون الذي يختاره الأطراف بالأولوية، سواء بوضع هذه القواعد التي تنظم إجراءات التحكيم في اتفاق التحكيم، أو إخضاعها لقانون معين ينظمها [1].

وفي حالات التحكيم الإلكتروني، فقد يختار الأطراف لائحة مركز تحكيم من أحد مراكز التحكيم الموجودة على الانترنت لحل النزاع بينهم، وهذا يستتبع اختيارهم لقواعد الإجراءات التي يعتمدها المركز لتحكم إجراءات النزاع المطروح بينهما [2].

وإذا لم يتفق الأطراف على ذلك، فتتولى محكمة التحكيم ضبط إجراءات التحكيم، بالقانون الذي تحدده وتقوم المراكز التحكيمية عبر الانترنت بتحديد الإجراءات التي تتبعها، والتي تضبط إجراءات العملية التحكيمية فيما إذا اختار الأطراف المركز لتسوية النزاع دون تحديد للقانون المطبق على إجراءاته.

وفي هذا الخصوص تقرر المادة 14 من لائحة المحكمة الإلكترونية، على خضوع إجراءات التحكيم للقواعد الإجرائية التي تحددها لائحة المحكمة [3].

وبالتالي فإذا عرض نزاع على التحكيم الإلكتروني، فالأولوية للقانون الذي يختاره الأطراف في التطبيق على إجراءاته، وإلا تولت هيئة التحكيم الفصل في المسألة. فالتحكيم الإلكتروني لا يختلف عن التحكيم العادي من حيث اختيار القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، وبعد تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم الإلكتروني، نتعرض لإجراءات السير في التحكيم إلكترونيا.

ب- إجراءات التحكيم الإلكتروني: عندما يقع خلاف بين طرفين ـــ أبرما اتفاقية تحكيم ـــ ولا يمكن تسويته وديا ورغب أحدهم عرضه للتحكيم الإلكتروني، تبدأ أولى خطوات التحكيم، بالتوجه لموقع مركز التحكيم الإلكتروني أو الجهة المعنية بالتحكيم؛ وإرسال طلب التحكيم، وذلك بملء النموذج الخاص بطلب التحكيم المعد مسبقا من قبل المركز بعد النقر على مفتاح ***(create a case)*** ويتضمن هذا طلب البيانات التالية:

- أسماء الأطراف بالكامل، مع ذكر طبيعة الخلاف ووصف لظروفه، واقتراح الحلول التي يراها مقدم الطلب مناسبة.
- أسماء ممثلي مقدم الطلب وتحديد طريقة الاتصال به، مثلا بريد إلكتروني أو الهاتف أو الفاكس.

---

(1) في هذا الخصوص تنص المادة 1043 من القانون رقم 08ـ 09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية: " يمكن أن تضبط في اتفاقية التحكيم الإجراءات الواجب إتباعها في الخصومة مباشرة أو استنادا على نظام تحكيم، كما يمكن إخضاع هذه الإجراءات إلى قانون الإجراءات الذي يحدده الأطراف في اتفاقية التحكيم .

إذا لم تنص الاتفاقية على ذلك تتولى محكمة التحكيم ضبط الإجراءات عند الحاجة مباشرة أو استنادا إلى قانون أو نظام تحكيم ".

(2) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص 315.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص314.

- بيان بالأدلة التي يستند عليها المدعي مقدم الطلب[1].
- إرسال نسخة عن اتفاق التحكيم للمركز، مع تحديد إجراءات النظر في النزاع وإلا اعتمدت الإجراءات الخاصة بالمركز[2].

وبعد تعبئة الطلب، يتم إرساله بالنقر على مفـــتاح الإرسال ***(send)*** ودفع الرسوم الخاصة بالتســـجيل والرسوم الإدارية، وفقا لما هو محدد على الموقع الإلكتروني الخاص بمركز التحكيم.

من جهتها تقوم الأمانة بإخطار التحكيم للمدعى عليه، ومنحه مهلة معينة للرد ـــ في الغالب لا تتجاوز العشرون يوما ـــ ويتضمن هذا الرد اسمه بالكامل وعنوان بريده الإلكتروني للاتصال به، وموقفه من طلبات المدعي، وبيان للأدلة والحجج التي يستند عليها، وأية معلومات أخرى يراها مفيدة.

أما فيما يخص اختيار المحكمين، فالأصل أنه يتم من قبل الأطراف، على أن عدد تشكيل هيئة التحكيم يكون من واحد إلى ثلاثة، وفي حالة عدم الاتفاق فيتم بواسطة المركز، مع مراعاة اعتبارات الجنسية ومحل الإقامة وأي صلة تربط المحكم بالأطراف. وهو ما خالفته المادة السادسة الفقرة الرابعة من نظام المحكمة الافتراضية فلا تسمح باختيار الأطراف للمحكم، ويثبت في المقابل للطرفين حق رد المحكم[3].

تدار جلسات التحكيم الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، ويكون للأطراف تبادل المستندات والوثائق المثبتة للأدلة والحجج إلكترونيا، من خلال إرسالها بالبريد الإلكتروني أوعن طريق إدخال البيانات بواسطة جهة معتمدة من المركز، حيث تستخدم أنظمة للحماية والتشفير تمنع الوصول إلى ملفات الطرفين.

وقد يتم عقد جلسات إلكترونية بشكل فوري بعد إخطار الطرفين بالبريد الإلكتروني، وتكون من خلال نظام الربط عن بعد، الذي يتيح إمكانية المشاهدة المباشرة للجلسة، واستماع هيئة التحكيم لدفاع كل طرف أمام الآخر.

ولهيئة التحكيم تبادل الوثائق والمستندات مع المحكمين، كما يمكنها أن تسمح بسماع الشهود، والخبراء بأية طريقة إلكترونية متاحة للتواصل.

عندما يكتفي الأطراف من تقديم الأدلة تقرر هيئة التحكيم قفل الجلسات، وتقوم بإصدار الحكم خلال مدة معينة، ويكون هذا الحكم مسببا وموقعا بالتوقيع الإلكتروني للمحكمين؛ وهو ما لا يطرح أي إشكال في التشريع الجزائري في ظل الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني [4].

---

(1) محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، مرجع سابق، ص 124.

(2) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: مرجع سابق، ص207.

(3) محمد سعيد احمد إسماعيل: مرجع سابق، ص383.

(4) المادة 327 الفقرة الثانية القانون رقم 05ـــ10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق لـــ 20 يونيو يعدل ويتمم الأمر رقم 75ـــ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتم: " ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه ".

وتقوم الهيئة بإخطار الأطراف بالحكم بوثيقة إلكترونية مشفرة تحول دون الوصول إليه من الغير، مع حفظه في الموقع الإلكتروني الخاص بالهيئة التي تولت العملية التحكيمية.

لما اقتضى الأمر من أجل اللحاق بالطفرة الإلكترونية، خلق وسائل سريعة ومناسبة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية من أكثرها فعالية التحـــكيم الإلكتـــروني. ونظرا لثقة المتنازعين به كوسيلة تتلاءم ومقتضيات التجارة بشكلها الحديث، فقد جسدت الفكرة في بعض المنظمات، كالمنظمة العالمية للملكية الأدبية والفنية التي أنشأت مركزا للتحكيم والوساطة لتسوية المنازعات التجارية في مجال تخصصها[1]، كما قام بإعداد مشروع المحكمة الافتراضية أو المحكمة الإلكترونية مركز أبحاث القانون العام ***(CRDP)*** التابع لكلية الحقوق بجامعة مونتريال، وتم وضع قواعده في سنة 1996 والموافقة عليه والإعلان الرسمي عن المحكمة الافتـــراضية في 4 يونيو 1998[2]، كما ظهر نظام القضاء الافتراضي في أمريكا في عام 1996[3].

مما سبق نخلص إلى أن عقود التجارة الإلكترونية وككل العقود الدولية، قد تثار بشأنها منازعات بين الأطراف المتعاقدة، الوضع الذي قد يخلق بعض الصعوبات فيما يتعلق بالفصل في النزاع، منها ما يرتبط بالقضاء المختص. فحيث لا يوجد ما يمنع الأطراف من اللجوء إلى القضاء الوطني باعتباره الطريق الطبيعي والمعتاد للفصل في الدعاوي، إلا أن الأمر لا يخلو من الاصطدام ببعض العقبات؛ والتي في مقدمتها أن ضوابط الاختصاص القضائي الدولي تعتمد على مرتكزات مكانية أو جغرافية، وهو ما لا يناسب التجارة الإلكترونية التي تعتمد على دعائم غير مادية في عالم افتراضي بعيد عن الحدود الإقليمية.

ولصعوبة حل منازعات التجارة الإلكترونية بالطرق التقليدية، وجد التحكيم الإلكتروني كطريقة بديلة استثنائية، حيث لا يتم اللجوء إليه إلا باتفاق طرفي النزاع؛ إلا أن نجاحه رهين بتوفير البيئة التشريعية التي تنظمه حيث ما زلنا في الوقت الحاضر نطبق القواعد القانونية الخاصة بالتحكيم العادي على التحكيم الإلكتروني والتي وإن كانت تتناسب معه بشكل ضئيل، غير أنها تحتاج للتطويع والتعديل حتى تتناسب والطرق الإلكترونية التي ينفذ بها التحكيم الإلكتروني.

من جانب آخر لا تقف صعوبة تسوية منازعات التجارة الإلكترونية عند صعوبة تحديد الجهة المخولة بالنزاع، بل تتعداها وبشكل تناسبي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وهو ما سنعكف على تبيانه في المطلب التالي.

---

(1) **Eric CAPRIOLI:** Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, L'expérience du Cyber Tribunal, Op.cit, p231.

(2) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص378.

(3) **Jérôme HUET, Stefanie Val MACHINO:** Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gazette du Palais, 2000, p 104 .

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية

لا تثور أي مشكلة بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية من حيث القانون الواجب التطبيق، إذا كانت العلاقة التعاقدية وطنية العناصر، إذ سوف يطبق قانون هذا البلد. ولكن نظرا لأن هذه العقود تتسم في الغالب بالطابع الدولي ومن ثم تشتمل في أغلب الأحوال على عنصر أجنبي، فتثور هنا مشكلة القانون الواجب التطبيق إذا ما حدث نزاع بين أطراف المعاملة التجارية[1].

وأمام هذا الوضع فتضطر المحاكم الوطنية للتعامل مع النزاعات التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية بالأدوات التقليدية المتاحة لديها[2]، وبالتالي يتحتم تطبيق منهج قاعدة التنازع في مجال العقود الدولية على عقود التجارة الإلكترونية[3]. غير أن التساؤل يثور حول قواعد الإسناد التي يمكن اللجوء إليها في هذا الصدد، والتي يتم بموجبها تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات ذات العنصر الأجنبي، ومدى انطباقها على الشكل الجديد من أشكال التنازع الدولي في القوانين.

للإجابة على هذا التساؤل، ستكون المعالجة بمحاولة تطبيق قواعد الإسناد الشخصية (الفرع الأول) وقواعد الإسناد الموضوعية (الفرع الثاني) على عقود التجارة الإلكترونية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

الفرع الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية

استقرت في مختلف التشريعات الوطنية قاعدة مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي، بمعنى أن الشخص حر في التعاقد مع من يريد وبالشروط التي يريد، ومنه حرية تنظيم العقود وتحقيق المصالح الخاصة للأفراد دون الخروج عن حدود المصلحة العامة، وهو ما يعرف بمبدأ سلطان الإرادة.

غير أن هذا المبدأ لم يقتصر على العلاقات الداخلية، بل امتد إلى أن وصل للعلاقات والاتفاقات الخارجية التي يتوافر بها عنصر أجنبي[4].

فقاعدة خضوع العقد لقانون الإرادة، تقتضي التسليم بحرية المتعاقدين في اختيار القانون أو النظام القانوني

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 192.

(2) د إيهاب السنباطي: مرجع سابق، ص 323.

(3) من الحلول المقدمة لتحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، هو اعتماد منهج القواعد المادية الدولية سواء منها التقليدية، ونخص بذلك اتفاقية الأمم المتحدة لبيوع البضائع الدولية فيينا 1980، وكذا القواعد المادية (الموضوعية) للتجارة الإلكترونية المعروفة بـ ***Lex électronica*** وهي عبارة عن قواعد موحدة صادرة عن جهات وطنية ودولية في مجال التجارة الإلكترونية، كالاتفاقيات الدولية والعرف الناتج عن الممارسات التعاقدية وقضاء التحكيم الإلكتروني والعقود النموذجية وقواعد السلوك؛ غير أن هذه القواعد المادية يشوبها القصور في العديد من جوانبها، والعجز عن تلبية احتياجات التجارة الإلكترونية، حيث أن هذا المنهج لا يزال في بداياته الأولى ولا يمكنه الإحاطة الكاملة بكافة المسائل التي يمكن أن يثور بشأنها النزاع ما بين المتعاقدين، مما يجعل الحاجة قائمة إلى منهج التنازع لسد هذا النقص والقصور الذي يعتريان المنهج المادي، د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص 250.

(4) محمد فواز المطالقة: مرجع سابق، ص 126.

الذي يحكم الرابطة العقدية، وبالتالي استقرت بدورها كقاعدة الإسناد الأولى فيما يتعلق بالنواحي الموضوعية في العقد [1]. وبناء على ذلك ومن أجل البحث في مدى ملاءمتها في تحديد القانون الواجب التطبيق، يحسن بنا التعرض لإعمال هذا المبدأ في مجال عقود التجارة الإلكترونية (أولا)، ثم الوقوف عند كيفية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود (ثانيا).

أولا: إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية

تجمع معظم الأنظمة الدولية على احترام حق الأفراد في اختيار قانون عقدهم في مجال التجارة الدولية ولما كان عقد التجارة الإلكتروني الدولي لا يختلف عن غيره من حيث الأركان والآثار بل الاختلاف يتمثل فقط في وسيلة إبرام العقد، فلا يوجد مانع من تفعيل قانون الإرادة على هذا النوع من العقود.

ا – مفهوم قانون الإرادة: تقوم فكرة قانون الإرادة على الاعتراف لطرفي العقد بحقهما في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما، وبالتالي تحديد قانون العقد، فإرادة الأطراف هي ضابط الإسناد في قاعدة التنازع المتعلقة بالعقود الدولية[2].

والمقصود بالإرادة هي الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وليس المقصود بها الإرادة المنفردة لأحدهما، وفي حال اجتماع إرادة طرفي التعاقد على القانون الواجب التطبيق، خضع العقد له خضوعا تاما. ويتم تحديد القانون الواجب التطبيق إما في بنود العقد أو في ملحق بالعقد يتضمن تحديد القانون الذي يطبق على العقد المبرم.

إن الأخذ بفكرة قانون الإرادة كضابط إسناد، يتناسب وعقد التجارة الإلكتروني، حيث أن طبيعة هذه العقود ترتكز على إرادة المتعاقدين بدرجة عالية جدا؛ خاصة وأنه يتم دونما الوجود المادي لطرفيه، مما يستوجب التدقيق وتوجيه العناية لرغبات وإرادة الأطراف في اختيار القواعد القانونية التي تنظمه.

ومن باب أولى أن يوجه الاهتمام إلى إيجاد الأطراف القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهم، وبالتالي يسهل تداول العقد. فضلا عن ذلك ولكون عقود التجارة الإلكترونية تتسم بالسرعة، فبدلا من تضييع الوقت في البحث عن القانون الذي ينظم العقد، يتم إدراج بند في العقد بشكل واضح يحدد القانون الواجب التطبيق وهو ما يوفر استقرار المعاملات التجارية الإلكترونية.

وإذ كان للمتعاقدين الحرية في اختيار القانون الذي يحكم العقد، إلا أن الفقه لم يجمع حول مدى وجوب توافر صلة أو رابطة بين القانون المختار والعقد الذي سوف يخضع لأحكام القانون المختار.

كما لم يجمع الفقه حول تحديد المقصود بالرابطة أو الصلة التي لا بد من توافرها بين قانون الإرادة والعقد

---

(1) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 87.

(2) اختلف الفقه حول تحديد المقصود بقانون الإرادة، فهناك من يضيق من هذا القانون ويقصره على القوانين الوطنية الصادرة عن دولة معينة بينما اتجاه فقهي آخر يوسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية، بحيث يجوز إسنادها لقواعد ذات صيغة عالمية مثل القواعد العرفية؛ واتجاه آخر معتدل يقضي باختيار القانون دون أن يؤدي ذلك إلى الغش نحو القانون للإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة، أكثر تفصيل د صالح المنزلاوي مرجع سابق، ص 250.

الدولي المعني أهي رابطة ذات طابع مادي أم شخصي.

● يرى بعض الفقه أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق ليس مطلقا، فلا يمكنهم اختيار قانون منبت الصلة بالعلاقة لأن هته الأخيرة هي التي تبرر هذا الاختيار[1]، فما يقيد سلطان إرادة المتعاقدين في اختيار القانون هو وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد [2]. وقد تتمثل هذه الصلة بين العقد وقانون الدولة التي أبرم فيها أو قانون جنسية المتعاقدين، فإذا لم تتوافر انعدم الاختيار، وتعين على القاضي عدم الاعتداد به.

وقد ذهبت بعض التشريعات وفق هذا الرأي، وهو ما يظهر جليا من خلال ما أخذ به المشرع الجزائري في نص المادة 18 من القانون المدني والتي نصت في فقرتها الأولى أنه:"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد"[3].

● بينما يرى البعض الآخر من الفقه، أن لإرادة الأطراف الحرية الكاملة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد حتى وإن كان هذا القانون المختار ليست له أية صلة بالعقد، مادام هذا الاختيار غير مشوب بغش نحو القانون ولا يتعارض مع النظام العام[4].

وبشأن عقود التجارة الإلكترونية، ونظرا لصعوبة الأخذ بالصلة الحقيقية بين القانون المختار والعقد كون هذه العقود تتم من خلال شبكات اتصال إلكترونية لا ترتكز على إقليم دولة معينة، يتجه الرأي إلى ضرورة أن توجد صلة بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكمه، ويكفي في هذه الصلة أن تكون فنية كأن يتم العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة تقبله أوساط التجارة الدولية وهو أمر مألوف في مجال التجارة الإلكترونية [5].

وعلى صعيد آخر، اختلف الفقه حول مدى حرية الأطراف في اختيارهم للقانون الواجب التطبيق إلى تجزئة العقد وإخضاع كل جزء منه إلى قانون مختلف، بحيث تتعدد القوانين التي تحكم العقد الواحد.

● فذهب البعض منهم إلى القول بأنه لا يجوز تجزئة العقد وإخضاعه لقوانين مختلفة، لأن الأمر يمس باستقرار الرابطة التعاقدية، فالعقد وحدة واحدة تخضع في مجموعها لقانون واحد، فمن الضروري الحفاظ على وحدة العقد حيث من غير المعقول أن يخضع كل التزام من التزامات الأطراف لقانون مختلف وعلى هذا يكون القانون

---

(1) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص 78.

(2) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص279.

(3) المعدلة بموجب القانون رقم 05ـــ10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 95ـــ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ26سبتمبر1975، والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

(4) وهو الاتجاه الذي تبنته اتفاقية لاهاي 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على البيع الدولي للمنقولات المادية في نص المادة الثانية وكذلك اتفاقية روما 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نص المادة الثالثة منها.

(5) د أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 84.

الواجب التطبيق على تكوين العقد هو نفسه القانون الواجب التطبيق على آثاره، ويسمى القانون الذي يحكم العقد باعتباره وحدة لا تتجزأ بقانون العقد[1].

● غير أن اتجاه آخر، يرى بعدم وجود ما يمنع المتعاقدين من الاتفاق على إخضاع كل جانب من جوانب العقد لقانون معين. فيذهب أنصار هذا الاتجاه، إلى تعدد القوانين الواجبة التطبيق على العقد بالنظر إلى كل عنصر من عناصره على حدة، كأن يخضع تكوينه لقانون محل الإبرام، وتنفيذه لقانون محل التنفيذ ومنه فيجوز تجزئة العقد، وتعدد القوانين الواجبة التطبيق على موضوعه.

وهو ما انتهجته اتفاقية روما 19 جوان 1980 في شأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ــ من أجل دفع منطق قانون الإرادة نوعا ما ــ حيث سمحت وبدون شروط بموجب المادة الثالثة للأطراف المتعاقدة بتجزئة العقد، وبالتالي حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد في مجموعه أو على جانب منه فقط[2].

وفي هذا الصدد فقد اتفق أنصار التجارة الإلكترونية على الاعتداد بإرادة المتعاقدين في اختيار أكثر من قانون ليحكم العقد، نظرا لطبيعة العقد الإلكتروني الخاصة؛ بحيث يستوجب إعمال مبدأ قانون الإرادة مرونة القواعد التي تسمح بتجزئة العقد وإسناد كل جانب إلى قانون معين، كالوفاء في العقود الإلكترونية الذي يحتاج تعاملا منفصلا عن العقد[3].

غير أننا نرى أن تطبيق ذلك في الواقع العملي وإخضاع كل جانب من جوانب عقد التجارة الإلكترونية لقانون معين، قد يصطدم باختلاف القوانين لتنظيمها المبادلات الإلكترونية. حيث قد يختار الأطراف مثلا قانونا ينظم إبرام العقد يعترف بالتوقيع الإلكتروني لإثباته، بينما يتم اختيار قانون ينظم التنفيذ عن طريق الوفاء بقانون لا يعترف بصحة التواقيع الإلكترونية؛ مما قد يخلق إشكالات في إثبات تنفيذ الالتزام هذا من جهة، ومن جهة أخرى وكون المبادلات التجارية تتم على العموم على وجه السرعة، وبشكل خاص إذا تعلق الأمر بالتجارة الإلكترونية، فتحديد الأطراف لقوانين مختلفة تحكم هذه العقود، قد تعرقل سرعة المبادلات الإلكترونية خاصة وقد جرت العادة على النص على القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم كبند عام في العقد.

هذا فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على موضوع العقد، أما القانون الواجب التطبيق على شكل العقد فقد نصت المادة 19 من القانون المدني الجزائري على أنه:" تخضع التصرفات القانونية في جانبها الشكلي لقانون المكان الذي تمت فيه"[4].

---

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص 238.

(2) **Florence MAS:** Op.cit, p 32.

(3) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص276.

(4) المعدلة بموجب القانون رقم 05ــ10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 95ــ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق لـــ 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

ويجوز أيضا أن تخضع لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين أو لقانونهما الوطني المشترك أو للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية".

وقد أوضحت هذه المادة أن القانون الواجب التطبيق على شكل العقد يكون أحد القوانين التالية:

1. قانون الدولة التي تم فيها العقد.
2. قانون الموطن المشترك للمتعاقدين.
3. قانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين.
4. القانون الذي يسري على موضوع العقد.

وبالتالي يكون على المتعاقدين الالتزام بإفراغ العقد في أحد الأشكال السابقة.

وبالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، فالأمر يحمل معه نوع من الصعوبة في تحديد مكان إبرام العقد حيث أن هذه الصعوبات كانت قائمة حتى قبل ظهور الانترنت بالنسبة للتعاقد ما بين غائبين، والذي نجم عنه تعدد النظريات التي تحدد محل إبرام هذه العقود، فمكان إبرام عقد التجارة الإلكترونية قد يكون مكان البائع أو مكان المشتري.

ومن هنا وحيث لا توجد حلول عامة، فالأحسن من أجل توافر نوع من الأمان القانوني أن يحدد المتعاقدين في وقت إبرام العقد القانون الذي يحكمه. ومن الأفضل أن يتم اختيار قانون يعترف بحجية التواقيع الإلكترونية في الإثبات[1].

ب – موقف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية من المبدأ: إن العقد الدولي وحسب المنهج التقليدي لتنازع القوانين، يخضع لقانون الإرادة أي القانون الذي ارتضاه طرفا العقد. وهو المبدأ الثابت في جميع الأنظمة الوطنية التي اعترفت بدور الإرادة الحاسم في تحديد القانون الواجب التطبيق. ومن تطبيقات ذلك نجد المادة 18 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد "[2].

والمادة 19 من القانون المدني المصري وتنص على:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وفي القانون الدولي الخاص التونسي الصادر بتاريخ 27 نوفمبر 1998 نصت المادة 62 على أن:" العقد يحكمه القانون الذي سماه الأطراف".

وفي القانون الأردني رقم 31/ 2001 الصادر في 14 يونيو 2001 بشأن التحكيم نجد المادة 32 نصت

---

(1) **Eric CAPRIOLI:** Droit international de l'économie numérique, LITEC , 2007, p 41.

(2) المعدلة بموجب المادة 11 من القانون رقم 05–10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 95–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

على أن:" تطبق محكمة التحكيم على موضوع النزاع القواعد التي وضعها الأطراف في اتفاقاتهم"[1].

ومن تطبيقات ذلك أيضا، نجد من القانون الدولي الخاص الفنزويلي المعتمد بتاريخ 6 أوت 1998 المادة 29 حيث جاء فيها:" الالتزامات التعاقدية تكون محكومة بالقانون الذي يحدده الأطراف" [2].

كما ورد في نص المادة 1/311 من التقنين المدني الكندي لإقليم الكيبك لسنة 1994 أن:" التصرف القانوني الذي ينطوي أو لا ينطوي على عنصر أجنبي يكون محكوما بالقانون المحدد بوضوح في العقد، أو الذي يمكن استنتاجه بشكل مؤكد من أحكام العقد".

والمادة 1210 من القانون الفيدرالي الروسي رقم 146 في 26 نوفمبر 2001 التي نصت أنه:" يمكن لأطراف العقد في لحظة إبرامه أو في تاريخ لاحق لإبرامه، الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على حقوقهم والتزاماتهم الناشئة عن العقد " [3].

و لم يقتصر تبني نظرية سلطان الإرادة على القوانين والتشريعات الوطنية، بل سارت الاتفاقيات الدولية في نفس الاتجاه، حيث نجد اتفاقية مكسيكو في17 مارس 1994 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على العقود الدولية التي أبرمت بين الدول الأمريكية نصت في المادة السابعة:" يحكم العقد القانون المختار من الأطراف"[4].

وكذا نص المادة الثالثة من اتفاقية روما 19 جوان 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية:" يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف" [5].

واتفاقية لاهاي الخاصة بالبيوع الدولية للمنقولات المادية 15 جوان1955 والنافذة في 1 سبتمبر 1964 والتي تنص في المادة 1/2 على أن :" يسري على البيع القانون الداخلي للبلد الذي تحدده إرادة الأطراف"[6].

كما تبنت النظرية أيضا اتفاقية لاهاي في 14 مارس 1978 في شأن القانون الواجب التطبيق على النيابة وعقود الوساطة التي تنص في المادة الخامسة على أنه:" يسري على روابط الوكالة أو النيابة بين الموكل والوكيل القانون الداخلي الذي يختاره الأطراف".

ونصت كذلك المادة السابعة من اتفاقية لاهاي 1986 بشأن القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع على أن:" يحكم عقد البيع القانون المختار بواسطة الأطراف".

نخلص إلى أن العديد من التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية، نصت صراحة في مجال العقود الدولية على تطبيق القانون المختار من الأطراف، وعن كيفية اختيار القانون هو ما سنوضحه فيما يلي.

---

(1) **Abdelhamid EL AHDAB:** La nouvelle loi Jordanienne sur l'Arbitrage, Revue de l'Arbitrage numéro 2, 2002, p 301.

(2) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص276.

(3) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص71.

(4) نفس المرجع، ص 67.

(5) **Florence MAS:** Op.cit, p 33.

(6) **Eric CAPRIOLI :**Droit international de l'économie numérique, Op.cit, p 38.

ثانيا:كيفية اختيار الأطراف لقانون عقد التجارة الإلكترونية

انتهينا إلى أن العقود الدولـــية وبما فيها الإلكتـــرونية تخضع للـــقانون الذي يختاره ويرتضيه الأطراف،لأن اختيارهم يدل على أنهم رأوا أن تطبيق هذا القانون سيحقق لهم مصلحة متوازنة ومتساوية [1].

غير أن التساؤل يثار حول كيفية التعرف على إرادة المتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، والإجابة هي أن اختيار القانون يتم إما بشكل صريح أو ضمني.

ا – الاختيار الصريح: أعطى المشرع لطرفي العقد الحق في تحديد القانون الذي يحكم العقد المبرم بينهما ومن الطبيعي أن يقوم الطرفان بتفعيل وممارسة هذا الحق، وتعيين القواعد الموضوعية التي تطبق على العقد في حالة وجود منازعة[2]. وفي مجال التجارة الإلكترونية جرى العمل بالنسبة للعقود التي تبرم عبر المواقع الإلكترونية أو على مستوى المتاجر الافتراضية، أن يحدد القانون الواجب التطبيق ضمن شرط أو بند من بنود العقد؛ الذي يدرج إما في صفحة الاستقبال أو صفحة أخرى من الموقع أو في نهاية ملخص العقد بحيث يكون الشرط واضحا ومحددا، وهذا ما يسمى بشرط الاختـــصاص التشريعي، أو ما يعرف أيضا بالاختيار الصريح لقانون العقد.

ويشدد الفقهاء على أهمية الاختيار الصريح لقانون العقد[3]، حيث لا بد أن يكون الشرط المحدد للقانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية واضحا، نافيا للجهالة، دون أن يشوبه لبس أو غموض. مهما كانت صورة هذا الاختيار سواء بالموافقة بالنقر على أيقونة القبول المخصصة لذلك في المواقع الإلكترونية التجارية، أو من خلال تحديد القانون الذي يحكم العقد من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية من خلال البريد الإلكتروني كوسيلة لإبرام العقد.

ومن أمثلة العقود التي جسدت التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق عليه، نجد العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي وضعته غرفة التجارة والصناعة بباريس في 30 أبريل 1998 ليحكم المعاملات التي تتم بين التجار والمستهلكون. حيث حدد هذا العقد بنص صريح أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي [4]، دون اعتبار لجنسية المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو محل تنفيذه [5].

والأصل أن يتم الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، ومن بينها عقود التجارة الإلكترونية لحظة إبرام العقد بموجب شرط صريح يدمج ضمن البنود العامة للعقد المراد إبرامه.

---

(1) د عطا عبد العاطي السنباطي: الإثبات في العقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2008، ص 199.

(2) محمد فواز المطالقة: مرجع سابق، ص139.

(3) د أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 83.

(4) **Michel VIVANT :** Les contrats du commerce électronique, LITEC, 1999, p 173.

(5) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص284.

كما يمكن أن يدرج البند في اتفاق لاحق على إبرام العقد وبشكل مستقل عنه، بل ومن الممكن أيضا أن يتم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد عند نشوب النزاع بين أطرافه[1].

وقد نصت على ذلك المادة 3/116 من القانون الدولي الخاص السويسري على أن: "اختيار القانون يمكن إجراؤه أو تعديله في أي وقت ... "

ونذكر المادة الثالثة الفقرة الثانية من اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية ونصت على أنه:" يحق للأطراف في أي وقت، الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء تم ذلك بإجراء اختيار لاحق يتم تبعا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى.

ونضيف أنه من الجائز أيضا، إذا ما تم الاتفاق على تطبيق قانون معين، أن يتفق الأطراف كذلك على تعديل وتغيير هذا القانون، وذلك في أي فترة لاحقة على إبرام العقد.

على أن إمكانية تعديل اختيار القانون الواجب التطبيق، مشروطة بعدم الإضرار بالحقوق المكتسبة للغير حسني النية، الذين بنوا توقعاتهم على القانون الأول المراد العدول عنه في تلك الفترة [2].

كما يلزم ألا يؤدي العدول، إلى المساس بصحة العقد الذي يجري تعديل اختيار القانون الذي يحكمه [3].

وكنتيجة لما سبق، فإن التحديد والاختيار الصريح للمتعاقدين للقانون الواجب التطبيق على العقد، يؤدي إلى الحد من الخلافات والعقبات المستعصية التي تواجه الأطراف فيما بعد؛ وبالتالي يجنبهم الكثير من المشاكل التي تواجههم مستقبلا، وهو ما يخدم عقود التجارة الإلكترونية، نظرا لاختيار الأطراف للقانون الذي يعترف بصحة وحجية التوقيعات الإلكترونية بما يناسب مقتضيات ومتطلبات الشكل الإلكتروني الجديد للمعاملات التجارية الدولية.

ب –الاختيار الضمني: قد يحدث أن يغفل الأطراف عن الاتفاق صراحة على القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم، غير أن هذا لا يعني انتهاء دور الإرادة في تحديده، إذ يوجد إلى جانب الإرادة الصريحة للأطراف إرادة ضمنية، وهي إرادة حقيقية تنبئ عن رغبة واضحة وإن كانت خفية إلى تطبيق نظام قانوني معين[4] فيجب على القاضي الاهتمام بها واستخلاصها من ظروف الحال.

وقد نصت التشريعات والاتفاقيات الدولية، على إمكانية التعيين الضمني لقانون العقد، من بينها ما أقره المشرع المصري ذلك بعدما أعطى الأولوية لإرادة المتعاقدين الصريحة بنص المادة 19 من القانون المدني "... ما لم يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه ..." ، ومنه فعلى القاضي البحث لاستنباط الإرادة الضمنية التي اتجهت لتحديد قانون معين يحكم العقد.

---

(1) د أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 83.

(2) **Florence MAS :** Op.cit, p 34.

(3) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص 285.

(4) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص 86.

كما نص على ذلك القانون الروسي الصادر عام 2001 في المادة 2/121 على أن:" اتفاق الأطراف على اختيار القانون الواجب التطبيق، يجب أن يكون صريحا أو ينتج بأسلوب مؤكد من نصوص العقد أو مجموع ظروف الموضوع".

وأكد على ذلك القانون الروماني الصادر في 1992 حيث نصت المادة 74 على:" وجوب أن يكون اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق صريحا، أو يستخلص بشـــكل مؤكد من مضمون العقد أو الظروف الملابسة له"[1].

والقانون المدني الكندي لإقليم الكيبك لسنة 1994 في نص المادة 1/311 الذي نص على أن:" التصرف القانوني الذي ينطوي أو لا ينطوي على عنصر أجنبي يكون محكوما بالقانون المحدد بوضوح في العقد، أو الذي يمكن استنتاجه بشكل مؤكد من أحكام العقد".

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية نجد نص المادة الثالثة الفقرة الأولى من اتفاقية روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية التي نصت على أنه:"يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا، أو يستخلص بطريقة مؤكدة من أحكام العقد أو ظروف الموضوع" .

إضافة إلى ذلك نجد المادة السابعة من اتفاقية مكسيكو تنص على أن:" ينظم العقد بالقانون المختار من الأطراف، ويجب أن يكون هذا الاختيار صريحا، وفي غياب الاختيار الصريح، يستخلص الاختيار بأسلوب واضح من سلوك الأطراف أو الشروط التعاقدية ".

غير أن البحث عن الإرادة الضمنية يعتمد في الأساس على مجموعة من القرائن، التي يستعين بها القاضي لتحديد القانون الذي اعتمده الطرفان ليحكم العقد. وقد استقر الفقه والقضاء على عدة قرائن وعلامات تدل على الإرادة الضمنية لقانون العقد. والغالب أن يجمع بين أكثر من قرينة لاستخلاص نية المتعاقدين، ومنها اتفاق الأطراف على خضوع العقد لمحاكم دولة معينة للفصل في النزاع، مما يدل على انصراف نية المتعاقدين إلى تطبيق قانون دولة قاضي الذي يفصل في المنازعات على هذا العقد؛ أو يتم إبرام عقد دون تحديد للقانون الواجب التطبيق، غير أنه يرتبط بعقد سابق تم إبرامه والاتفاق على القانون الذي يحكمه[2]، وأحيانا تستخلص الإرادة الضمنية من اللغة التي حرر بها العقد، أو العملة التي اتفق على الوفاء بها.

وقد لا تفيد بعض القرائن السابقة لاستخلاص الإرادة الضمنية للأطراف المتعاقدة في مجال التجارة الإلكترونية، فتحرير العقد بلغة معينة يصطدم بترجمة العقود بطريقة آلية من خلال برامج حاسوبية إلى اللغة الانجليزية باعتبارها اللغة العامة. كما أن الوفاء بعملة معينة لا يفيد المـــتعاملين في المجال الإلكتروني حيث يتم

(1) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص87.

(2) **Florence MAS :** O p.cit, p38.

تحويل الأموال إلكترونيا من خلال أنظمة ووسائل الدفع والسداد الإلكتروني، ومنه ونظرا لخصوصية هذه العقود التي تبرم وتنفذ إلكترونيا دون الحضور المادي للأطراف، ومع صعوبة استخلاص نية المتعاقدين فمن الضروري التحديد الصريح للقانون الواجب التطبيق على هذه العقود، والذي يعترف بصحة المعاملات الإلكترونية المبرمة عبر الانترنت.

انقسم الفقه بخصوص تحديد النظام القانوني الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية بين رأي مؤيد لتطبيق منهج القواعد المادية أو الموضوعية للتجارة الإلكترونية [1]، باعتباره الإطار القانوني الخاص الذي ينظم عقود التجارة الإلكترونية، ورأي مؤيد لتطبيق منهج التنازع لتحديد القانون الواجب التطبيق باعتباره الإطار العام الذي يطبق على العقود الدولية.

ورغم محاولات بناء وتشكيل نظام قانوني مستقل، ينظم الروابط القانونية الناشئة عن المعاملات التجارية الإلكترونية، من خلال تضافر الجهود الدولية والوطنية، إلا أنه لازال في بداياته الأولى، وهو غير كاف لحكم جميع علاقات التجارة الإلكترونية. وأمام هذا الوضع فلا سبيل سوى تطبيق منهج التنازع لمعالجة هذا النقص.

ولعل أولى ضوابط الإسناد المعمول بها، هي إخضاع عقود التجارة الإلكترونية للقانون الذي يختاره الأطراف، لكن الأمر لا يخلو من بعض الصعوبات المرافقة لهذا الاختيار بالرغم من التحديد الصريح والمسبق للقانون الواجب التطبيق. فمن جهة قد يواجه الأطراف صعوبة إثبات الاتفاق على اختيار قانون معين يحكم وينظم العقد، ويظهر ذلك بشكل ملح في ظل غياب الدعامات المادية أو الخطية، فالتعامل يتم إلكترونيا فلا مجال لتطبيق قواعد الإثبات التقليدية التي لم تعد ملائمة للتطبيق على المعاملات الإلكترونية.

ومن جانب آخر، تظهر الصعوبة في اختيار الأطراف لقانون يتضح فيما بعد أنه لا يعترف بصحة المعاملات الإلكترونية، ولا يعترف بحجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، مما يشكل عقبة هامة.

إضافة إلى صعوبة الاستدلال على الإرادة الضمنية، بالاعتماد على القرائن في مجال معاملات التجارة الإلكترونية على النحو المبين سابقا.

ومن المفيد الإشارة إلى أنه إذا كانت قاعدة الإسناد تعطي للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فيوجد حالتين يتعين معهما على القاضي استبعاد هذا القانون، إما لتعارضه مع الأسس التي يقوم عليها قانون القاضي (الدفع بالنظام العام)، أو يرد الاستبعاد بالنظر إلى سلوك طرفي العلاقة وهو ما يعرف بالدفع بالغش نحو القانون[2].

---

(1) القواعد المادية (الموضوعية) للتجارة الإلكترونية: هي عبارة عن قواعد موحدة، صادرة عن جهات وطنية ودولية في مجال التجارة الإلكترونية كالاتفاقيات الدولية والعرف الناتج عن الممارسات التعاقدية وقضاء التحكيم الإلكتروني والعقود النموذجية وقواعد السلوك.

(2) وهو فحوى المادة 24 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب القانون رقم 05ـ10 المؤرخ 20 يونيو 2005:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ".

الفرع الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية

في ظل غياب اتفاق الأطراف في عقود التجارة الإلكترونية على القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة، واستعصى استخلاص الإرادة الضمنية التي تحدد قانون هذا العقد، وجب على القاضي أن يجتهد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بعيدا عن إرادة المتعاقدان[1]؛ وذلك من خلال اللجوء إلى عوامل ارتباط موضوعية تشير إلى القانون الذي يرتبط بالعقد ارتباطا وثيقا في اتجاهين[2]، الأول صوب الإسناد الجامد للرابطة التعاقدية، والثاني صوب الإسناد المرن للرابطة التعاقدية، وسنبين ذلك تباعا.

أولا: الإسناد الجامد للرابطة التعاقدية

يتحرى القاضي المعروض عليه النزاع عن قانون الإرادة، باعتباره القانون الذي أراد الأطراف تطبيقه على نزاعهم، وفي غياب الاتفاق على القانون الواجب التطبيق على العقد، يلجأ القاضي إلى تعيين القانون الأوثق صلة بالعقد بمقتضى ضوابط جامدة معلومة مسبقا للمتعاقدين، وهو ما يعرف بالإسناد الجامد. ويقصد به أقرب القوانين صلة بالرابطة العقدية، مثل قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة أو قانون محل إبرام العقد.

وقد تبنت أغلبية تشريعات القانون الدولي الخاص المعاصرة هذا الاتجاه، وفي ذلك نص المادة 18 من القانون المدني الجزائري وجاء فيها:" يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كان له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون محل إبرام العقد".

وكذلك نص المادة 19 من القانون المدني المصري التي تنص على أنه:" يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذي يراد تطبيقه".

وفي نفس السياق تقرر المادة العاشرة الفقرة الخامسة من القانون المدني الاسباني أن:" العقد يخضع في ظل غياب اتفاق الأطراف حول القانون الذي يحكمه لقانون الجنسية المشتركة للأطراف، فإذا اختلفت الجنسية خضع العقد لقانون الموطن المشترك، فإذا اختلفا موطنا خضع العقد لقانون محل إبرامه" [3].

وباعتبار ضوابط الإسناد الجامد معلومة مسبقا للأطراف، فإن هذا يوفر لهم نوع من الأمان لمعرفتهم المسبقة بالقانون الذي سيحكم العقد، وسنحاول فيما يلي استعراض مختلف هذه الضوابط.

---

(1) حيث أنه في ظل غياب اتفاق الأطراف صراحة في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر مختلف وسائل الاتصال الإلكترونية حول القانون الذي يحكم العقد المبرم، وكان من المتعذر على القاضي استخلاص إرادتهم الضمنية في هذا المجال، تعين على القاضي الاجتهاد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، حتى لا يقع تحت طائلة العقاب المقرر لجريمة إنكار العدالة في حالة امتناعه عن الفصل في النزاع المعروض عليه.

(2) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص323.

(3) المرجع السابق، ص 326.

ا – إسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين: اعتمدت أغلبية القوانين الوطنية ضابط الموطن المشترك للمتعاقدين، ومنها من فضله على ضابط مكان إبرام العقد.

كالتشريع الجزائري مثلا في نص المادة 18 من القانون المدني، حيث جاء في الترتيب الأول قبل قانون الجنسية المشتركة، وقبل قانون محل إبرام العقد، فإذا اتحد موطن المتعاقدين طبق قانون الدولة التي يوجد فيها هذا الموطن.

ويرجع سبب شيوع هذا المعيار إلى اعتباره أقرب قانون له رابطة أوثق بالعقد، لأن قانون الموطن هو القانون الذي يعرفه المتعاقدون بدرجة عالية مقارنة بغيره من القوانين، بحيث ينظم تصرفاتهم اليومية. فهو قانون مألوف بالنسبة لهم وهم على دراية بأحكامه. هذا العلم به لا يجعلهم في موقف مفاجئ إذا ما تم تطبيقه على العقد المبرم بينهم، ففي مقدورهم توقع ما يترتب على هذا التطبيق من أثار بالنسبة لهم.

ولكن تطبيق هذا المعيار على عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكات الإلكترونية، يتوقف عند صعوبة توطين العلاقة القانونية في مجال المعاملات الإلكترونية، فالمتعاملون عبر الانترنت لا يعتمدون على العناوين الحقيقية؛ بل يعتمد التعامل الإلكتروني في أساسه على العناوين الإلكترونية أو الافتراضية، والتي في الكثير من الأحيان لا تكون لها صلة حقيقية بالعنوان الحقيقي للطرف المتعامل، سواء بالنسبة للمستهلكين أو حتى المهنيين[1].

فبسبب تزايد الأنشطة التجارية عبر الانترنت، زادت أهمية العنوان الإلكتروني، حيث أصبحت المشاريع التجارية تتخذه كوسيلة للإعلان عن منتجاتها وخدماتها التي تقدمها للجمهور، فالعنوان الإلكتروني التي تتخذه الشركات التجارية عبر الانترنت ما هو إلا عنوان للمشروع عبر الشبكة، فهو عنوان افتراضي لأنه لا يحدد موقع الشركة على أرض الواقع، بل يحدد موقع الشركة التجارية على شبكة الانترنت.

وبالرغم من وجود مواقع تجارية عبر شبكة الانترنت لها عناوين إلكترونية ترتبط بدول معينة، إلا أنه ليس بالضرورة أن يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه.

إضافة إلى وجود الكثير من العناوين الإلكترونية تتعلق بممارسة الأنشطة التجارية، ولكنها لا تنتمي إلى دول معينة [2].

---

(1) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص334.

(2) يأخذ العنوان الإلكتروني صورتين: إما عنوان الكتروني عام أو دولي أو عنوان إلكتروني وطني أو محلي، ويقصد بالعناوين الإلكترونية العامة تلك التي لا تنتمي إلى دولة معينة، وتشير إلى أنشطة دولية توجه إلى المستهلكين مثل العناوين التي تنتهي بـ **com , org , net , gov** **edu** ويعد العنوان الإلكتروني الذي ينتهي بـ **com** من أشهر العناوين العامة ويشير إلى كل ما يتعلق بالأنشطة التجارية، أما العنوان الإلكتروني الوطني فينتهي بحرفين يشيران إلى اسم الدولة التي ينتمي إليها مثل العناوين الفرنسية تنتهي بـ **fr** والعناوين الأمريكية تنتهي بـ **us** والعناوين الجزائرية تنتهي بـ **dz** وهكذا .....

ب – إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين: على غرار التشريع الجزائري، اتجهت أغلبية التشريعات إلى إعمال ضابط الجنسية المشتركة للمتعاقدين لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد عند غياب اتفاق المتعاقدين الصريح أو الضمني للقانون الواجب تطبيقه على العقد، إلا أنها اختلفت فيما بينها حول موضع الأفضلية لهذا القانون.

غير أن الأخذ بقانون الجنسية المشتركة لا يمثل الصلة الأقوى التي تربط القانون الواجب التطبيق وفق هذا المعيار وعقود التجارة الإلكترونية، حيث أن جنسية المتعاقد أو الأطراف لا تعد عنصرا مؤثرا في المعاملات التجارية الدولية التي تتم عبر الانترنت[1]؛ لأن الطابع المفتوح للشبكة يجعل إمكانية إبرام عقود وصفقات تجارية بين أشخاص لهم جنسية مشتركة والكثيرين من جنسيات أجنبية وفرض التحقق من هوية المتعاملين ليس بالأمر الوارد في جميع معاملات التجارة الإلكترونية.

ج – إسناد الرابطة العقدية لقانون محل إبرام العقد: عند عدم الاتفاق الصريح على القانون الواجب التطبيق وتعذر على القاضي الكشف على الإرادة الضمنية للمتعاقدين، وفي حالة لم يكن لهما موطن مشترك ولا جنسية مشتركة، فيعتمد القاضي على ضابط محل الإبرام لتحديد قانون العقد، باعتباره أول مكان تتجسد فيه الإرادة.

ويعلل أصحاب هذا الاتجاه في الإسناد لقانون إبرام العقد، بأنه الصلة الأقوى التي تربط العقد بمحل نشوءه كما أنه القانون الأنسب في رجوع طرفي العقد إليه للتأكد من سلامة الشروط التي يدرجونها في العقد من الناحية القانونية، مع ضمانه لوحدة القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية[2].

ومن جانب آخر، تكفل ميزة العلم المسبق للقانون أن يعمد الأطراف لإبرام عقودهم في بلد معين تتماشى قوانينه ومقتضيات التجارة الإلكترونية، بحيث يعترف قانون بلد إبرام العقد بالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني لإثبات المعاملات الإلكترونية.

وبخلاف ما ذهب إليه مؤيدي هذا الاتجاه، باعتباره الضابط الأكثر ملائمة للعقود التجارية التقليدية وفق ما سيق من حجج، إلا أن تطور نمط المبادلات التجارية وتحولها من صورتها التقليدية إلى صورة إلكترونية، جعل مكان إبرام العقد لا يعبر بالضرورة عن الصلة الأوثق بموضوع العقد[3].

كما أن التطور الهائل التي تشهده وسائل الاتصال، نتج عنه تعدد وسائل التعاقد الحديثة وظهور وسيط إلكتروني جديد قادر على الاتصال بالشبكة بالتحام الانترنت والهاتف المحمول، وأصبح هذا الأخير وسيلة تبرم بواسطتها عقود التجارة الإلكترونية بما يعرف بـ" تجارة المحمول"، فبإمكان أي شخص إبرام عقوده بهاتفه الجوال أو حاسوبه الشخصي من أي مكان، ولو بصفة عارضة لا تحتمل وجود أية رابطة حقيقية بين

(1) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص333.

(2) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص90.

(3) المرجع السابق، ص 91.

العقد وقانون محل إبرامه، كأن يبرم العقد أثناء رحلة بالطائرة. فضلا عن ذلك تظهر وبشكل كبير صعوبة تحديد مكان إبرام العقد فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية، ويرجع ذلك لاختلاف النظم القانونية في تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، لأنه في العقود المبرمة عبر الانترنت، يصعب تحديد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية، ومكان استلامها لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني.

كما أن مكان إبرام العقد، يمكن أن لا يرتبط بعلاقة جوهرية بموضوع العقد، لأن التعاقد عبر شبكة الانترنت يفترض اتصال العقد عند إبرامه بأكثر من دولة مرتبطة بالإنترنت، ومنه فهذا المعيار صعب التطبيق في العالم الافتراضي[1].

ومن المفيد أن نشير إلى أن بعض التشريعات تأخذ بضابط آخر يتعلق بمكان تنفيذ العقد [2]، أي تطبيق قانون دولة تنفيذ العقد، عند السكوت عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد. ويبرر الإسناد إلى قانون دولة تنفيذ العقد، على أساس أن مصالح المتعاقدين والغير تتركز في دولة التنفيذ لأن اهتمامات المتعاقدان توجه إلى مكان تنفيذ العقد والتي ستتحقق معها الغاية من التعاقد[3].

كما أن القصد من إبرام العقد، هو تنفيذه ومكان تنفيذ العقد هو المكان الذي تتجسد فيه إرادة المتعاقدين وبالتالي يرتبط بشكل لا بأس به وبصفة وثيقة مكان إبرام العقد وموضوعه.

إلا أن تطبيق هذا الضابط على عقود التجارة الإلكترونية تواجهه بعض الملاحظات، فإذا ما تم تنفيذ العقد في أكثر من دولة، فقانون أية دولة يطبق باعتباره قانون مكان إبرام العقد؟ وفي فرض خضوع العقد لأكثر من قانون، فاختلاف هته القوانين يؤدي إلى الخروج عن المعيار الذي استند إليه منذ البداية.

ومن جانب آخر توجد بعض العقود في مجال التجارة الإلكترونية، تبرم وتنفذ كذلك عبر الشبكة، حيث يتم التنفيذ إلكترونيا، مثل شراء برامج الحاسوب التي يتم إنزالها وتحميلها مباشرة عبر شبكة الانترنت.

ففي هذا الفرض يصعب حقيقة معرفة وتحديد مكان تنفيذ العقد، هل هو مثلا مكان موقع التحميل أو مكان وجود الحاسب الآلي للمشتري؟

خلاصة ما سبق، هو أن عقود التجارة الإلكترونية تتم ضمن عالم افتراضي لا يعترف بالمعالم المكانية ولا يستوعبها، فالإنترنت ألغى الحدود المكانية، لهذا قد تقصر هذه الضوابط في تحديد القانون الذي يحكم عقد التجارة الإلكترونية بمتطلباته الجديدة، مما يوفر مكانا لضابط إسناد من نوع آخر لا يعتمد على محددات ثابتة تطبق على كل العقود فيصدق وصفه بالضابط المرن. ومن أجل ذلك سنركز على فكرة الأداء المميز كضابط لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية وفق الآتي.

---

(1) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص93.

(2) يعتبر الفقيه الألماني ***SAVINY*** أول من نبه إلى أهمية إسناد العقود الدولية لقانون دولة محل التنفيذ، باعتبار أن العلاقة التعاقدية ترتب آثارها في هذه الدولة، د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص331.

(3) د محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص91.

ثانيا: الإسناد المرن للرابطة التعاقدية

يعد الإسناد المرن من الضوابط الموضوعية لتعيين قانون العقد، في حال سكوت إرادة المتعاقدين عن الإشارة الصريحة أو الضمنية إلى القانون الواجب التطبيق على عقد التجارة الإلكترونية، فتعتمد الروابط المرنة على تركيز الرابطة العقدية في ضوء ظروف التعاقد في كل حالة على حدة، وصولا لتطبيق القانون الذي يشكل مركز الثقل في الرابطة العقدية [1].

وبخلاف الإسناد الجامد الذي يعتمد على محددات ثابتة تطبق على كل العقود، وما ينجم عنه من تصادم هذا المعيار وبعض أنواع العقود كما هو الحال بالنسبة للعقود الإلكترونية على الوجه المبين سابقا، فإن الإسناد المرن يقوم على أساس تفريد معاملة العقود في تحديد القانون الواجب التطبيق، حسب أهمية الالتزام الأساسي والمميز في العقد، وهو ما يعرف بفكرة الأداء المميز.

ولأهمية نظرية الأداء المميز كضابط إسناد في منازعات عقود التجارة الإلكترونية، سنحاول توضيح ذلك من خلال العناصر التالية:

ا – **المقصود بفكرة الأداء المميز للعقد:** تقوم فكرة الأداء المميز على أساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد، حسب الثقل القانوني والأهمية الواقعية للأداء، وحسب الالتزام الأساسي في العقد.

ونتيجة لذلك، ولما كان الالتزام الأساسي ليس موحدا في كل العقود، فمن الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكم العقد من عقد لآخر. فبالرغم من تعدد الالتزامات الناشئة عن العقود، إلا أن الالتزام الأساسي فيها هو المعول عليه لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد ككل حسب هذا المعيار.

والواقع أن فكرة الأداء المميز تصل العقد بالبيئة الاقتصادية والاجتماعية التي يتم أداؤه فيها. وفي الغالب يكون المدين بالأداء المميز من التجار كأصحاب المنتجات التجارية بالنسبة لما يبيعونه لعملائهم من سلع؛ أما التزام العملاء بدفع المقابل أو الثمن فهو التزام غير مميز، لأنه لا يختلف من عقد لآخر من العقود الملزمة للجانبين ولا يعد التزاما رئيسيا في هذه العقود[2]، فهو التزام تشترك فيه الكثير من العقود ولا يميزها عن بعضها.

فالأداء المميز للعقد يسمح بتمييز العقد عن غيره من العقود، وبالتالي فالنظرية تمنح لأطراف التعاقد ضابط إسناد فريد وبسيط، يتميز بسهولة العلم المسبق به، فيتوقع الأطراف بشكل مسبق القانون الذي سيحكم العقد وينظمه[3].

إضافة إلى ذلك فالنظرية تلقى التأييد لملاءمتها الطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية، فهي تزيح

---

(1) نفس المرجع السابق، ص92.

(2) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: مرجع سابق، ص 207 .

(3) **Florence MAS:** Op.cit, p38.

عقبة هامة أمام التجارة الإلكترونية، مرتبطة بصعوبة تحديد مكان إبرام ومكان تنفيذ العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت.

فضلا عن ذلك فإن الاستناد إلى ضابط الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق، يحترم الوحدة الجوهرية للعقد بإخضاع العقد لقانون واحد[1]، وهو يحول دون تجزئة العقد، وإخضاع جوانبه لقوانين مختلفة قد تتضارب فيما بينها.

وباعتبار أن للإسناد وفقا لنظرية الأداء المميز خاصيته الهامة المتمثلة في العلم المسبق به من طرف الأطراف وقت إبرام العقد، فإن الأمر يوفر نوعا من الأمان القانوني للمتعاقدين، ويحقق الاستقرار للمعاملات التجارية فيما يخص القانون الواجب التطبيق على الرابطة التعاقدية.

وبهذا وجدت الفكرة قبولا من جانب الفقه السويسري منذ ثلاثينات القرن الماضي، عندما أسند تكوين العقد إلى نفس القانون الذي يحكم آثاره، فالمعيار يلاءم كل طائفة من طوائف العقود، لتمتعه بالمرونة بالنسبة لأي ضابط آخر[2].

ب – موقف القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية من نظرية الأداء المميز: قامت الكثير من التشريعات بتبني النظرية كضابط إسناد معتمد لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، بعيدا عن ضوابط الإسناد الجامدة.

وكذلك فعل القانون الدولي الخاص السويسري في نص المادة 117 التي تنص بأنه:" يحكم العقد قانون الدولة التي يرتبط فيها بأوثق الروابط، فعند سكوت المتعاقدين عن تحديد القانون الواجب التطبيق فللقاضي الحق في البحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد ليكون واجب التطبيق عليه".

و لم يكتف المشرع السويسري عند هذا الحد، بل أشار إلى الروابط التي توجه القاضي لمعرفة القانون المطبق على العقد، وهي تلك الروابط الموجودة في الدولة التي توجد فيها الإقامة العادية للطرف الذي يجب عليه تقديم الأداء المميز، أو التي يوجد بها مقره إذا كان العقد قد أبرم في إطار ممارسة النشاط المهني أو التجاري[3].

وبمزيد من التوضيح أعطى المشرع السويسري أمثلة لبعض العقود، وحدد صاحب الأداء المميز فيها فنص على أن المدين بالأداء المميز في عقود الضمان والكفالة هو الضامن والكفيل، وصاحب الأداء المميز هو المودع لديه في عقد الوديعة.

وبالنسبة للعقود المتعلقة بالخدمات يكون المدين بالأداء المميز هو مقدم الخدمة [4].

---

(1) **Eric CAPRIOLI:** Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Litec, 2005, p42.

(2) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: مرجع سابق، ص 202.

(3) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص341.

(4) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص101.

ونصت المادة 28 من القانون الدولي الخاص الألماني لعام 1986 على أنه:"

1 ــ عند سكوت إرادة المتعاقدين عن اختيار القانون الذي يحكم العقد، يسري على هذا الأخير قانون البلد الأوثق صلة به.

2 ــ تعتبر تلك الصلة موجودة مع البلد الذي به الإقامـــة العادية للطـــرف الذي يتعين أن يقوم بالأداء المميز أو مركز إدارته الرئيسي إذا كان شخصا معنويا.

ومع ذلك إذا كان العقد يرتبط بنشاط مهني للطرف المدين بالأداء المميز، فيعتبر القانون الأوثق صلة بالعقد هو قانون الدولة التي يوجد بها مقر منشأته الرئيسية، ما لم يكن الأداء المميز مناطا بمنشأة فرعية فيطبق قانون الدولة التي توجد بها هذه المنشأة " [1].

كما أخذ بهذه النظرية القانون رقم 2001/31 الصادر في 14 يونيو 2001 الخاص بالتحكيم حيث نصت المادة 136/ب بأنه:" في حالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد القانون الواجب التطبيق، تطبق محكمة التحكيم قانون الدولة التي لديها أكثر الروابط وثوقا مع النزاع" [2].

أما فيما يخص تطبيق نظرية الأداء المميز في الاتفاقيات الدولية فنجد نص المادة الرابعة الفقرة الثانية من اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الذي قرر:"

ــ عند عدم اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد من طرف الأطراف، بأن يسري على العقد قانون الدولة التي يرتبط بها برابطة أكثر وثوقا.

ــ وتعد الروابط موجودة في الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتاد للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد.

ــ وإذا كان الطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز شركة أو شخص معنوي، فإنه يعتد بقانون الدولة التي يوجد بها مقرها الرئيسي.

ــ وفي حالة ما إذا كان الملتزم بالأداء المميز شركة أخرى غير الشركة الرئيسية، فإن قانون الدولة التي يوجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد" [3].

وتبنت اتفاقية مكسيكو في 17 مارس 1994 نفس المعيار في نص المادة التاسعة وأقرت في حالة عدم الاختيار الصريح للعقد من الأطراف، يطبق قانون الدولة التي يتصل بها العقد اتصالا وثيقا، حيث على المحكمة أن تفحص العناصر الموضوعية والشخصية المتصلة بالعقد[4]، لتحديد قانون الدولة التي يرتبط بها برابطة وثيقة.

---

(1) د صالح المنزلاوي: مرجع سابق، ص341.

(2) تم الأخذ بالنظرية في العديد من التشريعات نذكر منها القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978، القانون الدولي الخاص المجري في نص المادة 25 منه، نص المادة 1211من القانون الروسي لعام 2001، القانون الفنزويلي لسنة 1998 في نص المادة 30 منه.

(3) **Florence MAS:** Op.cit, p39.

(4) د عادل أبو هشيمه محمود حوته: مرجع سابق، ص104.

ج – تطبيق فكرة الأداء المميز وحماية المستهلك: يرى البعض أن البائع أو المورد هو المكلف بالأداء المميز وبالتالي فيطبق على العقد الذي يبرمه قانون دولته، باعتباره قانون دولة المدين بالأداء المميز[1]. وبتسليمنا أن هذا الأخير هو الطرف القوي في عقود التجارة الإلكترونية، فإن هذه العقود تخضع لقانون الدولة التي يوجد فيها مقر المنشأة الرئيسي، وبالتالي تخضع العقود التي يبرمها لنفس القانون، وهو قانون دولة المنشأة.

ولكن ماذا عن المستهلك؟ باعتبار أن عقود التجارة الإلكترونية تبرم ما بين التجار أو الشركات التجارية وتبرم أيضا ما بين التجار والمستهلكون. فالمستهلك وخاصة في العقود التي تبرم عبر الشبكات، يعتبر الطرف الضعيف لأن رضاه يكون منقوصا نوعا ما، تحت ضغط الدعاية أو الإعلان الممارس بقوة من خلال المواقع التجارية الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.

وبتطبيق نظريه الأداء المميز على عقود الاستهلاك، والتي تبرم عبر الشبكات فإنها تجعل قانون المدين بالأداء المميز هو الذي يحكم العقد، وفي هذا الفرض فصاحب الأداء المميز هو البائع مقارنة بالتزام المستهلك الذي يتلخص دائما في أداء مبلغ من النقود، مما يؤدي إلى تطبيق قانون الطرف القوي، وبالتالي الإضرار بمصالح الطرف الضعيف.

وقد يقع المستهلك في نفس الوضع حتى في ظل إعمال قانون الإرادة، حيث قد يتعمد الطرف الذي يتعامل معه على اختيار قانون لا يضمن حماية للمستهلك، أو يقدم مستوى أقل من الحماية.

أمام هذا الوضع، وبصدد حماية المستهلك في أي عملية تعاقدية، اتجه الفقه والتشريع إلى اعتماد قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك عادة هو القانون الواجب التطبيق، وبذلك يستفيد من الحماية التي توفرها قواعد قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته العادية.

وقد أخذ القانون السويسري بهذا الاتجاه في نص المادة 120 /1 من القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987 وجاء فيها[2]:

" تخضع العقود التي محلها أداء استهلاكي لقانون محل الإقامة العادية للمستهلك:

ـــ إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.

ـــ إذا كان إبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية، وقام فيها المســـتهلك بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

ـــ إذا كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها طلبه".

فالقانون السويسري، اعتمد تعطيل قانون الإرادة فلا يعتد بما اختاره الأطراف في الحالات المذكورة [3].

---

(1) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: مرجع سابق، ص 203.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص169.

(3) يرى البعض أن هذا الحل فيه مغالاة ومبالغة في حماية المستهلك، إذ لا يعقل التضحية المطلقة بقانون الإرادة لحماية المستهلك، فالأمر يستلزم التأني ولو في حالة الاختيار الصريح للقانون الواجب التطبيق، د أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص 89.

ولا يفوتنا في هذا الصدد نص المادة الخامسة الفقرة الثانية من اتفاقية روما 1980 الذي تضمن قاعدة خاصة لحماية المستهلك [1]، والذي يعتبر في نفس الوقت قيد لقانون الإرادة، بحيث يمكن استبعاده حماية لمصالح المستهلك، ومنه فالمستهلك يمكن أن يستفيد من قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته المعتاد:"

1 ــ إذا كان إبرام العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة، تقديم عرض خاص أو إعلان، وكان المستهلك قد قام في تلك الدولة بالأعمال الضرورية لإبرام العقد.

2 ــ إذا كان المهني قد تلقى طلب المستهلك في دولة الإقامة المعتادة للمستهلك.

3 ــ إذا كان عقد بيع البضائع قد أبرم بمناسبة رحلة نظمها البائع هدفها إغراء المستهلك بإبرام ذلك العقد".

وبتطبيق نص الاتفاقية في مجال عقود التجارة الإلكترونية الدولية، فلا يمكن أن نتصور إبرام هذه العقود إلا وفق الحالة الأولى المذكورة في نص المادة المشار إليها أعلاه، فعلى سبيل المثال:

- إذا ما تم عرض السلع أو الخدمات عن طريق البريد الإلكتروني، فيمكن اعتبار أن هذا العرض قد تم استقباله في محل الإقامة المعتاد للمستهلك، إذا قام المستهلك بالدخول إلى بريده الإلكتروني، ولإطلاع على العروض والإعلانات الدعائية في محل إقامته.
- وكذلك في فرض تصميم صفحات إعلانية موجهة بالذات للدولة التي يقيم فيها المستهلك.
- كما يمكن للمستهلك أن يقوم بالأعمال الضرورية لإبرام العقد في محل إقامته، كان يسجل طلبه على شبكة الانترنت أو يرد بالقبول على إيجاب البائع بواسطة البريد الإلكتروني، أو تعبئة الطلب وإرساله عبر الإنترنت [2] .

وإن كانت الوسائط الإلكترونية، خلقت تحدي هام يتمثل في الصعوبة العملية في تحديد مكان العرض أو الإعلان، إلا أن أغلبية الفقه يؤيد الأخذ بالقواعد السابقة من أجل حماية المستهلك في العقود المبرمة عبر الانترنت، باعتباره الطرف الضعيف[3].

وفي المقابل تناصر بعض الآراء تدعيم حماية المستهلك في العقود الإلكترونية باستخدام فكرة الأداء المميز بحيث تعتبر المستهلك هو صاحب الأداء المميز، فهو المدين بالأداء المميز، لأنه يتحمل في كل الأحوال دفع ثمن السلعة أو مقابل الخدمة التي يحصل عليها؛ وبالتالي يطبق على العقد قانون بلد محل إقامته، ومنه تتوفر للمستهلك حماية خاصة. ولكن إعمال هذا الرأي يستلزم بالضرورة التدخل التشريعي [4].

---

(1) **Eric CAPRIOLI:** Droit international de l'économie numérique, Op.cit, p45.

(2) د أحمد عبد الكريم سلامة: مرجع سابق، ص90.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، مرجع سابق، ص171.

(4) إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: مرجع سابق، ص 210.

بناء على ما سبق، وبالرغم من قابلية الاعتماد على ضابط الأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية مقارنة بضوابط الإسناد الأخرى، بحيث يسمح بالإسناد المستقل لكل فئة من العقود على أساس الالتزام الرئيسي فيها؛ مما يجعله ضابطا مرنا يوفر الحماية المنشودة للمتعاقدين، ويحقق عدالة أكثر وصون أكبر لمصالح الأطراف، إلا أنه لم يسلم من بعض الانتقادات:

بحيث يصعب تطبيقه بالنسبة لعقود التجارة الإلكترونية، التي تنفذ عبر الشبكة ذاتها ففي هذه الحالة الانترنت وسيلة لإبرام العقد وتنفيذه في نفس الوقت، فلا يوجد إقليم دولة معينة ينفذ فيها العقد بسبب الطبيعة غير المادية لهذه العقود.

كما أنه توجد بعض العقود ذات الطبيعة المركبة يصعب فيها تحديد الالتزام المميز حيث تتساوى الالتزامات بالنسبة للأطراف، مما يتعذر معه تعيين المدين بالأداء المميز لتحديد القانون الواجب التطبيق.

فضلا عن ذلك، أنه من غير الممكن أن نسلم بإطلاق أن الالتزام بدفع الثمن لا يعد أداء مميزا حيث يعد التزاما رئيسيا لا يقل أهمية عن التزام الطرف المقابل.

في الأخير نخلص إلى أنه تواجه التجارة الإلكترونية إشكاليات كثيرة فيما يخص القانون الواجب التطبيق على المنازعات التي تثار بشأنها. وقد استلزم قصور القواعد المادية للتجارة الإلكترونية، الرجوع إلى القواعد التقليدية والاعتماد على منهج التنازع كحل قائم يوفر بعضا من الحماية والأمان، الذي يتطلع إليه المتعاملون في هذا المجال.

ومن خلال استعراض مختلف ضوابط الإسناد المعتمدة لتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية وفقا لمنهج التنازع، يتبين أن قانون الإرادة هو ضابط الإسناد الأول الذي على القاضي التحري عنه باعتباره القانون الذي أراده الأطراف ليطبق على نزاعهم.

غير أنه في ظل غياب هذا الاتفاق، يخلق تحدي إعمال ضوابط الإسناد الأخرى التي تعتمد على الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، حتى أن هذا التحدي يعظم أكثر أمام إسناد الرابطة العقدية لقانون مكان إبرام العقد، الذي يصعب تحديده في عقود التجارة التي تبرم عبر الانترنت.

وبذلك تبقى توقعات أطراف عقد التجارة الإلكترونية، تتأرجح ما بين تطلع البائع بإعمال قانون دولة مكان عمل المورد باعتماد معيار الأداء المميز من جهة، وتوقع المشتري بتطبيق قانون دولة محل الإقامة المعتاد للمستهلك باعتماد حمايته كطرف ضعيف في هذا العقد من جهة أخرى.

وأمام الإرهاصات التي تواجهها ملائمة تطبيق قواعد التنازع على عقود التجارة الإلكترونية، فلا يعدو أن يكون حلا أفضل سوى الاتفاق الصريح في العقد ذاته يحدد القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري المبرم عبر الانترنت. هذا الفضاء الذي لا يعترف بالحدود الإقليمية والذي ينفي عن دائرته كل ما هو مادي.

الفصل الثاني

المسائل الجنائية

للتجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: المسائل الجنائية للتجارة الإلكترونية

أصبح الحاسب الآلي على مدى السنوات الماضية، ركيزة أساسية لأهداف التطور في جميع مجالات الحياة بما فيها من أنشطة مختلفة سواء كانت اقتصادية أو علمية أو غيرها. وأدى الاستخدام المضطرب للمعلوماتية سواء في شكل معلوماتية أو أساليب مستحدثة، إلى ظهور ما يعرف "بالإجرام المعلوماتي".

من جهة أخرى أحدث عصر العولمة وتقنية الاتصالات الحديثة المتمثلة بشبكة الانترنت، نقلة نوعية في التعامل التجاري، حيث أزالت هذه التقنيات الحدود الاقتصادية بين الدول. ولما لهذه التقنيات من أثر كبير في تمكين الشركات من تحقيق إيرادات وأرباح كانت أقرب إلى الخيال بالماضي، فقد بدأت الشركات بشتى أشكالها تسعى إلى الخوض في تلك التقنيات بشكل عام وبتقنية التجارة الإلكترونية بشكل خاص، لتحقيق المكاسب الخيالية، والسعي إلى المنافسة واكتساح الأسواق العالمية.

ومع بداية انتشار الانترنت وتنامي استخدامه في المعاملات التجارية الإلكترونية، ودخول جميع فئات المجتمع إلى قائمة المستخدمين، ازدادت مع الوقت الجرائم المصاحبة لاستعمال الشبكة وتعددت صورها وأشكالها الإلكترونية؛ وهو ما يفند في النهاية أهم وأخطر التحديات والمسائل الجنائية التي تواجه المعاملات التجارية الإلكترونية، والذي يؤثر سلبا من الناحية الاقتصادية على حجم هذه التجارة.

وعلى إثر التوجه العام لاستغلال التقنية وتطبيق المفاهيم الجديدة للتجارة الإلكترونية، شاعت طائفة جديدة أو مستحدثة من الإجرام المعلوماتي، والتي تستهدف بيانات هذه التجارة كالدخول أو البقاء الغير المصرح به إلى أنظمة الحاسوب، وكذا التلاعب بمعطيات أنظمة المعلومات للتجارة الإلكترونية. فضلا عن شيوع الجريمة التقنية في مظهرها القديم باستخدام تقنيات فائقة الدقة، التي تستوعبها منظومة النشاط الإجرامي التقليدي مستهدفة بشكل مباشر الأموال المتداولة في التجارة الإلكترونية، كجرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة.

تأسيسا على ما سبق، ولما كان هذا النوع من الجرائم المعلوماتية يشكّل تهديدا وتحديا خطيرا باعتباره الظاهرة الإجرامية المتصاعدة في ظل ثورة المعلومات الحاسوبية، وافتقار كثير من دول العالم لقوانين خاصة لمواجهة هذه الجرائم المدمرة في الفضاء الإلكتروني الرحب؛ مع وجود عصابات منظمة تطور نفسها باستمرار لتحقيق أهدافها التخريبية لاقتصاديات الدول واختراق نظم الحماية والمواقع، وكذا اختراق شبكات البنوك والمؤسسات المالية الضخمة، وبخاصة في ظل التوسُّع في التجارة الإلكترونية. فمن المهم جدا بسط البحث ومحاولة معالجة هذه المسائل الجنائية التي تمس التجارة الإلكترونية من خلال المبحثين على التوالي:

المبحث الأول: جرائم الإضرار ببيانات التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: جرائم الإضرار بأموال التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: جرائم الإضرار ببيانات التجارة الإلكترونية

تقوم التجارة الإلكترونية على أساس إجراء عمليات تجارية عن طريق وسيط إلكتروني، فكل ما يتعلق بعمليات التجارة الإلكترونية من بيع أو تفاوض أو عقود محلها بيانات معالجة إلكترونيا[1]. فنظام التجارة الإلكترونية هو نظام معلوماتي يستند إلى قاعدة بيانات مثل أي نظام معلوماتي آخر[2]، وبالتالي يتعرض لأي مخاطر تهدد النظم المعلوماتية [3].

وتعد جرائم الإضرار بالبيانات من أشد الجرائم المعلوماتية خطورة وتأثيرا وأكثرها حدوثا وتحقيقا للخسائر للأفراد والشركات[4]، حيث أدى ربط الحاسبات الآلية بعضها بالبعض الآخر عن طريق شبكات المعلومات إلى سرعة انتقال المعلومات من جهة، وإلى سهولة التطفل عليها من جهة أخرى؛ عن طريق استخدام التقنية الحديثة التي تسمح للمتطفلين من أي مسافة يتواجدون فيها بالولوج إلى أنظمة المعلومات وقواعد البيانات المستهدفة دون أي مساس مادي أو ترك أثر يدل على انتهاك المعلومات[5]. الأمر الذي يشكل في النهاية جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما إلى النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية ﴿ *المطلب الأول* ﴾.

كما قد تمتد صور الجرائم المعلوماتية التي تمس بـــيانات التـــجارة الإلكترونية، لتشمل كل أنشطة إدخال أو تعديل أو محو للمعلومات وقواعد البيانات الموجودة بصورة إلكترونية على الحواسب الآلية المتصلة أو غير المتصلة بشبكات المعلومات؛ بهدف أن يحقق النظام المعلوماتي نتائج مغايرة لتلك التي كان يجب أن يحققها بغرض الاستفادة المادية أو المعنوية من البيانات والمعلومات التي تم المساس بها، أو بغرض الإضرار بالجهة صاحبة النظام، على نحو يؤثر سلبا على النشاط التجاري الإلكتروني، ويطلق على الجريمة التلاعب بمعطيات النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية ﴿ *المطلب الثاني* ﴾.

---

(1) تختلف البيانات أو المعطيات عن المعلومات، ذلك أن البيانات مجموعة من الحقائق أو القياسات أو المعطيات التي تتمثل في شكل أرقام أو حروف أو رموز، تتعلق بفكرة أو بموضوع معين، أما المعلومات فهي نتاج معالجة البيانات داخل الحاسب الآلي؛ من جهة أخرى تختلف المعلومات عن البرامج، ذلك أن البرنامج هو مجموعة من التعليمات يتم إدخالها إلى الحاسب لأداء وظيفته، كإدخال البيانات وتخزينها ومعالجتها وإخراجها في صورة معلومات، أكثر تفصيل محمود أحمد عبابنة: جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة، 2005، ص 92 .

(2) يعرف النظام المعلوماتي بأنه:" النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل بيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر" كما يعرف بأنه:" آلية وإجراءات منظمة تسمح بتجميع وتصنيف وفرز البيانات ومعالجتها، ومن ثم تحويلها إلى معلومات تسترجع عند الحاجة ليتمكن الشخص من إنجاز عمل أو اتخاذ قرار أو القيام بأية وظيفة عن طريق المعرفة التي يحصل عليها من المعلومات المسترجعة من النظام، وقد يتم استرجاع المعلومات يدويا أو إلكترونيا وهذا هو الغالب في نظم المعلومات المعاصرة"، د خالد ممدوح إبراهيم: أمن الجريمة الإلكترونية، الدار الجامعية الإسكندرية، 2008، ص 18 ، 19.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 346.

(4) يمكن تصور الجرائم المعلوماتية من زاويتين بحسب دورها في التجريم، فمن الزاوية الأولى تكون المعلوماتية وسيلة أو أداة للاعتداء، فيستخدمها الجاني لتنفيذ جرائمه كسرقة بطاقات الائتمان، ومن الزاوية الثانية تكون المعلوماتية موضوعا أو محلا للاعتداء، حيث يتم الاعتداء على المال المعلوماتي، ويقصد بالمال المعلوماتي الحاسوب بكل مكوناته سواء الكيان المادي أو المنطقي.

(5) د محمد سامي الشوا: ثورة المعلومات و انعكاساتها على قانون العقوبات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2003، ص 176.

المطلب الأول : جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما إلى النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية

في ظل خاصية الانفتاح التي تتميز بها شبكة الانترنت، حيث تعتبر عابرة للحدود بطبيعتها، سارعت المشاريع التجارية إلى فرض وجودها ضمن هذا الفضاء الجديد، من خلال إنشاء مواقع لها على الشبكة، تعبر عن نشاطها وتميز منتجاتها وخدماتها، وبذلك أصبحت مواقع الانترنت الوسيلة الأساسية للقيام بعمليات التجارة الإلكترونية.

وتصنف جرائم الاعتداء على مواقع التجارة الإلكترونية ضمن الجرائم المعلوماتية، وبالأخص ضمن جرائم التعدي على نظام المعالجة الآلية للبيانات أو المعطيات، فاختراق موقع التجارة الإلكتروني هو اختراق لنظامها المعلوماتي الذي يستند إلى قاعدة بيانات تخدم هذه التجارة[1]. وبما أن التجارة الإلكترونية تعتمد على تقنية المعالجة الإلكترونية للمعطيات والبيانات، فإن الاعتداء على مواقعها لا يخرج عن كونه أحد تطبيقات الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات.

من جهة أخرى لا بد من التنويه إلى اشتراط وجود نظام معلوماتي يلزم تحققه للقول بوجود اعتداء من عدمه، فلا يمكن ارتكاب جريمة معلوماتية إلا بالتعامل مع نظام المعالجة الآلية للمعطيات، باعتباره مرحلة ضرورية لكل جريمة تدخل في عداد هذه الجرائم، وتتخذ هذه المرحلة صورة الدخول الغير مشروع والغير مصرح به إلى النظام المعلوماتي للوصول إلى البيانات والمعطيات، كما قد تتعدى ذلك إلى البقاء فيه [2].

فإذا ما سلمنا بوجود اعـــتداء أو خرق لموقع ما من مواقع التجارة الإلكترونية في دولة ما أو مشروع ما فلا بد من أن يكون هناك بالطبع قاعدة معالجة آلية للبيانات والمعطيات التي تتعلق بهذه التجارة الإلكترونية [3].

وتأسيسا على ما تقدم ونظرا لخطورة هذا النوع من الجرائم على مستقبل التجارة الإلكترونية ولأهمية الأضرار المترتبة عنها، يقتضي تناول جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما إلى النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية التعرض للركن المادي لهذه الجريمة (الفرع الأول)، وكذا الركن المعنوي لها (الفرع الثاني).

---

(1) يقصد بقاعدة البيانات تلك المخزونة عن موضوع ما داخل الكمبيوتر أو على قرص منفصل، كقاعدة البيانات التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني ومنها البيانات المتعلقة باسم صاحب التوقيع ومهنته وكافة بياناته الشخصية وكافة المعلومات المتعلقة بذلك التوقيع؛ أما النظام المعلوماتي فهو عبارة عن بيانات تم معالجتها بطرق إلكترونية معينة، فصارت برنامجا تطبيقيا تم تحميله على الكمبيوتر من أجل تشغيله والحصول على نتائج معينة خاصة بالتوقيع الإلكتروني ،أكثر تفصيل نافذ ياسين محمد المدهون، مرجع سابق، ص 364.

(2) وإن كان التعامل مع النظام المعلوماتي يشترط ابتداء كمرحلة ضرورية لارتكاب أي جريمة تدخل في عدادا الجرائم المعلوماتية، إلا أنه في حالات أخرى قد يقصد في ذاته بحيث لا يكون الغرض من إتيانه ارتكاب جريمة ما، د نائلة عادل محمد فريد قورة: جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 200، ص 313.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذج، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006 ص 347.

الفرع الأول: الركـــــن المـــادي

يقصد بالركن المادي للجريمة أو الواقعة الإجرامية، سلوك إجرامي بارتكاب فعل جرمه القانون، أو الامتناع عن فعل أمر به القانون. فهو السلوك المادي الخارجي الذي ينص القانون على تجريمه، أي بعبارة أوسع كل ما يدخل في كيان الجريمة، وتكون له صبغة مادية، وهو ضروري لقيامها، إذ لا يعرف القانون جرائم بدون ركن مادي، ولذلك يسمى بماديات الجريمة [1].

وحيث أن جريمة الدخول غير المشروع أو غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية والمعلومات التي يحتوي عليها تقوم بفعل الدخول الذي يطلق عليه الدخول المنطقي، فالجريمة لا تتحقق إلا عندما يتحقق الدخول. ومن هنا يقتضي تناول الركن المادي لجريمة الدخول والبقاء غير المشروع إلى النظام المعلوماتي أن نبين أنواع السلوك الإجرامي لهذه الجريمة (أولا)، ثم نعمد إلى توضيح المحل الذي ينصب عليه الدخول (ثانيا).

أولا: السلوك الإجرامي

إن السلوك الإجرامي بشكل عام قد يأخذ صورة إيجابية أو صورة سلبية، وحيث أن الدخول يتطلب من الجاني مباشرة نشاط إيجابي فإن النشاط في هذه الجريمة هو نشاط إيجابي، ولا يمكن أن يتحقق بفعل سلبي وهو نفس ما نجده في جريمة البقاء غير المشروع أو غير المصرح به داخل النظام المعلوماتي؛ حيث أن المشرع يلقي على عاتق الشخص واجب، مضمونه عدم البقاء في النظام أي عليه الخروج من النظام، وبالتالي عليه القيام بفعل إيجابي هو قطع الاتصال وعدم الإبقاء عليه.

<u>ا – الدخول غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات:</u> سبق التنويه إلى أن التجارة الإلكترونية تعتمد على تقنية المعالجة الإلكترونية للمعطيات والبيانات، وعليه فإن الاعتداء على مواقعها لا يخرج عن كونه أحد تطبيقات الاعتداء على نظم المعالجة الآلية للمعطيات[2].

والمعالجة الآلية للمعلومات، هي مجموعة العمليات التي تتم آليا باستخدام الحاسب الآلي، وتتعلق بجمع البيانات وإدخالها إلى الحاسب الآلي ومعالجتها وفقا لبرامج، وصولا إلى إخراجـــها على شكل معلومات لها دلالة خاصة.

---

(1) د محمد حماد مرهج الهيتي: جرائم الحاسوب ماهيتها موضوعها أهم صورها الصعوبات التي تواجهها، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار المناهج للطبع والتوزيع، 2005، ص 182.

(2) عرف الفقه الفرنسي نظام المعالجة الآلية للبيانات بأنه: كل مركب يتكون من وحدة أو مجموعة وحدات معالجة، والتي تتكون كل منها من الذاكرة والبرامج والمعطيات وأجهزة الإدخال والإخراج وأجهزة الربط، والتي يربط بينها مجموعة من العلاقات، التي عن طريقها تحقق نتيجة معينة وهي معالجة المعطيات، على أن يكون هذا المركب خاضع لنظام الحماية الفنية. كما ورد تعريف له ضمن نص المادة الثانية من الاتفاقية الدولية للإجرام المعلوماتي التي أبرمت بتاريخ 2001/11/08 من طرف المجلس الأوروبي على النحو التالي:

Système informatique désigne tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement Automatisé de données.

وعلى ذلك فهذه الجرائم محل الدراسة، تتطلب ابتداء توافر نظام المعالجة الآلية للمعطيات بمكوناته المادية والمعنوية، فإذا وقع الاعتداء على عنصر بمفرده لا يشكل جزءا من هذا النظام، فلا يعتبر جريمة من الجرائم الماسة بالمعلوماتية.

وقد تعرضت الكثير من أنظمة الحاسب الآلي، وبصفة خاصة تلك التي تعمل من خلال شبكات المعلومات كالتي تخص عمليات التجارة الإلكترونية إلى الاختراق بواسطة أشخاص غير مرخص لهم بالدخول إليها. وفي هذا الصدد جرم المشرع الجزائري فعل الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات من خلال نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[1]، والتي تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج".

من خلال النص يتضح أن المشرع الجزائري لم يحدد وسيلة **الدخول** إلى النظام واختراقه على غرار باقي التشريعات، فتقع الجريمة باستخدام أية وسيلة تقنية، مثل انتهاك كلمة السر أو عن طريق استخدام برامج أو شفرات [2]، أو بواسطة استغلال ضعف النظام في حد ذاته [3].

والدخول هنا يجب أن لا يحمل على المعنى المادي لهذا اللفظ، وإنما يجب أن يأخذ على أنه إجراء الاتصال

---

(1) لاحظ المشرع الجزائري خطورة أفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب، وتدخل لتوفير حماية جنائية لها في ظل القانون 15/04 المعدل والمتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، بإدماج أحكام خاصة بالإجرام المعلوماتي في صلب قانون العقوبات، فاستحدث نصوص خاصة بالجرائم الماسة بالأنظمة المعلوماتية. ومن جانب آخر ونظرا لما تتميز به هذه الجرائم من طابع فني خاص الذي يضيف إلحاحا أكبر ومبررا كافيا للمطالبة بنصوص خاصة لمكافحتها، قام المشرع الجزائري مسايرة منه لموجة الإصلاحات التشريعية بإصدار القانون رقم 04/09 في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها.

(2) يوجد العديد من البرامج المستخدمة لتخطي أنظمة الحماية الفنية، تزود الأنظمة المعلوماتية بحماية فنية، للحيلولة دون الدخول غير المشروع لها في الحالات الطارئة كحالات احتلال وظائف الحاسب أو توقفه عن العمل.

(3) نتيجة لظهور التقنيات المتطورة والفائقة الدقة والتي لها صلة بالنظام المعلوماتي، فقد نشأت بالمقابل إمكانيات مستحدثة للدخول أو الولوج للنظام المعلوماتي وقد يأخذ الدخول الأشكال الآتية:

ا – توصيل خطوط تحويلية لالتقاط المعلومات المتواجدة ما بين النظام المعلوماتي والنهاية الطرفية، وإرسال المعلومات المختلسة إلى النهاية الطرفية عن طريق إشارات إلكترونية.

ب – تسجيل ثم حل شفرة الإشعاعات الالكترومغناطيسية، المنبثة بواسطة أجهزة إلكترونية لالتقاط الإشعاعات الصادرة عن النظام المعلوماتي ومثال ذلك قيام شخص باختلاس أموال عن طريق التقاط أمر بتحويل مرسل من بنك إلى آخر بعدما تمكن من تزييف الرسالة بأمر دفع نفس المبلغ لحساب قام بفتحه باسمه.

ج – الولوج غير المشروع عن طريق نهاية طرفية بعيدة، عن طريق نظام معلوماتي و معرفة كلمة السر أو مفتاح الشفرة المناسب، د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 192.

بالنظام بأي طريقة من الطرق اللازمة لذلك [1]، غير أن الأمر الذي يستدعي الوقوف عنده هو أن المشرع قد تطلب الدخول إلى النظام بطريق الغش [2]، فما المقصود بالدخول في هذا المقام ؟

لا يشكل الدخول أو الولوج إلى نظام المعلوماتية فعلا غير مشروع [3]، فوجه التجريم في الفعل هو الدخول إلى النظام بدون وجه حق، أي أن يكون الاتصال بطريق الغش، إذ يستمد الدخول في هذه الحالة عدم مشروعيته من كونه غير مصرح به.

ويمكن القول بصفة عامة أن الدخول غير المشروع أو غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات يتحقق بالوصول إلى المعلومات والبيانات المخزونة داخل نظام الحاسب دون رضا المسؤول عن هذا النظام أو المعلومات التي يحتوي عليها.

ولكي تقوم هذه الجريمة يجب أن يتحقق اتصال فعلي من قبل الجاني بالنظام، إذ لا يكفي مجرد القيام بعدة محاولات للولوج أو الاتصال دون تحقق الدخول، لجهل الجاني بالطريقة الصحيحة لاختراق النظام، أو عدم معرفة كلمة السر أو عدم تمكنه من تخطي برامج الحماية المخصصة لردع مثل هذه المحاولات[4].

وتقع هذه الجريمة من أي شخص مهما كانت صفته، سواء كان يعمل في مجال الأنظمة أم لا، وسواء كانت له المقدرة على الاستفادة من النظام أم لا. فيكفي أن يكون الجاني ممن ليس لهم الحق بالدخول إلى النظام فالدخـــول غير المشـــروع يستمد عدم مشـــروعيته من كونه غير مصرح به سواء كان مقصودا في حد ذاته

---

(1) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 182.

(2) من الملاحظ أن المشرع الجزائري لم يعرف فعل الدخول حيث ورد نص الكلمة مجردا دون إعطاء معنى له، إلا أن الفقه الفرنسي يشبه فعل الدخول بمثابة الدخول إلى ذاكرة الإنسان في مدلوله المعنوي، وفي مدلوله المادي أن يكون الشخص قد حاول الدخول أو دخل بالفعل إلى النظام المعلوماتي، وينصرف مدلول كلمة الدخول ليشمل كافة الأفعال التي تسمح بالولوج إلى هذا النظام والإحاطة والسيطرة على المعطيات التي يتكون منها أو الخدمات التي يقدمها. ومن المهم الإشارة هنا إلى أن المقصود من فعل الدخول ينطوي على نشاط ذهني يقوم به الفاعل، وليس نشاطا ماديا محضا، د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 332.

(3) المعنى اللغوي لكلمة دخول يعني النفاذ واختراق مكان مادي، وهذا المعنى لا يمكن تطبيقه بشأن الدخول إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات لأنه لا يمكن الدخول إلى هذه الأنظمة بالطريقة ذاتها باعتبارها ظاهرة غير مادية، أكثر تفصيل محمد خليفة: الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 141.

(4) نظرا لكون الأضرار التي تصيب النظام المعلوماتي من جراء الاعتداء عليه بصفة عامة تؤدي إلي تدمير النظام بصفة كلية أو جزئية، وبصفة خاصة في مجالات التوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية والبريد الإلكتروني، مما ينعكس سلبا على مستقبل هذا النوع الجديد من المبادلات التجارية الإلكترونية؛ يبذل ذوي الاختصاص في مجال صناعة وتطوير البرامج والأنظمة المعلوماتية جهودا ضخمة من أجل توفير وتطوير شتى أنواع نظم الحماية الفنية لها، بهدف أمن المعلومات والبيانات التي تحتويها من الإطلاع عليها أو سرقتها أو التلاعب بها. وقد أثار شرط وجوب الحماية الفنية لأنظمة المعلومات لقيام جرائم الاعتداء عليها جدلا فقهيا، حيث يرى جانب منه أن الاعتداء على نظام الحماية الفنية شرط مفترض لقيام الجرائم التي تمس الأنظمة المعلوماتية، باعتبار أن عدم التسليم بضرورة هذا الشرط مفاده التوسع في مجال التجريم؛ أما الرأي الغالب في الفقه الفرنسي فيتجه إلى أن شرط توافر الحماية الفنية ليس ضروريا، فحسب هذا الرأي أن وجود نظام الحماية الفنية، يتجلى دوره بشكل جلي في إثبات سوء نية من قام باختراق النظام المعلوماتي والدخول إليه بصورة غير مشروعة وبطريق الغش. وهنا من المفيد أن نشير أن المشرع الجزائري في محل النص على جريمة الدخول غير المشروع إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات، لم يشترط الحماية الفنية حتى تقوم الجريمة مسايرا في ذلك المشرع الفرنسي وأغلبية التشريعات المقارنة الأخرى.

أو وسيلة لتحقيق غاية أخرى، فمناط عدم المشروعية إذن انعدام سلطة الفاعل في الدخول مع علمه بذلك سواء تم دون تصريح، أو تجاوز التصريح الممنوح له بالدخول إلى معطيات لا يشملها التصريح.

ففي الحالة الأولى وهي حالة عدم وجود تصريح بالدخول، فلا يكون للشخص الذي يدخل النظام أي علاقة بالنظام لكونه من غير العاملين بالجهة صاحبة النظام، كالشركة صاحب الموقع التجاري الإلكتروني أو لأنه من العاملين ولكن ليس له رخصة الدخول، وفي كلتا الحالتين فإن هذا الشخص لا يحوز ترخيصا يسمح له بالاتصال بالنظام مما يجعل دخوله غير مشروع.

فضلا عن ذلك فإن الدخول يعد غير مشروع متى كان ضد ومخالفا لإرادة صاحب النظام، أو من له حق السيطرة عليه، كأن يضع بعض القيود للدخول و لم يحترمها الجاني[1]. ويتحقق حتى في حالة تطلب الأمر سداد مبلغ معين للدخول كما الحال بالنسبة لبعض المواقع، وتحايل الجاني ودخل دون ذلك[2].

أما الحالة الثانية وهي حالة تجاوز التصريح بالدخول إلى النظام، فقد يصرح للشخص بالدخول إلى النظام في حدود معينة، لكن الفاعل يقوم بتجاوز هذه الحدود والسلطة المخولة له بدخوله إلى النظام المعلوماتي في غير الحالات المرخص له فيها بذلك.

والغالب أن يملك الشخص الذي يدخل النظام تصريحا خاصا أي غير عام، بحيث لا يشمل كامل النظام بل جزء منه فقط؛ وعليه فيكون دخوله مشروعا في حدود التصريح الخاص، أما وإن تجاوزه إلى الجزء غير المصرح به فيعتبر دخوله غير مشروع[3].

من جانب آخر اختلف موقف القضاء في إضفاء وصف الدخول غير المصرح به، متى تم الدخول المصرح به لغرض يخالف الغرض الذي منح من أجله التصريح. ففيما ذهب القضاء الانجليزي إلى عدم تجريم الدخول في هذه الحالة، تبنى القضاء الأمريكي رأي مخالف، حيث اعتبر الدخول غير مشروع متى تعارض غرض الدخول مع الغرض الأصلي الذي منح من أجله التصريح بالدخول[4].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 356.

(2) هناك من يرى أن جريمة الدخول غير المصرح به لا تقوم في حالة الدخول إلى نظام معين دون دفع ثمن الاشتراك، ويبرر ذلك بأن تجريم الدخول غير المصرح به يهدف إلى حماية المعلومات من الوصول إليها من قبل أشخاص ليس لهم الحق في ذلك وهي حماية لسرية المعلومات، ولا يتحقق ذلك في حالة الدخول مع عدم سداد الثمن؛ لأن هذا الشرط إنما هو شرط تنظيمي للدخول إلى النظام الذي يعد في هذه الحالة مصرحا بالدخول من قبل أي شخص سدد الثمن المطلوب مقابل هذا الدخول، فالمعلومات التي يحتوي عليها تتمتع بالسرية في مواجهة البعض، وهي المصلحة التي يحميها القانون في جريمة الدخول غير المصرح به، محمد خليفة: مرجع سابق، ص 145.

(3) في بعض الحالات يكون التصريح بالدخول إلى النظام مقيدا من حيث الزمان، بحيث يتم تحديد وقت محدد لا يجوز تجاوزه، وهنا يوجد رأي مفاده أن التجاوز في الوقت المحدد للدخول يجعل هذا الأخير غير مصرح به وغير مشروع، إلا أن العلة من التجريم والمتمثلة في حماية المعلومات والحفاظ على سريتها تكاد تنتفي في هذه الحالة، فالدخول والإطلاع على المعلومات قد تم بموافقة المسؤول عن النظام، مشار إليه لدى د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 338.

(4) نجاة عباوي: جرائم المعلوماتية في التشريع الجزائي الجزائري، رسالة ماجيستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، 2008 ص 231،232.

وإن كان الهدف من تجريم الدخول غير المشروع هو منع اقتحام النظام الآلي لمعالجة المعلومات في حد ذاته فهل يجب أن يكون الدخول إلى النظام منتجا لأثره، أي أن يؤدي إلى تحقيق نتيجة إجرامية محددة وهي الوصول إلى المعطيات والبيانات المختلفة التي يحتوي عليها النظام، أم أن الجريمة تتم بمجرد هذا الدخول بغض النظر عن الوصول إلى هذه المعطيات؟

يرى بعض الفقه أنه ليس من الضروري أن ينجح الفاعل في الوصول إلى المعلومات أو البرامج كي يتم النشاط الإجرامي في جريمة الدخول غير المصرح به، بل يكفي الدخول المجرد إلى النظام. ورغم أن العلة من تجريم الدخول هي حماية المعلومات والبرامج من الوصول إليها والتلاعب بها، إلا أن هذه الجريمة هي من الجرائم التي تمثل عدوانا محتملا على الحق، وليست من الجرائم التي تتمثل في تحقق العدوان على الحق الذي يحميه القانون[1].

وتذهب أغلبية التشريعات التي جرمت الدخول غير المصرح به إلى نظم المعلوماتية، إلى العقاب على فعل الدخول المجرد، ولو لم يترتب على دخوله ضرر، أو لم تتحقق له فائدة من جراء هذا الدخول غير المشروع [2].

وهو ما انتهجه المشرع الجزائري، إذ جرم مجرد الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، دون اشتراط الوصول إلى المعلومات. كما جرم الشروع في الدخول غير المصرح به درءا لكل اعتداء على الأنظمة المعلوماتية وحماية للنظام وللمعلومات التي يحتوي عليها. وحسنا فعل بعدم اشتراطه الوصول للمعلومات لتجريم الدخول غير المصرح به، وهو الأمر الذي يضيق كثيرا من نطاق التجريم [3].

ب – البقاء غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات: يعرف الفقه الجنائي فعل البقاء غير المشروع بأنه:"التواجد داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات ضد إرادة من له الحق في السيطرة على هذا النظام" ووفقا لهذا الرأي أنه يعد من صور فعل البقاء المعاقب عليه، أن يظل الجاني باقيا داخل النظام بعد المدة المحددة له للبقاء داخله [4]، وكذا حالة الإبقاء على الاتصال والمكوث داخل النظام والامتناع عن قطع الاتصال عند إدراك الفاعل أن وجوده فيه غير مشروع.

فهذه الجريمة تتطلب الخروج من البرنامج أو النظام وقطع الاتصال أو عدم الإبقاء عليه، ومن ثم الخروج من النظام في حالة تحقق الاتصال، مما يعني أن الاتصال على الأغلب سوف لن يكون مقصودا، وإلا تحققت الصورة الأولى (الدخول غير المشروع). أي أن هذه الجريمة يمكن أن تتحقق في حالة الاتصال بنظم المعلوماتية

(1) دنائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 343.

(2) من بين التشريعات التي أخذت بالرأي المتقدم نجد تشريع كل من فرنسا، اليونان، البرتغال، فنلندا، السويد، في حين توجد تشريعات أخرى تتطلب الوصول إلى المعلومات التي يتضمنها النظام المعلوماتي لقيام جريمة الدخول غير المصرح به للنظام، من بينها تشريع الولايات المتحدة الأمريكية، وأستراليا.

(3) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص246.

(4) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص360.

عن طريق الخطأ، ومع ذلك لا يقوم الجاني بما هو مطلوب منه فيبقى في النظام، في حين عليه أن يخرج منه بقطع الاتصال به.

ويبدأ الركن المادي للجريمة، لحظة إدراك الفاعل حقيقة الاتصال الحاصل، وبقاءه ضمن نظام المعلوماتية دون حق يجيز إجراء الاتصال أو الإبقاء عليه[1].

ولا شك أن البقاء داخل النظام المعلوماتي عن طريق الخطأ، لا يختلف عن الدخول غير المصرح به من حيث وجوب التجريم، فاتجاه إرادة الفاعل إلى البقاء داخل هذا النظام على الرغم من معرفته أنه غير مصرح له بالدخول إليه، لا يختلف في جوهره عن الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي؛ فالنتيجة الإجرامية في الحالتين واحدة، وهي الوصول إلى نظام غير مصرح بالدخول إليه، فالمصلحة التي يحميها القانون ألا وهي حماية النظام المعلوماتي واحدة في الحالتين[2] .

ويمكن تمييز البقاء غير المصرح به عن الدخول غير المصرح به حسب رأي بعض الفقه، في أن جريمة الدخول جريمة إيجابية تقتضي إتيان فعل الدخول، في حين تقوم جريمة البقاء بسلوك إجرامي سلبي. فرغم دخول الجاني بالصدفة أو عن طريق الخطأ، ورغم علمه أن ذلك غير مشروع فهو يرفض الخروج من النظام أو يمتنع عن الخروج، لذلك فالنشاط الإجرامي يمثل في هذه الصورة سلوكا سلبيا من الجاني[3].

بينما يرى جانب آخر من الفقه، أنه على الجاني في جريمة البقاء أن يقوم بفعل إيجابي، هو قطع الاتصال فهذه الجريمة حسب رأي هذا الجانب هي من طائفة جرائم الامتناع التي تتحقق بفعل إيجابي[4] .

وقد يتحقق البقاء غير المصرح به داخل النظام المعلوماتي مستقلا عن الدخول غير المصرح به إلى النظام وقد يجتمعان[5] ، فيكون البقاء غير مشروع استقلالا حين يكون الدخول إلى النظام مشروعا، كحالة الدخول إلى النظام بالصدفة أو عن طريق الخطأ، إذ في هذه الحالة على الفاعل أن ينسحب فورا. أما بقاءه رغم ذلك فيشكل بقاء غير مشروع متى توافر الركن المعنوي طبعا. وقد يجتمع الدخول غير المشروع مع البقاء غير المشروع، متى كان الدخول عن طريق الغش وضد إرادة من له حق السيطرة على النظام يعقبه بقاء داخل النظام بعد ذلك[6].

---

(1) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص233.

(2) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص346.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص360.

(4) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 190.

(5) في بعض الحالات، قد يجد الجاني نفسه في قاعدة بيانات تتعلق بموقع للتجارة الإلكترونية وتتضمن معلومات غير مرخص الإطلاع عليها مثلا بطريق الخطأ، ويحاول قطع الاتصال ولكنه يفشل لسبب ما، فجريمة البقاء تتحقق بحق الجاني؛ والقول بغير ذلك يؤدي إلى تعطيل الحكمة من وراء النص بتجريم البقاء غير المشروع، وهي حماية النظام المعلوماتي وسرية المعلومات، خاصة لو تسبب هذا البقاء وعدم قطع الاتصال أضرار لحقت النظام المعلوماتي المعني.

(6) آمال قارة: الحماية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، 2007، ص 110.

ثانيا: محل الدخول والبقاء غير المصرح به

يختلف المحل الذي يتخذه الركن المادي في جريمة الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية. ويتم عادة التفرقة في هذا الخصوص بين العمليات التي تنطوي على اعتراض لعمليات الاتصال من أجل الدخول إلى أحد الأنظمة، وبين الدخول المباشر إلى هذه الأنظمة[1].

وباستقراء مختلف التشريعات في موضع النص عن الجريمة، نجد أن محل جريمة الدخول غير المصرح به لا يخرج عن ثلاثة صور: الأولى المعلومات في حد ذاتها، الثانية نظام المعالجة الآلية للمعطيات، الثالثة شبكات المعلومات[2]. وقد اختلفت السياسات التشريعية فيما بينها في تحديد هذا المحل من بين صوره الثلاثة المتقدمة.

ا – الاتجاه الأول: اتجه المشرع في بعض الدول، إلى تجريم الدخول غير المصرح به إلى أنظمة المعلومات منظور إليها بالمعنى الموسع، لتشمل إلى جانب أنظمة الحاسب شبكات المعلومات؛ وبالتالي يشمل التجريم في هذه التشريعات عمليات الاعتراض غير المشروعة للاتصالات التي تتم من خلال الدخول إلى الشبكات [3].

ومثال ذلك ما اتجه إليه المشرع الفرنسي في نص المادة 321 الفقرة الأولى من قانون العقوبات[4]، والتي تجرم فعل الدخول والبقاء غير المصرح به داخل نظم المعالجة الآلية للمعطيات بالمعنى الموسع للكلمة. وتجرم المادة الدخول إلى كل النظام أو إلى جزء منه كشرط لقيام الجريمة، ولا تقوم الجريمة بالدخول إلى أي عنصر يحتوي على معلومات متى كان بمعزل عن نظام المعالجة الآلية للمعطيات.

وقد جاءت صياغة نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري[5]، مماثلة لنص المادة 321 /1

---

(1) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص322.

(2) قد يتمثل الفعل الذي يكون الركن المادي في الدخول المباشر إلى المعلومات أو النظام، أو الدخول غير المباشر، فالدخول بطريقة مباشرة يتم عن طريق الحاسب الآلي الذي يحتوي على المعلومات والنظام. وغالبا ما يقوم بهذا النوع من الدخول العاملين بالمؤسسات والشركات التجارية المجني عليها. أما الدخول بطرقة غير مباشرة يتم عندما يدخل الجاني إلى المعلومات والأنظمة بواسطة نظام آخر يتصل بالأول عن طريق شبكة للاتصالات حيث يتم اعتراض النظام الأول، وهو ما يقوم به أشخاص أجانب عن الشركات المجني عليها.

(3) د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع، ص323.

(4) **Art.323-1.** (Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002). (Loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 art. 45 I Journal Officiel du 22 juin 2004)." Le fait d'accéder ou de se maintenir, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. Lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le système, soit une altération du fonctionnement de ce système, la peine est de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende" .

(5) تنص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على أنه:" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة .

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج" .

من قانون العقوبات الفرنسي، بأن جرمت الدخول إلى كل أو جزء من منظومة المعالجة الآلية بصفة عامة.

ولعل الفقه الفرنسي عند تعريفه لنظم المعالجة الآلية للمعطيات، بأنها تشمل جميع العمليات التي تتم بواسطة وسائل إلكترونية، وتتعلق بجمع وتخزين ومعالجة وحفظ ونقل المعلومات(1). اعتمد هذا التوسع في التعريف من أجل نتيجة، مؤداها أن التقاط الإشارات الناجمة عن تبادل المعلومات عبر شبكات المعلومات، يعد دخولا غير مصرحا به إلى نظام المعالجة الآلية للبيانات الذي يحتوي على هذه المعلومات(2).

ب – الاتجاه الثاني: وهو الاتجاه الذي يستبعد شبكات المعلومات من نطاق التجريم، ويعد القانون الانجليزي من أبرز الأمثلة على ذلك، فالمادة الأولى من قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية الصادر عام 1990 تعاقب على الدخول غير المصرح به إلى البرامج والمعلومات التي يحتوي عليها أي حاسب آلي. وقد تضمنت المادة 17 من هذا القانون بعض التعريفات التي تساعد على تفسير نصوصه، إلا أنها لم تتضمن تعريفا للحاسب الآلي أو البرامج أو المعلومات محل جريمة الدخول غير المصرح به. ولم تتضمن المادة الأولى أية إشارة إلى شبكات المعلومات، بل اقتصرت على البرامج والمعلومات التي يحتوي عليها الحاسب الآلي؛ وهو ما يعني المعلومات والبرامج التي تحتوي عليها وسائط التخزين، داخل الحاسب الآلي، وبالتالي يستبعد النص الحالات التي تنطوي على اعتراض المعلومات التي يتم نقلها عبر وسائل الاتصالات(3).

يبقى من المفيد أن نشير، أنه من التشريعات ما اختلفت في تحديد محل جريمة الدخول، حيث نجد على سبيل المثال في قانون العقوبات السويسري ضمن نص المادة 143مكرر تعاقب على الدخول غير المشروع إلى أنظمة الحاسبات الآلية بواسطة جهاز نقل المعلومات. فهذا النص لا يعالج سوى حالات الدخول غير المصرح بها إلى النظام التي تتم بواسطة شبكات الاتصال، أما الدخول المباشر إلى النظام فلا يشمله النص.

وفي القانون البرتغالي لعام 1991 الخاص بجرائم المعلوماتية، فالمادة السابعة منه تجرم الدخول بأي شكل من الأشكال إلى أنظمة الحاسبات الآلية أو إلى شبكات المعلومات. كما تجرم المادة الثامنة من القانون بشكل منفصل عمليات الاتصال التي تقوم على نقل المعلومات داخل الأنظمة أو شبكات المعلومات بوسائل تقنية.

---

(1) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص323.

(2) تتميز بعض التشريعات الأخرى، في كونها أكثر صراحة في الإشارة إلى شبكات المعلومات كمحل ينصب عليه النشاط الإجرامي في جريمة الدخول غير المصرح به إلى الأنظمة المعلوماتية. فقانون العقوبات اليوناني يشير صراحة إلى تجريم الدخول غير المصرح به إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات بكل عناصرها، من أنظمة حاسبات وشبكات للمعلومات. كما يعاقب القانون النرويجي كل من يقوم بالدخول غير المصرح به إلى المعلومات التي يتم تخزينها داخل الأنظمة أو التي يتم نقلها إلكترونيا أو بأية وسيلة أخرى. وبالمثل يعاقب قانون العقوبات الفنلندي كل من يقوم باستخدام شفرة غير صحيحة، أو باختراق الإجراءات الأمنية بالدخول إلى نظام معلوماتي يحتوي على معلومات تمت معالجتها أو تخزينها أو يتم نقلها إلكترونيا أو بأية وسيلة أخرى. وفي الدانمرك يجرم قانون العقوبات الدخول غير المشروع إلى المعلومات والبرامج التي يتم تخصيصها للاستعمال داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، ويتسع النص لتجريم الدخول إلى شبكات المعلومات والأفعال التي تنطوي على اعتراض للمعلومات والتي يمكن أن تنجم عن هذا الدخول، نجاة عباوي: مرجع سابق، ص212.

(3) د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع، ص326.

الفرع الثاني: الركـــــن المعـــــنوي

نظرا لكون الأفعال التي تقوم بها جريمة الدخول والبقاء غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي شائعة الحدوث حيث يكررها الكثير من مستخدمي الحاسبات الآلية، فإن للركن المعنوي لهذه الجريمة أهميته الكبيرة في تحققها. فعمليات الدخول إلى الأنظمة والبقاء فيها لا يمكن أن تجرم، إلا إذا تحقق بشأنها القصد الجنائي.

فالركن المعنوي لجريمة الدخول غير المصرح به إلى النظام في كل التشريعات التي تناولتها، يتخذ صورة القصد الجنائي، باعتبارها من الجرائم العمدية، فلكي يتوافر لهذه الجريمة ركنها المعنوي يجب أن تتحقق عناصر القصد الجنائي من علم و إرادة.

ولو كانت جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات جريمة غير عمدية لوقع الكثير من مستخدمي البرامج وأنظمة المعلومات والاتصالات تحت طائلة العقاب. وعلى هذا كان من اللازم أن تكون هذه الجريمة عمدية، وذلك من أجل الموازنة بين حماية أنظمة المعلوماتية وكفالة حرية الأفراد في استخدامها[1].

ولما وجب توافر القصد الجنائي لقيام هذه الجريمة، فقد اشترطت بعض التشريعات أن يتوافر لدى الفاعل قصد خاص علاوة على القصد العام، أي إتيان الفعل غير المشروع عن علم وإرادة [2]، والذي يتمثل في نية الغش، ويقصد بالغش أن يباشر الفاعل سلوكه عن طريق الخديعة وبسوء نية وبغرض خداع الغير[3].

ويتمثل قصد الغش في معرفة الجاني بأنه قد ولج أو تواجد في نظام البيانات ضد رغبة صاحب النظام، وأيا كان الدافع إلى ذلك [4].

وبناء على ما سبق، سنتناول في معرض الحديث عن الركن المعنوي لجريمة الدخول والبقاء غير المصرح به للنظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية، القصد الجنائي العام في هذه الجريمة (أولا)، ثم نتعرض لمدى تطلب المشرع للقصد الجنائي الخاص للجريمة (ثانيا).

---

(1) محمد خليفة: مرجع سابق، ص 164.

(2) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص181.

(3) **André LUCAS**, **Jean DEVEZ**, **Jean FRAYSSINET:** Droit de l'informatique et de l'Internet PUF, 2001, p 682.

(4) طبقا للقواعد العامة، فإن القصد الجنائي لهذه الجريمة ينتفي أو لا يتحقق إذا كان الجاني قد اعتقد خطأً بأنه ما زال له الحق في الدخول إلى النظام الآلي، كان يكون قد سبق له الاشتراك في الدخول إلى البرنامج، ولكن مدة الاشتراك كانت قد انتهت، ومع ذلك دخل إلى النظام استنادا إلى هذا الاعتقاد الخاطئ، لأن الغلط في أمر جوهري ينفي القصد. كما أن الدخول إلى النظام بطريق الخطأ والاستمرار بذلك والتجوال داخل النظام وعدم قطع الاتصال ينفي القصد الذي تقوم به هذه الجريمة أيضا، لأنه طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون القصد الجنائي معاصرا للنشاط الإجرامي فتخلف القصد الجنائي لحظة بدء ذلك النشاط ينفي عن الفعل الصفة الإجرامية؛ غير أن المشرع قد انتبه إلى النتائج التي تترتب على مثل هذه الحالة إذ من السهل على الجاني أن يدعي أن الاتصال قد تم عن طريق الخطأ، لذلك جرم المشرع البقاء داخل النظام، مما يعني أن القصد الجنائي وإن لم يتوافر عند الدخول إلى النظام بطريق الخطأ، فإنه عند بقاء الجاني فيه مع علمه بعدم مشروعية الاتصال أو مع علمه بعدم وجود حق له في الاتصال يجعله تحت طائلة العقاب لقيام القصد الجنائي في هذه الحالة، د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 189.

أولا: القصد الجنائي العام

اعتبرت العديد من التشريعات التي تناولت كل من جريمة الدخول والبقاء غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجنائي العام. ويلزم لتوافر الركن المعنوي أن يعلم الجاني بأنه ليس له الحق في الدخول إلى النظام المعلوماتي والبقاء فيه[1]، وأن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الدخول أو إلى فعل البقاء؛ وعليه فالجريمة المتقدمة من الجرائم العمدية التي تقوم على القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة.

ا – عنصر العـــلـــم: اختلفت العبارات المعبرة عن العلم بين مختلف النصوص التشريعية التي نظمت جريمة الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي، فقد عبر االمشرع الفرنسي عن القصد العام، بتطلبه أن يكون الدخول إلى النظام قد تم عن طريق الغش والخداع؛ فاستخدام عبارة « ***Frauduleusement*** » في المادة 323 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي يعني أن الفاعل على علم بأن دخوله إلى النظام المعلوماتي غير مصرح به، أو أن لجاني أقبل على الدخول إلى النظام أو امتنع عن قطع الاتصال مع علمه بعدم مشروعيته[2].

وفي الدانمارك، أشار النص إلى أن الفاعل يقوم بالدخول غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات على نحو مخالف للقانون. وفي فنلندا وسويسرا والبرتغال والولايات المتحدة الأمريكية، اشترط المشرع في موضع النص على الجريمة المتقدمة أن يتم الدخول إلى النظام المعلوماتي بدون تصريح. وفي السويد واليونان تطلب النص الذي يجرم الدخول أو البقاء إلى الأنظمة المعلوماتية، أن يتم بدون وجه حق، وتطلب النص في القانون الانجليزي أن يتم الدخـــول إلى النظام على نحو غير مصرح به مع العلم بذلك. وفي هولندا واستراليا أن يتم الدخول عمدا وعلى نحو غير مشروع أو بدون وجه حق[3].

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد جرم فعل الدخول أو البقاء داخل أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، واعتبر الجريمة عمدية متى تم الدخول أو البقاء داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات بطريق الغش أي التدليس[4]، وهو ما يستشف من نص المادة 394 مكرر من قانـــون العقوبات من عبارة «... كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش ... ».

---

(1) لا يتوافر القصد الجنائي إذا وقع الجاني في خطأ في الواقع، سواء كان يتعلق بمبدأ الحق في الدخول أو في البقاء في النظام، أو في نطاق هذا الحق كأن يجهل بوجود حظر للدخول أو للبقاء، أو كان يعتقد خطأ أنه مسموح له بالدخول. فإذا توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة فإنه لا يتأثر بالباعث على الدخول أو البقاء، فيظل القصد قائما حتى ولو كان الباعث هو الفضول أو إثبات القدرة على المهارة والانتصار على النظام أكثر تفصيل آمال قارة: مرجع سابق، ص124.

(2) محمد خليفة: مرجع سابق، ص 162.

(3) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص365.

(4) من المفيد الإشارة إلى أنه إذا كانت قاعدة البيانات المتعلقة بموقع من المواقع التجارية الإلكترونية مفتوحة للجمهور، كان الدخول مشروعا ومع ذلك يبقى البقاء متسما بعدم المشروعية. ومن جهة أخرى وعلى الرغم من أن الدخول على البيانات قد يكون مفتوحا للجمهور، فقد يتم الدخول إلى بيانات لا يجوز الدخول عليها، فلنفترض أن الجاني قد دخل موقع أمازون دوت كوم، وهو موقع للبيع الإلكتروني أعد للجمهور، ولكن كان =

وحسب المبادئ العامة للقصد الجنائي، على الجاني أن يحيط بكل واقعة ذات أهمية قانونية في تكوين الجريمة فيجب أن يشمل علم الجاني أركان الجريمة، وأن يستكمل إدراكه عناصرها؛ على أن نطاق هذا العلم لا يقتصر على مجموع الوقائع التي تدخل في تكوين الجريمة، وإنما يتعداه إلى التكييف الذي تتصف به وتكتسب به أهميتها في نظر القانون[1].

وبتطبيق ما تقدم من مبادئ عامة على جريمة الدخول غير المصرح به إلى الأنظمة المعلوماتية، فعلى الجاني أن يدرك ويعلم بجميع الوقائع الهامة التي تكون الجريمة. أو بمعنى آخر عليه أن يكون على علم بجميع عناصر الركن المادي للجريمة لكي يتوافر القصد الجنائي لديه.

ويأتي في مقدمة عناصر الركن المادي، موضوع الحق المعتدى عليه، فعلى الجاني أن يعلم أن فعل الدخول ينصب على النظام المعلوماتي بما يتضمنه من بيانات ومعلومات، على اعتبار أن نظام المعالجة الآلية هو محل الحق المعني بالحماية.

ففي فرض أن الجاني عند دخوله النظام المعلوماتي اعتقد لأسباب معقولة أنه يقوم بمجرد عمليات حسابية بواسطة الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينتفي القصد الجنائي لديه. وإن كان هذا الفرض ليس مسلما به لأبعد الحدود من الجانب العملي، فيصعب في أغلب الأحيان على الشخص متوسط الخبرة بالمجال المعلوماتي تخطي الحماية الفنية للأنظمة واختراقها بشكل سلس، لدرجة أنه يفتقر إلى إدراكه بحقيقة ولوجه وبقاءه داخل نظام معلوماتي معين. على اعتبار أن الفاعل أو ما يطلق عليه بالمجرم المعلوماتي هو مجرم ذكي بطبعه، خبير بفنيات اختراق الأنظمة باستخدام تقنيات عالية وعلى قدر كبير من البراعة، ومع ذلك فإذا ثبت انتفاء العلم انتفى القصد الجنائي بدوره[2].

فعلى غرار وجوب علم الجاني بموضوع الحق المعتدى عليه، عليه أيضا أن يدرك خطورة الفعل الذي يقوم به على الحق محل الحماية القانونية. وعليه فإذا تم الدخول إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو استمر البقاء أو المكوث أو الاتصال بالنظام المعلوماتي دون علم الجاني بخطورة الفعل على الحق الذي يحميه القانون، انتفى في مثل هذا الفرض القصد الجنائي لديه[3].

= دخوله في البيانات الخاصة بإعداد الموقع و تنظيمه، وهي معلومات لا يجوز للجمهور الإطلاع عليها، وبالتالي كان العمل الذي صدر عن الجاني مكونا للجريمة، حيث أن البيانات الخاصة بإعداد الموقع غير مفتوحة للجمهور، مشار إليه لدى د مدحت رمضان: الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية على الانترنت ومحتوياته، المجلس الأعلى للثقافة، 2003، ص 199.

(1) باعتبار أن عددا من الوقائع التي تقوم بها الجريمة لا يمثل أهمية في نظر القانون إلا إذا اكتسب وصفا معينا، فإن تجرد من هذا الوصف فقد تجرد من الأهمية القانونية و لم يعد صالحا لتقوم به الجريمة، د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص365 نقلا عن د محمد نجيب حسني: النظرية العامة للقصد الجنائي دراسة تأصيلية مقارنة للركن المعنوي في الجرائم العمدية، 1998، ص 51.

(2) د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع، ص365.

(3) قد يقوم أحد الأشخاص محاولا منع خطر يهدد النظام المعلوماتي، بالدخول إلى هذا النظام المعلوماتي دون تصريح، فهل يعد القصد الجنائي متوافرا لديه أم لا؟ من المسلم به أن دخول هذا الشخص إلى النظام المعلوماتي إذا كان مصرحا به فلا مانع من دخوله لمنع الخطر، وهو نفسه إذا =

وزيادة على ما تقدم، لا تقتصر فكرة القصد الجنائي على العلم بالوقائع فقط، بل تتطلب العلم باكتساب بعض هذه الوقائع تكييفا معينا. فتوجد بعض الجرائم لا تقتصر عناصرها على وقائع مجردة عن التكييف، بل يعد التكييف الذي تكتسبه هذه الوقائع من بين عناصرها الأساسية، وفي مثل هذه الجرائم يمثل التكييف ذات الأهمية القانونية التي تمثلها الوقائع في ماديتها. ولما كان القصد الجنائي يتطلب علما محيطا بكل عناصر الجريمة فهو يتطلب حتما انصراف العلم إلى التكييف كما يتطلب إحاطته بالوقائع، فلما كان التكييف عنصرا في الجريمة بدونه ينتفي أحد أركانها، وتصبح الواقعة التي تجردت من هذا التكييف غير ذات أهمية قانونية في تكوين الجريمة، وجب أن يشمل علم الجاني هذا التكييف كي يتوافر القصد الجنائي[1].

وبتطبيق ما سبق على جريمة الدخول غير المشروع إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، فعلى الجاني في هذه الجريمة أن يعلم أن فعل دخوله إلى النظام المعلوماتي غير مصرح به. فعدم وجود التصريح هو تكييف لواقعة الدخول إلى النظام المعلوماتي والذي يجب أن يكون الجاني على علم به، فإذا انتفى العلم انتفى معه القصد الجنائي واعتبر غير متوافر[2].

ب – عنصر الإرادة: يتطلب القصد الجنائي كذلك، أن يتوقع الجاني عندما يقوم بالفعل الإجرامي النتيجة التي سوف تترتب على هذا الفعل. فتوقع النتيجة هو الأساس النفسي الذي تقوم عليه الإرادة، فحيث لا يكون التوقع لا تتصور الإرادة[3].

فمساءلة الجاني عن الجريمة المقصودة، لا يمكن أن تتم إلا بعد إثبات اتجاه إرادته إلى فعل يمثل إتيانه خطرا على الحق الذي يحميه القانون. ويفترض ذلك علم الجاني بماهية فعله وخطورته على الحق الذي يحميه القانون ثم توجيه أعضاء جسمه التي يسيطر عليها ويتحكم بها إلى إثبات ما يتطلبه الفعل أو الامتناع[4].

فضلا عن ذلك، فالنتيجة التي يجب أن يتجه إليها توقع الفاعل هي النتيجة التي يحددها القانون وهي الدخول غير المصرح به إلى النظام، ولا يشترط أن يتجه التوقع إلى الآثار غير المباشرة، التي لا يدخلها القانون في تحديد النتيجة. فالقصد الجنائي يتوافر ولو لم يتوقع الجاني هذه الآثار، فيتعين إذا أن يتوقع الجاني أنه سوف يدخل إلى نظام للمعالجة الآلية للمعطيات غير مصرح له بالدخول إليه، ولا يشترط أن يتوقع الضرر الذي

= كان له تصريح بالدخول في حالات الضرورة، حيث يعتبر التدخل لمنع خطر يهدد النظام من حالات الضرورة. بينما في فرض عدم وجود تصريح وقام هذا الشخص في محاولة منه لمنع الخطر بالدخول إلى النظام دون أن يعتقد أنه يعتدي على النظام، فلا يتوافر القصد الجنائي لديه، في حين لو كان يدرك أنه لا سبيل لمنع الاعتداء إلا بالولوج إلى النظام، ومع ذلك قام بالدخول إليه، فهنا يتوافر القصد الجنائي لديه د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص366.

(1) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص367.

(2) نفس المرجع، ص 368.

(3) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص 252.

(4) نفس المرجع، ص 253، نقلا عن أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغبي، صايل فاضل الهواوشة: جرائم الحاسب الآلي والانترنت دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2001، ص 583.

سوف يلحق النظام أو صاحبه من جراء هذا الدخول[1].

من جانب آخر، لا يشترط أن يتوقع الجاني عناصر لا يدخلها المشرع في فكرة النتيجة، ويكفي أن يتوقع الدخول إلى نظام المعلوماتية غير المصرح له بالدخول إليه، فهناك عناصر لا يتطلب القانون توقعها لتقوم الجريمة. فالقانون لا يحدد في حمايته نظاما بعينه، فإذا قصد الجاني الدخول إلى نظام معين ثم وجد نفسه داخل نظام آخر فإن الجريمة تقوم. ولا يغير ذلك من القصد شيئا، فالقانون لا يفرق ما بين نظام معلوماتي وآخر، والجريمة تتحقق ما دام الجاني قد قصد الدخول إلى النظام الأول، حتى ولو لم يقصد الدخول إلى نظام معين ومحدد بذاته كأن يكون غرضه الدخول إلى نظام معلوماتي يمكنه الدخول إليه، فالقصد الجنائي يظل متوافرا لديه[2].

يبقى أن نضيف، إلى أنه لا عبرة بالباعث أو الغاية من وراء ارتكاب فعل الدخول أو البقاء غير المصرح به إلى الأنظمة المعلوماتية[3]، إذ أنهما لا يعتبران من عناصر القصد الجنائي. فسواء كانت الغاية من اختراق الموقع الإلكتروني للتجارة الإلكترونية هي الحصول على الكسب المادي، أو كان الباعث من وراء الدخول إلى النظام المعلوماتي هي كشف أوجه القصور في أنظمة الحماية الفنية لهذا النظام؛ أو مجرد رغبة في إثبات الجاني قدرته الهامة في اختراق أي نظام معلوماتي، فذلك لا يحول دون القول باتجاه الإرادة لتحقيق النتيجة الإجرامية والممثلة في الدخول إلى النظام والبقاء فيه دون تصريح[4].

ثانيا: القصد الجنائي الخاص

إذا كان القصد الجنائي العام هو انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل ما وهو يعلم أن القانون ينهى عنه فإن القصد الجنائي الخاص يتمثل في الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب تلك الجريمة، فضلا عن إرادته الواعية لمخالفة القانون.

وقد تطلبت بعض التشريعات ضرورة وجود القصد الجنائي الخاص في جريمة الدخول والبقاء غير المصرح به إلى نظام المعالجة الآلية للمعطيات، إلى جانب توافر القصد الجنائي العام، مما قد يترتب عنه تشديد العقوبة المقررة لهذه الجريمة.

---

(1) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص366.

(2) وهو ما نصت عليه صراحة المادة السابعة عشر من قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية في المملكة المتحدة بريطانيا، وأكدت على أن التحقق من توافر النية الإجرامية في جريمة الدخول غير المشروع أو غير المصرح به إلى نظام الحاسب الآلي، لا ينبغي أن يرتبط بنوعية المعلومات أو البرامج أو الأنظمة محل الجريمة.

(3) الباعث هو المولد للقوة المحركة التي تدفع الإرادة إلى العمل المجرم، ويختلف باختلاف الجرائم وقد يختلف في الجريمة الواحدة، فيكون هو السعي لتحقيق الربح أو الرغبة في قهر النظام أو مجرد إشباع الفضول إلى غير ذلك من البواعث. أما الغاية فهي الغرض النهائي الذي يرمي إليه الجاني من ارتكابه للجريمة، وهي كالباعث قد تختلف في الجريمة الواحدة، وقد تتمثل في إلحاق أضرار بنظام المعلوماتية للشركة المنافسة أو لصاحب النظام المعلوماتي.

(4) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص254.

ا – اشتراط القصد الخاص في جريمة الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي: اشترطت بعض النصوص التي جرمت الدخول غير المصرح به إلى نظم المعالجة الآلية للمعطيات في التشريعات المختلفة قصدا خاصا إلى جانب القصد العام. ففي الدانمارك، يترتب على توافر هذا القصد، تشديد العقوبة متى ارتكب فعل الدخول بنية الإحاطة بمعلومات تتعلق بالأسرار المتعلقة بعمل إحدى الشركات.

وفي أستراليا يوجد نص خاص يشدد العقوبة، متى ارتكب فعل الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي بنية الإضرار بالغير.

وفي النرويج تشدد العقوبة بشكل ملحوظ، متى ارتكب فعل الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي بنية حصول الفاعل له أو للغير على ربح غير مشروع، أو إلحاق ضرر بالغير نتيجة للإطلاع على المعلومات التي يحتوي عليها النظام.

أما في القانون البرتغالي لجرائم المعلوماتية لعام 1991، فهو كذلك يتطلب قصدا جنائيا خاصا، إذ تنص المادة السابعة منه على معاقبة كل من يقم على نحو غير مصرح به بالدخول إلى الأنظمة المعلوماتية أو شبكات المعلومات، بنية الحصول له أو للغير على ربح أو على فائدة غير مشروعة، وتتشدد العقوبة متى كان هذا الربح أو هذه الفائدة مرتفعتين بصورة مرتفعة نسبيا[1].

وفي المملكة المتحدة يتضمن قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية لعام 1990 في مادته الثانية نصا يجرم الدخول غير المصرح به، متى توافر لدى الفاعل قصدا خاصا يتمثل في نية ارتكاب جريمة أخرى لاحقة على هذا الدخول. فإلى جانب المادة الأولى من هذا القانون التي تجرم الدخول غير المصرح به إلى نظام المعلوماتية نصت المادة الثانية من نفس القانون، على جريمة أخرى تخص الدخول غير المصرح به إلى النظام المعلوماتي بنية ارتكاب أو تسهيل ارتكاب جرائم أخرى[2].

وقد أوضحت هذه المادة في فقرتها الثالثة، أنه لا يشترط أن تتعاصر نية الدخول إلى نظام المعلوماتية مع نية ارتكاب جريمة لاحقة على هذا الدخول. فالفاعل قد يرتكب الجريمة الأولى المنصوص عليها في المادة الأولى من القانون، ثم تتولد لديه بعد ذلك نية ارتكاب جريمة أخرى، إلا أنه يغير في الأثر أن يكون ارتكاب الجريمة الثانية مستحيلا.

---

(1) انتقد الفقهاء النص البرتغالي لتضييقه على نحو كبير تطبيق جريمة الدخول غير المصرح به إلى الأنظمة المعلوماتية، ويرى البعض أنه لتفادي هذا التضييق، يجب أن تفسر الفائدة التي يحصل عليها الفاعل لتشمل كل فائدة ذهنية أو معنوية قد يحصل عليها من وراء دخوله إلى النظام، وأن لا تقتصر على الفائدة والربح المادي، مشار إليه لدى د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص369.

(2) وقد أشارت اللجنة التي وضعت قانون إساءة استخدام الحاسبات الآلية لعام 1990 أن المادة الثانية جاءت لتعالج الحالات التي ترتكب فيها جريمة الدخول غير المصرح به إلى الأنظمة المعلوماتية، بنية وبهدف ارتكاب جرائم أخرى تتمثل في الغالب بجرائم السرقة والنصب والتهديد، مشار إليه لدى نجاة عباوي: مرجع سابق، ص255.

ب – موقف المشرع الجزائري: باستقراء نص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، نلاحظ أن المشرع لم يشترط وجوب توافر نية خاصة لدى الجاني، تقوم بها جريمة الدخول أو جريمة البقاء داخل النظام المعلوماتي[1]، واكتفى المشرع في موضع النص عن الجريمة المتقدمة لقيامها بتوافر القصد الجنائي العام المبني على العلم والإرادة. ويكاد النص يشبه مثيله الفرنسي بموجب المادة 323 فقرة الأولى من قانون العقوبات الفرنسي الذي لم يشترط بدوره نية خاصة في جريمة الدخول أو البقاء غير المشروع أو غير المصرح به إلى أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات[2].

من جانب آخر، من المهم أن نشير إلى أن جريمتي الدخول والبقاء داخل النظام حسب نص المادة 394 مكرر فقرة الثانية من قانون العقوبات الجزائري السابق الإشارة إليه تتشدد، إذا تحقق ظرفين:

1. إذا نتج عن الدخول أو البقاء محو أو تعديل للمعطيات التي يحتويها النظام.
2. إذا نتج عن الدخول أو البقاء تخريب النظام بمعنى عدم صلاحيته لأداء وظائفه.

ويكفي لتحقق الظرف وجود العلاقة السببية بين الدخـــول أو البـــقاء غير المشروع وتلك النتيجة الضارة والمتمثلة عدم قدرة النظام المعلوماتي على تأدية وظيفته، ولو لم تكن مقصودة.

يبقى أن نضيف أن المشرع الجزائري رصد عقوبات للجريمة المتقدمة، سواء ارتكبت في صورتها البسيطة أو المشددة، والتي تتمثل في عقوبات أصلية وعقوبات تكميلية تطبق على الشخص الطبيعي، كما رصد عقوبات تطبق على الشخص المعنوي[3].

---

(1) تنص المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري على أنه:" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة وبغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك، تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين والغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج".

(2) يرى البعض من الفقه الفرنسي أن لفظ بطريق الغش « **Frauduleusement** » الوارد بالمادة 323 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي، والذي تضمنته المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري، يختلف عن مصطلحي عمدي وإرادي، ويدل على أن جريمتي الدخول والبقاء غير المصرح بهما لا تقومان بمجرد القصد العام، وإنما لا بد لذلك من قصد خاص هو الغش. وبالمقابل من الفقه من اتفق على أن قصد الإضرار بالغير غير متطلب هنا. ويفسر مصطلح الغش على أنه الدخول والبقاء غير المصرح بهما بدون رضا صاحب النظام، فالقصد الخاص هو علم وإرادة ينصرفان إلى وقائع خارجة عن أركان الجريمة، أي إلى وقائع لا تدخل ضمن عناصرها، ولفظ الغش لا يدل على أن المشرع تطلب انصراف القصد إلى وقائع معينة غير أركان الجريمة. وإن حمل هذا اللفظ معنى الاحتيال، إلا أنه لا يدل إلا على معنى واحد، هو أن الجريمة عمدية يكفي لقيامها توافر القصد الجنائي العام فحسب، مشار إليه لدى نجاة عباوي: مرجع سابق، ص256.

(3) يطبق على الشخص الطبيعي عقوبات أصلية حسب ما ورد في المادة 394مكرر من قانون العقوبات الجزائري، حيث عقوبة الجريمة البسيطة هي 3 أشهر إلى سنة حبس و50000 دج إلى 100000 دج غرامة، وعقوبة الجريمة المشددة من 6 أشهر إلى سنتين حبس و 50000 دج إلى 150000 دج غرامة، وتتمثل العقوبات التكميلية حسب نص المادة 394 مكرر6 من قانون العقوبات، في المصادرة وإغلاق الموقع فيما يتعلق بالمواقع التي تكون محلا لجريمة ماسة بالمعلوماتية وإغلاق المحل أو مكان الاستغلال، أما بالنسبة لعقوبة الشخص المعنوي فهي تعادل حسب نص المادة 394 مكرر 4 من قانون عقوبات خمس مرات الحد الأقصى للغرامة المقررة للشخص الطبيعي.

المطلب الثاني: جريمة التلاعب بمعطيات النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية

أفرزت الثورة المعلوماتية تطورا هائلا فيما يتعلق بوسائل الاتصال والمعلومات، والذي يتجسد في تنامي انتشار مختلف أنواع أجهزة الحاسب الآلي ذات المستوى العالي، والبرامج المتقدمة، وشبكات الاتصال التي قربت ملايين البشر بعضهم ببعض، وأتاحت فرص جديدة للتبادل التجاري، وإبرام العقود المختلفة خصوصا عبر شبكة الانترنت. بل وأصبحت هته الشبكة منفذا لتسليم المنتجات إلكترونيا كالبرامج والقطع الموسيقية والصحف والمجلات الإلكترونية، وتقديم الخدمات التي تستوعب طبيعتها ذلك كالاستشارات القانونية والطبية، كل ما سبق ضمن ما يسمى بمبادلات التجارة الإلكترونية.

بيد أن ظهور المعلوماتية وتطبيقاتها المتعددة أدى إلى بروز مشاكل قانونية جديدة، تعتبر من أكبر السلبيات التي خلفتها الثورة المعلوماتية. ويتعلق ذلك بظهور نمط جديد من الإجرام يجد مسرحه داخل أروقة وشبكات المعلومات. فأصبحت الجرائم المعلوماتية تهدد بشكل واضح مستقبل التجارة الإلكترونية، لأنها تشمل في اعتداءاتها قيما جوهرية تخص الشركات التجارية والأفراد، ولما تولد هذه الجرائم من شعور بعدم الثقة بخصوص التعامل والاستفادة من هذا النوع الجديد من المبادلات التجارية الإلكترونية[1].

والتجارة الإلكترونية بوصف أنها نظام معلوماتي يعتمد على وسائل اتصال إلكترونية، أنشأت مجالا خصبا للجريمة المعلوماتية. فاعتماد التجارة الإلكترونية على أنظمة الدفع الإلكتروني لإبرام الصفقات التجارية، أسفر عن ظهور أهم مظاهر هذه الجريمة والتي تتجسد في جريمة التلاعب بمعطيات النظام المعلوماتي. خاصة بعدما أصبح الوصول إلى هذه المعلومات يسيرا عن طريق وسائل الاتصال.

فالمعلومات التي تمثل قيما مالية داخل نظام إلكتروني لمعالجة البيانات، والتي قد تكون في أغلب الحالات غير ملموسة كالودائع والمطالبات المالية ونتائج حسابات الأرصدة، صارت هدفا يسعى وراءه مجرمو المعلوماتية؛ ويرجع سبب ذلك أساسا إلى ارتفاع القيم التي تمثلها المعلومات التي تحتوي عليها الأنظمة خصوصا بعدما أصبح نظام الدفع في إطار مبادلات التجارة الإلكترونية، يعتمد بشكل أساسي على أوامر التحويل الإلكتروني.

مما سبق ونظرا لمقدار الخسائر الناجمة عن جريمة التلاعب، ولتعاظم الضرر الناجم عن هذه الجريمة التي تمس واقع ومستقبل التجارة الإلكترونية، يستقيم معالجتها بشكل شمولي التعرض للركن المادي (الفرع الأول) وكذا الركن المعنوي لها (الفرع الثاني).

---

(1) في إطار اهتمام المجتمع الدولي بالجريمة المعلوماتية، ونظرا للمخاطر والتحديات التي تواجهها شبكة المعلومات، وخاصة بعدما أصبحت هذه المخاطر تهدد التجارة الإلكترونية عن طريق الاعتداء على العديد من المواقع الإلكترونية مثل موقع أمازون دوت كوم، قام المجلس الأوروبي بالتوقيع على اتفاقية بودابست بتاريخ 23 نوفمبر 2001 بشأن الإجرام الكوني أو المعلوماتي إيمانا من الدول الأعضاء في المجلس الأوربي والدول الأخرى الموقعة على هذه الاتفاقية بضرورة مواجهة هذا النمط الجديد من الإجرام.

الفرع الأول: الركـــــن المـــادي

إن مشروعات المعلوماتية وتحديدا تلك التي تتعلق بإنشاء المواقع على الشبكة، والخاصة بالتسويق والتجارة الإلكترونية ومواقع الأعمال المالية الإلكترونية، تسعى بشكل مستمر إلى وضع حد للمخاطر التقنية التي تواجه الموقع، لكونه هذه المواقع معرضة بشكل مباشر لجذب انتباه الجناة ممن يستخدمون الحاسب الآلي لاكتشاف ثغرات النظام، بهدف تحقيق ربح مادي غير مشروع. وإن كان الخطر يطال كافة المواقع والمؤسسات فإنه يصبح خطرا مضاعفا في بيئة التجارة الإلكترونية، لاعتمادها على الأعمال المصرفية اللاسلكية والأعمال المصرفية الإلكترونية على شبكة الانترنت[1].

وإن كان نجاح المبادلات التجارية الإلكترونية يعتمد على ثقة العملاء، لأن هذه الثقة هي التي تجسد عنصر الاستمرارية لهذا النوع الجديد من المبادلات، فمواقع التجارة الإلكترونية من بين مواقع الانترنت التي تتطلب الحرص على عدم المساس أو التلاعب بالمعطيات والبيانات المخزنة داخل النظام المعلوماتي[2]؛ وتحديدا بالنسبة للبيانات الخاصة بالزبائن كأرقام بطاقات الائتمان، والبيانات المتبادلة عبر الرسائل الإلكترونية بين الزبون والموقع. فلا يصل أمر الشراء مثلا وقد لحقه تغيير أو تحريف ما، لدرجة قد تصل إلى إنكار الزبون أن التصرف الذي أجراه على الموقع كطلب الشراء قد صدر عنه، أو إنكار الموقع نفسه أنه تعاقد مع الزبون في شأن ما.

وعليه ولأن القانون لا يعرف جرائم بدون ركن مادي، يقتضي الأمر توضيح السلوك الإجرامي في جريمة التلاعب في بيانات نظم معالجة المعلومات المتمثل في الاعتداء على المعطيات في النظام (أولا)، ثم ننتقل إلى بيان أشكال المعطيات المعرضة للاعتداء بالتلاعب (ثانيا).

---

(1) إن استعمال الأنظمة المعلوماتية في القطاع المصرفي، كان نقطة تحول بارزة ساهمت دون شك في تطوير وتوسيع هذا القطاع لتشمل قطاعات جديدة من الخدمات. إلا أن ايجابيات استخدام الأنظمة المعلوماتية قابله سلبيات ومخاطر عديدة تمخضت عنها جرائم جديدة لم نألفها من قبل سميت بالجرائم المعلوماتية، والتي تستهدف بشكل رئيسي المعلومات والبرامج المخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية لدى البنوك التقليدية والبنوك عبر الانترنت لكن هذه الأخيرة تظهر نقطة ضعف إضافية في هذا المجال. ووفقا لما جاء في موقع **www.e-commercealert.com** أن ما يـــقارب 12 % من أنظمة الشركات المتعاملة عبر شبكة الانترنت تعرضت لاختراقات كانت غالبيتها من البنوك التي احتلت ما نسبته 27% من مجمل الشركات التي تعرضت للاختراق البنوك على الانترنت؛ ومرد هذه الاختراقات هو وجود عيوب في تصميم مواقع وأن هذه المواقع غير محصنة ضد الاختراق. وحسب نتائج دراسة أعلنتها جامعة ميشتغين في 2007 أن ما يقارب 81 % من حواسيب البنوك تغلق برنامج جدار الحماية ولا تمتلك أحدث الإصدارات الأمنية لشركة مايكروسوفت، أكثر تفصيل د محمد زيدان: متطلبات أمن المعلومات المصرفية في بيئة الانترنت مؤتمر البيئة المعلوماتية الآمنة المفاهيم والتشريعات والتطبيقات، جمعية المكـــتبات والمعلومات السعودية الرياض،6 و7 أبريل 2010، ص 06.

(2) تعتبر المعطيات الدم الحي للأنظمة، وهي محل جريمة التلاعب كما سنرى، وتشمل كافة البيانات المدخلة والمعلومات المستخرجة عقب معالجتها، وتمتد بمعناها الواسع للبرمجيات المخزنة داخل النظام. والمعطيات قد تكون في طور الإدخال أو الإخراج أو التخزين أو التبادل بين النظم عبر الشبكات، وقد تخزن داخل النظم أو على وسائط التخزين خارجه؛ وتقوم الشركة أو المنشأة لدى بناء أي نظام وخاصة إذا كان متصلا بشبكة الانترنت بتصنيف هذه المعطيات والبيانات، وتختلف التصنيفات حسب أهمية البيانات، فمنها المتاحة بمعنى متاح الوصول إليها، ومنها المحظورة بمعنى محظور التوصل إليها.

أولا: السلوك الإجرامي

تقوم جريمة التلاعب بمعطيات أنظمة المعلوماتية، باتجاه إرادة الفاعل إلى إتيان أنواع السلوك التي نص عليها المشرع بالمادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري وجاء فيها:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنـــوات وبغرامة من 500000 دج إلى 2000000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها"، وهو نفس مضمون ما نص عليه المشرع الفرنسي في المادة 323 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي(1).

فيعاقب كل من قام «بإدخال بيانات» في نظم المعالجة الآلية للمعطيات أو «إلغاء» أو «تعديل» البيانات المثبتة فيه(2). و لم تشترط النصوص العقابية المتقدمة لقيام هذه الجريمة، أن يكون التلاعب قد تم بعد عملية دخول غير مشروع إلى النظام المعلوماتي؛ إذ يستوي أن يكون الدخول مشروعا أو غير مشروع، فالكثير من جرائم التلاعب في المعطيات يرتكبها جناة من عاملين مرخص لهم الدخول إلى النظام المعلوماتي(3).

وعليه فموضوع السلوك الإجرامي في هذه الجريمة محدد، وهو الاعتداء على المعطيات في نظم المعالجة الآلية أي البيانات التي أدخلت لمعالجتها وتحولت إلى معطيات عبارة عن رموز وإشارات تمثل تلك المعلومة، أي بيانات تم معالجتها.

فالجريمة تقع على المعطيات أي البيانات المعالجة، دون المعلومة ذاتها. ولذلك يخرج من نطاق هذه الجريمة المعلومات التي لم تعالج بعد، و لم تدخل إلى نظام المعالجة الآلية، وكذلك البيانات التي أدخلت إلى النظام، لكن

---

(1) **Art.323-3**. (Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002). (Loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 art. 45 I Journal Officiel du 22 juin 2004). "Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende".

(2) يبدو واضحا أن المشرع في محل النص على جريمة التلاعب بالمعطيات، لا يحمي نظام البيانات من الناحية المادية، أي البرامج والتطبيقات لكنه يوفر الحماية للمعلومات الموجودة داخل النظام ذاته، وذلك ضد أي نشاط إجرامي، وهو ما يطلق عليه « القرصنة المعلوماتية ». علما أن هدف الجاني من هذه الجريمة، أن يحقق النظام المعلوماتي نتائج ومعطيات غير تلك التي كان يجب أن يحققها، فالجريمة محل الدراسة تتعلق بالمعطيات أو البيانات التي هي داخل النظام بخلاف جريمة الدخول أو البقاء غير المصرح به التي تتعلق بالنظام ذاته، د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 352.

(3) من الفقه من يصنف هذه الجريمة ضمن جرائم الغش المعلوماتي، حيث يعد التلاعب في المعلومات من أكثر أفعال الغش ارتكابا في أوروبا ويتم هذا التلاعب، إما عن طريق إدخال معلومات مصطنعة أو إتلاف المعلومات الموجودة بالنظام المعلوماتي، أكثـــر تفـــصيل د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص77.

وهناك من الفقه من يصنف الجريمة ضمن جرائم الاحتيال المعلوماتي، حيث أن جوهر هذا الاحتيال هو التلاعب بالبيانات والمعلومات التي يحتوي عليها النظام، ويتسع هذا التلاعب ليشمل إدخال بيانات ومعلومات صحيحة على نحو غير مصرح به، فوسيلة الاحتيال هو التلاعب بهذه المعلومات سواء كان هذا التلاعب في صورة إدخال بيانات ومعلومات غير صحيحة، أو تعديل بيانات مخزنة بالفعل. كما يتسع هذا التلاعب ليشمل إدخال بيانات ومعلومات صحيحة على نحو غير مصرح به، تمهيدا لقيام النظام بأداء وظيفته بناء على هذه البيانات أو الأوامر التي تم التلاعب فيها أو التي تم إدخالها أو تعديلها أو محوها، مشار إليه لدى د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص426.

لم تبدأ بعد أي خطوة في معالجتها، وكذلك المعلومات التي انفصلت عن النظام وسجلت على شريط ممغنط أو قرص مدمج، وذلك لأنها أصبحت خارج النظام، وعليه فالنص الذي يعاقب على التلاعب بالمعطيات يخص المعلومات المعالجة داخل النظام، أو تلك التي في طريقها للمعالجة بأن اتخذت خطوة أو أكثر في مراحل معالجتها[1].

ويعتمد نظام المعلوماتية على معالجة البيانات طبقا لأسلوب المعالجة، حيث تتم تغذية النظام عن طريق البرامج المختلفة والوحدات الإضافية للتحكم في إدخال البيانات، معالجتها، وإخراج النتائج المترتبة على هذه المعالجة بشكل آلي. وينحصر النشاط الإجرامي بجريمة التلاعب بالتدخل خلال أي مرحلة من هذه المراحل إما عن طريق إدخال معطيات جديدة، وإما بتعديل، أو بإزالة المعطيات الموجودة فعلا، مع عدم وجود تصريح بذلك ويكفي توافر فعل واحد فقط من هذه الأفعال لقيام الجريمة، فلا يشترط اجتماعها معا لتوافر السلوك الإجرامي، ومن ثم قيام الركن المادي للجريمة[2].

ولا يشترط أن تقع أفعال الإدخال والمحو والتعديل على المعطيات بطريق مباشر، بل يمكن أن يتحقق ذلك بطريق غير مباشر سواء عن بعد أو بواسطة شخص ثالث[3].

ا – فعـــل الإدخـــال: يتحقق فعل الإدخال بإضافة معطيات جديدة على الدعامة الخاصة بها، سواء كانت خالية أو يوجد عليها معطيات من قبل[4]، وتتمثل عملية الإدخال في تغذية النظام بالمعلومات والبيانات المراد معالجتها آليا، أو بتعليمات لازمة لعملية المعالجة[5].

وإدخال البيانات على نحو غير مشروع، أمر يسهل القيام به في أولى مراحل تشغيل نظام المعلوماتية، وهي مرحلة إدخال المعطيات لمعالجتها، فالمعطيات في هذه المرحلة تجهز وتحول إلى شكل لغة مقروءة داخل النظام فيكون من السهل تغذية النظام بمعطيات غير صحيحة[6].

ويعد المسؤول عن القسم المعلوماتي، والذي يسند إليه على وجه الخصوص وظيفة المحاسبة والمعاملات المالية، في أفضل وضع يؤهله لارتكاب هذا النمط من التلاعب[7].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 377.

(2) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص266.

(3) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، المجلد الثاني، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أفريل 2003، ص 607.

(4) نفس المرجع، ص 607.

(5) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص437.

(6) محمد خليفة: مرجع سابق، ص 180.

(7) ومن أمثلة هذا النوع من الجرائم، قيام أحد المسؤولين عن القسم المعلوماتي بإحدى الشركات الفرنسية، اختلاس أكثر من مليون فرنك فرنسي وقام بإيداع هذا المبلغ في حسابه الشخصي وحساب شركائه في العمل الإجرامي، ولكي يحقق ذلك أعاد ملفات المستخدمين السابقين والذين لهم حقوق مالية، وقام بتحويلها إلى حسابه وحسابات أخرى تم افتتاحها خصيصا لهذا الغرض عن طريق شركاء، وبعد ارتكاب الجريمة قام بإصلاح =

ومن الصور العملية لإدخال معلومات مصطنعة، قيام المسؤول المعلوماتي في المنشأة بضم مستخدمين غير موجودين بالفعل[1]، أو قيامه بالإبقاء على مستخدمين تركوا الوظيفة بالفعل[2].

من جهة أخرى لا يقتصر فعل الإدخال على البيانات كوسيلة للتلاعب، بل قد يلجأ الجاني إلى إدخال برامج إضافية قد يقوم بكتابتها الجناة أنفسهم أو قد تكون البرامج معدة سلفا[3].

ويتحقق فعل الإدخال كذلك في الفرض الذي يتمكن فيه الحامل الشرعي لبطاقات السحب الممغنطة والتي تسحب النقود من البنوك، وتحديدا أجهزة السحب الآلي؛ وذلك حين يستخدم رقمه الخاص السري للدخول لكي يسحب مبلغا من النقود أكثر من المبلغ الموجود في حسابه، أو يسدد عن طريقها مبلغا أكثر من ذلك المبلغ المسموح به لصاحب البطاقة[4].

وكذا يتحقق هذا الفرض عند استخدام البطاقة المذكورة من قبل الحامل غير الشرعي في حالات سرقتها أو فقدانها أو تزويرها، أو عند إدخال برنامج غريب مثل فيروس حسان طروادة أو أي قنبلة معلوماتية يؤدي إلى إضافة معطيات جديدة[5].

ب – فعـــل المحـــــو: عبر عليه المشرع الجزائري في نص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات بفعل الإزالة[6]، ويعرف فعل المحو بأنه:" اقتطاع خصائص مسجلة على دعامة ممغنطة عن طرق محوها، أو عن طريق طمسها أي ضغط خصائص أخرى جديدة فوقها تطمس الخصائص القديمة، وكذلك عن طريق تحويل ورص خصائص مزالة منطقة في محفوظة من الذاكرة"[7].

كما يقصد بفعل المحو أيضا:" إزالة جزء من المعطيات المسجلة على الدعامة والموجودة داخل النظام أو تحطيم

= الموقف السابق بمحو كل آثار فعل الغش المعلوماتي، ومن المستحيل تنفيذ مثل هذه العملية إلا باستخدام حاسب آلي والذي يمكن أن نأمر بأن يتغاضى عن بعض المعاملات المالية، د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص78.

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 378.

(2) ويتلخص هذا النمط من أفعال الغش المعلوماتي، في أن المبرمج المسؤول عن الإدارة المالية المعلوماتية بدلا من أن يحفظ ملفات الأشخاص الذين تركوا العمل بالمنشأة، فإنه يبقي هذه الملفات على قيد الحياة و يجعلها تدر دخلا مع نهاية كل شهر، د محمد سامي الشوا: نفس المرجع، ص78.

(3) من أمثلة ذلك قيام مبرمج بمؤسسة كبرى في ألمانيا باستعمال برنامج أعده خصيصا من أجل إتمام عملية الاحتيال، يسمح بإدخال معلومات تتعلق بمرتبات أشخاص وهميين إلى ذاكرة الحاسب، التي تحتوي على جميع المعلومات المتعلقة بالمرتبات بالمؤسسة، ثم قام بإدخال حساب خاص به تحول إليه هذه المرتبات الوهمية، وحتى يتفادى الجاني اكتشاف أمره، فقد قام بالإضافة إلى إعداد هذا البرنامج بإجراء تعديلات في برامج أخرى تتعلق بدفع مرتبات وبيانات حسابات الشركة، حتى يضمن الجاني عدم ظهور مدفوعات هذه الرواتب في قوائم المراجعة التي يعدها الحاسب للشيكات التي تم صرفها من ناحية، ومن ناحية أخرى يتم استقطاع المبالغ المستولى عليها من إجمالي الضرائب المستحقة على المرتبات حتى لا تظهر في حسابات الشركة وميزانيتها باعتبارها عجزا، أكثر تفصيل د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص449.

(4) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 356.

(5) آمال قارة: مرجع سابق، ص 122.

(6) اختلفت التعابير المستعملة لتجريم هذا الفعل من تشريع لآخر، وقد تضمنت اتفاقية بودابست في المادة الرابعة منها عدة مصطلحات تشير إلى فعل الإزالة وهي الإضرار، المحو، الإتلاف، والطمس.

(7) محمد خليفة: مرجع سابق، ص 184.

تلك الدعامة أو نقل وتخزين جزء من المعطيات إلى المنطقة الخاصة بالذاكرة[1].

وعملية إزالة المعطيات هي مرحلة لاحقة على عملية إدخالها، فالإزالة تفترض الوجود السابق لعملية الإدخال[2].

ويمكن للمسؤولين عن حفظ البيانات وبصورة مبسطة أن يدمروا أو يتلفوا المعلومات التي كلفوا بحفظها داخل الحاسب الآلي، وذلك عن طريق إتلاف المعلومات أو محوها[3].

ومن الأمور السهلة في الواقع محو رقم واستبدال رقم حساب بآخر، أو إحلال بطاقة محل أخرى، وهذا النوع من الجرائم على قدر كبير من الخطورة، لأنه في حالة نجاحه، يمكن للجريمة أن تستمر لفترة من الزمن حتى يتم الكشف عن الفعل الإجرامي[4].

ويرى جانب من الفقه بأن محو البيانات المعالجة قد يتم عن طريق التلاعب في الشرائط الممغنطة، إلا أن محو الشرائط منفصلة عن النظام المعلوماتي لا يدخل في عداد الجرائم المعلوماتية القائمة على التلاعب بالمعطيات. فهذه الجريمة تفترض أن يتم الفعل داخل النظام المعلوماتي، أو بمعنى آخر أن يتم السلوك الإجرامي المتمثل في محو البيانات في ذات النظام المعلوماتي نفسه، وليس خارج هذا النظام[5].

وكما سبق التنويه بالنسبة لفعل الإدخال، يمس فعل الإزالة معطيات النظام كما يمس برامجه، ومن بين تطبيقات ذلك قيام مبرمج لدى أحد البنوك بمحو الجزء من النظام الذي يراقب السحب بما يجاوز الرصيد الخاص به بحيث يتجاوز هذا السحب[6].

والجدير بالذكر أنه قضي في فرنسا بأنه لا يشترط في المحو أو الإلغاء المعاقب عليه في المادة 323 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي، أن يرتكب بواسطة شخص ليس له حق الدخول في النظام المعلوماتي[7].

---

(1) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص608.

(2) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص274.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 384.

(4) من التطبيقات العملية لاقتراف هذه الجريمة بطريق المحو، قيام بعض المسؤولين بالاستيلاء على مبلغ 61000 دولار، كانت قد أرسلته إحدى شركات التأمين لصالح أحد المراكز الطبية، وقاموا بفتح حسابات وهمية خاصة بهم ووضعوا فيها المبلغ؛ وحتى تتم هذه العملية بنجاح، قام هؤلاء المسؤولين بمحو حسابات من سجلات الحاسب الآلي للمركز الطبي، وهي حسابات المتوفين، وذلك بجعلها غير قابلة للتحصيل، وإما بحذفها من الملفات، د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 357.

(5) من بين القضايا المتضمنة فعل الإزالة، قضية الشركة **(TRW company credit data)** التي تعمل على تزويد عملاءها في بنوك شركات ومتاجر، من خلال أنظمتها المعلوماتية بمعلومات تتعلق بالمركز الائتماني لأفراد الجمهور، نظير اشتراك يدفعه هؤلاء العملاء، وكانت الشركة تحوز معطيات تتعلق بحوالي خمسين مليون شخص، وقد استغل موظف بقسم علاقات المستهلكين هذا النشاط، وقام ببيع مراكز ائتمانية جيدة قام باختلاقها لذوي المراكز الائتمانية الرديئة مقابل مبلغ من المال يدفعه هؤلاء؛ وقد عمل الموظف على محو المعطيات المتعلقة بالمراكز الرديئة واستبدالها بمعطيات تحسن مركز المتعاملين معه، وكانت هذه العملية قد تضمن التلاعب بالمعطيات نظام المعالجة الآلية للمعطيات عن طريق المحو أو الإزالة، محمد خليفة، مرجع سابق، ص 185.

(6) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص448.

(7) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر الانترنت في القانون العربي النموذجي، نفس المرجع، هامش رقم 1، ص 385.

ج – فعـــل التـــعديـــل: يقصد بالسلوك الإجرامي وصورته التعديل، تغيير المعطيات الموجودة داخل النظام واستبدالها بمعطيات أخرى[1].

ويراد بالتعديل أيضا، كل تغيير غير مشروع للمعطيات والبرامج، يتم عن طريق استخدام وظائف نظام المعلوماتية[2].

وقد يتم التلاعب في المعطيات عن طريق استبدالها، أو عن طريق التلاعب في البرنامج، وذلك بإمداده بمعطيات مغايرة، تؤدي لنتائج مغايرة عن تلك التي صمم البرنامج لأجلها[3].

ويتم التلاعب بالبرامج عن طريق التعديل، مثلا بتغيير البرامج المطبقة بالفعل داخل المؤسسة المجني عليها وذلك بإدخال تعديلات غير مرخص بها على البرامج المستخدمة. فكثير من البرامج بعد إعدادها واختبارها قد تمر ببعض التعديلات لتصويب أخطاء اكتشفت بعد العمل بها، وهو ما يتيح في هذه الحالة إدخال تغييرات من شأنها أن تساعد الجاني في إتمام جريمته وكذلك إخفائها. كما قد يتم إجراء هذا التعديل عن طريق استخدام البرامج الخبيثة أي الفيروسات، وقد يتمثل التعديل في تطبيق برامج إضافية، وهذه البرامج الإضافية قد تتم كتابتها عن طريق الجناة أنفسهم؛ أو قد تكون برامج معدة سلفا تهدف بشكل أساسي إلى تعديل المعلومات في الحاسبات الآلية عن طريق إجراء تعديلات مباشرة في ذاكرة الحاسب. كما قد يتم الاستعانة ببعض البرامج المعدة للاستخدام في أوقات الأزمات لتخطي الإجراءات الأمنية الموضوعة[4].

وكقاعدة عامة فإن المحو أو التعديل في المعطيات الموجودة في نظام المعالجة الآلية للمعطيات كصورتين للركن المادي في جريمة التلاعب بالنظم المعلوماتية، يتم عن طريق برامج غريبة تتلاعب بالمعطيات سواء بمحوها كليا أو جزئيا أو بتعديلها، وذلك باستخدام القنبلة المعلوماتية الخاصة بالمعطيات أو برنامج الممحاة أو برامج الفيروسات بصفة عامة[5].

والأفعال السابقة سواء كانت الإدخال أو المحو أو التعديل قد وردت على سبيل الحصر، فلا يقع تحت طائلة التجريم أي فعل آخر غيرها، حتى ولو تضمن اعتداء على المعطيات الموجودة داخل نظام المعالجة الآلية للمعطيات، فلا يخضع للتجريم فعل نسخ المعطيات أو نقلها أو التنسيق أو التقريب فيما بينها، لأن كل هذه الأفعال لا تنطوي على إدخال أو محو أو تعديل وفق المفاهيم السابقة[6].

---

(1) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص608.

(2) محمد خليفة، مرجع سابق، ص 184.

(3) من ذلك ما يعرف باسم السرقة الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يقوم الجاني باحتجاز الأمر بالدفع الموجه من بنك إلى بنك آخر، ويزور الرسالة بحيث يتم دفع هذا المبلغ إلى حسابه هو شخصيا، و يكفي الجاني أن يتوجه إلى شباك التوزيع الخاص بالبنك ليسحب المبلغ نقديا، د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، هامش رقم 2، ص 386.

(4) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص448.

(5) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، نفس المرجع، ص608.

(6) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 362.

ثانيا :أشكال المعطيات المعرضة للاعتداء

رافق التطور الذي شهدته جرائم الاعتداء على المعطيات تعدد لأشكالها، فبات من الممكن المساس بالمعطيات في أي مرحلة من مراحل معالجتها، وأيا كانت الحالة التي تتواجد عليها[1].

ا – التلاعب في المدخـــــلات: يمكن القول بشكل عام، أن أكثر حالات الاعتداء على المعطيات تنطوي على التلاعب في المعلومات والبيانات التي يتم إدخالها إلى النظام المعلوماتي، وأن أبرز أشكال هذا التلاعب يكون بتحويل المدفوعات من حساب لآخر، أو بوقف سداد مستحقات واجبة السداد، أو بوضع أسماء زائفة لموظفين يستحقون أجورا ومرتبات، أو بادعاء رد مبلغ نقدي على أنه دين[2].

ويرجع سبب تزايد ارتكاب التلاعب في المدخلات مقارنة مع باقي أشكال التلاعب الأخرى، إلى سهولة التلاعب في البيانات والمعلومات في مرحلة الإدخال، حيث لا يحتاج إلى مهارات خاصة؛ فالأمر لا يتطلب أكثر من معرفة نظم الرقابة، والمراجعة الخاصة بأنظمة الحاسبات الآلية، ومعرفة كافية للتوفيق بينها وبين التلاعب الذي لحق بالمعلومات، وهو ما يؤدي إلى صعوبة اكتشافه مما يشجع بصفة عامة على القيام به[3].

وتتعدد وسائل التلاعب في المدخـــلات، سواء تم ذلك في مرحلـــة الإدخال، أو في مرحلـــة إعداد المعلومة للإدخال.

الوسيلة الأولى: تتمثل في تغيير البيانات والمعلومات محل الإدخال إلى النظام، دون أن يتعدى الأمر إلى حذفها يستوي في ذلك أن يتم في مرحلة الإدخال أو قبل ذلك، أي أثناء إعداد هذه المعلومات للإدخال. وقد يتضمن التغيير المعلومة بأكملها أو يشمل جزء دون الآخر، كما قد يتمثل في إضافة جزء لها ليس فيها، أو استبدال معلومة بأخرى، بحيث يؤدي أي تلاعب إلى تغيير معنى المعلومة لتصبح لا تعبر عن الحقيقة التي تمثلها.

الوسيلة الثانية: قد تتم أيضا في مرحلة الإدخال أو في مرحلة إعداد المعلومة للإدخال، غير أنها تنطوي على فعل الحذف الذي قد يشمل جزء فقط من المعلومة أو عدة أجزاء؛ وقد يتعدى الأمر إلى حذف المعلومة بكاملها أو عدم إدخالها إلى النظام المعلوماتي، وهنا أيضا يؤدي هذا التلاعب إلى تغيير حقيقة المعلومة، حيث أن حذفها أو عدم وجودها يؤثر على النتائج المرجوة من النظام.

الوسيلة الثالثة: وتتضمن إعاقة المعلومة عن أداء وظيفتها، وتتم بإدخال المعلومة في غير المكان المخصص لها[4].

---

(1) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص267.

(2) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص446.

(3) من تطبيقات ذلك، ما قام به موظف مختص بمعالجة البيانات بأحد البنوك السويسرية الكبرى، بالتلاعب في التحويلات الخارجية للمصرف والتي تتم بشكل آلي، وقد قام الموظف باعتراض كثير من أوامر التحويل التي يتم إرسالها عن طريق شركائه في قسم التشفير، وبدلا من أن يقوم بتغذية الحاسب الآلي بالقيمة الحقيقية لهذه التحويلات؛ أدخل القيمة الحقيقية للتحويل مضروبة في ألف، وبذلك كان أمر تحويل مبلغ معين على سبيل المثال من فرانكفورت إلى شركائه في سويسرا، يعني قيام هؤلاء بسحب القيمة المعادلة لهذا المبلغ من العملة السويسرية مضروبة في ألف وتمكن الجناة من الاستيلاء على مبالغ كبيرة من أموال البنك، أكثر أمثلة وتطبيقات د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع، ص 440.

(4) نفس المرجع، ص 438.

ب – التلاعب في المعطيات في مرحلة الإخراج: قد يتم التلاعب في البيانات في مرحلة الإخراج أيضا إلا أن هذه الوسيلة تعد أقل حدوثا مقارنة بغيرها من الوسائل. وينصب التلاعب في هذا الشكل من أشكال الاعتداء على البيانات في اللحظة التي يتم إخراجها من النظام، من أجل تنفيذ النشاط الإجرامي، وفي أغلب الحالات لإخفائه[1].

وتعد البيانات في مرحلة الإخراج منذ اللحظة التي يتم فيها إعطاء الأمر داخل النظام بإخراجها، وحتى لحظة خروجها بالفعل. إلا أن التلاعب في البيانات لا يتصور بعد إعطاء هذا الأمر بإخراج المعطيات، إذ لا يمكن تغييرها في هذه المرحلة. كما أن التلاعب بها بعد خروجها تماما من نظام المعلوماتية إلى أي وسيلة تخزين أخرى لا يمكن أن يدخل في عداد جرائم المعلوماتية لانعدام دور النظام في إتمامه[2].

والمقصود بالتلاعب في مرحلة الإخراج، هو أن تخرج المعطيات من النظام غير سليمة، وهو ما لا يمكن أن يحدث إلا في مرحلة سابقة على إعطاء أمر الإخراج. وتفترض هذه الحالة أن المعلومات قد دخلت صحيحة إلى النظام، وأن التلاعب كان في مرحلة لاحقة وبصفة خاصة قبل إخراج المعلومات. فإذا ما تم التلاعب بهذه الصورة فنحن أمام التلاعب في المعطيات في مرحلة الإخراج [3].

من جهة أخرى قد يتم التلاعب في البيانات الخاصة بنظم المعالجة الآلية في مرحلة إخراج البيانات والمعلومات، عن طريق تغيير أو تعديل المعلومة، بحيث لا تعبر عن المعنى الحقيقي لها، أو عن طريق حذف جزء أو عدة أجزاء منها. فالعبرة إذن بخروج المعلومة وقد تغير فحواها ومعناها، لتساهم في إتمام السلوك الجنائي وإخفائه[4].

وتعد حالات التلاعب في البيانات في مرحلة الإخراج نادرة الحدوث من ناحية، كما أنها من ناحية أخرى تهدف في الكثير من الأحيان إلى طمس معالم الفعل الإجرامي، الذي يكون قد تم بالفعل بواسطة وسيلة أخرى من وسائل الاعتداء على المعلومات الخاصة بالأنظمة المعلوماتية[5].

---

(1) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص268.

(2) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص443.

(3) يختلف التلاعب في المدخلات الذي يعتمد على إدخال معلومات غير سليمة إلى النظام المعلوماتي منذ البداية، أو إدخالها سليمة لكن على نحو غير مصرح به أو غير مشروع؛ فالتلاعب في المعطيات الخاصة بنظم المعالجة الآلية في مرحلة الإخراج، يكون في مرحلة لاحقة على دخول هذه المعطيات على نحو صحيح.

(4) نفس المرجع: ص 445.

(5) في بعض الأحيان قد يلجأ الجاني إلى التلاعب في المعلومات في مرحلة الإخراج، فضلا عن التلاعب في المدخلات لإتمام النشاط الإجرامي، ومن أمثلة ذلك، ما قام به مدير لأحد البنوك بالتلاعب في بعض البيانات أثناء إدخالها إلى النظام المعلوماتي، لتغطية اختلاسات قام بارتكابها، وعندما قرر القائمون على النظام بالبنك استخراج البيانات والمعلومات المخزنة داخل النظام كإجراء روتيني؛ وهو ما كان ممكن أن يؤدي إلى اكتشاف التلاعب قام المتهم بالتلاعب مرة ثانية بالنظام نفسه لإعاقة عملية إخراج البيانات، ويلاحظ في هذه الحالة أن المتهم قد لجا إلى التلاعب في المدخلات لإتمام فعله الإجرامي، بينما قام بالتلاعب في النظام أثناء إخراج البيانات لإخفاء الجريمة، مشـــار إليـــه لدى د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع السابق، ص 446.

ج – التلاعب في البرامج: إن التلاعب في المدخلات أو التلاعب في البيانات في مرحلة الإخراج لا يتطلب درجة عالية من المعرفة التقنية، مقارنة بالتلاعب في البرامج التي تتميز بقدر كبير من التعقيد، لذلك يعتبر هذا النوع من التلاعب أصعب حالات التلاعب من حيث ارتكابه واكتشافه، ومن أكثر وسائل الاعتداء على المعطيات خطورة[1].

ويتم التلاعب في البرامج عن طريق إحدى الوسيلتين:

الوسيلة الأولى: تتمثل في تغيير البرامج المطبقة والمعتمدة داخل المؤسسة المجني عليها، ويتم هذا التغيير عن طريق إدخال تعديلات دون ترخيص، وبطريقة غير مشروعة على البرامج المستخدمة. فالعديد من البرامج بعد إعدادها واختبارها قد تمر ببعض التعديلات لتصويب وتصحيح الأخطاء المكتشفة بعد تطبيقها والعمل بها وهو ما يتيح في هذه الحالات المماثلة إدخال تغييرات؛ من شأنها أن تساعد الجاني على إتمام جريمته وكذلك إخفائها كما قد يساهم بشكل مباشر في إحداث التعديلات على البرامج، استخدام البرامج الخبيثة أو ما يسمى بالفيروسات[2] .

الوسيلة الثانية: تتمثل في تطبيق برامج إضافية، حيث أن هذه البرامج قد تبرمج بواسطة الجناة أنفسهم، أو قد تكون مبرمجة ومعدة مسبقا لوظيفة تعديل المعلومات داخل النظام بشكل مباشر في ذاكرة الحاسب. كما قد يتم الاستعانة ببعض البرامج الخاصة بالاستخدام الضروري، في حالات خاصة لتجاوز الأنظمة الأمنية الموضوعة لحماية النظام المعلوماتي[3].

---

(1) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص 269.

(2) من بين الحالات التي ارتكبت فيها هذه الجريمة، قيام مبرمج بأحد البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية بإجراء تعديلات في أحد البرامج، حيث يتم إضافة عشرة سنتات إلى كل خدمة تقل قيمتها عن عشرة دولارات، ودولار واحد إلى الخدمات التي تزيد عن هذا المقدار، ويتم تحويل المبالغ الزائدة إلى حساب قام الجاني بفتحه تحت اسم وهمي لتسهيل عملية التحويل؛ وقد تمكن الفاعل بهذه الطريقة من سحب مئات الدولارات شهريا دون أن يكتشف أمره، حتى قام البنك بناء على تعليمات شركة دعاية جديدة تعامل معها باختيار العميل الأول والأخير لتكريمهم، كنوع من الدعاية، ليكتشف البنك أن العميل الأخير غير موجود. وتشبه هذه الحالة أيضا ما قام به موظف آخر بأحد البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية بإضافة حساب وهمي، ثم قام بكتابة برنامج يسمح بتحويل الفرق الناجم عن إعمال قواعد التقريب إلى ذلك الحساب الوهمي، ولقد تم اكتشاف هذا التلاعب عندما قرر البنك اختيار حسابين لإجراء بعض التجارب حول نقاط الضعف في النظام المعلوماتي المستخدم في البنك، وكان من بينهما الحساب الأخير؛ وقد قام الجاني بإضافة الحساب الوهمي طبقا للترتيب الأبجدي يأتي في المؤخرة، ثم يقوم بإدخال تعديلات على البرنامج المطبق أو يقوم بكتابة برنامج جديد من شانه أن يحول إلى هذا الحساب مبالغ مالية يقوم الجاني بالاستيلاء عليها، مشار إليه لدى د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 448.

(3) من أمثلة هذا النوع من الجرائم قيام رئيس قسم الحاسب الآلي بأحد المصانع بجنوب ألمانيا بإعداد برنامج تصحيحي ــ وهو برنامج يقوم بالعمل في حالة تعطل الحاسب الآلي أو احد البرامج أو في حالة حدوث خطأ ما من مشغل الجهاز ــ وإدخاله إلى نظام الحاسب الآلي الخاص بالمصنع، ويقوم هذا البرنامج بإلغاء المديونية الخاصة بإحدى الشركات التابعة لشريك للجاني وجعلها دائما صفرا؛ ثم قام باستخدام برنامج آخر للحيلولة في غيابه دون إخراج الحاسب الآلي لكل ما يتعلق بهذه الشركة، بالإضافة إلى تفريغ قاعدة البيانات من أية بيانات أو معطيات تتعلق بمديونية الشركة، وهو ما ترتب عليه ظهور هذه المديونية في حسابات المصنع والبيانات المحاسبية والإحصائية المتعلقة بمعاملاته، د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع السابق ص 446.

وقد يصل الأمر أحيانا بالمبرمجين إلى زرع برنامج فرعي غير مسموح به في البرنامج الأصلي، ومعروف لهم فقط، ويسمح لهم بالولوج غير المشروع في موردات، وهي عبارة عن العناصر الضرورية لأي نظام معلوماتي. ويمكن دفن هذا البرنامج الصغير السري بمهارة بين آلاف التعليمات التي تكون برنامجا معلوماتيا، وقد وجد أن أكثر وحدات الضبط دقة لا تستطيع كشف التعليمة المسلوبة[1].

وهناك أيضا التقنية المعروفة بالقنبلة المنطقية، وهي قريبة الشبه من القنبلة الزمنية، والتي تسمح بتحريك أحداث مستقبلية في تاريخ محدد، أو طبقا لوقوع أحداث معينة. بحيث يستغلها الجناة لارتكاب جريمة التلاعب بالمعطيات أو البيانات داخل النظام بشكل مخطط له مسبقا، وبعد مدة زمنية تسمح للجاني بقطع علاقته بالمؤسسة المجني عليها حتى لا يكون محل اشتباه.

د – التلاعب في البيانات التي يتم تحويلها عن بعد: يمكن أن ينفذ هذا التلاعب في حين يوجد مرتكبه على بعد عدة كيلومترات من مكان الاقتراف النهائي؛ وقد ساهم في انتشار هذا النوع من التلاعب، التزايد الكبير في استخدام نظم المعالجة الآلية للبيانات عن بعد في السنوات الأخيرة.

ويتم التلاعب عن بعد عن طريق النهاية الطرفية أيا كان موقعها، فيكفي أن يكون الحاسب الآلي الذي يتضمن النظام المعلوماتي متصلا بوحدة تشغيل مركزية عن طريق أي وسيلة من وسائل الاتصال، حتى يتمكن الفاعل من القيام بالتلاعب في بيانات ومعطيات هذا النظام المعلوماتي، من أي مكان يوجد فيه مستخدما لوحدته الطرفية[2].

فيستطيع الجاني باستخدام كلمة السر أو مفتاح الشفرة، وأداة ربط، أن يغير من أي مسافة محتوى الذاكرة والبيانات والمعطيات، وأن يستبدل أرقام الحسابات أحدها بالأخرى[3].

وقد ساهم التطور المتنامي لوسائل الاتصال الدولية، في خلق هذا النوع من التلاعب، حيث يرتكب النشاط الإجرامي في دولة لتتحقق النتيجة الإجرامية في دولة أخرى[4].

---

(1) وفي هذا المقام قام مبرمج بمنشأة للكيانات المنطقية، بإضافة تعليمات إضافية إلى البرنامج المسموح به لبنك عميل لها، والتي تستلزم من البرنامج المعلوماتي الخاص بإدارة الحسابات، أن يتجاهل كل عمليات السحب التي تتم بمعرفة المبرمج، سواء عن طريق بطاقات أو شيكات حسابية وقد تحمل البنك هذه المسحوبات من باب ميزانية الإدارة، مشار إليه لدى د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 84.

(2) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص452.

(3) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص82.

(4) ومن الحالات الشهيرة التي استخدم فيها التلاعب في البيانات عن بعد في مجال التحويل الإلكتروني للأموال، تلك التي قام بها أحد خبراء النظم المعلوماتية في أحد البنوك بلوس أنجلوس بالولايات المتحدة الأمريكية. وقد قام المتهم بملاحظة كيفية إجراء عمليات التحويل الإلكتروني والشفرة المستخدمة لذلك، بفضل ما كان يتمتع به من حرية الحركة داخل البنك بصفة خاصة بحكم عمله خبيرا؛ وقد استطاع خارج البنك أن يتصل بشبكة المعلومات الخاصة بالبنك، وباستخدام الشفرة التي تحصل عليها، ولمعرفته بمختلف الإجراءات الأمنية التي تحمي النظام بالبنك ونقاط الضعف بها، قام بتحويل مبالغ ضخمة من حسابات البنك إلى حساب له في نيويورك، ثم قام بتحويل معظمها إلى أحد البنوك السويسرية التي يعمل وسيطا في تجارة الألماس، وبسبب الانخفاض النسبي في قيمة هذه التحويلات في محيط التعاملات البنكية في هذا المجال، فإن الجريمة لم يتم اكتشافها إلا بعد ثمانية أيام من ارتكابها ليقدم المتهم للمحاكمة، مشار إليه لدى د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص454.

الفرع الثاني: الركـــــن المعـــــنوي

إن جريمة التلاعب بالنظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية من الجرائم العمدية أو القصدية، التي تقوم على القصد الجنائي بركنيه العلم والإرادة.

فيجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الإدخال أو المحو أو التعديل. كما يجب أن يعلم الجاني بأن نشاطه الجرمي يترتب عليه التلاعب في المعطيات، ويعلم بأن نشاطه غير مشروع؛ وأنه يعتدي على صاحب الحق والسيطرة على المعطيات محل الاعتداء، ومع ذلك تتجه إرادته إلى ذلك الفعل رغما عن إرادة صاحب الحق في المعطيات وبدون موافقته[1].

وبناء على ما سبق، ولما كان التلاعب بالمعطيات الخاصة بالنظم المعلوماتي جريمة عمدية، والتي يتخذ الركن المعنوي فيها صورة القصد الجنائي، فإذا انتفى هذا القصد لدى الجاني فلا تقوم مسؤوليته، سنبين القصد الجنائي العام لهذه الجريمة (أولا)، ثم نبحث عن مدى ضرورة توافر القصد الخاص فيها (ثانيا).

أولا: القصد الجنائي العام

جريمة التلاعب بمعطيات نظام المعالجة الآلية، من الجرائم العمدية في كل صور السلوك الإجرامي فيها. وصورة الركن المعنوي هو القصد الجنائي العام بركنيه العلم والإرادة، ذلك أنه يجب أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الإدخال أو المحو أو التعديل، وهي كلها صور السلوك الإجرامي في هذه الجريمة[2].

ولا بد أن تتجه إرادة الجاني إلى السلوك الإجرامي، وهو عالم بأن نشاطه غير مشروع، وأنه يعتدي على صاحب الحق في المعطيات، ومع ذلك تتجه إرادته عن إدراك إلى ارتكاب الفعل المجرم.

ولما كان القصد الجنائي العام يقوم على عنصري العلم والإرادة، واللذان يجب أن ينصرفا إلى كافة العناصر المكونة للركن المادي في جريمة التلاعب بالمعطيات؛ لا بد أن يعلم الجاني أنه يقوم بإدخال أو إزالة أو تعديل غير مصرح به لمعطيات نظام المعالجة الآلية، وأن من شأن هذا الفعل الذي أقدم عليه أن يؤدي إلى نتيجة محددة هي تغيير حالة المعطيات[3].

فضلا عن ذلك، لا يشترط أن يكون القصد مباشرا، أي أن تكون إرادة الجاني قاطعة في اتجاهها لإحداث تغيير بالمعطيات، فيكفي لقيام العمد أن يقبل الجاني هذه النتيجة ويستوي لديه وقوعها من عدمه[4].

كما لا يشترط أن يكون القصد محددا، إذ تقوم الجريمة سواء حدد القصد بمعطيات معينة أو لم يحدد. فلم يفرق المشرع الجزائري ولا الفرنسي بين اتجاه إرادة الجاني إلى معطيات دون أخرى، ويعد مرتكبا للجريمة من سعى للتلاعب بمعطيات ما محددة فاعتدى على معطيات أخرى مخالفة.

---

(1) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص608.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 391.

(3) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص277.

(4) محمد خليفة: مرجع سابق، ص186.

وتجدر الإشارة إلى أن الأمر يختلف بالنسبة لبعض التشريعات التي تخص أنواع معينة من المعطيات دون غيرها، فالقصد في هذه الجرائم لا بد أن يكون محددا بالمعطيات محل الحماية[1].

وإذا كانت جريمة الاعتداء القصدي على المعطيات مثلها في ذلك مثل جريمة الاعتداء القصدي على نظم المعالجة الآلية للمعطيات تهدف إلى محاربة أفعال التخريب والاختراق والقرصنة. إلا أن التمييز بين الجريمتين ليس أمرا سهلا. ذلك أن جريمة الاعتداء العمدي على نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وإن كانت تقع بصفة أساسية على البرامج وشبكات الاتصال، إلا أنها قد تصيب المعطيات أيضا نتيجة أفعال الاعتداء التي تقوم بها تلك الجريمة.

وبالمقابل إن الاعتداء على المعطيات الذي تقوم به جريمة الاعتداء العمدي على المعطيات، قد يؤثر على صلاحية نظام المعالجة الآلية للمعطيات للقيام بوظائفه سواء على البرامج أو على شبكات الاتصال[2].

ثانيا: القصد الجنائي الخاص

يتمثل القصد الجنائي الخاص، في الغاية التي يقصدها الجاني من ارتكاب الجريمة، فضلا عن إرادته الواعية لمخالفة القانون، بخلاف القصد الجنائي العام، الذي هو انصراف إرادة الجاني نحو القيام بفعل ما وهو يعلم أن القانون ينهى عنه.

و لم يشترط نص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري توافر القصد الجنائي الخاص[3]، بل اكتفى النص بتوافر القصد الجنائي العام لقيام جريمة التلاعب بمعطيات نظام المعالجة الآلية.

واتجه المشرع الجزائري في ذلك، إلى ما ذهب إليه المشرع الفرنسي بموجب نص المادة 323 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي[4]، وقد جاء في كلا النصين مصطلح "الغش"، الذي فسره بعض الفقه على أن الجريمة لا تتحقق إلا إذا كانت أفعال الإدخال أو المحو أو التعديل قد ارتكبت بقصد الغش، أي خارج الاستعمال المرخص به من طرف أصحاب الحق على المعطيات.

---

(1) من أمثلة هذه التشريعات، ما نصت عليه المادة 1030(ا) من التشريع الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية، التي تجرم الإتلاف العمدي وغير المصرح به لمعلومات يحتوي عليها نظام المعلوماتية التابع لحكومة الولايات المتحدة الأمريكية، أو إدارتها أو نظام آخر غير تابع لها، إلا أنه يستخدم من قبلها أو لصالحها. ووسع قانون حماية بنية المعلومات من دائرة المعلومات محل الحماية، بإضافة المعلومات المستخدمة في التجارة والاتصالات بين الولايات أو بين الولايات والدول الأخرى، مسار إليه لدى نجاة عباوي: مرجع سابق، هامش رقم 1، ص 278.

(2) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص610.

(3) تنص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري على أنه:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنـــوات وبغرامة من 500000 دج إلى 2000000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها ".

(4) **Art.323-3.** (Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002). (Loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 art. 45 I Journal Officiel du 22 juin 2004). "Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende".

في حين ذهب جانب فقهي، إلى أن مصطلح الغش في نص المادة323 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي يعني وجود قصد خاص، يتمثل في إرادة تسبب ضرر للغير في ماله، أو في حقوقه على اختلاف طبيعتها.

غير أن هذا الرأي لم يجد تأييدا له، ذلك أن تجريم التلاعب بمعطيات أنظمة المعلوماتية يقوم على علم الجاني بأنه يقوم بتغيير غير مصرح به لحالة المعطيات، واتجاه إرادته لذلك، وهو ما يشكل القصد العام. وليس هنالك وقائع أخرى يجب أن يتجه إليها قصد الجاني، غير تلك التي تدخل في تكوين الركن المادي للجريمة. فالقصد الجنائي يتوافر بمجرد انصراف العلم والإرادة إلى أحد تلك الأفعال (الإدخال أو المحو أو التعديل) دون اشتراط نية أخرى[1].

وفي المقابل اتجهت بعض التشريعات، في محل تجريم التلاعب بمعطيات نظم المعالجة الآلية إلى اشتراط توافر قصد جنائي خاص، يتمثل في نية تحقيق ربح غير مشروع أو قصد الإضرار بالغير[2]. من بين هذه التشريعات نجد التشريع البرتغالي، التشريع الفنلندي، والتشريع التركي[3].

وبناء على ما سبق، يتضح أن هذه الجريمة لا تتطلب قصدا جنائيا خاصا مثل قصد الإضرار أو نية الإضرار بالغير، ذلك أن الركن المادي في الجريمة يتحقق بمجرد ارتكاب فعل الإدخال أو المحو أو التعديل. وهذه الجريمة من جرائم الخطر وليست من جرائم الضرر، فالمشرع يستشعر خطورة الجاني من السلوك المجرد الذي يقوم به ولا يترتب حصول نتيجة معينة حتى يتم عقابه، أي ليست من جرائم الضرر[4].

ولهذا يتوافر الركن المعنوي في هذه الجريمة بانصراف القصد الجنائي إلى الأفعال المذكورة، مع العلم بعدم مشروعية هذا الفعل[5].

يبقى أن نضيف أن المشرع الجزائري رصد عقوبات للجريمة المتقدمة، والتي تتمثل في عقوبات أصلية تتمثل في الحبس والغرامة في نص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري[6]، وعقوبات تكميلية تشترك فيها مع باقي جرائم المعلوماتية[7].

---

(1) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص278.

(2) جرمت بعض التشريعات جريمة التلاعب بمعطيات نظم المعالجة الآلية التي تقوم على أفعال الإدخال أو المحو أو التعديل، واشترطت إلى جانب توافر القصد العام بعنصريه العلم والإرادة، ضرورة توافر قصد خاص يتمثل في قصد تحقيق ربح غير مشروع. من بين هذه النصوص نجد المادة 1030(أ) من التشريع الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية، والمادة 263 من قانون العقوبات الألماني، والمادة 386(أ) من قانون العقوبات اليوناني، أكثر تفصيل د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص489.

(3) محمد خليفة: مرجع سابق، ص189.

(4) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص 391.

(5) د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص608.

(6) تنص المادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنـــوات وبغرامة من 500000 دج إلى 2000000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها "

(7) من الملاحظ أن العقوبات المقررة لجريمة التلاعب بالمعطيات، أكبر مقارنة بالعقوبات المقررة لجريمة الدخول أو البقاء داخل النظام المعلوماتي لأنها جريمة عمدية يريدها مرتكبها الذي يتوافر لديه القصد الجنائي.

نخلص إلى أنه، لما بدأ مفهوم التجارة الإلكترونية ينتشر في السنوات الأخيرة، وذلك لسهولة الاتصال بين الطرفين ولإمكانية اختزال العمليات الورقية، فضلا عن السرعة في إرسال البيانات؛ فقد تحولت العديد من شركات الأعمال إلى استخدام الإنترنت والاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية. كما تحول تبعا لذلك الخطر الذي كان يهدد التجارة السابقة ليصبح خطرا متوافقا مع التجارة الإلكترونية.

فأصبحت الجريمة المعلوماتية تشكل خطرا حقيقيا يهدد واقع و مستقبل المبادلات التـــجارية الإلكترونية حيث أن كلا من جريمتي الدخول والبقاء غير المصرح بهما إلى النظام المعلوماتي، وكذلك جريمة الاعتداء العمدي على معطيات هذا النظام، تؤثر سلبا على المعاملات والأنشطة التي تمثل تطبيقا لاستخدام الأنظمة المعلوماتية من ذلك التجارة الإلكترونية[1].

فالتجارة الإلكترونية بوصف أنها نظام معلوماتي، يعتمد على وسائل اتصال إلكترونية، وفق نظم معلوماتية معينة، يسهل اختراقها والتعدي عليها، وهذه الجرائم من أنماط السلوك الإجرامي الواقع على التجارة الإلكترونية[2].

ولأن هذه التجارة عبارة عن مراكز تسوق افتراضية على الشبكة، تتداول فيها بيانات بائع أو منتج لسلعة أو لخدمة أو مستهلك أو مشتري لهذه الخدمة أو السلعة، ويتم الاتفاق على بنود العقد المراد إبرامه و تنفيذه من خلال برنامج عبارة عن بيانات ومعلومات؛ الأمر الذي يعرضها لخطر التلاعب بها فالإتلاف أو التدمير.

فالمساس ببيانات التجارة الإلكترونية يضفي نوعا من عدم الأمان لدى المتعامل بها، و عدم توافر هذا الأمان المعلوماتي يؤدي إلى الانسحاب من السوق الإلكترونية. لذلك فمستقبل التجارة الإلكترونية مرهون بمدى تقدم سبل الحماية الفنية لمواقعها الإلكترونية.

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 363.

(2) نتيجة لذلك، أخذت بعض الشركات التي لحقتها خسائر فادحة من جراء الجريمة المعلوماتية، واختراق مواقعها التجارية إلى عزل نفسها عن شبكات الاتصال الخارجية، وذلك لحماية نفسها من مخاطر الاختراق وإفشاء الأسرار التجارية المعلوماتية. فمثلا بالإمكان الآن سرقة مئات الألوف من أرقام البطاقات في يوم واحد، من خلال الدخول غير المصرح به إلى المواقع التجارية عبر شبكة الإنترنت، ومن ثم بيع هذه المعلومات للآخرين وقد وقع بالفعل بعض الحوادث التي قام أصحابها باستخدام الإنترنت لتنفيذ عملياتهم الإجرامية، ومن ذلك حادثة شخص ألماني قام بالدخول غير المشروع إلى أحد مزود الخدمات، واستولى على أرقام بطاقات ائتمانية الخاصة بالمشتركين، ومن ثم هدد مزود الخدمة بإفشاء أرقام تلك البطاقات ما لم يستلم مبلغ معين، وقد تمكنت الشرطة الألمانية من القبض عليه. كما قام شخصان في عام (1994) بإنشاء موقع على الإنترنت مخصص لشراء طلبات يتم بعثها فور تسديد قيمتها إلكترونيا، و لم تكن الطلبات لتصل إطلاقا، حيث كان الموقع وهمي قصد منه النصب والاحتيال وقد قبض على مؤسسيه لاحقا. ويتعدى الأمر المخاطر الأمنية التي تتعرض لها بطاقات الائتمان، نتيجة بداية ثورة نقدية تعرف باسم النقود الإلكترونية والتي يتنبأ لها أن تكون مكملة للنقود الورقية والبلاستيكية (بطاقات الائتمان) وأن يزداد الاعتماد عليها والثقة بها، كما أن هناك الأسهم والسندات الإلكترونية المعمول بها في دول الاتحاد الأوروبي، والتي أقر الكونجرس الأمريكي التعامل بها في عام 1990. وبالتالي فإن التعامل معها من خلال الإنترنت سيواجه مخاطر أمنية ولا شك، الأمر الذي دفع بعض الشركات والبنوك إلى العمل سويا لتجاوز هذه المخاطر كالاتفاق الذي وقع بين مؤسسة هونج كونج وشنغهاي البنكية (**HSBC**) وهي من أكبر المؤسسات المصرفية في هونج كونج، وشركة كومباك للحاسب الآلي، وذلك لتطوير أول نظـــام آلي آمن للتـــجارة الإلكترونية، والذي يمنـــح التـــجار خدمة نظام دفع آمن لإجراء عمليـــات الدفع عبر الانترنت.

المبحث الثاني: جرائم الإضرار بأموال التجارة الإلكترونية

تعد الثورة التكنولوجية وبخاصة ثورة الاتصالات أهم التطورات التي يعيشها العالم اليوم، وتعتبر ثورة الاتصالات هي المحرك الأساسي في التطورات الحادثة في الوقت الحالي. إلا أنها ليست المحرك الوحيد في هذه التطورات، حيث أن التطور الكبير في تكنولوجيا الحاسبات، قد أسهم بصورة كبيرة في تسارع معدلات التقدم في مجال الاتصالات والمعلومات.

وقد كان من نتاج التطور في الجانبين، ظهور أدوات واختراعات وخدمات جديدة في مختلف المجالات، من بينها المجال التجاري، حيث ظهر نوع جديد من المبادلات يطلق عليه"التجارة الإلكترونية" تختلف عن التجارة التقليدية التي نعرفها، من حيث البيئة التي تتم فيها هذه المبادلات التجارية.

ورغم الفوائد والإيجابيات الكثيرة التي رافقت هذه التقنيات التكنولوجية الحديثة، إلا أنه رافقها سلبيات كثيرة بدأت تهدد وجودها إن لم يتم السيطرة عليها. وعلى رأس هذه السلبيات الجرائم التي ترتكب من خلالها، كجرائم الحاسوب وجرائم شبكة الانترنت. فلقد أصبح العالم يفيق كل يوم على واقع جريمة معلوماتية جديدة ترتكب من خلال هذه التقنيات الحديثة، وباتت هذه الجرائم تهدد اقتصاد الدول بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص[1]؛ ومن الملاحظ بأن تلك الجرائم تتزايد بشكل متسارع يجاري ويوازي التسارع التكنولوجي.

ومع زيادة درجة اعتماد المؤسسات المصرفية والمالية على تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والتحول التدريجي في كافة أنحاء العالم نحو ما يطلق عليه البنوك والمصارف والمؤسسات المالية الإلكترونية، حيث أن هذا النوع من التعاملات قد أصبح أمرا واقعا يتزايد الاعتماد عليه يوما بعد يوم[2]؛ خاصة بعد ظهور وتنامي حجم الأعمال التي تتم من خلال التجارة الإلكترونية لتسويق وبيع السلع والخدمات. وقد صاحب ذلك خطر الاعتداء على الأموال في نطاق هذه التجارة التي تتداول بطرق إلكترونية، والتي تسبب خسائر فادحة تضر بمستقبل التجارة الإلكترونية. من أهم هذه الجرائم جريمة السرقة المعلوماتية ﴿ *المطلب الأول* ﴾، وجريمة النصب المعلوماتي ﴿ *المطلب الثاني* ﴾، وجريمة خيانة الأمانة في نطاق المعلوماتية ﴿ *المطلب الثالث* ﴾.

---

(1) تعرف الجريمة الواقعة على التجارة الإلكترونية بأنها: "كل فعل أو امتناع عمدي يتضمن نشاطا إجراميا يهدف إلى الاعتداء على أموال أو بيانات التجارة الإلكترونية".

(2) فعلى مستوى البنوك والمؤسسات المالية، فقد تمت ميكنة نظم الإدارة والمحاسبة وربط الأفرع المختلفة لتلك المؤسسات بعضها ببعض من خلال شبكات المعلومات لضمان سهولة ويسر إدارة العمليات المالية داخلها. وفي تعامل تلك المؤسسات مع العملاء عن بعد، فقد تم تحقيق ذلك عن طريق الاتصال المباشر، من خلال شبكات المعلومات الخاصة المتاحة وكذا غير المتاحة لمستخدمي الانترنت؛ وفيما يتعلق بنظم السداد والوفاء المختلفة تم أيضا إدخال بطاقات الائتمان والدفع الإلكتروني في المعاملات والتوجه للإقلال من التعاملات بالنقد المباشر، في إطار التحول إلى المجتمع اللانقدي، أكثر تفصيل د نعيم دهمش، د ظاهر شاهر القشي: مخاطر العمليات المصرفية التي تتم من خلال القنوات الإلكترونية، مجلة البنوك العدد الثاني المجلد الثالث والعشرون،الأردن، اذار 2004، ص 03.

المطلب الأول: جريمة السرقة المعلوماتية

لم تقتصر أساليب إساءة اســـتخدام التكنولوجيا الحديثة على الاعتداء على بيانات التجارة الإلكترونية بل تعدتها لتطال الأموال المتداولة في نطاق هذه التجارة.

والواقع أن لجرائم الاعتداء على المال المعلوماتي أهمية متزايدة من الناحية العملية، حيث أصبح هذا النوع من الإجرام يستهدف بشكل مباشر التعامل الإلكتروني للبنوك والمؤسسات المصرفية، نتيجة تطور وسائل الدفع الإلكتروني مع انتشار عمليات التجارة الالكترونية[1]. فتعتمد نظم التحويلات المالية في الوقت الحالي على استخدام الحاسب الآلي وشبكات المعلومات، التي تعد من الوسائل التي يشوبها كثير من المخاطر[2]، وينطوي ذلك على ضرر بالنسبة لقطاع الأعمال بشكل عام والتجارة الإلكترونية بشكل خاص؛ حيث أن الاستخدام غير القانوني للتكنولوجيا، يؤدي إلى السرقة وهذا من شأنه انتهاك الثقة والصلاحية في العمليات المالية المتبادلة عن طريق الوسائل الإلكترونية[3].

ونظرا لمخاطر استخدام الحاسبات وشبكة الانترنت في التعامل التجاري المتعددة، كون الحسابات البنكية والمبالغ المودعة في الحسابات وأرقام بطاقات الائتمان معرضة للسلب والاختلاس الإلكتروني، حيث يستخدم الإنترنت في القيام بالعديد من أشكال السرقة للأموال المنقولة إلكترونيا؛ فأحيانا يتم الحصول على بعض الوسائل المرتبطة بحماية المعلومات مثل كلمات المرور وتفاصيل الحسابات، والتي يتمكن من خلالها الجناة من الوصول إلى قواعد البيانات الخاصة بشركات الأعمال والمؤسسات المالية، وقد تنقل الأموال إلكترونيا من خلال إرسال أوامر بالبريد الإلكتروني. وعندما يصبح استخدام التجارة الإلكترونية أكثر انتشارا، فمن المتوقع تزايد إساءة استخدام الإنترنت المرتبط بنقل الأموال إلكترونيا.

مما سبق ولما كانت جريمة السرقة تثير أكثر من غيرها من الجرائم مشاكل أكثر في نطاق التجارة الإلكترونية يستوجب البحث التعرض لأركانها (الفرع الأول)، ثم لتطبيقاتها في مجال التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

---

(1) ويقصد بالدفع الإلكتروني على أنه مجموعة الأدوات والتحويلات الإلكترونية التي تصدره المصارف والمؤسسات كوسيلة دفع، وتتمثل في البطاقات البنكية، والنقود الالكترونية، والشيكات الالكترونية، والبطاقات الذكية، وغيرها.

(2) ومن أشهر جرائم سرقة الأموال، التي جرت أحداثها في إمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة في أواخر عام 2001 ما قام به مهندس حاسبات آسيوي يبلغ من العمر 31 عاما وتم نشر وقائع الجريمة في أبريل من عام 2003 حيث قام بعمل العديد من السرقات المالية لحسابات عملاء في 13 بنكا محليا وعالميا، حيث قام بالاستيلاء على الأموال من الحسابات الشخصية، وتحويل تلك الأموال إلى حسابات وهمية قام هو بتخليقه؛ كما قام أيضا بشراء العديد من السلع والخدمات عبر شبكة الانترنت مستخدما بيانات بطاقات الائتمان والحسابات الشخصية لعدد كبير من الضحايا،كل ذلك تم من خلال الدخول للشبكة من خلال إحدى مقاهي الانترنت العامة المنتشرة في دبي، وقد بلغت قيمة الأموال المستولي عليها حوالي 300 ألف درهم من البنوك المحلية بالإمارات فقط.

(3) أي سرقة المعلومات من برامج وبيانات بصورة غير شرعية، وهي مخزونة في دائرة الحاسوب أو نسخ برامج معلوماتية بصورة غير قانونية وتتم هذه العملية إما بالحصول على كلمة السر أو بواسطة التقاط موجات الكهرومغناطيسية بحاسبة خاصة، ويمكن إجراء عملية القرصنة بواسطة رشوة العاملين في المنظمات المنافسة. أما عن الهدف من عمليات القرصنة فهو سرقة الأسرار أو المعلومات التجارية أو التسويقية أو التعرف على حسابات الشركات، أو أحيانا بهدف التلاعب بقيود المصارف أو المؤسسات المالية بهدف سرقة الأموال.

الفرع الأول: أركان جريمة السرقة المعلوماتية

تنشأ جريمة سرقة المعلومات والبرامج وغيرها من أدوات عملية التجارة الإلكترونية، بكل فعل من شأنه الاستيلاء على برامج أو معلومات أو بيانات مملوكة للغير[1]. وقد عرفت المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري السرقة كما يلي:"كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا"، وتقابلها نص المادة 311 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي[2].

والملاحظ أن التعريف الوارد في قانون العقوبات الجزائري يهتم بالجانب الموضوعي للسرقة، حيث يتطلب لقيام هذه الجريمة أن يرتكب الجاني فعلا ماديا محددا هو الاختلاس، وأن ينصب هذا الاختلاس على شيء منقول مملوك للغير. غير أن المادة311 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي أشارت إلى الركن المعنوي للجريمة وهو القصد الجنائي، إذ يتطلب النص المتقدم وقوع الاختلاس بقصد الغش؛ وبذلك تكون أركان جريمة السرقة التقليدية هي: محل السرقة وهو شيء منقول مملوك للغير، النشاط المادي المتمثل في الاختلاس، والقصد الجنائي.

وفي معرض البحث حول أركان الصورة المستحدثة لجريمة السرقة والمتمثلة في السرقة المعلوماتية[3] سنحاول بيان مدى تطابق القواعد القانونية العامة لجريمة السرقة التقليدية، مع القواعد الخاصة للسرقة المعلوماتية من خلال التعرض لمحل السرقة المعلوماتية (أولا)، وإيضاح النشاط المادي في هذه الجريمة (ثانيا)، ثم نبين الركن المعنوي المتمثل في القصد الجنائي (ثالثا).

أولا: محل السرقة المعلوماتية

وفقا للقواعد العامة للسرقة، محل السرقة ينصب على مال منقول مملوك للغير، والمال هو كل شيء يصلح للحيازة والنقل والتملك وتكون له قيمة. وهنا يطرح التساؤل حول ما مدى احتمال الأموال في نطاق التجارة الإلكترونية أن تكون محلا للسرقة.

إن المال في مجال التجارة الإلكترونية بشكل خاص هو نفسه المال في مجال المعلوماتية بشكل عام[4]، بوصف أن التجارة الإلكترونية هي نظام معلوماتي. ولتوضيح مدى التطابق ما بين محل السرقة في القواعد العامة ومحل السرقة في المعلوماتية، سنحاول تحديد طبيعة المال وطبيعة المنقول في مجال المعلوماتية.

---

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص371.

(2) Article 311-1 du **Code pénal français: «** Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui **».**

(3) هناك من يعبر عن السرقة المعلوماتية بالقرصنة، وتعرف القرصنة بأنها:" سرقة المعلومات من برامج وبيانات مخزنة في دائرة الكمبيوتر بصورة غير شرعية أو نسخ برامج معلوماتية بصورة غير شرعية، بعد تمكن مرتكب هذه العملية من الحصول على كلمة السر أو بواسطة التقاط الموجات الكهـــرومغناطيسية الصادرة عن الحاســـب الآلي أثناء تشـــغيله، وباستـــخدام هوائيات موصلة بحاســـبات خاصة، محمود أحمد عبابنة: مرجع سابق، ص 93.

(4) يقصد بالمال المعلوماتي: الحاسوب بكل مكوناته، وهو عبارة عن مجموعة من الكيانات التي تسمح بدخول المعلومات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها عند الطلب؛ وهو يتكون من كيانين: الكيان المادي للحاسب الإلكتروني ويتمثل في وحدات الإدخال ووحدات التشغيل ووحدات الإخراج، والكيان المنطقي أو المعنوي الذي يتمثل في البرامج .

ا – طبيعة المال في مجال المعلوماتية: إن المـــال المعلومـــاتي والذي يقصد به الحاسوب بكل مكـــوناته هو عبارة عن مجموعة من الكيانات التي تسمح بدخول المعلومات ومعالجتها وتخزينها واسترجاعها عند الطلب. وهو يتكون من كيانين: الكيان المادي أو ما يسمى بالمال المعلوماتي الطبيعي، والذي له كيان مادي ظاهر وملموس، والمتمثل في وحدات الإدخال[1]، ووحدات التشغيل[2]، ووحدات الإخراج[3]، من شاشات عرض وطابعات وسماعات ووسائط التخزين وخلافه. وهنا لا خلاف بين الفقه والقضاء على أن المال المعلوماتي الطبيعي يصلح أن يكون محلا للسرقة باعتباره مال مادي ملموس، ويمكن نقله وحيازته والاستيلاء عليه.

أما الكيان المنطقي أو المال المعلوماتي المعنوي، وهو العناصر المنطقية للنظام المعلوماتي، وما تحتويه هذه العناصر من برامج وبيانات صالحة للاستخدام أي المعالجة آليا[4]، فيثار السؤال عن هذا المال المعلوماتي المعنوي فيما إذا كان يصلح أن يكون محلا للسرقة ؟

في الحقيقة يرجع طرح التساؤل حول مدى إمكانية تطبيق القواعد العامة للسرقة في مجال سرقة البرامج والبيانات بصورة آلية إلى كونها ذات طبيعة غير مادية أو معنوية. باعتبار أن الفقه والقضاء في مصر وفرنسا قد استقر على وجوب أن يكون موضوع السرقة منقولا ماديا؛ وبالتالي لا تصلح الأموال المعنوية لأن تكون محلا للسرقة إلا إذا اتخذت هذه الأموال مظهرا ماديا أو محررا. وهذه الأخيرة تكون عندئذ منقولات مادية يصح أن يرد عليها الاختلاس[5].

وبالتالي تدخل البرامج والبيانات في نطاق النصوص الخاصة بجريمة السرقة التقليدية، إذا ما أفرغت على دعامة مادية مثل أسطوانة أو شريط ممغنط، باعتبار أن الجريمة تقع هنا على محل مادي يتمثل في هذه الدعامة.

فيتضح مما سبق أنه لا خلاف حول سرقة الكيان المادي للنظام المعلوماتي، والبرامج والبيانات أو المعلومات المعالجة بصفة عامة إذا تم تحويلها إلى عناصر مادية. لكن الخلاف بين الفقهاء انصب حول سرقة المعلومات سواء الموجودة داخل النظام المعلوماتي أو على الأوساط المساعدة، إذا ما انصبت على محتوى النـــظام فعل نحن

---

(1) وحدات الإدخال: تسمى كذلك لأنها تستخدم في إدخال البيانات والبرامج إلى وحدة التشغيل الرئيسية، وتشمل مشغل الاسطوانات ولوحة المفاتيح والفأرة، د عاطف عبد الحميد حسن: مرجع سابق، ص21.

(2) وحدات التشغيل: تتكون من الذاكرة التي تستخدم لحفظ البيانات والمعلومات البرامج حفظا دائما أو مؤقتا، ووحدة الحساب أو المنطق التي تقوم بانجاز العمليات الحسابية والمنطقية وهي عبارة عن ذاكرة سريعة، ووحدة التحكم التي تقوم بالتنسيق بين وحدات النظام المعلوماتي، د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 36.

(3) وحدات الإخراج: هي الوسائط المستخدمة لإظهار نتائج التشغيل، ويمكن إظهارها بأكثر من وسيلة، وبذلك يكون للحاسب مخرجات ورقية تتم عن طريق الطابعة بحيث تستخرج المعلومات في شكل نسخ ورقية مطبوعة، ومخرجات إلكترونية حيث يتم استخراج المعلومات على دعائم إلكترونية مثل الشريط الممغنط والقرص الممغنط والمصغرات الفيلمية، د محمد مرسي الزهرة: الحاسب الإلكتروني والقانون، مرجع سابق، ص 20.

(4) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 235.

(5) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 120.

أمام سرقة مال أم لا؟ حيث لا بد أن تثبت للمعلومات صفة المال، حتى يمكن بعد ذلك البحث حول مدى وقوع جريمة السرقة عليها.

انقسم الفقهاء في ذلك إلى رأيين: الأول اعتبر المعلومات ليست مالا، وبالتالي لا تصلح أن تكون محلا للسرقة، والثاني يعتبر المعلومات مالا ويمكن أن تخضع للسرقة.

1. الاتجاه الأول: اعترض بعض من الفقه الجنائي عل اعتبار المعلومات من قبيل الأموال استنادا على أن المعلومات ليست من قبيل الأشياء، ذلك أن جرائم الأموال لا تحمي سوى المنقولات، والأخيرة لا تكتسب هذه الصفة إلا إذا كانت من الأشياء[1].

من جهة أخرى فإن المعلومات لا ترد عليها الحيازة، لأن جرائم السرقة تقع عدوانا على الحيازة كما تقع على الملكية، ويصعب تصور حيازة المعلومة لأن لها كيانا معنويا ذلك أن الحيازة غير متصورة إلا بالنسبة للأشياء التي يرد عليها الاتصال المادي[2].

كذلك اعتبر جانب من الفقه المتقدم، أن القول بأن المعلومات قابلة للاستغلال المالي، لا يعني أنها واردة على شيء يعتبر مالا في ذاته، ومن هنا يصعب القول بوقوعها محلا لجريمة السرقة. ويبرر ذلك بأن هذه المقومات التي تتكون في حقيقتها من البرامج والبيانات والمعلومات إضافة إلى جهد الآلة تقوم بإجراء المعالجة الآلية للمعطيات أو المعلومات[3].

ومن جانب آخر، يرى الفقهاء أن المعلومة إذا كانت سرية، بمعنى أن يكون الإطلاع عليها أو حيازتها محظور على غير ذي الصفة في ذلك، فإن الحصول عليها في الواقع ممن لا صفة له في ذلك يمثل انتهاكا لسرية المعلومة وليست سرقة لها. أما إذا كانت المعلومة غير سرية، فهي إما أن تكون مجانية، وهنا لا جريمة في الحصول عليها أو تكون بمقابل وهنا تعد سرقة منفعة.

وعليه ينتهي هذا الاتجاه، إلى أن المعلومات لا يتحقق فيها وصف المال بالمعنى المتداول عليه، وتسميتها بالأموال المعلوماتية لا يتعدى فهمه أنها قابلة فقط للاستغلال المالي[4].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي : التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 383، نقلا عن د هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات، مكتبة الآلات الحديثة، 1992، ص 29.

(2) د غنام محمد غنام: مرجع سابق، ص 10.

(3) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 237، نقلا عن عمر فاروق الحسيني: المشكلات الهامة في الجرائم المتصلة بالحاسب وأبعادها الدولية القاهرة، 1992، ص 93.

(4) يفرق البعض بين المعلومات والبيانات التي تمت معالجتها إلكترونيا، فيرون أن الأولى باعتبار أن عنصرها الأساسي هو الدلالة لا الدعامة التي تجسدها لها طبيعة غير مادية ولا سبيل من ثم إلى سرقتها. أما البيانات التي تمت معالجتها إلكترونيا، فتتحدد في كيان مادي يتمثل في نبضات أو إشارات إلكترونية ممغنطة يمكن تخزينها على وسائط معينة ونقلها واستغلالها وإعادة إنتاجها، فضلا عن إمكانية تقديرها كما وقياسا، فهي إذن ليست شيئا معنويا، بل شيئا له في العالم الخارجي المحسوس وجود مادي، مشار إليه لدى آمال قارة: مرجع سابق، ص 19.

2. الاتجاه الثاني: في الكثير من الأحيان تتم سرقة المعلومات عن طريق الوسيط الذي يحملها. لكن الوصول إلى المعلومات والإطلاع عليها قد لا يتم دائما عن طريق سرقة الوسيط المادي الذي يتضمنها، بل قد يتم ذلك بمجرد قراءة هذه المعلومات على شاشة الحاسب أو بعد تسجيلها على دعامات تحملها كالأقراص الممغنطة غير أن حصر التجريم في هذه الدعامات المادية، قد يجعل من الجريمة بسيطة بحيث يتساهل المشرع في مكافحتها في حين أن للمعلومات المحملة بها من قيمة ما يستدعي رصد عقوبات تناسب خطورة الاعتداء عليها[1].

وعلى ذلك اعتبر جانب من الفقه المعلومات ذات طابع مالي، فالمعلومات المعالجة أو البيانات بوصفها كيانات منطقية أصبحت من القيم الاقتصادية المستحدثة، نتيجة التطور الذي حدث في مجال تقنية المعلومات الذي أعطى الأموال المعنوية قيمة اقتصادية قد تفوق قيمة الأموال المادية[2].

فالمعلوماتية تعتبر أموالا لأنها ذات قيمة اقتصادية، تطرح للتداول مثل أي سلعة أخرى، ولها سوق تجاري يخضع لقوانين السوق الاقتصادية[3].

فتطور تكنولوجيا الحاسبات واستخدامها في مجال التجارة، رفع قيمة المعلومات وجعل لها قيمة اقتصادية مثل أي سلعة، مما دفع جانب من الفقه للقول بأنها مال، لوجود حق استئثاري عليها يرتب حقوق لصاحبها وكونها قابلة للانتقال. ولجأ الفقه في ذلك إلى معيار القيمة الاقتصادية للشيء، فالقانون إذا لم يسبغ صفة المال على الأشياء ذات القيمة الاقتصادية يعد قانونا منفصلا عن الواقع كما ذهب إليه الأستاذ **Carbonnier** .

وهناك رأي ربط بين الطبيعة المالية للمعلوماتية وبين الكيان المادي لها، وهو يرى أن المال المعلوماتي المعنوي لا يمكن أن يكون شيء ملموس أو محسوس، ولكن يمكن أن يكون له كيان مادي يمكن رؤيته على الشاشة مترجم إلى أفكار ومعلومات؛ متنقلة عبر أسلاك عن طريق انتقال نبضات أو رموز تمثل شفرات يمكن حلها إلى معلومات معينة لها أصل صادرة عنه يمكن سرقته، وبالتالي فهي لها كيان مادي[4].

إضافة إلى ما سبق، فإن الفقه الحديث يرى أن المشرع في موضع النص على السرقة سواء في نص المادة 311 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي، أو المادة 311 قانون العقوبات المصري أو المادة 350 من قانون

---

(1) نجاة عباوي: مرجع سابق، ص 161.

(2) هذا التطور أدى بالفقه المعاصر إلى البحث عن معيار آخر غير المعيار المادي، ليصل من خلاله إلى إسباغ صفة المال على الشيء المعنوي. ولجأ في ذلك إلى معيار القيمة الاقتصادية للشيء، حيث يعتبر الشيء مالا لا بالنظر إلى ماله من كيان مادي وإنما بالنظر إلى قيمته الاقتصادية، وذلك على أساس أن القانون إذا لم يسبغ صفة المال على الأشياء ذات القيمة الاقتصادية يعد قانونا منفصلا عن الواقع، مشار إليه لدى د أسامة بن غانم العبيدي: مرجع سابق، ص 74.

(3) إن الفضل في إضفاء وصف القيمة على المعلومة يرجع إلى كل من الأستاذين: **Catala وVivant**، ويستند الأول إلى أن المعلومة ترتبط بمؤلفها عن طريق علاقة قانونية تتمثل في علاقة المالك بالشيء الذي يملكه. بينما يستند الثاني إلى أن كل الأشياء المملوكة ملكية معنوية والتي يعترف بها القانون ترتكز على الاعتراف بأن للمعلومة قيمة، للإطلاع أكثر على حجج الأستاذين، د محمد سامي الشوا : مرجع سابق، ص162.

(4) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 240.

العقوبات الجزائري[1]، لم يذكر مصطلح المال و لم يحدد طبيعته سواء كان ماديا أو معنويا. فمثلا كلمة شيء الواردة بالنص العقابي الفرنسي والجزائري أو كلمة منقول الواردة بالنص المصري، وردت بالعموم بحيث تسمح بإدراج الأشياء أو المنقولات المادية وغير المادية أي المعنوية كالمعلومات. وعليه فتطبيق النصوص الخاصة بجريمة السرقة على المعلومات لا يتعارض مع مبدأ الشرعية، وهو ما سمح للفقه الراجح بالقول بصلاحية الأموال المعنوية كالمعلومات لتكون محلا للسرقة[2].

ب – **طبيعة المنقول في مجال المعلوماتية:** اعتبر بعض الفقه أن المعلوماتية ليست منقولا، فالمعلومات المخزنة سواء بالنظام المعلوماتي أو على أي وسيط، لا تعتبر في حد ذاتها أشياء مادية، فلا يتصور انتزاعها وحيازتها ولا تكون بذلك محلا للسرقة.

وقد قام بالرد على الرأي المتقدم بعض الفقهاء، بتوضيح أن المعلوماتية منقول وتصلح لأن تكون محلا للسرقة. فكلمة شيء الواردة بالمادة 311 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي، والتي تقابلها المادة 350 قانون العقوبات الجزائري، تشمل الأشياء المادية وغير المادية. وكما الدين وحق الانتفاع فيمكن حيازة المعلومات ويمكن سلب حيازتها بالسرقة[3].

كما أن الاستيلاء على المعلومة، يمكن أن يتحقق عن طريق السمع والمشاهدة، ومن ثم فإن المعلومة يمكن أن تنتقل من عقل إلى آخر. وفي هذه الحالة يمكن صب المعلومة في إطار مادي، عن طريق تحييزها داخل إطار والاستئثار به، ويتم ذلك عن طريق تسجيلها على دعامة ثم عرضها للبيع[4].

وعليه خلص الفقهاء، إلى أن عدم تحديد طبيعة الشيء محل السرقة في النص الجنائي الخاص بالسرقة، هو ما يجعل القول بأن المعلومات تصلح لأن تكون محلا لهذه الجريمة[5]. فمادامت الأشياء المعنوية تقبل التملك والحيازة فيمكن حيازة المعلومة ضد إرادة صاحبها الشرعي، وطالما بالإمكان حيازتها فيمكن بالمقابل نزع حيازتها ومن ثم يصبح وصف السرقة مقبول لها؛ ولا يمثل هذا خروجا عن مبدأ الشرعية، فنصوص السرقة تقبل هذا التفسير لأنها لم تحدد صفة الشيء محل الجريمة.

---

(1) تنص المادة 311 من قانون العقوبات المصري على أنه:" كل من اختلس منقولا مملوكا لغيره فهو سارق".

(2) من حالات السرقة المعلوماتية سرقة برنامج **Windows 95** قبل خروجه للعامة، وظهور نسخ منه تباع بسعر أقل بكثير من سعره الحقيقي في بلجيكا ولكسمبورغ، حيث كان البرنامج المذكور قد شرع في بيعه. واكتشفت الشرطة الجنائية في بلجيكا أن نسخا مزيفة من هذا النظام في هولندا بلغ مقدارها 500000 نسخة أصلية للاختبار التجاري الذي استخدمه المتخصصون في مراحل التأليف المختلفة، د عبد الفتاح بيومي حجازي : التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، هامش رقم 4، ص 484.

(3) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 243.

(4) نفس المرجع، ص 244.

(5) يقيس بعض الفقه حكم سرقة المعلومات على حكم سرقة التيار الكهربائي. وقد رأى البعض أن الكهرباء ليس لها كيان مادي، بينما رأى آخرون أن لها كيان مادي وتصلح محلا للسرقة. والرأي الراجح في الفقه أن الكهرباء يعد منقولا ويصلح محلا للسرقة، وهو ما سايره القضاء المصري حيث أن ما تتناوله كلمة منقول هو كل شيء يمكن تملكه وحيازته ونقله وهذه الخصائص متوفرة في الكهرباء والمعلومات، أكثر تفصيل د عبد الفتاح بيومي حجازي : مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص439.

ثانيا: النشاط المادي في جريمة السرقة المعلوماتية

وفقا للقواعد العامة فالسرقة هي اختلاس مال منقول مملوك للغير بنية تملكه، والاختلاس هو الاستيلاء على حيازة الشيء بغير رضاء مالكه أو حائزه. ويستوي في فعل الاختلاس أن يكون الجاني قد استولى على المال خلسة أو عنوة أو تسلمه بناء على يد عارضة فغير نيته واستولى عليه. ومن ثم فإن فعل الاختلاس يقتضي نقل حيازة المال موضوع الاختلاس أو السرقة من حيازة المجني عليه إلى الجاني، بمعنى أن يظهر الجاني بوصفه صاحب السلطة والسيطرة الفعلية[1]. ويقوم الاختلاس على عنصرين، عنصر مادي وهو الاستيلاء على الحيازة وعنصر معنوي وهو عدم رضا مالك الشيء أو حائزه عن الفعل.

ولتوضيح مدى انطباق النشاط المادي وفقا للقواعد العامة في شأن السرقة المعلوماتية، سنتعرض لفعل الاختلاس في المعلوماتية.

لا خلاف بين الفقهاء على أن فعل الاختلاس يمكن أن يقع على المكونات المادية للنظام المعلوماتي من أجهزة وملحقاتها، وبرامج وبيانات أو معلومات بصفة عامة متى كانت مثبتة على دعامة مادية كالأقراص المدمجة والأسطوانات والشرائط وغيرها، حيث يمكن الاستيلاء عليها وحيازتها دون رضا مالكها أو حائزها مع توافر نية تملكها، فتخضع وفق المفهوم التقليدي للقواعد العامة للسرقة.

لكن الأمر محل خلاف فيما يتعلق باختلاس المكونات الغير مادية للنظام المعلوماتي، أو ما يطلق عليه بالكيان المنطقي للنظام ، فقد اختلف رأي الفقه بشأن مدى توافر ركن الاختلاس في حالة الاستيلاء على المعلوماتية أو المعلومات من عدمه.

<u>ا- الرأي الأول</u>: يستبعد هذا الرأي خضوع المعلوماتية للاختلاس، ويستند في ذلك إلى العديد من المبررات فبعض هذا الفقه يرجع السبب إلى طبيعة المعلومات المعنوية[2]، حيث تتعارض مع اعتبارها من الأشياء؛ فيتم الحصول عليها إما عن طريق السمع أو بقراءة المعطيات على الشاشة أو بإعادة نسخ البرامج على دعامات يملكها الجاني ذاته، وفي جميع الفروض فإن المعلومات لا تعد من الأشياء[3].

ويعتمد البعض الآخر من الفقه في استبعاد خضوع المعلوماتية للاختلاس، على عدم وجود قوانين خاصة بالسرقة المعلوماتية، وهو ما يستحيل معه تطبيق نصوص السرقة التقليدية على السرقة المعلوماتية.

أما جانب من هذا الفقه، فاستبعد صلاحية نقل ونسخ المعلومات من النظام المعلوماتي، وأرجع سبب ذلك

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذجي، مرجع سابق، ص445.

(2) إن الطبيعة غير المادية للمعلومات من شأنها استبعاد وقوع فعل الاختلاس ذو الطبيعة المادية على محل ذو طبيعة معنوية، وفي فرض تصور وقوع فعل الاختلاس على المعلومات فإن ذلك لا يعني خروجها عن سيطرة حائزها؛ بينما يقضي فعل الاختلاس بصدد جريمة السرقة، خروج المال بصورة كلية عن سيطرة المجني عليه، صحيح أن الجاني يتسبب باختلاسه المعلومات دخولها في حوزته، إلا أن هذا لا يعني خروجها عن سيطرة المجني عليه بصورة كلية، وكل ما يحدث أنه يفقد ميزة الاستئثار بها، مشار إليه لدى د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 127.

(3) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 252.

لعدم تصور انتزاع حيازتها، إلا إذا أمكن تثبيتها داخل إطار مادي، كما أن نقل ونسخ المعلومات لا يؤدي إلى الاستيلاء على أصل المعلومة، ولكن نقل صورة منها، وبالتالي لا ينطبق عليها السرقة، حتى ولو تم تدميرها أو إتلافها.

كما رد جانب من هذا الفقه استبعاد اختلاس المعلومات عن طريق الالتقاط الذهني والسمعي، حيث يرى أن الصورة التي تظهر على شاشة النظام المعلوماتي ولو أنها تبدو كنشاط إنساني يمكن تقديرها بالجهد الفني الذي يبذله المختص، إلا أنها لا تعتبر بمثابة شيء ولا تعتبر مكتوبة وغير صالحة للسرقة[1]. أما البعض الآخر من الفقه اعتبر عدم وقوع هذا السلوك تحت بند جريمة السرقة وذلك لعدم وجود محل مادي، وقد وقع تحت سيطرة الجاني في هذه الحالة. كما أن سلوك الشخص في هذه الحالة لا تتوافر فيه مقومات النشاط المادي ذو المظاهر الخارجية الملموسة الذي يقتصر التجريم عليه في الشرائع الحديثة؛ وإن قبول وجود جرائم تتمثل ماديتها في محض نشاط ذهني، من شأنه فتح المجال أمام التسلل إلى دخائل الأفراد والعقاب على ما يدور في الأذهان وهو أمر غير مقبول[2].

ب– الرأي الثاني: يتجه أنصار هذا الاتجاه للقول بخضوع المعلوماتية للاختلاس، ويرجع ذلك إلى العديد من الأسباب. فيرى البعض منهم أنه يمكن اختلاس المعلومات باعتبارها خلق فكري، وبالتالي فإنه يمكن تصور وقوع فعل الاختلاس عليها في صورة تتناسب وطبيعة هذه المعلومات[3]. حيث طريقة وكيفية الاستيلاء على الشيء تختلف بالضرورة باختلاف طبيعة الشيء الذي يقع عليه الاستيلاء، فالقول بأن النسخ وإعادة الإنتاج يعد بالنظر إلى طبيعة البيانات المخزنة إلكترونيا طريقة ممكنة لاختلاسها لأن الاستيلاء عليها يتحقق به[4].

من جانب آخر، اعتبر هذا الفقه أن فكرة الاستيلاء الاحتيالي لنسخ ونقل المعلومات هي إحدى صور التفسير الواسع للاختلاس. وقد أيدت المحكمة الفرنسية ذلك، عندما أدانت أحد العمال بالسرقة في حالة النسخ الفوتوغرافي للمستندات، حيث أن هذه المستندات تم الاستيلاء عليها احتيالا، ووفقا لفقهاء المعلوماتية فإن سرقة المعلومات تختفي وراء سرقة الأوراق والمستندات[5].

كما يؤيد هذا الرأي إمكانية الاختلاس الذي يتم عن طريق الاستيلاء على المعلومات، ويتحقق ذلك عن

---

(1) نفس المرجع السابق، ص 256.

(2) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 136.

(3) المرجع السابق، ص 128.

(4) يستند أنصار هذا الرأي إلى الحكم الصادر في قضية **Bourquin** والتي تتلخص وقائعها في قيام مبرمج كان قد ترك عمله في أحد الشركات إلى شركة أخرى، ثم قام بعد ذلك بزيارة الشركة الأولى التي كان يعمل بها وقام بتصوير المستندات (شرائط) تتعلق بالعملاء الأثرياء الذين يعملون مع الشركة لنفسه على مطبعة الشركة؛ وقام بأخذ شرائط أخرى نسخها بمعرفته في مطبعته بهدف إنشاء شركة منافسة، فحكمت عليه محكمة الاستئناف بالحبس شهرا مع إيقاف التنفيذ تطبيقا للمواد الخاصة بعقوبات تهمة السرقة.

(5) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 256.

طريق السمع والمشاهدة. ومن ثم فإن المعلومة يمكن صبها في إطار مادي عن طريق تحيزها داخل إطار معين والاستئثار به. ويتحقق ذلك إذا قام من التقط المعلومة بتسجيلها أو تثبيتها على دعامة مادية، ثم يعرضها للبيع ففي هذه الحالة تنتقل المعلومة من ذمة مالية إلى ذمة مالية أخرى، حيث لم يعد صاحب المعلومة الشرعي هو الوحيد صاحب الحق في احتكارها.

مما سبق يتضح وفق الرأي الراجح أن المعلومات المعالجة آليا، طالما أنه تم وضعها والتعامل فيها فإنها تصبح مادية ومالية، وتصلح لأن تكون محلا للاختلاس، سواء تم نقلها أو نسخها أو الإطلاع عليها بالبصر أو السمع أي عن طريق الالتقاط الذهني، لأن هذا الاختلاس يضر بالقيمة الاقتصادية لها، إذا ما تم تجسيدها على أي مخرجات مادية وعرضها للبيع.

ثالثا: الركن المعنوي لجريمة السرقة المعلوماتية

وفقا للقواعد العامة فإن السرقة من الجرائم العمدية، التي لا يكتفي للقول بتوافرها في حق الجاني مجرد توافر الركن المادي، و إنما يجب أن يتوافر إلى جانبه ركنا معنويا. لذلك فإن صورة الركن المعنوي في هذه الجريمة هو القصد الجنائي، الذي يقصد به اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بكافة عناصرها القانونية[1]، وقد عبر عليه المشرع الفرنسي بقصد الغش[2]؛ والقصد الجنائي المعول عليه في هذه الجريمة إضافة إلى القصد العام بعنصريه العلم والإرادة قصد خاص هو نية التملك.

ا– القصد الجنائي العام: يتحقق القصد العام في جريمة السرقة بتوافر عنصريه العلم والإرادة. ويتحقق العلم في حال قيام الجاني باختلاس مال منقول مملوك للغير مع علمه بذلك، فإذا انتفى هذا العلم ينتفي القصد الجنائي وتنتفي معه الجريمة. أما الإرادة فتقتضي أن تتجه إرادة الجاني إلى فعل الاختلاس، الذي ينصب على مال منقول مملوك للغير، الأمر الذي يؤدي إلى خروج هذا المال من سيطرة حائزه إلى الحيازة الكاملة للجانين فإذا انتفت الإرادة انتفى القصد، وانتفت معه الجريمة[3].

ب– القصد الجنائي الخاص: لا يكتفي أغلب الفقه بالقصد الجنائي العام، بل يتطلب إلى جانب ذلك توافر القصد الجنائي الخاص، وهو الذي يعبر عن نية التملك التي تكشف عن نية الجاني في حيازته الشيء المعلوماتي. وهناك رأي فقهي يرى أن القصد الخاص الذي يتمثل في نية التملك، لا يتوافر في حالة قراءة المعلومات من خلال الشاشة أو سماعها، أو حالة الالتقاط للإشعاعات، فالجاني لم يقصد حرمان صاحبها منها بصفة دائمة أو مؤقتة، وإنما شاركه الانتفاع بها بالإطلاع عليها. ويرى أنه إذا كان هناك مجال لحالات مماثلة يخشى الإفلات منها من العقاب لخطورتها الإجرامية، فلا بد من مواجهتها بنصوص عقابية خاصة.

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 416.

(2) Article 311-1 du **Code pénal français :** « Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ».

(3) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص140.

الفرع الثاني: تطبيقات السرقة المعلوماتية في مجال التجارة الإلكترونية

ينتهي الفقه الجنائي، إلى أنه يعد مرتكبا لفعل الاختلاس الذي يقوم به النشاط المادي لجريمة السرقة الشخص الذي يستخدم بيانات غير حقيقية أو يعدل في البيانات الصحيحة المتعلقة بمعاملة تجارية عبر الإنترنت ليستولي على الأموال التي قام أحد المستهلكين بتحويلها لأحد الموردين للبضائع أو الخدمات، وذلك بإضافة هذه الأموال لحسابه الشخصي أو لحساب آخر. ولا يمكن القول بأن الجاني لم يسيطر على هذه الأموال فالحقيقة أن الجاني أخرج هذه الأموال من ذمة المجني عليه وزاد بها العناصر الإيجابية لذمته المالية. كما أنه لا يمكن القول بأنه قام فقط بالتلاعب في البيانات أو الأرقام، لأن الأرقام المتعلقة بهذه النقود تترجم في أي لحظة "للبنكنوت" الذي يستطيع الجاني أن يسحبه في أي لحظة، ليستخدمه وينفقه كما يشاء[1]. وهو في الأخير تطبيق لوقوع السرقة المعلوماتية التي تستهدف أموال التجارة الإلكترونية.

من جانب آخر كان للوفاء الإلكتروني وبالأخص السداد عبر الانترنت، أن فتح المجال أمام الجناة لاستغلاله كميدان خصب لممارسة العديد من عمليات السرقة المعلوماتية التي تستهدف أموال المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية. ولما كانت من التطبيقات الأكثر شيوعا للاستيلاء على الأموال استخدام بطاقات الائتمان سنتعرض بشيء من التفصيل لتجاوز حامل البطاقة الائتمانية لرصيده في البنك (أولا)، ثم لاصطناع أو تقليد بطاقات الائتمان (ثانيا).

أولا: تجاوز حامل البطاقة الائتمانية لرصيده في البنك

يعتبر تجاوز حامل البطاقة الائتمانية لرصيده في البنك، من الصور التي أثارت خلافا بين الفقه والقضاءفيما يتعلق بالسرقة المعلوماتية وتحديدا في علاقتها بالتجارة الإلكترونية في شأن التكييف القانوني لها[2]. فهل يعد حامل البطاقة الائتمانية الذي يسحب من بطاقته متجاوزا رصيده بالبنك سارقا، أم يمكن معاقبته تحت وصف جنائي آخر.

<u>ا- الرأي الأول</u>: يعارض جانب من الفقه إضفاء الوصف الجنائي لقيام صاحب البطاقة بالصرف متجاوزا رصيده في حسابه البنكي. فمن الصعب التسليم بفكرة (الاختلاس) كركن في السرقة في الفرض المتقدم، ذلك

---

(1) محمد بن حميد المزمومي: مرجع سابق، ص 47.

(2) يتم استخدام بطاقة الائتمان من قبل صاحبها عن طريق سحب أوراق نقدية من منافذ التوزيع الآلي رغم علمه بأن رصيده بالبنك غير كاف لتغطية هذه المبالغ. وفي هذا الخصوص قضت محكمة النقض الفرنسية عقب تقديم طعن بالنقض في الحكم الصادر من محكمة الاستئناف أنه نظرا لأن محكمة الاستئناف ومن أجل الحكم ببراءة المتهم، أثبتت أنه لكي يتمكن المتهم من إجراء سحوبات غير مشروعة، فقد استخدم وطبقا للقواعد الفنية لاستعمال الجهاز البطاقة بوصفه صاحبها؛ وحيث وبالنظر إلى ذلك فقد بررت محكمة الاستئناف حكمها، إلا أنه في الواقع الوقائع المنسوبة إلى المتهم تنطوي على عدم ملاحظة التزام تعاقدي ولا تندرج تحت أي نص جنائي، وبناء على ما قضت به محكمة النقض الفرنسية فإن تجاوز حامل البطاقة لرصيده في البنك لا يشكل فعلا جنائيا، ولا يتعدى كونه مجرد إخلال بالتزام تعاقدي بين حامل البطاقة وبين البنك المصدر لهذه البطاقة الائتمانية، مشار إليه لدى د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 113.

أن ماكينة التوزيع الآلي للنقود مبرمجة من قبل البنك حسب نظام معلوماتي معين، ولذلك حين تتوافر شروط محددة لدى حامل البطاقة، فإن الجهاز الآلي يستجيب للصرف؛ ويقوم بصرف النقود، حتى لو كانت بالتجاوز لرصيد الساحب. ولذلك يصعب القول بوجود الاختلاس الذي يقوم به وصف السرقة، معنى ذلك أن التسليم تم برضا البنك، وهذا الرضا ينفي ركن الاختلاس في السرقة[1]. وصحيح أن التسليم قد تم عن خطأ ما يحق للبنك مطالبة العميل برد ما حصل عليه زيادة عن رصيده، ولكن العميل لا يعد سارقا، ذلك أن تسليم الشيء ما دام قد تم برضاء حائزه وإرادته، ولو عن غلط فإنه ينفي ركن الاختلاس الذي لا قيام للسرقة بدونه[2].

ولا يمكن الرد على ما سبق، بأن التسليم قد تم عن طريق الجهاز وليس عن طريق البنك. وذلك لأن التسليم الصادر عن الجهاز هو في حقيقته تسليم صادر عن البنك متمثلاً في رجاله الذي سبق لهم أن برمجوا الجهاز ووضعوا في ذاكرته المعلومات الخاصة بكل عميل. كذلك فإن العميل لم يقم بكسر الجهاز، بل العكس استخدمه بشكل مطابق للنظام المحدد سلفا من جانب البنك. وبالتالي فإن التسليم الصادر عن جهاز التوقيع الآلي هو تسليم اختياري ناف للاختلاس[3].

من جانب آخر، يرى بعض من الفقه أن حامل البطاقة الائتمانية في حالة مخالفته للتعليمات والقواعد المحددة سلفا من قبل البنك، بأن تمثل فعله بالتلاعب في جهاز الصرف أو التوزيع، وذلك بإتلاف البرنامج عن طريق فيروس أو استطاع الاتصال بالجهاز عن بعد، مما ترتب عنه قطع الصلة ما بين الجهاز والرصيد؛ ففي هذه الحالة يعد حامل البطاقة سارقا للمبالغ التي سحبها متجاوزا لرصيده في البنك. كما يسأل عن إتلاف البرنامج الذي يحكم جهاز التوزيع الآلي للنقود حسب المادة 323 فقرة 3 من قانون العقوبات الفرنسي[4].

كما يرى أنصار هذا الرأي كذلك صعوبة التسليم بأن هذا الفعل يعد جريمة خيانة أمانة، والسبب في هذا أنه إذا صح أن البطاقة تظل بمقتضى العقد المبرم بين العميل والبنك ملكا للبنك المصدر لها، ويمكن له إلغاؤها واستردادها في أي وقت يشاء. وفي هذه الحالة يجب على العميل إعادتها وإلا عد مرتكبا لجريمة خيانة أمانة لأنها سلمت له كوديعة. ولذلك لو قام حامل البطاقة بالاستيلاء على مبالغ مالية نتيجة استخدام البطاقة أثناء فترة صلاحيتها ولو بالمخالفة لشروط العقد، لا يعد الفعل خيانة أمانة، وذلك لأن قيام هذه الجريمة يقتضي أن تكون المبالغ التي استولى عليها العميل قد سلمت إليه بمقتضى عقد من عقود الأمانة[5].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 487.

(2) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 114.

(3) محمد بن حميد المزمومي: مرجع سابق، ص 40.

(4) **Art.323-3.** (Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 Journal Officiel du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002). (Loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 art. 45 I Journal Officiel du 22 juin 2004). "Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende".

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: نفس المرجع، ص 489.

كذلك من جهة أخرى لا يصح اعتبار الفعل نصبا، لأنه وإن كان صحيحا أن حامل البطاقة قد استولى عن طريق وضع البطاقة في جهاز التوزيع الآلي على مبالغ لا حق له فيها، إلا أنه قد تسلم هذه المبالغ عن طريق جهاز مبرمج من المجني عليه. وعلى نحو يتعذر معه القول بتوافر الطرق الاحتيالية التي لا غنى عنها لقيام النصب ذلك أن العميل قد اتبع طريقة الاستعمال المألوفة للبطاقة، عن طريق وضعها في الجهاز المعد لذلك من جانب البنك دون أي خداع أو تحايل في تشغيل الجهاز، ودون حمله عنوة على الاستجابة لطلبه، على خلاف نظام تشغيله المعتاد. وإذا كان العميل قد استخدم بطاقته على خلاف شروط العقد، إلا أن إساءة استخدام البطاقة على هذا النحو لا يعد من قبيل الطرق الاحتيالية التي تستلزمها جريمة النصب[1].

خلاصة القول لدى هذا الاتجاه الفقهي، أن استيلاء حامل البطاقة على نقود من البنك المصدر لهذه البطاقة متجاوزاً رصيده، أثناء فترة صلاحية البطاقة، وذلك بالمخالفة لشروط العقد المذكور، لا يشكل جريمة السرقة في ظل النصوص العقابية القائمة. وليس أمام البنك إزاء ما وقع من العميل إلا مطالبته برد ما أخذ بدون وجه حق. وفي الوقت ذاته لا يمكن وصف الفعل بأنه جريمة نصب أو خيانة أمانة. ويختلف الأمر فيما لو أقدم البنك على إلغاء البطاقة وطالب العميل بردها، وامتنع الأخير عن ردها واستولى على مبالغ مالية بمقتضاها عقب الإلغاء، ففي هذه الحالة يعاقب العميل جنائيا بوصف الاحتيال وخيانة الأمانة.

ب– **الرأي الثاني:** على عكس الرأي الأول، يرى أنصار هذا الاتجاه أن قيام حامل البطاقة بسحب النقود متجاوزا لحدود رصيده في البنك يمثل فعل السرقة، وذلك حماية للأموال من التعدي عليها عن طريق إساءة استعمال بطاقات الائتمان. ويفندون حجج الفريق الأول على النحو التالي:

فالقول أن تسليم النقود قد تم برضا البنك طواعية منه، يرد عليه أن البنك لم يسلم طواعية المبلغ الذي تجاوز الرصيد القائم، علاوة أن الحاسب الآلي لا تنعقد له إرادة [2]. كما أن القول بأن التسليم مبني على الغلط ينفي الحيازة، فمنذ اللحظة التي تنطوي فيها الحيازة على مركز قانوني منظم، فإنه ينفي الاختلاس المقترن بالغش. كما أن قياس التسليم الاختياري أو التسليم المبني على غلط على التسليم الذي تم بواسطة شخص خدع عمدا من قبل الشخص الذي تسلم الشيء وهذا بالأحرى أقرب إلى التسليم اللاإرادي، فالتسليم من الناحية المادية قد اصطنعه حامل البطاقة .

---

(1) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 114.

(2) من جانب آخر، فإن القول بأن إهمال البنك يمكن أن يرتب المسؤولية العقدية، لا ينفي على الإطلاق المسؤولية الجنائية، بأن حامل البطاقة اختلس عمدا نقودا تخص البنك، وأن مجرد علم حامل البطاقة بأن رصيده لا يسمح بالسحب يجعله مذنبا. حيث تنشأ جريمة السرقة طالما حدث اختلاس شيء يخص الغير، وذلك بغض النظر عن الوسيلة المستعملة. فضلا عن ذلك فإن قانون الالتزامات يلعب دورا هاما في هذا المجال، ولمعرفة ما إذا كان هناك جريمة بالفعل، فإنه يجب تحديد الالتزامات المختلفة التي تفرض على كل شخص، فإذا ما خالف العميل الالتزام الملقى على عاتقه باحترام الرصيد الموجود في حسابه، وقام بالاستيلاء على نقود تتجاوز الاتفاق، فهو يستولي على نقود ضد إرادة البنك، ومن ثم يعد مرتكبا لجريمة السرقة، مشار إليه لدى محمد سامي الشوا: نفس المرجع، ص 116.

من جانب آخر، يستند أنصار إسباغ وصف السرقة على تجاوز حامل البطاقة لرصيده في البنك، إلى أن هذا الأخير عندما قام بالسحب من جهاز التوزيع الآلي للنقود متجاوزا رصيده، يشبه الدائن الذي سلمه المدين حافظة النقود للحصول على مديونيته فأخذ مبلغا كبيرا يتجاوز حقه. وعليه فقد قضى ضده بتهمة السرقة ولذلك فالعميل هنا له ذات المركز القانون للدائن الذي تمت محاكمته عن جريمة سرقة[1].

إلا أن جانب من الفقه يعقب على ما تقدم، فيرى أنه لا يمكن وصف فعل الحامل بالسرقة، وذلك بسبب الغلط الذي قد يقع فيه، فقد يظن أن لديه تسهيلات بنكية، وذلك بسبب الخلط بين بطاقة السحب وبطاقة الائتمان[2]، وعلى ذلك لا يمكن قياس العميل حامل البطاقة حال سحبه من الموزع الآلي، على حالة الدائن الذي يستولي على أكثر من دينه من النقود. وعلى ذلك فإن هذا الجانب الفقهي يسلم بانتفاء وصف السرقة عن الواقعة، فهي مجرد مخالفة لشروط عقد العميل بالبنك، وليس للبنك سوى أن يطالبه بما استولى عليه حامل البطاقة بدون وجه حق. أما الواقعة فلا يمكن وصفها جنائيا إلا إذا تدخل المشرع بنص خاص.

إضافة إلى ما تقدم، تم الاستناد إلى حكم محكمة جنح ليون الفرنسية، التي أدانت أحد الأشخاص بتهمة السرقة لقيامه بسحب مبالغ مالية تتجاوز رصيده الموجود في إدارة الشيكات البريدية. لكن هذه الحجة مردود عليها أن العقد بين العميل وإدارة الشيكات البريدية يتضمن تحذيره من السحب متجاوزا رصيده؛ أما وإن تم السحب من مؤسسة مالية أخرى بمقتضى بطاقة الائتمان، فإن هذا التجاوز لا يقع تحت طائلة جريمة السرقة وذلك لأن تسليم الأموال من الجهاز يفيد أن العميل قد فتح اعتمادا لدى البنك، ومن ثم فهناك موافقة ضمنية على السحب على المكشوف[3].

نخلص إلى أن الخلاف الفقهي حول ما إذا كان السحب بالتجاوز لرصيد بطاقة الائتمان يمثل جريمة السرقة من عدمه، لهو دليل على صعوبة معالجة السرقة المعلوماتية في نطاق التجارة الإلكترونية. وخصوصا بمقتضى نصوص جرائم الأموال الخاصة بالسرقة؛ والسبب في ذلك يبدو جليا من خلال عدم وجود نصوص عقابية خاصة تتولى تنظيم هذه المسألة.

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 491.

(2) يعتبر مصطلح " بطاقة الائتمان " هو الاسم الشائع للتعبير عن كل أنواع بطاقات الدفع الالكتروني، غير أن ذلك فيه نوع من التجاوز كون أن بعض البطاقات لا تمنح تسهيل ائتماني بل تعد أداة للوفاء فقط، فبطاقات الائتمان تعتبر أداة ائتمان حقيقية فضلا عن كونها أداة دفع. ويتضمن العقد المبرم بين مصدر البطاقة وحاملها شروط استخدام البطاقة ببيان الحد الأقصى المسموح باستخدامه شهريا، وبالنسبة المئوية المطلوب سدادها والرصيد المتبقي وكيفية سداده والعمولات والفوائد التي يحصل عليها المصدر، مقابل تقديم تسهيل لحامل البطاقة، فهي تمنحه أجلا حقيقيا للسداد بحيث لا يلزم فورا بالسداد على خلاف باقي أنواع البطاقات الأخرى. أما بطاقات السحب الآلي هذه البطاقة تخول حاملها إمكانية سحب مبالغ نقدية من حسابه بحد أقصى متفق عليه، من خلال أجهزة خاصة حيث يقوم العميل بإدخال بطاقته إلى جهاز السحب الآلي الذي يطلب منه إدخال رقمه السري وتحديد رقم المبلغ الذي يحتاجه عن طريق لوحة المفاتيح على الجهاز، وبعد الصرف يسترد العميل بطاقته آليا ويسجل هذا المبلغ في الجانب المدين من حساب العميل مباشرة.

(3) المرجع السابق، ص 495.

ثانيا: اصطناع أو تقليد بطاقات الائتمان

يرى جانب من الفقه أن هذا الفعل يشكل جريمة سرقة باستعمال مفتاح مصطنع، وذلك لأن المال خرج من ذمة المجني عليه بغير رضائه. ولأن المفتاح المصطنع وهو البطاقة المزورة، هو كل أداة تقوم بذات الوظيفة التي يقوم بها المفتاح الأصلي، بصرف النظر عن شكلها أو حجمها أو المادة المصنوعة منها، سيما وأن قانون العقوبات لم يحدد ماهية المفتاح المصطنع(1).

ويؤيد هذا الجانب الفقهي رأيه، بأن قانون العقوبات وإن كانت لم تحدد المقصود بذلك المفتاح المصطنع. كما أن بطاقة السحب ليست هي المحرر المعد للإثبات وفقا للقانون، وإنما هي أداة للوصول إلى السحب من الحساب فليس هناك تزوير حتى مع التسليم بفكرة التوقيع الإلكتروني(2).

فالهدف من ذلك التوقيع ليس إثبات قيام الشخص الجاني بالسحب من الرصيد، لكن التوقيع يفيد أن الحساب نقص بمقدار معين، والتوقيع الأول يعني تغيير الحقيقة أي التزوير وهو ما لم يحدث. أما الحالة الثانية وهي نقصان الحساب، فهي المقصودة بالفعل من ذلك التوقيع الإلكتروني الذي تم بمجرد السحب؛ فالأول يعني تغيير الحقيقة وهو ما لم يحدث أما الثاني فيعني على الأقل من الناحية المادية لم يحدث تغييرا للحقيقة. كذلك يصعب القول بقيام قصد التزوير لدى الجاني، وذلك لأن هناك جهلاً بالوقائع، والغلط في الواقع ينفي القصد الجنائي، وعلى فرض أن تزويرا قد وقع في سجلات الحاسب الآلي، فهو أثر لعملية السحب، وليس سبباً لها أو وسيلة للوصول إليها.

ويرى جانب آخر من الفقه أن المقصود بالمفتاح المصطنع حسب المادة (2/317) عقوبات مصري هو (كل أداة مخصصة بحسب طبيعتها أو بحسب العرف لفتح الأقفال) التي تغلق بها أبواب الأماكن، ولذلك يرى هذا الفقه أن اعتبار بطاقة الائتمان المزورة بمثابة مفتاح مصطنع واستعمالها في سحب أوراق "البنكنوت" من أجهزة التوزيع الآلي للنقود، هو تفسير يتعارض ومبدأ شرعية الجريمة والعقوبة؛ لأنه من المبادئ المستقرة في تفسير النصوص الجنائية، هو عدم التوسع في التفسير أو اللجوء إلى القياس من أجل التجريم، فذلك محظور لتعارضه مع مبدأ المشروعية(3).

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 499، نقلا عن عمر الفاروق الحسيني، تأملات في بعض صور الحماية الجنائية لنظام الحاسب الآلي، تقرير مقدم إلى الدورة التدريبية التي ينظمها اتحاد المصارف العربية في الفترة من 7-9 مايو 1991، في الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في أعمال البنوك، رقم 117، ص 23.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص499، نقلا عن د.محمد المرسي زهرة، حجية التوقيع الإليكتروني في الإثبات، مقال مقدم إلى الدورة التدريبية التي ينظمها اتحاد المصارف العربية في الفترة من 7-9 مايو 1991، في الجوانب القانونية عن استخدام الحاسب الآلي في أعمال البنوك، رقم 16، ص 22.

(3) المرجع السابق، ص500.

المطلب الثاني: جريمة النصب المعلوماتي

هيمنت الحاسبات الإلكترونية وشبكات المعلومات على معظم مناحي الحياة، بل أصبحت عصب التطور الحالي الذي نعيشه. هذا التطور فرض التعامل مع نوع جديد من الجرائم، وهي الجرائم المعلوماتية التي أصبحت من أكثر الجرائم الشائعة في العصر. ولعل الأمر لم يتخطى التجارة الإلكترونية، التي أصبحت من أهم القطاعات المهددة بهذا النوع من الجرائم المستحدثة. فمن الطبيعي إذن أن يساء استخدام تقنية المعلومات في عمليات النصب والاحتيال التي تستهدف أموال التجارة بالطريق الإلكتروني[1]، خاصة وأن ما يميز جرائم النصب المعلوماتي على الانترنت عن مثيلاتها التقليدية، هي سرعة قدرة مرتكبها على الاختفاء والتلاشي.

ومع التطور في أساليب الجرائم المعلوماتية، تبدو جريمة النصب المعلوماتي من أهم الجرائم التي تزداد صورها وفقا للتطور التقني في أي بلد[2]. فالجاني في هذه الجريمة يعتمد على القابلية لإقناع الغير وفقا للظروف المحيطة ويبدأ برسم جريمته بذكاء لخداع الناس وحملهم على الاقتناع الوهمي، بهدف التوصل للاستيلاء على أموالهم. وقد سهل الأمر بشكل خاص بعد ما وفر الانترنت وشبكة المعلومات العالمية فرصة التعامل عن بعد[3] فاستتبع ذلك خلق مجال واسع للغش والاحتيال، من خلال مواقع الشركات التجارية الوهمية على الانترنت والتلاعب بعمليات البنوك والتحويلات المالية الإلكترونية، وبشكل عام في كل ما يتعلق بأمور البيع والشراء بالطرق والوسائل الإلكترونية.

مما سبق فإن جريمة المتقدمة التي تتضمن الوصول بالغش والاحتيال على الأموال، عن طريق النظام المعلوماتي والتي تعتمد على ذاتية الوسائل الفنية المستخدمة في ارتكابها، تطرح ذات التساؤل المتعلق بمدى إمكانية تطبيق مفهوم القواعد القانونية في جريمة النصب على جريمة النصب المعلوماتي. وعليه يستلزم البحث للإجابة عن هذا التساؤل التعرض للركن المادي لجريمة النصب في المعلوماتية (الفرع الأول)، وكذلك التعرض للركن المعنوي لها (الفرع الثاني).

---

(1) هناك تعبيرات شاعت مع بدايات الظاهرة، واتسع استخدامها حتى عند الفقهاء والدارسين القانونيين، كالغش المعلوماتي أو غش الحاسوب والاحتيال المعلوماتي أو احتيال الحاسوب، ونصب الحاسوب وغيرها. مما يجمعها التركيز على أن الظاهرة الإجرامية المستحدثة تتمحور رغم اختلاف أنماط السلوك الإجرامي حول فعل الغش أو النصب أو الاحتيال؛ لكنه كما ورد استخدام لجزء للدلالة على كل، في حين أن الكل ثمة اصطلاحات أكثر دقة للتعبير عنه.

(2) تعتبر جريمة النصب بشكلها التقليدي في التشريع الروماني القديم، من جرائم نزع مال الغير التي كانت تشمل بالإضافة إليها السرقة وخيانة الأمانة. ويذكر أن أول قانون قد تناول جريمة النصب هو قانون سنة 1791 الصادر إبان الثورة الفرنسية، وأن التشريع الصادر في سنة 1810 قد عاقب على هذه الجريمة باعتبارها جريمة مستقلة بذاتها عن جريمة السرقة وجريمة خيانة الأمانة، أكثر تفصيل د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق هامش رقم 1، ص 143.

(3) منذ أن حققت الإنترنت انتشارا عالميا، دخلت إليها عمليات الاحتيال والنصب من أبواب مختلفة، وكانت أشكال الاحتيال الأولى في مواقع الإنترنت، بعدها انتقلت إلى البريد الإلكتروني معتمدا على بساطة الناس وعفوية تعاملهم مع سواهم، والمبالغ التي يتم الاستيلاء عليها قد تصل إلى مئات ملايين الدولارات وخصوصا عندما يمنح أحدهم رقم حسابه المصرفي لشخص عبر البريد الإلكتروني، وتنتشر مراكز عمل المحتالين في البلدان التي تنخفض فيها الرقابة على النشاط المعلوماتي.

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة النصب المعلوماتي

طبقا للمادة 372 من قانون العقوبات الجزائري فإن "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل بالفوز بأي شيء أو في وقوع حاد أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج "، وتقابلها نص المادة 313 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي[1].

والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يورد تعريفا محددا للنصب في نص المادة المتقدمة. وعرفه الفقه المصري بأنه:" استيلاء بطريق الاحتيال على شيء مملوك للغير بنية تملكه".

وبأنه:" الاستيلاء على منقول مملوك للغير بخداع المجني عليه وحمله على تسليمه"[2].

ونظرا لأن النصب اتخذ مع الزمن صورا متعددة وأساليب متنوعة، من المهم في معرض الحديث عن أحدث صوره والمتعلق بالمعلوماتية، أن نوضح محل الاحتيال في هذه الجريمة (أولا)، ثم نركز على فعل الاحتيال في المعلوماتية (ثانيا).

أولا: محل النصب في المعلوماتية

تثير جريمة النصب الناشئة عن استخدام النظام المعلوماتي مسألة يتعين بحثها، تتعلق بمدة صلاحية الأموال المعلوماتية بأن تكون محلا لهذه الجريمة. فيرى البعض أن الهدف الرئيسي الذي يتحقق به الاحتيال في النظام المعلوماتي هو المعلوماتية أي البيانات والمعلومات المعالجة آليا التي تتمثل في النظم المعلوماتية أموالا وأصولا، وأن أكثر البيانات كمحل للاحتيال هي تلك المتعلقة بالمستحقات المالية والإيداعات المصرفية وبطاقات الائتمان[3].

---

(1) Article 313-1 du **Code pénal français: «** L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende ».

(2) تصدى الفقه المصري لتعريف النصب لعدم تعرض نص المادة 332 من قانون العقوبات المصري لذلك وجاء في نصها:"يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها، إما باستعمال طرق احتيالية من شأنها إيهام الناس بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو إحداث الأمل بخصوص ربح وهمي أو تسديد المبلغ الذي أخذ بطريق الاحتيال أو إيهامهم بوجود سند غير صحيح أو سند مخالصة مزور وإما بالتصرف في مال ثابت أو منقول ليس ملكا له ولا له حق التصرف فيه إما باتخاذ اسم كاذب أو صفة غير صحيحة، أما من شرع في النصب ولم يتممه فيعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنة، ويجوز جعل الجاني في حالة العودة تحت ملاحظة البوليس مدة سنة على الأقل أو سنتين على الأكثر".

(3) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص324.

وعن مدى صلاحية الأموال المعلوماتية لجريمة النصب، فقد أجمع غالبية الفقه على صلاحية المكونات المادية للنظام المعلوماتي، وكذا البرامج والبيانات المثبتة على دعائم مادية لأن تكون محلا للجريمة. بينما انقسم رأي الفقه في مدى اعتبار المعلومات ذاتها دون دعامتها المادية لأن تكون محلا لجريمة النصب وفق ما يلي:

ا- الرأي الأول: وهو الرأي الراجح ويقضي بصلاحية البرامج والبيانات كي تكون محلا أو موضوعا لجريمة النصب. واستند الفقه في ذلك للتدليل على أن النصوص المتضمنة هذه الجريمة تعطي مجرد أمثلة على المحال التي يمكن تكون موضوعا لهذه الجريمة، دون أن تشترط أن يكون المحل ماديا أو معنويا[1].

وباستقراء نص المادة 332 من قانون العقوبات المصري، نجد أن هذا النص يعطي أمثلة للأشياء التي تصلح أن تكون محلا لجريمة النصب[2]. وهي كما هو واضح أشياء مادية لكنه نص في النهاية على وقوع الجريمة على أي متاع منقول، والمتاع هو كل ما ينتفع به ويرغب الإنسان في اقتنائه مثل البضائع والسلع. وقد جاء النص على المنقول دون تحديد لطبيعته، ودون أن يقيده بأن يكون ماديا، مما يسمح بتفسير هذا النص على نحو يؤدي إلى دخول البرامج والبيانات ضمن الأشياء التي تقع عليها جريمة النصب[3].

وبالرجوع إلى نص المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري، نجد أنه لا يوجد ما يحول دون وقوع البرامج والبيانات تحت طائلة هذا النص سواء باعتبارها أموالا أو منقولات[4]. ولذلك أصبح من المتصور أن يقوم أحد الأشخاص بالتلاعب في هذه البيانات ويحولها كلها أو بعضها لصالحه، باستخدام طرق احتيال أو اتخاذ اسم أو صفة غير صحيحة[5].

أما من جانب القانون الفرنسي، فقد توسع في مفهوم المال محل التسليم في جريمة النصب وذلك حسب المادة 313 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي، التي نصت على أن محل النصب قد يكون نقودا أو قيما أو أموالا أو تقديم خدمات والرضاء بعمل يفرض التزاما أو إعفاء. ويرى الفقه أن المشرع الفرنسي تخلى عن لفظ الأشياء حتى لا تنصرف إلى الأموال المادية المنقولة، وإنما استعمل لفظي نقود وأموال، حتى يمكن إدخال الأموال المعنوية ضمن الأموال التي تكون محلا لجريمة النصب[6]. كما أنه وفقا للنص الفرنسي أصبحت الخدمة محلا لجريمة النصب لأن لها كيان مادي وبالتالي يمكن اختلاسها بناء على احتيال.

---

(1) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 146.

(2) جاء في نص المادة 332 من قانون العقوبات المصري:"يعاقب بالحبس كل من توصل إلى الاستيلاء على نقود أو عروض أو سندات دين أو سندات مخالصة أو أي متاع منقول ...".

(3) علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، مرجع سابق، ص59.

(4) تنص المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال...".

(5) آمال قارة: مرجع سابق، ص31.

(6) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 523.

ب- الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الرأي عدم صلاحية البرامج والبيانات لأن تكون محلا وموضوعا لهذه الجريمة. ويستندون في ذلك بعدم وجود نشاط أو فعل مادي ملموس يحصل به التسليم والاستلام في جريمة النصب. وحتى لو فرض حدوث هذا التسليم والاستلام، فيرون أنه لا يترتب عليه أن يحرم المجني عليه من حيازة هذه البرامج والبيانات، التي تبقى تحت سيطرته التامة، وهذه الأمور كلها لا تتفق مع ذاتية وطبيعة النشاط الإجرامي في هذه الجريمة[1].

كما أنه يستلزم لتوافر جريمة النصب، أن يكون الجاني قد خدع إنسان مثله، وأن يكون الإنسان المخدوع مكلفا بمراقبة البيانات؛ ومن ثم لا يتصور وفقا لهذا الاتجاه خداع النظام المعلوماتي بوصفه آلة، ولا يجوز حينئذ تطبيق النص الجنائي الخاص بالنصب لافتقاده لأحد العناصر اللازمة[2].

ويتبنى هذا الاتجاه تشريعات كل من مصر وألمانيا والدانمارك وفنلندا واليابان والنرويج والسويد ولكسمبورج وإيطاليا[3].

والقانون الفرنسي وإن كان يساير هذا الاتجاه، إلا أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن خداع الحاسب الآلي لسلب مال الغير يحتويه نص المادة 405 عقوبات، حيث تتضمنه الطرق الاحتيالية ككذب تدعمه أفعال مادية ووقائع خارجية تسانده، هي إبراز أو تقديم المستندات والمعلومات التي تدخل إلى الحاسب. وحيث أن واضعي تقنين 1810 قاموا بصياغته لتنحصر جريمة النصب بين البشر، لأنه لم يكن مألوفا أن تتطور العلاقة لتصبح بين الإنسان والآلة، وإن كانت هذه العقبة ليست بذات قيمة، لأن الإنسان هو الذي يقف وراء الآلة كالموظف أو مدير المنشأة فيكون الإنسان موجودا دوما خلف الحاسب الآلي، وقد ساند القضاء الفرنسي هذا الاتجاه الفقهي[4].

والملاحظ أن هذا الرأي في الفقه الفرنسي يسايره الفقه المصري، الذي يعتبر غش الآلة نوع من تجسيد الكذب بطريقة مادية، وهو ما تتحقق به الطرق الاحتيالية التي يقوم بها الركن المادي في جريمة النصب. وقد انضم الفقه البلجيكي لوجهة النظر المذكورة، ورأى أن الحاسب الآلي ليس سوى أداة سلبية لارتكاب الجريمة وأن المخدوع المجني عليه في نهاية الأمر ليس سوى هو الحاسب الآلي ذاته، لكنه الشخص الموجود خلف الآلة الحاسب الآلي[5].

---

(1) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 146.

(2) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص326.

(3) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 123.

(4) يدعم هذا الاتجاه الفقهي رأيه، بما قضت به محكمة النقض الفرنسية بتطبيق عقوبة النصب على شخص دخل بسيارته إلى أماكن انتظار السيارات، وبدلا من وضع النقود الأصلية المطلوبة من عداد أماكن الانتظار، قام بوضع قطعة معدنية عديمة القيمة فيها؛ وترتب على ذلك تشغيل الماكينة وتحريك العقارب، حيث أسست المحكمة حكمها على أن وضع قطعة معدنية عديمة القيمة في العداد يعد من قبيل الطرق الاحتيالية، مشار لديه لدى د محمد سامي الشوا: نفس المرجع ، ص 123.

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 526.

ثانيا: فعل الاحتيال في المعلوماتية

تدور الإشكالية في معرض البحث في جريمة النصب المعلوماتي، حول مدى انطباق القواعـــد العامة لجريمة النصب التقليدية على المال المعلوماتي، من حيث عناصر جوهر الجريمة أي ركنها المادي.

ا– الطرق الاحتيالية في المعلوماتية: يقصد بالطرق الاحتيالية الأكاذيب المدعمة بالمظاهر الخارجية وذلك لحمل المجني عليه وإيقاعه في الغلط، فلا يشترط لتوافر جريمة النصب في حق الجاني أن يكون قد وقع منه فعل احتيال بالمعنى الفني والدقيق للكلمة، وإنما يكفي أن يصدر منه أكاذيب جسيمة، تصل في مداها لدرجة الاحتيال حتى تتوافر جريمة النصب في حقه طالما توافرت كافة عناصرها وأركانها[1]. وفي تطبيق الطرق الاحتيالية في المعلوماتية نجد الاحتيال على النظام المعلوماتي وإساءة استخدام بطاقة الائتمان.

1.الاحتيال على النظام المعلوماتي: إن التلاعب في البيانات والبرامج باستخدام الطرق الاحتيالية على النظام المعلوماتي، هو أساس ممارسة فعل الاحتيال على النظام وإيقاعه في الغلط. الأمر الذي شكل الخلاف الفقهي حول مدى توافر هذا الفعل حتى يمكن تطبيق القواعد العامة لجريمة النصب عليه.

فذهب البعض إلى عدم إمكانية ممارسة أفعال الاحتيال على النظام المعلوماتي، حيث يرون أنه لتوافر الجريمة يجب أن يكون المخدوع شخصا طبيعيا أي إنسان مثل الجاني[2]. وطبقا لهذا الرأي فإن خداع الحاسب بوصفه آلة لا تنطبق عليه جريمة الاحتيال التقليدية ولا على نظامه المعلوماتي، لافتقاره عنصر من العناصر الرئيسية.

كما يرى مؤيدو هذا الرأي، أن نظام معالجة البيانات بواسطة الحاسوب يفتقر إلى خاصية التفكير، فهو ينفذ أوامر يتلقاها مسبقا أو يتلقى أسلوب معالجتها. علاوة على أن معطيات الحاسوب ذات طبيعة معنوية تفتقر إلى كونها مالا منقولا ذات طبيعة مادية، وهو ما اشترطه المشرع في محل جريمة الاحتيال[3].

بينما ذهب رأي آخر، إلى أن التلاعب المعلوماتي هو تلاعب في البيانات والبرامج للتغيير فيها بما يترتب عليه إيهام المجني عليه بصحتها وهو ما يجعله يسلم بها؛ وبالتالي يمكن انطباق النص المتعلق بالجرائم الاحتيالية على التلاعب المعلوماتي باعتباره أحد الأساليب الاحتيالية، وأن النظام المعلوماتي يستخدم كوسيط للتحايل[4].

---

(1) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 148.

(2) في الواقع أن الاحتيال لا يقع على الشخص الطبيعي فقط، بل أنه من المسلم به صلاحية الشخص المعنوي لاعتباره مجنيا عليه. فالشركات والمؤسسات العامة والخاصة هي من الأشخاص الاعتبارية في نظر القانون، وحيث أن الحاسوب والشبكات الداخلية للمنشأة تعد من فروع الشركة أو المؤسسة، فإنها قد تكون صالحة لوقوع فعل الخداع أو التحايل عليها.

(3) محمد عبيد الكعبي: مرجع سابق، ص 192.

(4) وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية مسايرة بذلك جانب من الفقه الفرنسي، الذي يرى أنه من المتصور أن يقع الاحتيال على نظام الحاسب وما يحويه من بيانات ومعلومات ومن ثم لإيقاعه في الغلط بقصد سلب الأموال، على اعتبار أن هذا الفعل تتوافر فيه الطرق الاحتيالية ككذب تدعمه الأعمال المادية أو الوقائع الخارجية. حيث تتوافر فيه إلى جانب الكذب واقعة خارجية، تتمثل في إبراز أو تقديم المستندات والمعلومات المدخلة إلى الحاسب أو باستخدام مستندات غير صحيحة يخرجها الحاسب بناء على ما وقع في برامجه، أو في البيانات المخزنة داخله من تلاعب كي يستولي على أموال لا حق له فيها.

ويفند البعض من الفقه استخدام الأساليب الفنية في الاحتيال على النظام المعلوماتي من ناحية استخدام النظام كأداة سلبية، ومثال ذلك أن يستخدم الجاني النظام باستعمال الرقم السري للمستخدم الأصلي، فيعتبره النظام المستخدم الشرعي ويتمكن من الاستيلاء على الأموال. ففي هذا الفرض يكون الجاني قد استخدم إحدى الطرق الاحتيالية المنصوص عليها في المادة 1/313 من قانون العقوبات الفرنسي بأنه استخدم اسما كاذبا واستخدم الجهاز على انه صاحبه الشرعي[1].

بينما يفند البعض الآخر، استخدام الأساليب الفنية في الاحتيال على النظام المعلوماتي من ناحية استخدام النظام كأداة إيجابية. وذلك عن طريق التدخل المباشر في المعطيات والكيان المنطقي، بإدخال معطيات وهمية أو تعديل البرامج أو خلق برامج صورية وهي جميعها طرق احتيالية، ومثال ذلك تزوير الفواتير وأذون الشراء.

2. إساءة استخدام بطاقات الائتمان: تناسبا مع تطور البنوك في أساليب تعاملها، وجدت وسيلة للائتمان أكثر تطورا هي بطاقة الائتمان[2]، التي تعد مظهرا من مظاهر التطور في الحياة التجارية في شقها الإلكتروني. ومع هذا التطور أخذت بطاقات الائتمان أو بطاقات الدفع الإلكتروني تحل شيئا فشيئا محل وسائل الدفع التقليدية. وقد واكب هذا التطور الكبير في استخدام بطاقات الائتمان، تنوع أساليب التلاعب والتحايل في استخدام البطاقات، بما يشكل تهديدا مباشرا على الأموال المتداولة في نطاق التجارة الإلكترونية.

وفي هذا الصدد كان للفقه دور في شأن إساءة استخدام بطاقات الائتمان كإحدى الطرق الاحتيالية التي يمكن أن يستخدمها الجاني للاعتداء على المال المعلوماتي.

فذهب رأي من الفقه إلى أنه يمكن تحقق التلاعب في الأنظمة المعلوماتية كإحدى الطرق الاحتيالية التي ترتكب بها جريمة النصب. عن طريق إدخال بطاقة الائتمان أو بطاقة الدفع في نهاية طرفية، أو في جهاز الصرف الآلي للنقود واستعمال رمز صاحبها بعد التعرف عليه بطريقة ما لسحب الأموال من رصيده[3].

ورأي آخر يتجه للقول، بأنه في حالة الدخول الاحتيالي على النظام المعلوماتي بواسطة بطاقات الائتمان يفترض وجود الجاني والمجني عليه حيث يساهم المجني عليه في عملية التسليم الإرادي. وهنا تثار نفس الصعوبات التي تثار في حالة استخدام الموزع الآلي للأوراق النقدية حيث أن هذه الجريمة ترتكب بدون علم الجاني وبدون

---

(1) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص329.

(2) أحدثت تقنية المعلومات تطورات هامة في وسائل الدفع التقليدية، وأضافت إليها أشكالا جديدة لتسهيل المعاملات المالية، والتي كان لها دور كبير في تفعيل المبادلات التجارية بنمط جديد. وتعتبر بطاقات الدفع الإلكتروني من الوسائل المألوفة التي ساهمت بشكل كبير في توسع استخدام التجارة الإلكترونية. ويطلق عليها عدة مسميات منها بطاقات الائتمان، بطاقات الاعتماد، بطاقات الوفاء، بطاقات الدفع البلاستيكية. ويعرفها أساتذة القانون بأن جهة ما بنكا أو شركة استثمار تصدر هذه البطاقات من ورق أو بلاستيك أو مادة أخرى يصعب العبث في بياناتها أو تزويرها ويذكر فيها اسم العميل الصادرة له وعنوانه ورقم حسابه لدى الجهة التي أصدرتها؛ وعندما يحصل هذا العميل على سلعة معينة أو خدمة فبدلا من دفعه للثمن فورا فإنه يقدم بطاقة الاعتماد إلى البائع، مقابل التوقيع على إيصال بقيمة الشراء، ومن ثم يقوم البائع بدوره بتحصيل قيمة هذا الإيصال من البنك مصدر البطاقة .

(3) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 331، نقلا عن د هشام فريد رستم: مخاطر تقنية المعلومات، مرجع سابق، ص 278.

إرادته، وقد اتجه أغلب الفقه لاعتبار جهاز الصرف الآلي مجرد وسيط، بحيث تكون جريمة النصب قائمة لتوافر الوسائل الاحتيالية في مواجهة مالك الجهاز ذاته وليس الجهاز.

كما اختلف الفقهاء في تكييف حالات إساءة استخدام بطاقات الائتمان في عدة حالات:

الحالة الأولى: إساءة استخدام بطاقات الائتمان من قبل حاملها

البند الأول: استعمال البطاقة على الرغم من انتهاء مدة صلاحيتها

من الناحية العملية لا يوجد ما يمنع أن يتم استعمال البطاقة بالرغم من انتهاء تاريخ صلاحيتها، وفي حالة وجود رصيد كاف لصاحب البطاقة فهو إثبات على حسن نيته، إذ من الجاري العمل به عند البنوك منح بطاقة جديدة للعميل عند انتهاء صلاحية بطاقته الأولى. غير أن الأمر يختلف تماما في حالة عدم وجود رصيد أو عدم كفايته، حيث يتحمل التاجر الخسائر الناجمة عن هذا الاستخدام، لأن البنك يرفض الوفاء للتاجر بقيمة المعاملة لإخلاله بأحد الالتزامات الناجمة عن العقد المبرم بينهما، وهو التحقق من تاريخ انتهاء البطاقة[1].

ويرى البعض من الفقه، أنه قد تثور في هذه الحالة فكرة الجريمة المستحيلة استحالة مطلقة، حيث إن تقديم البطاقة على الرغم من انتهاء مدة صلاحيتها المبينة على البطاقة ذاتها، لا يمكن أن ينخدع به أحد فالمجني عليه كان فعلا مقصرا حين انخدع.

بينما يذهب البعض الآخر من الفقه، للقول بتوافر أركان جريمة النصب في الحالة المتقدمة، حيث أن الركن المادي لهذه الجريمة تحققت عناصره. فاستخدام بطاقة ائتمان على الرغم من انتهاء مدة صلاحيتها مع عدم وجود رصيد كاف، لهو وسيلة احتيالية الغرض منها إقناع التاجر بوجود رصيد وهمي لحامل البطاقة. كذلك فإن سوء نية المتهم أو حامل البطاقة لا يمكن إنكاره، حيث يتحقق في النهاية ركن التسليم، ويتمثل في قيام البنك بسداد المطلوب من العميل[2].

كما أن استخدام البطاقة بالرغم من انتهاء صلاحيتها مع استمرار العلاقة بين البنك والعميل، يعد دليلا على انتفاء القصد الجنائي؛ وبالتالي فإن جريمة النصب لا تقوم إلا إذا كان حامل البطاقة لا ينوي تجديدها أو أنه أغلق حسابه في البنك.

البند الثاني: ادعاء سرقة أو ضياع البطاقة من قبل حاملها

ويتلخص إساءة الاستخدام هذا في قيام الحامل الشرعي للبطاقة بالإبلاغ عن فقدها أو سرقتها للبنك أو الجهات المختصة، وذلك تطبيقا لما ينص عليه العقد، في حين أن البطاقة لا تزال في حوزته بل ويستعملها أيضا.

---

(1) نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 522.

(2) وإذا تقدم العميل إلى المجني عليه بالبطاقة الملغاة و لم يفلح في الحصول على ما يريد، سواء علم المجني عليه بإلغاء البطاقة عن طريق البنك أو لعدم قبول الوفاء بالبطاقة، فإن المتهم يسأل عن الشروع في جريمة النصب. وقد أخذت محكمة باريس بهذا الرأي بحكمها، حيث قضت بأن هذا السلوك يعد من قبيل الطرق الاحتيالية التي تهدف إلى الإقناع بوجود دين وهمي، من أجل الحصول من البنك على المبالغ النقدية التي تم الاستيلاء عليها مشار إليه لدى د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 334.

ويرى بعض الفقه، أنه بادعاء الحامل سرقة بطاقته يفقد صفته كحامل شرعي للبطاقة؛ وبالتالي فبمجرد إبلاغ الحامل للجهات المسؤولة بفقد أو سرقة البطاقة تخرج عن حيازته القانونية. الأمر الذي يترتب عليه أن كل استخدام لهذه البطاقة إنما يعتبر صادر من حامل غير شرعي لها[1].

ولا تردد الفقه في هذه الحالة للقول بقيام جريمة النصب، حيث تحققت الوسائل الاحتيالية بادعاء المتهم الكاذب، وتأييد ذلك بتقديم مستندات والتي تتمثل في البطاقة وذلك لإجبار البنك عل الوفاء للتاجر[2].

الحالة الثانية: إساءة استخدام بطاقات الائتمان من قبل الغير

البند الأول: تزوير بطاقة الائتمان

يعد تزوير بطاقة الائتمان على شبكة الانترنت من أخطر طرق الغش والتزوير في معالجة البيانات بطريقة آلية والتي تهدد نجاح معاملات التجارة الإلكترونية. لا سيما بحلول المحررات الإلكترونية محل الأوراق في هذا المجال مما يزيد من صعوبة اكتشافها أو إثباتها[3].

ويتم تزوير بطاقات الائتمان عن طريق إنشاء بطاقات ائتمان خاصة ببنك معين لبعض العملاء على الشبكة لاستغلالها للحصول على السلع والخدمات، ويتم دائما تزوير البطاقة عن طريق التقليد بمعرفة الجاني الذي يستغلها عقب ذلك في عمليات السحب. وقد ثار خلاف فقهي حول التكييف القانوني لها:

فالبعض من الفقه يعتبر تزوير بطاقة الائتمان واستعمالها في سحـــب مبالغ من أجهزة التوزيع الآلي للنقود من قبيل أعمال السرقة باستخدام مفتاح مصطنع؛ وتدليل ذلك أن المال قد خرج من ذمة المجني عليه بدون رضاه. وينفي أصحاب هذا الاتجاه اعتبار هذه الحالة من قبيل التزوير، لأن البطاقة ليست محررا كتابيا كما قرره القانون وإن كان هناك تسليم بفكرة التوقيع الإلكتروني[4].

بينما أنكر البعض الآخر من الفقه واقعة السرقة على الحالة المتقدمة، لأن الموزع الآلي تم برمجته لتقديم النقود بمجرد إدخال البطاقة، ومن ثم فالسحب كان إراديا من طرف البنك. الأمر الذي أيده القضاء الفرنسي حيث اعتبر استخدام البطاقة المزورة قي السحب من جهاز التوزيع الآلي من قبيل الأعمال الاحتيالية التي تقوم بها طبعا جريمة النصب[5].

---

(1) نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 538.

(2) لا بد من التنويه أنه من الناحية العملية لا يقوم الجاني الذي يدعي فقد البطاقة أو سرقتها إلى استعمالها للسحب من الموزعات الآلية للنقود حتى لا تسحب البطاقة من طرف الآلة كإجراء وقائي، إلا إذا تم السحب فور الإعلان مباشرة عن الفقد أو السرقة، وقبل اتخاذ أي إجراء من طرف البنك يتمثل في عدم قبول بطاقة الائتمان. وعليه في مثل هذه الحالات يظل الاستعمال الرئيسي والشائع هو استعمالها أداة وفاء لدى التجار الذين يستخدمون الآلة اليدوية.

(3) نافد ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص 430.

(4) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 335.

(5) بعض الأحـــكام القضـــائية لم تطبق على الفرض محل البحث جريمة النـــصب، فالطرق الاحتـــيالية لا بد أن تربط بين شخصين وليس شخص وشيء.

البند الثاني: الاستعمال غير المشروع لبطاقة مسروقة أو مفقودة

لا يقتصر الاستعمال غير المشروع لبطاقة ائتمان مسروقة أو مفقودة من قبل حاملها أو صاحبها الشرعي فقط بل قد يتم ذلك أيضا من قبل الغير. ويتم ذلك إما باستخدامها لسحب النقود من الموزعات الآلية للنقود أو لدى التجار للوفاء بواسطتها. وهنا أيضا ثار الاختلاف الفقهي حول التكييف القانوني للحالة، بين السرقة وهي الجريمة الوسيلة وبين النصب وهو الجريمة الغاية.

كما سبق التنويه، يمكن استعمال بطاقة الائتمان المسروقة أو المفقودة إما كأداة لسحب النقود أو كأداة من الموزعات الآلية أو كأداة للوفاء لدى التجار. فالحالة الأولى لم تثر خلافا حول التكييف القانوني لها حيث استقر الرأي على أن الجاني الذي يستعمل بطاقة مفقودة أو مسروقة لسحب النقود من أجهزة التوزيع الآلي للنقود يسأل عن جريمة النصب؛ وتستبعد في هذه الحالة جريمة السرقة، لأن التسليم كان إراديا حيث أن الجهاز تمت برمجته لتسليم النقود بمجرد إدخال البطاقة وتدوين الرقم السري[1].

غير أن الأمر لا يخلو من أن يسأل الجاني عن ارتكابه لجريمة السرقة في حالة سرقة البطاقة في حد ذاتها أو الشفرة أو الرقم السري الخاص بها. ويرتكب الجاني في هذا الفرض جريمتين مستقلتين السرقة (جريمة الوسيلة) والنصب (جريمة الغاية) وتطبق في هذه الحالة عقوبة الجريمة ذات الوصف الأشد[2].

أما في حالة الاستعمال الغير مشروع لبطاقة مسروقة أو مفقودة كأداة وفاء لدى التجار، فيتحقق النصب في هذه الحالة باتخاذ الجاني صفة غير صحيحة لإيهام التاجر بأنه الحامل الشرعي للبطاقة، وأنه اتخذ اسما كاذبا وهو اسم الحامل الشرعي للبطاقة وأنه المالك الشرعي للرصيد الذي تمثله البطاقة. ومن ثم فالتاجر الذي قدمت إليه البطاقة للوفاء بقيمة المشتريات، قد قبلها لصفة الجاني باعتباره الحامل الشرعي للبطاقة الذي يخول له استعمالها للوفاء؛ وعليه يمكن القول هنا أن الجاني ولأنه ادعى صفة كاذبة وانتحل اسما غير اسمه، فقد جمع بين الوسيلتين للاستيلاء على المال طبعا بطريقة غير مشروعة[3].

---

(1) من المهم أن نشير إلى أنه ليس بالإمكان استخدام بطاقة مسروقة أو مفقودة من الموزعات الآلية لسحب النقود دون تدوين الشقرة أو الرقم السري الخاص بالبطاقة، والتي لا يعلمها سوى الحامل الشرعي لهذه البطاقة، وبدون هذا الرقم لا يمكن سحب النقود بتاتا؛ وفي حالة عدم معرفة الرقم أو الشفرة ومحاولة ذلك، فإن مجرد إدخال رقم غير صحيح ثلاث مرات متتابعة يستتبعه سحب البطاقة بطريقة تلقائية من طرف الموزع الآلي كتقنية للحماية. ومن هنا فالحصول المجرد على البطاقة أو الحيازة غير المشروعة لها لا يكفي للقول بتحقق جريمة النصب، بل الغالب أن يرتبط ذلك بسرقة الشفرة الخاصة بالبطاقة، إلا في حالات نادرة يتم كتابة الرقم السري على ظهر البطاقة فيسهل معرفته من طرف الجاني؛ وفي غير هذه الحالة يستعمل وسائل متعددة لمعرفة الشقرة، وقد يتعدى الأمر لاستعماله وسائل احتيالية للحصول عليها.

(2) نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 541.

(3) تبدو هذه الحالة أيسر في الحدوث من الحالة السابقة، حيث لا يتطلب الاستعمال معرفة الشفرة أو الرقم السري للبطاقة، بل يتم استخدامها من أجل الوفاء بمجرد التوقيع على فاتورة البيع؛ ومما يساهم في شيوع هذا الاستخدام غير المشروع، صعوبة تحقق التاجر من شخصية حامل البطاقة وإن كان من الشائع إدراج بيانات البطاقة الضائعة أو المسروقة الموقوفة ضمن القائمة السوداء، إلا أن هذا الإجراء قد يأخذ وقت ويتم استخدام البطاقة قبل إدراجها ضمن القائمة السوداء. كما أنه من جانب آخر مضاهاة التوقيع المدون على البطاقة بذلك الذي على فاتورة البيع لعدم خبرة التاجر من جهة ولتدرب الجاني على التوقيع من جهة أخرى، وعليه فمجرد تقديم البطاقة للتاجر للوفاء بها كاف لتحقق جريمة النصب.

ب– سلب مال الغير في المعلوماتية: يجب أن يترتب على أفعال الاحتيال في المعلوماتية قيام الجاني بسلب أو الاستيلاء على أموال الغير دون وجه حق. ويتم ذلك إما باستخدام الحاسب الآلي بوصفه أداة إيجابية في هذا الاستيلاء[1]، أو كأثر للاستخدام التعسفي لبطاقات الائتمان الممغنطة متى استخدمت كأداة في جريمة النصب.

وسلب مال الغير يعني حدوث واقعة التسليم، فإذا كان محل التسليم نقودا أو أي منقول آخر له قيمة مادية فليس هناك أدنى مشكلة، كأن يتم التلاعب في البيانات الداخلة أو المخزنة بالحاسب أو برامجه، بواسطة شخص ما كي يستخرج الحاسب باسمه أو باسم شركائه شيكات أو فواتير مبالغ غير مستحقة، يستولي عليها الجاني أو يتقاسمها مع شركائه[2].

أما إذا كان محل التسليم غير مادي، فإن جانبا من الفقه الفرنسي يعتد بقيام الجريمة، وبالأخص فيما يتعلق بالنصب المعلوماتي في حالة التدخل في البرمجة أو المعطيات المقدمة لجهاز الحاسب الآلي، والتي تستتبع إلغاء رصيد المدين أو جعله دائنا بمبالغ غير مستحقة. أي أنه في هذا الفرض يتم التلاعب عن طريق القيد الكتابي وصورة ذلك أن يتم التلاعب من قبل الجاني في البيانات المخزنة في الحاسب، كي يحول بعض أرصدة الغير أو فوائدها إلى حسابه؛ وعندما يتم التلاعب في البرامج، فإن تحويل الأموال من حساب لآخر يتم بالقيد كتابة دون تسليم الأموال نقدا[3]. وعليه ووفقا للفقه الفرنسي فإنه في كل الأحوال ورغم الطبيعة غير المادية للنقود الكتابية [4]، فإن الدفع يتم بواسطة القيد بالكتابة وهو ما يعادل التسليم المادي للأموال[5].

ووفقا لنص المادة 313 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي[6]، فالمشرع استخدم لفظ النقود والأموال كمحل لجريمة النصب، وهذا يعني أن الأموال قد تكون أموالا غير مادية فلا يشترط في المال أن يكون بالضرورة أن يكون من الأموال المادية. كما نشير أنه حسب النص العقابي الفرنسي تقوم جريمة النصب كذلك

---

(1) ويعتبر الحاسب الآلي أداة إيجابية قي جريمة النصب المعلوماتي، إذا ما تم التدخل المباشر في المعطيات، وفي الكيان المنطقي والذي يتمثل في إدخال المعطيات الوهمية أو بتعديل البرامج أو خلق برامج صورية. وليس هناك من صعوبة في اكتشاف الطرق الاحتيالية في هذه الفروض والغرض منها مشار إليه لدى د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 531، الهامش رقم 1.

(2) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص126.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص 533.

(4) وفقا لما ينص عليه قانون العقوبات في بعض الدول مثل كندا وهولندا وسويسرا وانجلترا، تعتبر النقود الكتابية وفقا لهذه التشريعات على الرغم من طابعها غير المحسوس، من قبيل الأموال التي تصلح لأن تكون محلا لجرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة.

(5) وهو تطبيقا لنظرية ابتدعها القضاء الفرنسي تسمى نظرية التسليم المعادل، والتي صيغت بمناسبة النصب على ضريبة المبيعات، حيث اعتمدها الفقه لملاحقة كافة أشكال النصب باستخدام الحاسب الآلي أو النصب المعلوماتي بشكل عام، بما يساير التوجه الجديد للدفع والأكثر شيوعا من حيث الاستعمال، أكثر تفصيل د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص127، 128.

(6) Article 313-1 du **Code pénal français: «** L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manoeuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende **».**

متى كان محلها تقديم خدمة، فاستعمال طرق احتيالية للحصول على الخدمات يعد نصبا حسب هذا القانون كمن يستعمل طرق احتيالية للحصول على تذكرة ما دون دفع قيمتها[1].

ج – العلاقة السببية بين الاحتيال وسلب مال الغير في المعلوماتية: توجب القواعد العامة لجريمة النصب علاقة السببية بين الاحتيال وسلب مال الغير، أي أنه لا يكفي لتوافر جريمة النصب قيام الجاني بفعل الاحتيال وحدوث واقعة التسليم التي تعني سلب المال، وإنما يلزم أن يكون التسليم وقع كأثر من آثار الطرق الاحتيالية المستخدمة من الجاني. أي أن علاقة السببية تبنى على أن الاحتيال هو السبب الفعلي والدافع على التسليم، وأن يكون التسليم لاحقا على فعل الاحتيال ونتيجة لانخداع المجني عليه، وأن يكون مبني على خطأ.

وفي المعلوماتية يعتبر خداع النظام المعلوماتي متحققا باستخدام الطرق الاحتيالية بالكذب الذي تدعمه مظاهر مادية وخارجية، مثل تقديم مستندات مستخرجة من النظام المعلوماتي أو المدخلة بالتلاعب للاستيلاء على أموال دون وجه حق[2].

وعليه فالطرق الاحتيالية التي يتخذها الجاني تربط بينها وبين المال الذي حصل عليه علاقة هي السبب في تحقق الجريمة؛ ومن ثم فلولا هذه الطرق الاحتيالية لما تمت الجريمة حيث وقع المجني عليه في خطا وسلم ماله.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة النصب المعلوماتي

وفقا للقواعد العامة فإن النصب من الجرائم العمدية التي لا يكتفي للقول بتوافرها في حق الجاني مجرد توافر الركن المادي، وإنما يجب أن يتوافر إلى جانبه ركنا معنويا؛ لذلك فإن صورة الركن المعنوي في هذه الجريمة هو القصد الجنائي، الذي يقصد به اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بكافة عناصرها القانونية. والقصد الجنائي المعول عليه في هذه الجريمة إضافة إلى القصد العام بعنصريه العلم والإرادة قصد خاص هو نية التملك، وقد عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 372 من قانون العقوبات الجزائري "...وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه..." أي بنية سلب ثروة الغير كلها أو بعضها[3]، وهو نفس ما ورد في نص المادة 313 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي، وكذا نص المادة 336 من قانون العقوبات المصري.

بناء على ما سبق يقتضي البحث توضيح القصد الجنائي العام لجريمة النصب المعلوماتي (أولا)، ثم القصد الجنائي الخاص فيها (ثانيا).

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 533.

(2) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 336.

(3) طبقا للمادة 372 من قانون العقوبات الجزائري فإن "كل من توصل إلى استلام أو تلقي أموال أو منقولات أو سندات أو تصرفات أو أوراق مالية وعود أو مخالصات أو إبراء من التزامات أو إلى الحصول على أي منها أو شرع في ذلك وكان ذلك بالاحتيال لسلب كل ثروة الغير أو بعضها أو الشروع فيه إما باستعمال أسماء أو صفات كاذبة أو سلطة خيالية أو اعتماد مالي خيالي أو بإحداث الأمل بالفوز بأي شيء أو في وقوع حاد أو أية واقعة أخرى وهمية أو الخشية من وقوع شيء منها يعاقب بالحبس من سنة على الأقل إلى خمس سنوات على الأكثر وبغرامة من 500 إلى 20000 دج ".

أولا: القصد الجنائي العام

ويتحقق القصد العام إذا علم المتهم أنه يرتكب فعل التدليس من شأنه إيقاع المجني عليه في الغلط الذي من شأنه تسليم ماله. ففي جرائم النصب المعلوماتي يستخدم الجاني أسلوبا للإيهام بوجود ائتمان كاذب أو مشروع كاذب، ويتوصل للاستيلاء على مال الغير كله أو بعضه، متى وقع على فواتير الشراء باسم كاذب واستغل صفة كاذبة لتحويل أموال الغير من حساب إلى حساب آخر عن طريق التلاعب في المعطيات أو البيانات المدخلة. ويجب توافر علم الجاني بهذه الوقائع ومع ذلك تنصرف إرادته إليها رغم علمه بأن فعله من الأفعال التدليسية[1].

وينحصر القصد العام وفق القواعد العامة في عنصرين هما العلم والإرادة. وينحصر العلم في الاحتيال في أن الجاني يأتي أفعاله وادعاءاته وهو يعلم بأنها كاذبة، كما وأنه يغير الحقيقة ويأتي بأفعال مادية ومظاهر خارجية تؤيد ادعاءاته الكاذبة[2].

أما عن عنصر الإرادة فيجب أن يتوافر لدى الجاني إلى جانب العلم إرادة تحقيق الواقعة الإجرامية وهي سلب مال الغير، بأن فعل الاحتيال الذي يأتيه يترتب عليه خداع المجني عليه وإيقاعه في الخطأ الذي يحمله على تسليمه ماله[3].

ثانيا: القصد الجنائي الخاص

القصد الخاص في جريمة النصب يتوافر متى اتجهت نية الجاني إلى سلب مال الغير كله أو بعضه، كما يكون لديه نية التملك بقصد حرمان الغير من المال نهائيا. وفي النصب المعلوماتي يكون القصد الخاص متوافر في حالة استخدام الجاني للنظام المعلوماتي في سلب مال الغير، ومن أمثلة ذلك أن يقوم الجاني باستخدام البطاقة وهو عالما أن رصيده غير كاف، أو أن بطاقته منتهية أو موقوفة ويستخدمها رغم ذلك في الوفاء بواسطتها، وكذلك قيام الجاني بتزوير بطاقة الائتمان و استخدامها في سبيل الحصول على مختلف السلع والخدمات مع علمه بأنه لا حق له في ذلك[4].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 534.

(2) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 348.

(3) في الجرائم الناشئة عن إساءة استخدام بطاقات الائتمان، ينصرف علم الجاني إلى أنه بالرغم من علمه بعدم سماح الرصيد في حسابه، إلى أن إرادته تتجه إلى وجود ائتمان وهمي، حالة استخدام الغير للبطاقة فإنه يعلم بأنه يستخدمها باسم كاذب تتجه إرادته أيضا إلى وجود ائتمان وهمي بقصد الحصول على أموال من البنك، أكثر تفصيل د أحمد خليفة الملط: نفس المرجع، ص 349.

(4) مما تجدر الإشارة إليه أن نص المادة 313 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي تعاقب على جريمة النصب التي تحدث عن تسليم المال وكذا الخدمات. وعلى ذلك تقوم جريمة النصب في حق الجاني إن تمكن من الحصول على برنامج للكمبيوتر من شبكة الانترنت؛ أو الاستماع إلى قطعة موسيقية أو الإطلاع على مجلة عبر الشبكة والانتفاع بالخدمة بناء على طرق احتيالية، وذلك لأن الأموال المعنوية والخدمات والنقود الكتابية كلها نماذج لتطور المعلوماتية. والهدف من ذلك حماية القيم والكيانات ذات القيمة المالية، وإن لم يكن لها كيان مادي لكنه يمكن تحويلها إلى نقود مادية بعد ذلك، مشار إليه لدى د عبد الفتاح بيومي حجازي: نفس المرجع، ص535، 536.

المطلب الثالث: جريمة خيانة الأمانة في مجال المعلوماتية

مما لاشك فيه أن موضوع جرائم الكمبيوتر وجرائم الانترنت أصبح على جانب كبير من الأهمية وذلك نظرا لشيوع استخدام أجهزة الحاسب الآلي سواء على مستوى الأفراد أو الشركات[1]. ناهيك عن أن معظم المعاملات المالية أضحت اليوم تتم من خلال وسائل أو ما يطلق عليه بأنظمة الدفع الإلكترونية من خلال الحاسب الآلي والانترنت.

هذا التطور التكنولوجي، وعلى الرغم من جاذبيته من حيث السرعة والمرونة في أداء الالتزامات المالية وإمكانية الأداء من أي مكان في العالم عن طريق الشبكة العنكبوتية أو شبكة الانترنت؛ أثار العديد من الإشكاليات والمسائل المتعلقة بأمن وسلامة وحفظ المعلومات الحاسوبية، والتي تمثل قيما اقتصادية مالية من الاعتداء عليها من قبل الغير.

في هذا السياق أضحت جريمة الخيانة الإلكترونية شائعة، نظرا لاستحالة تامين أو حفظ أية شبكة أو حواسيب من خطر الاعتداء سواء من الغير أو حتى من العاملين في المنشأة وهو ما يعرف بجريمة خيانة الأمانة والتي تتم من خلال عدة صور إدخال معلومات وبيانات خاطئة، تدمير مستندات إلكترونية، صفقات مالية بأوامر وهمية.

ويستتبع ذلك طبعا مشكلات قانونية هامة قد تقف عقبة أمام تقدم معاملات التجارة الالكترونية ، وضياع الحقوق بسبب انتشار هذه الجريمة، تزامنا مع ثورة الاتصالات وتقنية المعلومات. كونها من الجرائم الجديدة التي ظهرت بعد ظهور تقنيات الحاسب الآلي، التي تخطت جميع المبادئ والأسس القانونية والحدود الجغرافية وظهرت بشكل مستحدث بحيث لم تكن موجودة في السابق، بل وبطرق جديدة ومتطورة لارتكابها تختلف كليا عن نظيرتها التقليدية.

وأمام ذلك يجب البحث في كيفية معالجة هذه الجريمة من خلال تطبيق النص القائم دون قياس أو إخلال بمبدأ الشرعية الجنائية. وخاصة أن هذه النصوص ظهرت في وقت لم تكن فيه هذه التقنية موجودة.

وعليه يستلزم البحث حول جريمة خيانة الأمانة في مجال المعلوماتية كأحد جرائم الاعتداء على الأموال عن طريق الحاسب الآلي والتكييف القانوني لها، تسليط الضوء على كيفية إعمال القواعد التقليدية لجريمة خيانة الأمانة التقليدية على هذا النوع المستحدث من هذه الجرائم؛ بهدف الوصول إلى فهم متناسق لكيفية التعامل مع هذا النوع من الجرائم من خلال التعرض للركن المادي للجريمة في مجال المعلوماتية (الفرع الأول)، وكذلك التعرض للركن المعنوي لها (الفرع الثاني).

---

(1) جريمة الحاسب الآلي يمكن تعريفها بأنها:" نشاط إجرامي يتم عبر استخدام الحاسب الآلي، وذلك من خلال الاعتداء على معلومات محفوظة في أجهزة الحاسب الآلي عن طريق الدخول الغير قانوني، إما مباشرة لهذه الحواسيب، أو من خلال التسلل الغير مشروع عن طريق الشبكة العنكبوتية لشبكات داخلية لبنوك، أو مؤسسات مالية (ما يعرف بالجريمة الالكترونية)، أو جهات حكومية (ما يعرف بجريمة الاعتداء على الشبكات)".

الفرع الأول: الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة في مجال المعلوماتية

طبقا للمادة 376 فقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري: " كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20000 دج"[1].

من خلال النص يمكن تعريف خيانة الأمانة[2] بأنها:" اختلاس مال منقول مملوك للغير أو استعماله أو تبديده سلم إلى الجاني بناء على عقد من عقود الأمانة إضرارا بمالكه أو صاحبه أو واضع اليد عليه، مع توافر القصد الجنائي في ذلك"[3].

كما أنها تعرف بأنها:" الاستيلاء على مال منقول مملوك للغير سلم إلى الجاني على سبيل الأمانة، وقد كانت حيازته ناقصة بمقتضى عقد من عقود الأمانة التي حدها القانون على سبيل الحصر، وذلك لقيام الجاني بتحويل صفته من حائز لحساب مالكه إلى مدع لملكيته"[4].

وفي معرض البحث حول أركان الصورة المستحدثة لجريمة خيانة الأمانة، والمتمثلة في خيانة الأمانة المعلوماتية، سنحاول بيان مدى تطابق القواعد القانونية العامة للجريمة في صورتها التقليدية مع القواعد الخاصة لها في صورتها المعلوماتية[5]، من خلال التعرض لمحل خيانة الأمانة المعلوماتية (أولا)، وإيضاح صور الفعل الإجرامي لهذه الجريمة (ثانيا)، وأخيرا الضرر (ثالثا).

---

(1) تقابلها المادة 341 من قانون العقوبات المصري والتي تنص على أنه:" كل من اختلس أو استعمل أو بدد مبالغ أو بضائع أو نقود أو تذاكر أو كتابات أخرى مشتملة على تملك أو مخالصة أو غير ذلك إضرار بمالكها أو أصحابها أو واضعي اليد عليها، وكانت الأشياء المذكورة لم تسلم له إلا على وجه الوديعة أو الإجارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الرهن أو كانت سلمت له بوصفه وكيلا بأجرة أو مجانا بقصد عرضها للبيع أو بيعها أو استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها أو غيره يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزاد على غرامة لا تتجاوز مائة جنية مصري".

(2) إن جريمة خيانة الأمانة جريمة مادية، حيث يتمثل حدثها الضار في أن يضيف الجاني شيئا في ملك الغير إلى ملكيته عندما يكون مؤتمنا على هذا الشيء، ويكون الضرر الناتج عن هذا الحدث هو حرمان مالك الشيء أو صاحبه أو واضع اليد عليه من ملكية الشيء أو من منفعته. وعندما يضيف الجاني الشيء إلى ملكيته فيكون فعل الإضافة هذا حدث مادي سواء كان إيجابي أو سلبي، وذلك لأن له صدى في الكون المادي الخاص بالعلاقة بين الأشخاص وبين الأشياء ما دام ينهي العلاقة بين مالك الشيء والشيء ذاته، مشار إليه لدى د عبد الفتاح مراد: شرح جرائم الكمبيوتر والانترنت، دون جهة نشر، دون سنة نشر، ص 459، 460.

(3) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص129.

(4) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 538.

(5) رغم أن جريمة خيانة الأمانة في صورتها التقليدية تشبه كثيرا جرائم الاعتداء على الأموال المتقدمة، إلا أنها تختلف عن السرقة في الركن المادي حيث تقع السرقة بالاختلاس الذي يتمثل في انتزاع الحيازة الكاملة للشيء. بينما خيانة الأمانة تقع على الشيء المسلم إلى الجاني على سبيل الحيازة الناقصة لحساب المالك. ومن جانب آخر تختلف جريمة خيانة الأمانة عن جريمة النصب حيث يكون التسليم ناشئا عن إرادة حرة ويؤدي إلى نقل حيازة ناقصة وتحويلها في هذه الجريمة إلى حيازة كاملة، أكثر تفصيل د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 362.

أولا: محل خيانة الأمانة المعلوماتية

يستفاد من نص المادة 376 فقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري المشار إليها سابقا، أن محل جريمة خيانة الأمانة منقول مادي مملوك للغير، وطبيعة الجريمة تقتضي أن يكون هذا المنقول له كيان مادي يمكن إدراكه بالحواس، فهي تشترط التسليم في عقود الأمانة والتسليم لا ينصب إلا على عمل مادي، ولهذا لا تصلح الأفكار أو الأسرار أن تكون موضوعا أو محلا لخيانة الأمانة[1].

ا– ملكية المال المنقول للغير: لا خلاف في أن الكيان المادي للنظام المعلوماتي، لا يختلف عن أي مال منقول وعليه يكون الاعتداء على المال المعلوماتي مثل أي اعتداء على مال منقول آخر، وبالتالي يصلح لأن كون محلا لجريمة خيانة الأمانة[2].

غير أنه فيما يتعلق بالطبيعة غير المادية للقيم في مجال المعلوماتية، فهو ما يثير بعض المشاكل القانونية لكون جريمة خيانة الأمانة ترد على منقول مادي، ومع ذلك فإن بعض القيم مثل المعلومات والمعطيات أو البرامج تصلح أن تكون موضوعا لخيانة الأمانة، بصفتها بضائع أو بصفتها سندات أو وثائق ترتب التزامات أو حقوق.

حيث أن القضاء الفرنسي قد توسع في الأخذ بفكرة البضائع ليمكن تطبيقها على الجرائم الناشئة من استخدام النظام المعلوماتي[3]، فتطبق هذه الجريمة على الجاني الذي يستولي على بطاقة الائتمان الممغنطة المستخدمة في سحب أوراق "البنكنوت" بعد انتهاء مدتها فيشكل جريمة خيانة أمانة.

وعلى ذلك يمكن تطبيق ذلك في حالات الغش المعلوماتي، حيث يقوم المبرمجون بتسجيل المعلومات التي يحصلون عليها عن طريق التعدي على أنظمة المعلومات، وبنية استخدامها في أغراض غير مشروعة. وذلك على أساس أن الكيانات المنطقية والبيانات تعتبر من قبيل المعلومات المعالجة، والتي لها قيمة تجارية ولذا يجب النظر إليها بوصفها أموال[4].

أما فكرة المال المختلس بوصفه محررا، فإن المحرر في ذاته لا ينطوي على قيمة مالية، وبالتالي لا يمكن أن يكون أن يكون محلا لجريمة خيانة الأمانة، إلا إذا احتوت على مخالصة. وإذا لم يكن كذلك فلا يمكن إسناد الجريمة حتى ولو ترتب عليه ضرر مادي أو أدبي جسيم[5]، ولذلك فالبطاقة الممغنطة التي يستخدمها الجاني لسحب نقود تتجاوز رصيده، يمكن أن تعتبر من قبيل المحررات التي تحتوي على تمسك أو مخالصة.

---

(1) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 173.

(2) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص389.

(3) يراد بفكرة البضائع كل شيء ناتج عن الطبيعة، أو من صنع الإنسان ذاته، يمكن لن يكون محلا للتجارة أو أن يستخدم في عمليات تجارية فوفقا للقضاء الفرنسي المستقر فإن المحرر ولولا يشتمل على تمسك أو مخالصة، إلا أن له قيمة كبيرة في ذاته، فهو يعد من قبيل البضائع وفقا لنص المادة 1108 من القانون المدني الفرنسي؛ فمثلا الباقات المتعلقة بكشف عميل من العملاء، وإن كانت ليست عملا ذهنيا محميا بقانون حماية الملكية الذهنية، إلا أنها نتاج عمل مادي يمكن استغلاله تجاريا، وبالتالي تعتبر بضاعة، مشار إليه لدى د محمد سامي الشوا: نفس المرجع، ص 137.

(4) نفس المرجع، ص 138.

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 551.

ب– تسليم المنقول: طبقا للقواعد العامة يمثل التسليم بالنسبة للمال المنقول المملوك للغير العنصر الثاني في محل جريمة خيانة الأمانة، فهل تنطبق القواعد العامة للتسليم على التسليم في المعلوماتية ؟

يوجد رأي فقهي يذهب للقول أنه يمكن تطبيق هذه الفروض على الجرائم الناشئة عن استخدام النظام المعلوماتي، واستندوا في ذلك إلى عبارة " العمل بأجر أو بدون أجر" التي وردت بنص المادة 314 فقرة 1 من قانون العقوبات الفرنسي(1)، على اعتبار أن أفعال الاحتيال التي تتم باستخدام النظام المعلوماتي تكون عادة بتدبير ممن يعملون فيه. كما أن العبارة المتقدمة تعني كل تسليم يهدف إلى تمكين المستلم من إنجاز عمل متفق عليه سواء على شيء عهد إليه بصنعه أو تحسينه أو إصلاحه، أو بخصوص شيء سيكون مفيدا في انجاز بعض الأعمال أو بعض التصرفات القانونية لمباشرة حقوقه(2).

فيتصور ارتكاب جريمة خيانة الأمانة في حالة اختلاس العامل أو الموظف بحكم عمله سواء كان بأجر أو بدون أجر الأشياء المسلمة إليه. فيسأل عن جريمة خيانة الأمانة أو إساءة ائتمان الموظف المسؤول عن التحويلات الإلكترونية في المؤسسة المالية بالظهور على أموال أحد العملاء بمظهر المالك وتصرف فيها كان خائنا للأمانة(3).

من جانب آخر يشترط أن يتم تسليم المال موضوع الجريمة إلى الجـــاني بموجب عقد من عـــقود الأمانة والتي نص عليها القانون على سبيل الحصر، وهي الإجارة والرهن والوديعة والوكالة وعارية الاستعمال.

وفي مجال المعلوماتية ذهب رأي فقهي إلى صلاحية العقود الخاصة بجريمة خيانة الأمانة في أن تطبق على الجرائم المعلوماتية، وذلك بتوسيع مجال تطبيق النصوص السابقة من استخدام لفظ عمل مأجور أو غير مأجور في عقود المقاولة والخدمات المجانية وعارية الاستعمال والوكالة. أي أن جريمة خيانة الأمانة يمكن تصورها بالنسبة للمخالفات التي ترتكب في المؤسسات في المجال المعلوماتي(4).

كما أنه في مجال المعلوماتية تعد عقود العمل والوكالة وعارية الاستعمال من أكثر العقود أهمية من بين العقود اللازمة أن يكون التسليم قد تم بمقتضاها(5).

فالعديد من أعمال التبـــديد والاختـــلاس والاستـــعمال التي يكون محلها الأمـــوال المعلوماتية تتم من قبل

---

(1) وهو نفس ما تضمنه نص المادة 376 فقرة 1 من قانون العقوبات الجزائري وجاء كما يلي " كل من اختلس أو بدد بسوء نية أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء لم تكن قد سلمت إليه إلا على سبيل الإجازة أو الوديعة أو الوكالة أو الرهن أو عارية الاستعمال أو لأداء عمل بأجر أو بغير أجر بشرط ردها أو تقديمها أو لاستعمالها أو لاستخدامها في عمل معين وذلك إضرارا بمالكيها أو واضعي اليد عليها أو حائزيها يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 20000 دج".

(2) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص393.

(3) د مدحت رمضان: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 145.

(4) د أحمد خليفة الملط: نفس المرجع ، ص395.

(5) محمد عبيد الكعبي: مرجع سابق، ص210.

المستخدمين المعهود إليهم بهذه الأموال تأسيا على أن تسلم هذه الأموال تم بموجب عقد العمل، وبالتالي تتحقق الوكالة ومن ثم تقوم جريمة خيانة الأمانة[1].

وقضي أن اقتناع القاضي بأن تسليم المال كان بعقد من عقود الأمانة شرط لإدانة المتهم في جريمة خيانة الأمانة، فالعبرة أن العقد من عقود الائتمان هو بحقيقة الحال[2].

ثانيا: صور الفعل الإجرامي لخيانة الأمانة المعلوماتية

حدد المشرع من خلال مختلف النصوص العقابية الفعل الإجرامي لخيانة الأمانة في المعلوماتية، والذي يتخذ ثلاثة صور: الاختلاس، التبديد، الاستعمال.

ا- فـــعل الاختـــلاس: في جريمة خيانة الأمانة يتحقق الاختلاس معلوماتيا، بكل فعل يفصح عن اتجاه نية الأمين على إضافة المال إلى ملكه والحلول محل مالكه أو صاحبه، وذلك دون أن يترتب على ذلك خروج المال من حيازته[3].

ومثال ذلك في جرائم الحاسب، أن يمتنع العميل عن رد بطاقة ائتمان إلى البنك في حالة طلبها من جانب البنك الذي أصدرها سواء انتهت صلاحيتها أو لإلغائها لمخالفة شروط العقد، أو لسوء استعمالها من جانب العميل؛ وذلك لأن البنك هو المالك لهذه البطاقة، لأنها في حيازة العميل على سبيل عارية الاستعمال وعقد العارية من عقود الأمانة[4].

ومن الأمثلة التي يدين بها الفقه الفرنسي على أشكال هذا النشاط الإجرامي في الجريمة المعلوماتية، حالة اختلاس فيشات العملاء، وتوصيل المستندات المسلمة إلى شخص لمعالجتها إلى الغير[5].

ويرى الفقه الجنائي أن الاختلاس المعلوماتي يتصور ووقوعه أيضا بالنسبة للدعامات المسجل عليها المعلومات، كالأسطوانات والشرائط المسجل عليها هذه البيانات والمعلومات متى سلمت للجاني بناء على عقد من عقود الأمانة[6]. كما يرى أن اختلاس الأموال المعلوماتية تتبلور دائما في أفعال الغش المحاسبية حيث يستخدم الحاسب الآلي لإخفائها[7].

---

(1) تتوافر الوكالة وخيانة الأمانة بالتالي إذا بدد مندوب الشركة أو اختلس برامجا يقوم بتسويقها لحساب الشركة، أو إضافة شخص لبطاقة الائتمان الخاصة به إلى ملكه فهو عقد عارية الاستعمال. فالبطاقة ملك للبنك يستردها في أي لحظة، فهي لم تسلم إلى العميل إلا لاستخدام محدد وهو سحب النقود، ولكنه إذا استخدم البطاقة في سحب مبالغ تتجاوز رصيده فلا يعد ذلك خيانة أمانة، مشار إليه لدى د عفيفي كامل عفيفي مرجع سابق، ص 178.

(2) د عبد الباقي الصغير: القانون الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، مرجع سابق، ص 139.

(3) د جميل عبد الباقي: مرجع سابق، ص 104.

(4) د عفيفي كامل عفيفي: نفس المرجع ، ص167.

(5) د هشام محمد فريد رستم: مرجع سابق، ص293.

(6) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص 554.

(7) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص144.

ب- فـــعل التبـــديـــد: يرى جانب من الفقه الجنائي أن التبديد بمعناه الضيق غير متصور حدوثه في حالات الغش المعلوماتي[1]، ذلك أن التبديد سلوك إيجابي أو سلبي يخرج به الأمين المال من حيازته ويضيفه على صاحبه دون أن تكون نيته قد اتجهت إلى تملكه[2].

بينما يذهب اتجاه آخر للقول أنه في نطاق المعلوماتية يمكن تطبيق ذلك على البرامج من الشرائط والأسطوانات ومعدات الأجهزة بما تحويه من ذاكرة تحتوي على المعلوماتية، وتكون مسلمة إلى الجاني بناء على عقد قانوني بغرض الاستعمال أو بحيازتها ثم يقوم باستعمالها استعمالا يتسبب في تبديدها[3].

وعليه فالتبديد يقع على النظام المعلوماتي من مكونات مادية ومعنوية، باعتبارها أموالا منقولة يمكن أن تبدد إذا كان المؤتمن تسلمها بعقد من عقود الأمانة.

ج- فـــعل الاستعمال: ويتحقق باستعمال الأمين على المال هذا المال بشكل مخالف للغاية التي خصصت من أجله والمرتهنة بإرادة الأطراف، كما يتحقق باستهلاك الأمين للمال استهلاكا يستنفذ قيمته كلها أو بعضها مع بقاء مادته على حالها[4].

وقضي القضاء الفرنسي أن الاستخدام التعسفي للشيء من قبل الأمين لا يعد خائنا للأمانة، كمن يتسلم برنامج لمعالجة معطيات المشروع الخاص الذي يعمل به، إذا ما استخدم هذا البرنامج في المعالجة الآلية الخاصة بالغير[5]؛ لأن البرنامج منفصل من وعائه المادي لا يدخل في مدلول الأشياء المنقولة التي نص عليها المشرع الفرنسي[6].

كما يرى البعض أن خيانة الأمانة تنطبق على فعل الأمين الذي يضع فجوات في برنامج النظام المعلوماتي بحيث تسمح له باستخدام الجهاز بطريقة الغش، والذي سبق له أن برمجه بطريقة دقيقة بحيث لا تستطيع الرقابة الداخلية للجهاز معرفة ما يدور[7].

إضافة إلى ما سبق، يرى جانب من الفقه أن الاستخدام التعسفي لبطاقات الائتمان يعد خيانة أمانة. ويستند في ذلك إلى أن تسليم بطاقات الائتمان إلى العميل كان بناء على شرط وجود رصيد كافي في حسابه

---

(1) يقصد بالتبديد تصرف المالك بالشيء بعد أن كان مسلما له كأمانة، فهو يتم بأي فعل يخرج به الأمين الشيء الذي تسلمه وائتمن عليه من حيازته لاستهلاكه أو التصرف فيه للغير بالبيع أو الرهن أو الهبة، وسواء وقع التبديد على الشيء كله أو بعضه، وقد يكون تصرفا قانونيا أو ماديا مشار إليه لدى د عفيفي كامل عفيفي: نفس المرجع، ص 168.

(2) د محمد سامي الشوا: نفس المرجع، ص 141.

(3) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 400.

(4) محمد عبيد الكعبي: مرجع سابق، ص 202.

(5) د عفيفي كامل عفيفي: نفس المرجع ، ص169.

(6) ولكن يرى البعض أن يسأل العامل عن خيانة الأمانة الذي يستعل جهاز الحاسب الآلي الذي يعمل عليه ومملوك لصاحب العمل لتحقيق نفع خاص به دون علم مالك الجهاز.

(7) د جميل عبد الباقي: مرجع سابق، ص 130.

وقت السحب، وبالتالي إذا استخدم العميل البطاقة في السحب مع عدم وجود رصيد كافي، يكون قد تعسف في استخدامها بما يتعارض مع ما جاء في العقد ومن ثم يسأل جنائيا[1].

أما جانب آخر فيرى عكس ذلك، حيث أن الفعل المتقدم لا يشكل جريمة خيانة أمانة، باعتبار أن العميل لم يبدد البطاقة التي تسلمها من البنك بموجب عارية الاستعمال، وإنما أساء استخدامها فقط بسحبه بما يتجاوز رصيده، وهنا يعتبر العميل قد أخل بالتزام تعاقدي[2]. ولكن تنطبق الجريمة في حالة إلغاء بطاقة الائتمان وإخطار العميل بذلك ولكنه لم يقم بردها[3]، وفي الحالة الأولى يعتبر العميل مخلا بالتزام تعاقدي وهو ما قضت به محكمة النقد الفرنسية[4].

ثالثـــا: الضـــرر

الضرر هو النتيجة المترتبة على الفعل الإجرامي سواء الاختلاس أو التبديد أو الاستعمال، واشترط المشرع لتمام الركن المادي للجريمة أن يترتب عليها إلحاق الضرر بمالك الشيء أو صاحبه أو واضع اليد عليه.

ويكفي الضرر مهما كانت قيمته، وسواء كان محققا أو محتملا وقوعه، كأن يقوم الجاني برد المال الذي قام بتبديده. كما لا يشترط أن يكون الضرر مادي أو مالي، فقد كون أدبيا أو معنويا[5]، ومن أمثلة الضرر الأدبي أن يختلس عامل بطاقة العملاء قبل أن يستخدمها في الاستيلاء على أموالهم.

الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة خيانة الأمانة في مجال المعلوماتية

جريمة خيانة الأمانة من الجرائم العمدية، والتي يجب أن يتوفر فيها القصد الجنائي باتجاه إرادة الجاني نحو ارتكاب الفعل عن عمد وهو عالم بأنه يرتكب أمرا جرمه القانون. وبعبارة أخري متى تصرف الجاني في الشيء تصرف المالك وهو يعلم بأنه تصرف في شي ليس له عليه سوى الحيازة الناقصة، وإن من شأن هذا التصرف إحداث ضرر بالغير[6].

وعليه صورة الركن المعنوي في هذه الجريمة، هو القصد الجنائي الذي يقصد به اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الجريمة مع العلم بكافة عناصرها القانونية، والقصد الجنائي المعول عليه في هذه الجريمة إضافة إلى القصد

---

(1) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص405.

(2) د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص171.

(3) د هشام محمد فريد رستم: مرجع سابق، ص294.

(4) من التطبيقات القضائية لهذه الجريمة في مجال المعلوماتية، والتي يتحقق فيها أفعال الركن المادي للجريمة، قضت محكمة استئناف هولندا بثبوت جريمة خيانة الأمانة في حق محلل برامج بإحدى الشركات، كانت طبيعة عمله التردد على العملاء الشركة لصيانة برامجهم وفي حوزته أقراص ممغنطة تخص الشركة تحوي برامج وبيانات معينة لازمة لعمليات الصيانة، فقام بنسخه على أقراص تخصه بغرض إنشاء مشروع خاص به، مشار إليه لدى عفيفي كامل عفيفي: المرجع نفسه، ص172.

(5) محمد عبيد الكعبي: مرجع سابق، ص202.

(6) يرى بعض الفقه أن نية التملك يلزم وجودها في صورة الاختلاس، أما إذا وقعت الجريمة بصورتي التبديد أو الاستعمال فلا يلزم لارتكاب هذا الفعل أو ذاك أن تتوفر لدى الجاني نية التملك. والإصرار عليها قد يؤدي في الصورتين الأخيرتين إلى إفلات المجرم أو الجاني من العقاب، مشار إليه لدى، د جميل عبد الباقي: مرجع سابق، ص 116.

العام بعنصريه العلم والإرادة قصد خاص هو نية التملك.

أولا: القصد الجنائي العام

يكون هذا القصد متوافرا ويتحقق من خلال عنصريه العلم والإرادة، فالعلم في القصد العام هو أن يعلم الجاني أنه تسلم الشيء تسليما ناقلا للحيازة الناقصة، فإذا اعتقد أنه تسلم الشيء على أساس الحيازة الكاملة فيتصرف فيه، فإن القصد ينتفي ولا تقوم الجريمة.

إضافة إلى ما سبق، يجب أن يكون لدى الجاني علم بأن هذا المال تسلمه من صاحبه بناء على عقد من عقود الأمانة، وبأن هذا المال مملوك للغير وليس له بأي شكل من الأشكال حق التصرف فيه. كما لا بد أن يكون للجاني علم بأن فعله يضر بمالك الشيء ضررا محققا أو محتملا. وعلى هذا فمن يستعمل الشيء دون قصد الإضرار بصاحبه ويكون هذا الاستعمال يدون إذن، ويتعرض الشيء للهلاك، كمن يستعمل النظام المعلوماتي ويحدث ارتفاع مفاجئ للتيار الكهربائي يؤدي إلى إتلافه لا يسأل عن خيانة الأمانة المعلوماتية[1].

أما من جانب آخر بالنسبة لعنصر الإرادة، فيكتمل به عناصر القصد الجنائي العام، وتتمثل الإرادة في اتجاه نية الجاني إلى تغيير صفة الحيازة من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، كما تتجه إلى تحقيق ضرر محقق أو محتمل نتيجة لهذا الفعل[2].

ثانيا: القصد الجنائي الخاص

في الجرائم الناشئة عن استخدام النظام المعلوماتي، يتوافر القصد الجنائي الخاص في حق الجاني الذي يعطي للغير أسطوانات المسجلة عليها البرامج والمعطيات لينسخها ويعيدها فيحتفظ بها لنفسه[3]، ويحول حيازتها من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة. وكذلك يتحقق القصد الجنائي في حق الجاني الذي يعلم بالضرر الذي ينجم عن تلاعبه في البرامج أو المعطيات التي يكون له حق الدخول إليها، والتعامل معها بحكم عمله خاصة فيما يتعلق بإفشاء المعلومات أو حالة الاستيلاء على أموال الغير[4].

بناء على ما سبق، يتضح أنه في جريمة خيانة الأمانة المعلوماتية وفيما يتعلق بالعنصر المعنوي، لا بد أن يتوافر عنصري القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، والقصد الجنائي الخاص لدى الجاني، وأن تتحقق لديه النية إلى الاستيلاء على مال الغير.

---

(1) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص409.

(2) يرى القضاء الفرنسي أن القصد الجنائي يتوافر متى انصرفت إرادة الجاني إلى إضافة الشيء إلى ملكه بالتصرف فيه تصرف المالك إضرارا بمالكه، فسوء النية متوافر في حالة توافر العلم والإرادة.

(3) هناك رأي يذهب إلى أن جريمة خيانة الأمانة يكفي القصد العام لقيامها، وهو انصراف إرادة الجاني عن علم لارتكاب الجريمة. ولا يشترط لقيامها قصد خاص وهو نية التملك، على اعتبار أن نية التملك هو عامل نفسي للسلوك المكون لخيانة الأمانة، بمعنى أن يكون الجاني عالما بأن المال مملوك للغير. كما يجب أن يعلم أنه يحوز المال حيازة مؤقتة على سبيل الأمانة، ومن ثم تنصرف إرادته إلى تملك هذا المال وتتحول ملكيته الناقصة إلى ملكية كاملة، مشار إليه لدى محمد عبيد الكعبي: مرجع سابق، ص207.

(4) د أحمد خليفة الملط: نفس المرجع، ص410.

الباب الثاني

الحماية القانونية

للتجارة الإلكترونية

الباب الثاني: الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية

من منطلق أن المعلوماتية ليست سوى أداة لاختصار الوقت والجهد، وأن الحياة التجارية تقوم على أساس السرعة، كان مجال استخدام تقنية المعلومات من قبل التجار والمؤسسات والشركات والمصارف أكثر من غيرها من المجالات.

ولهذا فقد سبق وأن رأينا أن أكثر استخدام للمعلوماتية إثارة للتساؤل هو مجال المعاملات التجارية الإلكترونية، فهذه البيئة الجديدة للتجارة لم تكن أبدا بمنأى عن طرح العديد من المسائل والتساؤلات القانونية.

فلا جدال على الإطلاق أن مسألة التجارة الإلكترونية أثارت حفيظة العديد من الدارسين القانونيين، الذين انهالوا بتوجيه العديد من التساؤلات التي تدور في مجملها حول كيفية توفير الحماية القانونية اللازمة لها ولعناصرها ولمخرجاتها. حيث يتمكن الراغب في التعامل في هذا النوع الجديد من التجارة من الإقبال عليها بكل راحة وثقة، بحيث لا يخشى على حقوقه المالية في تعامله التجاري عبر الوسائط الإلكترونية.

وعليه فمن الإجحاف في ظل الحديث عن الانعكاسات القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية أن نغفل الحديث عن معالجة آليات الحماية القانونية لها؛ والتي تكون إما مدنية تتعلق أساسا بحماية المستهلك كمتعامل بالتجارة في شكلها المستحدث، أو بحماية الموقع الإلكتروني كمعبر لتنفيذ المعاملات التجارية في العالم الافتراضي.

وإما أن تكون الحماية جنائية، تتمثل بالأحكام والنصوص القانونية والتشريعية التي تعاقب على مختلف أشكال التعدي أو التلاعب بمقومات هذه التجارة.

بناء على ما سبق آثرنا أن نقسم هذا الباب إلى فصلين:

الفصل الأول: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول

الحماية المدنية

للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية

تعتبر التجارة الإلكترونية من المتغيرات العالمية الجديدة التي فرضت نفسها بقوة خلال الحقبة الأخيرة، ومن ثم فقد أصبحت أحد دعائم النظام الاقتصادي العالمي الجديد. ويعتمد هذا النوع من التجارة بشكل رئيسي على استخدام أحدث تقنيات المعلومات والاتصالات لتوسيع النشاط التجاري على المستوى العالمي؛ حيث تسمح التجارة الإلكترونية بالتسوق عبر شبكة الإنترنت عن طريق الاتصال الإلكتروني المباشر بين المتعاملين وبذلك فهي تستغني عن المستندات الورقية وما تستلزمه من نفقات، كما تساهم في تبسيط وتنظيم عمليات المشروعات وتحقيق أهدافها عن طريق القضاء على التأخير في التنفيذ.

بيد أنه في المقابل تطرح التجارة الإلكترونية العديد من الإشكالات، التي تتمثل في مدى مصداقيتها ومدى مواكبة التطور التشريعي للتطور التقني، وفي ما تكفله من أمن وثقة للمتعاملين فيها. الأمر الذي يفرض ضرورة توفير آليات لحمايتها المدنية، من خلال تبني صيغ تشريعية متطورة لتجاوز الفراغ البين الذي تعاني منه النظم القانونية الدولية والمحلية، والذي يمثل عائقا أمام انسياب معاملات التجارة بشكلها الإلكتروني الجديد.

فرغم تمكين التجارة الإلكترونية المستهلك من توفير الوقت والمال ومنحه حرية الاختيار، فإنها ما زالت تشكو نقائص متمثلة في كون المستهلك عاجزا عن فحص البضاعة ومعاينتها وجاهل تماما لهوية المهني، وهو ما من شأنه أن يولد إشكالا من شأنه أن يحدث نزاع في المعاملات التجارية المتسمة بطابعها الدولي، كل هذا يجعل من حماية المستهلك مسألة متأكدة لتنمية التجارة الإلكترونية. و لم يجمع الفقهاء على بعض المشاكل التي تطرحها مسألة الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، فالبعض يعتبر أن القواعد الكلاسيكية قادرة على توفير هذه الحماية، في حين يرى البعض الآخر من الفقه ضرورة سن قواعد خاصة ومستحدثة أكثر ملاءمة لهذا النوع من التجارة.

من جانب آخر ونظرا لأهمية الموقع الإلكتروني كمعبر ومنفذ لعرض المنتجات والبضائع واستلامها وتسليمها ودفع الثمن عبر الانترنت، الأمر الذي يجعله جديرا بتوفير الحماية المدنية اللازمة له؛ لأن حمايته وضمان عدم المساس به يمثل بنفس الوقت حماية للتجارة الإلكترونية. فالموقع الإلكتروني من المفردات الجديدة التي ظهرت بظهور شبكة الانترنت، وأمر توفير حمايته القانونية يتجلى في حماية مضمون الموقع وعناصره.

بناء على ما تقدم، ولأن الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية تتمثل في الأخص ببيان مدى الحماية المقررة لكل من المستهلك الإلكتروني والموقع الإلكتروني الافتراضي، فهو محور المعالجة في هذا الفصل من خلال المبحثين على التوالي:

المبحث الأول: حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: حماية الموقع الإلكتروني للتجارة الإلكتـــرونية

المبحث الأول: حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية

تغيرت أنماط الممارسات التجارية بسبب تعاظم دور الانترنت التجاري، وظهرت التجارة الإلكترونية كأسلوب جديد للتعامل عبر الشبكات الرقمية، وقدم هذا النوع الحديث من التجارة العديد من المزايا للأفراد حيث يستطيع الشخص الحصول على جميع احتياجاته بكبسة زر ودون أن يبرح مكانه. فكل شيء قابل للشراء ببساطة من خلال الملايين من المواقع الإلكترونية التجارية عبر شبكة الانترنت، التي تعرض منتجاتها وخدماتها بشكل مستمر ودونما انقطاع على مدار الساعة، ولا يتطلب الأمر أكثر من مجرد النقر على المنتج المبين على شاشة الكمبيوتر وإدخال بعض المعلومات الخاصة.

وقد صاحب زيادة معدلات الطلب على المنتجات والخدمات عبر الانترنت، كثرة عدد المستهلكين في نطاق التجارة الإلكترونية، غير أن ازدهارها يتوقف على مدى توفير الحماية لجميع المتعاملين بصفة عامة وللمستهلك بصفة خاصة.

فالمستهلك وهو محور العملية التجارية، في موقف ضعيف مقارنة بالتاجر الذي يتعاقد معه باعتبار هذا الأخير هو الطرف الأقوى، لأنه يستطيع إتقان آليات إدارة الممارسة التجارية الإلكترونية بشكل محترف على المواقع؛ في حين أن المستهلك يتوجه إلى التعاقد بإلمام بسيط، قد لا يتعدى ما تسمح به التقنيات التي يملكها هذا الأخير.

فضلا عن ذلك يتم التعاقد بين المستهلك والمهني في إطار التجارة الإلكترونية عن بعد دون الوجود المادي فلا يجمعهما مجلس عقد واحد، بل يجمعهما مجلس عقد حكمي بمثابة وجود افتراضي؛ وبالتالي فالطريقة التي يبرم بها العقد التي تعتمد على الوسائط الإلكترونية تؤدي إلى جهل المستهلك بنطاق التزاماته، مما يجعله ضحية ممارسات تجارية غير عادلة. ابتداء من الضغط عليه بواسطة الدعاية المضللة التي تؤثر بشكل مباشر على حرية اختياره عند الإقدام على التعاقد من جهة، ومن جهة أخرى ولصعوبة التفاوض بين طرفي العقد الإلكتروني فغالبا ما يرضخ المستهلك للشروط التعسفية، خاصة إذا كان مضمون العقد محدد سلفا من المهني.

والواقع أن البيئة الإلكترونية التي يتم من خلالها إبرام عقود التجارة الإلكترونية، هي التي تضفي إلحاحا أكثر على ضرورة حماية خاصة للمستهلك في هذه العقود ﴿ المطلب الأول ﴾.

وباعتبار المستهلك متعاقد فمن باب أولى أن يستفيد من الضمانات العامة للحماية، ويدخل نتاجا للطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني، أن تستحدث ضمانات خاصة لحماية المستهلك الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية ﴿ *المطلب الثاني* ﴾.

المطلب الأول: مقتضيات الحماية الخاصة للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية

بعدما غدت التجارة الإلكترونية واقعا يفرض نفسه في مجال النشاطات التجارية، زاد إقبال المستهلك على قنوات بديلة لإبرام عقود البيع والشراء من خلال المواقع التـــجارية عبر شبكة الانترنت، لما يتمتع به التعامل من سرعة وســـهولة.

غير أن الأمر لا يتوقف على اعتياد ممارسات تجارية بطريقة حديثة لها جوانب ايجابية بالنسبة للمستـــهلك بل يتعداه إلى تأثير الجوانب السلبية لسلسلة من المعاملات، يشكل فيها هذا المستهلك الإلكتروني الحلقة الأضعف، وبالتـــالي الأولى بالحـــماية.

وباعتبار عقود التجارة الإلكترونية مرتبطة بالعملية الاستهلاكية، فإنها تعد المجال الخصب لظهور مصطلح المستهلك الإلكتروني، ومن هنا تظهر أهمية تحديد مفهوم هذا المصطلح (الفرع الأول). والحقيقة أن حماية المستهلك تقتضي تحديد المشكلات المصاحبة لعقود الاستهلاك الإلكترونية، والتي تشكل باجتماعها في النهاية ضعفا لدى المستهلك عند إبرام هذا النوع من العقود (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المفهوم العام لحماية المستهلك الإلكتروني

يتطلب البحث حول الحماية القانونية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، أن نتوقف عند تحديد مفهوم مصطلح المستهلك الإلكتروني (أولا)، ثم تحديد مفهوم حماية المستهلك الإلكتروني (ثانيا).

أولا: مفهوم المستهلك الإلكتروني

المستهلك في نطاق عقود التجارة الإلكترونية هو نفسه المستهلك في نطاق العقد التقليدي، لكنه فقط يتعامل من خلال وسائط إلكترونية ومن خلال شبكات الاتصال. وبالتالي فله كافة الحقوق والمزايا التي يتمتع بها المستهلك في نطاق التجارة التقليدية، ويتمتع بنفس الحماية القانونية المقررة له، بالإضافة إلى مراعاة خصوصية أن العقد الذي يبرمه يتم بوسيلة إلكترونية [1].

ومع تزايد استعمال هذا المصطلح في كثير من الدول[2]، بتزايد حركة الدفاع عن المستهلكين[3]، فقد تصدى لتعريفه العديد من الفقهاء، كما اهتمت التشريعات بوضع تعريف قانوني له.

---

(1) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص 65.

(2) مباركة دنيا: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع و الخدمات، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب العدد الثالث، 2003، ص 90.

(3) وتسمى أيضا حركة حماية المستهلك: وهي حركة حديثة النشأة، تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية مهد هذه الحركة مع بروز مخاطر المجتمع الاستهلاكي في ظل أوج نمو للنظام الاقتصادي الرأسمالي. وقد تطورت الحركة عبر ثلاثة مراحل، المرحلة الأولى تمتد من العصور القديمة إلى أواخر القرن 19، وتتميز بعدم الوعي من جانب المستهلك بحقوقه في وقت ساد فيه الاهتمام بالإنتاج. بعد ذلك، تأتي المرحلة الثانية وهي مرحلة وعي جمهور المستهلكين، تبدأ من أواخر القرن 19 إلى الستينات، وتعتبر هذه المرحلة وتعتبر بداية ميلاد حركة حماية المستهلك حيث شهدت تكوين أول جمعية للمستهلكين في أمريكا وتتميز المرحلة كذلك بصدور أول قانون لحماية المستهلك سنة 1872. أما المرحلة الثالثة فتتمثل في مرحلة بلورة حقوق المستهلك وتمتد من بداية الستينات إلى يومنا الحاضر حيث عظم الاهتمام بمشاكل المستهلك بشكل كبير ومنه انتقلت الحركة من أمريكا=

ا – التعريف الفقهي للمستهلك: يعتبر مصطلح المستهلك حديث العهد بالنسبة للفكر القانوني، حيث كان هذا المصطلح مستعملا فقط من قبل علماء الاقتصاد. ويعني في هذا المجال الحلقة الأخيرة في المسلسل الاقتصادي، التي تأتي بعد الإنتاج والتوزيع قصد إشباع الحاجات [1].

ومع تبلور فكرة جماعة المستهلكين وازدياد الاهتمام بمصلحة المستهلك، والاهتمام بحمايته كضرورة قانونية تقتضيها الحاجة والمصلحة، ثار الفقه محاولا تحديد مفهومه القانوني؛ غير أنه انقسم عند تصديه لذلك إلى اتجاهين متباينين، أحدهما أخذ بالاتجاه الموسع، والآخر تبنى الاتجاه المقيد أو الضيق.

- يحاول الاتجاه الموسع ضم أكبر عدد ممكن من الأشخاص إلى مفهوم المستهلك حتى تشملهم الحماية المقررة له، ويعتمد هذا الاتجاه في سبيل ذلك على فكرة الاختصاص المهني؛ بمعنى يكون مستهلكا الشخص الذي لا يمارس عند تعاقده عبر الوسائط الإلكترونية اختصاصه المهني. أو من يتعاقد للحصول على الأموال أو الخدمات للاستعمال غير المهني[2].

ويعرف المستهلك أيضا وفق هذا الرأي:" كل شخص يطلب ويستعمل منتجات وخدمات لحاجاته الشخصية، حتى و لو كان مهني ".

وعلى ذلك فالمهني إذا ما تعاقد بغير صفته المهنية وخارج نطاق اختصاصاته عد مستهلكا، وبالتالي تشمله الحماية لأنه يعتبر كغيره من الأفراد، حيث يمثل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية.

على أن نفس الاتجاه اعتمد من جانب آخر، معيار الإسناد المباشر ليدخل المهني في طائفة المستهلكين.

وبذلك يعرف المستهلك بأنه:" كل من يبرم تصرفا قانونيا من أجل استخدام المنتج أو الخدمة في أغراضه الشخصية، أو في أغراضه المهنية "[3].

كما يعرف المستهلك بشكل أكثر شمولية كونه : " كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك " [4]

وبأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يتعاقد بقصد استهلاك مال أو استعمال خدمة " [5].

إذا وفقا لهذا الاتجاه، فلا ينصرف الاستهلاك إلى طائفة خاصة أو فئة معينة من الأشخاص في المجتمع، وإنما يتسع ليشمل كل أفراد المجتمع، بحيث من يقتني منتوجا أو خدمة يعتبر مستهلكا، يستوي في ذلك أن اتجهت نيته إلى استخدامه لأغراض شخصية أو مهنية.

= إلى كندا وأوروبا، د بودالي محمد: تطور حركة حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس، عدد خاص، أبريل 2005، ص 9–11.

(1) مباركة دنيا: مرجع سابق، ص 90 .

(2) د أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005، ص 63.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 24.

(4) مباركة دنيا: مرجع سابق، ص 91.

(5) نبيل محمد أحمد صبيح: حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، يونيو 2008، ص 174.

ويبرر أصحاب هذا الرأي توسعهم في الأخذ بمفهوم المستهلك، اعتمادا على معيار الاختصاص ليستفيد كل الأشخاص من الحماية. ذلك لأن الشخص عندما يتعاقد خارج حدود اختصاصه المهني، قد يتعرض لضغط وإساءة الطرف الآخر في العلاقة وهو الطرف القوي، نتيجة إذعانه للشروط التعسفية لقلة خبرته مثلا، مما يجعله في الموقف الضعيف.

من جانب آخر يعتمد تبرير اقتصادي للأخذ بالمفهوم الموسع للمستهلك وفق هذا المسلك، فأخذا باعتبارات النظام الاقتصادي وبهدف الموازنة بين مصالح الأفراد، فلا يمكن تصور قهر المستهلك وتحميله الضرر الذي يقع عليه وهو يتصرف خارج نطاق اختصاصه المهني، كأي فرد يقبل على إبرام عقد ما [1].

ومنه يتماثل العقد الذي يتم بين مستهلك (غير مهني) ومهني، مع العقد الذي يبرم بين مهني (يتعاقد خارج اختصاصه) ومهني آخر، في تقرير الحماية للطرف الضعيف.

غير أنه أخذ على هذا المعيار في تبني الاتجاه الموسع، أنه يضع ذات الشخص في موضعين، موضع المستهلك في حالات وموضع المهني في حالات أخرى، وهو ما يترتب عنه نتيجة شاذة، تتمثل في وصف الشخص بالنقيضين في ذات الوقت. كما أن أساس الحماية الواجبة في تقنين الاستهلاك تكمن في ضعف المركز القانوني للمستهلك، والذي هو غير المهني ولا يمكن اعتبار التخصص المهني أساس لهذه الحماية[2].

أما بالنسبة إلى الاعتماد على معيار الإسناد المباشر للتوسع في مفهوم المستهلك، فإنه يخدم المهني بدرجة كبيرة حيث يدخله في دائرة المستهلكين، فهو لا يحمي الطرف الضعيف في الرابطة، وإنما يحمي المهنيين عند تحقق إسناد مباشر بين العقد الذي يبرمونه والمهن التي يمارسونها.

● وبالنسبة للاتجاه الآخر السائد في الفقه والقضاء الذي تبنى المفهوم الضيق للمستهلك[3] يكون المستهلك:" كل من يقوم بالتصرفات القانونية اللازمة لإشباع حاجاته الشخصية وكذا العائلية" [4].

وبالتالي يستبعد هذا الاتجاه المهني من مفهوم المستهلك، حتى ولو تعامل خارج اختصاصه المهني، فيعرف المستهلك بغير المهني[5].

---

(1) د أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 64.

(2) المرجع السابق، ص 67.

(3) وفي نفس المعنى عرف المستهلك في إحدى النشرات الدورية الإدارية الفرنسية كالتالي: " من الملائم عندما يتعلق الأمر بالمنتوجات أن يقصد بالمستهلك ذلك الذي يستخدمها لإشباع حاجاته الخاصة، وحاجات من يعولهم من الأشخاص، وليس لإعادة بيعها أو تحويلها أو استخدامها في نطاق مهنته؛ أما في مجال تقديم الخدمات، فيتعلق الأمر بالمستفيدين منها في شكل أعمال على أموالهم المادية المملوكة لهم سلفا، مثل أعمال الصيانة أو الإصلاح أو الخدمات التي يكون الشخص نفسه مستفيدا منها "، مباركة دنيا: مرجع سابق، ص 91.

(4) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، الدار الجامعية، 2007، ص20.

(5) المهني (المحترف) هو الشخص الطبيعي أو المعنوي من القطاع الخاص أو العام، الذي يمارس باسمه أو لحساب الغير نشاطا يتمثل بتوزيع السلع أو بيعها أو تأجيرها أو تقديم الخدمات؛ كما يعتبر محترفاً أي شخص يقوم باستيراد السلعة بهدف بيعها أو تأجيرها أو توزيعها، وذلك في إطار ممارسته لنشاطه.

ويتميز تعريف المستهلك وفق هذا الاتجاه، بالبساطة والدقة وهو الأقرب إلى ذاتية المستهلك[1]، حيث لا يجب اعتبار المهني مستهلك. الأمر الذي يؤدي إلى انحسار القواعد الحمائية التي توفرها قواعد الاستهلاك [2].

ب – تعريف التشريعات للمستهلك: قامت التوجيهات الأوروبية بتعريف المستهلك في أكثر من موضع ففي التوجيه الأوروبي الصادر في 5 أبريل 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين عرف عقد الاستهلاك بأنه: العقد الذي يبرم ما بين التاجر والمستهلك، والتي يبرمها هذا الأخير بصفة عامة لأغراضه الشخصية وليست لأغراض تجارية أو مهنية.

وقد أوضحت محكمة العدل الأوروبية، أن فكرة المستهلك المنصوص عليها في المادة الثانية للتوجيه الأوروبي لسنة 1993 المتعلق بالشروط التعسفية في العقود المبرمة عن بعد، يجب تفسيرها على أنها تتعلق فقط بالأشخاص الطبيعيين [3].

وطبقا للتوجيه الأوروبي رقم 97/7 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد فإن تعبير المستهلك يعني:" كل شخص طبيعي يبرم عقدا، ويكون خاضعا لهذا التوجيه لتحقيق الأهداف التي لا تدخل في نطاق تجارته، أو أعماله التجارية، أو نشاطه المهني ".

وبالمقابل يعرف المورد الذي يتعامل مع المستهلك بالتعاقد عن بعد من خلال وسائل الاتصال عن بعد وتعبير المورد يعني :" أي شخص طبيعي أو معنوي يبرم عقدا، ويكون خاضعا لهذا التوجيه وهو يتعامل في إطار قدراته المهنية أو التجارية " [4].

فالتوجيه يحدد المستهلك بالشخص الطبيعي دون الشخص المعنوي الذي يتعاقد خارج مهنته، وبالتالي فالتوجيه قد ضيق من مفهوم المستهلك.

وعرف التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 والخاص بالتجارة الإلكترونية المستهلك:" بكل شخص طبيعي يبرم تصرفا يتعلق بأغراض لا تدخل في إطار نشاطه المهني".

وعليه يتضح أن التوجيهات الأوروبية قد أخذت بالمعنى الضيق للمستهلك، وقصرت مفهومه على الأشخاص الطبيعيين دون الأشخاص المعنوية [5].

وفي قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 لم يعرف المستهلك[6]، بل ترك أمر تعريفه للقوانين ذات الصلة.

---

(1) د أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 77.

(2) نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص 175.

(3) المرجع السابق، ص 176.

(4) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 267.

(5) وأخذت اتفاقية روما لسنة 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية بتعريف المستهلك في نص المادة 1/5 على أنه: " تنطبق هذه الاتفاقية على العقود الدولية المبرمة لغرض توريد قيم مادية منقولة أو خدمات إلى شخص مستهلك لاستخدام يعتبر غريبا عن نشاطه المهني " .

(6) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص22.

وبأحـــكام القضـــاء الفرنـــسي[1].

ووفقا للقانون المصري رقم 67 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك، تم تعريف المستهلك في المادة الأولى بأنه:" كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص ".

وبالنسبة للتشريع الجزائري وبموجب القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في نص المادة الثالثة المخصصة للتعريفات، تم تعريف المستهلك بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجانا، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجاته الشخصية أو حاجات شخص آخر أو حيوان متكفل به ".

ومنه يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، فالمهني لا يدخل في مفهوم المستهلك إذا كان يتعامل لأغراض مهنية، بل يدخل ضمن تعبير المســـتهلك فقط من يقتني السلع أو الخدمات لأغراض شخصية. ومن جهة أخرى يظهر من النص أن المشرع لم يقصر مفهوم المستهلك على الشخص الطبيعي بل يشمل المفهوم كذلك الشخص المعنوي[2].

وكما سبق التنويه إلى أن المستهلك الإلكتروني في نطاق التجارة الإلكترونية هو ذاته المستهلك في نطاق التجارة التقليدية، فيمكننا تعريفه بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني منتجات أو خدمات لأغراض شخصية عبر الانترنت أو باستعمال أي وسيط إلكتروني آخر ".

فاصطلاح المستهلك الإلكتروني هو اصطلاح مستحدث، لا يختلف في مفهومه عن المستهلك بصفة عامة إلا من حيث الأداة المستخدمة في التعاملات الإلكترونية[3]، لذلك في تعريف المستهلك الإلكتروني لا بد من الأخذ في عين الاعتبار الوسيلة الإلكترونية المستخدمة للتعاقد بين المهني وهذا المستهلك.

---

(1) من التطبيقات القضائية الفرنسية، نجد حكم محكمة النقض الفرنسية في 28 أبريل 1887 حيث تم اعتماد معيار الاختصاص المهني، وقضت أن المهني الذي يبرم تصرفا تجاريا يتعلق بتجارته ولكن خارج نطاق تخصصه، فإنه يتشابه مع المستهلك عديم الخبرة والتجربة. بعد صدور قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 والذي جاء خاليا من تعريف للمستهلك، لجأت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها في 21 فبراير 1995 إلى معيار الإسناد المباشر الذي يركز على الصلة أو العلاقة المباشرة بنشاط المهني، ويتبين من ذلك أن القضاء الفرنسي أخذ بالاتجاه الموسع لمفهوم المستهلك، د أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 57، 58 ونبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص 178، 179.

(2) لقد ورد تعريف المستهلك في العديد من القوانين العربية، مثل تعريف نص المادة الثانية من القانون اللبناني الخاص بحماية المستهلك رقم 13068 لسنة 2004: " هو الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يشتري خدمة أو سلعة أو يستأجرها أو يستعملها أو يستفيد منها و ذلك لأغراض غير مرتبطة مباشرة بنشاطه المهني "، كما نجد تعريفا آخر في القانون الاتحادي لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 24 لسنة 2006 في شأن حماية المستهلك في المادة الأولى :" كل من يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو بدون مقابل إشباعا لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين".
وعرفه قانون سلطنة عمان بأنه:" كل شخص طبيعي أو معنوي يشتري سلعة أو خدمة أو يستفيد من أي منهما "، د خالد ممدوح إبراهيم حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 25.

(3) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص 269.

ثانيا: مفهوم حماية المستهلك الإلكتروني

لا ينكر أحد دور الوسيط الإلكتروني الجديد، في خلق قلة الثقة من جانب المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، الذي ينشد الأمان وهو مضطر لتلبية حاجاته.

والحقيقة أن ما يطرحه التعاقد عبر الانترنت والوسائط الإلكترونية وشبكات الاتصال الأخرى ليست فقط حماية المتعاقد، وإنما حماية المستهلك في حال التعاقد بهذه الطريقة، والبحث عن نظام قانوني يحميه ويطبق عليه عند طلب هذه الحماية [1].

ا – المقصود بحماية المستهلك الإلكتروني: يقصد بحماية المستهلك الإلكتروني، حفظ حقوق المشتري في علاقته بالمهني أو التاجر عند اقتناء سلعة أو خدمة ما باستخدام الوسائط الإلكترونية.

فأمام موجة إلحاح الإعلانات التجارية والدعاية التي تؤثر وبشكل كبير على اختيار المستهلك، زادت معدلات الطلب على المنتجات والخدمات، خاصة مع تطور التـــقنية التجارية وإمكانية إبرام العقود عبر شبكات الانترنت.

وكان نتاجا لذلك أن تولدت الحاجة إلى ضمان حقوق هذا المتعاقد، وبالتالي ضرورة حماية المستهلك حتى يتمكن من تلبية حاجاته عن طريق هذا النمط الجديد للتعاقد، ووفقا لأفضل الشروط الممكنة، وطبعا ليس على حساب من يتعاقد معه (المهني) وإنما بشكل يضبط التوازن العقدي بينهما.

ويتمحور أساس هذه الحماية، في أن المستهلك هو الطرف الضعيف في العلاقة التي تجمعه بالمهني، ويبرر هذا الضعف في قلة خبرته القانونية التي تخول له التمعن في بنود العقد، مما يجعله رهين الشروط التعسفية الموضوعة مسبقا من طرف التاجر. ويزداد الأمر صعوبة في ظل انعدام شرط المعاينة للسلعة التي تمثل فرصة لممارسة الغش في حالة التعاقد عن بعد، فضلا عن الإعلان المضلل الذي يكاد يحاصر المستهلك في العقود الإلكترونية والذي يهدد رضاه في كل الأحوال.

وبالنظر للمخاطر التي تصاحب العمليات التجارية الإلكترونية، ولوقاية المستهلك الذي يسعى إليها تحت ضغط نزعته الاستهلاكية، وجب على القانون أن يتدخل لحمايته في ظل الطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني بما يرفع الضرر والخطر عنه [2].

ويعظم وجوب هذه الحماية كون المعاملات الإلكترونية تتميز بطابعها الدولي، مما يصعب على المستهلك في الكثير من الأحيان تتبع المنتج أو التاجر الأجنبي.

فالواقع يشير إلى أن نجاح التجارة الإلكترونية مرهون باستخدام المبادلات التجارية المصحوب بالثقة المؤكدة والبديهية إن صح التعبير من جانب المستهلك، والذي تضمنه الحماية القانونية المقررة له[3].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2006، ص 28.

(2) **Pierre BREES:** Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Op.cit, p 230.

(3) **Mohammed BEDHRI:** Op. cit, p 85.

ويتم تفعيل الحماية القانونية للمستهلك، باتخاذ إجراءات وقائية تؤدي إلى منع وقوعه ضحية التعاقد عبر الانترنت. ولعل أهم هذه الإجراءات إصدار قانون مستقل وخاص لحماية المستهلك [1]، سواء على المستوى الدولي أو المحلي.

ب – الطابع الدولي والمحلي لحماية المستهلك: قامت العديد من المعاهدات والاتفاقيات الدولية بحماية المستهلك، وإن كانت لا تتعلق مباشرة بذلك مثل اتفاقية روما في 19 يونيو 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، التي أولت الاهتمام بحماية المستهلك عند تحديد القانون الواجب التطبيق حيث نصت المادة الخامسة على أن حق الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، يجب أن لا يترتب عليه حرمان المستهلك من الحماية المقررة له وفق نصوص قانون بلد إقامته العادية. فالاتفاقية أقرت حماية المستهلك في العملية التعاقدية، لأنه بإعمال قانون الإرادة، قد يسمح للطرف الذي يتعامل معه باختيار قانون لا يضمن حماية المستهلك، أو يوفر له أقل مستوى من الحماية.

كما نجد نفس الحماية مؤكدة للمستهلك في اتفاقية لاهاي في 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على بيوع المستهلكين. واهتمت كذلك بحماية المستهلك اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية؛ واتفاقية لاهاي 1978 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة والتمثيل التجاري واتفاقية فيينا بشأن البيوع الدولية للبضائع 1980.

وعلى مستوى الاتحاد الأوروبي، فقد تم إصدار العديد من التوجيهات الأوروبية، والتي تصب في تأكيد الحماية القانونية للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد،كالتوجيه الأوروبي لسنة 2003 المتعلق بحماية المستهلك من الشروط التعسفية الممارسة من المهني الطرف القوي على المستهلك الطرف الضعيف في العلاقة.

وصدر أيضا التوجيه الأوروبي رقم 99/ 144 الصادر في 25 مايو 1999 بشأن حماية المستهلك في عمليات البيع وضمانات الأموال الاستهلاكية [2].

ويعد التوجيه الأوروبي رقم 97/ 7 الصادر في 20 مايو1997 الذي ينظم قواعد حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، أهم توجيه حيث قررت قواعده إلزام الدول الأعضاء بتفعيل أعلى حماية للمستهلك.

كما أوجب على المهني ضرورة إعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بالعقد بشكل كتابي، وأعطى للمستهلك حق الرجوع فيه، واهتم التوجيه بحماية المستهلك عند الوفاء ضد مخاطر الاستعمال غير المشروع لبطاقات الائتمان [3]. فالتوجيه يهدف إلى وضع قواعد محكمة تنظم مصالح المستهلكين في التعاقد عن بعد.

كما صدر التوجيه الأوروبي في 12 يوليو 2002 المتعلق بحماية الحياة الخاصة والاتصالات الإلكـــترونية

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص35.

(2) **Christiane FÉRAL-SCHUHL:** Cyber droit, le droit a l'épreuve de l'Internet, Dalloz, Paris, 2001 p 148.

(3) نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص 169.

يهتم بالمعطيات الشخصية للمستهلك وحماية حياته الخاصة في مجال الاتصالات الإلكترونية[1].

ومن جهة أخرى بادرت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية ***(OECD)*** إلى عمل توجيهات وإرشادات تتعلق بالخطوط العريضة لحماية المستهلك الإلكتروني، من خلال الهيكل العام للتجارة الإلكترونية. ومن بين هذه التوجيهات، التأكيد على ضرورة حماية المستهلك عي عقود التجارة الإلكترونية، وذلك بإلزام المهني بإعلام المستهلك وتقديمه معلومات شاملة عن العرض وتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة ومنح المستهلك حق العدول عن التعاقد، كما أوصت المنظمة بضرورة التعاون الدولي بين مختلف المنظمات الدولية الناشطة في مجال حماية المستهلك [2].

أما فيما يتعلق بحماية المستهلك في القوانين الوطنية، فقد عمدت الكثير من التشريعات الوضعية إلى إصدار قوانين خاصة بحماية المستهلك.

ويستوقفنا من بين التشريعات العربية قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 الذي خصص بعض النصوص لحماية المستهلك الإلكتروني في المبادلات التجارية الإلكترونية. حيث أوجب نص المادة 25 من القانون أن يوفر البائع للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة وقبل إبرام العقد معلومات وبيانات تحدد شخصية التاجر، ووصف كامل لمختلف مراحل المعاملة، ومعلومات خاصة بالسلعة أو الخدمة محل التعامل، وطريقة الدفع الإلكتروني، وكيفية التسليم، كما منح للمستهلك الحق في العدول عن الشراء وفسخ العقد، على أن يتم توفير المعلومات إلكترونيا في مختلف مراحل المعاملة الإلكترونية. كما وفر للمستهلك بموجب نصوص القانون حماية في حالة استعماله لوسائل الدفع الإلكترونية [3].

وبالنسبة للتشريع الجزائري، وإن كان المشرع لم ينظم بقانون خاص حماية المستهلك الإلكتروني، إلى أنه أفرد قانون يتعلق بحماية المستهلك بوجه عام بموجب القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، والذي يهدف إلى تحديد القواعد المطبقة في مجال حماية المستهلك وقمع الغش ومن أهم الحقوق التي يتضمنها القانون:

- حق المستهلك في سلامته من المخاطر التي تضر صحته.
- حق المستهلك في توفر منتوج مطابق لرغباته المشروعة.
- الحق في الضمان و خدمة ما بعد البيع.
- الحق في إعلام المستهلك بكل المعلومات الخاصة بالمنتوج .
- حق جمعيات حماية المستهلك في التقاضي .

(1) نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق،، ص 169.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 40، 41 .

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص 32، 31.

الفرع الثاني: إشكالات عقود الاستهلاك الإلكترونية

انتهينا إلى أن الشخص يكون مستهلكا مهما كانت وسيلة التعاقد المستخدمة، فيستوي أن يكون التعاقد بالوسائل التقليدية المعروفة أو من خلال الوسائط الإلكترونية، ففي كلتا الحالتين يستحق المستهلك الحماية المقررة قانونا [1].

غير أن ذاتية العقد ــ الذي يبرمه المستهلك الإلكتروني ــ والتي تفرضها تقنية إبرامه تطرح عدة إشكالات تستوجب إحاطة هذا المستهلك بحماية خاصة. وللإلمام بمقتضيات هذه الحماية نتعرض للإشكالات المطروحة في المرحلة السابقة على التعاقد (أولا)، والإشكالات المطروحة عند إبرام العقد (ثانيا).

أولا: الإشكالات المطروحة في المرحلة السابقة على التعاقد

عادة ما تكون الأعمال التجارية الإلكترونية مسبوقة بشكل من أشكال الدعاية والإعلان الإلكتروني[2].

ولأن الإعلانات التجارية الإلكترونية أقل تكلفة وأكثر سهولة من الإعلانات التجارية التقليدية، فإنها تشكل مصدر خطورة حقيقية على توجيه إرادة المستهلك[3]. سواء عن طريق التضليل الإعلاني للحث على التعاقد، أو بواسطة البريد الدعائي التجاري غير المرغوب فيه.

ا – تأثير الإعلان التجاري الإلكتروني على اختيار المستهلك: يعرف الإعلان التجاري بأنه:" إعلام أو إخبار بقصد تعريف المستهلك بسلعة أو خدمة معينة، وذلك بإبراز مزاياها وامتداح آثارها بهدف إقبال الجمهور على هذه السلعة أو الخدمة" [4].

كما يعرفه جانب من الفقه بإعطائه معنى واسع بأنه:" كل وسيلة تهدف إلى التأثير نفسيا على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية " [5].

يتضح أن هذا التعريف الموسع للإعلان التجاري، والذي يدخل ضمن مفهوم الاتصالات التجارية[6] وجد ليحوي جميع أشكال الإعلانات التجارية بما فيها الإعلانات الإلكترونية، فلا اختلاف بينها إلا من حيث الوسيلة المستخدمة كون الإعلان الإلكتروني يتم من خلال وسائط إلكترونية كشبكة الانترنت.

والإعلان له عنصران مادي ومعنوي، يتمثل الركن المادي في استعمال أداة من أدوات التعبير مهما كان

(1) د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 78.

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص206.

(3) د أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 151.

(4) د محمد المرسي زهرة: مرجع سابق، ص 159.

(5) د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 197.

(6) La Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, reprend la notion de « communication commerciale » qu'elle définit comme« toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services, ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou de profession libérale une activité commerciale, industrielle ou de profession libérale » art. 2-f.

شكلها. أما الركن المعنوي فيتمثل في تحقيق الربح والكسب باعتبار أن الإعلان تجاري، ويهدف الإعلان التجاري بصفة عامة إلى استمالة الجمهور للإقبال على التعاقد على السلعة أو الخدمة بهدف تحقيق الربح [1].

وكما يخدم الإعلان المنتج فإنه يفيد كذلك المستهلك، فبالنسبة لهذا الأخير يساهم الإعلان في معرفة المنتجات والخدمات بشكل دقيق وشامل والتمييز بين أنواعها؛ مما يتيح إليه إمكانية الاختيار بين جميع السلع والخدمات المنافسة والمعروضة على مختلف المواقع التجارية الإلكترونية عبر شبكة الانترنت.

فللإعلان التجاري الإلكتروني أهميته بالنسبة للمستهلك، كونه وسيلة للتعريف بالمنتجات والخدمات، وهو في نفس الوقت مظهر من مظاهر المنافسة المشروعة، حيث أصبح لا غنى عنه في ظل التسهيلات التي قدمتها ولازالت التقنية الحديثة.

غير أن الإعلان التجاري وإن كان مشروع وضروري للمنتج في سبيل تسويق منتجاته، إلا أنه لا بد أن لا يتمادى إلى حد التضليل وخداع المستهلك وإيقاعه في الخطأ. الأمر الذي يدفعه للتعاقد تحت ضغط وتأثير هذا الإعلان أو الدعاية [2].

فالتفنن ــ إن صح التعبير ــ في وسائل وكيفيات الإعلان التجاري، الذي وفرته البيئة الإلكترونية وفضاء الانترنت أصبح يمارس جميع أنواع التأثير على رضا المستهلك، ودفعه إلى الإقدام على شراء السلع والاستفادة من الخدمات دون أن يكون بحاجة فعلية إليها.

والحقيقة أن الخطورة لا تطرح إذا تضمن الإعلان التجاري الإلكتروني نوعا من المبالغة، فهو أمر مقبول ما لم تنحرف إلى حد الكذب والتضليل والخداع، بما يوفر انطباعا مغايرا للحقيقة بشكل تام لو علمه المستهلك لعزف عن التعاقد.

فالإعلان بهذا الشكل يحث المستهلك على التعاقد، ويحرمه من حق عدم التعاقد تحت ضغط الكم الهائل من الإعلانات التجارية الإلكترونية، التي تهاجم الإرادة الحرة جوهر وأساس التعاقد؛ لأن المستهلك يخطو نحو الشراء بناء على المعلومات المقدمة من البائع في صورة إعلان تجاري.

فإذا كان غير صادق فيبقى بشكل مؤكد هو الدافع وراء الاستهلاك، فحيث الإلحاح المستمر للإعلان لا اختيار أمام المستهلك.

---

(1) يعتبر الإعلان الإلكتروني عقد مبرم ما بين المعلن ووكالة الإعلان، من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت، وهو من العقود الرضائية ينعقد كسائر العقود بتطابق إرادتي المعلن ووكالة الإعلان، د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 112.

(2) يقترب مفهوم الإعلان مع كل من مفهوم الإعلام والدعاية. فتختلف الدعاية عن الإعلان بأنها وجه من وجوه ممارسة نشر الأفكار والآراء الخاصة بأفكار معينة ومحاولة تجميع مؤيدي هذه الأفكار، كالدعاية لنشاط جمعية من الجمعيات المناصرة لحماية البيئة أو الحيوان وهدف الدعاية غير مادي، فهي لا تسعى إلى تحقيق الربح من وراء الأنشطة الممارسة.

أما الفرق ما بين الإعلان والإعلام، يتجلى في كون الإعلام هو نشر حقائق والمعلومات والأخبار بين الجمهور بقصد نشر الثقافة وتنمية الوعي والارتقاء بالمدارك، فهو لا يهدف إلى ترويج المنتجات والخدمات، بخلاف الإعلان الذي يهدف بصفة أساسية إلى ترويج السلع والخدمات بهدف تحقيق الربح، د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 195 ، 196.

فالإعلان الإلكتروني سواء تم عن طريق صفحات الويب أو البريد الإلكتروني أو مختلف فضاءات التعبير الإعلاني الأخرى [1]، يستوي أن يكون فيه التضليل ايجابيا أو سلبيا. ويكون ايجابيا إذا تضمن الإعلان مواصفات خادعة مغايرة للحقيقة، ويكون سلبيا بطريق الترك، كعدم ذكر البيانات الجوهرية مما يؤدي إلى خداع المستهلك ومنحه صورة مغايرة تماما للحقيقة [2].

والإعلان التجاري الذي يؤثر على اختيار المستهلك، قد يكون كاذبا وقد يكون مضللا والفرق بينهما:

الكذب هو تغيير وتزييف للحقيقة بخلاف ما هي عليه في الواقع، وحتى لا يكون المعلن مسئولا يلتزم بعدم الكذب وإن كان لا يطلب منه قول الحقيقة كاملة، بل يكفي أن يصدق في ذكره للمواصفات والمعلومات المعلن عنها[3]. فالإعلان يجب أن يكون صادقا في مضمونه، فالمستهلك بالطبع لا ينتظر حقيقة مطلقة ولكنه لا يتوقع أيضا معلومات مضرة مخالفة للحقيقة.

أما الإعلان المضلل هو الذي يكون من شأنه خداع المستهلك، فهو لا يتضمن معلومات كاذبة ولكنه يصاغ في عبارات أو صور تؤدي إلى خداع المتلقي وأخذ انطباع غير حقيقي عن الشيء المعلن عنه، يدفعه نحو الاستهلاك. وبهذا فالإعلان التجاري المضلل يقع في منطقة ما بين الإعلان الصادق والإعلان الكاذب [4].

وتكون العبرة في تقدير أو اعتبار الإعلان التجاري مضللا بمعيار المستهلك العادي، أي أثر هذا الإعلان وقدرته على تضليل الشخص العادي في الظروف العادية.

والواقع أن تأثير الإعلان الإلكتروني على اختيار المستهلك، ناتج بشكل غير مباشر من تأثير التقنية أو البيئة الإلكترونية على محتوى الإعلان نفسه.

فالحاسب الإلكتروني يلعب دورا كبيرا في تفعيل العنصر الخادع السمعي أو البصري أو الاثنين معا فالصورة التقديرية الافتراضية التي تظهر بها الإعلانات التجارية عبر الانترنت، ليست هي في الحقيقة بل تظهر كذلك بشكل منقوص من حيث الجوهر. زد على ذلك إمكانية التعديل والتغيير للصور والأصوات التناظرية والتي تؤثر على فعالية الإعلان الذي يترصد المستهلك لتضليله [5].

وبذلك تساهم التقنية الحديثة في تطوير صور وأساليب الإعلان الإلكتروني، الأمر الذي يترتب عليه أن يساهم التصميم الممتاز للإعلانات التجارية التفاعلية في جذب المستهلك والإلحاح عليه بكافة المؤثرات حتى يجد نفسه مشاركا في عقد ما بسبب الخداع الإعلاني.

---

(1) **Thibaut VERBIEST**: La protection juridique du cyber-consommateur Litec, 2002, p10.

(2) د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص161.

(3) المرجع السابق، ص 160.

(4) د أبو العلا علي أبو العلا النمر: مرجع سابق، ص 209.

(5) د أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 157، 158.

فأمام أوضاع مماثلة وفي ظل إشكالات الاستهلاك الإلكتروني، يجد المستهلك نفسه محاصرا بكم هائل من الإعلانات عبر شبكة الانترنت، التي ترصده للتأثير على حريته في الإقبال على التعاقد من عدمه.

فالإنترنت أهدى وسطا جديدا لفرض وجود قوي للإعلان بشكله الإلكتروني الحديث. الأمر الذي يبرر من جانب آخر فرض حماية خاصة للمستهلك الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية.

ب – البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه كأحد تطبيقات الإعلان التجاري الإلكتروني: البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه أو البريد المزعج[1]:" هو إرسال رسائل إلكترونية تجارية بهدف تسويق المنتجات والخدمات إلى عناوين البريد الإلكتروني للمستهلكين".

ويعد من الممارسات الجائرة التي تمس بحماية البيانات الخاصة للمستهلك؛ لأنه يجعل البريد الإلكتروني الخاص به غير صالح للاستعمال بسبب الآلاف من الرسائل التجارية المستقبلة. مما يؤدي في الكثير من الأحيان إلى تغيير العنوان الإلكتروني البريدي [2].

والبريد الإلكتروني غير المرغوب به، ليس سوى شكل من أشكال البريد المباشر، إلا أن الكم الهائل منه يؤدي إلى تشبع خادم الإيميل، فيستحيل في هذه الحالة الاستمرار في استخدام البريد الإلكتروني. فهو يعطي نفس نتائج فيروسات المعلوماتية من حيث الأضرار الناجمة.

ويعتبر المستهلك الإلكتروني ضحية هذا النظام، فينفق الكثير من الوقت في فتح الرسائل غير المرغوب فيها والتحقق من محتواها ثم مسحها وإزالتها، ويتحمل في نفس الوقت مصاريف استلام هذه الرسائل والبقاء في خدمة الانترنت.

ومن جهة أخرى يهدد هذا النظام خطر التعدي على البيانات الشخصية للمستهلك. فعند إبرام عقد التجارة الإلكتروني يتوجب على المتعاقد التصريح ببياناته الشخصية اللازمة خاصة لتنفيذ العقد، وقد يقوم في المقابل التاجر متلقي البيانات بتحويلها إلى تاجر آخر، الذي قد يستغل عناوين البريد الإلكتروني للمستهلكين في حملاته الإعلانية البسيطة والغير مكلفة مقارنة بالتجارة التقليدية لجذب العملاء والتسويق التجاري، بإرساله العديد من الرسائل الإلكترونية كأسلوب للدعاية.

والواقع أن هذا الوضع ينعكس سلبا على صورة التجارة الإلكترونية، فإضافة إلى الأضرار التي تلحق بالمستهلك من خلال البريد الالكتروني غير المرغوب فيه، فقد يصل الأمر إلى تكبد المورد خسائر أكثر أهمية من الإعلان التجاري؛ لأن إغراق الرسائل الإلكترونية يؤدي إلى ازدحام الشبكة وبالتالي فقدان الزبائن.

الأمر الذي جعل بعض مقدمي خدمات الانترنت يدرجون في عقودهم حضر البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه، وإلا تم فسخ العقد المبرم.

---

(1) يطلق عليه بالأجنبية عدة مصطلحات القاسم المشترك بينها أنها تدخل في مفهوم الإساءة والإزعاج: **pourriel, marketing viral pollupostage, Multipostage, spamming.**

(2) **Christian CONGIU:** Op. cit, p 40.

وقد وجدت حلول تشريعية لمكافحة الرسائل الإلكترونية غير المرغوب فيها، اعتمدت على نظامين:

- نظام الـــ « ***opt- in*** » وهو اتجاه يقوم على حضر ومنع إرسال البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه إلا بالموافقة المسبقة على استلامه، وهو اتجاه يميل نحو حماية المستهلك.
- نظام الـــ « ***opt- out*** » ويقوم على مبدأ حرية البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه، وهذا الاتجاه يميل نحو حماية التجارة وليس المستهلك [1].

غير أن نظام الـــ « ***opt- out*** » كان محل نقد، إذ يلقي على عاتق المستهلك الذي يعترض على استقبال الرسائل الإلكترونية غير المرغوب فيها، التزام التسجيل في سجل خاص لهذا الغرض، وبهذا يحمل النظام المستهلك وهو الطرف الضعيف التزامات أو أعباء إضافية. ومن جهة أخرى ومن الناحية العملية بالنسبة للمعلن قد لا يمكنه الاطلاع على كل سجلات المعارضة لأن السجلات ليست مخصصة نوعيا ولا إقليميا.

ورغم سلبيات النظام والانتقادات الموجهة إليه، إلا أن التوجيه الأوروبي رقم 7/97 في 20 مايو 1997 الخاص بحماية المستهلكين عن بعد[2]، في نص المادة العاشرة منه اعتمد نظام الـــ« ***opt- out*** » بالنسبة للبريد الإلكتروني لكن ليس بالنسبة للأنظمة الآلية، غير أنه في المقابل تضمن اشتراط يخص الدول الأعضاء بسن قوانين أو تنظيمات حمائية للمستهلكين [3].

أما التوجيه الأوروبي رقم 97 /66 الصادر في 15 ديسمبر 1997 والمتعلق بمعالجة البيانات الشخصية وحماية الحياة الخاصة في قطاع الاتصالات، أعطى للدول الأعضاء حق الاختيار ما بين نظـــام « ***opt- in*** » ونـــظام « ***opt- out*** » [4].

وبالنسبة للتوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جوان 2000 ويتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في السوق الداخلي، والذي يشار إليه بتوجيه التجارة الإلكترونية، فإنه لم يفرض على الدول الأعضاء اعتماد النظامين، بل فرض على الدول التي تسمح بحرية البريد الإلكتروني غير المرغوب فيه التزامات تتعلق مثلا بالمراجعة الدورية والمنتظمة للسجلات المعارضة الخاصة بالـــ« ***opt- out*** ». وبالتالي فالتوجيه الأوروبي سمح للدول الأعضاء الاختيار ما بين النظامين [5].

وهو نفس ما أخذ به التوجيه الأوروبي رقم 2002/ 65 الصادر في 23 سبتمبر 2002 المتعلق بتسويق

---

(1) نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص 200.

(2) Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, 4 juin 1997.

(3) **Rosa JULIA-BARCELO, Etienne MONTERO, Anne SALAUN :** Op.cit, p 12.

(4) Directive 97/66/ CE du parlement européen et du conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données a caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, J. O.C.E 30 janvier 1998, p 24.

(5) Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000.

الخدمـــات المالـــية للمســـتهلكين عن بعد[1].

لكن التشريع الأوروبي في الأخير تفادى النقد وسلبيات نظام **« opt- out»**، وفرض على الدول الأعضاء نظام **«opt- in»** في التوجيه الأوروبي رقم 58/2002 الصادر في 12 جويلية والمتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية وحماية الحياة الخاصة في قطاع الاتصالات[2]، وذلك بهدف حماية المستهلك فلا يمكن إرسال رسائل إلكترونية دعائية إلا بعد موافقة المستقبل.

وقد تأثر المشرع الفرنسي بهذا الخصوص بما جاء في التوجيهات الأوروبية، وخاصة التوجيه الأوروبي رقم 58/2002 والمتعلق بمعالجة المعطيات الشخصية وحماية الحياة الخاصة في قطاع الاتصالات. وعالج المسألة من خلال نص المادة 22 من القانون الفرنسي رقم 2004-575 في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي[3]، والتي منعت إرسال الرسائل الإلكترونية الخاصة بالإعـــلانات التجارية، دون الرضا المسبق للأشخاص المعنيون[4].

نخلص مما سبق، أنه إذا كان الإعلان حق مشروع وجزء مرتبط بالعملية التعاقدية يمكن ممارسته بجميع الأشكال، فلا بد أن لا يمس في جميع الحالات بحق المستهلك في الخصوصية الذي يعد من الحقوق الأساسية. ولعل استقبال المستهلك للملايين من الرسائل الإلكترونية التجارية، المتعلقة بأغراض الدعاية الترويجية المباشرة دون رغبة منه عبر بريده الإلكتروني يشكل نوعا ما انتهاك للمعطيات الخاصة. وبالتالي تعطينا هذه الحالة مبررا آخر يوجب وبشدة حماية المستهلك في ظل إشكالات الاستهلاك الإلكتروني السابقة على التعاقد.

ثانيا: الإشكالات المطروحة عند إبرام العقد الإلكتروني

عقد الاستهلاك: "هو عقد بين طرفين، يتلقى بموجبه الطرف الأول"المستهلك" منتوجا أو خدمة من الطرف الثاني " المهني " بمقابل نقدي".

ويتميز عقد الاستهلاك بشكل عام بمبدأ انعدام التوازن العقدي بين طرفيه المستهلك والمهني، ويتجلى هذا المبدأ بشكل خاص إذا أبرم العقد بوسائل إلكترونية، حيث لا يكون الحضور ماديا بين الطرفين.

وإن كان الحضور الافتراضي يضفي التفاعلية بين المتعاقدين، إلا أن البعد المكاني يظل واقعا يثير العديد من الإشكالات، لأن الغالب عملا أن المســـتهلك لا يتعامل مباشرة مع التاجر فالظروف التي تحيط بالتعاقد كعدم

(1) Directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, JOCE n° L 271/16, 9 oct. 2002.
(2) Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE n°L 201/37, 31 juill. 2002
(3) La loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J O N°134du 22 juin 2004, p11168.
(4) L'article 22 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique : « l'utilisation d'adresses de courriers électronique dans les opération de prospection commerciale est subordonnée au recueil du consentement préalable des personne concernées ».

اتخاذ المفاوضات الشكل المألوف تجعل إرادة المستهلك تأتي متسرعة، الأمر الذي لا يستبعد خلوها من العيوب.

من جهة أخرى واقع الوسيط الإلكتروني لا يمكّن المستهلك من فرصة المساومة. فالعروض التجارية عبر المواقع الإلكترونية موجهة للكافة بشروط محددة مسبقا ليست محل مناقشة؛ الأمر الذي يجعل المستهلك طرفا مذعنا إذا ما قبل التعاقد.

ا – تعيب إرادة المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية: أدى الضغط الإعلاني التجاري الإلكتروني المستمر إلى تشويه رضا المستهلك. فتحت تأثير مختلف وسائل الدعاية والترويج فلا تدبير ولا تأمل فتخرج الإرادة متسرعة، مما قد يجعلها معيبة بأحد عيوب الرضا التقليدية.

ففي مجال المعاملات الإلكترونية حيث أساليب التعاقد عن بعد التي تبرم بين طرفين غائبين، فمن المتصور جدا أن يقع المستهلك في الغلط.

والغلط كعيب من عيوب الإرادة وفق القواعد التقليدية يشترط فيه أن يكون جوهريا، ويكون كذلك إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث لو علم به المتعاقد عند إبرام العـــقد لما تعاقد، وبالأخـــص إذا وقع في صفة الشيء أو ذات المتعاقد أو صفة من صفاته [1].

ومن تطبيقاته في مجال العقود الإلكترونية، أن يتعاقد المستهلك عبر أحد المواقع ويتضح فيما بعد أنه ليس الموقع صاحب العلامة التجارية العالمية المميزة والمقصودة بل مجرد تشابه في الأسماء. ومن تطبيقاته أيضا والأكثر شيوعا الغلط في شخصية المتعاقد في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي. كما أن صورة المنتج المعروضة عبر المواقع قد توقع المستهلك في غلط يخص محل العقد المبرم عن بعد.

وتعتبر صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة عنصرا جوهريا في المعاملات الإلكترونية حتى يدعي المتعاقد وقوعه في الغلط، ومنه يستفيد حسب النظرية العامة للعقود من إمكانية التصدي بالإبطال.

والملاحظ هو صعوبة قبول الغلط إذا كان المستهلك متخصصا، أو كانت البيانات كافية لتجنب الوقوع فيه والصعوبة تعظم عند عدم إمكانية إثباته [2].

أما العيب الثاني الذي قد يقع فيه المستهلك يتمثل في التدليس، ويعرف بأنه:" استعمال طرق احتيالية من أحد الأطراف تدفع الطرف الآخر إلى التعاقد"، وهو نوعان:

ايجابي يتمثل في استعمال وسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه للتعاقد، وتدليس سلبي وهو السكوت عمدا عن ذكر واقعة أو ملابسة لو علمها المدلس عليه لما أبرم العقد.

والتدليس من الممارسات الواضـــحة في مجال عقود التـــجارة الإلكترونية، حيث توفر البيئة الإلكـــترونية

(1) المواد: 82، 81، من القانون المدني الجزائري.

(2) أمين أعزان: الحماية القانونية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية، القاهرة، 2003، ص 54.

والوسط الملائم لاستخدام الطرق الاحتيالية التي تدفع المستهلك للتعاقد. ومن تطبيقاته الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت الغير مطابقة للواقع، والتي تضلل المتعاقد وتؤثر في إرادته بما يدفعه للتعاقد.

وبخصوص الغبن كعيب مؤثر في إرادة المستهلك، يكون متى تفاوتت التزاماته بكثير مقارنة بما يحصل عليه من فائدة نتيجة استغلال الطرف الآخر لما غلب عليه من طيش أو هوى، فيستبعد تصور وقوعه عند التعاقد الإلكتروني، لأن هذا التعاقد يتم عن بعد دون التواجد المادي لطرفيه.

ونفس الشيء بالنسبة لعيب الإكراه، عندما يتعاقد الشخص تحت سلطان رهبة بينة يبعثها في نفسه المتعاقد الآخر وإن كان من الممكن حدوثه في حالات التبعية الاقتصادية، أين يحتكر المنتج السوق فيضطر المستهلك إلى قبول شروطه المجحفة حيث لا بديل أمامه سواها [1].

ورغم أن الحق في إبطال العقد لعيب شاب إرادة المتعاقد يعد مظهرا من مظاهر حماية المستهلك التي حددتها النظرية العامة للالتزامات، إلا أنه لا يوفر سوى حماية ضعيفة أو جزئية له في ظل التعقيدات المستحدثة للعقود الناجمة عن البيئة التي تبرم من خلالها .

ومنه فإن استناد المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية التي تبرم عن بعد إلى نظرية عيوب الإرادة لإبطال العقد في هذا النطاق إذا شاب إرادته عيب، يواجهه وفقا للقواعد التقليدية الحاجة لإثبات شروط وقوعه في هذا العيب سواء تمثل هذا العيب في الغلط أو التدليس أو الإكراه. مما يبرر بشكل جديد الحاجة إلى حماية خاصة وحقيقية تماشيا مع الطبيعة الخاصة لهذا العقد، يتحرر بموجبها المستهلك من العقد الإلكتروني الذي أبرمه دون أن يتحمل عبء الإثبات [2].

ب – خضوع المستهلك للشروط التعسفية في عقود الاستهلاك الإلكترونية: يؤدي الشرط التعسفي إلى الإخلال بالتوازن العقدي، وذلك بحرمان أحد المتعاقدين من أحد حقوقه بشكل كلي أو جزئي أو منح أحدهما ميزة مبالغ فيها [3].

وقد عرف نص المادة الثالثة من التوجيه الأوروبي 95 / 56 الخاص بالشروط التعسفية بأنها:" هي التي بالمخالفة لمبدأ حسن النية تخلق وفي غير مصلحة المستهلك، عدم توازن واضح بين حقوق والتزامات الأطراف المترتبة عن العقد ".

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص147.

(2) والملاحظ أن المشرع التونسي اهتم بالمستهلك إذا وجد في حالات مماثلة، ضمن نص المادة 50 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الصادر في 9 أوت 2000 بمعاقبة كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني، بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بغرامة؛ وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام، أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط. فالمشـــرع التونسي حاول حماية المستهلك جنائيا من جميع أشكال التأثير على إرادته والتي تدفعه للتعاقد.

(3) مساعد زيد عبد الله المطيري: الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس القاهرة 2007، ص 347 .

وذات المفهوم ورد في القانون الفرنسي الصادر في 1 فبراير 1995 بشأن حماية المستهلك في مواجهة الشروط التعسفية:" في العقود المبرمة بين المهنيين والمستهلكين تعتبر شروطا تعسفية الشروط التي من شأنها أن تنشئ ضد مصلحة غير المهني أو المستهلك تفاوتا ظاهرا بين حقوق والتزامات طرفي العقد" [1].

كما عرف المشرع الجزائري في القانون 04ـ 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ضمن نص المادة الثالثة الفقرة الخامسة الشرط التعسفي بأنه:" كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حـــقوق وواجبـــات أطراف العقد " [2] .

وعرفه الفقه بأنه:" الشرط الذي يترتب عليه الإخلال بالتوازن العقدي ضد مصلحة المستهلك أو المتعاقد مع المهني بصفة عامة، لعدم خبرته ودرايته بالأشياء محل التعاقد أو لوجوده في مركز عدم المساواة الفنية أو القانونية أو الاقتصادية في مواجهة الطرف الآخر، سواء كان الشرط يتعلق بالثمن أوكيفية دفعه أو يتعلق بماهية التعاقد أو يتعلق بتسليم السلعة أو المنتج أو ظروف تنفيذ العقد أو يتعلق بالمسؤولية والضمان" [3].

ولعل المجال الخصب للشروط التعسفية يظهر في عقود الإذعان، وهي العقود التي يقتصر القبول فيها على مجرد التسليم ودون مناقشة للشروط التي يستقل الموجب بوضعها [4]، بأن يقوم أحد الأطراف بوضع بنود العقد ولا يملك الطرف الآخر المناقشة أو التفاوض بشأنها، بل يكتفي بقبول البنود أو الشروط كما هي.

ونجد تطبيقات لعقود الإذعان في جميع المجالات، وإن كانت تزيد في الوقت الحالي في عقود الاستهلاك.

وحيث تبرم في بيئة إلكـــترونية يثور التـــساؤل حول مدى توافر الإذعان في عقود الاستهلاك في مجال التجارة الإلكترونية ؟

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص194.

(2) وفي نفس القانون عددت المادة 29 من الفصل الخامس المخصص للممارسات التعاقدية التعسفية بعض الأمثلة على البنود التعسفية وقد جاء نصها كما يلي : " تعتبر بنودا و شروطا تعسفية في العقود بين المستهلك و البائع لا سيما الشروط و البنود التي تمنح هذا الأخير:

1 ــ حقوق و / أو امتيازات لا تقابلها حقوق و / أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك .

2 ــ فرض التزامات فورية و نهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3 ــ امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك.

4 ــ التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البث في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية.

5 ــ إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6 ــ رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7 ــ التفرد بتغيير آجال تسليم منتوج أو آجال تقديم خدمة .

8 ــ تمديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة ".

(3) مساعد زيد عبد الله المطيري: مرجع سابق، ص 347.

(4) وهو ما جاء في نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري: " يحصل القبول في عقود الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها ".

اختلف الفقه حول تحديد طبيعة عقود التجارة الإلكترونية بوصفها عقود مساومة أو عقود إذعان، فلا يمكن تحديد طبيعة العقد بصورة مطلقة. حيث أن الطرق المستخدمة في إبرام العقد، هي التي من شأنها تحديد مدى توافر الإذعان في العقد من عدمه.

فإذا أبرم العقد بواسطة البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة، فللمستهلك مناقشة شروط العقد والتفاوض حول العرض المطروح إلى أن يصل إلى تحديد الشروط التي تناسبه؛ ومن ثم فيستبعد العقد المبرم في هذه الحالة عن عقود الإذعان لتوافر المساومة بين الطرفين.

أما إذا أبرم العقد عبر مواقع الويب التجارية، التي تستخدم في الغالب عقودا نموذجية تحدد فيها البنود بشكل مسبق، بحيث لا يكون للمستهلك مناقشة شروط أو بنود العقد، ولا يخول له سوى قبولها إذا ما أراد أن يتم العقد، ففي هذا الفرض يكون العقد الإلكتروني المبرم عقد إذعان.

وبالتالي يحتمل إبرام المستهلك في ظل التجارة الإلكترونية لعقد الإذعان، وذلك في العقود المطروحة في المواقع الإلكترونية حيث لا يتوافر التواصل المباشر ما بين المهني والمستهلك؛ وافتقار فرصة المساومة من أصلها فيرضخ المستهلك للبنود المحددة مسبقا وبشكل جامد، دون إمكانية تعديلها مما يجعل العقد غير متوازن بتضمنه لبنود لصالح المهني على حساب المستهلك [1].

ومن ثم فيعتبر من قبيل التعسف الشروط التي يتضمنها عقد الاستهلاك، والتي تخلق اختلالا عقديا لمصلحة المهني ضد مصلحة المستهلك، بغض النظر عن وسيلة إبرام هذا العقد، الذي يعكس وجود هوة حقيقية بين إرادة الطرف القوي وإرادة الطرف الضعيف[2]. الأمر الذي يوجب حماية المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية كما المستهلك في عقود الاستهلاك التي تبرم بالطرق المألوفة.

نخلص إلى أن خصوصية وسيلة إبرام العقود هي التي تميز المستهلك في نطاق التعاملات التجارية الإلكترونية عن المستهلك في نطاق التجارة التقليدية. وذات الخصوصية هي منبع الإشكالات التي تثيرها عقود الاستهلاك الإلكترونية، والتي تشكل في نفس الوقت سماتها الذاتية سواء من حيث أسلوب الإعلان الذي أصبح يتم من خلال وسائط إلكترونية ليبقى هو الدافع وراء الاستهلاك، أو من حيث التفاوض الذي قد ينعدم في البعض منها مما يجعلها عقود إذعان. أما وإن وجد فلا يستبعد خلو إرادة المستهلك من العيوب.

مما سبق فمن الطبيعي بروز الحاجة إلى الحماية الخاصة للمستهلك الإلكتروني، الأمر الذي تترجمه الضمانات الممنوحة لهذا الأخير سواء العامة منها أو الخاصة، والتي استحدثت لحماية المستهلك عند إبرامه للعقود في مجال التجارة الإلكترونية، وهو ما سنعالجه بالتفصيل في المطلب التالي.

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص46، 45.

(2) إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية، جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، العدد الثالث 2003، ص 64.

المطلب الثاني: ضمانات حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية

لا شك في أن ذاتية المعاملة التجارية الإلكترونية، هي التي استوجبت التنسيق ما بين المراكز القانونية للمتعاقدين والحماية الخاصة للمستهلكين في البيئة الإلكترونية. ويكمن أساس هذه الحماية في اعتبار المستهلك الطرف الضعيف في علاقته بالمهني من جهة، وتأثير التقنية الحديثة لإبرام العقد في صياغة العلاقة بين الطرفين من جهة أخرى.

ولما كان المستهلك طرفا في العقد المبرم فهو متعاقد، ومن باب أولى أن يستفيد من الضمانات المقررة للمتعاقد متى وجد في مركز من مراكز الحماية العامة التي حددها القانون المدني وفقا لضوابطه [1] (الفرع الأول). ولخصوصية العقود الإلكترونية استحدثت ضمانات خاصة قد لا تتفق مع القواعد التقليدية ولكنها تضفي الكثير من الثقة لدى المستهلك الإلكتروني في التعاقد التجاري المبرم عن بعد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الضمانات العامة أو التقليدية

يستفيد المستهلك من المظاهر التي تحميه كطرف متعاقد حسب القواعد العامة في نظرية العقد[2]، كما يستفيد بوصفه مشتري من مظاهر الحماية حسب الأحكام الخاصة لعقد البيع.

---

(1) د أسامة أحمد بدر: مرجع سابق، ص 91، نقلا عن د أحمد عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، الطبعة الأول، دار النهضة العربية، 1999، ص 55.

(2) من بين هذه المظاهر الحمائية حسب القواعد العامة في نظرية العقد: حق المستهلك في طلب إبطال العقد برمته إذا شاب إرادته عيب من عيوب الإرادة: كالغلط والتدليس والإكراه والاستغلال والغبن. و إن كانت الحماية وفقا لأحكام عيوب الرضا ضعيفة، نظرا لصعوبة إثبات شروط العيب الذي يشوب الإرادة.

كما أن إعمال نظرية الظروف الطارئة يوفر حماية للطرف المضرور من نتائج الحدث الطارئ حسب نص المادة 107 الفقرة الثالثة: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف، وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وفي فرض كان المستهلك الإلكتروني مدينا فيستفيد من تفسير الشك لمصلحته حسب الفقرة الأولى من نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري :" يؤول الشك في مصلحة المدين" .

وفي حالة عقود الإذعان، نجد المشرع الجزائري يحمي الطرف المذعن الضعيف من تعسف الطرف القوي لإدراجه في العقد شروطا تعسفية لا يكون للمستهلك ــ الطرف المذعن ــ سوى الرضوخ وقبولها. وتكمن الحماية في منح القاضي سلطة تعديل أو إعفاء المستهلك من الشروط التعسفية وذلك حسب نص المادة 110 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها:" إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفق لما تقضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

كما تبرز الحماية بشكل جلي في تفسير الشك في عقود الإذعان لمصلحة المستهلك الإلكتروني الطرف المذعن سواء كان دائنا أو مدينا، باعتباره الطرف الضعيف، ومنه يتحمل الطرف الذي استقل بوضع البنود المجحفة في العقد ما قد يشوبها من شك، وفي هذا نصت الفقرة الثانية من نص المادة 112 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: " غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن ".

حيث يعتبر الضمان من أهم صور الحماية للمستهلك في عقود البيع سواء التقليدية أو الإلكترونية، وهو ما سنكتفي بتبيانه في هذا الفرع. وبذلك سنتطرق لحماية المستهلك الإلكتروني عن طريق ضمان العيوب الخفية للمنتجات أو الخدمات المعروضة للاستهلاك (أولا)، ثم حماية المستهلك الإلكتروني عن طريق ضمان التعرض والاستحقاق (ثانيا).

أولا: حماية المستهلك الإلكتروني عن طريق ضمان العيوب الخفية

يعد الضمان من أوجه حماية المستهلك بصفته مشتري في عقود البيع التقليدية وحتى الإلكترونية[1]، وهو في نفس الوقت من الالتزامات التي تقع على عاتق البائع إذا وجد في المبيع عيب، لم يستطع المستهلك اكتشافه عند التعاقد. ولكن ليس كل عيب موجب للضمان، بل لا بد له من شروط حتى يرتب الضمان آثاره.

ا – ماهية العيب الموجب للضمان: عالج القانون المدني الجزائري أحكام ضمان العيب الخفي في المواد 379 ــ385 [2]. وعرف المشرع العيب الخفي بذكر أثره من كونه ينقص قيمة المبيع أو المنفعة بحسب الغاية المقصودة منه أو بحسب طبيعته أو استعماله [3].

وفي نفس المعنى عرفه المشرع الفرنسي ضمن المادة 1641 من القانون المدني، بأن العيب الخفي هو الذي يجعل المبيع غير صالح للاستعمال الذي يعد له أو الذي ينقص من هذا الاستعمال [4] .

وبشيء من الدقة تعرض لتعريفه المشرع المصري في القانون رقم 67 بشأن حماية المستهلك لسنة 2006 في نص المادة الأولى المخصصة للتعريفات: " العيب الخفي الذي يلحق المبيع هو كل نقص في قيمة أي من المنتجات أو نفعها بحسب الغاية المقصودة، يؤدي إلى حرمان المستهلك كليا أو جزئيا من الاستفادة بها فيما أعدت من أجله بما في ذلك النقص الذي ينتج من خطأ في مناولة السلعة أو تخزينها، وذلك كله ما لم يكن المستهلك تسبب في وقوعه " [5].

ومن ثم يمكن تعريف العيب الخفي بأنه:" الآفة التي تلحق بالمبيع فتعيب استعماله كليا أو جزئيا بشكل يجعله غير صالح للانتفاع به حسب الغرض الذي أعد له" .

فمن يتعاقد من أجل شراء شيء معين يفترض أنه خاليا تماما من العيوب، وصالحا لتأدية الغرض المطلوب بحيث لو علم أثناء التعاقد ما يلحقه من عيوب لما أقدم على شراءه ودفع ثمنه.

---

(1) تعرف المادة الثالثة من القانون رقم 09 ــ 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المخصصة للتعريفات الضمان بأنه: " التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب بالمنتوج، باستبدال هذا الأخير أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته ".

(2) نشير إلى أن الضمان يتعلق بجميع عقود البيع ومهما كانت صفة الشخص الذي يتعاقد مع البائع مستهلكا كان أو أي شخص آخر.

(3) المادة 379 من القانون المدني الجزائري .

(4) **Art 1641 :** « Le vendeur est tenu de la garantie a raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre a l'usage au qui on la destine, au 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 ».

(5) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 243، 242.

ولا يترتب الضمان مهما كان العيب، بل لا بد أن تتوافر فيه شروط معينة بأن يكون قديما وخفيا ومؤثرا وألا يكون العيب معلوما لدى المشتري. ونعرض هذه الشروط بنوع من التفصيل:

1. **أن يكون العيب قديما:** بمعنى أن يكون العيب موجودا وقت التسليم وقد نصت المادة 379 "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 ... "

وعليه فالبائع ملزما بضمان العيب إذا كان موجودا وقت التسليم، وفي حالة ما إذا لم يكن العيب قديما أي حدث بعد تسليم المنتجات للمستهلك فمن البديهي أن لا يضمنه البائع.

والأصل هو سلامة الشيء المبيع، فإذا ادعى المستهلك عكس ذلك فيقع عليه عبء الإثبات، وله أن يثبت وجود العيب الخفي قبل يتسلمه بجميع طرق الإثبات، باعتبار أن الأمر ينصب على واقعة مادية [1].

2. **أن يكون العيب مؤثرا:** التأثير بمعنى الجسامة، فيشترط ضرورة أن يكون العيب على درجة من الجسامة فمجرد وجود آفة طارئة لا تستلزم الضمان، بل لا بد أن يترتب عن الآفة نقص في قيمة المبيع أو من منفعته وفق الغرض المطلوب [2].

وحسب نص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي والذي جاء فيه :" يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي يعد له، أو التي تنقص الاستعمال إلى حد أن المشتري لو علم به ما كان ليشتريه أو دفع فيه ثمنا أقل ".

فإن درجة التأثير تلحق العيب فيكون جسيما إذا جعل المنتوج غير صالح للاستعمال حسب الغرض مطلوب وبشكل أقل جسامة إذا أدى إلى نقص فعالية الاستعمال، بحيث لو علمه المستهلك لما اشتراه أو قام بذلك ولكن بثمن أقل [3].

وفي القانون المدني الجزائري وبموجب نص المادة 379 منه فالعيب الموجب للضمان يكون مؤثرا إذا سبب نقص في قيمة المبيع أو في نفعه.

وهنا نشير إلى أنه يختلف النقص في قيمة المبيع عن النقص في المنفعة :

فقد يؤدي العيب إلى النقص في قيمة المبيع دون أن ينقص من منفعته، حيث أن وجود العيب في الشيء المبيع لا يؤثر على صلاحيته للعمل. وقد ذهب بعض الفقه إلى وجوب أن يكون هذا النقص محسوسا حماية لاستقرار المعاملات [4].

كما للعيب أن ينقص من منفعة المبيع دون أن ينقص من قيمته، حيث أن المنفعة تتحدد حسب

---

(1) مساعد زيد عبد الله المطيري: مرجع سابق، ص 216 .

(2) المرجع السابق، ص 220.

(3) د قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، 2007، ص 105،106 .

(4) المرجع السابق، ص 107.

الغرض المقصود من استعماله ويتم ذلك من خلال مضمون العقد [1].

وكذلك في هذه الحالة إذا ما ادعى المستهلك أن العيب الذي يلحق المبيع مؤثرا، فعليه يقع عبء إثبات ذلك ويمكنه استخدام جميع وسائل الإثبات.

3. **أن يكون العيب خفيا وغير معلوم للمستهلك:** إن هذا الشرط يجعل الضمان لا يشمل العيب الظاهر، وهو ما أكدته الفقرة الثانية للمادة 379 من القانون المدني:" غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ..."؛ فلو علم المستهلك بوجود العيب حتى ولو كان خفيا، فلا يضمنه البائع باعتبار أن استلامه للمبيع مع علمه بوجود العيب يعد قبولا له بالحالة التي يوجد عليها [2]، وتنازلا ضمنيا عن حقه في الضمان[3]. وهو نفس ما جاء في المادة 1642 من القانون المدني الفرنسي[4].

كما يسقط حق المستهلك في الضمان لو كان يعلم بالعيب حكما، ويعد المستهلك عالما بالعيب حكما عندما يكون باستطاعته أن يتبينه بنفسه لو قام بفحص المبيع بقدر من العناية التي تقاس بمعيار الشخص العادي [5]. وهنا يخرج العيب الذي يحتاج إلى خبرة خاصة، كأن تتوقف معرفته على عمل فني لا يستطيع أن يطلع عليه الشخص العادي.

وبالمقابل يلتزم البائع بضمان العيب الخفي الذي لم يستطع المستهلك تبينه وقت التسليم مع فحصه للمبيع بعناية الرجل العادي، حتى ولو لم يكن هذا البائع على علم به حسب ما ورد في الفقرة الأولى من نص المادة 379 من القانون المدني الجزائري :"... فيكون البـــائع ضامـــنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها ".

إضافة إلى ذلك ومن أجل حماية أكثر للمشتري أو المستهلك استثنى المشرع الجزائري حالتين يبقى فيهما البائع ملزما بالضمان على النحو المبين في الفقرة الثانية للمادة 379 من القانون المدني. وهما :

- الحالة الأولى: إذا أكد البائع للمستهلك خلو المبيع من العيوب، وفي هذه الحالة يقع على المشتري عبء إثبات ذلك.
- الحالة الثانية: إذا أخفى البائع على المستهلك وجود العيوب الخفية غشا منه، وهنا كذلك على المستهلك إثبات تعمد الإخفاء بقصد الغش من البائع.

---

(1) مساعد زيد عبد الله المطيري: مرجع سابق، ص 221 .

(2) د قادة شهيدة: مرجع سابق، ص 108.

(3) حتى يضمن المستهلك حقه في الضمان، يجب عليه أن يبادر بفحص المبيع عند تسلمه، وإخطار البائع عند كشف العيب الموجب للضمان في اجل مقبول وإلا عد راضيا به، وهو فحوى الفقرة الأولى للمادة 380 من القانون المدني الجزائري .

(4) **Art1642 : «** Le vendeur n'est pas tenu des opérants et dont l'acheteur a su se convaincre lui-même ».

(5) مساعد زيد عبد الله المطيري: مرجع سابق، ص 211.

وفي كل الأحوال فالبائع لا يضمن العيب الخفي الذي جرى العرف على التسامح فيه.

وبتطبيق الشروط السابقة الواجب توافرها في العيب الموجب للضمان، وفي مجال عقد البيع الإلكتروني فيعتبر عيبا خفيا احتواء البرنامج ــ الذي تم شراءه وتنزيله مباشرة عبر شبكة الانترنت ــ لفيروس يعطل عمله وحيث يصعب على المستهلك اكتشاف وجوده لأن الأمر يحتاج إلى خبير، فيلتزم البائع في العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت بضمان هذا العيب الخفي.

ب – الآثار المترتبة على الضمان: بهدف استقرار المعاملات ومن أجل أن يحتفظ بحقه في الضمان يلتزم المستهلك حسب ما ورد في نص المادة 380 من القانون المدني الجزائري عند تمكينه من تسلم المبيع أن يبادر إلى تفحصه، وفي حالة اكتشافه لعيب فيه يتوجب عليه إخطار البائع بذلك خلال مدة معقولة، و لم يحدد المشرع الجزائري مدة الإخطار كما لم يشترط فيه شكل خاص[1].

وفي حالة تقصير المستهلك وعدم قيامه بالإخطار، اعتبر راضيا بالمبيع بالحالة التي يوجد عليها، وبالتالي يسقط حقه في الضمان.

أما إذا توافر في العيب شروط التي توجب الضمان، وقام هذا الأخير بإخطار البائع باكتشاف وجوده فله الحق في رفع دعوى خاصة هي « دعوى ضمان العيوب الخفية »، والتي لا بد أن ترفع خلال مدة سنة من يوم تسليم المبـــيع.

وقد أحال المشرع الجزائري بشأن آثار قبول هذه الدعوى إلى الأحكام التي تتضمنها نص المادة 376 من القانون المدني الجزائري الخاصة بالاستحقاق [2]، وهنا تتفاوت حقوق المستهلك بين حالتين:

- إذا كان العيب الخفي جسيما، بحيث بلغت خسارته حدا لو علمه قبل العقد لما أبرمه، كان المستهلك مخيرا ما بين الفسخ أو إبقاء المبيع مع التعويض.
- أما إذا كان العيب الخفي غير جسيم، فليس للمستهلك سوى طلب التعويض فقط.

وإن كان الهدف من رفع دعوى ضمان العيوب الخفية هو حماية المستهلك، فمن الطبيعي أن لا يكون ذلك على حساب البائع، وعليه وحماية لمصالح هذا الأخير وحسب نص المادة 383 من القانون المدني تتقادم هذه الدعوى بمرور سنة من يوم تسليم المبيع[3]، بمعنى بمضي المدة المذكورة يسقط حق المستهلك في طلب التعويض أو استرداد الثمن على أساس وجود عيب خفي في المبيع، فاستقرارا للمعاملات وحتى لا يبقى البائع

(1) يخضع تقدير مدة الإخطار لقاضي الموضوع، ويجوز أن يتم إخطار البائع برسالة مسجلة مع الإشعار بالاستلام أو أي وسيلة أخرى معمول بها.

(2) تنص المادة 381 من القانون المدني الجزائري: " إذا أخبر المشتري البائع بالعيب الموجود في المبيع في الوقت الملائم كان له الحق في المطالبة بالضمان وفقا للمادة 376 " .

(3) تنص المادة 383 من القانون المدني الجزائري: " تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى و لو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان لمدة أطول .

غير أنه لا يجوز للبائع التمسك بمدة التقادم إذا تبين أنه أخفى العيب غشا منه".

مهددا برفعها من المستهلك لمدة طويلة حدد المشرع مدة قصيرة للضمان.

غير أن دعوى ضمان العيوب الخفية لا تسقط بمرور المدة المحددة في نص المادة 383 من القانون المدني الجزائري وذلك في حالتين وفق نص نفس المادة:

- الحالة الأولى: إذا التزم البائع بالضمان لمدة أطول بموجب شرط في العقد.
- الحالة الثانية: إذا تعمد البائع إخفاء العيب غشا منه.

ونظرا لصعوبات الإثبات التي يواجهها المستهلك في ظل إعمال القواعد العامة للضمان في القانون المدني توسع المشرع الجزائري في تقرير حماية المستهلك، وذلك بسن قوانين خاصة ومراسيم تنفيذية تتضمن التأكيد على إلزامية الضمان. ومن بين التشريعات نجد القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي نص في المادة 13 منه على حق المستهلك في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقة المحترف [1]، وهنا جاء لفظ العيب مطلقا دون تحديد لنوعه أو شروطه.

فالضمان بقوة القانون حسب نص المادة 13 من القانون رقم 09 ــ 03 المتعلق بحماية المستهلك لم يقصره المشرع الجزائري على المنتوجات، بل يمتد إلى أداء الخدمات كذلك.

وزيادة في الضمان القانوني نص المشرع في نفس المادة على بطلان كل شرط مخالف لأحكامها بمعنى بطلان كل شرط يفضي إلى عدم الضمان، وهو ما يخالف نص المادة 384 من القانون المدني التي أجازت الاتفاق على إنقاص أو إلغاء الضمان. وبالتالي فالتشديد في الضمان يجعل مركز المستهلك قويا مما يضفي عليه حماية أكبر.

وتدعيما منه لهذه الحماية أعطى القانون رقم 09 ــ 03 المتعلق بحماية المستهلك لهذا الأخير الحق في تجربة المنتوج المقتنى قبل شراءه. كما منح للطرفين الاتفاق على ضمان آخر دون أن يلغي ذلك الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 من نفس القانون على أن يثبت هذا الاتفاق ضمن وثيقة أو شهادة ضمان [2].

---

(1) تنص المادة 13 من القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: " يستفيد كل مقتن لأي منتوج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون .

و يمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات .

يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة ، في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته.

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية.

يعتبر باطلا كل شرط مخالف لأحكام هذه المادة.

تحدد شروط وكيفيات تطبيق أحكام هذه المادة عن طريق التنظيم.

(2) وفي ذلك تنص المادة 15 من القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: " يستفيد كل مقتن لأي منتوج مذكور في المادة 13 من هذا القانون، من حق تجربة المنتوج المقتنى".

والمادة 14 من القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش على أنه: " كل ضمان آخر مقدم من المتدخل بمقابل أو مجانا، لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه ".

وفق ما تقدم يتسع مجال الضمان في المعاملات الإلكترونية، وخصوصا في عقود التجارة الإلكترونية المبرمة عن بعد مكاني بين الطرفين. وحيث لا يكون للمستهلك الذي يتعاقد عبر المواقع الإلكترونية الفرصة الكافية لمعاينة المنتج وفحص مواصفاته أو مواصفات الخدمة المطلوبة، فيقبل على الشراء فقط من خلال ذكر البائع لمواصفات السلعة أو مشاهدة صورها عبر شاشة الكمبيوتر؛ وبالتالي فمن المحتمل جدا أن يقتني ويتسلم سلع معيبة بعيوب خفية يصعب اكتشافها من طرفه، وبشكل خاص بالنسبة للمنتجات التي تتسم بالطابع الفني أو التقني.

ورغم ذلك فيتضاءل اللجوء إلى أحكام الالتزام بضمان العيوب الخفية لحماية المستهلك الإلكتروني هذا الأخير وإن كان يستفيد من هذه الأحكام وفقا لما تنص عليه القواعد العامة، إلا أن الضمان في هذه المعاملات الإلكترونية يصطدم بعبء إثبات شروطه. ويعظم الأمر في ظل حداثة المنتجات وتنوعها والتي قد تسلم عبر شبكة الانترنت ويطول استعمالها إلى أن يظهر العيب، كالفيروسات بالنسبة للبرامج المعلوماتية التي تسلم عن طريق تحميلها وإنزالها عبر الانترنت، والتي قد تتلف كل الملفات المخزنة في الحاسب الآلي الخاص بالمستهلك. وهنا تظهر الحاجة لبدائل حديثة لحماية المستهلك الإلكتروني وفق ما يتلاءم مع طبيعة المعاملة الإلكترونية.

ثانيا: حماية المستهلك الإلكتروني عن طريق ضمان التعرض والاستحقاق

يرتب البيع الإلكتروني كما التقليدي تمكين المشتري أو المستهلك من حيازة الشيء المبيع حيازة هادئة ومستمرة بمقتضى ضمان البائع عدم التعرض والاستحقاق [1]. ويعرف ضمان التعرض بأنه: " ضمان البائع أي فعل صادر منه أو من فعل الغير، ويكون من شأنه أن يحرم المشتري من كل أو بعض ملكية أو استعمال الشيء المبيع ".

ويشمل الضمان كل صور التعرض سواء الصادر من الفعل الشخصي للبائع أو الصادر من فعل الغير.

ا – ضمان التعرض الشخصي: يمتنع البائع عن القيام بأي عمل يعوق انتفاع المستهلك بالمبيع على النحو الذي أعد له، أو يؤدي إلى سلب المشتري ملكية المبيع كله أو بعضه أو الحقوق المتفرعة عنه أو يجعل المبيع مستحقا كله أو بعضه للغير[2].

ويشمل الضمان كل صور التعرض الصادر من البائع شخصيا: المادي والقانوني، الكلي والجزئي المباشر والغير مباشر[3].

---

(1) وفي ذلك نصت المادة 371:" 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، ويكون البائع مطالبا بالضمان، ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه ".

(2) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 231.

(3) محمد حسن رفاعي العطار: مرجع سابق، ص 124.

ويكون التعرض ماديا، إذا قام البائع بأي عمل من شأنه أن يمس بشكل مباشر أو غير مباشر انتفاع وحيازة المستهلك للمبيع كأن يغتصب المبيع منه.

أما التعرض القانـــوني، فيتمثل في ادعاء البائع حق على المـــبيع في مواجهة المســـتهلك فيحتج عليه بهذا الحق بعد البيع.

وإذا ما تعرض البائع شخصيا وكان تعرضه قائما على سبب مادي، فللمستهلك طلب التنفيذ العيني بإزالة ما وقع من تعرض. كما له إذا وقع التعرض قانونيا أن يواجه البائع على أساس الالتزام بالضمان.

وعليه يشترط توافر شرطين حتى يمكن للمستهلك أن يرجع على البائع بضمان التعرض الشخصي سواء كان هذا التعرض ماديا أو قانونيا. أولا أن يقع التعرض فعلا من البائع وليس مجرد احتمال وقوعه، وثانيا أن يكون من شأن التعرض الشخصي للبائع أن يحول دون الانتفاع بالمبيع كليا أو جزئيا.

ب – ضمان التعرض الصادر من الغير: زيادة على ضمان البائع للتعرض الصادر منه يلتزم هذا الأخير بضمان التعرض الصادر من الغير كذلك. غير أنه في هذه الحالة لا يضمن سوى تعرض الغير القانوني الذي يستند إلى حق يدعيه، سواء كان هذا الحق ثابتا وقت البيـــع أو آل إليه بعد البيع من البائع نفسه، دون أن يضمن التعرض المادي.

ومن ثم ومن أجل أن يضمن البائع للمشتري التعرض الصادر من غيره، فلا بد من توافر شروط:

1. أن يكون هذا التعرض قانونيا، فالبائع لا يضمن التعرض المادي الصادر من الغير.
2. أن يكون حق الغير الذي يدعيه سابقا على البيع أو لاحقا له ولكنه آل إليه من البائع نفسه.
3. أن يقع التعرض فعلا، أي يكون تعرض الغير حالا فلا يكفي مجرد احتمال وقوعه طالما لم يقع.

فإذا ما توافرت الشروط السابقة، كان للمســـتهلك أن يواجه البائع بالضـــمان. وقد يجد نفسه أمام الحالات التالية [1]:

الأولى: إذا أخطر البائع وتدخل في الدعوى وتمكن من رد ادعاء الغير، في هذه الحالة يكون قد نفذ التزامه تنفيذا عينيا، وقد يخطر ولكن لا يتمكن من رد ادعاء الغير وهنا يلتزم بالضمان.

الثانية: إذا تم إخطار البائع و لم يتدخل وحكم للغير باستحقاق المبيع وجب عليه الضمان، إلا إذا أثبت أن هذا الحكم كان نتيجة تدليس أو خطأ جسيم من المستهلك.

الثالثة: إذا لم يتم إخطار البائع في الوقت المناسب، وصدر حكم حاز قوة الشيء المقضي به فيبقى ملتزما بالضمان، إلا إذا أثبت أن إخطاره في الوقت المناسب وتدخله كان ليؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق.

وعليه يلتزم البائع بالضمان بمجرد إخطاره عند حدوث التعرض، بأن يوقف هذا التعرض أو يدفعه وإذا لم يتمكن من ذلك يلتزم بتعويض المستهلك، وفق ما حددته المواد 375 و 376 من القانون المدني الجزائري.

(1) هذه الحالات تضمنتها كل من المادتين: 372 و 373 من القانون المدني الجزائري.

وبشكل عام تعويضه عن كل ما أصـــابه من ضرر وما فاته من كســـب بسبب التعرض أو الاستحقاق الكلي أو الجزئي [1].

وتجد الأحكام العامة والخاصة بضمان التعرض مجالا للتطبيق في المعاملات الإلكترونية الحديثة [2]، فقد يقوم البائع بالتعرض شخصيا للمستهلك الإلكـــتروني بشكل مادي، كأن يقوم بزراعة فيروس داخل البرنامج المبيع أو يوجهه عن بعد من خلال جهاز المودم المتصل بجهاز الكمـــبيوتر للمشتري، بشكل يسبب تدمـــيرا كلـــيا أو جزئيا للنظام المعلوماتي لجهاز الكمبيوتر الخاص بالمشتري؛ وبالتالي يحول الفيروس من انتفاع المستهلك الإلكتروني بملكيته للبرنامج، مما يشكل تعرضا من المهني البائع غير ملموس [3].

كما نجد من أمثلة التعرض الشخصي للبائع في العقود الإلكترونية، أن يبيع برنامج المعلومات الذي صممه لشخص معين، ثم يعيد التصرف فيه لشخص آخر منافس[4].

ومن أمثلة التعرض الصادر من الغير، كمن يقوم بشراء برنامج كمبيوتر عبر الانترنت من البائع الذي لم يكن له سوى حق استعماله دون استغلاله، فينازع الغير المستهلك بدعوى استحقاق المبيع المتمثل في البرنامج. وفي هذه الحالة يلتزم البائع بالضمان عند استحقاق المبيع بتعويض المشتري.

وفي هذا الصدد وحماية للمستهلك نص المشرع الجزائري على عدم جواز الاتفاق على إسقاط الضمان إذا كان نزع اليد من فعل البائع، أما إذا كان من فعل الغير فيبقى البائع مسؤولا إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد أو اشترى تحت مسؤوليته[5]. كما يكون باطلا كل شرط ينقص أو يسقط الضمان إذا تعمد البائع إخفاء حق الأجنبي.

ونظرا لعالمية شبكة الانترنت واحتمال التعامل ما بين أطراف في دول مختلفة، فمن المهم بالنسبة للمستهلك احتفاظه بحق التعويض عند تعرض الغير. وبذلك فإن الاتفاق على إنقاص أو إسقاط الضمان يضعف من مستوى الحماية المقررة بموجب الأحكام العامة؛ الأمر الذي يوجب التدخل التشريعي لإبطال كل شرط يعفي البائع من ضمان تعرض الغير.

وعليه ونظرا لعدم كفاية الضمانات العامة، استحدثت ضمانات خاصة لتسعف الحماية المنشودة للمستهلك الإلكتروني نستعرضها في الفرع التالي.

---

(1) أمين أعزان: مرجع سابق، ص 70.

(2) محمد حسن رفاعي العطار: مرجع سابق، ص 125.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص233.

(4) د محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 93،94.

(5) نص المادة 378 من القانون المدني الجزائري: " يبقى البائع مسؤولا عن كل نزع يد ينـــشأ عن فعله ولو وقع الاتـــفاق على عدم الضمان ويقع باطلا كل اتفاق يقضي بغير ذلك، وإذا كان نزع اليد عن المبيع من فعل الغير، فإن البائع يبقى مطالبا قبل المشتري برد قيمة المبيع وقت نزع اليد إلا إذا أثبت أن المشتري كان يعلم وقت البيع سبب نزع اليد، أو أنه اشترى تحت مسؤوليته".

. الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الضمانات الخاصة أو المستحدثة

إن تغير الأوضاع التعاقدية عن طريق التقنية الحديثة، لا يحول دون إخضاع المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني للقواعد العامة. ولكن ذاتية المعاملات الإلكترونية تجعل المستهلك في هذا المجال بحاجة لحماية خاصة يتفرد بها عن المستهلك في التعاقدات المألوفة.

وعلى هذا الأساس اهتمت التشريعات المختلفة بتوسيع نطاق الحماية الخاصة بالمستهلكين في تلك المعاملات بهدف التنسيق بين المراكز القانونية للمتعاقدين، وذلك بإقرار مجموعة من الحقوق المستحدثة والخاصة بحماية المستهلك ضمن سياق التجارة الإلكترونية.

وسنتناول أهمها من ناحية إبراز حماية المستهلك الإلكتروني، عن طريق التعرض لحق المستهلك في الإعلام أو التبصير كمظهر من مظاهر الحماية السابقة على التعاقد (أولا)، ولحقه في العدول أو الرجوع عن العقد كوجه من أوجه حماية المستهلك الإلكتروني يمتد إلى ما بعد إبرام العقد (ثانيا).

أولا: الحق في الإعلام أو الالتزام بتبصير المستهلك الإلكتروني

نتيجة التقدم الهائل في عالم المعلوماتية، أصبح الانترنت يشكل وسيلة إغراء وجذب للمستهلك إلى عالم التجارة الإلكترونية [1]، عن طريق الزخم الإعلاني التي تمارسه العديد من المواقع التجارية الإلكترونية، والذي يؤثر بشكل كبير ومباشر على إرادة المستهلك؛ ليجد نفسه محاصرا بمختلف أشكال الدعاية والإعلان التي تدفعه للمشاركة في عقد دون حاجته الفعلية إليه وبإلمام بسيط حول ما ينجم عنه من حقوق والتزامات.

ولأن البيئة الإلكترونية تلعب دورا كبيرا في خلق مركز الضعف الذي يوجد فيه المستهلك، والذي تبدأ ملامحه قبل التعاقد عن طريق الضغط الممارس عليه من خلال الدعاية الترويجية المضللة بشكلها الإلكتروني الحديث؛ اتجهت التشريعات الحديثة التي تعنى بالمستهلك إلى النص صراحة على حقه وهو في نفس الوقت التزام على عاتق المهني بالإعلام أو تبصير المستهلك بالسلعة أو الخدمة، بمعنى تزويده بالمعلومات اللازمة والكافية للاختيار والتمييز بينها والتعرف على أصلح ما يحتاج إليه، حتى يكون على علـــم بكافة ظروف وأبعاد تعهداته المستقبلية [2].

هذا الحق في الإعلام ينجم عنه تنوير رضا المستهلك، ويمنحه حرية أكبر في الاحتفاظ بحقه في الاختيار وتجنيبه إغراءات الدعـــاية المضـــللة [3]، بما يؤدي إلى كســـب ثقة المتعاملين، وشفافية التعامل في مجال التجارة الإلكترونية [4].

---

(1) د منصور حسين إبراهيم: أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، 2006، ص 142.

(2) **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique aspects juridiques, Op. cit, p 24.

(3) مباركة دنيا: مرجع سابق، ص 89.

(4) **Mohammed BEDHRI:** Op. cit, p 86.

ا – المقصود بالإعلام أو التبصير في عقود الاستهلاك الإلكترونية: تتميز عقود الاستهلاك بانعدام التوازن العقدي في العلاقة التي تربط المهني بالمستهلك؛ ويرجع ذلك لكون هذا الأخير شخصا عاديا قليل الخبرة مقارنة بالمهني المتخصص. ونظرا لحقيقة الهوة بين إرادة الطرفين فيعتبر المستهلك بحق الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية التي تربطه بالمهني، وهو ما يبرر حاجته للحماية.

ومن جهة أخرى تعتبر عقود الاستهلاك المجال الخصب لظهور الشروط التعسفية، والتي غالبا ما تتناولها عقود الإذعان. وبفرض احتمال العقد الإلكتروني الذي يبرمه المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية أن يكون عقد إذعان، فقد يجد المستهلك نفسه تحت رحمة المهني الذي لا يتردد في إدراج مختلف الشروط التي تقوي مركزه القانوني، تتضمنها عقود نموذجية موجودة في أغلب المواقع التجارية الإلكترونية. مما يترجم بشكل آخر ضعف المركز القانوني للمستهلك مقارنة بقوة مركز المهني.

أمام هذا الوضع، فرض المشرع الالتزام بالتبصير أو الإعلام لصالح الطرف الضعيف في هذه العقود وغيرها يتحمله الطرف القوي [1].

ويعني الحق في الإعلام في نطاق الرابطة التعاقدية، جعل المستهلك في أمان ضد مخاطر المنتج الذي يشتريه سواء كان سلعة أو خدمة، وهو ما يفرض على المهني التزاما بإحاطة المستهلك علما بظروف العقد وملابساته [2].

وقد عرفه البعض بأنه: " تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد" [3].

ويعرف كذلك: " بالتزام أحد الطرفين بتقديم كافة البيانات والمعلومات اللازمة لمساعدة الطرف الآخر على إبرام العقد أو تنفيذه بل تحذيره ولفت انتباهه ونظره إذا استدعى الأمر ذلك"[4].

يتضح من التعريفات السابقة، أن الالتزام بالإعلام يقع على عاتق المهني الطرف القوي بتزويد المستهلك وتنويره بالمعلومات الكافية حول العقد المراد إبرامه، لما له من خبرة فنية تجعله عالما بكافة البيانات الجوهرية والتفصيلية للسلعة أو الخدمة محل التعامل.

وإذا كان الإعلام في العقود التقليدية يتم بالطرق المألوفة، فإنه في عقود التجارة الإلكترونية يتم بشكل

(1) د محمد السعيد رشدي: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008، ص 17.

(2) د نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص 206، نقلا عن د السيد محمد عمران: حماية المستهلك في أثناء تكوين العقد دراسة مقارنة منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، ص 8.

(3) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص163، نقلا عن د سهير المنتصر الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، 1990، ص 41.

(4) د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص173.

إلكتروني عبر وسائل إلكترونية أهمها وأكثرها انتشارا شبكة الانترنت، فيقوم البائع بإعلام المشتري إلكترونيا من خلال المواقع التجارية الإلكترونية، بالمعلومات التي تبصره للإقدام على العقد.

والالتزام بالإعلام سواء بشكله التقليدي أو الإلكتروني قد يتم في المرحلة السابقة على التعاقد أي في مرحلة المفاوضات. حيث يلتزم المهني بتقديم المعلومات والإرشادات التي تسمح للمستهلك بتكوين فكرة واضحة عن العقد ومحله [1]، وتبصيره بكل أمر يمكن أن يؤثر على قراره في إبرام العقد الإلكتروني من عدمه. وبذلك تكون إرادة المستهلك حرة في التعبير عن القبول[2]، ويسمى "الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام"، وهو التزام قانوني يقع على عاتق المهني إذن قبل إبرام العقد الإلكتروني.

كما يلتزم المهني بالإعلام خلال مرحلة تنفيذ العقد، ويتضمن الإدلاء بجميع المعلومات التي يجب على المستهلك معرفتها أثناء التنفيذ ويسمى الالتزام بالإعلام اللاحق على التعاقد[3]. فهذا الالتزام يوجب على المهني بعد إبرام العقد وعند تنفيذه تقديم المعلومات الضرورية والخاصة باستعمال السلعة أو الخدمة وكذا تحذيره من المخاطر المصاحبة لهذا الاستعمال، حتى يتمكن المستهلك من استعمال المبيع والانتفاع به بشكل سليم وآمن.

ويتطلب الالتزام بالإعلام الإلكتروني السابق على التعاقد أو اللاحق له توافر شرطين:

- الشرط الأول: أن يكون أحد المتعاقدين مهنيا خبيرا، على نحو يسمح له بالعلم الشامل والكافي ببيانات ومواصفات المبيع محل عقد الاستهلاك [4]، ولا يقتصر علم المهني بالمعلومات المتعلقة بالمنتج، بل يتعدها إلى العلم بأهميتها وبدورها المؤثر والفعال في تكوين رضا المستهلك [5].
- الشرط الثاني: أن يكون المستهلك جاهلا لهذه المعلومات، حيث أن هذا الجهل هو الذي يجعل المهني في عقود الاستهلاك الإلكترونية مدين بالإعلام للمستهلك[6]، غير أن جهل المستهلك لا بد أن يكون

(1) د محمد السعيد رشدي: مرجع سابق، ص 16.

(2) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص270.

(3) تجدر الإشارة إلى أن الإخلال بالتزام الإعلام ما قبل التعاقدي يؤدي إلى المسؤولية التقصيرية، بينما يؤدي الإخلال بالتزام الإعلام اللاحق للعقد إلى المسؤولية العقدية على أساس أن هذا الالتزام ينشأ من العقد. وبتطبيق ذلك يجد المستهلك نفسه أمام مسؤوليتين مستقلتين أحدهما تقصيرية والأخرى عقدية، غير أن الأمر وإن كان مقبولا من الناحية النظرية، فيصعب تحديده من الناحية العملية، فتجزئة الالتزام بالإعلام يضر مصلحة المستهلك الذي يجد نفسه مضطرا لرفع دعويين عن إخلال بالتزام واحد. ومن ثم اتجه الفقه من أجل التيسير على المستهلك إلى عدم تجزئة الالتزام بالإعلام واعتباره التزاما عقديا أيا كانت المعلومات الواجب تقديمها، فالمسؤولية العقدية تتسع لتشمل أخطاء سابقة على التعاقد ولكن أثر الخطأ ارتد على العقد نفسه، فالفعل سابق على التعاقد لكن أثره لم يظهر إلا بعد إبرام العقد، د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية مرجع سابق، ص176،177.

وقد أيد القضاء الفرنسي هذا الاتجاه بإدخال مخالفة الالتزام بالإعلام للدائرة العقدية، وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية مثلا في حكم صادر لها في 31 يناير 1978 وحكم آخر في 4 جويلية 1980، عمر خالد محمد الزريقات: مرجع سابق، هامش رقم 5، ص 314.

(4) د نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص 207.

(5) د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 165.

(6) جرعود الياقوت: عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص38.

مشروعا باعتبار أن الالتزام بالإعلام الذي يقع على عاتق المهني له حدود، حيث لا يتعدى ما يجهله المهني شخصيا ولا المعلومات التي يعلمها المستهلك أو يفترض علمه بها.

ويعتبر الالتزام بالإعلام ــ كما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي ــ التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة [1] وذلك أن المهني ليس مطالبا بأكثر من تنوير رضا المستهلك باستخدام كافة الوسائل التي تجعل التزامه ناجعا. ولكنه لا يستطيع في المقابل أن يضمن إتباع المستهلك لما أبداه من نصائح ومعلومات وفهمها أو تقيده بتوجيهاته وتحذيراته [2].

ب – مضمون الالتزام بالإعلام الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية: أظهر التقدم العلمي والتكنولوجي وسائل عديدة للاتصال تجمع المهني بالمستهلك، وأنواع كثيرة من السلع والمنتجات يتفاوت علم المستهلك ودرايته الفنية بها، خاصة منها المعقدة تقنيا. وأمام الخبرة المتواضعة للمستهلك العادي مقارنة بالمهني المتخصص، وجب على هذا الأخير وصف المنتج وبيان كيفية استخدامه والتحذير من مخاطره.

وإن كان هذا الالتزام عاما يخص كل عقود الاستهلاك، فيتسع نطاقه وتعظم أهميته في عقود الاستهلاك الإلكترونية، لأن التعاقد يتم عن بعد دون التقاء حقيقي بين طرفيه، ودون تمكن المستهلك من تفحص المبيع محل التعاقد، وبالتالي تلح ضرورة تبصر الإرادة بكافة الأبعاد المستقبلية للتعهدات المبرمة بالوسائط الإلكترونية بشكل أعمق وأدق فيما إذا تمت بالوسائل التقليدية. وهو ما أكدته التوجيهات الدولية والإقليمية والتشريعات الحديثة للعقود عن بعد والتجارة الإلكترونية، وكذا قوانين الاستهلاك الخاصة بحماية المستهلك [3].

وينصب الالتزام بالإعلام كأحد أهم ضوابط الحماية الخاصة بالمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية على:

- **التحديد الجازم لشخصية البائع أو المورد:** إن أكثر ما يهم المستهلك عند إبرامه للعقود عن بعد بشكل عام أو عبر شبكة الانترنت بشكل خاص، هو التأكد ومعرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه. ذلك لأن طبيعة التعاقد الإلكتروني تستلزم الوضوح في جميع خطواته، ولعل أهمها تحديد شخصية الموجب في هذه العقود بشكل قاطع لا لبس فيه.

فمن منطلق الحرص على الثقة والشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية الإلكترونية مع المستهلكين يلتزم البائع بتحديد هويته عبر الشبكة بحيث يتضمن إيجابه جميع العناصر التي تمكن تحديدها [4]. وقد نص على ذلك التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد[5] في مضمون الفقرة الأولى من المادة الرابعة بأن تتضمن المعلومات التي يتم تزويدها للمستهلك

(1) د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 179.

(2) د قادة شهيدة: مرجع سابق، ص 113.

(3) أمين أعزان: مرجع سابق، ص 83،84.

(4) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص 68.

(5) Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, 4 juin 1997.

في العقود المبرمة عن بعد هوية المورد المتعامل معه وعنوانه[1]، فمن الواضح أن التوجيه ألزم البائع ببيان شخصيته حتى يكون المستهلك على بينة من أمره وعلى علم بمن يتعامل معه. خصوصا وأنه في الغالب يكون هذا الطرف شركة تجارية [2].

وفي القانون الفرنسي وبمقتضى المادة (L.121–18) من تقنين الاستهلاك لعام 1993[3] أوجبت ضرورة إعلام المستهلك باسم و عنوان ورقم تليفون المهني أو الشخص مقدم الخدمة، وعنوان مركز الشركة الاعتباري إن وجد وعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض للعقد إذا كان العنوان مختلفا [4].

كما نظم القانون الفرنسي رقم 2004 ــ575 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي حماية المستهلك وبصفة خاصة المعلومات التي يتعين على البائع إيصالها لعلمه. حيث فرضت المادة 19 منه على الممارسين للتجارة الإلكترونية أن يبرزوا على مواقع الانترنت التجارية، المعلومات المتعلقة بهوية البائع عبر الشبكة [5]. بأن يبين اسمه ولقبه إذا كان شخصا طبيعيا وعنوان الشركة إذا كان شخصا معنويا، ويشير إلى عنوان منشأته وعنوان بريده الإلكتروني، رقم هاتفه. إضافة إلى ذلك يجب إذا كان خاضعا لإجراءات القيد في سجل التجارة والشركات أو في جدول مهني أن يبرز رقم قيده، ورأس مال الشركة[6]، ومركز إدارتها وإذا كان خاضعا للضريبة وكان معرفا برقم خاص فيجب أن يذكر هذا الرقم، وإذا كان يمارس نشاطا يخضع

---

(1) **Lionel BOCHURBERG:** Op.cit, p 114 .

(2) أمين أعزان: مرجع سابق، ص 85.

(3) **L'article L.121–18 du code de la consommation : «** L'offre de contrat doit comporter les informations suivantes : 1 Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service , son numéro de téléphone , son adresse ou , s'il s'agit d'une personne morale , son siège social et si elle est différente , l'adresse de l'établissement responsable de l'offre …. **» .**

(4) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص277.

(5) د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 268، 267.

(6) **Article 19 : «** Sans préjudice des autres obligations d'information prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur, toute personne qui exerce l'activité définie à l'article 14 est tenue d'assurer à ceux à qui est destinée la fourniture de biens ou la prestation de services un accès facile direct et permanent utilisant un standard ouvert aux informations suivantes :
1o S'il s'agit d'une personne physique, ses nom et prénoms et , s'il s'agit d'une personne morale, sa raison sociale .
2o L'adresse où elle est établie, son adresse de courrier électronique , ainsi que son numéro de téléphone .
3o Si elle est assujettie aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire.
des métiers, le numéro de son inscription, son capital social et l'adresse de son siège social .
4o Si elle est assujettie à la taxe sur la valeur ajoutée et identifiée par un numéro individuel en application.
de l'article 286 ter du code général des impôts, son numéro individuel d'identification .
5o Si son activité est soumise à un régime d'autorisation, le nom et l'adresse de l'autorité ayant délivré celle-ci.
6o S i elle est membre d'une profession réglementée, la référence aux règles professionnelles applicables, son titre professionnel, l'Etat membre dans lequel il a été octroyé ainsi que le nom de l'ordre ou de l'organisme professionnel auprès duquel elle est inscrite » , Loi n 2004 – 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique , J.O n 143 du 22 juin 2004 .

لترخيص فعليه أن يظهر على الموقع اسم و عنوان السلطة التي منحت هذا الترخيص. على أن يكون الوصول لجميع المعلومات سهلا متاحا للكافة إلكترونيا من خلال الموقع التجاري على الانترنت.

ونجد أيضا المرسوم الفرنسي رقم 2005 ــ 648 الصادر في 6 يونيو 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد [1]، ألقى على عاتق المهني واجب إعلام المستهلك خلال مدة معقولة وقبل ارتباطه بعقد اسم وعنوان متعهد هذه الخدمات المالية، أو ممثله التجاري [2].

كما تضمن العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية "تجار – مستهلكون" ــ الذي أعدته غرفة التجارة والصناعة بباريس ــ حق المستهلك في الإعلام بتحديد صاحب العرض المقدم، وذلك بذكر اسمه ولقبه إذا كان شخصا طبيعيا، تسميته إذا كان شخصا معنويا، ذكر العنوان، رقم القيد بالسجل التجاري، عنوان البريد الإلكتروني ورقم الهاتف. على أن يتاح للمستهلك الولوج لهذه المعلومات بشكل مباشر وسهل من خلال صفحة الاستقبال بالموقع التجاري الإلكتروني، حيث أن تحديد الهوية ضروري لكل بائع أو مؤدي خدمات عندما يرتبط عمله بموقع بيع على الخط، بل حتى ولو كان الأمر يتعلق بمجرد واجهة إعلانية بسيطة.

أما في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 فنص المشرع في المادة 25 منه على إلزام البائع في المعاملة التجارية الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد هوية وعنوان وهاتف البائع أو مؤدي الخدمات [3].

وفي القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك، خصص المشرع الفصل العاشر منه للمعاملات التي تتم بين المهني والمستهلك عن بعد[4]؛ وقد تضمن نص المادة 52 من القانون وجوب تزويد المستهلك بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد. خاصة منها ما يتعلق بتعريف المحترف، واسمه وعنوانه ورقم ومكان تسجيله وبريده الإلكتروني، بالإضافة إلى أية معلومات تتيح تعريف المحترف.

مجمل القول أن المستهلك في مجال التجارة الإلكترونية قد يستعمل وسيلة أو أكثر للاتصال عن بعد، وحتى لا يقع رهين الشك وعدم الثقة لجهله حقيقة من يتعامل معه، وحيث يفتقر للقدرات الفنية والقانونية التي

---

(1) **Article : L. 121-20-10. «** En temps utile et avant qu'il ne soit lié par un contrat, le consommateur reçoit des informations fixées par décret en Conseil d'Etat, portant notamment sur : - 1o Le nom, l'adresse professionnelle du fournisseur et, s'il y a lieu, de son représentant et de son intermédiaire **»,** Ordonnance no 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O 7 juin 2005.

(2) د نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص210 .

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص 309.

(4) وهذا ما جاء في نص المادة 51 من نفس القانون: " ترعي أحكام هذا الفصل العمليات التي يجريها المحترف عن بعد، أو في محل إقامة المستهلك لا سيما تلك التي تتم في مكان إقامة المستهلك أو عبر الهاتف أو الانترنت أو أية وسيلة أخرى معتمدة لذلك، ولا ترعي أحكام هذا الفصل العمليات المالية والمصرفية والبيع بالمزاد العلني والعمليات التي تتناول أموالا غير منقولة ".

تمكنه من الاستعلام حوله يلتزم البائع بإعلامه بشكل واضح وكامل بجميع المعلومات التي تحدد هويته والتي يكون المستهلك الإلكتروني بحاجة إليها، لدفعه نحو خطوات المعاملة التجارية الإلكترونية.

- **بيان الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة والشروط العامة للتعاقد** : يقصد بالخصائص أو الأوصاف الأساسية للسلعة أو الخدمة، المسائل التفصيلية التي يجب أن تصل لعلم المستهلك، حتى يمكنه إصدار قبوله بحرية تامة ودون ضغط أو تضليل. وهو ما يتحقق بوصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا وشاملا يتحقق معه علم المستهلك بالمبيع محل التعاقد علما كافيا نافيا للجهالة [1].ويقصد بالشروط العامة للعقد كل المعلومات الجوهرية الخاصة بالتعاقد والتي على المستهلك أن يعلمها. وفي هذا الإطار ألزم التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في20 مايو1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد في نص المادة الرابعة الموردين بإعلام المستهلكين ببيان للأوصاف الأساسية للسلع والخدمات، وكذا بعض المعلومات الخاصة بالعقد كبيان الأثمان، كيفية الدفع التسليم والتنفيذ، إقرار حق العدول للمستهلك، ومدة صلاحية الإيجاب [2].

كما أوضح التوجيه الأوروبي رقم 2000 /31 الصادر في 8 جوان 2000 ويتعلق ببعض الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية في السوق الداخلي[3]، في مضمون المادة العاشرة منه، ضرورة حماية المستهلك وتزويده بمعلومات واضحة وقبل التعاقد، حول مختلف المراحل التقنية اللازمة للتعاقد.

وفي قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 وفي مضمون المادة **(1 –L. 111)** [4]، فرضت على كل مهني وكل شخص ملزم بتقديم خدمة، أن يضع أمام المستهلك كل الصـــفات الأساسية للسلعة أو الخدمة [5]

---

(1) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص70،71.

(2) **Article 4**: **«** 1. En temps utile avant la conclusion de tout contrat à distance, le consommateur doit bénéficier des informations suivantes.

a) identité du fournisseur et, dans le cas de contrats nécessitant un paiement anticipé, son adresse.

b) caractéristiques essentielles du bien ou du service.

c) prix du bien ou du service, toutes taxes comprises.

d) frais de livraison, le cas échéant.

e) modalités de paiement, de livraison ou d'exécution.

f) existence d'un droit de rétractation, sauf dans les cas visés à l'article 6 paragraphe 3.

g) coût de l'utilisation de la technique de communication à distance,

h) durée de validité de l'offre ou du prix.

i) le cas échéant, durée minimale du contrat dans le cas de contrats portant sur la fourniture durable ou périodique d'un bien ou d'un service », Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, 4 juin 1997.

(3) Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOCE n° L 178, 17 juillet. 2000.

(4) **L'article L.111–1 du code de la consommation : «** Tout professionnel de biens ou prestataire de services doit avant la conclusion du contrat , mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du service **»** .

(5) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص276.

والتي بمقتضاها يتم الاستعمال الصحيح والسليم للمنتوج، وحددت المادة (L.121–18) من نفس القانون المعلومات محل الإعلام والخاصة بتنفيذ العقد، مثل كيفية الدفع والتسليم والتنفيذ حق الرجوع أو العدول عن العقد إلا في الحالات التي يستبعدها القانـــون، المهلة المحددة لصلاحية العرض. على أن تصل هذه المعلومات للمستهلك بطريقة واضحة، سهلة، ومفهومة، وبجميع الطرق المستخدمة للاتصال عن بعد[1].

أما القانون الفرنسي رقم 2004 ــ575 الصادر في 21 يونيو 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي فأكد على وجوب التزام الشخص القائم بنشاط التجارة الإلكترونية، حتى ولو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد بإعلام المستهلك بالثمن بطريقة واضحة دون غموض، خاصة فيما إذا كان يتم احتساب الضرائب ونفقات التسليم فالمشرع شدد في حماية المستهلك بقواعد صارمة تشكل إرادة هذا الأخير على نحو سليم [2].

وحتى يحاط المستهلك بجميع المعلومات المتعلقة بالشروط العامة للبيع، أوجبت المادة 25 من نفس القانون على بائع السلع أو مقدم الخدمات باستخدام الوسائط الإلكترونية، أن يحدد في إيجابه الخطوات المختلفة المتبعة في إبرام العقد الإلكتروني، الوسائل التقنية التي تمكن المستهلك من التعرف على الأخطاء الخاصة بالبيانات وتصحيحها، وكذا اللغات المقترحة التي يتم بها التعاقد[3].

---

(1) **L’article L121- 18 du code de la consommation** : **«** L'offre de contrat doit comporter les informations suivantes :
1° Le nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, des coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui , son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre
2° Le cas échéant, les frais de livraison ;
3° Les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ;
4° L'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation ;
5° La durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ;
6° Le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ;
7° Le cas échéant, la durée minimale du contrat proposé, lorsqu'il porte sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service.
Ces informations, dont le caractère commercial doit apparaître sans équivoque, sont communiquées au consommateur de manière claire et compréhensible, par tout moyen adapté à la technique de communication à distance utilisée.
En cas de démarchage par téléphone ou par toute autre technique assimilable, le professionnel doit indiquer explicitement au début de la conversation son identité et le caractère commercial de l'appel **»**.

(2) **Article 19/ 2: «** Toute personne qui exerce l’activité définie à l’article 14 doit, même en l’absence d’offre de contrat, dès lors qu’elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et les frais de livraison sont inclus. Le présent alinéa s’applique sans préjudice des dispositions régissant la publicité trompeuse prévues à l’article L. 121-1 du code de la consommation, ni des obligations d’information sur les prix prévues par les textes législatifs et réglementaires en vigueur **»** , Loi n 2004 – 575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique , J.O n 143 du 22 juin 2004 .

(3) د تامر محمد سليمان الدمياطي: مرجع سابق، ص72،أكثر تفصيل د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص270،271 .

وفي التشريعات العربية، يستوقفنا نص المادة 25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، الذي جاء لتكريس الحماية القانونية للمستهلك بشكل مفصل في مجال نشاطات التجارة الإلكترونية. حيث فرض النص على البائع تحديد طبيعة وخصائص وسعر المنتج أو الخدمة الوصف الكامل لمختلف مراحل انجاز المعاملة، كيفية تسليم السلعة أو الخدمة ومبلغ التأمين، الضمانات المقدمة في البيع الإلكتروني وخدمات ما بعد البيع؛ طرق وإجراءات الدفع وطرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد، إمكانية العدول عن الشراء وأجله، كيفية إقرار الطلبية والموافقة على الصفقة، شروط فسخ العقد. كما اشترط المشرع أن يتم توفير هذه المعلومات بطريقة إلكترونية للإطلاع عليها في مرحلة المفاوضات، وفي كافة مراحل المعاملة [1].

وفي نفس السياق وبالنسبة للمعاملات الإلكترونية عن بعد، أوجب القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك، تزويده بجميع المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة، وكذا مختلف الشروط الأساسية المتعلقة بالعقد. وقد أحسن المشرع اللبناني عندما اشترط ضمن هذه المعلومات تحديد القانون الذي يحكم المعاملة الإلكترونية، والمحاكم المختصة للفصل في النزاع الذي قد ينتج عن العقد؛ وبالتالي المشرع وسع في نطاق حماية المستهلك الإلكتروني بما يكفل له حماية متكاملة في مجال عقود الاستهلاك الإلكترونية [2].

وعن التشريع الجزائري في هذا الصدد، وإن كان لم يفرض أحكاما خاصة لحـــماية المستهلك الإلكتروني إلا أنه اهتم بالحماية الخاصة للمستهلك بصفة عامة. وبالنسبة للإعلام فقد جسده المشرع الجزائري من خلال سلسلة من التشريعات التي تعنى بالمستهلك وفي أكثر من موضع، من بينها ما ورد في القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الذي عنون الفصل الخامس منه بإلزامية إعلام المستهلك؛ ونص على ذلك في المادة17 منه وجاء فيها:" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك، بواسطة الوسم ووضع علامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة " [3].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص 31،32.

(2) تنص المادة 52 من القانون اللبناني رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك على أنه:" يجب تزويد المستهلك في الحالات المنصوص عليها في المادة رقم (51) بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد، لا سيما: ... السلعة والخدمة المعروضة، كيفية استعمالها والمخاطر التي قد تنتج عن هذا الاستعمال، مدة العرض، ثمن السلعة أو الخدمة والعملة المعتمدة وكافة المبالغ التي قد تضاف إلى الثمن لا سيما الرسوم والضرائب أيا كانت، وكيفية تسديد هذه المبالغ، الضمانات التي قد يقدمها المحترف، عند الاقتضاء الخدمات التي قد يقدمها عند التعاقد، ومدة العقد الذي يتناول سلعا أو خدمات تقدم بشكل دوري، تاريخ ومكان التسليم والمصاريف المتوجهة لهذه الجهة ولإجراءات الواجب إتباعها لإنهاء العقد الذي يجدد عند انتهاء مدته، تحديد المدة التي يجوز خلالها للمستهلك الرجوع عن قراره بالشراء، القانون الذي يرعى العملية والهيئات والمحاكم أو المراجع الصالحة للبث بأي نزاع قد ينتج عن التعاقد كلفة الاتصال ".

(3) يقصد بالمتدخل حسب ما ورد في نص المادة الثالثة من القانون 09 ــ 03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك، ويقصد بالوسم: كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بالسلعة، وتظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة المنتوج، مهما كان شكلها أو سندها بغض النظر عن طريقة وضعها".

كما أوجب المشرع الإعلام المسبق للمستهلك بشروط العقد، من أجل تحقيق نزاهة وشفافية العمليات التجارية في المرسوم التنفيذي رقم 06 ــ 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ويحدد العناصر الأساسية في للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، بمقتضى المادة الرابعة:" يتعين على العون الاقتصادي إعلام المستهلكين بكل الوسائل الملائمة بالشروط العامة والخاصة لبيع السلع و/ أو تأدية الخدمات، ومنحهم مدة كافية لفحص العقد وإبرامه"[1].

وقد أكد المشرع الجزائري على ضرورة تمكين المستهلك من معرفة ثمن و أسعار السلع والخدمات وشروط البيع في القانون رقم 04 ــ 02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية بموجب المادة الرابعة:"يتولى البائع وجوبا إعلام الزبائن بأسعار وتعريفات السلع والخدمات وبشروط البيع".

وننوه إلى أن المشرع الجزائري وعلى غرار باقي التشريعات الأجنبية والعربية[2]، قد اشترط إعلام المستهلك باللغة العربية حيث ورد في نص المادة 18 من القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش:" يجب أن تحرر بيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها ".

وتظهر العبرة في إعلام المستهلك باللغة التي يفهمها، في حماية المستهلك الطرف الضعيف بأن يتجه نحو التعاقد وهو على بينة فيما يخص تعهداته المستقبلية وإجراءات التعاقد. والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد لغة أجنبية بديلة، ولكنه سمح على سبيل الإضافة أن يرد الإعلام بلغات أخرى.

يبقى من الملفت أن نشير إلى أن أغلبية التشريعات السابقة والتي قررت التزام البائع بالإعلام حددته في

---

(1) يقصد بالعون الاقتصادي، كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات، أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الإطار المهني العادي أو يقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها.

(2) ذهبت بعض القوانين إلى اشتراط اللغة الوطنية في الإيجاب وهو ما سلكه القانون الفرنسي رقم 94 ــ 345 الصادر في 4 أوت 1994 الخاص باللغة الفرنسية (**قانون Toubon**) حيث أوجب استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب للسلع والخدمات الموجه للمستهلكين في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية. وقد حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من هذا القانون بإصدار رئيس الوزراء منشورا في 19 مايو 1996 يجيز أن يصاحب استخدام اللغة الفرنسية ترجمة بالانجليزية أو أية لغة أجنبية أخرى، أكثر تفصيل د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص 202.

كما نص المشرع المصري في القانون الخاص بحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 على وجوب أن تكون البيانات باللغة العربية وبطريقة واضحة ضمن محتوى نص المادة الثالثة من القانون. كما نص المشرع اللبناني في القانون رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005 الخاص بحماية المستهلك بموجب نص المادة التاسعة منه على اعتماد اللغة العربية عند إعلان المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات، لكنه أجاز استخدام اللغة الانجليزية أو الفرنسية كبديل عن اللغة العربية في حالات أخرى محددة، د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص191.

المرحلة السابقة على التعاقد، أي قبل إبرام العقد و لم تنص على الجزاءات المدنية في حالة الإخلال به.

وعليه وتطبيقا للقواعد العامة فإخلال المهني بالالتزام بالإعلام السابق على التعاقد، يوجب المسؤولية التقصيرية؛ وإن كان الاجتهاد الفرنسي يصفه ويجعله ذا طبيعة تعاقدية يترتب على الإخلال به قيام المسؤولية التعاقدية [1].

وباعتبار أن تزويد المهني المستهلك بجميع المعلومات المتعلقة بالعقد يهدف إلى تنوير إرادة هذا الأخير وتهيئتها ليعبر عنها بشكل صحيح وسليم؛ فإنه من الطبيعي أن يؤدي إخلال المهني أو المحترف بواجب الإعلام والتبصير، إلى التأثير في رضا المستهلك ومنه على صحة العقد، إذا وقع المستهلك في غلط أو تدليس نتيجة هذا الإخلال.

وبذلك يكون للمستهلك المطالبة بإبطال العقد لوقوعه في غلط، نتيجة لعدم ذكر المهني للمعلومات الهامة وهنا يكفي للمستهلك أن يثبت أن المهني أخل بالالتزام بالإعلام، دون أن يتحمل إثبات شروط الغلط التعاقدي كأحد عيوب الإرادة حسب القواعد العامة.

كما للمستهلك أن يتمسك بوقوعه في تدليس نتيجة كتمان المهني لمعلومات أدت إلى تضليله، خصوصا مع افتراض علمه بجميع المعلومات التي تهم المستهلك، وأن كتمان هذا الأخير لهذه المعلومات والبيانات التي يجب الإفصاح عنها والسكوت عمدا عن واقعة لو علمها المتعاقد لما تعاقد يعد تدليسا.

وسواء لجأ المستهلك الإلكتروني إلى إعمال قواعد المسؤولية أو نظرية عيوب الإرادة حسب القواعد العامة فله وكضمان آخر خاص يحميه في مجال التجارة الإلكترونية، أن يستفيد من حقه في العدول أو الرجوع وبذلك يتخلص ويتحرر من العقد برمته. وهو ما سنتعرض له فيما يلي.

ثانيا: حق المستهلك الالكتروني في العدول أو الرجوع عن التعاقد

إن المستهلك في العقود التي تتم عن بعد وباستعمال وسائل اتصال إلكترونية، لا تسمح له بالحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة مهما بلغ وصف البائع له من دقة وأمانة.

وهو الأمر الذي يبرر إعطاء المستهلك الحق في الرجوع عن التعاقد[2]، كأحد الضمانات الهامة في العقود عن بعد حتى تحظى التجارة الإلكترونية بثقة المتعاملين بما يؤدي إلى انتشارها واتساع نطاقها [3]. ويعتبر هذا الحق من أهم مظاهر الحماية القانونية للمستهلك الإلكتروني.

---

(1) وهو ما اتجهت إليه محكمة النقض الفرنسية مثلا في حكم صادر لها في 31 يناير 1978، وحكم آخر في 4 جويلية 1980، وكذلك حكم في 4 مارس 1986، أكثر تفصيل عمر خالد محمد الزريقات: مرجع سابق، هامش رقم 5، ص 314، و د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص178.

(2) إيمان مأمون أحمد: مرجع سابق، ص 126.

(3) د طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص 114.

ا – مفهوم الحق في العدول أو رخصة الرجوع في عقود الاستهلاك الإلكترونية: يعتبر حق المستهلك في العدول استثناء من الأصل العام والمبادئ العامة التي تحكم نظرية العقد، حيث أن العقد شـــريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين. ويبرر وجود هذا الاستثناء، بأن المستهلك عند تعاقده عبر الوسائط الإلكترونية تسيطر عليه إغراءات الدعاية والإعلان، فيقبل على التعاقد دون الإمكانية الفعلية والحقيقية لمعاينة السلعة؛ ولذلك تـــوجب أن يمـــنح فرصة الرجـــوع فيه دون أن يكون ملزما بتبرير هذا الرجوع [1] وفي بعض الحالات حتى ولو لم يكن هناك أي سبب لممارسته [2].

وعلى ذلك فقد جاءت معظم القوانين التي تعنى بحماية المستهلك في العقود عن بعد وفي مجال التجارة الإلكترونية لتقرر هذا الحق. حيث قررت المادة السادسة من التوجـــيه الأوروبي رقم 7/97 الصـــادر في 20 مايو1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد[3]، حق المستهلك في كل العقود المبرمة عن بعد في الرجوع عن العقد خلال فترة سبعة أيام، دون تعرضه لجزاء ودون إعطاء أي سبـــب لممارســـته هذا الحق على أن يتحمل فقط تكاليف إرجاع السلعة إلى المهني[4].

كما حرص المشرع الفرنسي عند تعديله لقانون الاستهلاك، إعمالا للتوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادرفي20 مايو1997 بأن يتضمن القانون حق المستهلك في الانسحاب من العقد المبرم عن بعد في مجال توريد السلع والخدمات، بموجب نص المادة (L.121–20) الفقرة الأولى:"يكون للمستهلك خلال سبعة أيام أن يرجع عن العقد، دون أن يلتزم بتبريره ودون جزاء، باستثناء نفقات الرجوع عند الاقتضاء"[5].

وذهب المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 2005 ــ 648 الصادر في 6 يونيو 2005 المتعلق بتسويق الخدمات المالية عن بعد[6]، إلى الاعتراف للمستهلك بالحق في الرجوع عن التعاقد خلال مدة 14 يوما دون تبريره ودون جزاءات تلقى على عاتقه [7].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص43.

(2) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص289.

(3) **Article 6 «** 1. Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises **»**, Directive 97/7/CE du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE n° L 144, 4 juin 1997.

(4) **Mohammed BEDHRI:** Op. cit, p 86.

(5) **L'article L.121–20 du code de la consommation :** « Le consommateur dispose d'un délai de sept jour pour exercer son droit de rétraction sans avoir a justifier de motifs ni a payer de pénalités , a l'exception , le cas échéant , des frais de retour **»** .

(6) **Article L. 121-20-12. – I. «** Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours calendaires révolus pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités », Ordonnance no 2005-648 du 6 juin 2005 relative à la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs, J.O 7 juin 2005.

(7) د نبيل محمد أحمد صبيح: مرجع سابق، ص223.

وتناول قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي لسنة 2000 حق المستهلك في العدول في المادة 30 التي نصت على:" مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام ".

أما في القانون الجزائري رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، فقد أقر حق المستهلك في استبدال السلعة أو إرجاع الثمن، غير أنه اشترط ذلك في حالة وجود عيب فيها دون أن يحدد المدة التي يحق للمستهلك أن يسترجع الثمن. فالمشرع الجزائري لم يقرر حق المستهلك في العدول بمعناه القانوني، لكن أجاز له أن يمارس حقه في رد السلعة واسترجاع الثمن، في حالة وجود عيب في المنتوج ، دون أن يتحمل أعباء إضافية [1].

ومن خلال ما سبق يتضح أن الحق في الرجوع مخول للمستهلك الإلكتروني دون غيره قي العقود المبرمة عن بعد، وهو ما يعني إمكانية نقض العقد بعد انعقاده من طرف المستهلك، سواء تعلق بسلع أو بخدمات دون الحاجة إلى تسبيب ممارسته لهذا الحق، وإن كان يتحمل في كل الأحوال تكاليف إعادة السلعة.

ب – الأحكام الخاصة بممارسة الحق في الرجوع: إن أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية تقترن بالمدة اللازمة لممارسته، هذه المدة التي اختلفت التشريعات في تحديدها.

فحسب المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، يحق للمستهلك ممارسة حقه في الرجوع خلال سبعة أيام، مع التمييز بين السلع والخدمات:

- في حالة السلع: تبدأ هذه الفترة من اليوم الذي يستلم فيه المستهلك تأكيد المعلومات كتابة تنفيذا للالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة.
- في حالة الخدمات: تبدأ هذه الفترة من اليوم الذي يتم فيه إبرام العقد، أو من اليوم الذي تنفذ فيه الالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة بعد إتمام العقد.

ويشترط ألا تتجاوز هذه الفترة الثلاثة أشهر، وذلك على النحو الآتي:

إذا أخفق المهني في تنفيذ التزاماته المذكورة في المادة الخامسة، فإن هذه الفترة ستكون ثلاثة أشهر.

ويبدأ سريانها كما يلي:

1. في حالة السلع: من يوم الاستلام من قبل المستهلك.
2. في حالة الخدمات: من يوم إبرام العقد.

---

(1) نص الفقرة الثانية من المادة 13 من القانون رقم 09 ــ 03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: " يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة، في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته.

يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية".

فإذا قام المهني بتسليم المستهلك تأكيدا للمعلومات ضمن فترة الثلاثة شهور، فإن فترة السبعة أيام عمل المشار إليها في الفقرة الأولى ستبدأ من نفس هذه اللحظة.

والملاحظ أن بداية السبعة أيام من يوم استلام التأكيد، يتضمن بعض التشديد رغبة من المشرع في حماية المستهلك، والسماح بفترة الثلاثة أشهر عند عدم استلام التأكيد يدل على شيوع الوصول المتأخر له [1].

وإعمالا للتوجيه الأوروبي حدد قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 فترة الرجوع بسبعة أيام كذلك يبدأ سريانها:

- بالنسبة للسلع: تبدأ من لحظة تسلم المستهلك لهذه السلع.
- بالنسبة للخدمات: تبدأ من لحظة قبول المستهلك للعرض.

فالقانون الفرنسي ــ وبخلاف التوجيه الأوروبي ــ لم يربط بين تسلم المستهلك تأكيد المعلومات وسريان فترة السبعة أيام حتى يمكنه ممارسة حقه في العدول، لكنه لم يغفل عن التأكيد تماما بل منح مهلة الثلاثة أشهر في حالة عدم تأكيد المعلومات من طرف المهني، تبدأ من تاريخ تسلم السلع أو الموافقة على العروض، وهنا تحتسب مدة السبعة أيام من لحظة التأكيد المذكور [2].

أما القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية فقد حدد المدة بعشرة أيام ضمن نص المادة 30 منه تحتسب:

- بالنسبة للبضائع: بداية من تاريخ تسلمها قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى الخدمات: بداية من تاريخ إبرام العقد [3].

ومع ذلك فإن هذا الحق ليس مطلقا بالنسبة لجميع أنواع العقود التي تتم عن بعد، فتوجد بعض العقود مستثناه من حق الرجوع [4]، وهو ما أكده مضمون الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادرفي 20 مايو 1997 بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، بأنه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، فإن المستهلك قد لا يمارس حق العدول المشار إليه فيما يتعلق بالعقود التالية:

1. عقود توريد الخدمات إذا بدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك، قبل انتهاء فترة السبعة أيام عمل

---

(1) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص292.

(2) **L'article L.121–20 du code de la consommation : «** …Le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestation de services.
Lorsque les informations prévues à l'article L. 12 1- 19 n'ont pas été fournies, le délai d'exercice du droit de rétractation est porté à trois mois. Toutefois, lorsque la fourniture de ces informations intervient dans les trois mois à compter de la réception des biens ou de l'acceptation de l'offre, elle fait courir le délai de sept jours mentionné au premier alinéa... **»** .

(3) **Hafedh LAABIDI:** Op.cit, p 25.

(4) د طاهر شوقي مؤمن: مرجع سابق، ص 118.

وبالأخص الخدمات التي تتم مباشرة عبر شبكة الانترنت، كالبرامج التي يتم تحميلها على الحاسب الخاص للمستهلك والتي لا تسمح طبيعتها بالتعويض.

2 . بالنسبة لعقود توريد السلع أو الخدمات التي يعتمد سعرها على التقلبات في الأسواق المالية، التي لا يمكن أن تكون تحت سيطرة المورد.

3. عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها طبقا للمواصفات المحددة من قبل المستهلك، أو ذات طابع شخصي بشكل واضح، أو التي بسبب طبيعتها لا يمكن إعادتها، أو التي تكون قابلة للتلف أو الفساد بسرعة.

4. عقود توريد التسجيلات السمعية أو المرئية أو برامج الحاسوب، التي قد تم فض الأختام عنها بواسطة المستهلك .

5. عقود توريد الصحف والنشرات الدورية والمجلات.

6. عقود توريد لعب القمار واليانصيب.

كما أورد قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993 بعض الاستثناءات على ممارسة حق المستهلك في العدول في حالات معينة حددتها نص المادة (L.121–20 /4) [1]، تتفق مع جميع العقود المستثناه طبقا للتوجيه الأوروبي السابق الذكر، إلا أن القانون الفرنسي أورد بعض الحالات لم يتضمنها التوجيه الأوروبي تتلخص في [2] :

1. توريد سلع استهلاكية عادية في مكان سكن أو عمل المستهلك، من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة.

2. تقديم خدمات الإقامة، أو النقل، أو الترفيه، التي يجب أداؤها في تاريخ معين أو على فترات دورية منتظمة.

ويستثني القانون التونسي للتجارة الإلكترونية سنة 2000 في الفصل 32 بعض الحالات التي لا يحق فيها للمستهلك ممارسة حق الرجوع على النحو التالي:

1. عندما يطلب المستهلك توفير خدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

2. إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية أو تزويده بمنتوجات لا يمكن إعادة إرسالها أو تكون قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها .

---

(1) **L'article L.121–20/4 du code de la consommation:«**Les dispositions des articles L.121-18, L 121-19 L 121-20 et L 121-20-1 ne sont pas applicables aux contrats ayant pour objet.
1. La fourniture de biens de consommation courante réalisée au lieu d'habitation ou de travail du consommateur par des distributeurs faisant des tomées fréquentes et régulières.
2. La prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une période déterminée ».

(2) محمد سعيد أحمد إسماعيل: مرجع سابق، ص298.

3. عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات أو المعطيات الإعلامية المسلمة أو نقلها آليا.

4. شراء الصحف و المجلات.

والملاحظ بالنسبة للمشرع التونسي، أنه قام بتخفيض الحالات التي تتضمن العقود المستثناه من ممارسة حق الرجوع مقارنة بالحالات المنصوص عليها في التوجيه الأوروبي رقم 7/97 السابق الذكر، وكذا الحالات التي تضمنها قانون الاستهلاك الفرنسي.

يبقى أن نشير إلى أن المستهلك إذا ما قرر العدول عن عقد الاستهلاك الإلكتروني، الذي أبرمه عبر الانترنت ومارس هذا الحق خلال المدة المحددة [1]، فالأثر الجوهري لهذا الرجوع هو إلزام البائع برد ما حصل عليه وهو مقابل السلعة أو الخدمة. ولما كان المستهلك هو من يتخذ قرار العدول، فعليه أن يتحمل نفقات رد السلعة إلى المهني فقط دون أن يتحمل أعباء أخرى إضافية [2]، ودون أن يتحمل أي نوع من الجزاءات كيفما كانت.

وهكذا نستطيع القول أن الحق في العدول يعد من الآليات المعدة لضمان حماية المستهلك في التعاقد عن بعد الأكثر فعالية. وهو وإن كان خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أن الطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني والمركز الضعيف للمستهلك الإلكتروني يخلقان مبررا لهذا الخروج، ليكون بمثابة حق امتياز يمنحه المشرع للمستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، بهدف إعادة التوازن المفقود في العلاقات العقدية في هذا المجال [3].

نخلص إلى أن وسيلة التعاقد الإلكتروني في حد ذاتها تفرض وجوب حماية المستهلك في هذا المجال ويتضح من خلال استعراض أهم ما تضمنته التشريعات التي اهتمت بذلك، أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق القواعد العامة باستخلاص ما يمكنه المساعدة في توفير الحماية. إلا أن ما يصاحب المستهلك في عقود الاستهلاك الإلكترونية، من تأثير الإعلان وما يحمله من ضغط، وعدم إمكان المناقشة الحقيقية حول بنود العقد، وغياب فرصة معاينة ما تعاقد عليه، يعزز الحاجة إلى خلق ضمانات خاصة بالمستهلك الإلكتروني، هذه الضمانات التي تعمل على تشجيع ثقة المستهلك في نطاق التجارة الإلكترونية.

(1) **Vincent GAUTRAIS :** Le nouveau contrat à distance et la Loi sur la protection du consommateur, dans Pierre-Claude Lafond, Droit de la consommation sous influences, Éditions Yvon Blais, Cowansville, 2007, p 127.

(2) د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص94.

(3) د محمد السعيد رشدي: مرجع سابق، ص 87.

المبحث الثاني: حماية الموقع الإلكتروني للتجارة الإلكترونية

الحقيقة أن الثورة المعلوماتية لم تخلق نوعا جديدا من التجارة، بقدر ما غيرت في مفاهيم وكيفيات إتمام المعاملات التجارية عن طريق الاستفادة من تكنولوجيا المعلومات؛ وهو ما نتج عنه ظهور التجارة الإلكترونية التي تعتمد وبشكل كبير وواسع على مختلف وسائل الاتصال الإلكترونية.

ولعل أهم هته الوسائل وأكثرها انتشارا في الوقت الحالي يتمثل في شبكة الانترنت، التي أوجدت للتجار فرصة الترويج عن السلع والخدمات بأيسر الطرق، وأقل التكاليف، وعلى نطاق عالمي غير محدود. ومن جهة المستهلك أو المستفيد من المعاملة الإلكترونية أدت دورها في توفير الوقت والجهد عن طريق تنوع العروض وسهولة الشراء والسداد. ومن ثم أصبح الانترنت بالنسبة للطرفين يمثل سوقا إلكترونيا في عالم افتراضي.

ولا مراء أن معبرهم للاستفادة من ما سبق هو الموقع الإلكتروني على شبكة الانترنت، حيث تقوم المشاريع أو الشركات بإنشاء مواقع على الشبكة لعرض منتجاتها وخدماتها، ومن ثم قيامها بعمليات الترويج والتسويق من خلالها.

ويتم تصميم الموقع التجاري الإلكتروني بواسطة برامج تصميم المواقع على الشبكة، يقوم بها متخصصون في وضع وتصميم البرامج.

يحتوي الموقع على جزء خاص بالبائع، يمكنه من إعداد أوامر الشراء والتحكم في عمليات الجرد والتأكد من بطاقات الائتمان الخاصة بالعملاء، وعلى جزء خاص بالعملاء يتضمن ما يهم المستهلك من سلع معروضة مع بيان أسعارها وكيفية الدفع التخفيضات وكيفية الاستلام. كما يحتوي الموقع على جزء خاص بالدعاية والإعلان يتضمن الدعاية عن الموقع والمنتجات، ويتم التحكم في الموقع عن طريق ربط النظم الداخلية للمنشاة أو الشركة بالموقع التجاري الخاص بها، وبذلك تتحكم الشركة في تجارتها الإلكترونية.

ونظرا لأهمية الموقع الإلكتروني في الواقع العملي، ولما كانت حمايته تمثل في نفس الوقت حماية للتجارة الإلكترونية، فمن المنطق أن تتقرر من خلال حماية أهم عناصره "العنوان الإلكتروني"، وأهم ما يتضمنه " العلامة التجارية " ﴿ المطلب الأول﴾ .

كما قد أوجد التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني في مجال التجارة عبر الانترنت مبررا لوجوب هذه الحماية ﴿ المطلب الثاني﴾ .

المطلب الأول: ماهية العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية محل الحماية

حتى يتمكن مستخدم الشبكة الوصول إلى موقع إلكتروني معين، فعليه استخدام مجموعة من الأرقام التي تشير إلى الموقع، ولما كان من الصعب حفظ هذه الأرقام استبدلت فيما بعد بنظام الحروف، وهو ما يعرف بالعنوان الإلكتروني[1] ***Le nom de domaine***.

فالعنوان الإلكتروني يميز الموقع عن غيره من المواقع الأخرى، وبواسطته يستطيع المستهلك الوصول إلى موقع المشروعات التي يرغب في الوصول إليها، وبدونه يستحيل عليه ذلك. وبالتالي فهو يمثل علامة لتمييز السلع والخدمات على الشبكة[2]، مما يمكن معه القول أن وظيفة العنوان الإلكتروني بالنسبة للتجارة الإلكترونية تشبه وظيفة العلامة التجارية بالنسبة للتجارة التقليدية.

لكن الأمر لا يقتصر على مجرد تشابه في الوظيفة ما بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية، بل يتعداه إلى اتخاذ بعض المواقع التجارية أسماء أو عناوين تطابق، تشابه، أو تماثل علامات تجارية، كما قد يتم تسجيل لاحق لعلامة تجارية تطابق عنوان إلكتروني مسجل ومستعمل. الوضع الذي يشكل في الحالتين اعتداء، ينتج عنه تنازع ما بين كل من العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني.

ونظرا لضرورة حماية كل من العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية من الاعتداء عبر الانترنت، يقتضي البحث القانوني في هذا الشأن، أن يتم تحديد ماهية العنوان الإلكتروني (الفرع الأول)، وكذا ماهية العلامة التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية العنوان الإلكتروني

يستخدم العنوان الإلكتروني من أجل الوصول إلى الموقع التجاري على الشبكة، لهذا لجأت العديد من الشركات إلى امتلاك مواقع إلكترونية تحمل علامتها التجارية كامتداد لنشاطها عبر شبكة الانترنت، وحتى يتميز الموقع الخاص بها على المواقع الأخرى للمنافسين؛ لدرجة أن أصبح الموقع الإلكتروني يمثل الشركة أو المشروع على شبكة الانترنت، بشكل يجعله يلعب الدور الذي تقوم به عناصر الملكية الصناعية للمشروع في التجارة التقليدية [3] .

ولأنه لا يزال من الأفكار الحديثة، فمن المهم أن نبسط البحث ونحدد تعريفه، أنواعه وخصائصه (أولا) ثم نوضح مركزه القانوني وطبيعته القانونية (ثانيا).

---

(1) يطلق عليه أيضا: " أسماء الدومين"، " أسماء النطاق"، "أسماء المجال"،"أسماء الحقل ".

(2) د حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 203.

(3) د شريف محمد غنام: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث السنة الثامنة والعشرون، سبتمبر 2004، ص 317.

أولا: تعريف أنواع وخصائص عناوين المواقع الإلكترونية

يعتبر العنوان الإلكتروني من الابتكارات الجديدة التي ارتبطت بظهور الانترنت وبالمعاملات الإلكترونية فأخذ صورا مختلفة، وتميز بعدة خصائص جعلت منه قيمة تجارية بالنسبة للشركات والمشروعات، ولذلك تعددت التعريفات التي قيلت بشأنه باختلاف آراء الفقه وأحكام القضاء.

ا – تعريف العناوين الإلكترونية: لا يوجد تعريف موحد للعنوان الإلكتروني، وذلك لتركيز كل تعريف على وجهة نظر معينة. فمن التعريفات من اهتمت بالجانب الفني للعنوان، ومنها من اعتمدت على تكوينه كما استندت بعض التعريفات على وظيفته.

1 . تعريف العنوان الإلكتروني بالنظر إلى طبيعته الفنية: يعتمد هذا التعريف على الطبيعة الفنية للعنوان الإلكتروني فيوصف بأنه:" تحويل أو نقل مجموعة من الأرقام في صورة حروف تشكل مصطلحا يتماشى واسم المشروع أو المنظمة " [1]، والحروف المعتمدة في هذا العنوان هي الحروف اللاتينية.

ويعرف من هذا الجانب بأنه:" ترجمة لأرقام تتم عن طريق حروف معينة تسمح بدوران المعلومات عبر شبكة الانترنت" [2].

ويرجع أصحاب هذا التعريف في البداية إلى اعتبار الانترنت عبارة عن شبكة اتصالات دولية يتم عن طريقها ارتباط أجهزة الكمبيوتر بعضها ببعض عن طريق بروتوكول ***(TCP/IP)*** [3].

وهو عبارة عن مجموعة من الأرقام يكتبها مستخدم الشبكة بغية الوصول إلى الموقع الذي يريد فعند كتابته مثلا للرقم 20746130150 فسيتصل بموقع شركة ***Microsoft*** العالمية، حيث أن هذا الرقم يشير إلى الموقع الخاص بالشركة [4].

غير أنه ونظرا لصعوبة حفظ وصعوبة التعامل مع هذه الأرقام الطويلة، قامت الهيئات التي تعمل في مجال الانترنت باستبدالها بمجموعة من الحروف السهلة والبسيطة، التي تترجم إلى أرقام عند وصولها إلى الجهاز الخادم الذي يتعرف على الموقع المطلوب.

وعليه فللمستخدم أن يكتب بعض الحروف، والتي في الغالب تشتق من اسم الشركة أو علامتها التجارية ليصل إلى موقعها مباشرة، وإعمالا لذلك يستطيع مستخدم الحاسوب الذي يريد الاتصال بموقع شركة ***Microsoft*** أن يكتب العنوان التالي: ***Microsoft . com*** بدلا من كتابته لسلسلة الأرقام.

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 322.

(2) **Richard MILCHIR:** Marques et Nom de domaine de quelques problèmes actuels, Lamy Droit commercial, numéro 135, 2000, p 2.

(3) بروتوكول **Internet Protocol (IP)** وبروتوكول **Transmission Control Protocol (TCP)** من أهم بروتوكولات الانترنت:فهما نظاما اتصالات يعملان على توصيل الشبكات بعضها البعض ويشكلان أساس الربط بين الأجهزة المختلفة على شبكة الانترنت.

(4) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2008، ص 564 .

2 . تعريف العنوان الإلكتروني بالنظر إلى تكوينه: ركز جانب من الفقه عند تعريفه للعنوان الإلكتروني إلى مكوناته حيث أنه يتألف من جزأين: جزء ثابت وجزء متغير.

الجزء الثابت يتمثل في المقطع ***http:// www*** الذي يشير إلى البروتوكول المستخدم، ويحدد أن الموقع موجود على شبكة المعلومات العالمية[1] ***World Wide Web***، وهو ثابت بالنسبة لكافة العناوين الخاصة بالمواقع على الشبكة [2].

أما الجزء المتغير فيلي الجزء الثابت، وهو الذي يميز موقع الشركة عن غيرها من الشركات المنافسة، وينقسم إلى نوعين: الأول ويسمى العنوان الإلكتروني من الدرجة الأولى ***(LTD)*** [3] ويمثله المقطع ***(.com)*** أو ***(.org)*** أو ***(.net)***. والثاني وهو العنوان الإلكتروني من الدرجة الثانية ***(SLD)***[4]، وتمثله الحروف الأولى من الاسم أو العلامة التجارية للتاجر، وهو المحدد الحقيقي لهوية صاحب الموقع على شبكة الانترنت [5].

وبذلك يعرف العنوان الإلكتروني حسب تكوينه بأنه: " العلامة التي تأخذ مظهر اندماج الأرقام والحروف بحيث يتولى هذا المظهر تحديد مكان حاسوب أو موقع أو صفحة عبر الانترنت. وهو يتكون من ثلاث مقاطع المستوى العالمي الذي يتولى طبيعة الجهة التي يتم الاتصال بها، ومستوى ثان يتناول العلامة التجارية أو الاسم المختار، ومستوى ثالث يتناول تحديد خادم مضيف محدد يتم التعامل معه" [6].

3 . تعريف العنوان الإلكتروني بالنظر إلى وظيفته: استند البعض من الفقه عند تصديه لتعريف العنوان الإلكتروني، إلى الوظيفة التي يقوم بها هذا الأخير فعرف بأنه: " بديل للعنوان البريدي المحدد لتعريف شخص معين عبر شبكة المعلومات " [7].

وبأنه:" عنوان منفرد لموقع على شبكة الانترنت، يسمح بتحديد الموقع وتمييزه عن غيره من المواقع الأخرى" [8].

كما عرفه البعض: " عنوان موقع يوضع على شبكة الانترنت، يمكن عن طريقه التعريف بصاحب الموقع أو التعريف بما يقدمه للعالم من منتجات أو خدمات تجارية أو مهنية أو علمية أو أي أنشطة أخرى، وهو أفضل وسيلة للإعلان بدون نفقات، كما يمكن عن طريقه تتبع ما يفعله أو يقدمه

---

(1) يشير المقطع **http** إلى بروتوكول **Hyper text Transfer Protocol**.

(2) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص 563.

(3) اختصارا بالانجليزية لـ : **Top Level Domain Name** .

(4) اختصارا بالانجليزية لـ : **Second Level Domain Name** .

(5) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص141.

(6) عمر بن يونس: منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت (الأيكان)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2005، ص 29.

(7) د محمد حسام محمود لطفي: المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية، مؤتمر تحديات حماية الملكية الفكرية من منظور عربي ودولي الجمعية المصرية لحماية الملكية الصناعية والجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية، القاهرة 21ـ23 أكتوبر 1997، ص 94.

(8) د هدى قشقوش: مرجع سابق، ص07 .

المنـــافسون في مخـــتلف دول العـــالم"[1].

وعرفت المنظمة العالمية للملكية الفكرية العناوين الإلكترونية بأنها:"عناوين إلكترونية مبسطة تسهل الاستخدام البشري للانترنت وتحديد المواقع بصورة سهلة "[2].

كما عرفته محكمة استئناف باريس في حكم لها عام 2000 بأنه:" مجرد عنوان افتراضي يحدد مواقع المشروعات على شبكة الانترنت "[3].

بناء على ما سبـــق، فإن جميع المعايير الســـابقة تصلح لوضع تعـــريف يحدد المقـــصود بالعنوان الإلكتروني فهو: " مجموعة من الأرقام تترجم إلى حروف مقروءة، يتكون من جزأين ثابـــت ومتـــغير إلزامي من أجل الوصول إلى الموقع الخاص بالشركات والمشاريع عبر شبكة الانترنت ".

ب – أنواع العناوين الإلكترونية: يتيح الانترنت للأشخاص والشركات والمنظمات والهيئات المختلفة اتخاذ مواقع لها عبر الشبكة. ويتم الوصول إلى هذه المواقع من خلال العناوين الإلكترونية التي تأخذ صورتين: إما عنـــاوين إلكـــترونية عامـــة (دولية)، أو عنـــاوين إلكتـــرونية وطنـــية (محلية). وفيـــما يلي بيـــان لكل من الصورتين:

1 . العناوين الإلكترونية العامة أو الدولية ***(g LTD)*** [4]: يقصد بها العناوين التي تشير إلى أنشطة دولية عامة لا تنتمي إلى دولة معينة، وإنما توجه إلى جميع المستهلكين في كل دول العالم، وقد بدأ تطبيق عناوين المواقع الرئيسية في يناير سنة 1985 وهي:

- ***.com*** خاص بالأنشـــطة التجـــارية.
- ***.org*** خاص بالمنظـــمات التي لا تستعى إلى تحقـــيق الربح.
- ***.net*** خاص بالهيـــئات التي تعـــمل في مجـــال الانتـــرنت.
- ***.edu*** خاص بالهيـــئات المختـــصة بالتربيـــة والتعلـــيم.
- ***.gov*** خاص بالهيـــئات الحكومـــية.
- ***.mil*** خاص بالمواقع العســـكرية الأمريكية.

وفي سنة 1998 تم إضافة العنوان الرئيسي ***.int*** الخاص بالهيئات المختصة بعقد الاتفاقيات الدولية [5].

ويعد العنوان الإلكتروني الذي ينتهي ب ***.com*** من أشهر العناوين المســـتخدمة عبر شبـــكة الانترنت حيث تفضل أغلبية الشركات التجارية استخدامه لعرض منتجاتها وخدماتها.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص141.

(2) المرجع السابق، ص 142.

(3) حكم محكمة استئناف باريس صادر في 28 يناير 2000، د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 326.

(4) اختصارا بالانجليزية لـــ : **Génériques Top Level Domain Name** .

(5) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص149.

وخلال سنة 2000 وافقت مؤسسة ***ICANN*** [1] على إضافة عناوين عامة أخرى هي:

- ***.aero*** خاص بالنشاط الجوي.
- ***.biz*** خاص بالنشاط المهني.
- ***.coop*** خاص بالنشاط التعاوني.
- ***.info*** خاص بالنشاط الإعلامي.
- ***.name*** خاص بالمواقع التي تتعلق بالأسماء.
- ***.museum*** خاص بالمتاحف.
- ***.pro*** خاص بالنقابات المهنية.

وفي وقت لاحق خلال سنة 2005 وافقت المنظمة السالفة الذكر استخدام [2]:

- ***.post*** خاص بالنشاط البريدي.
- ***.travel*** خاص بالنشاط السياحي.

أما عن تسجيل العناوين الإلكترونية العامة فيشرف عليه منظمة الأيكان ***ICANN*** والتي تفوض العديد من الشركات التابعة لها بحسب موقعها الجغرافي. فبالنسبة لدول أوروبا فالشركة المسؤولة عن تسجيل العناوين العامة هي: ***(Réseaux IP Européens Network Coordination Center) RIPE NCC***، أما بالنسبة لآسيا ودول المحيط الأطلنطي فقد أسندت مهمة التسجيل إلى شركة: ***(Asia Pacific Network Information Center) APNIC***، وبالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية فمهمة تسجيل العناوين الإلكترونية العامة أو الدولية من اختصاص شركة: ***Inter NIC (Internet National Information Center)*** [3].

ويتم التسجيل عن طريق قيام الشخص أو الشركة الراغبة في تسجيل عنوان موقع إلكتروني، بالدخول إلى موقع الشركة المصرح لها بالتسجيل من قبل منظمة الأيكان، وبعد تأكده من خلال خدمة البحث أن عنوان الموقع الخاص به والذي يريد تسجيله لم يسجل من قبل؛ يقوم بتعبئة طلب تسجيل العنوان الإلكتروني العام ويدخل بعض المسائل التقنية كاسم الخادم الرئيسي والثانوي، وعنوان بروتوكول الانترنت، وتحديد وسيلة الدفع، والموافقة النهائية على بنود الاتفاقية بين طالب التسجيل والشركة [4].

---

(1) منظمة الأيكان: **(ICANN)** اختصارا بالانجليزية لـ **Internet Corporation for Assigned Names &Numbers** وهي عبارة عن منظمة أمريكية تكونت سنة 1998 تمثل جهة تنظيمية وتنسيقية فيما يتعلق بتسجيل أسماء النطاق وعناوين الانترنت، كما تضطلع بوضع القواعد الخاصة المطبقة على المنازعات المتعلقة بأسماء وعناوين النطاقات.

(2) فيصل محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص572.

(3) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 337.

(4) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص151.

2 . العناوين الإلكترونية الوطنية أو المحلية ***(cc LTD)*** [1] : وهي العناوين الإلكترونية التي تستخدم في نطاق دولة معينة، وتنتهي بحرفين يشيران إلى اسم الدولة التي ينتمي إليها العنوان، فمثلا بالنسبة للعناوين الجزائرية " ***.dz***"، والعناوين الفرنسية " ***.fr***"، والولايات المتحدة الأمريكية " ***us***"، وبريطانيا "***uk***"" وهكذا.

والغالب أن تلجأ الشركات التجارية إلى تسجيل عناوينها الإلكترونية في مجالها الوطني أولا، فإذا حقق موقعها فائدة لها باعتباره وسيلة من الوسائل التي تميزها عن غيرها من الشركات الأخرى، فتقوم بتسجيل عنوان آخر عالمي و دولي في مجال مثلا " ***.com*** " [2].

ولا تختلف إجراءات تسجيل العناوين الإلكترونية الوطنية عن إجراءات تسجيل العناوين الإلكترونية العامة إلا من حيث درجة التقدم العلـــمي والتقني لكل دولة، فيتم تسجيل العناوين الإلكترونية العامة ***(g LTD)*** بشكل إلكتروني بالكامل، عن طريق الشركات المرخص لها بتسجيل هذه العناوين العامة. بينما يختلف الأمر في بعض الدول فيما يتعلق بتسجيل العناوين الوطنية ***(cc LTD)***، حيث يتطلب الحضور الشخصي لطالب التسجيل إلى الجهة المختصة بالتسجيل، ويتحقق من عدم أسبقية التســجيل ويقوم بتعبئة الطلـــب ودفع نفـــقات التسجيل.

ويتم قبول تسجيل العناوين الإلكترونية الوطنية والعناوين الإلكترونية العامة وفق للشروط العامة له، حيث يسمح في التسجيل أن تتضمن العناوين الحروف الأبجدية اللاتينية، ولا يفرق بين الحروف الكبيرة أو الصغيرة في صياغة العنوان، والأعداد، والنقطة(.)، والشرطة(–)، ولكن لا يمكن تسجيلا الرمز**@** الخاص بالبريد الإلكتروني ولا إشارة **&**، ويبلغ عدد الحروف التي يمكن أن يتضمنها العنوان الإلكتروني كاسم موقع 66 حرفا [3].

ج – خصائص العناوين الإلكترونية: تتميز العناوين الإلكترونية بعدة خصائص على النحو التالي:

- لا يمكن تطابق عناوين إلكترونية من نفس الفئة، وهو نتيجة تطبيق مبدأ " أسبقية التسجيل " الذي يقضي بأن العنوان الإلكتروني يمنح لمن قام بتسجيله أولا، حيث لا يمكن أن يمنح نفس العنوان المسجل إلى شخص آخر يطلب تسجيله ضمن نفس النطاق. مما ينتج عنه تفرد العنوان الإلكتروني بشكل يجعله علامة مميزة للشركة وما تعرضه من منتجات وخدمات عن غيرها من الشركات الأخرى المنافسة. فكل شركة لها اســـم دومـــين خـــاص بها، بواســـطته يمكن الوصـــول بكل ســـهولة إلى موقعـــها الإلكـــتروني على شـــبكة الانترنت [4].

---

(1) اختصارا بالانجليزية لـــ : **Country Code Top Level Domain Name** .

(2) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 339.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص154.

(4) المرجع السابق، ص 145.

- لا تعبر العناوين الإلكترونية عن هوية أو طبيعة نشاط المسجل، حيث أن عملية التسجيل مفتوحة للجميع فيمكن للأشخاص الذين لا يمارسون أي نشاط أو عمل تجاري تسجيل عنوان إلكتروني تحت النطاق العام " **.com** " مع أنه مخصص للنشاطات التجارية؛ وسبب ذلك راجع إلى عدم الدقة في مراعاة شروط التسجيل من قبل الهيئات المخصصة لذلك، فيمكن التسجيل ضمن أي نطاق، دون التحقق من هوية المشتركين ولا طبيعة نشاطهم [1].
- عدم وجود أي ارتباط بين العنوان الإلكتروني والموقع الذي يمثله هذا العنوان، إذ يمكن تسجيل عنوان إلكتروني من خلال جهة التسجيل المختصة دون أن يتم إنشاء موقع إلكتروني يمثله العنوان المسجل. وقد استنتج القضاء في مثل هذا الفرض سوء نية المسجل في حرمان الغير من تسجيل هذا العنوان، بهدف استغلاله في وقت لاحق والاستفادة منه دون وجه حق، كأن يقوم ببيعه لشخص يمتلك نفس اسم العلامة التجارية [2].
- يعتبر العنوان الإلكتروني وسيلة فعالة للإعلان تستخدمه الشركات للدعاية عن نفسها، وكوسيلة لعرض منتجاتها وخدماتها، ومما يساعد في ذلك عالمية شبكة الانترنت التي يستخدمها العديد من المستهلكون في جميع بلدان العالم؛ وعليه قامت أغلبية الشركات التجارية وبهدف جذب العملاء باتخاذ علاماتها التجارية كأسماء أو عناوين لمواقعها الإلكترونية، حتى يسهل على المستهلكون الذين يعرفون العلامة التجارية مسبقا من الاتصال بموقع الشركة صاحبة العلامة التجارية المقصودة.
- لا يقتصر دور عناوين المواقع التجارية على مجرد الإعلان والدعاية بل يتعداه إلى التسويق، حيث تستخدم المواقع الإلكترونية التجارية في إبرام عمليات البيع والشراء على الشبكة، وفقا لأنظمة التعاقد الموجودة على الموقع الإلكتروني، حيث تحدد مواصفات المبيع، وكيفية التسليم الذي قد يتم إلكترونيا كحالة شراء برنامج يسلم مباشرة عبر الشبكة عن طريق التنزيل أو التحميل، وكذا آلية الدفع الإلكتروني [3].
- كما يقوم العنوان الإلكتروني بدوره المميز للمشروعات التجارية، فلكل مشروع عنوان إلكتروني يميزه عن غيره من المشروعات، فيتشابه دور العنوان الإلكتروني هنا بدور عناصر الملكية الصناعية الأخرى كالعلامة التجارية والاسم التجاري. ويكمن التشابه في كونها جميعا تستخدم لتمييز المنتجات الخاصة بالشركات التجارية عن غيرها [4]، وبذلك تستفيد الشركات التجارية كثيرا من شبكة الانترنت وانتشارها العالمي من خلال عناوين مواقعها الإلكترونية .

---

(1) رامي محمد علوان: المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الانترنت، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني و العشرون، يناير 2005، ص 258.

(2) محمد سعيد إسماعيل: مرجع سابق، ص 318، 319.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 146.

(4) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص567.

ثانيا: الطبيعة القانونية لعناوين المواقع الإلكترونية

أثارت الطبيعة القانونية للعنوان الإلكتروني جدلا فقهيا كبيرا، نظرا للأحكام التي تنظمه والدور الذي يؤديه فانقسمت الآراء الفقهية إلى اتجاهين: أحدها حاول تقريب العنوان الإلكتروني إلى عناصر الملكية الصناعية والآخر اعتبره نظاما مستقلا قائما بذاته، وسنوضح الاتجاهين بإيجاز فيما يلي:

ا – الاتجاه الذي يعتبر العنوان الإلكتروني فكرة قانونية مستقلة: يعتبر هذا الاتجاه عناوين المواقع الإلكترونية نظاما قانونيا خاصا، لا يمكن للأنظمة القانونية القائمة أن تطبق عليه؛ استنادا لما يمتاز به من خصوصية ترجع إلى الهيئة التي تتولى تسجيل عناوين المواقع على الانترنت، والقواعد المحددة لشروط التسجيل وإجراءات هذا التسجيل التي لا تتشابه مع إجراءات تسجيل عناصر الملكية الصناعية.

فالأساس القانوني الذي تعتمد عليه عناوين مواقع الانترنت الإلكترونية، موجود في القواعد القانونية الموضوعة من طرف الهيئات المختصة التي تشرف عليه التي تنظمه وتحكمه وتعطيه التميز القانوني المستقل. مع التسليم بالتشابه الوظيفي للعنوان الإلكتروني مع باقي عناصر الملكية الصناعية، إذ يميز العنوان الإلكتروني المشروع عن غيره من المشاريع، غير أن هذا التشابه لا يصل حد إلحاق العنوان الإلكتروني بعناصر الملكية الصناعية [1].

وكنتيجة لما سبق، يذهب هذا الرأي إلى القول بأحقية العنوان الإلكتروني بحماية قانونية مستقلة نظرا لقيمته الهامة والأساسية في جذب العملاء، من خلال وظيفته الإعلانية الفاعلة في النشاط التجاري. حيث يعد العنوان الإلكتروني وسيلة مهمة من الوسائل التي تتخذها المشروعات للتعريف عن نفسها للجمهور، من خلال عرض السلع والخدمات عبر مواقعها التجارية الإلكترونية [2].

ويعزز أنصار هذا الرأي ضرورة الحماية بالنظر لدور العنوان الإلكتروني التجاري، الذي يمنحه قيمة تجارية مرتبطة بالمشروع. فالعنوان الإلكتروني تجاوز الدور الإعلاني ليقوم بدور تسويق المنتجات والخدمات وتصريفها، حيث يمكن للمستهلكين شراء السلع المعروضة ودفع قيمتها من خلال المواقع مباشرة [3].

وعليه فهذا الرأي يدعو إلى اعتبار العنوان الإلكتروني فكرة قانونية جديدة ومستقلة، لها ذاتيتها الخاصة ولا تتشابه مع أي نظام قانوني قائم. حيث يمكنه أن يستمد النظام القانوني المطبق عليه، من مجموعة من المصادر مثل مشارطات التسجيل الخاصة به، ووثائق الهيئات المختصة بتسجيله وأحكام القضاء[4].

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص162.

(2) المرجع السابق، ص 162.

(3) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص567.

(4) أكثر تفصيل حول هذا الاتجاه، د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 344 ــ 350.

ب – الاتجاه الذي يقرب ما بين العنوان الإلكتروني وعناصر الملكية الصناعية: اعتبر أنصار هذا الاتجاه العنوان الإلكتروني عنصرا من عناصر الملكية الصناعية، كالعلامة التجارية والاسم والعنوان التجاري حيث يتشابه بهم من حيث الوظيفة. فالعنوان الإلكتروني كما بينا سابقا يقوم بدوره في تمييز المشروع الذي يتخذه اسما لموقعه، وتمييز المنتجات والخدمات التي تعرضها وتقدمها على شبكة الانترنت، فتعرف المشروعات والشركات من خلال عناوينها الإلكترونية، والتي من غير الممكن أن تتماثل مع أي عنوان لشركة أخرى [1].

وهو ما يتشابه مع عناصر الملكية الصناعية الأخرى من حيث الدور الذي تؤديه، فهي تقوم بتحديد المشروع وتمييزه عن غيره من المشاريع، وتهدف إلى تعريف المستهلك بالشركة والمنتجات والخدمات التي تقدمها بما يميزها عن غيرها من الشركات المنافسة.

كما يتشابه العنوان الإلكتروني مع عناصر الملكية الصناعية من حيث طبيعة الحق الذي يحميه. فإذا كانت عناصر الملكية الصناعية تعطي لصاحبها الحق في الاستعمال والاستغلال والتصرف وفقا لشروط قانونية محددة فنفس الشيء بالنسبة للعنوان الإلكتروني الذي يعطي لصاحبه الحق في استعماله واستغلاله دون منازعة أحد[2] شريطة تجديد تسجيله سنويا، ودفع الرسوم المقررة وفقا لتشريعات التسجيل، وإلا فقد صاحبه حقه في العنوان الإلكتروني، وأصبح العنوان متاحا من جديد، بحيث يمكن للغير تسجيله من بعد [3].

وبالنسبة لمكانة العنوان الإلكتروني بين عناصر الملكية الصناعية، وإن كان يتشابه من حيث الدور الذي يقوم به مع العلامة التجارية إلا أن مظاهر الاختلاف بينهما كثيرة. وبذلك فالعنوان الإلكتروني يقترب أكثر من فكرة الاسم أو العنوان التجاري الذي يتخذه التاجر لتمييز متجره أو الشركة التجارية؛ حيث يكون لها اسم تتفرد به عن غيرها من الشركات، فللعنوان الإلكتروني نفس الدور داخل البيئة الرقمية، حيث يسهل على المستهلكين معرفة الشركة، فهو يميز موقعها عبر شبكة الانترنت. ولما كان لهما نفس الدور ولكن في مكان مختلف، حيث الاسم التجاري يقوم به في البيئة المادية والعنوان الإلكتروني عبر شبكة الانترنت. هذا الأمر الذي دفع بعض الفقه إلى القول بأن العنوان الإلكتروني نوع من الاسم التجاري ولكن عبر شبكة الانترنت [4].

ومن جهة أخرى، اجتهد رأي فقهي آخر في اعتبار العنوان الإلكتروني عنصرا جديدا من عناصر الملكية الصناعية، يضاف إلى باقي العناصر الموجودة. فهذا الفقه يتفق مع اعتباره عنصرا من عناصر الملكية الصناعية

---

(1) فيصل محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص580.

(2) نشير إلى أن حق استعمال أو استغلال العنوان الإلكتروني لا يثير أي إشكال، بخلاف حق التصرف الذي يبدو أقل وضوحا في حالة العنوان الإلكتروني، إذ لا يستطيع مسجل العنوان الإلكتروني حوالته، فإذا ما أراد التنازل عنه فعليه تركه كلية، فتحظر معظم مشارطات التسمية حوالة العنوان الإلكتروني، د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 353.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص163، 164.

(4) **Lionel BOCHURBERG:** Op.cit, p 60 .

والملكية الصناعية ولكنه لم يحاول تقريبه من باقي عناصرها، وإنما اعتبره شارة مميزة حديثة تضاف إلى باقي الشارات المميزة للمشروع التجاري، كالعلامة التجارية والاسم والعنوان التجاري، تطلبتها خدمت الانترنت ومقتضيات التجارة الإلكترونية [1].

ويستند أنصار هذا الرأي، على فكرة المحلات التجارية الافتراضية التي ظهرت مع ظهور ممارسات التجارة الإلكترونية واتخاذ الشركات مواقع لها تمثلها على شبكة الانترنت، حيث يسهل العنوان الإلكتروني الوصول إلى هذه المحلات الافتراضية ويميزها عن غيرها داخل البيئة الافتراضية. وبالتالي يعد العنوان الإلكتروني أحد أهم العناصر المهمة في هذا المحل الإلكتروني، فهو شـــارة مميزة جديدة خلقتها بيئة الانترنت تضاف إلى عناصر الملكية الصناعية.

ويعزز أصحاب هذا الرأي قولهم، بأن حماية العنوان الإلـــكتروني على أساس نصـــوص مـــبدأ الأسبقية أو الأولوية، وعلى أساس نصوص قانون الملكية الفكرية والمنافسة غير المشروعة، لدليل قوي على اعتباره عنصرا مميزا وجديدا من عناصر الملكية الصناعية [2].

من خلال عرض الاتجاهات الفقهية التي حاولت تحديد طبيعة العناوين الإلكترونية، نميل إلى تقريبه من عناصر الملكية الصناعية، بل واعتباره عنصرا جديدا من عناصرها. ولكنه بحاجة إلى تدخل تشريعي يحكم ويحدد مفهومه القانوني؛ والأمر يرجع لارتباط وجوده القانوني بشـــبكة الانترنت وما لها من ذاتـــية خاصة قد تختـــلف مع المفاهيـــم التقليدية القائـــمة، خاصة مع عدم تصور وجود عنـــاوين إلكتـــرونية خارج بيـــئة الانترنت.

الفرع الثاني: ماهية العلامة التجارية

أثر ظهور التجارة الإلكترونية على مفاهيم حقوق الملكية الصناعية، حيث أن التسارع الذي تشهده العمليات التجارية الإلكترونية يستتبعه تطور ملحوظ في استخدام العلامات التجارية لتمييز المنتجات والخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت؛ ويرجع ذلك إلى الاعتماد على التجارة الإلكترونية كوسيلة متقدمة لعرض العلامات التجارية للشركات، نظرا لما توفره شبكة الانترنت من منافذ جديدة لتصريف المنتجات والخدمات بشكل واسع وبطريقة سهلة وسريعة. الأمر الذي أدى إلى تغيير أنماط التعامل مع المنتجات والخدمات إلى التعامل الإلكتروني، بل وتسجيل العلامات التجارية إلكترونيا [3]. وبناء على ما سبق سنقوم بتحديد ماهية العلامة التجارية عن طريق التعرض لتحديد تعريفها، أنواعها، وشروطها (أولا)، ثم البحث في كيفية تسجيل العلامة التجارية إلكترونيا (ثانيا).

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 367.

(2) المرجع السابق، ص 369.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص176.

أولا: تعريف أنواع وشروط تسجيل العلامات التجارية

يرجع الاهتمام بحماية العلامة التجارية إلى قيمتها المالية والتجارية بالنسبة إلى الشركات، ولأهميتها في ضمان جودة المنتجات والخدمات المقدمة. وعليه اهتم الفقه والتشريع بتعريفها، كما تناول الاهتمام الشروط المطلوب توافرها في العلامة التجارية.

ا – تعريف العلامات التجارية: اختلفت محاولات تحديد المقصود بالعلامة التجارية بحسب الزاوية التي ينظر منها للعلامة، وقد نجم عن هذا الاختلاف وجود العديد من التعريفات الفقهية والتشريعية ومن بين الفقهية من بينها نجد: " كل إشارة أو دلالة يضعها التاجر أو الصانع على المنتجات التي يقوم ببيعها أو صنعها لتمييز هذه المنتجات عن غيرها من السلع المماثلة " [1].

وعرفت كذلك بأنها " الشكل والتكوين الخاص الذي يتخذ وسيلة لتمييز منتجات المشروع وخدماته " [2].

وبأنها:" إشارة توسم بها البضائع والسلع والمنتجات، أو تعلم عما يماثلها من سلع تاجر آخر أو منتجات أرباب الصناعات الآخرين " [3].

كما عرفها جانب آخر بأنها:" العلامة التي تخصص البضائع لمؤسسة معينة وتميزها عن بضائع منافسيها " [4] .

أما تعريف العلامة التجارية تشريعيا، نجد المشرع الجزائري عرفها بموجب المادة الثانية من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى علم 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات وقد جاء في نصها: " العلامات كل الرموز القابلة للتمثيل الخطي، لا سيما الكلمات بما فيها أسماء الأشخاص والأحرف والأرقام، والرسومات أو الصور والأشكال المميزة للسلع أو توضيبها والألوان بمفردها أو مركبة التي تستعمل كلها لتمييز سلع أو خدمات شخص طبيعي أو معنوي عن سلع و خدمات غيره ".

والملاحظ أن المشرع الجزائري اعتمد معيار قدرة العلامة على تمييز السلع والخدمات كأساس يقوم عليه مفهوم العلامة التجارية.

كما نص على تعريف العلامة التجارية المشرع المصري في نص المادة 63 من القانون رقم 82 لسنة 2002 الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية على أن: " العلامة التجارية هي كل ما يميز منتجا سلعة كان أو خدمة عن غيره وتشمل على وجه الخصوص الأسماء المتخذة شكلا مميزا، والإحصاءات والكلمات والحروف

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 178.

(2) مختار محمود بربري: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة، القاهرة، 2000، ص 236.

(3) عصام رجب بيوض التميمي: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، دار النهضة العربية، 2008، ص 28.

(4) محمد عبد الرحمان الشمري: حماية العلامة التجارية في ضوء اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس) رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2004، ص 50.

والأرقام والرسوم والرموز، وعناوين المحال، والدمغات، والأختام والتصوير، والنقوش البارزة، ومجموعة الألوان التي تتخذ شكلا خاصا مميزا، وكذلك أي خليط من هذه العناصر إذا كانت تستخدم، إما في تمييز منتجات عمل صناعي أو استغلال زراعي، أو استغلال للغابات أو لمستخرجات الأرض أو أي بضاعة، وإما للدلالة على مصدر المنتجات، أو البضائع، أو نوعها، أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها، وإما للدلالة على تأدية خدمة من الخدمات وفي جميع الأحوال يتعين أن تكون العلامة مما يدرك بالبصر ".

وعرفها المشـــرع الأردني في المادة الثانية من القانون رقم 34 لسنة 1999 والخاص بالعلامة التجارية بأنها: " أي إشارة ظاهرة يستعملها أو يريد استعمالها أي شخص لتمـــيز بضاعته أو منتجاته أو خدماته عن بضاعة أو منتجات أو خدمات غيره ".

وبالنسبة لتعريف العلامة التجارية في الاتفاقيات الدولية، فإن اتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة في حقوق الملكية الفكرية (تربس) قد أبقت على نفاذ الاتفاقيات الدولية السابقة في مجال الملكية الصناعية، كاتفاقية باريس وقد نصت المادة 1/15 من هذه الاتفاقية على: " تعتبر أية علامات تسمح بتمييز السلع والخدمات التي تنتجها منشأة ما عن تلك التي تنتجها المنشآت الأخرى صالحة لأن تكون علامة تجارية، وتكون هذه العلامات لا سيما الكلمات التي تشمل أسماء شخصية وحروفا وأرقاما وأشكالا ومجموعات ألوان وأي مزيج من هذه العلامات مؤهلة للتسجيل كعلامات تجارية، وحيث لا يكون في هذه العلامات ما يسمح بتمييز السلع والخدمات ذات الصلة يجوز للبلدان الأعضاء أن تجعل الصلاحية للتسجيل مشروطة بالتمييز المكتسب من خلال الاستخدام، كما يجوز لما اشترط أن تكون العلامات المزمع تسجيلها قابلة للإدراك بالنظر كشرط لتسجيلها " [1].

يتضح من خلال جميع التعريفات السابقة سواء الفقهية أو التشريعية، أن العلامة التجارية هي وسيلة لتمييز المنتجات والخدمات التي يقدمها الأشخاص أو الشركات عن المنتجات والخدمات التي يقدمها الغير. وقد تتخذ صورا متعددة، نذكر منها:

- الأسماء الشخصية أو العائلية التي ترد بصورة مميزة، كاســـتخدام الأسماء المشـــهورة أو الإمضاءات أو الأسماء المبتكرة .
- الحروف والأرقام وهي الأكثر شيوعا واستخداما في نطاق المعاملات التجارية، نظرا لسهولة لفظها وتذكرها من قبل المستهلكين.
- الرموز والصور والرسوم والنقوش، شرط توافر الصفة المميزة والفارقة لها عن غيرها.
- أشكال السلع كالشكل الخاص بتغليف المنتجات، والألوان سواء اتخذ اللون الواحد كعلامة مميزة أو مجموع ألوان كصفة فارقة للعلامة التجارية.

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 182.

ب – أنواع العلامات التجارية : تتنوع العلامات التجارية إلى عدة أنواع على النحو التالي:

1 . العلامات التجارية: وهي العلامة التي يستخدمها التجار لتمييز بضائعهم ومنتجاتهم عن البضائع والمنتجات المماثلة، بغض النظر عن مصدر هذه البضائع، إذ يقوم التجار بشراء هذه البضائع ثم وضع علامتهم التجارية لإعادة بيعها [1].

أو بمعنى آخر: " هي سمة يضعها من يتلقى البضاعة من المنتج لكي يبيعها بدوره إلى المستهلك أو تاجر آخر" [2].

2 . العلامات الصناعية: وهي العلامة التي يضعها صانع البضائع والسلع ليميز منتجاته عن غيرها من المنتجات الأخرى المماثلة، وبالتالي تستعملها الشركات لتمييز منتجاتها عن منتجات الشركات الأخرى المنافسة، فهي سمة المنتج الذي ينتج السلعة، مثل علامة ***TOYOTA*** لتمييز نوع معين من السيارات اليابانية.

ويتضح أن العلامة التجارية تشير إلى مصدر البيع، بينما العلامة الصناعية تشير إلى مصدر الإنتاج. وإن كان لا أهمية للتفرقة ما بين العلامتين، حيث أن الحماية القانونية تنصرف لكليهما على حد سواء.

3 . علامات الخدمة: وهي التي تخصص لتمييز خدمة معينة مقدمة للجمهور والمستهلكين، كخدمات النقل والبريد والطيران والسياحة والإعلانات والاتصالات والتأمين و غيرها [3].

4 . العلامات الجماعية: تعرف بأنها كل علامة تستعمل لإثبات المصدر والمكونات والإنتاج أو كل ميزة مشتركة لسلع أو خدمات مؤسسات مختلفة، عندما تستعمل هذه المؤسسات العلامة تحت رقابة مالكها [4].

5 . علامات الاعتماد: وهي العلامة التي توضع على المنتجات والخدمات كشهادة على أنها تحمل مميزات معينة كالدقة والجودة ومنشأ السلعة وطريقة صنعها، والغرض منها تحقيق حماية كبيرة للمستهلك الذي يقبل على شراء المنتج الذي يحمل علامة الشهادة و من أمثلتها علامة **ISO 9000** [5].

6 . العلامة الاحتياطية: وهي العلامة التي تسجل ويكون لها دور وقائي في حماية المنتجات والخدمات التي لم تطرح بعد في الأسواق، فيقوم صاحب العلامة التجارية المسجلة بتسجيل علامة أخرى قريبة الشبه من علامته لاستخدامها لاحقا على منتجات وخدمات أخرى بمواصفات جديدة [6].

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 190.

(2) كعلامة ***Auto Trade*** التي تقوم الشركة المالكة للعلامة باستيراد السيارات ثم إعادة بيعها .

(3) من أمثلتها : ***DHL*** لخدمات البريد والنقل، ***KLM*** لخدمات الطيران، ***ALICO*** لخدمات التأمين .....الخ .

(4) وهو نص الفقرة الثانية من المادة الثانية من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى علم 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات.

(5) عصام رجب بيوض التميمي: مرجع سابق، ص 47.

(6) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 192.

7 . العلامات المشهورة: وهي التي عرفت انتشارا واسعا ما بين المستهلكين على المستوى الدولي، بحيث تتجاوز شهرتها حدود البلد الأصلي الذي بدأت فيه، وتتمتع بقيمة مالية عالية بالنسبة للشركة التي تمتلك العلامة [1]. ولهذا النوع من العلامات حماية استثنائية تتجاوز البلد الذي سجلت فيه، لتمتد في جميع الدول الأخرى، وقد أوردت اتفاقية تربس في الفقرة الثانية من المادة 16 معيارا موضوعيا في كيفية تحديد ما إذا كانت العلامة مشهورة أم لا، حيث قررت أنه: " يراعى عند تحديد ما إذا كانت العلامة معروفة جدا تراعي البلدان الأعضاء مدى معرفة العلامة في قطاع الجمهور المعني، بما في ذلك معرفتها في البلد العضو المعني نتيجة ترويج العلامة التجارية " [2].

ج – الشروط المطلوبة في تسجيل العلامات التجارية: يشترط في العلامة التجارية لكي تسجل وتحظى بالحماية القانونية توافر مجموعة من الشروط، تتلخص في أن تكون العلامة التجارية مميزة وجديدة وأن تكون مشروعة.

1 . الصفة المميزة للعلامة التجارية: حيث يجب أن تكفل العلامة التجارة تمييز السلع والخدمات عن غيرها وبذلك تكون القاعدة الأساسية لتسجيل العلامة التجارية أن تكون ذات صفة فارقة، وغير مشابهة لعلامة تجارية أخرى[3]. ولعل شرط الصفة المميزة متخذ من الوظيفة التي تقوم بها العلامة التجارية في تمييز بضائع وخدمات التاجر أو الصانع أو مقدم الخدمة عن غيرها من السلع والخدمات، إذ يجب أن تحمل ذاتية مستقلة تمكن الجمهور من تحديد السلع التي يرغبون بها وفقا للعلامة التجارية التي تحملها؛ وبالتالي فإن فقدان الصفة المميزة للعلامة التجارية يجعلها غير صالحة للتسجيل كعلامة محمية قانونا، وعليه فكلما زادت درجة تمييز العلامة التجارية كلما زادت درجة الحماية القانونية المقررة لها.

2 . شرط الجدة: والمقصود به أن تكون العلامة التجارية جديدة في شكلها العام، بحيث لم يسبق استعمالها أو تسجيلها على نفس المنتجات أو البضائع أو الخدمات من شخص آخر، حتى لا تؤدي إلى التضليل في أذهان الجمهور عند استعماله للمنتج فيختلط عليه الأمر مع علامة أخرى مشابهة.

وشرط الجدة الواجب توافره في العلامة التجارية لكي تسجل ليس مطلقا، بل نسبي يتحدد نطاقه من حيث المنتجات التي يمثلها ومن حيث الزمان ومن حيث المكان.

فمن حيث المنتجات التي يمثلها، فلا يتطلب هذا الشرط إذا سبق استعمالها على سلع مختلفة عن السلع المراد تسجيل العلامة التجارية لها، ومنه فلا مانع من تشابه العلامات التجارية مادامت تختلف في السلع والبضائع التي تعبر عنها.

---

(1) من أمثلة العلامات المشهورة علامة **PEPSI** وعلامة ***COCA COLA*** وعلامة ***NESCAFE*** وعلامة ***VISA*** وغيرها.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 198.

(3) فقدان الصفة المميزة اعتبره المشرع الجزائري من أسباب رفض تسجيل العلامة التجارية، حيث نص في المادة السابعة من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات: " يستثنى من التسجيل الرموز الخاصة بالملك العام أو المجردة من صفة التمييز ".

أما من حيث الزمان، فإن هذا الشرط لا ينتفي إذا ما استعملت العلامة التجارية من قبل صاحبها ثم توقف عن استعمالها و لم يقم بتجديد تسجيلها القانوني، متنازلا عن حقوقه القانونية؛ ومنه يمكن شطبها من سجل العلامات التجارية. ويجوز تسجيلها من جديد من شخص آخر، دون أن يعتبر ذلك تعديا وفقا لضوابط قانونية [1].

ومن حيث المكان، فتكون الحماية القانونية للعلامة التجارية محصورة داخل إقليم الدولة التي سجلت فيه أما العلامات المسجلة خارج إقليم الدولة فلا تشملها الحماية. ويستثنى من ذلك العلامة المشهورة التي تتمتع بالحماية القانونية وفقا لأحكامها الخاصة [2].

3 . شرط المشروعية: يضاف شرط المشروعية للشروط الواجب توافرها في العلامة التجارية حتى تسجل وبالتالي إضفاء الحماية القانونية عليها، ومنه فيجب للعلامة التجارية أن لا تخالف العلامة النظام العام والآداب العامة [3].

وبتوافر الشروط السابقة تكون العلامة صالحة للتسجيل، ويكتسب الحق في العلامة بمجرد تسجيلها لدى المصلحة المختصة. ويترتب على ذلك اعتبار طالب التسجيل مالكا للعلامة التجارية المسجلة، فيكون له حق استعمالها واستغلالها والتصرف فيها، ومنع الغير من استعمالها دون ترخيص مسبق منه[4]. فملكية العلامة التجارية تثبت بتسجيلها؛ ومنه تتقرر الحماية القانونية لها لمدة معينة تبدأ من تاريخ إيداع طلب التسجيل، على أنه يستطيع مالك العلامة أن يستمر في التمتع بالحماية القانونية وذلك بتجديد تسجيلها لفترات متتالية[5].

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 198.

(2) محمد عبد الرحمان الشمري: مرجع سابق، ص 169.

(3) وقد اعتبر المشرع الجزائري مخالفة رموز العلامة التجارية للنظام العام والآداب العامة من أسباب رفض تسجيل العلامة التجارية حيث نص في الفقرة الرابعة من المادة السابعة من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات:" الرموز المخالفة للنظام العام والآداب العامة والرموز التي يحظر استعمالها بموجب القانون الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف التي تكون الجزائر طرفا فيها ".

(4) وفي هذا الصدد جاء نص الفقرة الأولى و لثانية والثالثة من المادة التاسعة من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات: " يخول تسجيل العلامة لصاحبها حق ملكيتها على السلع والخدمات التي يعينها لها.

مع مراعاة أحكام المادة 11 أدناه، فإن الحق في ملكية العلامة يخول صاحبه حق التنازل عنها ومنح رخص استغلال ومنع الغير من استعمال علامته تجاريا دون ترخيص مسبق منه على سلع أو خدمات مماثلة أو مشابهة لتلك التي سجلت العلامة من أجلها.

يمكن التمسك بالحق المخول بموجب تسجيل العلامة في مواجهة الغير الذي يستعمل تجاريا علامة أو رمز أو اسما تجاريا مشابها إلى اللبس بين سلع وخدمات مطابقة أو مشابهة، دون ترخيص المالك ".

(5) وهو فحوى نص المادة الخامسة من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات: " يكتسب الحق في العلامة بتسجيلها لدى المصلحة المختصة.

دون المساس بحق الأولوية المكتسب في إطار تطبيق الاتفاقيات الدولية المعمول بها في الجزائر، تحدد مدة تسجيل العلامة بعشر (10) سنوات تسري بأثر رجعي ابتداء من تاريخ إيداع الطلب.

يمكن تجديد التسجيل لفترات متتالية تقدر بعشر (10) سنوات وفقا للأحكام المحددة في النصوص المتخذة لتطبيق هذا الأمر.

يسري التجديد ابتداء من اليوم الذي يلي تاريخ انقضاء التسجيل ".

ثانيا: التسجيل الإلكتروني للعلامات التجارية

يعتبر التسجيل الإلكتروني وسيلة حديثة توفرها المصالح الخاصة بتسجيل العلامات، حيث تتم كافة إجراءات التسجيل باستخدام الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الانترنت. وقد ابتكر هذا النظام انطلاقا من أهمية تسجيل العلامات بالنسبة للشركات وإضفاء الحماية عليها، ورغبة في تسهيل طرق وكيفيات التسجيل مقارنة بالتسجيل التقليدي. ويتم التسجيل الإلكتروني للعلامات عن طريق المواقع الإلكترونية المتخصصة التي تمنح وتوفر هذه الخدمة على مدار الساعة وبشكل بسيط وسريع.

ا – كيفية التسجيل الإلكتروني: يتم التسجيل الإلكتروني للعلامات بوجود موقع إلكتروني لدى مصلحة التسجيل، يحدد هذا الموقع القواعد العامة التي يتم وفقها تسجيل العلامات التجارية إلكترونيا على النحو التالي:

ـــ يوضح للمستخدم بالتفصيل عبر الموقع الإلكتروني كافة الأمور والمسائل المتعلقة بالتسجيل القوانين والأنظمة المتعلقة بالعلامات التجارية، كيفية ملء الطلبات وإرسالها إلكترونيا، الوثائق وإرفاقها مع الطلب وغيرها من المعلومات التي تخص التسجيل الإلكتروني[1].

ـــ يوفر الموقع خدمات للبحث عن العلامات التجارية المتطابقة والمتشابهة في قواعد بيانات دائرة التسجيل للتأكد من أن العلامة المراد تسجيلها غير مسجلة مسبقا أو غير متشابهة مع علامة أخرى، وبذلك يتم تفادي رفض تسجيل العلامة أو الاعتراض عليه من قبل الغير.

ـــ يوفر الموقع كذلك عددا من نماذج الطلبات الجاهزة، حيث يختار طالب التسجيل الطلب الذي يناسبه كطلب تسجيل علامة جماعية أو علامة اعتماد أو طلب اعتراض على تسجيل علامة، ولا يكون على المستخدم سوى ملء الطلبات وإرسالها إلى دائرة التسجيل [2].

ـــ تحديد قائمة الوثائق المطلوبة والتي ترفق مع طلب التسجيل، وطريقة تقديمها وبأية صورة.

ـــ يتيح الموقع للغير تقديم طلبات الاعتراض على تسجيل العلامة التجارية، والاعتراض على قرارات المسجل سواء برفض تسجيل العلامة التجارية، أو قبول تسجيلها لدى الجهات القضائية المختصة [3].

ـــ دفع رسوم التسجيل الإلكتروني للعلامات التجارية بأحد وسائل أو طرق الدفع الإلكتروني المعتمدة من طرف الموقع.

ـــ إصدار الشهادات النهائية والخاصة بالتسجيل النهائي للعلامة التجارية، مع إمكانية الحصول عليها مباشرة من الموقع الإلكتروني لدائرة التسجيل الإلكتروني التي قدم الطلب إليها.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 213.

(2) المرجع السابق، ص 214.

(3) نفس المرجع، ص 214 .

ب – الفرق بين التسجيل الإلكتروني والتسجيل التقليدي للعلامات التجارية: إن التسجيل الإلكتروني للعلامات التجارية لا يتعارض في مضمونه مع التسجيل التقليدي لها، فتبقى إجراءات التسجيل نفسها وفقا لما تنص عليه الأنظمة القانونية للتسجيل. ولا يظهر الاختلاف ما بين الطريقتين إلا من حيث الآلية الإلكترونية التي يعتمد عليها التسجيل الإلكتروني للعلامات التجارية، حيث يقدم الطلب بصورة إلكترونية منتجا لأثره القانوني كما لو قدم بصورة ورقية،؛ كما يتم التوقيع على الطلب إلكترونيا وفقا لما يتطلبه التعامل الإلكتروني والذي له نفس وظيفة التوقيع التقليدي بعد اعتراف مختلف التشريعات بحجيته القانونية [1].

ويختلف كذلك النظام التقليدي لتسجيل العلامات التجارية عن النظام الإلكتروني، كون النظام الورقي يستهلك الوقت والجهد، كما أن الطلبات الورقية التقليدية تحتاج إلى وقت طويل للتعامل معها وتصنيفها وترتيبها وتعرضها لخطر التلف والضياع وهو ما يستبعد حدوثه في الملفات الإلكترونية سهلة الحفظ والنقل وبتكلفة أقل وأسهل[1]. فالتسجيل الإلكتروني متاح طوال أيام الأسبوع دون أوقات محددة، حيث يكون لطالب التسجيل أن يقوم به في أي وقت يشاء بما يتناسب و طبيعة الانترنت المفتوحة، وهو ما يشكل اختصارا للوقت والجهد الذي يتطلبه التسجيل التقليدي [2].

ونظرا للمزايا التي يقدمها التسجيل الإلكتروني، تتجه أغلب دول العالم إلى اعتماده إلى جانب التسجيل التقليدي، ومن أمثلة ذلك نجد النظام الأمريكي والنظام الأوروبي في التسجيل الإلكتروني للعلامات التجارية وإن كان الأمر محتشما بالنسبة للدول العربية التي تكتفي لحد الآن بإنشاء مواقع توضح إجراءات التسجيل وخطواته والقوانين المتعلقة بالعلامات التجارية، وتحميل طلبات التسجيل ثم ملأها يدويا وتقديمها بشكل شخصي إلى المصالح المختصة بالتسجيل، دون أن توفر إمكانية إتمام التسجيل إلكترونيا. وبذلك تبقى تعتمد على التسجيل التقليدي للعلامات التجارية، لأن الأمر يحتاج إلى خبرات تقنية وتجهيزات في البنية التحتية المتعلقة بالاتصالات وشبكات الربط وقواعد البيانات، التي لا تتوافر في الكثير من البلدان العربية [3].

مما سبق وبعد التعرض لكل من ماهية العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية تتجلى القيمة التجارية والمالية لكل منهما بالنسبة للمشروع. ورغم التشابه الوظيفي ما بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية إلا أن الفضاء الإلكتروني خلق مجالا للاعتداء في علاقة كل منهما بالآخر، والذي من شأنه أن يؤدي إلى حدوث تنازع بينهما. وأمام هذا الوضع فلا بد من إيجاد الحلول المناسبة لتسوية هذا التنازع، وهو ما يشكل في النهاية حماية لكل من العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية، وسنتطرق بالتفصيل لأوجه هذا التراع ومظاهر الحماية في المطلب التالي.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص215.

(2) المرجع السابق، ص212، 213.

(3) نفس المرجع، ص 215.

المطلب الثاني: حماية العلامة التجارية في علاقتها بالعنوان الإلكتروني

أدى الانتشار الواسع للانترنت إلى الاستفادة منه في جميع صور التعامل، حيث يعتبر الوسيلة الأفضل للتواصل ما بين الأفراد. وقد استفادت المعاملات التجارية بدورها من هذه التكنولوجيا المتقدمة في تسوية أعمالها باستخدام المواقع الإلكترونية كوسيلة لعرض المنتجات والخدمات مباشرة على شبكة الانترنت ويعد العنوان الإلكتروني الوسيلة التقنية التي تحدد وتسهل الوصول إلى هذه المواقع الإلكترونية على الشبكة.

وقد أدى التسارع من قبل التجار والشركات إلى حجز وامتلاك مواقع الكترونية تجارية خاصة بها إلى تزايد الأهمية التجارية والمالية للعناوين الإلكترونية من جهة، وأدى كذلك وفي نفس الوقت إلى تواجد العديد من العلامات التجارية وفتح مجالات جديدة في استخدامها على شبكة الانترنت من جهة أخرى. فالشركات التي تمتلك علامات تجارية تميز منتجاتها وخدماتها لا تتوانى في تسجيلها كعناوين إلكترونية لمواقع تعبر عنها وتميزها في الفضاء الإلكتروني[1].

لكن الأمر ليس بهذه البساطة في كل الأحوال، فقد تفاجئ الشركة بأسبقية تسجيل عنوان إلكتروني يتضمن علامتها التجارية من طرف شخص آخر، ومن ثم يطلب من هذه الشركة دفع مبلغ مالي مقابل نقل هذا العنوان. وبالمقابل قد تقوم الشركات بتسجيل العناوين الإلكترونية المعروفة ــ والمسجلة مسبقا ــ كعلامات تجارية، ومن ثم المطالبة باسترداد هذا العنوان. وعليه فالأمر يتضمن في الحالتين اعتداء على الحقوق المشروعة لأصحابها الذي قد تتعدد صوره مع التقدم والتطور التقني، وهو ما يؤدي إلى نشوء تنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني (الفرع الأول)؛ الأمر الذي يستدعي وجوب حماية أصحاب الحقوق المشروعة بما يوضح الحدود الفاصلة ما بين حقوق مسجلي العناوين الإلكترونية وحقوق أصحاب العلامات التجارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية

يلعب العنوان الإلكتروني دورا مميزا في تحديد ووجود المواقع الإلكترونية التي أصبحت عنصرا أساسيا في سياسات الشركات التجارية للمنافسة وإتمام الصفقات عبر شبكة الانترنت. وقد أدى هذا الدور المميز الذي تقوم به عناصر الملكية الصناعية، إلى نشوء تحديات قانونية أمام أصحاب العلامات التجارية في نطاق حمايتهم لعلاماتهم عبر الانترنت [2]. وبناء عليه سنتناول بالبحث بخصوص هذه التحديات، مسببات التنازع ما بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية (أولا)، ثم لصور التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني (ثانيا).

---

(1) **Lionel BOCHURBERG:** Op.cit, p 60 .

(2) مصطفى موسى حسين العطيات : مرجع سابق، ص 266 .

أولا: أسباب التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني

تتعدد أسباب نشوء التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني، غير أنها ترجع في مجملها وبشكل عام إلى الأحكام الخاصة بتنظيم العناوين الإلكترونية، سواء ما يتعلق بتسجيل هذه العناوين ويتمثل في مبدأ الأسبقية في التسجيل، أو ما يرتبط بقواعد استخدام العناوين الإلكترونية التي تتمثل في غياب مبدأ التخصص على شبكة الانترنت [1].

ا – مبدأ الأسبقية في التسجيل: يعتبر المبدأ الأساسي الذي يقوم عليه نظام تسجيل العناوين الإلكترونية حيث يسمح بتسجيل أي عنوان لموقع إلكتروني بناء على أول طلب ما دام لم يسبق تسجيله قبل ذلك[2]، وعليه يجوز لكل شخص أن يحصل على عنوان إلكتروني، متى قدم طلبه قبل غيره من المشروعات أو الأشخاص العاديين دون اعتراض من أحد. فلا يشترط أي شرط للحصول على العنوان الإلكتروني ما لم يتم تسجيله من جانب شخص آخر، لأن العبرة عند تسجيل العناوين الإلكترونية في أسبقية طلب التسجيل عن غيره من الطلبات.

فعند تقديم طلب تسجيل عنوان إلكتروني إلى الهيئة أو الجهة المختصة بالتسجيل، فإنها تمنحه لطالب التسجيل متى ثبت أن هذا العنوان غير مسجل مسبقا، فالعنوان يمنح مرة واحدة لمن تقدم بطلبه أولا. وبذلك يتشابه نظام تسجيل العناوين الإلكترونية مع نظام تسجيل العلامات التجارية، حيث يخضع تنظيم العلامة التجارية أيضا للأسبقية في التسجيل[3]، فالعلامة التجارية ملك لأول من طلب تسجيلها، ومن ثم لا يجوز لأي شخص آخر أن يقدم طلبا لتسجيل علامة مماثلة أو مشابهة؛ وفي حالة تقديمه طلب تسجيل علامة سبق تسجيلها أو إيداع طلب تسجيلها، فإن المصلحة المختصة بتسجيل العلامات سوف ترفض هذا طلب على أساس الأولوية في التسجيل.

وبالرغم من التشابه بين تسجيل العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية حيث يأخذ التسجيلين بمبدأ الأولوية أو الأسبقية في التسجيل، إلا أن هناك فوارق بينهما تخص إجراءات القيام به، وتفصيل ذلك أن تسجيل العلامة التجارية يمر بمرحلة إيداع طلب التسجيل ثم الفحص وينتهي بالتسجيل والنشر بعد ذلك. أما تسجيل العنوان الإلكتروني فيتم مباشرة دون أن يسبق ذلك إيداع طلب تسجيل العنوان فلا يكون للشخص المعني

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 379.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص232.

(3) على غرار باقي التشريعات المنظمة للعلامات التجارية، اعتمد المشرع الجزائري مبدأ الأولوية في تسجيل العلامات التجارية، وهو ما كرسه نص المادة السادسة من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات: " ما عدا في حالة انتهاك الحق، فإن العلامة ملك للشخص الأول الذي استوفى الشروط المحددة لصحة الإيداع، أو الشخص الذي أثبت أقدم أولوية لإيداعه في مفهوم اتفاقية باريس المذكورة أعلاه.

يحق لأي شخص قام بعرض سلع وخدمات تحت العلامة المطلوبة أثناء معرض دولي رسمي أو معترف به رسميا، أن يطلب تسجيل هذه العلامة ويطالب بحق الأولوية فيها ابتداء من تاريخ عرض السلع أو الخدمات تحت هذه العلامة و ذلك في أجل ثلاثة (3) أشهر ابتداء من انتهاء العرض.

بالتسجيل سوى ملء نموذج الطلب الموجود على موقع الجهة المختصة بالتسجيل، سواء تعلق الأمر بالعناوين الإلكترونية العامة أو العناوين الإلكترونية الوطنية، ثم دفع رسوم التسجيل؛ فإذا كان الموقع لم يتم تسجيله مسبقا فستتم الموافقة على الطلب من طرف الجهة المختصة، دون أن تقوم بفحص الطلبات المقدمة مثل ما هو معمول به بالنسبة لتسجيل العلامات التجارية، ومنه فتسجيل العنوان الإلكتروني لا يمر بمرحلة إيداع طلب التسجيل[1].

ومن جهة أخرى يتطلب تسجيل العلامة التجارية من الجهة المختصة، التحقق من شخصية مودع طلب التسجيل، كما لها أن تطالبه بكافة المستندات الضرورية لإثبات حقه في إيداع الطلب، حتى لا يتضمن هذا الطلب أي اعتداء على حقوق سابقة للغير [2].

بينما يختلف الأمر بالنسبة لتسجيل العناوين الإلكترونية، حيث لا تقوم الجهات المختصة بالتسجيل بعملية التحقق من شخصية طالب التسجيل، فيكفي أن يكون العنوان غير مسجل مسبقا لتوافق على طلب التسجيل دون أي شرط آخر.

وبناء على ما سبق، فيترتب على منح العنوان الإلكتروني وفقا لمبدأ الأسبقية في التسجيل العديد من المنازعات ما بين مسجلي العناوين الإلكترونية وأصحاب العلامات التجارية، إذ يحرم مالك العلامة التجارية من تسجيلها كعنوان إلكتروني يمثلها على شبكة الانترنت نظرا لسبق تسجيلها من طرف الغير. وهو ما يشكل اعتداء على حقوق المالك الشرعي للعلامة التجارية وعلى مصالحه التجارية، خاصة المتعلقة باستخدام عنوان إلكتروني بنفس اسم علامته التجارية ليعبر عنه عبر شبكة الانترنت.

فأثر الأسبقية في التسجيل على النزاع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني، يظهر جليا من خلال منع مالك العلامة التجارية من الاستفادة من اسم علامته التجارية واستخدامه كعنوان إلكتروني ــ يمثل منتجاته وخدماته من خلال عرضها عبر الموقع الإلكتروني الذي يعتبر فترينة افتراضية أو محل تجاري إلكتروني ــ حالة تسجيله مسبقا من قبل شخص آخر. وقد يعظم الأمر في بعض الحالات الخاصة بالنسبة للشركات التي ليس لها سوى وجود افتراضي، حيث تمارس الشركة نشاطها التجاري فقط عبر الانترنت فليس لها أي وجود مادي خارجه [3]. وفي مثل هذه الحالات يمثل تسجيل العنوان الإلكتروني إضرارا بالعلامة التجارية، ويتضمن اعتداء على الحقوق المشروعة لصاحب العلامة من شخص ليس له أي حق عليها.

ولعل هذا المبدأ قد شجع الكثيرين لاستخدامه كوسيلة للكسب المادي، حيث تنبه له الأشخاص وسارعوا إلى تسجيل العلامات التجارية كعناوين إلكترونية من أجل إعادة بيعها لاحقا إلى أصحابها

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 382.

(2) المرجع السابق، ص 383.

(3) **Lionel BOCHURBERG :** Op.cit, p 60 .

الحقيقيين و بأثمان باهظة وخيالية ، الأمر الذي يشكل في النهاية ما يسمى بالقرصنة أو السطو الالكتروني [1].

وقد يستغل الأشخاص عند تسجيلهم لعناوين إلكترونية علامات تجارية مشهورة أو معروفة على نطاق عالمي، بهدف إجبار أصحابها على دفع مبالغ طائلة مقابل التنازل عن العنوان الإلكتروني الذي يحمل العلامة التجارية المشهورة. وعليه فإن انتشارها الواسع ما بين المستهلكين وأهميتها المالية العالية بالنسبة للشركات المالكة لها[2]، تجعلها مطمعا للاعتداء عليها واستغلالها كوسيلة للكسب غير المشروع، وذلك عن طريق الإسراع في تسجيلها كعناوين إلكترونية بأقل التكاليف ثم طرحها للبيع مرة ثانية لمالكيها الشرعيين[3].

كما قد يساهم نظام العناوين الإلكترونية العامة أو الدولية ***(g LTD)*** [4] في تفاقم وانتشار الاعتداء على العلامات التجارية، فمثلا العنوان الإلكتروني الذي ينتهي بـــ ***.com*** من أشهر العناوين المستخدمة عبر شبكة الانترنت حيث تفضل أغلبية الشركات التجارية استخدامه لعرض منتجاتها وخدماتها. وبما أن مبدأ أسبقية التسجيل تسمح بتسجيل العنوان الإلكتروني مرة واحدة فقط لأول طالب له، فقد يتم تسجيل عناوين لعلامات مشهورة ضمن نظام ***(g LTD)*** حتى تكون له قيمة مالية كبيرة، ثم يتم إعادة بيعها مرة ثانية بمبالغ ضخمة لأصحاب العلامات التجارية.

ب – مبدأ التخصص على شبكة الانترنت: يحكم تسجيل العلامات التجارية مبدأ التخصص، بمعنى تستخدم العلامة وتكون لها الحماية القانونية في حدود المنتجات والخدمات التي تمثلها، ومن ثم فلا تمتد لها الحماية إلى المنتجات والخدمات الأخرى غير المشابهة أو المماثلة لتلك المحددة في طلب التسجيل؛ فهناك تخصيص للمنتجات والخدمات التي تمثلها العلامة، بحيث تشملها الحماية فقط في هذا النطاق، أما خارجه فالأصل هو حرية استخدام العلامة التجارية. وعليه فلا مانع من تشابه العلامات التجارية مادامت تختلف في السلع والبضائع التي تعبر عنها، ويهدف هذا المبدأ إلى حماية المستهلك من الخلط والتضليل الذي قد يقه فيه إذا ما استعملت نفس العلامة لتمييز أكثر من منتج متشابه [5].

---

(1) **Richard MILCHIR:** Op.cit, p17.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص233 .

(3) من أول وأشـــهر القـــضايا في هذا المجال قضـــية ***Panavision & Toeppen*** وتتلـــخص وقائعها في أن ***Denniss Toeppen*** قام بتسجيل أكثر من 100 عنوان إلكتروني يتضمن العديد من العلامات التجارية المعروفة، من بين هذه العناوين ***Panavision.com*** ، ***panaflex.com*** وهما علامتان مملوكتان لشركة ***International panavision*** ، وطالب ***Toeppen*** الشركة المالكة للعلامتين بمبلغ 13000 دولار كتعويض عن التوقف عن استعمال علامة ***panavision*** كعنوان إلكتروني لموقعه.

فأقامت شركة ***International panavision*** دعوى على ***Toeppen*** بالاعتداء على علامتها التجارية المشهورة، وقررت المحكمة أن سلوك المدعى عليه يمثل إضرار واعتداء على العلامة التجارية، وأن مطالبته بالمبلغ المذكور مقابل نقل تسجيل العنوان الإلكتروني يتضمن سوء نيته للإضرار بالشركة، مصـــطفى موسى حســـين العطـــيات: مرجع سابق، ص234، أكثر تفصـــيل كذلك محـــمد ســـعيد إسماعيل: مرجع سابق، ص320 ، 321.

(4) اختصارا بالانجليزية لـــ : **Génériques Top Level Domain Name** .

(5) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 389، 390.

غير أن إعمال مبدأ التخصص على العناوين الإلكترونية يتسم بصعوبة وخصوصية معينة، وهو ما قد يؤدي في الكثير من الأحيان إلى نشوء نزاع ما بين مسجلي العناوين الإلكترونية وأصحاب العلامات التجارية. ويرجع سبب ذلك، أنه من الناحية الفنية لا يمنح العنوان الإلكتروني إلا مرة واحدة وفقا لمبدأ الأولوية في التسجيل، فمن قام بتسجيل العنوان أولا يثبت له الحق القانوني عليه[1].

ومن ثم وفي فرض وجود علامتين تجاريتين تمثلان منتجات مختلفة لشركتين مختلفتين، فإذا قامت إحداهما بتسجيل عنوان إلكتروني يتضمن علامتها التجارية في المجال الدولي " ***com.*** " فإن هذا العنوان يصبح غير متاح للشركة الأخرى، بالرغم من أن علامتها تمثل منتجات مختلفة عن منتجات الشركة التي قامت بتسجيل العنوان الإلكتروني أولا [2]، فلا يمكن أن تملك شركتان عنوان واحد في نفس المجال.

وقد يزيد من حدة الأمر، كون مسجل العنـــوان الإلكتروني لا يملك العـــلامة التجارية التي يمثلها العنوان مما يترتب عنه حرمان مالكها الشرعي من تسجيل العنوان الإلكتروني، وبالتالي منعه من التعبير عن علامته التجارية عبر الانترنت بسبب سبق تسجيلها من الغير.

من جانب آخر، قد يظهر من خلال تقسيم العناوين الإلكترونية إلى عنـــاوين إلكتـــرونية عامة أو دولـــية ***(g LTD)*** ــ وهي التي تشير إلى أنشطة دولية عامة لا تنتمي إلى دولة معينة، بل توجه إلى جميع المستهلكين في كل دول العالم ــ وإلى عناوين إلكترونية وطنية أو محلية ***(cc LTD)*** ــ وهي العناوين الإلكترونية التي تستخدم في نطاق دولة معينة ــ تكريس لمبدأ التخصص فيما يتعلق بالعناوين الإلكترونية. حيث يمكن تسجيل نفس العنوان الإلكتروني الذي يتضمن علامة تجارية معينة ولكن في مجالين مختلفين أحدهما دولي وآخر وطني[3] إلا أن صعوبة التطبيق تبقى مطروحة، حيث لا يمكن تسجيل عنوانين متشابهين في نفس المجال، فإذا ما تم تسجيل العنوان الإلكتروني يمثل علامة تجارية في أي مجال كان وسواء كان المسجل مالكا للعلامة أم لا، فيحرم ويمنع تسجيله مرة ثانية من الغير حتى وإن كان مالكا شرعيا للعلامة.

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 394.

(2) من أمثلة ذلك العلامة التجارية ***VICHY*** التي تملكها ثلاث شركات تجارية، تختص الأولى بمنتجات التجميل والعطور، والثانية في منتجات المياه الغازية، والثالثة في منتجات الأدوية، فبالرغم من تشابه العلامة التجارية إلا أن كل شركة تملكها في نطاق منتجات معينة ومخصصة تختلف عن باقي منتجات الشركات الأخرى التي تملك نفس العلامة التجارية، والأمر هنا لا يثير أي إشكال. ولكن بالنسبة لتسجيل العناوين الإلكترونية فلا يوجد سوى عنوان إلكتروني واحد متمثل في العنوان ***Vichy.com*** يجب تسجيله ولا تملكه سوى شركة واحدة، وهي من كانت السباقة نحو تسجيله ضمن المجال العالمي أو الدولي " **com.**"، وهو ما قد يؤدي إلى نزاعات مع بقية الشركات للاستفادة من العنوان الإلكتروني ضمن هذا المجال العام التجاري، أكثر تفصيل:

Richard MILCHIR : Op.cit, p 25 .

(3) فمثلا يمكن للشركة التجارية **BMW** تسجيل عنوان إلكتروني **BMW.com** ضمن المجال العام أو الدولي كما يمكنها تسجيل العنوان الإلكتروني **BMW.fr** ضمن المجال الوطني، فللشركة إمكانية تسجيل عنوان إلكتروني يمثل علامتها التجارية مرة واحدة فقط في مختلف المجالات العامة وفي مختلف المجالات الوطنية، ولكن لا يمكن تسجيل نفس العنوان مرتين في نفس المجال سواء كان دوليا أو وطنيا.

ثانيا: صور التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني

تتعدد صور التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني، والتي قد تتخذ إما صورة اعتداء العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية، أو الاعتداء العكسي للعلامة التجارية على العنوان الإلكتروني.

ا – اعتداء العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية: إذا كانت العلامة التجارية عرضة للاعتداء عليها في أرض الواقع، فإن الاعتداء عليها تزداد فرص وقوعه على شبكة الانترنت من جانب مسجلي العناوين الإلكترونية [1]، والذي قد يأخذ أحد الأشكال التالية:

1 . تسجيل عنوان إلكتروني متطابق مع علامة تجارية: صاحب تطور الانترنت واستخدامه تجاريا من قبل الأفراد إلى استغلال أنظمة تسجيل العناوين الإلكترونية القائمة على أسبقية التسجيل، دون مراعاة لحقوق أصحاب العلامات التجارية؛ حيث يقوم شخص أو مشروع لا يمتلك أي حق على علامة تجارية بتسجيلها في صورة عنوان إلكتروني على شبكة الانترنت، بقصد الإضرار بمالك هذه العلامة أو إعادة بيع هذا العنوان الالكتروني للمالك بثمن مغالى فيه [2].

وقد قام أصحاب العلامات التجارية المعتدى عليها في البداية بدفع المبالغ المالية لمسجلي العناوين الإلكترونية التي تخصهم حرصا منهم على سمعة العلامة التجارية من جهة، وتجنبا للخوض في منازعات قضائية مرتفعة التكاليف وطويلة الإجراءات من جهة أخرى. وهو الأمر الذي شجع العديد من المعتدين إلى تسجيل أكبر عدد من العناوين الإلكترونية التي تتضمن علامات تجارية مشهورة بقصد تحقيق المكسب المادي.

ويفيد التسجيل المطابق لعلامة تجارية مشهورة كعنوان إلكتروني سوء نية مسجل العنوان الإلكتروني في الاستفادة من هذا التسجيل، سواء بقصد إعادة بيعه مرة ثانية لصاحب العلامة نفسه أو لشركة أخرى منافسة أو بيعه في المواقع المخصصة لبيع وشراء العناوين الإلكترونية، أو بقصد الأضرار بمالك العلامة التجارية وذلك عن طريق حرمانه من تسجيل علامته التجارية كعنوان إلكتروني يمثلها عبر شبكة الانترنت نظرا لسبق تسجيله من طرف الغير.

ومن أمثلة الأحكام القضائية في هذا الخصوص قضية ***IKEA system .V. Bejing Cinet*** حيث أن شركة ***IKEA*** وهي شركة متخصصة في مجال المفروشات وتمتلك العلامة التجارية ***IKEA*** للتعبير عن منتجاتها، تقدمت بدعوى لدى القضاء الصيني ضد شركة صينية تدعى***Cinet*** حيث قامت هذه الشركة بتسجيل الآلاف من العلامات التجارية المعروفة كعناوين إلكترونية ضمن النطاق الوطني الصيني لتسجيل العناوين الإلكترونية كعلامات ***IKEA , Rolex , Cartier , Boss*** بهدف الاستفادة المادية من

(1) عصام رجب بيوض التميمي: مرجع سابق، ص 261.

(2) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 402.

قيمة هذه العناوين الإلكترونية لاحقا، وطالبت القضاء الصيني بإلغاء العنوان الإلكتروني الوطني ***www.IKEA.com.cn***

وقد حكمت المحكمة لمصلحة شركة ***IKEA*** وقضت بالتوقف عن استعمال العنوان الإلكتروني ***IKEA.com*** فورا، وإلغاء تسجيل هذا العنوان خلال فترة أقصاها عشرة أيام من تاريخ صدور الحكم ودفع التعويض لمصلحة الشركة المعتدى عليها، وأسست حكمها على:

- أن مسجل العنوان الإلكتروني لا يملك حقوق علامة تجارية على العنوان الإلكتروني.
- أن نية المسجل لم تكن الاستغلال التجاري، وإنما الكسب المادي من بيع هذا العنوان.
- أن العنوان يطابق علامة تجارية مشهورة ومعروفة عالميا.
- تسجيل العديد من العناوين الإلكترونية من قبل الشركة المشتكي عليها يفيد سوء نيتها حول هدف إعادة بيع هذه العناوين[1].

ولا يحول دون الحكم بالاعتداء على العلامة التجارية، أن يختلف المجال الذي تم تسجيل العنوان الإلكتروني فيه عن المجال الذي سجلت فيه العلامة التجارية، وذلك لأن لمالك العلامة الحق في تسجيلها في كل المجالات[2]

وقد طبقت ذلك العديد من الأحكام القضائية، منها حكم محكمة ***Bordeaux*** لسنة 1996، وتتمثل وقائع القضية في أن شركة ***Atlantel*** صاحبة العلامة التجارية بهذا الاسم، قامت بتسجيل عنوان إلكتروني لها في المجال الجغرافي الفرنسي وهو ***Atlantel.fr***، وأرادت هذه الشركة أن توسع نشاطها وقررت تسجيل عنوان إلكتروني جديد في المجال الدولي وهو ***Atlantel.com***، إلا أنها فوجئت بأسبقية تسجيل هذا العنوان من إحدى الشركات الأخرى.

فرفعت شركة ***Atlantel*** دعوى قضائية ضد الشركة مسجلة العنوان الإلكتروني على أساس أنها اعتدت على علامتها التجارية. تمسكت الشركة المدعى عليها بأن شركة ***Atlantel*** تملك عنوان إلكتروني خاص بعلامتها التجارية في المجال الجغرافي الفرنسي، فالعلامة مسجلة بالفعل على شبكة الانترنت، وأن تسجيلها في المجال الدولي ***.com*** لم يسبب لها أية أضرار.

رفضت المحكمة هذا الدفع، باعتبار أن لمالك العلامة التجارية الحق في استخدامها وتسجيلها كعنوان إلكتروني في أكثر من مجال، ولا يجوز حرمانه من تسجيل العنوان في المجال الدولي، بحجة أن له عنوانا في المجال الوطني[3].

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص247 .

(2) عصام رجب بيوض التميمي: مرجع سابق، ص 266.

(3) ونفس المبدأ طبقته العديد من الأحكام القضائية، منها حكم محكمة باريس الابتدائية عام 1997، حيث أدانت المحكمة الاعتداء على العلامة التجارية **Framatome** التي تمتلكها شركة بالاسم ذاته، والتي تمتلك عنوانا إلكترونيا في المجال الوطني الفرنسي وهو **Framatome.fr** وقد اعتبرت المحكمة أن تسجيل شركة **Association Internaute** للعنوان الإلكتروني **Framatome.com** يمثل اعتداء على العلامة التجارية للشركة. ونفس المبدأ طبق كذلك في الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية لمدينة **Nanterre** لعام 1999، حيث قامت =

2. تسجيل عنوان إلكتروني متشابه مع علامة تجارية: في هذا الفرض يتم الاعتداء على العلامة التجارية عن طريق تسجيل عنوان إلكتروني بصورة مشابهة وليست مطابقة للعلامة التجارية. وذلك بإدخال تعديلات طفيفة كزيادة حروف أو أرقام عليها، ثم تسجيلها كعنوان إلكتروني للاستفادة من التشابه بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية لجذب المستهلكين[1].

ومن تطبيقات هذه الفكرة قرار مركز التحكيم و الوساطة التابع للويبو[2] الصادر في 2001، في قضية عرضت عليه تتلخص وقائعها في قيام شركة ***Nike*** بالاعتراض على تسجيل العناوين الإلكترونية التالية من قبل شركة ***Crystal International*** وهي: ***nikewoman.com, nikeshope.org, inike.net*** والتي حكمت المحكمة فيها بنقل ملكية هذه العناوين الإلكترونية إلى شركة ***Nike***، استنادا إلى شهرة هذه العلامة لدى جمهور واسع من المستهلكين؛ وأن استخدام هذه العناوين قد يثير الخلط في أذهانهم حول مصدر المنتجات المعروضة في هذه المواقع، وكذا استنادا إلى سوء نية المسجل حيث قام بتسجيل العلامة ***Nike*** بصور مختلفة ومتشابهة مع العلامة الأصلية، للاستفادة المالية من وراء تسجيل هذه العناوين [3].

ومن تطبيقاتها أيضا القرار الصادر من مركز التحكيم والوساطة التابع للـــ ***WIPO*** في 2002، متعلق بقضية ***Toyota France***، حيث رفضت اللجنة التي تنظر النزاع قول المدعى عليه بتمييز عنوانه الإلكتروني ***toyota.occasions.com*** عن العلامة التجارية المشهورة **Toyota**؛ ويرجع التمييز من وجهة نظر المسجل إلى أنه أضاف كلمة مستعمل ***occasions***، وهذه الكلمة تعني أنه يستخدم لبيع جميع أنواع السيارات المستخدمة، ومن ثم ليس هناك خلط بين عنوانه الإلكـــتروني وبين العلامة التجارية الأصلية.

= شركة **W3 system Inc** بتسجيل عنوان إلكتروني على شبكة الانترنت تعرض فيه قائمة لعناوين إلكترونية كثيرة مملوكة لشركات تجارية مشهورة بغرض بيعها، ومن بين هذه العناوين العنوان **sfr.com**، طالبت شركة **Radiotéléphone** الفرنسية وصاحبة العلامة **SFR** بوقف استخدام العنوان الإلكتروني على أساس ملكيتها للعلامة التجارية التي يمثلها عنوانها الإلكتروني.

اعتبرت المحكمة أن تسجيل شركة **W3 system Inc** للعنوان الإلكتروني **sfr.com** يمثل تقليدا للعلامة التجارية **SFR** التي تمتلكها شركة **Radiotéléphone**، وأمرت بوقف استخدام العنوان و نقله إلى الشركة الأصلية، و لم تلتفت الشركة إلى دفع شركة **W3 system Inc** بأن شركة **SFR** سجلت عنوانا الكترونيا لعرض منتجاتها هو **sfr.fr**، وأنه لم يصبها أي ضرر من تسجيل العنوان العام **sfr.com** ورأت المحكمة أنه من حق الشركة تسـجيل عنـوان يحـمل علامـتها التـجارية في جمـيع المجلـات، د شريف محمد غنام: مـرجع سابق ص 415،416 .

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص250.

(2) المنظمة العالمية لحقوق الملكية الفكرية **WIPO** أنشئت عام 1967 في مدينة ستوكهولم، وأصبحت من وكالات الأمم المتحدة المتخصصة اعتبارا من السابع عشر ديسمبر سنة 1974 تضم 152 دولة، وتهتم المنظمة بحقوق الملكية الفكرية وحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الأخرى مثل حق إدارة البيانات والحقوق التكنولوجية؛ كما تهدف إلى حماية البيئة التكنولوجية من خلال وضع قواعد تحكم بين نظم الأسماء التعريفية بمواقع الشبكة وحقوق الملكية الفكرية. وتقوم شبكة المعلومات بالترويج للتوسع في استعمال وتبادل تكنولوجيا المعلومات بين الدول الأعضاء، وإيجاد عملية عالمية لأنشطة فحص براءات الاختراع والمنح الخاصة بها، وهذه الشبكة من شانها أن توفر للبلاد النامية فرص أكبر لاستخدام ما لديها من أصول الملكية الفكرية في التجارة الإلكترونية.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص251.

وقد أكدت اللجنة في رفضها هذه الحجة، أن إضافة كلمة مستعمل للعنوان الإلكتروني لا يجعله متميزا عن العلامة التجارية. والعبرة في هذا الصدد بوقع العنوان في أذهان العامة الذي يتمثل بلا شك في أن العنوان ملك للشركة مالكة العلامة [1].

وحرصا على توفير أكبر حماية ممكنة للعلامات التجارية، فيمثل اعتداء تسجيل عنوان إلكتروني مشابه لعلامة تجارية، حتى ولو كان يعبر عن منتجات وخدمات تختلف عن تلك التي يميزها العلامة التجارية المعتدى عليها. وهو ما قرره مركز التحكيم والوساطة في قضية العنوان الإلكتروني ***Volvo insurance*** الذي أقر فيه باعتداء هذا العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية ***Volvo*** حتى وأن هذا العنوان يتضمن نشاطا خاصا بأعمال التأمين، والذي يختلف عن نشاط صناعة السيارات الذي يمثله العلامة التجارية ***Volvo***، وذلك استنادا إلى الخلط واللبس في أذهان الجمهور، والاستفادة من شهرة العلامة ***Volvo*** عند تسجيلها كعنوان إلكتروني في جذب العملاء [2].

ب – اعتداء العلامات التجارية العكسي على العناوين الإلكترونية: على خلاف الفرض السابق في هذه الحالة يتم تسجيل العنوان الإلكتروني قبل تسجيل العلامة التجارية، بحيث إذا ما أراد صاحب العلامة التجارية تسجيلها كعنوان إلكتروني يجد أن العنوان قد سبق تسجيله من طرف الغير، الذي كان الأسبق في التسجيل وتصرف بحسن نية باعتبار أن العلامة لم تكن مسجلة أصلا عند تسجيله للعنوان.

وفي هذه الحالة يعتبر القضاء العنوان الإلكتروني عنصرا من العناصر المعنوية للمشروع، يحميه القانون من أي اعتداء عليه مثل العلامة التجارية [3]. حيث يقر القضاء بأحقية مسجل العنوان الإلكتروني على هذا العنوان ويعتبر أن تسجيل العلامة بعد استعمال العنوان الإلكتروني يشكل اعتداء على حق هذا المسجل [4].

ومن التطبيقات القضائية التي أكدت حماية العنوان الإلكتروني من الاعتداء عليه، نجد الحكم الصادر من محكمة ***Mans*** الابتدائية الصادر في 29 يونيو 1999، وتتمثل وقائع القضية في أن شركة ***SFDI*** قامت باستخدام العلامة ***Oceant*** على شبكة الانترنت وفقا لنظام ***IP*** وهو النظام السابق على وجود العناوين الإلكترونية، وذلك في منتصف يوليو سنة 1996.

وفي 31 يوليو 1996 قامت شركة ***Microvaz*** بتسجيل العلامة التجارية ***Oceant*** لدى مكتب التسجيل الفرنسي ، ثم قامت بتسجيل العلامة ***Oce@net*** لدى نفس المكتب في 2 سبتمبر1996.

كما أرادت أن تسجل العنوان الإلكتروني ***WWW.Oceant.com*** ولكنها فوجئت برفض طلب

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 402.

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 253.

(3) **Richard MILCHIR:** O p.cit, p83.

(4) عصام رجب بيوض التميمي: مرجع سابق، ص292 .

التسجيل لسبق تسجيله من طرف شركة ***SFDI***، منذ أن كان في صورة العنوان الرقمي ***IP***.

على إثر ذلك رفعت شركة ***Microvaz*** دعوى ضد شركة ***SFDI*** لاعتدائها على علامتها التجارية بتسجيلها العنوان الإلكتروني، لكن المحكمة اعتبرت أن العنوان الإلكتروني واحد من عناصر الملكية الصناعية مثله في ذلك مثل العلامة التجارية، واعتبرت أن النزاع هو في الحقيقة نزاع بين علامتين تسبق إحداهما الأخرى في التسجيل، ومن ثم تتوجب حماية العلامة الأسبق.

ولهذه الأسباب رفضت المحكمة الطلبات المقدمة من الشركة المدعية ***Microvaz***، وأكدت المحكمة أن تسجيل العلامة ***Oceant*** من جانب شركة ***Microvaz*** في 31 يوليو 1996، يشكل اعتداء على حق مسجل العنوان الإلكتروني السابق [1].

وفي قضـــية أخرى قامـــت شـــركة أمريكية بتسجيل العنوان الإلكتروني ***www.Moviebuff.com*** في سنة 1996، ثم قامت شركة أخرى في سنة 1998 بتسجيل العلامة التجارية ***Moviebuff*** ورفعت قضية على مسجل العنوان الإلكتروني السابق، على أساس أن تسجيله يعد اعتداء على علامتها التجارية؛ لكن الحكم صدر في هذه القضية لصالح مسجل العنوان الإلكتروني، استنادا إلى أسبقية تسجيله على تاريخ تسجيل العلامة التجارية، وبالتالي رفض الدعوى التي رفعتها الشركة مالكة العلامة التجارية [2].

وبتزايد اعتداءات العلامات التجارية على العناوين الإلكترونية، حيث يقوم الأشخاص والشركات بتسجيل العناوين الإلكترونية المعروفة كعلامات تجارية ثم المطالبة باسترداد هذه العناوين، ظهر المفهوم القانوني " قرصنة العلامات التجارية على العناوين الإلكترونية "، وفي هذا الفرض تكون العلامة التجارية لاحقة في تسجيلها للعنوان الإلكتروني. وقد استقر القضاء على اعتبار هذا التسجيل اعتداء على حقوق مسجل العنوان الإلكتروني استنادا إلى سوء نية مســـجل العلامة التجارية بالإضرار به، وحسن نية المسجل عند تسجيله للعنوان الإلكتروني [3]؛ وبالتالي تتقرر حماية حقه المشروع في هذا العنوان على غرار الحماية القانونية المعطاة للعلامات التجارية المعتدى عليها من قبل العناوين.

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 435.

(2) محمد عبد الرحمن الشمري: مرجع سابق، ص 225.

(3) ومن بين التطبيقات القضائية في هذا الخصوص نجد الحكم الصادر في قضية **Agaphone** عام 1998، حيث رفضت المحكمة في هذا الحكم دعوى تقليد العلامة **Agaphone** من الشركة المالكة لها، على أساس أن تسجيل هذه العلامة جاء لاحقا لتسجيل العنوان الإلكتروني **www. Agaphone.com** بنحو ستة أشهر؛ ومن ثم انتهت المحكمة إلى أن الشركة المدعية لم يكن لها أي حق مشروع على العلامة التي سجلت، فلا وجه للحديث إذن عن وجود اعتداء عليها من جانب مسجل العنوان الإلكتروني، د شريف محمد غنام : مرجع سابق، ص 437.

كما جاءت بعض أحكام مركز التحكيم والوساطة التابع لمنظمة الويبو بتقرير حماية أصحاب العناوين الإلكترونية التي يسجلونها بحسن نية ضد المسجلين اللاحقين للعلامات التجارية، وفي ذلك قضية العنوان الإلكتروني **www.Goldline.com** المسجل قبل العلامة التجارية **Goldline** والتي ادعت بأحقيتها بهذا العنوان ولم يجبها المركز إلى طلبها وأبقى تسجيل العنوان الإلكتروني استنادا إلى حسن نية المسجل مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 260.

الفرع الثاني: مظاهر حماية العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية

أدى اتساع شبكة الانترنت، وانتشار التعاملات التجارية الإلكترونية، إلى ازدياد أعداد المواقع الإلكترونية الذي صاحبه ظهور أشكال جديدة للاعتداءات على العلامات التجارية والعناوين الإلكترونية. وفي حال قيام مثل هذا الاعتداء فلا بد من حماية أصحاب الحقوق المشروعة. ويتجلى وجه من أوجه هذه الحماية في اللجوء إلى القضاء لرفع هذا الاعتداء، عن طريق دعاوى قضائية عامة وقائمة يعتد بها القانون لأصحابها حتى قبل ظهور شبكة الانترنت وانتشار التعاملات التجارية الإلكترونية.

إلا أنه وبهدف زيادة درجة الحماية للعلامات التجارية والعناوين الإلكترونية في الفضاء الإلكتروني كرست جهود عديدة من قبل الناشطين في مجال تنظيم الانترنت وحماية حقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت، والتي أفضت في النهاية إلى تبني نظام التسوية الودية بموجب القواعد الموحدة لتسوية المنازعات، كوسيلة حماية إضافية لتجنب سلبيات الحماية القضائية.

ولبحث موضوع مظاهر حماية العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني بصورة وافية، سنتعرض للحماية عن طريق التسوية القضائية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة (أولا)، وللحماية عن طريق التسوية الودية من خلال القواعد الموحدة لتسوية المنازعات (ثانيا).

أولا: الحماية عن طريق التسوية القضائية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة

يتجسد هذا الوجه من الحماية الذي يرتبها القانون، في الدعوى القضائية التي يطلب من خلالها كل من له حق مشروع حماية القضاء لهذا الحق، حيث يمكنه أن يقاضي كل من يعتدي عليه.

ويقصد بالتسوية القضائية لحل النزاع، الدعاوي القضائية التي يرفعها الشخص للدفاع عن حقوقه المشروعة سواء كان مالك العلامة التجارية أو مسجل العنوان الإلكتروني[1]. ونظرا لكثرة الاعتداءات على العلامات التجارية من قبل العناوين الإلكترونية مقارنة بالاعتداء العكسي للعلامة التجارية على العنوان الإلكتروني فسنبسط البحث أكثر حول حماية العلامة التجارية من الاعتداء عليها مع الإشارة أنه لمسجل العنوان الإلكتروني نفس الحماية وله الحق في إقامة نفس الدعاوى .

وتعد دعوى المنافسة غير المشروعة من أهم صور الحماية المدنية للعلامات التجارية [2].

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 333.

(2) تكفل التشريعات المختلفة حماية العلامات التجارية بدعاوى مدنية وأخرى جزائية، وفي ذلك نص المشرع الجزائري في المادة 28 من الأمر رقم 03 ــ 06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى علم 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات بأنه:" لصاحب تسجيل العلامة الحق في رفع دعوى قضائية ضد كل شخص ارتكب أو يرتكب تقليدا للعلامة المسجلة، ويستعمل نفس الحق تجاه كل شخص ارتكب أو يرتكب أعمالا توحي بأن تقليدا سيرتكب". غير أن تمتع العلامة التجارية بالحماية يشترط تسجيلها، وفي ذلك نصت المادة 26 من الأمر رقم 03 ــ 06 السابق ذكره: " مع مراعاة أحكام المادة العاشرة أعلاه، يعد جنحة تقليد لعلامة مسجلة كل عمل يمس بالحقوق الاستئثارية لعلامة قام به الغير خرقا لحقوق صاحب العلامة، يعد التقليد جريمة يعاقب عليها بالعقوبات المحددة في المواد 27 إلى 33 أدناه.

ا – أحكام دعوى المنافسة غير المشروعة: يعتبر مالك العلامة التجارية ذا حق استئثاري عليها، فهو وحده المخول باستعمالها في تمييز المنتجات والخدمات المقررة لها. ويستتبع ذلك أن قيام أي شخص بتقليدها أو استعمالها لتمييز منتجات أو خدمات متماثلة وفقا لأحد الصور الإلكترونية على شبكة الانترنت يشكل اعتداء على حق صاحب العلامة [1] ؛ الأمر الذي يخول لهذا الأخير إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة ضد المعتدي.

وقد امتد نطاق المنافسة غير المشروعة إلى التعاملات التجارية الإلكترونية، وفي هذا الفرض تنطبق دعوى المنافسة غير المشروعة على التعاملات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت؛ وهي لا تختلف عن القواعد العامة باعتبارها أحد التطبيقات الخاصة لدعوى المسؤولية التقصيرية [2]، إلا من حيث اكتسابها لبعض الخصوصية فيما يتعلق بشروط تطبيقها. فيلزم لقبول الدعوى وجود منافسة ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني وارتكاب مسجل العنوان الإلكتروني لخطأ يترتب عليه ضرر لمالك العلامة التجارية، وسنوضح هذه الشروط من خلال الآتي:

1 . قيام المنافسة ما بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية: يشترط لقبول دعوى المنافسة غير المشروعة وجود تنافس بين مشروعين أو تاجرين يمارسان نفس النشاط أو نشاط متشابه، فإذا اختلف هذا النشاط فلا يتصور وجود منافسة [3]. والأمر نفسه يشترط بالنسبة للمنافسة غير المشروعة على شبكة الانترنت، حيث يتضح من التطبيقات القضائية، أنها أخذت بمعيار تماثل الخدمات والمنتجات كسبيل لتحديد مفهوم المنافسة في التعاملات الإلكترونية، وما يؤدي إليه هذا التماثل من حدوث خلط وتضليل المستهلكين؛ وعليه فإن عدم وجود التماثل أو التشابه في المنتجات والخدمات، ينفي فكرة المنافسة بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني[4].

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 340.

(2) وذلك استنادا إلى نص المادة 124 من القانون المدني الجزائري: " كل فعل أيا كان، يرتكبه المرء و يسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، ولما كانت دعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى نفس الأساس الذي تقوم عليه دعوى المسؤولية التقصيرية فإن شروط مباشرة الدعويين واحدة وتتمثل في:

1. الخطأ: الذي يتجلى في صورة التنافس الغير مشروع، حيث لا بد من قيام حالة المنافسة التي تشترط تماثل النشاط الذي يمارسه المتنافسان أو تشابهه على الأقل، فمن المتعذر القول بوجود منافسة متى كانت المنتجات والخدمات التي يعرضها الطرفان مختلفة. كما يشترط أن تكون أعمال المنافسة من شأنها إحداث اللبس والخلط بين المنشآت والمنتجات واجتذاب عملاء تاجر آخر منافس كما هو الحال في تقليد العلامات.

2. الضرر: وهو شرط الحكم بالتعويض، فلا مسؤولية إذا لم يؤدي مباشرة المنافسة غير المشروعة إلى الإضرار بالمنافس، سواء كان الضرر ماديا كنقص الأرباح أو معنويا كالتأثير على سمعة التاجر. والضرر موجب التعويض هو الضرر محقق الوقوع سواء وقع فعلا أو سيقع حتما في المستقبل أما الضرر الاحتمالي وإن كان غير موجب التعويض إلا أن للمحكمة أن تحكم باتخاذ إجراءات تكفل منع وقوع الضر رفي المستقبل.

3. علاقة السببية: فلا بد أن تقوم رابطة السببية بين الخطأ فعل المنافسة غير المشروع والضرر الذي يصيب المضرور، وذلك من أجل الحصول على التعويض، أما إذا انتفى الضرر فلا مجال للحديث عن المسؤولية المدنية.

(3) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص439.

(4) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 345.

ومن التطبيقات القضائية في هذا الخصوص، قضية ***Comp Examiner .v. Juris*** حول عنوان الموقع الإلكتروني ***Juris.com*** الذي سجله المدعى عليه مع أنه يتطابق مع العلامة التجارية المملوكة للمدعي وهي علامة ***Juris***، واستخدم هذا العنوان الإلكتروني لتسويق ذات المنتجات التي تمثلها العلامة التجارية ***Juris*** وبالتالي فالعمل يعتبر من أعمال المنافسة غير المشروعة، يستوجب منعه من استخدام هذا العنوان(1).

وفي نفس الاتجاه جاء حكم الصادر من محكمة ***Lille*** الابتدائية عام 2001، حيث أدانت المحكمة تصرف الشركة ***(c)*** التي سجلت العنوان الإلكتروني ***boistropicaux.com*** معتدية بذلك على العلامة التجارية ***Bois Tropicaux*** التي تمتلكها شركة ***Le commerce du Bois***، واستندت المحكمة في حكمها إلى الخلط واللبس اللذين ينشآن في أذهان الجمهور نتيجة تسجيل العنوان الإلكتروني وممارسة أنشطة من خلاله (2).

غير أن تطبيقات قضائية أخرى وسعت في مفهوم المنافسة، وطبقت دعوى المنافسة حتى في حالة عدم التماثل أو التشابه ما بين المنتجات والخدمات، وذلك حرصا على حماية العلامة التجارية من الاعتداء عليها عبر شبكة الانترنت. فمجرد تسجيل عنوان إلكتروني يشكل منافسة غير مشروعة للعلامة التجارية، ولو اختلفت المنتجات والخدمات التي يعرضها الطرفان. وذلك لأن مجرد تسجيل عنوان إلكتروني مطابق أو مشابه لعلامة تجارية يعتبر دليل على سوء نية مسجل العنوان في حرمان ومنع مالك العلامة من الاستفادة من علامته التجارية عبر شبكة الانترنت؛ كما قد يكون هدفه من تسجيل العنوان قصد بيعه مرة ثانية إلى مالك العلامة أو شركات أخرى منافسة، وهو ما يشكل في كل الأحوال إضرار بحقوق مالك العلامة التجارية.

ومن تطبيقات هذه الفكرة، الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس عام 1999، وفي هذه القضية أدانت المحكمة الشركة المدعى عليها استنادا إلى قواعد المنافسة الغير مشروعة، على أساس أنها استعملت العلامة التجارية ***Champagne*** واستفادت من شهرتها لجذب العملاء والمستهلكين؛ و لم تلتفت المحكمة إلى دفع المدعى عليها باختلاف الأنشطة والمنتجات التي تعرضها من خلال عنوانها الإلكتروني، والمتعلقة بالروائح والعطور عن تلك التي تمثلها العلامة التجارية والمتعلقة بالخمور(3).

وعليه فبعض الأحكام القضائية الحديثة في مجال الاعتداءات الإلكترونية على العلامات التجارية لا تتطلب لحماية هذه العلامات وقبول دعوى المنافسة غير المشروعة شرط تماثل المنتجات والخدمات التي تعبرعنها العلامة المعتدى عليها والعنوان الإلكتروني المسجل. بل استندت هذه التطبيقات القضائية بدلا من ذلك إلى معيار الخلط والتضليل لدى المستهلكين للاعتبار بحكم المنافسة غير المشروعة.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 345.

(2) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص440.

(3) المرجع السابق، ص 442.

2 . الخطأ في المنافسة غير المشروعة على شبكة الانترنت: في مجال المنافسة غير المشروعة عبر شبكة الانترنت ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني الخلط واللبس هما صورة الخطأ الأكثر شيوعا[1]. وبالتالي فإن تسجيل عنوان إلكتروني مطابق أو مشابه لعلامة تجارية، من شأنه أن يثير التباس في أذهان المستهلكين حول هذه العلامة التجارية، ويعمل على جذب العملاء إلى الموقع الإلكتروني، والاستفادة المالية من جراء هذا التضليل بما يضر صاحب العلامة التجارية.

ولا يشترط في المنافسة غير المشروعة على العلامة التجارية أن يتم استعمال العلامة التجارية كعنوان الكتروني لجذب العملاء والمستهلكين لمصلحة المسجل، بل إن المنافسة غير المشروعة تنطبق حتى ولو كان جذب العملاء لمصلحة شركات أخرى؛ مادام أن تسجيل العلامة التجارية كعنوان إلكتروني لموقع معين يؤدي إلى الخلط والتضليل، حيث يتضمن الموقع على روابط تخص شركات منافسة. وعليه فقيام الموقع بجلب العملاء إلى هذه الشركات منافسة يشكل اعتداء على العلامة التجارية.

وتطبيقا لذلك، انتهت محكمة ***Nanterre*** الابتدائية في قضية ***SFR*** إلى أن شركة ***W3 Systems Inc*** المدعى عليها قد أضرت بالشركة المدعية ***SFR***، حيث قامت بتسجيل علامتها التجارية كعنوان إلكتروني وربطت ما بين هذا العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية لشركة ***France Télécom*** التي تعتبر شركة منافسة لشركة ***SFR***. فبالرغم من أن الشركة المدعى عليها لا تنافس الشركة المدعية لاختلاف الأنشطة التي تمارسها كل منهما، إلا أن المحكمة رأت بأن العملاء الذين يستخدمون العنوان الإلكتروني يجدون أنفسهم أمام الموقع الإلكتروني للشركة المنافسة، مما يؤدي إلى الإضرار بالشركة المدعية ***SFR***، وعليه اعتبرت المحكمة أن سلوك الشركة المدعى عليها ***W3 Systems Inc*** يولد مسؤوليتها المدنية على أساس المنافسة غير المشروعة [2].

ب – التعويض الناشئ عن دعوى المنافسة غير المشروعة كوجه من أوجه الحماية المدنية: للمطالبة بالتعويض جراء التعدي على علامة تجارية، فلا بد من إقامة دعوى المنافسة غير المشروعة. هذا الحق في التعويض مقرر لكل من أصابه ضرر جراء هذا الاعتداء غير مالك العلامة التجارية، كالمستهلك مثلا إذا تضرر من تقليد العلامة التجارية فله أن يرفع الدعوى ويطالب بالتعويض، كما يثبت هذا الحق للتاجر الذي يتعامل بالمنتجات والخدمات إذا ما تضرر نتيجة الاعتداء على العلامة التجارية. وعليه فأساس المطالبة بالتعويض هو الفعل الضار، فكل من أصابه ضرر نتيجة أفعال المنافسة غير المشروعة له أن يرفع دعوى للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر[3].

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص444.

(2) المرجع السابق، ص 446.

(3) عبد الله الخشروم: الحق في التعويض الناشئ عن التعدي كوجه من وجوه الحماية المدنية للعلامات التجارية، بحث غير منشور، جامعة مؤتة الأردن، 2003، ص 3.

ويقدر التعويض عما لحق مالك العلامة التجارية المعتدى عليها من خسارة جراء انخفاض مبيعاته وما فاته من كسب جراء استفادة المعتدي المالية من الاعتداء. ويكون التعويض عن الضرر المادي الذي يصيب مالك العلامة في أمواله، وعن الضرر المعنوي الذي يصيب سمعته ويحط من جودة المنتجات والخدمات ويحد من التعامل معها في المستقبل، مما يؤثر على تسويق المنتج، وبالتالي يترجم الضرر المعنوي إلى ضرر مادي ملموس [1].

وتقدر المحكمة قيمة التعويض متى ثبت ممارسة أفعال المنافسة غير المشروعة وفقا لعدة أمور من بينها [2] :

- حرمان مالك العلامة التجارية من تسجيل علامته التجارية كعنوان إلكتروني يمثل منتجاته وخدماته على شبكة الانترنت لسبق تسجيله من الغير.
- شهرة العلامة التجارية المعتدى عليها، لأنه في الغالب يتم تسجيل العلامات التجارية المشهورة كعناوين إلكترونية للاستفادة المالية من شهرتها وانتشارها ما بين المستهلكين. وعليه فكلما زادت شهرة العلامة التجارية المعتدى عليها، زادت الأضرار التي تلحق مالكها نتيجة هذا الاعتداء، وبالتالي تزيد قيمة التعويض الذي تحكم به المحكمة.
- مدة الاستخدام التجاري للعنوان الإلكتروني الذي يتضمن العلامة التجارية من جانب مسجله، فإذا قام باستخدام هذا العنوان لأغراض تجارية ولفترة طويلة بهدف تحقيق مكاسب مادية على حساب تلك العلامة فيزيد هذا الاستخدام من قيمة التعويض. والعكس في حالة عدم الاستخدام التجاري للعلامة، كتسجيلها كعنوان إلكتروني بهدف بيعه مرة ثانية دون ممارسة أي نشاط تجاري للاستفادة منها، وسارع المسجل إلى نقل العنوان أو إلغائه بمجرد إخطاره بالدعوى، فإن التعويض سيكون أقل.
- ملكية الشركة مالكة العلامة التجارية لعناوين إلكترونية أخرى تمثلها وتعبر عن منتجاتها وخدماتها على شبكة الانترنت، ومنه فإن الاعتداء على علامتها التجارية من قبل العنوان الإلكتروني يرتب ضررا أقل لوجود عناوين أخرى تمثلها غير هذا العنوان، وبالتالي تنخفض قيمة التعويض المستحق. وهو ما جاء به حكم المحكمة الابتدائية لباريس في قضية ***Galaries- Lafayette*** حيث أشارت المحكمة إلى أن الشركة المدعية ***Galaries- Lafayette*** تملك ثلاثة عناوين إلكترونية على شبكة الانترنت، وبالتالي يمكن لمستخدمي الانترنت أن يصلوا إلى منتجاتها عبر تلك المواقع، وعليه فإن الضرر الذي أصابها جراء تسجيل العنوان محل النزاع قليل[3].
- كما يرتفع مبلغ التعويض إذا كانت العلامة التجارية تمثل أهمية كبيرة بالنسبة للشركة، وعلى العكس إذا

---

(1) عبد الله الخشروم: مرجع سابق، ص 16.

(2) **Jaque FARANEL:** Le droit des noms de domaine sur l'Internet Editions Eyrolles, 2005 p 123.

(3) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 351، 352.

كانت العلامة المعتدى عليها قليلة الأهمية بالنسبة للشركة، وهو ما يتحقق في الأحوال التي تمتلك فيها الشركة عدة علامات تجارية تتفاوت في القيمة والأهمية، فالعلامة ذات القيمة الأهم ترتفع معها قيمة التعويض [1].

- وتؤثر صفة مسجل العنوان الإلكتروني في تقدير التعويض، فإذا قامت شركة كبيرة بتسجيل عنوان إلكتروني يتشابه مع علامة تجارية لشركة منافسة لها، حتى تستفيد من شهرة هذه الشركة في تسويق منتجاتها وجلب العملاء، فإن مقدار التعويض سيكون مرتفعا مقارنة مع تسجيل العلامة التجارية كعنوان إلكتروني من أحد الأشخاص بهدف بيعه مرة ثانية، دون أن تكون لديه نية منافسة الشركة مالكة العلامة[2].
- كما لمقدار الاستثمارات التي أنفقها مالك العلامة التجارية للإعلان عنها ونشرها ما بين المستهلكين دور في تقييم مقدار الضرر الذي يجب تعويضه.

إضافة إلى التعويض، فقد تحكم المحكمة بجزاءات أخرى كوقف استخدام العنوان الإلكتروني الذي تسبب في المنافسة غير المشروعة. ويقصد بذلك غلق هذا العنوان، وحظر ممارسة أي أنشطة من خلاله سواء كانت الأنشطة تتشابه مع تلك التي تمثلها العلامة التجارية أم تختلف عنها، وبذلك يمنع استخدام العلامة التجارية بأي صورة تضر حقوق مالكها. وغالبا ما يكون الحكم بوقف استخدام العنوان الإلكتروني، مصحوبا بغرامة تهديدية تفرض على مسجل العنوان الإلكتروني في حالة استخدامه له بعد التاريخ الذي تحدده المحكمة [3].

كما قد تحكم المحكمة بإلغاء العنوان الإلكتروني أو نقله، لأن تسجيل عنوان إلكتروني يتضمن علامة تجارية يحرم مالكها من تسجيلها مرة ثانية للاستفادة منها لتمثيل منتجاته وخدماته على شبكة الانترنت وفقا لمبدأ أسبقية التسجيل، الذي يقوم عليه نظام تسجيل العناوين الإلكترونية. وعليه تحرص التطبيقات القضائية إلى إزالة الضرر بالحكم بإلغاء العنوان الإلكتروني أو نقله إلى مالك العلامة التجارية.

ونشير إلى أن هذه المسألة تثير صعوبات تخص تنفيذ هذا الحكم من طرف هيئات التسجيل، باعتبار أن الحكم بالإلغاء أو النقل ليس ملزما سوى لأطرافه، لكن حرص هذه الجهات المكلفة بتسجيل العناوين سواء الوطنية أو الدولية على حماية الملكية الفكرية للعلامات، جعلها تستجيب لأحكام القضاء في هذا الخصوص خاصة عند احتراف المدعى عليه تسجيل العناوين الإلكترونية المطابقة للعلامات التجارية وبيعها.

---

(1) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 352.

(2) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص352.

(3) تطبيقا لذلك قضت محكمة **Lille** الابتدائية في حكمها الصادرفي10 يوليو2001 بوقف استخدام العنوان الإلكتروني **boistropicaux.com** من جانب شركة **(c)** بسبب تماثل العلامة التجارية **Bois Tropicaux** التي تملكها شركة **Le commerce du Bois** مع العنوان الإلكتروني.

ثانيا: الحماية عن طريق التسوية الودية من خلال القواعد الموحدة لتسوية المنازعات

إن التعامل عبر الانترنت يخترق بطبيعته الحدود الجغرافية للدول نظرا لعالمية الشبكة، وهو ما يجعل التعاملات التجارية ذات طبيعة خاصة لأنها تعتمد عليه بالأساس. وقد رأينا أن أصحاب الملكية الفكرية الذين يقعون ضحية الاعتداء عليها على شبكة الانترنت، يلجئون إلى التسوية القضائية، لكنها تحصر الحماية في الحدود الإقليمية التي تعمل فيها المحاكم الوطنية. ومن هنا جاء التفكير في جعل حماية الحقوق التي يجري التعامل فيها عبر الانترنت عالمية، الأمر الذي دفع العديد من المؤسسات والمنظمات المعنية بهذه المعاملات إلى الاهتمام بحماية حقوق الملكية الفكرية المطروح التعامل عليها عبر الانترنت، وهو ما يخـــدم في النـــهاية أطراف معاملات التجارة الإلكترونية [1].

والجدير بالذكر الجهود المميزة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية ***WIPO*** التي تنبهت إلى أهمية حماية العلامات التجارية في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، بتطور أشكال التعاملات التجارية من تقليدية إلى إلكترونية [2].

وقد كللت جهود المنظمة العالمية للملكية الفكرية، باستجابة مؤسسة ***ICANN*** لما ورد في التقرير الأول للمنظمة لسنة 1999، وتبني قواعد جديدة لحل النزاعات المتعلقة بالعناوين الإلكترونية، وهـــي ما تعـــرف بـــ" القواعد الموحدة لتسوية نزاعات العناوين الإلكترونية " ويطلق عليها أيضا قواعد ***« UDRP »*** [3] وللإحاطة بهذه القواعد باعتبارها وسيلة حماية إضافية، سنبحث طبيعة هذه القواعد القانونية ونطاق تطبيقها أولا، ثم الشروط والإجراءات المتبعة في تطبيقها ثانيا.

ا – <u>الطبيعة القانونية للقواعد الموحدة لتسوية المنازعات ونطاق تطبيقها</u>: القواعد الموحدة لتسوية المنازعات هي القواعد التي أصدرتها منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت ***ICANN*** كوسيلة ودية واختيارية لحل المنازعات الناشئة عن تسجيل العناوين الإلكترونية، وبصفة خاصة تلك التي تتعلق بالاعتداءات على العلامات التجارية [4]. وتعتبر شكل جديد من الوسائل البديلة لحل نزاعات التجارة الإلكترونية باعتبارها نظام خاص ومتميز، وسنبين ذاتيتها على النحو التالي:

1 . الطبيعة القانونية لقواعد الـــ ***UDRP***: تختلف هذه القواعد عن نظام التقاضي أمام المحاكـــم العـــادية لأن جهات الفصل في المنازعات هي هيئات تحكيم دولية وليست محاكم وطنية. كما أن هذه الهيئات تنظر في النزاع عن طريق لجان إدارية، وتصدر حكم غير ملزم للأطراف، ولا تنص هذه القواعد على استئناف القرار

(1) د أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 66 ،67.

(2) ويتجلى الدور المميز للمنظمة العالمية للملكية الفكرية **WIPO** في إصدار تقارير عامة في 1999 وفي عام2001، تتضمن مبادئ وتوصيات تتبعها الشركات المختصة بالتسجيل لتجنب المنازعات المستقبلية للعناوين الإلكترونية. كما أنشئت المنظمة مركز خاص للتحكيم والوساطة تابع لها يلجأ إليه المتنازعون لفض منازعاتهم، د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 415.

(3) اختصارا بالانجليزية لـــ **U**niform **D**ispute **R**esolution **P**olicy .

(4) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 367.

الصادر أمام جهات قضائية أعلى، ومنه فلا يمكن وصفها بالوسيلة القضائية.

وإن كان جانب من الفقه يقربها إلى نظام التحكيم للتشابه بينهما في إجراءات الفصل في النزاع[1]، إلا أن القراءة المتأنية للقواعد الموحدة لتسوية المنازعات توضح وجود عدة فوارق بين النظامين تتجلى فيما يلي:

- إن اللجوء إلى القواعد الموحدة لتسوية المنازعات ***UDRP*** يتم بناء على شرط في عقد تسجيل العنوان الإلكتروني تفرضه الشركة مسجلة العنوان[2]، ويتضمن هذا الشرط اللجوء إلى هذه القواعد لفض أي نزاع يتعلق بالعنوان الإلكتروني مستقبلا. فالعقد يتم بين مسجل العنوان الإلكتروني والجهة المختصة بالتسجيل، ومن ثم فإن مالك العلامة التجارية لا يكون على علم بهذا الشرط لأنه ليس طرفا في العقد.

والأمر يختلف بالنسبة لنظام التحكيم، حيث يتم اللجوء إليه بموجب اتفاق ما بين الطرفين على اللجوء إلى التحكيم لفض أي نزاع يدور بينهما مستقبلا بشأن العقد المبرم، وعليه فيكون طرفي النزاع على علم به.

- وجود الشرط الذي يقضي بخضوع النزاع المتعلق بالعنوان الإلكتروني لقواعد ***UDRP*** لا يمنع أطراف النزاع من اللجوء إلى القضاء للنظر في النزاع حتى مع وجود هذا الشرط، سواء قبل البدء في النزاع أو بعد النظر فيه[3]. وفي حالة اللجوء إلى القضاء فللجنة الإدارية التي تنظر في النزاع إما أن توقف سريان الإجراء أو تنهيه كلية [4].

أما في مجال التحكيم فالطرفين ملزمين باللجوء إلى التحكيم لفض النزاع بموجب شرط التحكيم الوارد في العقد، ويترتب على ذلك الامتناع عن التوجه للقضاء للفصل في هذا النزاع؛ وإذا ما تم رفع الدعوى أمام القضاء واستنادا لشرط التحكيم فيتوجب على المحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى.

- إن القرار الصادر بناء على قواعد***UDRP*** لا يمنع الأطراف من طرح القضية أمام القضاء للنظر فيها من جديد، وقد يصدر حكما يخالف القرار الصادر بناء على قواعد ***UDRP***، وبالتالي فإن هذا القرار

---

(1) حيث تستند القواعد الموحدة في تطبيقها إلى شرط في عقد تسجيل العنوان الإلكتروني، ومن ثم تعيين لجنة الفصل في النزاع وفحص مضمون الشكوى، وإصدار القرار بعد ذلك. وهو ما يتشابه بنظام التحكيم في شكله العام، الذي يستند كذلك في تطبيقه إلى شرط اللجوء إلى التحكيم ثم تكوين هيئة التحكيم التي تنظر في النزاع وتصدر القرار التحكيمي.

(2) **Jean-François BOURQUE, Éric LABBÉ, Daniel POULIN, François JACQUOT:** Guide juridique du commerçant électronique, Montréal Thémis, 2001 p 43.

(3) المادة (**4** الفقرة **k**) من القواعد الموحدة لتسوية المنازعات **UDRP**.

(4) **Jaque FARANEL:** La protection des signes distinctifs sur Internet, Revue des marques, numéro 66, juillet 2004, p35 .

غير ملزم للقـــضاء للأخـــذ به [1].

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للتحكيم، لأنه يتمتع بحجية الأمر المقضي به، بحيث يمنع النظر في الحكم أمام هيئة تحكيم أخرى مادام قد صدر بين نفس الأطراف ويتعلق بنفس الوقائع. كما لا يجوز لأي جهة قضائية أن تنظر في هذا النزاع لوجود شرط التحكيم في العقد يستبعد اختصاصها بالنظر الموضوع ويستثنى من ذلك فقط حالة الطعن في الحكم لإلغائه من القضاء العادي[2].

- لا ينفذ الحكم الصادر بموجب القواعـــد الموحدة من جانـــب أطراف النزاع، بل ينفذ من جانب الغير وهو هيئة التسجيل التي قامت بتسجيل العنوان الإلكتروني، فهي التي تقوم بإلغاء العنوان الإلكتروني أو نقل هذا العنوان إلى صاحب الحق فيه أو إبقاء العنوان ملكا لمسجله. فالقرار لا يخاطب سوى هيئة التسجيل بالرغم من أنها ليست طرفا في النزاع، كون أن أطراف النزاع هم مســـجل العنـــوان الإلكـــتروني ومالك العلامة التجارية [3].

وهو بخلاف ذلك فيما يتعلق بحكم التحكيم الذي لا يمتد آثاره إلى غير طرفيه، إلا إذا كان هناك تمثيل لهذا الغير من جانب أطراف العقد [4].

نخلص مما سبق، أن نظام القواعد الموحدة لتسوية المنازعات يختلف عن التحكيم كما يختلف عن القضاء العادي، مما يجعله نظام خاص ومتميز عن أنظمة الفصل في المنازعات القانونية، وشكل جديد للفصل في المنازعات المستحدثة التي أوجدتها التعاملات الإلكترونية، يهدف هذا النظام إلى توفير حماية قانونية فعالة للعناوين الإلكترونية والعلامات التجارية على شبكة الانترنت.

2 . نطاق تطبيق قواعد الـــ ***UDRP***: تعتبر القواعد الموحدة لتسوية المنازعات الإطار القانوني لفض المنازعات الناشئة ما بين العناوين الإلكترونية والعلامات التجارية. لكنها لا تنظر في كافة هذه المنازعات بل فقط عندما يسجل العنوان الإلكتروني بصورة غير مشروعة، وبدون حق قانوني للإضرار بحق مشروع لمالك العلامة التجارية، وللاستفادة المالية من وراء هذا التسجيل.

ويجوز للشخص المتضرر من تسجيل عنوان إلكتروني يتضمن علامته التجارية، أن يرفع شكواه ضد أي شخص طبيعي أو معنوي قام بهذا التســـجيل باســـتثناء شـــركة ***ICANN*** نفـــسها وهـــيئات التســـجيل المختصة بتســـجيل العـــناوين الإلكتـــرونية، الذين لا يخضـــعون لهذه القواعد حيث يتم مقاضاتهم أمام المحاكم العادية.

وتختص قواعد الـــ ***UDRP*** بالفصل في النـــزاع بموجـــب شرط أو بـــند يدرج في عقد تسجيل العنوان

(1) المادة (**4** الفقرة **k**) من القواعد الموحدة لتسوية المنازعات **UDRP**.

(2) فيصل محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص 623، 633.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 375.

(4) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 411.

الإلكتروني يقبل بمقتضاه مسجل العنوان بالخضوع إلى هذه القواعد في حال نشوب نزاع يتعلق بهذا العنوان. وقد حرصت الأيكان على فرض هذا البند على كل مسجلي العناوين الإلكترونية ابتداء من 1 ديسمبر 1999 وبخصوص عقود التسجيل قبل هذا التاريخ، فيكون للأطراف اللجوء إلى القـــواعد الموحـــدة لفض النزاع بشكل اختياري [1].

والأصل أن تنطبق القواعد الموحدة ***UDRP*** على العناوين الإلكترونية العامة أو الدولية كالتي تنتهي بـــ ***com, org, net***، فتنطبق هذه القواعد الموحدة على العناوين المسجلة تحت هذه العناوين العامة وتتضمن اعتداء على علامات تجارية، كما قد تنطبق على العناوين الإلكترونية الوطنية أو المحلية إذا اعتمدتها الهيئات المسؤولة عن تسجيل هذه العناوين[2].

ب – شروط تطبيق القواعد الموحدة لتسوية المنازعات والإجراءات المتبعة في هذا التطبيق: حتى يخضع النزاع المتعلق بالعنوان الالكتروني إلى قواعد الـــ ***UDRP*** لا بد من توافر ثلاثة شروط[3]:

1 . تطابق أو تشابه ما بين العنوان الإلكتروني العلامة التجارية بشكل يحدث خلطا وتضليلا لدى الجمهور: وبناء على هذا الشرط فلا بد أن يثبت المدعي مالك العلامة التجارية أن العنوان الإلكتروني محل النزاع مطابق لعلامته أو مشابه لها، بصورة تدعو إلى التضليل والخلط في أذهان الجمهور.

ولا يشترط أن يكون هناك تماثل تام ما بين العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية، بل يكفي أن يتوافر التشابه بينهما بشكل يثير الخلط واللبس في ضوء المظهر العام للاثنين [4].

والحماية الواردة في قواعد ***UDRP*** تنصرف إلى العلامات المسجلة وغير المسجلة، فشروط تطبيق القواعد الموحدة لتسوية المنازعات اشترطت إثبات مالك العلامة التجارية لوجود تماثل أو تشابه بين العنوان الإلكتروني وعلامته التجارية، لكنها لم تشترط أن يقوم بإثبات تسجيله الفعلي لعلامته التجارية المعتدى عليها. وعليه فيستطيع مالك العلامة التجارية الذي استخدمها لفترة طويلة تكسبه ملكيتها، أن يتقدم بشكوى في حال تم تسجيلها كعنوان إلكتروني من طرف الغير، حتى ولو لم تكن هذه العلامة التجارية مسجلة [5].

---

(1) **Marie-Christine JANSSENS, Alexandre CRUQUENAIRE Emmanuel CORNU et al:** La protection des marques sur internet, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles, Bruylant, 2007, p 75.

(2) **Sofian AZZABI :**O p. cit , p 43 .

(3) المادة (**4** الفقرة **a**) من القواعد الموحدة لتسوية المنازعات **UDRP**.

(4) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 386.

(5) ومن تطبيقات ذلك وفقا لقرارات مركز التحكيم والوساطة، القرار الصادر بنقل العنوان الإلكتروني **Chemstations.com**، حيث طالبت شركة **Chemstations Inc** نقل هذا العنوان الإلكتروني إليها بالرغم من أنها لم تسجل علامتها التجارية، وقد رأت اللجنة الإدارية التي تفصل في النزاع أنه يكفي لقبول الشكوى أن تثبت الشركة المدعية أنها تمارس أنشطة باسم هذه العلامة منذ فترة، حتى ولو لم تسجل هذه العلامة التجارية، د شريف محمد غنام: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعـــنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2007، ص 220.

2 . عدم وجود حق أو مصلحة مشروعة لمسجل العنوان الإلكتروني على هذا العنوان: على مالك العلامة التجارية أن يثبت عدم وجود حق أو مصلحة مشروعة لمسجل العنوان الإلكتروني لقبول شكواه. والحق في التسجيل يكون لمسجل العنوان الإلكتروني إذا كان يمتلك هو الآخر علامة تجارية بنفس اسم علامة المدعي. وفي هذه الحالة يكون من حق الاثنين تسجيل عنوان إلكتروني يتضمن هذه العلامة التجارية ليعبر عن منتجاته وخدماته على شبكة الانترنت. واستنادا لمبدأ الأسبقية الذي يقوم عليه تسجيل العناوين الإلكترونية، فلمن يسبق في تسجيل العنوان حق عليه ومصلحة مشروعة في استخدامه [1].

أما المصلحة المشروعة لمسجل العنوان الإلكتروني فقد حددتها القواعد الموحدة لتسوية المنازعات ***UDRP*** على سبيل الحصر وتتمثل في الحالات التالية [2]:

ا ــ أن يثبت مسجل العنوان الإلكتروني أنه قبل معرفته بوجود نزاع يتعلق بهذا العنوان، قد استخدمه بالفعل بحسن نية لعرض منتجات وخدمات من خلاله، أو جهزه لهذا الاستخدام، ويعني الاستخدام الفعلي والمستقبلي لهذا العنوان الإلكتروني [3].

ب ــ أن يثبت مسجل العنوان الإلكتروني أنه معروف جيدا بالاسم الذي سجل به العنوان الإلكتروني محل النزاع.

ج ــ أن يثبت مسجل العنوان الإلكتروني أنه قد استغل العنوان الإلكتروني استغلالا غير تجاري لا يهدف إلى تحقيق الربح، ودون أن تكون لديه نية اختلاس العملاء من مالك العلامة التجارية، أو نية الإساءة إلى هذه العلامة والإضرار بصاحبها [4].

3 . أن يكون تسجيل العنوان الإلكتروني واستخدامه بسوء نية: فوفقا لقواعد الـ ***UDRP*** يجب أن يثبت مالك العلامة التجارية سوء نية مسجل العنوان الإلكتروني عند تسجيله لهذا العنوان. وقد حددت القواعد الموحدة أربع حالات تثبت سوء نية المسجل[5]:

ا ــ إذا كان الهدف من تسجيل العنوان الإلكتروني بيعه لمالك العلامة التجارية أو أحد منافسيه بمبالغ مغالى فيها تتجاوز بكثير نفقات تسجيله.

---

(1) فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: مرجع سابق، ص644.

(2) المادة (**4** الفقرة **c**) من القواعد الموحدة لتسوية المنازعات **UDRP** .

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 383.

(4) نلاحظ فيما يخص هذا الشرط عدم وضوح الشخص المكلف بالإثبات، فالأصل أن يكون على عاتق مالك العلامة عبء إثبات عدم وجود حق أو مصلحة مشروعة لمسجل العنوان الإلكتروني، غير أن نص المادة (**4** الفقرة **c**) من القواعد الموحدة لتسوية المنازعات حدد الحالات التي تمكن المدعى عليه مسجل العنوان الإلكتروني من إثبات المصلحة المشروعة في تسجيله. ومنه فإذا تعذر عليه ذلك يعتبر المدعي مثبتا لعدم وجود الحق أو المصلحة المشروعة لمسجل العنوان الإلكتروني، وبالتالي فالمادة (**4** الفقرة **c**) من قواعد **UDRP** نقلت عبء الإثبات من المدعي مالك العلامة التجارية إلى المدعى عليه مسجل العنوان الإلكتروني.

(5) المادة (**4** الفقرة **b**) من القواعد الموحدة لتسوية المنازعات **UDRP**.

ب ــ إذا تم تسجيل العنوان الإلكتروني بهدف منع مالك العلامة التجارية من امتلاك عنوان إلكتروني يمثل علامته على شبكة الانترنت.

ج ــ عندما يسجل العنوان الإلكتروني للإضرار بأعمال المنافسة لأحد المنافسين.

د ــ إذا سجل العنوان الإلكتروني بهدف اختلاس عملاء مالك العلامة التجارية من مستخدمي الانترنت [1].

وتعتبر هذه الحالات واردة على سبيل المثال وليس الحصر. حيث يمكن استنتاج سوء نية مسجل العنوان الإلكتروني من العديد من المؤشرات، كشهرة العلامة التجارية المعتدى عليها، أو عدم الرد على إدعاءات المدعي، أو كثرة تسجيل المدعى عليه لعناوين إلكترونية وعرضها للبيع.

وبهدف التوسع في حماية العلامات التجارية من الاعتداء عليها عبر الانترنت من قبل العناوين الإلكترونية يستخلص سوء نية مسجل العنوان الإلكتروني حتى ولو لم يقم باستخدام هذا العنوان تجاريا، بمعنى لم يمارس أية أنشطة تجارية عليه. ومنه فمجرد عرض العنوان الإلكـــتروني للبيع ولو لم يستخدم تجاريا يحقق سوء نية مسجله [2]. أما فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة في تطبيق القواعد الموحدة لتسوية المنازعات، فتتم عبر شبكة الانترنت، وهذا أهم ما يميزها عن غيرها من الطرق الودية لتسوية النزاع.

وقد أصدرت منظمة الأيكان إلى جانب القواعد الموحدة لتسوية منازعات العناوين الإلكترونية قواعد إجرائية يتعين على الهيئات المخولة بالنظر في هذه المنازعات إتباعها [3]. كما لهذه الهيئات أن تضيف قواعد تكميلية تغطي بعض الجوانب الإجرائية التي لم تتطرق لها القواعد العامة، شرط أن لا تتعارض مع القواعد الموحدة لتسوية المنازعات ***UDRP*** في حد ذاتها [4]. وتتلخص هذه الإجراءات المتبعة أمام الجهات المختصة بالنظر في النزاع على النحو التالي [5]:

---

(1) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 392.

(2) وقد طبق هذا التوسع مركز التحكيم والوساطة التابع للويبو في قضية عرضت عليه سنة 2003، حيث لم يستخدم المدعى عليه العنوان الإلكتروني تجاريا، إلا أن اللجنة رأت أن شهرة العلامة التجارية **Telestra** وتسجيل عدد كبير من العناوين الإلكتروني بصورة تتضمن هذه العلامة مثل: **Telestara.net, Telestra.com.au, Tlestra.com**، كما أن مسجل هذا العنوان لم يزود هيئة التسجيل بمعلومات صحيحة لعدم كشف شخصيته الحقيقية، وعليه فإن هذا التسجيل قد تم بسوء نية، مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 390.

(3) يشار إلى هذه القواعد الإجرائية بالانجليزية : **R**ules for **U**niform **D**omain **N**ame **D**ispute **R**esolution **P**olicy

(4) **Sofian AZZABI :**Op. cit, p 43.

(5) من الجهات المعتمدة في الوقت الحالي من قبل الأيكان للفصل في منازعات العناوين الإلكترونية:

1. مركز التحكيم و الوساطة التابع للمنظمة العالمية للملكية الفكرية **AMC** اختصارا بالانجليزية لـــ The WIPO **A**rbitration and **M**ediation **C**enter : وهو من أهم المراكز الفصل في النزاعات المتعلقة بأسماء النطاق (العناوين الإلكترونية) والعلامات التجارية، تم اعتماده في 1 ديسمبر 1999.

2 . محكمة التحكيم الوطنية **NAF** اختصارا بالانجليزية لـــ: The **N**ational **A**rbitration **F**orum، وتعد من أهم مقدمي خدمة تسوية نزاعات العناوين الإلكترونية في أمريكا الشمالية، تم اعتمادها في 23 ديسمبر 1999 =

1 . تقديم الشكوى من قبل مالك العلامة التجارية: حتى يتم التصدي للنزاع، لا بد من تقديم شكوى من المتضرر مالك العلامة التجارية (المدعي) لدى إحدى الجهات المختصة بالنزاع، يدعي فيها اعتداء مسجل العنوان الإلكتروني على علامته التجارية بتسجيله عنوانا مطابقا لعلامته. وقد أوجبت القواعد الإجرائية أن تتضمن الشكوى البيانات التالية[1]:

ـــ البيانات الشخصية المتعلقة بمالك العلامة التجارية المعتدى عليها، وكذا البيانات الشخصية لمسجل العنوان الإلكتروني المعتدي.

ـــ تحديد العنوان الإلكتروني محل النزاع، وتحديد العلامة التجارية المعتدى عليها، والمنتجات والخدمات التي تعبر عنها.

ـــ إثبات ملكية المدعي للعلامة التجارية المعتدى عليها.

ـــ المحكمة المختصة بالنظر في النزاع في حالة عدم قبول قرار اللجنة.

ـــ بيان أن المدعي على استعداد للقيام بأي إجراء تكميلي تلزمه به الهيئة لحين النظر في النزاع.

ـــ إثبات شروط خضوع النزاع لقواعد الـ ***UDRP*** بأن يثبت أن العنوان المسجل يشبه أو يطابق علامته التجارية، وأن ليس للمدعى عليه أي حق أو مصلحة مشروعة على العنوان، وأنه قد قام بتسجيله عن سوء نية.

بعد ذلك تقوم اللجنة بفحص الشكوى للتأكد من تقديم كافة البيانات، وفي حالة ما إذا وجدت أي نقص فإنها تخطر المدعي، وتطلب منه استكمال النقص في ظرف خمسة أيام، فإن لم يقم بذلك فيعتبر أنه قد تناول عن شكواه [2].

أما في حال قبول الشكوى، فيتوجب على المدعي دفع الرسوم القانونية عن شكواه خلال عشرة أيام من تاريخ تسلم الشكوى من قبل الهيئة المختصة بالفصل في النزاع؛ وإذا لم يقم المدعي بدفع الرسوم فيعتبر ذلك بمثابة سحب للشكوى، ولا تقوم الجهة المختصة بأي إجراء بخص النزاع قبل دفع الرسوم [3].

ومقدار هذه الرسوم تقدره الهيئة المعتمدة للفصل في النزاع وفقا للقواعد التكميلية التي تضعها.

= **3** . مركز التسوية الإلكترونية **eRes** اختصارا بالانجليزية لـ :eResolution، وهي محكمة افتراضية إلكترونية كندية، تم اعتمادها في 1 يناير 2000.

4 . مؤسسة تسوية ومنع المنازعة **CPR** اختصارا بالانجليزية لـ **C**onflict **P**revention and **R**esolution، يهدف إلى إدارة وتسوية المنازعات المتعلقة بالتسجيل السيئ للعناوين الإلكترونية، اعتمد في 22 مايو 2000 ،هذا وتقوم شركة الأيكان من وقت لآخر اعتماد المزيد من المراكز المختصة بتسوية المنازعات، طبقا للقواعد الموحدة لتسوية منازعات العناوين الإلكترونية وقواعد الإجراءات والقواعد التكميلية التي تنظمها هذه المراكز، أكثر تفصيل محمد سعيد إسماعيل: مرجع سابق، ص 348، 349.

(1) المادة (**3**الفقرة **b**) من القواعد الإجرائية لقواعد الـ **UDRP**.

(2) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 396.

(3) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 396.

2 . إخطار المدعى عليه بالشكوى وتكوين لجنة النظر في النزاع: بعد تقديم الشكوى وفحصها من قبل الهيئة المختصة بالنظر في النزاع والتأكد من دفع الرسوم، تقوم جهة الفصل في النزاع بإخطار المدعى عليه بالشكوى في غضون ثلاثة أيام من تاريخ دفع الرسوم من قبل المدعي.

ومن ثم تمنح الهيئة للمدعى عليه مدة عشرون يوم للرد على ما ورد بالشكوى، قد تمتد في ظروف استثنائية لأكثر من ذلك، وتباشر الهيئة تكوين اللجنة المختصة بنظر النزاع بعد مرور خمسة أيام من تلقي رد المدعى عليه من انتهاء المدة المحددة للمدعى عليه للرد على الشكوى [1].

3 . النظر في النزاع المعروض من قبل اللجنة: تفصل اللجنة في النزاع بناء على المستندات المقدمة من الأطراف ويجوز أن تطلب تزويدها ببعض المستندات الإضافية والضرورية للفصل في النزاع.

وتطبق اللجنة على النزاع القواعد الموحدة ***UDRP*** والقواعد الإجرائية ***UDRP Rules*** والمبادئ القانونية والقواعد التي ترى اللجنة إمكانية تطبيقها [2].

أما عن اللغة التي تنظر بها اللجنة في النزاع فهي اللغة التي يختارها أطراف النزاع، وإن لم يتفق الأطراف فيتم اعتماد اللغة التي تم بها تسجيل العنوان الإلكتروني وفقا لعقد التسجيل، ما لم تقرر اللجنة لغة أخرى أكثر ملائمة لظروف الدعوى [3].

وخلال النظر في الدعوى يمنع على المدعى عليه التصرف في العنوان الإلكتروني محل النزاع، بنقله مثلا إلى شخص آخر، كما لا يجوز له أن يطلب تسجيل العنوان الإلكتروني أمام هيئة تسجيل أخرى. وإذا خالف المدعي عليه هذا الحظر، تقوم الأيكان بمخاطبة شركة التسجيل المختصة لإلغاء الإجراءات التي تمت على العنوان الإلكتروني خلال هذه الفترة [4].

هذا وينتهي الإجراء الذي تقوم به اللجنة المختصة بالفصل في النزاع لأحد الأسباب التالية:

- إذا توصل الأطراف إلى اتفاق بشأن العنوان الإلكتروني محل النزاع قبل صدور القرار من جانب اللجنة.
- إذا قرر أحد الأطراف المدعي مالك العلامة التجارية أو المدعى عليه مسجل العنوان الإلكتروني اللجوء إلى القضاء للفصل في موضوع النزاع.

4 . صدور القرار من اللجنة المختصة بالفصل في النزاع: بعد أن تنظر اللجنة في النزاع تصدر قرارها في أجل 14 يوما من تاريخ تعيينها، وتنحصر قراراتها في نوعين[5]:

- فقد تصدر اللجنة قرارا تؤكد فيه ما ورد بشكوى المدعي، وتخلص إلى وجود اعتداء على العلامة التجارية

---

(1) المادة 5 من الإجراءات الموحدة **UDRP Rules**.

(2) المادة 9/15 من الإجراءات الموحدة **UDRP Rules** .

(3) د أحمد شرف الدين: جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 76.

(4) د شريف محمد غنام: مرجع سابق، ص 405.

(5) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 399.

تسجيل المدعى عليه العنوان الإلكتروني، ويكون قرارها بوقف استخدام العنوان الإلكتروني من جانب المدعى عليه ونقله إلى المدعي مالك العلامة التجارية، وإخطار جهة التسجيل المختصة حتى تتمكن من تنفيذ القرار خلال عشرة أيام من صدوره [1].

ـ كما قد تتخذ اللجنة قرارا برفض حجج المدعي وتأكيد الحق والمصلحة المشروعة للمدعى عليه وأنه لم يقم بتسجيل هذا العنوان بسوء نية، ومن ثم ترفض طلب المدعي مالك العلامة التجارية.

وعليه فإن قرارات اللجنة وفقا لقواعد***UDRP*** تقتصر على إلغاء العنوان الإلكتروني أو نقله إلى المدعي مالك العلامة التجارية، أو إبقاء استخدامه من طرف المدعى عليه مسجل العنوان الإلكتروني، وليس لها أن تحكم بالتعويض للطرف المتضرر، حتى ولو ثبت للجنة وقوع اعتداء من قبل أحد الأطراف وتضرر الطرف الآخر، كتشويه سمعة العلامة التجارية وانخفاض المبيعات بفعل تسجيل العنوان الإلكتروني المطابق للعلامة التجارية، فالحكم بالتعويض لا يدخل ضمن اختصاصات لجان الـ ***UDRP*** بل ضمن اختصاصات المحاكم العادية [2].

وعليه يتضح أن جميع إجراءات الفصل في النزاع تتم بصورة إلكترونية، ابتداء من تقديم الشكوى إلى إصدار القرار، ويعتبر ذلك ميزة لقواعد ***UDRP*** في حل النزاع، إضافة إلى كون اعتمادها يتم بشكل ودي من قبل الأطراف بغية الابتعاد عن ميدان القضاء، ليعرض النزاع على لجنة محايدة للفصل فيه بتطبيق قواعد خاصة بالعناوين الإلكترونية.

بناء على ما سبق، فنظام الأيكان لتسوية منازعات العناوين الإلكترونية، وإن كان وفر آلية ودية سريعة وفعالة لهذا الغرض إلا أنه لم يستبعد اختصاص محاكم الدول من نظر ذات النزاع. وهو ما يعتبر استجابة لطبيعة التعاملات الإلكترونية، وما يجعل القواعد الموحدة ***UDRP*** قادرة على تفعيل الحماية القانونية للعلامات التجارية عبر شبكة الانترنت.

نخلص إلى أن التسارع في استخدام الانترنت تجاريا أدى إلى حجز المواقع من قبل الشركات لتمييز منتجاتها وخدماتها عبر الشبكة، ومن هنا استخدمت التجارة الإلكترونية المواقع كوسيلة لعرض العلامات التجارية كمنفذ جديد للشركات إلى الأسواق العالمية، ولا يمكن الوصول إلى هذه المواقع إلا بواسطة العناوين الإلكترونية التي تسهل الاتصال بها عبر الانترنت؛ الأمر الذي جعلها ذات قيمة مالية وتجارية كبيرة تضاهي قيمة العلامات التجارية. وتبعا لذلك فيتمثل موقع التجارة الإلكترونية بالعنوان الإلكتروني كأحد أهم عناصره والعلامة التجارية لما يتضمنه، ونظرا لأهميته كواحد من مفردات التجارة الإلكترونية، ولاكتساب ثقة المتعاملين في هذا المجال تظهر الحاجة إلى توفير الحماية الفعالة له، والتي تتجلى بحماية العلامة التجارية في علاقتها بالعنوان الإلكتروني.

---

(1) **Sofian AZZABI :** Op. cit, p 48 .

(2) مصطفى موسى حسين العطيات: مرجع سابق، ص 399.

الفصل الثاني

الحماية الجنائية

للتجارة الإلكترونية

الفصل الثاني: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية

في تطور متلاحق ليس فقط على نطاق تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، وإنما على نطاق تبادل العمليات التجارية، ظهر مصطلح "التجارة الإلكترونية" حيث يتم الشراء والبيع بطرق إلكترونية، من خلال انسياب المعلومات عبر شبكة الإنترنت في وقت مختصر وبدون تكلفة تذكر، وباختيار أفضل الشركات والمنتجات والأسعار.

غير أن انتشار التعاملات من خلال الإنترنت وتزايد التجارة الإلكترونية، أظهر العديد من التحديات الجديدة والمسائل القانونية، باعتبار أن المبادلات التجارية بشكلها الحديث تطرح إشكالات هامة تتمثل بشكل خاص في مدى مصداقيتها ومدى مواكبة التطور التشريعي للتطور التقني، وفي ما تكفله من أمن وثقة للمتعاملين فيها وفي آليات حمايتها قانونيا.

وبالتسليم بأهمية وضع نظام متكامل للحماية القانونية للتجارة الإلكترونية لضرورة تدعيم ثقة المتعامل بهذا النوع المستحدث من المبادلات التجارية، حتى يتم الإقبال عليها بكل راحة، فالأمر يستدعي تفعيل حماية التجارة الإلكترونية مدنيا، باتخاذ إجراءات وقائية بحيث تكون بيانات هذه التجارة ومعلوماتها حكرا عند تداولها إلا لمن يكون له الحق في ذلك.

من جانب آخر وبالرغم من نجاعة الحماية المدنية ــ بشكل نسبي طبعا ــ بكافة أشكالها في توفير الحماية المأمولة للتجارة الإلكترونية، إلا أن تدعيم الثقة في هذه التجارة لن يتأتى من الحماية المدنية فقط، بل من تفعيل الحماية الجنائية كذلك.

والمقصود بالحماية الجنائية هنا، هو بيان مدى معالجة التشريعات العقابية والجزائية الحالية لهذا النوع من التجارة، وبيان فيما إذا كانت التشريعات بوضعها الحالي تعتبر كافية، أم أن الأمر بحاجة لسن تعديلات وتغييرات على النصوص القائمة؛ أو يتعداه إلى خلق نصوص خاصة تتوافق وتتواءم مع خصوصية التعاملات التجارية الإلكترونية.

بناء على ما سبق، ولما كان الحديث عن الحماية يفترض وجود فعل يعتبر اعتداء وبالتالي يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، ولما توجد الجريمة وتنتشر لا بد لها من مكافحة، والمكافحة تكون عن طريق إجراءات متخذة. فليستقيم تحليل موضوع الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، والتي يكفلها القانون عن طريق قواعد موضوعية وقواعد إجرائية، سنستعرض في المبحثين على التوالي:

المبحث الأول: المعالجة الموضوعية لجرائم التجارة الإلكترونية

المبحث الثاني: المعالجة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية

المبحث الأول: المعالجة الموضوعية لجرائم التجارة الإلكترونية

بالرغم مما تقدمه التكنولوجيا الحديثة من خدمات وتسهيلات تجارية، إلا أنه لم يسلم استخدامها بشكل سلبي حيث أصبحت أداة فعالة لارتكاب مختلف الجرائم والاعتداءات بشكل جديد ومستحدث، وفق ما يطلق عليه "الجرائم الإلكترونية".

وإذا كان التقدم التقني يسعى بشكل متلاحق إلى التصدي لهذه الجرائم، من خلال استحداث الكثير من إجراءات الأمن والسلامة الفنية التي تمس سرية الاتصالات، إلا أن الجريمة تصاحبه بشكل متتابع أيضا، لدرجة عجز الحماية الفنية عن الحد من انتشار الجرائم الإلكترونية.

وعليه فلا مناص من مواجهة الظاهرة الإجرامية الإلكترونية بشكل عام وجرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص، وبالتالي توفير نوع من الحماية لهذا النوع من التجارة، من خلال وضع واستصدار النصوص التشريعية والقانونية ، وإيجاد الحلول المناسبة لها. خصوصا وأن البيئة القانونية والتشريعية تمثل ما نسبته **15%** من مقياس الاستعداد الإلكتروني للدول في العالم.

والتجارة الإلكترونية بوصفها نظام معلوماتي، فإنها تحتاج لإقرار حماية تشريعية لها لنفس الأسباب التي دفعت لإقرار الحماية التشريعية للمعلوماتية. خصوصا وأن هذه التجارة تطورت بصورة هائلة حيث لم تكن التشريعات الموضوعة مهيأة لاستيعابها؛ الأمر الذي يلح على توفير البنية التشريعية لنظام حماية جنائية فعال.

مما سبق وكخطوة أولى لمعالجة الجرائم المعلوماتية، ومنه جرائم التجارة الإلكترونية، وبهدف تجاوز الفراغ القانوني البين فيما يتعلق بهذا النوع من الإجرام، تم الاستعانة بالنصوص التقليدية في القوانين العقابية والمقصود هنا النصوص الخاصة بجرائم الاعتداء على الأموال؛ وذلك من خلال التوسع في تطبيقها دون الإطاحة بالمبادئ الراسخة التي يرتكز عليها القانون الجنائي، والمقصود كذلك النصوص العقابية التي تجرم مختلف أفعال الاعتداء على النظام المعلوماتي بشكل عام ﴿ المطلب الأول﴾.

غير أن سبق التطور التكنولوجي جعل القواعد القانونية التقليدية الخاصة بجرائم الاعتداء على الأموال والقواعد القانونية الخاصة بجرائم الاعتداء على النظام المعلوماتي، قاصرة بشكل أو بآخر على توفير الحماية الجنائية المنشودة للتجارة الإلكترونية. وهو ما يبرر الأهمية الخاصة لنصوص الحماية الجنائية التي تتضمنها قوانين التجارة الإلكترونية، لسد أوجه النقص وتبني صيغ تشريعية متطورة وحديثة تنهض بهذا المطلب الحيوي وتتلاءم بشكل مباشر مع هذا النوع من الجرائم ﴿ *المطلب الثاني* ﴾.

المطلب الأول: الحماية من خلال القواعد العامة في القوانين العقابية القائمة

مع دخول الشبكات الاستخدام الواسع وتوفير البيئة التقنية لاقتحام النظم المعلوماتية أينما وجدت، ومع شيوع الانترنت، تزايدت جرائم التجارة الإلكترونية، واستغلال الشبكات في الاعتداء على الأنشطة التجارية ومن الطبيعي في ظل نشوء أنماط جرمية تستهدف مصالح معترف بحمايتها، وتستهدف محلا ذو طبيعة مغايرة لمحل الجريمة فيما عرفته قوانين العقوبات القائمة، أن يتدخل المشرع الجزائي لتوفير الحماية من هذه الأنماط الخطرة من الجرائم لضمان فعالية مكافحتها[1].

ولأن نظام التجارة الإلكترونية هو عبارة عن نظام معلوماتي، فإن مختلف صور ة وأشكال الجرائم المعلوماتية من المتصور حدوثها ووقوعها في إطار المعاملات التجارية المبرمة من خلال الوسائط الإلكترونية. فقد يتم التلاعب في بيانات وبرامج الحاسوب ومعطياته بشكل يؤدي إلى التغيير في قيمة الصفقة أو مكان التسليم أو كمية البضاعة المراد تسليمها؛ كما من المتوقع طبعا أن يتم الاعتداء على الموقع الإلكتروني للشركات التجارية أو المؤسسات مثلا عن طريق اختراقه والتلاعب بمعطياته بالمحو أو الإضافة في صورة اختراق نظام معالجة آلية للبيانات.

ومنه وبشكل عام وشامل فالمعاملة التجارية المبرمة عبر الانترنت أو بمختلف الوسائل الإلكترونية الأخرى من المتصور تعرضها لكافة أشكال صور الاعتداء على النظم المعلوماتية، سواء فيما يتعلق بموضوع المعاملة التجارية أو دعامتها المستخدمة كمواقعها الإلكترونية[2].

وإذ كان من المتفق عليه ضرورة إقرار الحماية الجنائية للمعلوماتية ومنه للتجارة الإلكترونية، فللأمر ما يبرره في ظل الشرعية الجنائية. حيث أن نظام العقوبات محكوم بقاعدة أو بمبدأ الشرعية الموجب لعدم إمكان العقاب على أي فعل دون نص قانوني محدد[3]، وقاعدة حظر القياس في النصوص التجريمية الموضوعية. كما أن قصور الجزاءات الجنائية المقررة بموجب التشريعات المدنية ذات الصلة، يضفي إلحاحا أكبر ويعدد مبررا آخر للحماية الجنائية لنظم المعلومات (الفرع الأول).

من جانب آخر وبهدف مواجهة الظاهرة من خلال وضع نصوص تشريعية أو التوسع في تفسير النصوص القائمة، تباينت اتجاهات الدول في التعامل مع هذا النوع من الجرائم، لاختلاف الأنظمة القانونية لهذه الدول ولاختلاف تجربة كل منها مع الجرائم المعلوماتية (الفرع الثاني).

---

(1) يونس عرب: التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية، مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية، اتحاد المصارف العربية،29،28 تشرين أول 2002، عمان، الأردن، ص 09.

(2) د عامر محمود الكسواني: مرجع سابق، ص 194.

(3) يقوم مبدأ الشرعية بصفة أساسية على دعامتين هما حماية الحرية الشخصية وحماية المصلحة العامة. وقد تم تطبيق هذا المبدأ جامدا في بداية عهده من جانب بكاريا وأنصاره في ظل المدرسة التقليدية مما حرم القاضي من أي سلطة تقديرية، ووضعت التشريعات في ظل العقوبة الواحدة ثم أصبح المبدأ ملازما للتشريعات، فلا يتصور جريمة أو عقوبة بدون نص تشريعي، مشار إليه لدى محمد عبيد الكعبي: مرجع سابق، ص 49.

الفرع الأول: المبررات القانونية لإقرار فكرة الحماية الجنائية

إن الأساليب الفنية التي تستخدم في ارتكاب الجرائم المعلوماتية يميزها بذاتية خاصة، الأمر الذي يقتضي تدخل القانون الجنائي لمواجهتها، لسد الفراغ أو النقص التشريعي، حيث لا يمكن أن تبقى بدون عقاب أفعال إجرامية جديدة رغم خطورتها.

ولكن حتى يتدخل المشرع فلا مناص سوى تطبيق النصوص القائمة في قانون العقوبات، حتى لا تترك أفعال الاعتداء دون عقاب، ولكن حتما دونما المساس بمبدأ الشرعية الجنائية، بحيث تفسر النصوص القائمة على نحو أوسع من الذي وضعت لأجله؛ كما من المتصور أيضا تطبيق النصوص القائمة في أية قوانين خاصة أخرى معمول بها، الأمر الذي يبرر الحاجة للحماية الجنائية. وعليه سنستعرض مبررات الحماية من خلال استقرار مبدأ الشرعية في التشريعات العقابية (أولا)، ثم إبراز قصور الجزاءات الجنائية التي تقررها التشريعات المدنية ذات الصلة (ثانيا).

أولا: استقرار مبدأ الشرعية في التشريعات العقابية

إن مبدأ الشرعية الجنائية يفرض عدم جواز التجريم والعقاب عند انتفاء النص، الأمر الذي يمنع معاقبة مرتكبي أفعال الاعتداء على النظم المعلوماتية ومنها نظام التجارة الإلكترونية بواسطة الإنترنت، طالما أن المشرع الجنائي لم يقم بسن التشريعات اللازمة لإدخال هذا السلوك ضمن دائرة التجريم والعقاب.

ا – مفهوم مبدأ الشرعية الجنائية: يعتبر مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات من المبادئ الهامة المقررة في أغلب التشريعات الجنائية الحديثة، ويقصد به أن المشرع وحده هو الذي يقوم بتحديد الأفعال المعاقب عليها أي الجرائم، وتحديد الجزاءات التي توقع على مرتكبيها أي العقوبات[1].

ويقوم مبدأ الشرعية الجنائية على أساس ضمان حرية ومصلحة الأفراد، حيث أن تولي السلطة التشريعية تحديد الجرائم والعقوبات وتدابير الأمن، من شأنه حد السلطات الأخرى من الاعتداء على حقوق الأفراد. فالسلطة التشريعية ليست مخولة بتقرير عقوبات لم تحددها النصوص العقابية، كما أن السلطة التنفيذية لا يمكنها تنفيذ جزاءات بشكل يخالف ما نصت عليه القوانين.

من جانب آخر يضمن المبدأ المصلحة العامة، حيث أن استقلال السلطة التشريعية بمهمة تحديد الأفعال التي تشكل جرائم من شأنه تحقيق المساواة بين الأفراد، وعدم التفريق بينهم من حيث التجريم والعقاب، الأمر الذي يفند فكرة العدالة والاستقرار.

---

(1) يتضمن مبدأ الشرعية الجنائية وجوب الفصل بين السلطات الثلاث السلطة التشريعية والسلطة التنفيذية والسلطة القضائية. حيث تضطلع السلطة التشريعية وحدها بمهمة تحديد الأفعال التي تعد جرائم، وتقرر الجزاء الذي يترتب على وقوع كل منها، فالسلطة التشريعية مختصة بشكل أصيل بتشريع القوانين؛ بخلاف السلطة التنفيذية التي لا يمكنها أن تختص بذلك، وعلى غرارها السلطة القضائية لتجنب تضارب الأحكام والقرارات الصادرة وفقا لما يراه القضاة، وبشكل قد يتضمن التعسف في إصدارها. وعليه فالقاضي لا يقضي بتجريم الفعل إلا إذا نص على ذلك القانون، وفي حالة عدم وجود نص يجرمه فلا سبيل آخر لتجريمه.

ومن مقتضيات هذا المبدأ والذي يكاد لا يخلو أي تشريع حديث منه[1]، حصر مصدر التجريم والعقاب في التشريع. فالتشريع هو المصدر الوحيد لقانون العقوبات وبالأخص القواعد الخاصة بإنشاء الجرائم والعقوبات وأيضا يمتنع عن القاضي الخروج عن نصوص التجريم والعقاب عند تفسيرها وتطبيقها[2]، وأن يتم تفسيرها بشكل دقيق دون التوسع حتى لا تضاف جرائم لم ينص عليها القانون.

كما أن منطق مبدأ المشروعية يقضي تحديد الأفعال المنهي عنها مسبقا، والتي تعتبر جرائم حتى يستطيع الأفراد تكييف سلوكهم بما يتفق وأوامر المشرع ونواهيه. هذا إضافة إلى أن الأثر التهديدي للعقوبة يفقد مفعوله إذا لم تكن الجرائم والعقوبات محددة سلفاً بمقتضى نصوص قانونية.

وعليه وبشكل عام يمكن عكس مضمون مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات فيما يلي:

- أي فعل لا يمكن اعتباره جريمة ما لم يوجد تشريع يقضي بذلك.
- الفعل الذي يقرر له التشريع عقابا يجب أن يكون منصوصا عليه صراحة.
- التطبيق العملي للمبدأ يمنع على القاضي أمرين، التفسير الواسع وإعمال القياس في نطاق نصوص التجريم، وهو ما لا يرد عليه استثناء، لأن الأخذ بالقياس في نصوص التجريم من شأنه أن يؤدي إلى خلق عقوبات لم يرد بشأنها نص[3].
- أهم ما يترتب على مبدأ الشرعية سد المنافذ أمام التحايل على النصوص القانونية العقابية، والذي من شأنه أن يؤدي إلى وضع صور من أنماط السلوك المباح تحت طائلة التجريم و العقاب، من قبل سلطة لا تمتلك هذا الحق، حيث تنحصر مهمتها في تطبيق النصوص[4].
- من المستقر قانونا على أن قانون العقوبات لا تسري أحكامه وقوانينه إلا على المستقبل، فهو لا يحكم ما وقع قبل صدوره، فعدم رجعية القانون الجنائي على الماضي تطبق على الأحكام المتعلقة

---

(1) تنص على المبدأ معظم التشريعات العقابية، ونجد تطبيقا لذلك في التشريع العقابي الجزائري ما تنص عليه المادة الأولى من قانون العقوبات:" لا جريمة ولا عقوبة أو تدابير أمن بغير قانون"، وعلى غراره قانون العقوبات الليبي وقانون العقوبات التونسي وقانون عقوبات المغرب والسودان وسوريا ولبنان والأردن وقطر والبحرين والعراق وفرنسا وألمانيا وإيطاليا.

(2) الأصل أن تتولى السلطة التشريعية مهمة إصدار القوانين، غير أنه كاستثناء قد تمنح تفويض تشريعي في نطاق بعض المسائل الضيقة التي تحتاج إلى خبرة ومسائل فنية لا تملكها السلطة التشريعية. وعليه فالنصوص التشريعية التي تعتبر مصدرا للتجريم والعقاب، تكون صادرة عن السلطة التشريعية في الدولة حيث هي الجهة الوحيدة التي تتولى ذلك كأصل عام. كما قد تكون صادرة من سلطة أخرى تختص بالتشريع كاستثناء وفق ما يعرف بالتفويض التشريعي، كالقرارات الإدارية الصادرة وفقا للقوانين واللوائح، مشار إليه لدى د محمد حماد مرهج الهيتي مرجع سابق، ص 118.

(3) المرجع السابق، ص 118.

(4) من بين التطور الذي شهده مبدأ الشرعية الجنائية، منح القاضي بعض المرونة من خلال سلطته التقديرية فيما يتعلق بتقدير العقوبة، فالنصوص القانونية تجعل للعقوبة حد أقصى وحد أدنى ليحكم القاضي بما يراه مناسبا وفقا لظروف الجريمة. كما قد يمنح النص العقابي لكثير من الجرائم عقوبات تخييرية حيث للقاضي أن يتخير من بينها ما يعتبره أكثر ملائمة، والملاحظ أن التخفيف من الجمود لا يمس سوى الجزء الخاص بتقدير العقوبة فقط دون الجزء الخاص بخلق الجريمة.

بخلـــق الجرائم والعقـــوبات، وهو مضمون المادة الثانية من قانون العقوبات الجزائري:"لا يسري قانون العقوبات على الماضي إلا ما كان منه أقل شدة".

- إن القاضي الجنائي ملزم على ضوء مبدأ الشرعية بأن يرد واقعة الدعوى إلى نص قانوني يجرمها بما يعرف بالتكييف إذ من خلاله تمنح الواقعة المكونة للجريمة تسميتها التي منحها إياها القانون.

ب – الجرائم المعلوماتية وأزمة مبدأ الشرعية: تعتبر الجرائم المعلوماتية والتي ترتبط بنظم المعالجـــة الآليـــة للبيانات من الجرائم حديثة النشأة، لذلك اعتراها نوع من الغموض في تكييف أفعال الاعتداء غـــير المشـــروعة المصاحبة لها، لدرجة أنها اعتبرت في بادئ الأمر مجرد جرائم عادية بتقنية متطورة، تستوعبها جـــدا النصـــوص الجرمية التقليدية.

إلا أن التسليم بتطبيق النصوص التقليدية على الجرائم المعلوماتية يثير العديد من النقاط القانونية الهامة. أولها أن نصوص قوانين العقوبات التقليدية وضعت في وقت لم تكن تكنولوجيا المعلومات موجودة؛ وبالتالي كانت مستندة إلى مفاهيم فقهية تقليدية، تأخذ مادية المال أو وسيطه المادي بعين الاعتبار للإيقاع التجريم[1]. بينمـــا غيرت المعلوماتية بشكل كبير المفاهيم القانونية نظرا لظهور قيم حديثة ذات طبيعة خاصـــة، محلـــها بيانـــات ومعطيات ذات طبيعة غير مادية[2].

ثانيها اختلاف المواقف الفقهية والقضائية في معالجتها لهذه الجرائم، ففي حين وجدت اجتـــهادات فقهيـــة وأحكام قضائية حاولت تفعيل القواعد العقابية الكلاسيكية، وجعلها مرنـــة ومتوافقـــة والطبيعـــة الخاصـــة للمعلوماتية، اعتبرتها أحكام أخرى سلوكا مباحا لم يرد بشأنه نص يجرمه، التزاما بمبدأ الشرعية الجنائية والـــذي يقضي بأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

من جانب آخر يصعب التسليم بتخلف القانون الجنائي عن مواكبة الاستعمال الغير مشروع للمعلوماتية في ظل عدم تنظيم أحكام الجريمة المعلوماتية؛ مما قد يترتب عنه إفلات الجاني من العقاب عملا بمبدأ الشرعية الجنائية، وهو ما يدفع بشكل أو بآخر إلى تطويع النصوص التقليدية التي يعرفها قانون العقوبات، ولكن دونما المساس بأحد المبادئ المستقرة في القانون الجنائي وهو مبدأ شرعية التجريم والعقاب. فجهد القاضي يجب أن لا يضع النصوص الكلاسيكية خارج إطارها، كما لن يتعدى إلى مرتبة التفسير الذي يتجاوز حدود النص وغايته، ولا يصل إلى حد إعمال القياس.

مما سبق يتضح أن الحاجة إلى حماية جنائية خاصة بالجرائم المعلوماتية، خلقتها بالدرجة الأولى دواعي استقرار مبدأ الشرعية في التشريعات العقابية، كون الجريمة المعلوماتية نوع متفرد من الفعل الجرمي؛ وهو ما يبرر ضرورة التدخل وإصدار نصوص قانونية مصاغة بدقة لمعالجة هذه الظاهرة الإجرامية.

---

(1) فريد منعم جبور: حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مـــنشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2010، ص 216.

(2) بشرى النية: مرجع سابق، ص 96.

ثانيا: قصور الجزاءات الجنائية التي تقررها التشريعات المدنية ذات الصلة

لا شك أن أولى بوادر الاهتمام بالحماية القانونية للمعلوماتية في بادئ الأمر في محاولة لسد الفراغ كان في قوانين ذات طبيعة غير جنائية، عن طريق الاستعانة بالقواعد المتوفرة التي تراعي طبيعتها كمصنف معلوماتي في قوانين حماية حقوق المؤلف.

وتظهر العلاقة بين حماية المعلوماتية عن طريق قوانين حقوق المؤلف وحماية التجارة الإلكترونية، في كون الموقع الافتراضي أو الإلكتروني للتجارة الإلكترونية ما هو إلا ابتكار جديد لإحدى تطبيقات برامج الحاسب الآلي ومعطياته وبياناته واعتباره من قبيل المصنفات الفكرية[1].

ا – الموقع الإلكتروني كمصنف: تعتبر برامج الحاسوب إبداعات فكرية ذات طبيعة تقنية[2]، هذه الطبيعة المزدوجة هي ما جعلت المشرع في العديد من الدول يستند إلى قانون حماية حق المؤلف كسبيل لحماية برامج الحاسب الآلي[3].

ويقصد بحق المؤلف، حقه في حماية القانون لابتكاره الذهني، بحيث يستطيع استعمال حقه هذا على مصنفه والاستئثار به واستغلاله كما هو مخول له بمقتضى القانون، والوقوف في وجه كل معتد عليه، بإلزام الغير باحترام حقه[4].

وعلى غرار التشريعات التي نصت على شمول برامج الحاسب الآلي بالحماية القانونية التي تقرها قوانين حماية حق المؤلف، أدمج المشرع الجزائري برنامج الإعلام الآلي ضمن المصنفات الأصلية صراحة بموجب الأمر رقم 10/97 المؤرخ في 1997/03/06 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة[5]، وكذا بموجب الأمر 05/03 المؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة، حيث نصت المادة الرابعة منه الفقرة أ على أن:" تعتبر على الخصوص كمصنفات أدبية أو فنية محمية ما يأتي:

أ) المصنفات الأدبية المكتوبة مثل: المحاولات الأدبية والبحوث العلمية والتقنية، والروايات والقصص والقصائد الشعرية وبرامج الحاسوب والمصنفات الشفوية مثل المحاضرات والخطب والمواعظ وباقي المصنفات التي تماثلها".

وعلى إثر النص السابق يدخل البرنامج ضمن نطاق الحماية التي توفرها النصوص للمؤلفات، فبات الاعتداء على برامج الحاسب الآلي بمثابة الاعتداء على مصنف أو مؤلف، ومنه وبشكل طردي يعتبر الموقع الإلكتروني

---

(1) د عامر محمود الكسواني: مرجع سابق، ص 199.

(2) برامج الحاسب الآلي هي عبارة عن تعليمات مثبتة على دعامة، يمكن قراءتها لأداء واجب معين عن طريق نظام معالجة هذه المعلومات وقراءتها بواسطة الحاسب الآلي.

(3) بشرى النية: مرجع سابق، ص150.

(4) المرجع السابق، ص153.

(5) تنص المادة 04 من الأمر 10/97 المؤرخ في 1997/03/06 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:"تعتبر على الخصوص كمؤلفات أدبية أو فنية محمية ما يأتي، المصنفات الأدبية المكتوبة مثل المحاولات الأدبية والبحوث العلمية والتقنية والروايات والقصص والقصائد الشعرية ومصنفات وقواعد البيانات ".

من المصـــنفات المحمية بموجـــب قانون حماية المؤلف.

ب – مدى كفاية الجزاءات التي يتضمنها قانون حماية المؤلف لحماية البرامج: على ضوء نصوص قانون حماية حق المؤلف، فلهذا الأخير حقه الخالص على المصنف، يمكنه استعماله واستغلاله والتصرف فيه وقتما يشاء وكيفما يشاء دون اعتداء أو تعرض من أحد.

فلصاحب هذه المصنفات الحق في نَسب المصـــنف إليه ووضع اسمه على مصنفه، أو وضع اسم مستعار وله الحق في أن يقرر هل سينشر مصنفه أم لا، ومتى وكيف سينشر المصنف؛ وله الحق في تعديل مصنفه متى رأى الحاجة في ذلك، وبناء على حقه في نشر مصنفه فيمكنه كذلك سحب المصنف من التداول إن كان في ذلك مصلحة له. ومن أهم الحقوق المخول للمؤلف حقه في دفع الاعتداء على المصنف واتخاذ الإجراءات التي وضعها القانون لحماية مصنفه [1].

تبعا لذلك وبوصف الموقع الإلكتروني للتجارة الإلكترونية أحد تطبيقات برامج الحاسب الآلي، وبإدراج البرامج المعلوماتية ضمن المصنفات المحمية، فلمؤلف الموقع الإلكتروني كامل الحق في تقرير نشره وتحميله وتخزينه على الحاسوب؛ كما له الحق في نسبته إليه، والحق في دفع أي اعتداء قد يقع عليه، وله كذلك الحق في سحبه وإغلاقه وشطبه من التـــداول عبر الحاســـوب وعبر شبـــكة الانتـــرنت، أو منـــح الآخرين رخصا باستعماله أو استغلاله[2].

إلا أن الحماية التي يعطيها القانون المتقدم لبرامج الحاسب باعتبارها كبقية المصنفات التي يحميها، لم تسلم من أن ينسب إليها الفقه بعضا من مظاهر القصور:

- فطبيعة المؤلف تختلف عن طبيعة البرامج المعلوماتية، الأمر الذي يستوجب التـــمييز بينهما لا المساواة. من جانب آخر جرائم الاعتداء على حق المؤلف تختلف عن جرائم الاعتداء على برامج الحاسب الآلي كون الجـــرائم الأخيرة تفضي إلى خـــسائر أكثر بكـــثير من الخسائر الناشئة عن جرائم الاعتداء على حق المؤلف[3].
- كما أن خوارزميات برنامج الحاسوب وأفكاره لا تتمتع بالحماية القانونية بمقتضى قانون حق المؤلف باعتبارها ملكا عاما، يمكن للجميع استعمالها واستخدامها، ولو بدون ترخيص من مؤلفها، حيث يمكن إعادة استخدام الخوارزم ذاته في عدد لا محدود من البرامج[4]. فالخوارزميات على أساس أنها مجرد إجراءات منطقية تأخذ حكم الفكرة التي تخرج بطبيعتها من نطاق الحماية التشريعية.

---

(1) دأمجد حسان: الفيروسات إرهابا اهدد أنظـــمة المعـــلومات، ملتقى الإرهاب في العـــصر الرقمـــي، جامـــعة الحســـين بن طلال،10ـــ12 يوليو2008، عمان، ص 05.

(2) د عامر محمود الكسواني: مرجع سابق، ص 199.

(3) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 122.

(4) بشرى النية: مرجع سابق، ص157.

- إضافة إلى ما سبق وبشكل عام فإن النصوص التي يتضمنها قانون حماية المؤلف، لا تحمي البرامج المعلوماتية باعتبارها من المصنفات إلا من صور الاعتـــداءات التي تشـــكل اعتداء على حق المؤلف دون الاعتداءات الأخرى التي قد تتعرض لها البرامج المعلوماتية.
- وإذا كان القانون المتقدم قد منح الحماية المدنية لأصحاب الحقوق، من خلال التعويض المدني عن أي صورة من صور الاعتداء على حق المؤلف الأدبي أو المالي[1]، فمتى أثبت المؤلف وقوع الاعتداء فيمكن الحكم له بالتعويض المناسب والعادل؛ فإن هذه الحماية المدنية غير كافية لوحدها لردع المعتدين فلا بد أن تقرن بالمسؤولية الجزائية. وأكثر الأوصاف قربا من هذه الاعتداءات هي جريمة التقليد، والتي تعرف بأنها " كل اعتداء مباشر أو غير مباشر على حقوق المؤلف في المصنفات الواجبة حمايتها أيا كانت طريقة الاعتداء أو صورته"[2].

ومادام المشرع الجزائري قد أدمج برامج الحاسب الآلي ضمن قائمة المصنفات المحمية عن طريق القانون المتعلق بحماية المؤلف، فإن أي اعتداء على الحق المالي أو الأدبي لمؤلف البرنامج يشكل فعلا من أفعال التقليد[3]، وهو ما تضمنه نص المادة 151 من الأمر 05/03 المؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة[4].

وعليه فالاستعمال غير المشروع للبرنامج المعلوماتي يشكل اعتداء تتبعه المسائلة القانونية، فكل من يقوم باستيراد مصنفات محمية أو تصديرها دون إذن صاحبها، يكون معتدى وتتشكل جريمة التقليد ويدخل في إطار هذه الجريمة كل من يقوم بالكشف الغير مشروع عن المصنف أو المساس بســـلامته،كـــما يعد مرتكبا لجنحة التـــقليد تأجير أو وضع رهن التـــداول لنـــسخ مقلـــدة لمصنف أو أداء.

---

(1) تنص المادة 142 من الأمر 05/03 المؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المـتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:" تكون الدعوى القضائية لتعويض الضرر الناتج عن الاستغلال غير المرخص به لمصنف المؤلف والأداء لمالك الحقوق المجاورة من اختصاص القضاء المدني".

(2) د أمجد حسان: مرجع سابق، ص10.

(3) لا بأس أن نشير إلى أن الحق الأدبي للمؤلف يمنح لصاحب هذه المصنفات الحق في نَسب المصنف إليه. أما الحق المالي للمؤلف يمكنه من الاستفادة من مصنفه ماليا سواء عن طريق أداء المصنف علانية أمام الجمهور أو عن طريق نشر المصنف وتوزيعه أو عن طريق التنازل عن الحقوق المالية التي اقرها القانون له، أو عن طريق تأجير هذه الحقوق، مشار إليه لدى د أمجد حسان: نفس المرجع، ص12.

(4) تنص المادة 151 من الأمر 05/03 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:" يعد مرتكبا لجنحة التقليد كل من يقوم بالأعمال التالية:

- الكشف غير المشروع للمصنف أو المساس بسلامة مصنف أو أداء لفنان أو عازف.
- استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب في شكل نسخ مقلدة.
- استيراد أو تصدير نسخ مقلدة من مصنف أو أداء.
- تأجير أو وضع رهن التداول لنسخ مقلدة لمصنف أو أداء.

ولا تقتصر جريمة التقليد على من يعتدي على الحقوق الأدبية للمؤلف، بل يشمل كذلك كل من يعتدي على حقوق المؤلف المالية، حيث اعتبر المشرع الجزائري أن كل استنساخ للمصنف مهما كان نوعه أو طريقة أدائه ومهما كانت الوسيلة المعتمدة في النسخ، يعتبر اعتداء على حقوق المؤلف[1] هذا الصنف من جرائم التقليد هو الأكثر شيوعا في المجال المعلوماتي أي عملية استنساخ البرامج النسخ غير الشرعي.

- إضافة إلى ما سبق، ومن أجل استظهار قصور قانون حماية حق المؤلف في حماية المصنف وبالتالي البرنامج المعلوماتي الذي تثبت له تلك الصفة، عن طريق بيان ما أقره من جزاءات على الاعتداءات التي يمكن أن يتعرض لها البرنامج باعتباره مصنفا حاله حال أي مصنف آخر، فللقاضي أن يطبق كعقوبة أصلية الحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة قدرها خمسمائة ألف دينار جزائري إلى مليون دينار جزائري سواء تمت عملية النشر في الجزائر أو في الخارج[2].

وله سلطة تقرير عقوبات تكميلية، تتمثل في مصادرة المبالغ المساوية لإقساط الإيرادات المحصلة من الاستغلال غير المشروع للمصنف (البرنامج وبالتالي الموقع) وكل النسخ المقلدة والمصادرة[3].

كما للقاضي إن يضاعف العقوبات المقررة وذلك في حالة العود، مع إمكانية غلق المؤسسة التي يستغلها المقلد أو شريكه مدة لا تتعدى ستة أشهر، وإذا اقتضى الحال تقرير الغلق النهائي[4].

ويمكن من جهة أخرى لمؤلف البرنامج المحمي أو ذوي حقوقه المطالبة بحجز الوثائق والنسخ الناتجة عن الاستنساخ غير المشروع أو التقليد، وذلك حتى في غياب ترخيص قضائي؛ وقد يتم عن طريق الحجز الناتج عن التقليد إيقاف لأية عملية جارية ترمي إلى الاستنساخ غير المشروع للبرنامج أو حجز الدعائم المقلدة والإيرادات المتولدة عن الاستغلال غير المشروع للمصنفات[5] .

---

(1) د أمجد حسان: مرجع سابق، ص11.

(2) تنص المادة 153من الأمر 05/03 المؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:" يعاقب مرتكب جنحة تقليد مصنف أو أداء كما هو منصوص عليه في المادتين 151 و152 أعلاه بالحبس من ستة (6) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من خمسمائة ألف دينار (500000دج) إلى مليون دينار (1000000دج) سواء كان النشر قد تم في الجزائر أو في الخارج.

(3) تنص المادة 157من الأمر 05/03 المؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:" تقرر الجهة القضائية المختصة:

ـــ مصادرة المبالغ التي تساوي مبلغ الإيرادات أو أقساط الإيرادات الناتجة عن الاستغلال غير الشرعي لمصنف أو أداء محمي.

ـــ مصادرة أو إتلاف كل عتاد أنشئ خصيصا لمباشرة النشاط غير مشروع وكل النسخ المقلدة.

(4) تنص المادة 156من الأمر 05/03 المؤرخ في19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة على أنه:" تضاعف في حالة العود العقوبات المنصوص عليها في المادة 151 من هذا الأمر.

كما يمكن للجهة القضائية المختصة أن تقرر الغلق المؤقت مدة لا تتعدى ستة (6) أشهر للمؤسسة التي يستغلها المقلد أو شريكه أو أن تقرر الغلق النهائي عند الاقتضاء.

(5) آمال قارة: مرجع سابق، ص66.

- من خلال استقراء النصوص السابقة يتضح أن الحماية الجنائية التي تقررها لا تتوافق مع خطورة الاعتداءات التي تتعرض لها البرامج المعلوماتية والمواقع الإلكترونية. فهذه النصوص لا تنال بالتجريم جميع الاعتداءات التي تمس البرامج بل فقط تلك التي تتعرض لها المصنفات كون البرنامج جزءا منها[1].

إن المعايير التقليدية التي تحدد حصول الاعتداء لا تحمي البرامج إلا بصورة الاعتداء المباشر الذي يتمثل بالنسخ المجرد، فيجري التحقق من الاعتداء في مدى التشابه الظاهر بين العمل الأصلي والعمل المنسوخ. لكن برامج الحاسب قد تكون بصورة تظهر متطابقة تمام التطابق، ولكنها تؤدي إلى نتائج تختلف عن بعضها كما أن هناك برامج تكتب بصورة قد تظهر أنها مختلفة تماما ولكنها تأتي بنفس النتائج[2].

الحوصلة إذن أن برامج الحاسوب بكافة معطياتها وبياناتها وتطبيقاتها تستفيد من نطاق الحماية الجزائية المتمثلة في نصوص قانون حق المؤلف والحقوق المجاورة. ولما كان الموقع الافتراضي للتجارة الإلكترونية يمثل إحدى التطبيقات العملية للبرامج المعلوماتية، فإن معنى ذلك أنه بالضرورة يستفيد الموقع الإلكتروني من نفس نطاق الحماية المقررة للبرنامج[3].

إلا أن الحماية الجزائية للبرامج وبالتالي للموقع الإلكتروني من خلال حق المؤلف تنصب بصفة أساسية على شكل البرنامج أو مضمونه الابتكاري فقط دون أن تغطي تلك الحماية كل مضمون البرنامج، مما يجعلها قاصرة على مد الحماية القانونية المأمولة.

مما سبق فمبرر جدا قانونا أن تضاف نصوص جديدة أو أن يصدر قانون مستقل للجرائم المعلوماتية المهم أن تصاغ النصوص وفقا لمبدأ الشرعية الجنائية، نصوص وافية تنطبق على الصور والوقائع الجديدة التي تفرزها ثورات التقنية المتسارعة. ووفقا للمظاهر المعلوماتية الحالية والمنتظرة مستقبلا، يجب أن تكون النصوص المجرمة للجريمة المعلوماتية تتسم ببعد النظر والأخذ بمعياري التوقع والاحتمال.

الفرع الثاني: الموقف التشريعي في موضع النص عن الحماية الجنائية للنظم المعلوماتية

لأن مبدأ الشرعية الجنائية يفرض عدم جواز التجريم والعقاب عند انتفاء النص، الأمر الذي يمنع مجازاة مرتكبي مختلف صور الاعتداء على النظم المعلوماتية، طالما أن المشرع الجنائي لم يقم بسن التشريعات اللازمة لإدخال هذا السلوك ضمن دائرة التجريم والعقاب. ورغم صدور عدد من التشريعات بشأن حماية الملكية الفكرية التي تضمنت النص على برامج الحاسب واعتبرتها من ضمن المصنفات المحمية في القانون، إلا أنه من الضروري أن تواكب التشريعات المختلفة هذا التطور الملحوظ في جرائم المعلوماتية. فالمواجهة التشريعية

(1) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 126.

(2) آمال قارة: مرجع سابق، ص64.

(3) د عامر محمود الكسواني: مرجع سابق، ص202.

ضرورية للتعامل من خلال قواعد قانونية غير تقليدية لهذا الإجرام غير التقليدي.

فالمشرع الجنائي لم ير في بادئ الأمر أي حاجة في إفراد الاعتداءات التي تطال النظم المعلوماتية بنصوص خاصة، وتم الاكتفاء بالنصوص التقليدية، وقد حاول الفقه والقضاء تطويع هذه القواعد الكلاسيكية لنصوص القانون الجنائي، لتطبيقها في مجال حماية المعلوماتية. لكن الواقع كشف عن ضرورة تدخل تشريعي خاص بإيجاد أنظمة قانونية جديدة تستوعب هذه الظواهر الحديثة، وهكذا اتجهت مختلف التشريعات في محاولة لسد الفراغ التشريعي إلى تجريم العديد من الأفعال الماسة بالنظم المعلوماتية[1]؛ وعليه ومن أجل توضيح موقف الأنظمة القانونية من الجرائم المعلوماتية، سنستعرض خطة التشريعات المختلفة في مواجهة هذه الجرائم (أولا)، ثم نتطرق لبعض تطبيقات التشريعات الجنائية التي نظمتها (ثانيا).

أولا: خطة التشريعات المختلفة في مواجهة الجرائم المعلوماتية

اختلفت الأنظمة القانونية للدول في التعامل مع الجرائم المعلوماتية، ولعل مرد ذلك يرجع إلى اختلاف تجربة كل منها مع الجريمة المعلوماتية، حسب درجة التطور التقني وجسامة الخسائر الناتجة عن أفعال الاعتداء التي تمس هذا القطاع، ومدى تأثير النتائج الاقتصادية التي تترتب عن ذلك.

ا – تباين اتجاهات الدول في التعامل مع الجريمة المعلوماتية: أثرت العوامل السابقة في التدابير التشريعية الدولية في هذا المجال، وقد تم رصد ثلاث اتجاهات في هذا الخصوص:

- الاتجاه الأول: يرى هذا الاتجاه أن الجريمة المعلوماتية لا تحتاج لقفزة تقنينية في محاولة لتنظيمها حيث لا يوجد أي تهديد حقيقي منبعه الحاسبات الإلكترونية. وإن كانت هناك أشكال للسلوك غير المشروع التي ترتبط بالحاسبات الإلكترونية فهي جرائم عادية يمكن تطبيق النصوص الجزائية التقليدية بشأنها.

وقد أنكر هذا الاتجاه الخصوصية على هذه الجرائم، حيث اعتبرها جرائم عادية لا تتطلب نصوصا خاصة لمواجهتها، فلا يوجد مبرر للتفرقة بين الجرائم التي تتصل بالحاسب الآلي وتلك التي لا تتصل به لأن الحاسب مجرد وسيلة لارتكاب جريمة معاقب عليها بموجب النصوص القانونية القائمة[2]. وعليه فالمواجهة التشريعية ليست ضرورية، بل يتم التصدي لمثل هذه الاعتداءات التي تمس الأنظمة المعلوماتية عن طريق المواجهة التقنية والفنية التي توفر الحماية الأمنية[3]، دون البحث عن نصوص

(1) بشرى النية: مرجع سابق، ص157.

(2) يرى مناصرو هذا الاتجاه بأنه لا داعي للذعر، فلا جديد فيما يتعلق بأجهزة الكمبيوتر، وبوسع الأجهزة القضائية أن تستعمل الأنظمة القانونية القائمة لضبط وتنظيم الأوجه المختلفة لاستخدام أجهزة الكمبيوتر. ويدعي أنصار هذا الاتجاه أنه قد أفلح في التعامل مع جميع الوسائل الأخرى مثل التليفون والفاكس؛ ويقولون أيضا أن جميع الجرائم التي تتم من خلال أجهزة الكمبيوتر أو بواسطته يمكن التعامل معها بواسطة الأنظمة القانونية القائمة،مشار إليه لدى إيهاب ماهر السنباطي: الجرائم الإلكترونية الجرائم السيبيرية قضية جديدة أم فئة مختلفة التناغم القانوني هو السبيل الوحيد، الندوة الإقليمية حول الجرائم المتصلة بالكمبيوتر، المملكة المغربية، 19-20 يونيو، 2007، ص03.

(3) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 306.

جـــنائية جديـــدة.

- الاتجاه الثاني: على النقيض تماما من الاتجاه الأول، يقول أنصار هذا الاتجاه أن عالم الكمبيوتر عالم جديد ويحتاج إلى نظام جديد وكامل بأكمله ليضبطه. وهم على يقين من أن الأيام ستشهد وضع هذا النظام بفضل المبادرات وسلوك الأطراف المعنية بالكمبيوتر والإنترنت؛ ولا يؤيدون فكرة وجود نظام واحد ينظم العالمين القديم والجديد لمجال الإنترنت وهو مجال فريد من نوعه[1].

كما يبرر أصحاب هذا الرأي ضرورة المواجهة التشريعية الخاصة، بعدم فاعلية النصوص القانونية والنظامية المعنية بمواجهة الجرائم التقليدية في مواجهة جرائم المعلوماتية، حيث أن هذه النصوص وضعت لمواجهة الجرائم ذات الطبيعة المادية، بينما جرائم المعلوماتية تنفرد بأن لها جانبا معنويا تتميز به عن الجرائم الأخرى.

وكون هذه الجرائم لها ذاتيتها الخاصة التي تستوجب التدخل التشريعي، سواء بإضافة نصوص عقابية جديدة أو تعديل النصوص القائمة بما يتوافق مع الشـــكل الجـــديد للإجـــرام، أو بتنظيم ذلك في قانون مستقل.

- الاتجاه الثالث: يجمع بين الاتجاهين السابقين، ويرى أنصاره أن الأنظمة القانونية القائمة لا تستطيع ضبط المسائل المتعلقة بالإنترنت بطريقة شاملة، وفي الوقت نفسه يؤكدون أن فكرة وضع نظام جديد لتنظيم مجال الإنترنت ليست واقعية بالمرة. ومن ثم يرون أن الحل الأمثل يتمثل في جعل النظام القانوني القائم قادرا على تبني واستيعاب المفاهيم الجديدة لمجال الإنترنت[2].

مما سبق يتضح أن النظام القانوني القائم يغطي العديد من المجالات التي لم تغيرها أو تؤثر فيها الأنظمة المعلوماتية، ولكن من جهة أخرى هناك بعض المفاهـــيم والمشـــاكل الجديدة التي يستوجب معالجتها بطرق قانونية مختلفة على المستويين الوطني والدولي. فالقول بأن الجرائم المعلوماتية عبارة عن جرائم عادية لا تثير القلق يجعل الدولة خارج التطبيقات التقنية الحديثة، فكلما تعزز استخدامها للتكنولوجيا انتشرت بشكل طردي جرائم تقنية المعلومات.

فينبغي التدخل التشريعي وتنقيح القانون الحالي بسد ما به من فجوات بين القواعد القائمة والسمات والمفاهيم الجديدة للأنظمة المعلوماتية. ويجب أن يحقق تنظيم استخدام أجهزة الحاسب الآلي الهدف الرئيس وهو بناء الثقة، ولا تبنى هذه الثقة إلا من خلال تبني مستوى أمني عالي لأنظمة الكمبيوتر وإطار قانوني مناسب. لأن التطور التقني السريع يسبب باستمرار العديد من المشاكل القانونية التي تواجه القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي.

---

(1) إيهاب ماهر السنباطي: الجـــرائم الإلكـــترونية الجرائم السيـــبيرية قضية جديـــدة أم فئة مخـــتلفة التناغم القانوني هو السبيل الوحيد، مرجع سابق، ص16.

(2) نفس المرجع، ص 16.

ب – أساليب وأشكال التدخل التشريعي لمواجهة الجريمة المعلوماتية: تختلف الأساليب والأشكال التي تلجأ إليها الدول في صياغة نصوص بهدف الحماية الجنائية للأنظمة المعلوماتية، وفي هذا الصدد نجد عدة أساليب يمكن إجمالها فيما يلي:

- تتجه بعض الدول عند صياغتها للنصوص الجنائية التي تحمي النظم المعلوماتية إلى انتهاج أسلوب الإضافة، حيث تقوم بإضافة نصوص تنظم الحالات التي يرتكب فيها الجاني النشاط الإجرامي المتصل بالنظم المعلوماتية إلى النصوص القائمة والموجودة بالفعل، ومن هذا القبيل ما قام به المشرع الجزائري في ظل نصوص قانون العقوبات(1).
- فيما تقوم دول أخرى بوضع نصوص جديدة قياسا على نصوص تقليدية قائمة بالفعل، ففي هذه الحالة يصاغ نص جديد يتفق مع أحد الأشكال التقليدية للسلوك الإجرامي، حيث يتم تحويل السلوك في صورته التقليدية إلى صورة أخرى ترتبط بالحاسب الآلي ونظامه، باعتبارهما المحل الجديد للسلوك الإجرامي، وعادة ما تتبع أغلب الدول هذه الطريقة(2).
- وفي بعض التشريعات يتم إفراد قانون يعاقب فيه على الجرائم المعلوماتية بكل صورها(3)، ويكون ذلك إما بإصدار تشريع مستقل أو تجميع كل ما يتعلق بالجريمة المعلوماتية في قسم مستقل ملحق بالتشريع الجنائي. هذه الطريقة تسمح بتوضيح الطبيعة الخاصة للجريمة المعلوماتية، كما تسمح بوضع عقوبات خاصة لهذه الجرائم بما يتوافق معها(4)، ومن أمثلة التشريعات التي تبنت هذه الخطة تشريعات الولايات المتحدة الأمريكية والقانون الإنجليزي(5).
- كما أن بعض الأنظمة القانونية وفي سبيل توفير الحماية الجنائية للمعلوماتية، قامت بجمع أكثر من أسلوب من أساليب الصياغة التشريعية المتقدمة، ويرجع سبب ذلك إلى مدى تأثير هذه الجرائم ووقت تدخل المشرع لمواجهتها. وتعد السويد من التي واجهت بداية الجريمة المعلوماتية بوضع نص عام يتعلق بالجريمة المعلوماتية، وبعد ذلك قامت بتعديل قانون العقوبات وأضافت نصوص جديدة تنظم الجريمة المعلوماتية قياسا على نصوص قائمة بالفعل في القانون، مع الاحتفاظ بالنص الأول المتعلق بالجريمة المعلوماتية(6).

---

(1) لاحظ المشرع الجزائري خطورة أفعال الاعتداء على أجهزة الحاسب ونظم المعلومات، وتدخل لتوفير حماية جنائية لها في ظل القانون 15/04 المعدل و المتمم للأمر 156/66 المتضمن قانون العقوبات، بإدماج أحكام خاصة بالإجرام المعلوماتي في صلب قانون العقوبات، فاستحدث نصوص خاصة بالجرائم والاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية.

(2) د نائلة عادل محمد فريد قورة: مرجع سابق، ص 311.

(3) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص323.

(4) د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع ، ص 311.

(5) أشرف شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 09.

(6) د نائلة عادل محمد فريد قورة: نفس المرجع ، ص 312.

ثانيا: بعض تطبيقات للتشريعات الجنائية التي نظمت الجريمة المعلوماتية

يعتبر تحديث القانون الجنائي أمرا ضروريا لاستيعاب الطبيعة الفريدة للجرائم المعلوماتية، ويمكن إجراء هذا التحديث عن طريق تعديل بعض المواد فيما يتعلق بالجرائم التقليدية التي ترتكب من خلال وسائل جديدة وإلغاء البعض الآخر إذا كان غير ملائم، بل وصياغة مواد جديدة للتعامل مع المسائل الجديدة تماما[1].

وقبل التعرض لتطبيقات التشريعات الوطنية في هذا الصدد، لا بد من أن نسلط الضوء على أهم ما عرفته المواجهة التشريعية الدولية في مجال الجرائم المعلوماتية والمقصود هنا:

اتفاقية بودابست، الاتـــفاقية الأوربية التي كانت بمثابة دعوة موجهه إلى دول العالم للتفاعل مع الانترنت جاءت نتيجة محاولات عديدة منذ ثمانيات القرن العشرين حتى ظهرت بشكلها النهائي في 23/ 11/ 2001 ببودابست وقعت عليها ثلاثون دولة أوربية، بما في ذلك الدول الأربعة من غير الأعضاء في المجلس الأوربي المشاركة في إعداد هذه الاتفاقية، وهي كندا واليابان وجنوب أفريقا والولايات المتحدة الأمريكية.

وقد تضمنت هذه الاتفاقية الأقسام التالية:

القسم الأول: تحديد المصطلحات.

القسم الثاني: الخطوات الواجب اتخاذها في إطار التشريع الوطني.

القسم الثالث: التعاون الدولي.

القسم الرابع: الشروط النهائية حول الانضمام إلى الاتفاقية.

كـــما حددت الجرائـــم التي يجب أن تتضمنها التـــشريعات الوطنية للدول الأعضاء، وذلـــك على النحو التالي[2]:

1. الجرائم المتعلقة بأمن الشبكات الدخول والمراقبة غير المشروعة والعدوان على الثقة في البيانات أو على النظام والإساءة إليه.
2. الجرائم المعلوماتية كما هو الشأن في الاختلاق والانتحال والنصب والاحتيال المعلوماتي...الخ.
3. جرائم الأخلاق مثل إنتاج أو بث أو حيازة ما يتعلق بدعارة الأطفال.
4. جرائم العدوان على حقوق الملكية الأدبية والفكرية كاستنساخ المصنفات المشمولة بالحماية.
5. المسئولية الجنائية للأشخاص المعنوية.

---

(1) إيهاب ماهر السنباطي: الجـــرائم الإلكـــترونية الجرائم السيـــبيرية قضية جديـــدة أم فئة مخـــتلفة التناغم القانوني هو السبيل الوحيد، مرجع سابق، ص20.

(2) سيناء عبد اله محسن: المواجهة التشريعية للجرائم المتـــصلة بالكمبيوتر في ضوء التشريعات الدولية والوطـــنية، الندوة الإقليمية حول الجرائم المتصلة بالكمبيوتر، المملكة المغربية، 19-20 يونيو، 2007، ص05.

وكذلك الاهتمام بالإجراءات الجنائية ،لاسيما في مرحلة التحقيق والملاحقة القضائية مثل التحفظ على الأدلة والتفتيش والضبط وما إلى ذلك.

وقد حملت هذه الاتفاقية الطابع التوجيهي للخطوات التي يلزم اتخاذها في إطار التشريع الوطني في كل دولة فيما يتعلق بالأحكام الموضوعية والإجرائية كما اشرنا أعلاه.

وألزمت الدول الأعضاء بمراعاة حقوق الإنسان، وحرياته الأساسية التي تضمنتها الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية على حد سواء والالتزام بعدم انتهاكها.

مع إمكانية الدول الأخرى غير الأعضاء في الاتفاقية الاستعانة بهذه الاتفاقية عند إعداد التشريعات الوطنية باعتبارها مصدر تاريخي في مجال مكافحة الجريمة على الانترنت[1].

ا – موقف الأنظمة المقارنة من الجرائم المعلوماتية: فضلا عن الطبيعة الخاصة للجرائم المعلوماتية وحداثة الحاسب الآلي فقد أصبح هناك فراغا تشريعيا في مجال الجرائم المعلوماتية، فكان لابد من تدخل الشارع في إصدار تشريعات وطنية تتضمن نصوصا قانونية تكفل تجريم الأنشطة الناشئة عن التقنية الحديثة؛ في ظل النصوص التقليدية التي أصبحت غير ملائمة للتطبيق في مجال الجـــريمة المعلوماتية، ومحاولة إعادة صيـــاغة القوانين النافذة بحيث تعكس خصوصية هذه الجرائم واستيعاب جوانب التقنية فيها.

وكانت فرنسا من الدول السباقة التي اهتمت بحماية المعلوماتية والتصدي لصور الجرائم التي تمس الأنظمة المعلوماتية، ويعتبر القانون رقم 78ـــ17 الصادر في 06 يناير عام 1978 في شأن الحريات والمعلوماتية الخطوة الأولى لتنظيم حماية النظام المعلوماتي. وقد عالج فيه المشرع الفرنسي مسألة تخزين البيانات في الحاسب الآلي وأنواع هذه البيانات ومدتها، وتلك التي تخزن والتي لا يجوز تخزينها، وكذلك الجهة المختصة بالرقابة والإشراف على إعمال ذلك القانون؛ حيث أنشأت بمقتضاه اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات[2]، وهي تختص بإجراء رقابة سابقة ورقابة لاحقة للتأكد من الحماية الكاملة للحريات في مواجهة نظم المعلومات[3].

عقب ذلك أدمج المشرع الفرنسي برامج الحاسب الآلي ضمن المصنفات المحمية بموجب القانون رقم 85-650 الصادر في 3 يوليو 1985، والذي حل محله التطبيق الخاص بالملكية الفكرية الصادر بالقانون رقم 597 ــ 92 الصادر في 01 يوليو 1992 والمعدل بالقانون رقم 250 ــ 94 الصادر في 10 مايو 1994 فأدخل المشرع نصوصا جديدة تقر حماية برامج النظام المعلوماتي.

بعد ذلك اعتمد البرلمان الفرنسي في 05 يناير 1988 قانون الجرائم في المواد المعلوماتية، وتم إدماجه في الفصل الثاني من قانون العقوبات الفرنسي، وخصصت له المواد من 2/462 إلى 9/462.

---

(1) نفس المرجع، ص 06.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص656.

(3) اقتـــصر هذا القـــانون على المعلـــومات الاسمية والحـــريات، ولهذا فإن جميع مواده اقتـــصرت على حماية الحياة الشخصية وحرية سرية الحياة الخاصة للأفراد.

وقد جرم هذا القـــانون الأفـــعال التالية:

- فعل الدخول أو البقاء غير المشروع في نظام المعالجة الآلية للمعطيات، وسواء كان ذلك في صورته البسيطة أم في صورته المشددة.
- فعل الاعتداء القصدي على نظام المعالجة الآلية للمعطيات أو المعلومات.
- فعل الاعتداء القصدي على المعطيات ذاتها عن طريق الإدخال أو المحو أو التعديل[1].

كما استحدث هذا القانون بموجب المادة 5/462 تجريم التزوير في المحررات المبرمجة أيا كان شكلها، كما نصت المادة استعمال المحرر المزور[2].

وفي الأخير صدر قانون العقوبات الفرنسي الجديد لعام 1994، حيث استحدث المشرع الفرنسي نصوصا عقابية تتعلق بحماية المعلومات المعالجة آليا[3]، مما يضفي حماية جنائية متكاملة على الأنظمة المعلوماتية، وقد تضمن هذا القانون في المواد 1/323 إلى 7/323 تجريم الأفعال التالية:

- تجريم الدخول بطريق الغش أو التدليس إلى نظام المعالجة الآلية للبيانات، وكذا تجريم البقاء داخل النظام بطريقة غير مشروعة.
- تجريم الإعاقة أو التسبب في تحريق تشغيل نظام معالجة البيانات.
- تجريم إدخال البيانات بطريقة غير مشروعة في نظام معالجة البيانات أو إلغاء أو تعديل البيانات التي يحتوي عليها النظام بطريقة غير مشروعة[4].
- تجريم المساهمة في جماعة أو الاتفاق بين مجموعة من الأشخاص للتحضير بعمل أو أعمال مادية لارتكاب جريمة أو أكثر من الجرائم السابقة.

أما بالنسبة للموقف التشريعي في بريطانيا فهو يختلف عما سبق في فرنسا[5]، حيث تعتبر المملكة المتحدة من الدول المتأخرة التي عالجت الجرائم المعلوماتية؛ ومرد ذلك لكون النظام القانوني البريطاني يعتمد بصفة أساسية على السوابق القضائية. وعلى ذلك فالقانون الذي عالج الجريمة المعلوماتية هو قانون إساءة استخدام الكمبيوتر لعام 1990، حيث تضمن القسم الثامن عشر منه مجموعة من الأفعال التي تشكل جرائم تمس الأنظمة المعلوماتية من خلال ثلاث بنود كما يلي:

---

(1) علي عبد القادر قهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص 49.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص661.

(3) صدر قانون العقوبات الفرنسي الجديد وبدأ العمل به في 1 مارس 1994، وأعاد ترتيب المواد التي أضيفت بالقانون 88 ــ 19 الصادر في 05 يناير 1988.

(4) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 126.

(5) في ايطاليا أضاف المشرع إلى قانون العقوبات الصادر عام 1930 البند (615) تحت اسم حظر الدخول في أنظمة الكمبيوتر أو الاتصالات وفي اليونان أضاف المشرع إلى قانون العقوبات الصادر عام 1950 المادة (370) والتي تجرم الدخول غير المشروع للمعلومات والبيانات.

البند الأول: الدخول المحظور على مواد الكمبيوتر[1]

وهذا النص يحدد صور السلوك الإجرامي الذي تقوم به جريمة حظر الدخول إلى مواد الكمبيوتر، وتتمثل هذه الصورة فيما يلي:

1) يعد الشخص مذنبا إذا:

أ ــ قام بفعل يؤثر بسبب على أي وظيفة بالنسبة لتأمين إدخال بيانات برنامج أو بيانات موجودة في الكمبيوتر.

ب ــ تعتمد الدخول المحظور للكمبيوتر

ج ــ إذا علم الشخص أنه حينما يقوم بهذه الوظيفة أنه يرتكب جريمة.

2) يجب أن تتجه نية الشخص الذي يرتكب جريمة تحت هذا القسم إلى:

أ ــ أي برنامج أو بيانات محددة.

ب ــ أي برنامج أو بيانات محددة النوع.

ج ــ أي برنامج أو بيانات موجودة في أي كمبيوتر محدد.

3) الشخص المذنب في جريمة تحت هذا القسم سيكون معرض في الإدانة العاجلة إلى السجن لفترة لا تتجاوز الستة أشهر، أو لغرامة لا تتجاوز المستوى الخامس العادي أو إلى كلاهما.

البند الثاني: الدخول المحظور بقصد التسهيل والتحريض على الجرائم

ثم تحدث النص على الاشتراك في جريمة الدخول المحظور والذي يتخذ صور التحريض والتسهيل، ويعتبر المشرع الانجليزي هذه الصور جريمة إضافية وتعد من قبيل الجنح وفي ضوء ذلك نص على:

1) يعد الشخص مذنبا في أي جريمة تحت هذا القسم، إذا شارك في ارتكاب جريمة تحت القسم الأعلى جريمة الدخول المحظور فيما يلي:

أ ــ إذا عهد إليه بارتكاب الجريمة التي ينطبق عليه هذا القسم.

ب ــ إذ سهل ارتكاب هذه الجريمة سواء بنفسه أو من قبل شخص آخر.

ج ــ يشار إلى هذه الجريمة في هذا القسم بالجريمة الإضافية.

2) يشمل هذا القسم الجنح:

أ ــ التي في جملتها تصلح بتطبيق القانون.

ب ــ التي يبلغ فيها الشخص واحد وعشرون عاما أو أكثر، و لم يسبق إدانته وربما يحكم عليه بالسجن لمدة

---

(1) أكد المشرع البريطاني على ضرورة التصدي للجرائم المعلوماتية، لأن التطور التقني الهائل الذي اجتاح العالم بأسره، قد رافقه قلق حول أمن الشبكات والاختراق الإلكتروني، واتفق المتخصصون على أن الاختراق والقرصنة يمسان الأمن القومي للدولة، وأن هذه القضية ذات أبعاد أمنية وقانونية واجتماعية واقتصادية وسياسية؛ وشددوا على ضـــرورة سد الفراغ التشريعي في هذا الشأن، مشيرين إلى أن معظم الدول تلجأ إلى تطبيق التشريعات التقليدية على جرائم الحاسب الآلي، في حين أن هذه القوانين لا تكفي لمواجهة هذه النوعية من الجرائم عابرة الحدود.

خمـــس سنـــوات.

3) لا يهم في هذا القسم أن تكون الجريمة المرتكبة إضافية أو أن تكون كجريمة الدخول المحظور أو أي جريمة مستقبلية.

4) يكون الشخص مذنبا بسبب جريمة في هذا القسم بالرغم من أن الحقائق في ارتكاب هذه الجريمة الإضافية يكون مستحيلا.

5) يعاقب الشخص المذنب بسبب جريمة هذا القسم:

أ ــ في حالة القناعة عن الاتهام يعاقب بالسجن لفترة لا تتجاوز الحد الأقصى القانوني المقرر لهذه العقوبة أو الغرامة أو كلاهما.

ب ــ في حالة القناعة عن الاتهام يعاقب بالسجن لفترة خمس سنوات أو الغرامة أو كلا هما.

البند الثالث: حظر تبديل أو تحويل مواد الكمبيوتر[1]

في هذا البند تحدث المشرع عن جريمة تمثل السلوك الإجرامي فنص على أن:

1) يكون الشخص مذنبا بسبب هذه الجريمة إذا:

أ ــ تسبب في تعديل محظور لمحتويات أي كمبيوتر.

ب ــ أن يكون لديه النية والمعرفة المعنية حينما يقوم بهذا التعديل.

2) يجب أن يكون فوق النية سبب على تعديل المحتويات بأي عمل يؤدي إلى:

أ ــ إفساد تشكيل الكمبيوتر.

ب ــ أي برنامج محدد أو بيانات في أي نوع نحدد.

ج ــ إفساد تشغيل أي برنامج أو اعتماد أي بيانات من هذا القبيل.

3) لا تحتاج النية أن توجه إلى:

أ ــ أي كمبيوتر محدد.

ب ــ أي برنامج محدد أو بيانات في أي نوع محدد.

ج ــ أي تعديل محدد أو أي تعديل في أي برنامج محدد.

4) من أجل جزء الثاني الفقرة ب فوق المعرفة المعينة أن تكون في أي تعديل هي سبب الدخول المحظور.

5) لا يهم في هذا القسم أن يذكر أن الدخول المحظور أو أي أثر له مقرر له من نوع واحد في الجزء الثاني الأعلى أو تكون النية دائمة أو مؤقتة.

6) من أجل ذلك وضع تشريع الإتلاف الجنائي يبين أن أي تعديل في محتويات الكمبيوتر لا يعد إتلاف له وسيلة تخزين للكمبيوتر إلا إذا امتد آثارها للكمبيوتر أو وسيلة التخزين في محتوياتها.

---

(1) د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 143.

أو الشخص المذنب بسبب هذه الجريمة معرضا لـــ:

أ ـــ السجن لمدة لا تتجاوز ستة أشهر أو غرامة لا تتجاوز الحد الأقصى القانوني أو كلاهما.

ب ـــ في حالة القناعة بالاتهام يكون السجن لمدة لا تتجاوز خمس سنوات أو غرامة أو كلاهما.

وعلى غرار كل من فرنسا وبريطانيا، شهدت العديد من القوانين الغربية نهضة تشريعية لمواجهة الجرائم المعلوماتية، حيث تدخل المشرع بتعديل بعض النصوص القانونية القائمة لكي يمكن تطبيقها في حالة ارتكاب الجرائم في مجال الحاسب الآلي، أو تدخله بالنص على الصور المستحدثة من الإجرام المعلوماتي والتي لم تكن معروفة من قبل[1].

ب – موقف الأنظمة العربية من الجرائم المعلوماتية: لم تتطرق التشريعات الجزائية العربية إلى جرائم الكمبيوتر والانترنت بشكل من الشمول؛ لأن الاعتماد على تطبيقات الحاسب الآلي في البلدان العربية لم تبدأ إلا منذ نهاية العقد الأخير من القرن الماضي، وبدأ معه وتيرة الحركة التشريعية لمواجهة الجرائم المعلوماتية.

في مصر لا يوجد قانون خاص بتجريم الجرائم الإلكترونية، فقانون العقوبات المصري لم ينص على الجرائم المعلوماتية ولا يتناول موضوعها في أي مادة من مواده، غير إن هناك قانون الأحوال المدنية رقم 143 لسنة 1994 نص في بعض نصوصه علي النظام المعلوماتي والجرائم المتصلة به[2]، مما يؤكد على ضرورة

---

(1) في النمسا صدر تشريع خاص للمعلومات عام 2000 بدأ سريانه في أول يناير 2000 تضمنه القسم العاشر من قانون العقوبات النمساوي وفي بلجيكا تم إضافة بنود جديدة للقانون الجنائي عن جرائم الكمبيوتر بدأ تنفيذها في 13 فبراير عام2001، وأضاف المشرع الألماني إلى قانون العقوبات قسمين الأول رقم أ2 ، 2 ويعاقب علي التجسس على البيانات والثاني رقم ب3 ، 3 ويعاقب على إتلاف الكمبيوتر، وأضاف المشرع في اليونان إلى القانون الجنائي المادة رقم 370 التي تجرم الدخول غير المشروع علي البيانات، وفي المجر أضاف المشرع القسم رقم 300 ج إلى قانون العقوبات وغرضه تجريم الغش والاحتيال المتعلق ببرامج الكمبيوتر، كما أضاف المشرع الايطالي البند رقم 615 لقانون العقوبات تحت اسم حظر الدخول في أنظمة الكمبيوتر والاتصالات، هولندا أضيف إلي القانون الجنائي بند رقم 138 أ، النرويج تضمن قانون العقوبات مواد جديدة تعاقب علي الدخول المحظور للوثائق وتدمير البيانات، بولندا أضيف لقانون العقوبات بعض المواد التي تجرم إساءة استخدام الحاسب، البرتغال صدر قانون المعلومات الجنائي في 17 أغسطس 1991، سويسرا وضع البند رقم 143 من قانون العقوبات الذي يمنع الدخول للبيانات التي تم معالجتها، تركيا عدل قانون العقوبات في القسم رقم/ 525 أ بشأن الدخول المحظور إلى برامج وقواعد البيانات، ايرلندا صدر تشريع الإتلاف الجنائي عام 1991 ويعاقب علي الدخول غير المسموح به للحاسب، أيسلندا أضاف المشرع إلي قانون العقوبات المادة 228 الخاصة طريقة الدخول إلي البيانات، لكسمبورغ صدر في 15 يوليو 1993 تشريع يجرم الجرائم المعلوماتية، مالطا وضع التعديل رقم 426 تشريع الحاسب الإلكتروني، أمريكا صدر القانون الفيدرالي لإدارة امن المعلومات2002، المكسيك أضيف إلي قانون العقوبات قسم 211 يتعلق بالدخول المحظور إلي الكمبيوتر الخاص والحاسبات الخاصة بالحكومة أو أنظمة الأموال المكسيكية، اليابان صدر قانون حظر الدخول للكمبيوتر رقم 128 لعام1999 ، أستراليا صدر تشريع الجرائم عام 2001 لكي يصحح قانون العقوبات الصادر عام 1995 واستبدال الجزء المتعلق بجرائم الحاسبات من خلال المادة 478 أ هونغ كونغ وضع مرسوم بقانون الاتصالات يحظر الدخول لأي حاسب بواسطة الشبكات والاتصالات مشار إليه لدى د أحمد خليفة الملط: مرجع سابق، ص 162، 163، و د هشام محمد فريد رستم: قانون العقوبات ومخاطر تقنية المعلومات جامعة أسيوط 1992، ص81.

(2) من بين مواد قانون الأحوال المدنية المصري رقم 143 لسنة 1994 نذكر: المادة 72 تنص على أنه"في تطبيق أحكام هذا القانون وقانون العقوبات تعتبر البيانات المسجلة بالحاسبات الآلية وملحقاتها بمراكز الأحوال المدنية ومحطات الإصدار الخاصة والمستخدمة في إصدار الوثائق =

تواكـــب هذه الجرائـــم.

ويعتبر المشرع العماني قد خطى بالاتجاه الصحيح في إطار تجريمه للاعتداءات التي تمس الأنظمة المعلوماتية عندما عدل قانون الجزاء بالمرسوم السلطاني 82/ 2001[1]، والذي أضاف إلى قانون الجزاء الفصل الثاني مكرر، حيث جرم بموجب هذا التعديل جملة من التصرفات التي قد يتعرض لها الحاسب الآلي ضمن نص المادة 276 مكرر وتنص على أنه:" يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد عن سنتين وبغرامة مائة ريال إلى خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من تعمد استخدام الحاسب الآلي في ارتكاب أحد الأفعال التالية:

1. الالتقاط غير المشروع على أنظمة الحاسب الآلي.
2. الدخول غير المشروع على أنظمة الحاسب الآلي.
3. التجسس والتنصت على البيانات والمعلومات.
4. انتهاك خصوصيات الغير أو التعدي على حقهم في الاحتفاظ بأسرارهم.
5. تزوير بيانات أو وثائق مبرمجة أيا كان شكلها.
6. جمع المعلومات والبيانات وإعادة استخدامها.
7. تسريب المعلومات والبيانات.
8. التعدي على برامج الحاسب الآلي سواء بالتعديل أو الاصطناع.
9. نشر واستخدام برامج الحاسب الآلي بما يشكل انتهاكا لقوانين حقوق الملكية والأسرار التجارية".

والملاحظ بالنسبة لهذا النص أنه ساوى بين جميع هذه التصرفات في العقاب بغض النظر عن خطورة البعض

=وبطاقات تحقيق الشخصية بيانات واردة في محررات رسمية فإذا وقع التزوير في المحررات السابقة أو غيرها من المحررات الرسمية تكون العقوبة السجن المشدد أو السجن لمدة لا تقل عن خمس سنوات."

وأيضا المادة 74 تنص علي" أنه مع عدم الإخلال بأي عقوبة أشد منصوص عليها في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين، يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة أشهر وبغرامة لا تزيد عن خمسمائة جنية أو بأحدي هاتين العقوبتين، كل من أطلع أو شرع في الإطلاع أو حصل منه شروع في الحصول علي البيانات أو المعلومات التي تحتويها السجلات أو الحاسبات الآلية أو وسائط التخزين الملحقة، أو قام بتغيرها بالإضافة أو بالحذف أو بالإلغاء أو بالتدمير أو بالمساس بأي صورة من الصور أو إذاعتها أو إفشالها في غير الأحوال التي نص عليها القانون وفقا للإجراءات المنصوص عليها فيه، فإذا وقعت الجريمة علي البيانات أو الإحصاءات المجمعة تكون العقوبة السجن."

والمادة 75 تنص على" أنه يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز سنة أشهر وغرامة لا تقل عن مائتي جنية ولا تزيد عن خمسمائة جنية أو بأحدي هاتين العقوبتين كل من عطل أو أتلف الشبكة الناقلة لمعلومات الأحوال المدنية أو جزء منها وكان ذلك ناشئاً عن إهماله أو رعونته أو عدم احترازه أو عدم مراعاته للقوانين واللوائح والأنظمة، فإذا وقع الفعل عمدا تكون العقوبة السجن المشدد مع عدم الإخلال بحق التعويض في الحالتين."

وكذا المادة 76 تنص على" أنه يعاقب بالسجن المشدد كل من اخترق أو حاول اختراق سرية البيانات أو المعلومات أو الإحصائيات المجمعة بأي صورة من الصور، تكون العقوبة السجن المشدد إذا وقعت الجريمة في زمن الحرب."

(1) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 176.

منها مقارنة بالآخر، مما يستوجب استقلالها بعقاب خاص.

كما نص المشرع كذلك بموجب المادة 276 مكرر 1 على معاقبة كل من يستولي على بيانات تخص الغير والمعالجة بواسطة أنظمة المعالجة، وقد جاء في نصها:" يعاقب بالسجن مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنتين وبغرامة مائة ريال إلى خمسمائة ريال أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استولى أو حصل على نحو غير مشروع على بيانات تخص الغير تكون منقولة أو مختزنة أو معالجة بواسطة أنظمة المعالجة المبرمجة للبيانات".

وجعل المشرع ظرفا مشددا عندما ترتكب الأفعال والتصرفات المتقدمة والواردة في المادتين 276 مكرر والمادة 276 مكرر 1، من مستخدمي الكمبيوتر من خلال نص المادة 276 مكرر 2.

وتماشيا مع موجة الإصلاحات التشريعية فيما يتعلق بالمعلوماتية، صدر في المغرب ظهير رقم97/ 03/ 1 بتاريخ 11/1/ 2003 الذي نشر بمقتضاه القانون رقم 07/03 الخاص بالجرائم المتعلقة بنظام المعالجة الآلية للمعطيات والبيانات، وقد عمد القانون إلى معالجة الأفعال التي تعمد إلي عرقلة نظام المعالجة الآلية للبيانات وخصص العقوبات الواجبة لمن أدخل معطيات في نظام المعالجة الآلية للبيانات أو أتلفها أو حذفها أو غير معطيات أو زور أو زيف وثائق معلوماتية.

وفي الجزائر، تم سد الفراغ القانوني الذي عرفه هذا المجال بصدور القانون رقم 04-15 لمؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، الذي نص على حماية جزائية للأنظمة المعلوماتية من خلال تجريم بعض أنواع الاعتداءات التي تستهدف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، كالدخول غير المشروع للأنظمة المعلوماتية والتلاعب بالمعطيات الخاصة بأنظمة المعلومات[1].

ووفقا لقواعد مكافحة الجريمة المعلوماتية في قطر وبموجب القانون رقم 11 لسنة 2004 لجرائم الحاسب الآلي في قانون العقوبات، نص المشرع على تجريم أفعال الاعتداء على نظام المعالجة الآلية للبيانات، سواء تم ذلك بالتوصل والدخول إلى النظام أو عن طريق إدخال أو محو أو تعديل المعلومات الموجودة داخله[2].

---

(1) وفي ذلك المادة 394 مكرر من قانون العقوبات الجزائري والتي تنص على أنه:" يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى سنة و بغرامة من 50000 دج إلى 100000 دج كل من يدخل أو يبقى عن طريق الغش في كل أو جزء من منظومة للمعالجة الآلية للمعطيات أو يحاول ذلك تضاعف العقوبة إذا ترتب على ذلك حذف أو تغيير لمعطيات المنظومة.

وإذا ترتب عن الأفعال المذكورة أعلاه تخريب نظام اشتغال المنظومة تكون العقوبة الحبس من ستة أشهر إلى سنتين و الغرامة من 50000 دج إلى 150000 دج".

وبخصوص جريمة التلاعب بمعطيات أنظمة المعلوماتية فنص عليها المشرع الجزائري بالمادة 394 مكرر 1 من قانون العقوبات الجزائري وجاء فيها:" يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنـــوات وبغرامة من 500000 دج إلى2000000 دج كل من أدخل بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها ".

(2) وهو مضمون المادة 371 من القانون رقم 11 لسنة 2004 المتقدم:" يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات، وبالغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من توصل بطريق التحايل إلى نظام المعالجة الآلية للبيانات المحفوظة في جهاز حاسب آلي أو ضبط داخله أو في أي جزء منه، بدون وجه حق".=

وأيضا صدر في الإمارات القانون الاتحادي رقم 2 لسنة 2006 في شأن مكافحة جرائم تقنية المعلومات الذي تناول العديد من الجرائم المعلوماتية ونص على العقوبة المقررة لها[1]، حيث نصت المادة الثانية منه على:"

1. كل فعل عمدي يتوصل فيه بغير وجه حق إلى موقع أو نظام معلوماتي، سواء بدخول الموقع أو النظام أو بتجاوز مدخل مصرح به، ويعاقب عليه بالحبس وبالغرامة أو بإحدى هاتين العقوبتين.
2. فإذا ترتب على الفعل إلغاء أو حذف أو تدمير أو إفشاء أو إتلاف أو تغيير أو إعادة نشر بيانات أو معلومات، فيعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبالغرامة، أو بإحدى هاتين العقوبتين.
3. فإذا كانت البيانات أو المعلومات شخصية، فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن سنة والغرامة لا تقل عن عشرة آلاف درهم، أو بإحدى هاتين العقوبتين".

وفي المملكة العربية السعودية صدر في 2007/03/26 نظام مكافحة الجرائم المعلوماتية[2]، في إطار السياسة الجنائية التي تتبعها الدولة في هذا المجال، وقد نصت المادة الثالثة منه على:" يعاقب بالسجن مدة لا تزيد علي سنة وبغرامة لا تزيد علي خمسمائة ألف ريال أو احدي هاتين العقوبتين، كل شخص يرتكب أيا من الجرائم المعلوماتية الآتية:

1. التصنت علي ما هو مرسل عن طريق الشبكة المعلوماتية أو أحد أجهزة الحاسب الآلي دون مسوغ نظامي صحيح أو التقاطه أو اعتراضه.
2. الدخول غير المشروع لتهديد شخص أو ابتزازه لحمله علي القيام بفعل أو الامتناع عنه، ولو كان القيام بهذا الفعل أو الامتناع عنه مشروعا.
3. الدخول غير المشروع إلي موقع إلكتروني أو الدخول إلي موقع إلكتروني لتغيير تصاميم هذا الموقع أو إتلافه أو تعديله أو شغل عنوانه.
4. المساس بالحياة الخاصة عن طريق إساءة استخدام الهواتف النقالة المزودة بالكاميرا أو ما في حكمها.
5. التشهير بالآخرين وإلحاق الضرر بهم عبر وسائل تقنيات المعلومات المختلفة".

خلاصة ما سبق، وإن كان من المتفق عليه ضرورة المواجهة التشريعية لجرائم التجارة الإلكترونية لتوفير نوع من الحماية الجنائية، فإن خطة معظم الدول في أن تلجأ إلى تطبيق التشريعات العامة الخاصة بالأنظمة المعلوماتية لا تكفي لمواجهة هذه النوعية من الجرائم، مما يحتم إصدار تشريعات خاصة بجرائم التجارة الإلكترونية.

= والمادة 372 منه تنص على:" يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد عن خمسين ألف ريال، كل من أدخل عمدا سواء بطريق مباشر أو غير مباشر، بيانات في نظام المعالجة الآلية الخاص بشخص أو جهة ما أو دمر أو عدل البيانات التي يحتويها أو طريقة معالجتها أو نقلها.

(1) د معوان مصطفى: مرجع سابق، ص 389.

(2) صدر بتعميم وزير العدل بالنيابة ذي الرقم 13/ت/3087 في 1428/03/27هـ المبني على قرار مجلس الوزراء ذي الرقم 79 في 1428/03/7 هـ بالموافقة على هذا النظام.

المطلب الثاني: الحماية من خلال القواعد الخاصة في القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية

على الرغم مما رتبه الإنترنت من مزايا في شتى مجالات الحياة، إلا أنه أدى إلى ظهور مشاكل قانونية، منها ما يعرف بالجرائم المعلوماتية أو الجرائم الإلكترونية؛ والتي تمس وتهدد بشكل مباشر معاملات التجارة الإلكترونية التي تعتمد على المعالجة الآلية للمعلومات، وتستخدم النظام المعلوماتي في مختلف مراحل إنجازها باعتباره ضرورة فرضتها طبيعة التقدم العلمي، ومواكبة الاتجاه العالمي الذي يعتمد النظام المعلوماتي أساسا للتعاملات.

ومع التسارع المتزايد في تطور وسائل التقنية الحديثة، التي جعلت ارتكاب بعض الأفعال الإجرامية أمرا في غاية السهولة، زادت ضرورة المواجهة التشريعية لهذه الجرائم. وأمام عدم كفاية قوانين حماية حقوق المؤلف في حماية برامج الحاسب الآلي، وعدم فاعلية النصوص القانونية المعنية بمواجهة الجرائم التقليدية في مواجهة جرائم المعلوماتية ــ لأنها وضعت لمواجهة الجرائم ذات الطبيعة المادية، بينما جرائم المعلوماتية تنفرد بأن لها جانبا معنويا تتميز به عن الجرائم الأخرى ــ ورغم تجريم أفعال الاعتداء على النظام المعلوماتي، وهو ما يشكل في مجمله حماية للتجارة الإلكترونية، إلا أن هذه الحماية لا تشمل كافة صور الاعتداء التي تشهدها ممارسات التجارة الإلكترونية.

الأمر الذي دعى الدول إلى البحث عما إذا كانت القوانين القائمة تكفى لمواجهة بعض الاستخدامات غير المأمونة للتجارة الإلكترونية، أم أنه يتعين مواجهة هذه الأعمال بنصوص تجريمية خاصة وجديدة.

من هنا برزت الحاجة إلى إصدار قوانين وأنظمة فاعلة لمواجهة جرائم التجارة الإلكترونية، واختلاف سبل الحماية الجنائية لها على مستوى خاص، من خلال تجريم أفعال الاعتداء على التجارة الإلكترونية ضمن القوانين المنظمة لها بشكل مستقل. والحقيقة أن الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية هي حماية للمصالح اللصيقة بهذه التجارة[1]، وبالتالي فإن حمايتها هي حماية للثقة في تبادل السلع والخدمات عبر الانترنت.

مما سبق ولما كانت التجارة الإلكترونية تعتمد أساسا على تبادل البيانات إلكترونيا على نطاق واسع وقد تتعلق هذه البيانات بالتعاقد أو شروط البيع والثمن وكيفية الدفع، فمن هنا تأتي أهمية الحماية الجنائية الخاصة لبيانات التجارة الإلكترونية (الفرع الأول).

فضلا عن ذلك ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية تستلزم لموثوقيتها أن تقترن بتوقيع إلكتروني للحفاظ على مستويات الأمن والخصوصية لهذا النوع من المعاملات، فالاعتداء عليه يمثل اعتداء على مضمون التجارة الإلكترونية لذلك فحماية التوقيع الإلكترونية جنائيا هي حماية خاصة لمضمونها (الفرع الثاني).

---

(1) يحمي المشرع في التجارة الإلكترونية عدة مصالح لصيقة بحركة التجارة الإلكترونية كما أكدته المادة الأولى من قانون اليونسترال النموذجي للجنة الأمم المتحدة. والمصالح المحمية في التجارة الإلكترونية متعددة، وإن كانت تصب في حماية حرية ممارسة وتداول السلع والخدمات عبر الانترنت، وتتمثل المصالح المحمية في شرعية تداول البيانات، سرية البيانات وخصوصيتها، وحماية التوقيع الإلكتروني، مشار إليه لدى د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص17، 18.

الفرع الأول: الحماية الجنائية الخاصة لبيانات التجارة الإلكترونية

إن التجارة الإلكترونية تقوم على أساس إجراء عمليات تجارية عن طريق وسيط إلكتروني، ذلك أن كل ما يتعلق بالعملية التجارية من عمليات بيع أو شراء أو تفاوض أو عقود، يكون محلها بيانات معالجة إلكترونيا وعليه فعلى المشرع عند وضعه لقانون بقصد حماية المبادلات التجارية الإلكترونية، أن يأخذ بعين الاعتبار مقتضيات حماية هذه التجارة من صور الاعتداء عليها، ومن أهمها صور الاعتداء على بيانات التجارة الإلكترونية. وعليه ومن أجل الإحاطة بالموضوع أكثر، سنتعرض للجرائم التي نظمتها قوانين التجارة الإلكترونية منها جريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص (أولا)، جريمة انتهاك سرية وخصوصية البيانات (ثانيا)، ثم لجريمة التصريح عمدا بمعطيات خاطئة (ثالثا).

أولا: تجريم التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص

تتعرض عمليات التجارة الإلكترونية فيما يتعلق بتداول البيانات إلكترونيا[1]، باعتداء يتمثل في التعامل في البيانات بدون ترخيص. والترخيص تمنحه جهة مختصة يناط بها منح التراخيص بالتعامل في هذه البيانات دون غيرها من الجهات، كما أن التعامل في هذه البيانات يجب أن يكون مقصورا على صاحب الشأن أي المتعاقدين فلا يحق للغير التعامل فيها[2].

والحقيقة أن التعدي على بيانات التجارة الإلكترونية في تزايد مستمر خاصة في الدول التي تستخدم نظم المعلومات، وهي من الجرائم المتكررة، ويتم هذا بالاعتداء بالتجسس غير المشروع على هذه البيانات، ولذلك فالبيانات في مجال التجارة وغيرها تشكل هدفا لأنشطة التجسس غير المشروعة[3].

وبالطبع يجب أن يتوافر لجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص ركنين مادي ومعنوي.

---

(1) تبادل البيانات إلكترونيا، هو مجموعة من المعايير المستخدمة في تبادل معلومات العمل بين أجهزة الكمبيوتر التابعة للشركاء التجاريين، وتنفيذ صفقات العمل بطريقة إلكترونية لا تعتمد الورق. ومن العمليات والشؤون التي يقوم نظام تبادل البيانات إلكترونيا بنقل المعلومات المتعلِقة بها: الاستعلامات، وطلبات الشراء، والتسعير، وحالة الطلبات، وجدولة المواعيد، والشحن، والاستقبال، ودفعات الفواتير، والعقود، وبيانات الإنتاج إضافة إلى المبيعات، ولا يعتمد نظام تبادل البيانات إلكترونيا على أنواع أجهزة الكمبيوتر، أو الأنظمة البرمجية، أو العمليات المستخدَمة في العمل.

ويرجع ظهور نظام تبادل البيانات إلكترونيا، إلى أواسط الستينيات من القرن العشرين حيث أدركت العديد من الشركات أنه لا بد لها من تسريع تبادل وتناقل المعلومات إن أرادت أن تظل قادرة على المنافسة في قطاع الأعمال، إذ كان لا بد لها من تقليص الاستخدام المُفرِط للورق وتخفيض التكلفة الباهظة للاتصالات، وذلك كي تتمكّن من تجنب بعض حالات التأخير وأسباب الإعاقة في العمل.

وفي عام 1979م، شكل المعهد الوطني الأمريكي للمعايير لجنة **TDCC** عرفت أيضا باسم لجنة **X-12**، وتألفت اللجنة من مختصين من الحكومة وقطاع النقل وقطاع الشركات الصانعة لأجهزة الكمبيوتر. وكانت غايتها تطوير معيار يتفق عليه البائعون والمشترون ويعتمد بنية المعيار الذي وضعته لجنة **TDCC**، وقد سمي هذا المعيار نظام تبادل البيانات إلكترونيا في الولايات المتحدة (**ANSI X-12**)، ورغم أن هذا المعيار حل معظم المشاكل، إلا إنه بقي على الشركات المحافظة على صِيَغ ونماذج معيارية لأنواع الرسائل التي تتبادلها مع كل شريك تجاري.

وفي عام 1986م، طورت مجموعة من الشركات التي تنتمي إلى قطاعات مختلفة معيارا متفقا عليه دوليا لتناقل المعلومات بين الشركاء التجاريين ودعي هذا المعيار نظام تبادل بيانات الإدارة والتجارة والنقل إلكترونيا في الولايات المتحدة **UN/EDIFACT**.

(2) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص37.

(3) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص212.

ا – الركن المادي لجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص: ويتحقق الركن المادي لهذه الجريمة في مجرد التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص من الجهة المختصة، لأنه دائما فيما يتعلق بالنظم المعلوماتية تحدد جهة معينة تصدر الترخيص أو الإذن بالتعامل في البيانات المعلوماتية لهذه النظم[1].

وقد اهتم قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي قانون عدد 83 لعام 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 بمسألة منح التراخيص من الجهة المختصة، وجرم التعامل في بيانات ومعلومات هذه التجارة بدون ترخيص، وهو فحوى المادة 46 من القانون المتقدم التي تعاقب كل من يمارس نشاط مورد المصادقات والوثائق الإلكترونية بدون الحصول على ترخيص مسبق، وجاء فيها:"يعاقب كل من يمارس نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بدون الحصول على ترخيص مسبق طبقا للفصل (11) من هذا القانون بالسجن لمدة تتراوح بين شهرين و (3) سنوات وبخطية تتراوح بين 1000و10000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين"[2].

كما أن نفس القانون قد رتب على مخالفة مزود خدمة المصادقة الإلكترونية بواجباته، سحب الترخيص من مزود الخدمة وذلك بمعرفة الجهة المختصة بمنح الترخيص، وفي ذلك تنص المادة 44 منه بأنه: "يسحب الترخيص من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية ويتم إيقاف نشاطه، إذا أخل بواجباته المنصوص عليها بهذا القانون أو بنصوصه التطبيقية، وتتولى الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية سحب الترخيص بعد سماع المزود المعني بالأمر"[3].

والركن المادي لهذه الجريمة يتوافر بمجرد تداول البيانات بدون ترخيص مسبق، وحتى وإن لم يترتب على ذلك أي نتيجة إجرامية، فالجريمة تعتبر جريمة سلوك لا تتطلب تحقيق نتيجة معينة[4].

فجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص إذن هي من جرائم الحظر أو جرائم السلوك المجرد، بمعنى أنه يتكامل الركن المادي فيها بمجرد إيقاف الجاني لسلوك التعامل أو التداول في البيانات دون تطلب حصول ضرر بجهة ما أو شخص معين.

لذلك يرى الفقه الجنائي أنها ليست من الجرائم ذات الضرر، أي التي تتطلب نتيجة إجرامية معينة[5].

---

(1) اهتمت تشريعات التجارة الإلكترونية في القانون المقارن كما القوانين العربية بمسألة الترخيص، كفرنسا وألمانيا واللجنة المنصوص عليها في القانون الصادر 1973 في السويد، وفي البلاد التي لم ينشأ فيها أجهزة الرقابة والإشراف فتأخذ بالإشراف القضائي اللاحق في حالة حصول مخالفة من المخالفات. وفي البلدان العربية فهناك جهات لإصدار هذه التراخيص، منها نظام معلومات مدينة الملك عبد العزيز للعلوم والثقافة بالسعودية والمركز الوطني للمعلومات بمعهد الكويت للأبحاث العلمية في دولة الكويت، أكثر تفصيل د إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص 40.

(2) محمد خالد جمال رستم: مرجع سابق، ص 178.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص316.

(4) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص39.

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص584.

ب – الركن المعنوي لجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص: تقع هذه الجريمة بطريق العمد وبطريق الخطأ.

فهي جريمة عمدية وبالتالي يكفي لتوافرها القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، وذلك بعلم الجاني أنه محظور عليه تداول بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص، وأنه فعله يعاقب عليه حسب القانون ومع ذلك تتجه إرادته إلى هذا التعامل بمعطيات التجارة الإلكترونية[1].

وجريمة التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص تقع أيضا بطريق الخطأ، وتكون الجريمة غير عمدية حينما يخطئ الشخص في تداول تلك البيانات بدون حصوله على الترخيص اللازم من الجهة المختصة وبذلك يكون قد خالف القوانين واللوائح في رصد ور الخطأ غير العمدي.

ومتى قامت الجريمة بركنيها المادي والمعنوي في حق الجاني حسب قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي قانون لعام 2000 ترتبت عقوبات وفق ما تقرره المادة 46 من هذا القانون والمتمثلة في السجن لمدة تتراوح بين شهرين و(3) سنوات وبخطية تتراوح بين 1000 و10000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين"[2].

كما رتب المشرع التونسي في القانون المذكور عقوبات على عدم مراعاة كراسة الشروط وذلك حسب نص المادة 45 منه[3]، والتي جاء فيها:" علاوة على العقوبات المقررة بالفصل 44 من هذا القانون يعاقب كل مزود خدمات المصادقة الإلكترونية لم يراع مقتضيات كراس الشروط المنصوص عليه بالفصل 12 من هذا القانون بخطية تتراوح بين 1000 و 10000 دينار"[4].

ولم يكتف القانون بذلك، بل نص في المادة 44 منه على سحب الترخيص من مزود خدمات الوثائق الإلكترونية وإيقاف نشاطه، إذا أخل بواجباته التي نص عليها هذا القانون[5].

وعليه يرى الفقه الجنائي أن المشرع التونسي قد حدد التزامات مورد الخدمات الإلكترونية على وجه محدد وفي حالة المخالفة تطبق عليه عقوبة جنائية[6].

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص261.

(2) تنص المادة 46 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي قانون عدد 83 لعام 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 بأنه:" يعاقب كل من يمارس نشاط مزود خدمات المصادقة الإلكترونية بدون الحصول على ترخيص مسبق، طبقا للفصل (11) من هذا القانون، بالسجن لمدة تتراوح بين شهرين و (3) سنوات وبخطية تتراوح بين 1000و10000 دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

(3) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص40.

(4) محمد خالد جمال رستم: مرجع سابق، ص 178.

(5) تنص المادة 44 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي لعام 2000 بأنه:" يسحب الترخيص من مزود خدمات المصادقة الإلكترونية ويتم إيقاف نشاطه، إذا أخل بواجباته المنصوص عليها بهذا القانون أو بنصوصه التطبيقية، وتتولى الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية سحب الترخيص بعد سماع المزود المعني بالأمر".

(6) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص585.

ثانيا: تجريم انتهاك سرية وخصوصية البيانات في نطاق التجارة الإلكترونية

تأمينا لممارسة العملية التجارية يجب الحفاظ على سرية وخصوصية البيانات المعالجة إلكترونيا[1]، والتي يتم التعامل بها في نطاق التجارة الإلكترونية. ويلقى على عاتق نظام الأمن الخاص بحماية البيانات والمعلومات عبء تأمين سريتها[2].

وعلى ذلك يخرج من نطاق الحماية المكفولة للبيانات من خلال هذه الجريمة، تلك المعلومات غير المبرمجة وكذلك المعلومات والبيانات المبرمجة والتي لا علاقة لها بنظام التجارة الإلكترونية. فالنشاط المادي لجريمة انتهاك سرية وخصوصية البيانات يرد على البيانات المعالجة إلكترونيا والتي تتعلق بالتجارة الإلكترونية[3].

من جانب آخر، لا يمكن أن نكون بصدد معلومات معالجة إلكترونيا في مجال التجارة الإلكترونية ما لم يكن هناك نظام معلوماتي يتقبل بيانات هذه التجارة، كمدخلات ثم يتولى تشغيلها وتحليلها وإخراجها في صورة مخرجات تمثل بيانات التجارة الإلكترونية[4].

ولما كان من الضروري تأمين المعلومات والبيانات الخاصة بالتجارة الإلكترونية، فتتباين الأنظمة المعلوماتية للأمان من حيث مدى ما توفره من سرية وخصوصية لهذه البيانات. والمقصود بالسرية حصر المعلومات أو البيانات الخاصة على نطاق محدود، بحيث إذا انعدم هذا الحصر وأصبحت البيانات قابلة للتداول فهي غير سرية؛ وبالتالي لا يمكن تصور جريمة انتهاك البيانات، باعتبار أنها تكون بمنأى عن أي حيازة ومتاحة للكافة وعلى العكس فالمعلومات السرية بطبيعتها أو حسب إرادة صاحبها أو حائزها، فلا يمكن التعامل بها وعليه من المتصور أن تتعرض للانتهاك الذي يدخل في موضوع الجريمة محل البحث.

أما المقصود بالخصوصية، مفاده أن الدخول لمعلومات وبيانات التجارة الإلكترونية، والإطلاع عليها مخصص لشخص معين أو مجموعة من الأشخاص دون غيرهم، لما يثبت لهم من سلطة التصرف في هذه المعلومات أو البيانات وبالتالي حق الاستئثار عليها[5]. أو بمعنى أدق تعني الخصوصية ارتباط البيانات والمعلومات بالمتعاقدين أطراف العملية التجارية بائع ومشتري أو منتج ومستهلك، مما يحتم عدم إطلاع الغير عليها.

وككل جريمة، لا بد أن يتوافر في جريمة انتهاك سرية وخصوصية البيانات ركنيها المادي والمعنوي[6].

---

(1) تعرف البيانات المعالجة إلكترونيا بأنها:" مجموعة العمليات التي تتم آليا أو باستخدام الحاسب الآلي، وتتعلق بالتجميع والتسجيل والإعداد والتعديل والاسترجاع والاحتفاظ، ومحو المعلومات التي تتعلق بالتجارة الإلكترونية. وكذلك مجموعة العمليات التي تتم آليا بهدف استغلال المعلومات، وعلى الأخص عمليات الربط والتقريب وانتقال المعلومات المتعلقة بهذه التجارة ودمجها مع بيانات أخرى أو تحليلها للحصول على معلومات ذات دلالة خاصة"، مشار إليه لدى علي عبد القادر قهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، مرجع سابق، ص04.

(2) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص41.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص589.

(4) المرجع السابق، ص 590.

(5) د محمد سامي الشوا: مرجع سابق، ص 176.

(6) د هدى حامد قشقوش: نفس المرجع، ص41.

ا – الركن المادي لجريمة انتهاك سرية وخصوصية بيانات التجارة الإلكترونية: في ظل الاستعمال المكثف لتقنيات الاتصال الحديثة لا سيما الانترنت، والصبغة الافتراضية لتبادل المعلومات، فإن سرية البيانات والتي تتمثل في ضمان التوصل إلى المعطيات حصريا من قبل المستعملين المرخصين؛ يتحقق في نطاق النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية من خلال وسائل الحماية الفنية العديدة[1]، التي تحجب معطيات هذه التجارة عن أي شخص ليس له حق الاستفادة منها[2].

ويتحقق الركن المادي للجريمة بمجرد انتهاك سرية البيانات وخصوصيتها، حتى ولو لم يترتب على الفعل أي نتيجة. فالجريمة سلوكية يكتفي المشرع فيها بتحقيق السلوك الإجرامي، بدون اشتراط تحقق نتيجة لأن الغرض من التجريم هو الحفاظ على سرية وخصوصية البيانات وليس تحقق نتيجة إجرامية[3].

ويرجع السبب في ذلك، أن جريمة انتهاك سرية وخصوصية البيانات من الجرائم التي يطلق عليها الفقه الجنائي جرائم السلوك المجرد أو جرائم الحظر العام، حيث تتم معاقبة الجاني دون اعتبار للنتيجة الإجرامية المترتبة على سلوكه، فلا يستوجب حصول الضرر حتى يعاقب الجاني على الفعل الذي ارتكبه. الأمر الذي يتوافق مع منطق حماية التجارة الإلكترونية، لأن شرط حصول الضرر من جراء فعل انتهاك خصوصية البيانات سوف يضعف ثقة المتعاملين في التجارة الإلكترونية[4].

وفي هذا الصدد نص المشرع التونسي في المادة 52 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي لعام 2000 على تجريم الاعتداء على السرية والخصوصية وجاء نص المادة كما يلي:" يعاقب طبقا لأحكام الفصل 254 من المجلة الجنائية، مزود خدمات المصادقة الإلكترونية وأعوانه الذين يفشون أو يحثون أو يشاركون في إفشاء المعلومات التي عهدت إليهم، في إطار تعاطي نشاطاتهم باستثناء تلك التي رخص

(1) باعتبار أن نشاط الشركات التجارية في مجال التجارة الإلكترونية، يتم عبر شبكات الاتصال وباعتماد تقنيات الاتصال الحديثة، وأن المعلومات الخاصة بها والتي تتداول تستوجب حماية وأمنا لا سيما من ناحية التوصل إليها وحقوق مختلف المستعملين، هذا خاصة في مجال الانترنت علاوة عن إمكانية الاختراقات الناتجة عن تطور تقنيات الاتصال اللاسلكية التي تمكن من الترابط بالأنظمة المعلوماتية عن بعد، والولوج إلى النظام المعلوماتي خارج البنية التحتية المؤمنة؛ فمن الضروري تأمين سلامة البيانات، بحيث لا تنحصر فقط على الأنظمة المعلوماتية أو المعلومات المرقمنة بل تخص سلامة المعطيات بصفة شاملة، إذ تشمل الجانب الأمني وضمان تواجد المعطيات في صبغة صحيحة، وحمايتها مهما كان نوعها. ومن بين أنظمة الأمان المعلوماتية نجد مضاد الفيروسات، وهي برمجية تركز على الحاسوب لمنع الفيروسات من إصابة الجهاز والملفات والبرمجيات الموجودة به، كما يوجد ما يسمى بجدار النار أو الجدار الناري الذي يمنع حواسيب شبكة الشركة من الاتصال المباشر بأي حاسوب خارجي، سواء كانت طالبة أم مطلوبة، ويقوم جدار النار بتسيير جميع الاتصالات إلى وكيل موجود خارج شبكة المؤسسة لكي يفحص الرسائل الواردة ويقرر تمريرها إلى شبكة المؤسسة أو صدها، إضافة إلى التشفير الذي يتمثل في تغيير البيانات، وذلك عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغييرها، أكثر تفصيل حول الحماية الفنية للمعلومات فاروق حسين: أمن الانترنت، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1999، ص 91 ــ 130.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص591.

(3) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص42.

(4) د عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص594.

بها صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو الإعلام بها، في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري العمل به".

ب – الركن المعنوي لجريمة انتهاك سرية وخصوصية بيانات التجارة الإلكترونية: جريمة انتهاك سرية وخصوصية بيانات التجارة الإلكترونية من الجرائم العمدية، ويتمثل الركن المعنوي فيها بالقصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة.

ويتحقق ذلك متى سعى الجاني وانصرفت إرادته إلى فض مفاتيح التشفير الخاصة بالمعلومات والبيانات بما يخالف القانون، أي في غير الأحوال التي يصرح فيها القانون بذلك، مع علمه بأن ما يقوم به مخالف للقانون أي غير مشروع. فيكون على علم بمكونات الواقعة المتمثلة في فض شفرة المعلومات، ومع هذا تنصرف إرادته للفعل المذكور متقبلا النتيجة المترتبة عن ذلك[1].

وهو ما يتضمنه نص المادة 52 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي لعام 2000 حيث اشترط توافر القصد الجنائي كجوهر للركن المعنوي لجريمة الاعتداء على السرية والخصوصية[2]، حيث لا تقوم الجريمة إلا بتوافر القصد الجنائي لدى الجاني، وهو مزود أو مورد الخدمات الإلكترونية وأعوانه الذين يفشون أو يحثون أو يشاركون في إفشاء المعلومات التي عهدت إليهم. وبذلك وحسب النص المتقدم لا يتصور أن تقوم الجريمة بطريق الخطأ[3].

نخلص إلى أنه احتراما للحق في الخصوصية، تسعى التشريعات إلى الاهتمام بموضوع البيانات المشفرة وذلك بتجريم كل فعل من شأنه انتهاك السرية والخصوصية. وإن كان التشفير ليس الوسيلة الوحيدة لحماية سرية وخصوصية بيانات التجارة الإلكترونية بل هناك وسائل فنية عديدة تتمثل في أنظمة الأمان المعلوماتي[4] . وبالتالي ومن أجل إضفاء المزيد من الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، فلا بد على المشرع أن يجرم جميع أفعال الانتهاك التي تتعرض لها البيانات والمعلومات الخاصة بهذا النوع المستحدث من التجارة، وذلك مهما كانت نوعية الأساليب والنظم الفنية التي تحميها.

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص595.

(2) جاء في نص المادة 52 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي قانون عدد 83 لعام 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 تجريم الاعتداء على السرية والخصوصية وجاء فيه ما يلي:" يعاقب طبقا لأحكام الفصل 254 من المجلة الجنائية، مزود خدمات المصادقة الإلكترونية وأعوانه الذين يفشون أو يحثون أو يشاركون في إفشاء المعلومات التي عهدت إليهم، في إطار تعاطي نشاطاتهم باستثناء تلك التي رخص بها صاحب الشهادة كتابيا أو إلكترونيا في نشرها أو الإعلام بها، في الحالات المنصوص عليها في التشريع الجاري العمل به".

(3) حسب بعض الفقه الجنائي، يمكن تصور ارتكاب الجريمة بطريق الخطأ وفق ما تضمنه مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، وذلك متى قام الجاني بفض الشفرة في حالة غير تلك الحالات المصرح بها قانونا، ذلك أن المبدأ الذي وضعه المشروع جرم في البداية فعل فك الشفرة بالذات أو الواسطة بأي صورة من الصور، ثم أعقب ذلك بنصه على أن " وكذلك كل من يقوم بفض معلومات مشفرة في غير الأحوال المصرح بها، مشار إليه لدى د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص43.

(4) د عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص593.

ثالثا: تجريم التصريح عمدا بمعطيات خاطئة فيما يتعلق ببيانات التجارة الإلكترونية

إن هذه الجريمة من الجرائم التي تقع على بيانات التجارة الإلكترونية، والغاية من النص عليها هي حماية المتعاملين في نطاق هذه التجارة، الذين يتعاملون في بياناتها؛ لأن التجارة الإلكترونية تعتمد بالأساس على نظام معلوماتي تعد المعلومات والبيانات فيه عنصرا جوهريا. فلهذه البيانات قيمة كبيرة مما يستدعي حمايتها جنائيا بتجريم جميع أفعال المساس بها، الأمر الذي يؤدي إلى الزيادة في ثقة المتعاملين في نطاق التجارة الإلكترونية وبالتالي ضمان تقدمها(1).

وقد نص المشرع التونسي في نص المادة 47 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي لعام 2000 على أنه:" يعاقب كل من صرح عمدا بمعطيات خاطئة لمزود خدمات المصادقة الإلكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق بإمضائه، بالسجن لمدة تتراوح بين سنة أشهر وعامين وبخطية تتراوح بين ألف وعشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين"(2).

ووفقا لهذا النص، فإن المشرع يعاقب كل من تعمد الإدلاء ببيانات ومعلومات خاطئة لمورد خدمة التوثيق الإلكتروني أو لأطراف العملية التجارية. حيث أنه في نطاق التجارة الإلكترونية يدلي ذوي الشأن بالمعلومات والبيانات حيث تجمع المعلومات بمعرفة الجهات أطراف العلاقة التعاقدية بناء على تحريات من جانبها، أو بناء على طلب من ذوي الشأن(3).

وتتمثل الغاية في تجريم التصريح عمدا بمعطيات خاطئة فيما يتعلق ببيانات التجارة الإلكترونية، هو حماية العملية التجارية وأطرافها من استقبال معلومات خاطئة تؤثر على حقوق أطراف التعاقد، أو على الثقة المفترضة في هذه التجارة. سيما وأن المعلومات أو البيانات تلعب دورا أساسيا في نجاح التجارة الإلكترونية ومن ثم الإقبال عليها(4).

<u>ا – الركن المادي لجريمة التصريح عمدا بمعطيات خاطئة فيما يتعلق ببيانات التجارة الإلكترونية</u>: هذه الجريمة من قبيل جرائم السلوك المجرد أو جرائم الخطر، وليست من جرائم الضرر، بمعنى أن المشرع لا يشترط لقيام الركن المادي فيها حلول ضرر معين؛ وإنما يكفي تحقق النشاط الإجرامي وهو إعطاء بيانات أو معلومات غير صحيحة، سواء كان ذلك من قبل أي شخص، وسواء أعطيت هذه المعلومات إلى مورد خدمات التوثيق الإلكتروني، أو أحد أطراف التعاقد(5).

فالجريمة إذا تقتضي إعطاء معطيات غير صحيحة من جانب أي شخص وهذه المعطيات تتعلق بالطبع

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص262.

(2) محمد خالد جمال رستم: مرجع سابق، ص 179.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، هامش رقم 2 ص598.

(4) نفس المرجع، ص 598.

(5) المرجع نفسه، ص 599.

بعملية التجارة الإلكترونية. ويتعين على هذا الشخص الالتزام بصحة المعطيات التي صرح بها لثقة مورد الخدمة الإلكترونية، وكذلك الأطراف في توقيعه على غير ما صدر عنه[1].

ويستوي في المعطيات الخاطئة معلومات أو بيانات أن تكون يدوية أو معالجة، بمعنى أن تكون قد دخلت ضمن نظام المعالجة الآلية للبيانات له علاقة بالتعاقد في نطاق التجارة الإلكترونية. كما عاقب المشرع على إعطاء هذه المعطيات إلى مزود خدمة التوثيق، الأمر الذي يعني إمكانية الإدلاء بهذه البيانات قبل معالجتها[2].

كما يستوي أيضا أن يتم الإدلاء بهذه المعطيات غير الصحيحة إلى أطراف التعاقد، وهما البائع والمشتري أو المستهلك والمنتج وذلك في عقد التجارة الإلكترونية. وهذه البيانات غير الصحيحة قد توقع أحدهما في غلط أو تعد تدليسا يدفعه إلى التعاقد، ومن ثم يصيبه ذلك بضرر جسيم نظرا لأثر هذا الكذب الذي دفعه إلى التعاقد[3].

و لم يتطلب المشرع التونسي في المعطيات التي يتم الإدلاء بها، سوى أن تكون معطيات خاطئة أي كاذبة ولا تعبر عن الواقع، حيث يتم الإدلاء بها بهدف التأثير على عمل ونشاط مزود الخدمة الخاصة بالتوثيق الإلكتروني، أو تصرف أحد أطراف العقد.

وعليه فيكفي لتوافر الركن المادي التصريح من جانب الجاني بهذه المعطيات الخاطئة، بدون أن يتطلب المشرع تحقيق نتيجة معينة[4].

ب – الركن المعنوي لجريمة التصريح عمدا بمعطيات خاطئة فيما يتعلق ببيانات التجارة الإلكترونية:

جاء في نص المادة 47 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي لعام 2000 على أنه:" يعاقب كل من صرح **عمدا** بمعطيات خاطئة ..." ويستشف من ذلك أن هذه الجريمة من الجرائم العمدية، وصورة القصد الجنائي فيها هو القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة.

ويتحقق العنصر الأول بعلم الجاني بكافة وقائع الجريمة، فيدلي بمعلومات خاطئة لمزود الخدمة أو أحد أطراف العلاقة التعاقدية في التجارة الإلكترونية وهو يعلم بأن فعله محظور قانونا. أما العنصر الثاني فيتحقق عندما تنصرف إرادة الجاني إلى فعل الإدلاء بالمعطيات غير الصحيحة، مع قبول النتيجة المترتبة على فعله بوصفها مخالفة للقانون[5].

---

(1) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص45.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص263.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص600.

(4) يرى بعض الفقه، أن هذه الجريمة تقوم في حق الجاني ولو كان الإدلاء بالمعطيات الخاطئة إلى طرف ثالث غير مورد خدمة التوثيق الإلكتروني أو أطراف التعاقد كبنك أحد أطراف التعاقد مثلا، أكثر تفصيل د هدى حامد قشقوش: نفس المرجع، ص45.

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: نفس المرجع، ص601.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية الخاصة لمضمون التجارة الإلكترونية

إن الجرائم المتعلقة بمضمون التجارة الإلكترونية هي جرائم تدخل في صميم العملية التجارية الإلكترونية وتمثل اعتداءا عليها، فهي تتعلق بجوهر عملية التجارة ذاتها من حيث العقود الإلكترونية وما يمس تشفير التوقيع الإلكتروني[1]؛كما تتعلق بمدى ضعف أو جهل أحد المتعاقدين بعملية البيع الإلكتروني، والخداع أو الضغط الذي تم ممارسته عليه لتوقيع العقد بدون معرفة لأبعاده ونتائجه[2]. وهو ما سنعكف على تبيانه بشيء من التفصيل، من خلال التعرض لجريمة قض مفاتيح التشفير التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني (أولا)، ولجريمة استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني (ثانيا).

أولا: تجريم فض مفاتيح التشفير التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني

إن إبرام الصفقات التجارية التي تتم عبر شبكة الإنترنت يتطلب التوقيع، وللتأكد من صحة هذا التوقيع والتأكد من أنه يخص الشخص المتعاقد، قدم العلم وتقنياته حلا لمشكلات تزوير التوقيع وتقليده، لاعتبارات تخص الواقع العلمي، الذي أدخلت عليه طرق ووسائل حديثة في التعامل لا تتفق مع فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي. ونتيجة لانتـــشار نظم المعالجة الإلكترونية للمعلومات التي بدأت تستعملها الشركات التجارية أصبح التوقيع اليدوي عقبة من المستحيل تكيفها مع النظم الحديثة الإلكترونية للإدارة والمحاسبة، فوجد البديل للتوقيع اليدوي وهو: " التوقيع الإلكتروني ".

ونظرا إلى الحاجة إلى التوقيع الإلكتروني يسبب اعتبارات الأمن والخصوصية على شبكة الإنترنت وخاصة في التجارة الإلكترونية التي أصبحت محل اهتمام كبير بالنسبة للمسؤولين ورجال الأعمال، تم اللجوء إلى تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني لرفع مستوى الأمن والخصوصية بالنسبة للمتعاملين عبر الشبكة. حيث أنه وبفضل هذه التكنولوجيا يمكن الحفاظ على سرية المعلومات بما فيها معلومات هذه التجارة، وسرية الرسائل المرسلة. وبواسطة التوقيع الإلكتروني يمكن التعرف على هوية المرسل والمستقبل إلكترونيا، والتأكد من مصداقية المتعاملين، والمعلومات بأنها هي المعلومات الأصلية و لم يتم تزويرها ولا حتى العبث بها من الغير. ومن ناحية أخرى وبفضل التوقيع الإلكتروني يمكن الحفاظ على سرية وخصوصية المعلومات وعدم تداولها في ظل انفتاح شبكة الانترنت، وذلك فيما يتعلق بالشركات التجارية المنافسة لبعضها البعض، كل ما سبق يبرر حمايته جنائيا ضد الاعتداء عليه.

---

(1) يرى بعض الفقه الجنائي أن المصلحة محل الحماية الجنائية ضد أفعال المساس بالتوقيع الإلكتروني هي شرعية تداول البيانات الإلكترونية وحماية من له الحق في ذلك، وذلك يتطلب أن يكون تداول البيانات من خلال مزود للخدمة الإلكترونية مرخص له بتقديمها. بينما رأي آخر يذهب للقول أن التداول المشروع للبيانات والمعلومات الإلكترونية ليست هي جوهر المصلحة المحمية في التوقيع الإلكتروني، ذلك أن الحماية القانونية لهذا التوقيع تنصب على التأكد من صدور التوقيع ونسبته لصاحبه، الأمر الذي يترتب عليه الإقرار بالآثار القانونية الناتجة عن هذا التوقيع ولا علاقة لذلك بشرعية تداول البيانات، أكثر تفصيل د أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبقة الأولى، دار النهضة العربية، 2006، ص60.

(2) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص47.

ولما كان التشريع التونسي (قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات التونسي قانون عدد 83 لعام 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000) السباق على مستوى التشريعات العربية إلى تنظيم عمليات التجارة الإلكترونية فقد اهتم بها بكل دقة وعالج تفاصيل هذه التجارة، ومن بينها سرية العمليات التجارية الإلكترونية باعتماد التوقيع الإلكتروني وتقنية التشفير كنوع من الحماية الفنية.

ويقصد بالتشفير تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها. والعلة منه في نطاق التجارة الإلكترونية المحافظة على سرية البيانات وحمايتها، لأن التجارة عبر الانترنت تتميز بوجود طرف ثالث غير المتعاقدين، كمستخدم الشبكة مثلا أو جهة أخرى يمكنها الإطلاع على بيانات هذه التجارة؛ لذلك كان من الضروري البحث على وسيلة تمنع الغير من الإطلاع سوى ذوي الشأن كالمتعاقدين أو المصرح له قانونا بذلك، فوجدت تقنية التشفير لوسيلة لتحقيق هذا المبتغى، والتشفير قد ينصب على البيانات وقد ينصب على التوقيع الإلكتروني[1].

وتبعا لذلك ومن أجل حماية التوقيع الإلكتروني وحماية تشفيره، عاقب المشرع التونسي في قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات لعام 2000 على فض مفاتيح التشفير وذلك في نص المادة 48 منه وجاء فيها:

" يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بامضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين ستة أشهر وعامين، وبخطية تتراوح بين ألف وعشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين"[2].

وبالطبع لجريمة فض مفاتيح التشفير الإلكتروني ركنين، ركن مادي وآخر معنوي.

ا – الركن المادي لجريمة فض مفاتيح التشفير التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني: يتمثل الركن المادي في فض مفاتيح التشفير التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني، ذلك أن فض مفاتيح التشفير يعني كشف البرامج الخاصة بتشفير التوقيع الإلكتروني، وذلك بنقل التوقيع من صورة مكتوبة إلى صورة رقمية، أي نقله من صورة لها دلالة معينة ومضمون معين ليكون مجرد إشارة أو رمز، وهو ما يطلق عليه الترميز بوصفها برامج حماية لبيانات التجارة الإلكترونية[3].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الجريمة من جرائم السلوك المجرد، أي أن المشرع التونسي في نص المادة 48 من قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات لعام 2000 لم يشترط تحقيق نتيجة إجرامية معينة. وعليه يكفي لكي تترتب الجريمة، أن يكون الجاني قد فض مفاتيح الشفرة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني[4].

---

(1) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص63.

(2) محمد خالد جمال رستم: مرجع سابق، ص 179.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص627.

(4) المرجع السابق، ص627.

ويستوي أن يكون فض الشفرة قد تم لمصلحة الجاني أو لمصلحة شخص آخر، وسواء كان ذلك سرا أم علانية، وعلى ذلك تقوم الجريمة بمجرد فض الشفرة دون انتظار حصول ضرر بالمجني عليه، لأن الجريمة من جرائم الحظر وليست من جرائم الضرر التي تتطلب حصول نتيجة معينة[1].

ب – الركن المعنوي لجريمة فض مفاتيح التشفير التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني: هذه الجريمة من الجرائم العمدية، التي تقتضي توافر القصد الجنائي بعنصريه العلم والإرادة[2].

ويقصد بتحقق العلم أن يكون الجاني على دراية بوقائع الجريمة، بما في ذلك تجريم القانون لمثل الوقائع التي ارتكبها، ومع ذلك تنصرف إرادته إلى إتيان السلوك الإجرامي وقبول النتيجة المترتبة، وهو عنصر الإرادة[3].

وبناء على ما سبق، فإذا ما قامت الجريمة في حق الجاني بتوافر ركنيها المادي والمعنوي، فالمشرع التونسي عاقب عليها بالحبس وبالغرامة[4]، فالحبس لمدة تتراوح ما بين ستة أشهر وعامين، والغرامة تتراوح ما بين ألف وعشرة آلاف دينار تونسي[5]. والقاضي مخير بين أن يقضي بالحبس لوحده أو الغرامة وحدها، أو بالعقوبتين معا حسب ظروف الدعوى المرفوعة[6].

ثانيا: تجـــريم استـــغلال المتـــعامل في البـــيع الإلكتـــروني

تظهر الحكمة من تجريم استغلال المتعامل في عقود البيع الإلكترونية في حماية المتعاقدين في هذه العملية وبشكل أخص المشتري في هذا العـــقد، لأن البـــائع غالبا ما يكـــون الطرف الأقوى في العلاقة التعاقدية الأمر الذي يجعل الطرف الآخر مدفوعا للتعاقد على نحو يتضمن غبنا واقعا عليه.

لذلك عاقب المشرع التونسي كل من يستغل ضعف أو جهل المتعاقد في البيع الإلكتروني، ضمن نص المادة 50 قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات لعام 2000 وجاء فيها:" يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أم آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين ألف وعـــشرون ألف دينار، وذلك إذا أثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على

---

(1) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص269.

(2) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص64.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص627.

(4) نشير إلى أن المشرع العماني كذلك عاقب على جريمة قض مفاتيح التشفير بالحبس والغرامة أو بالعقوبتين معا وذلك بموجب نص المادة (52) مرسوم سلطاني رقم (69 /2008) بإصدار قانون المعاملات الإلكترونية على أنه:" مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون الجزاء العماني أو أي قانون آخر، يعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز 5000 رع (خمسة آلاف ريال عماني) أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من:.....4 ـــ قام بطـــريقة غير مشروعة بكشف مفاتيح لفض التـــشفير أو فـــض تشـــفير معـــلومات مودعة لديه".

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص628.

(6) عاقب المشرع التونسي في قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات قانون عدد 83 لعام 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 على فض مفاتيح التشفير وذلك في نص المادة 48 منه وجاء فيها:" يعاقب كل من استعمل بصفة غير مشروعة عناصر تشفير شخصية متعلقة بإمضاء غيره بالسجن لمدة تتراوح بين ستة أشهر وعامين، وبخطية تتراوح بين ألف وعشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين".

تمييز

تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام، أو إذا أثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"[1].

وقد حدد المشرع في النص المتقدم الحالات التي عاقب فيها أحد المتعاقدين في عقد التجارة الإلكترونية وهي أن يستغل الطرف الآخر في التعاقد، فيندفع نحو الالتزام حالا أو مستقبلا، تحت تأثير عدم قدرته على تمييز تعهداته أو كشف الحيل والخدع من قبل الطرف الآخر، أو أن يكون واقعا تحت ضغط أو تهديد[2].

والواقع أن استغلال المتعاقد على نحو يوقعه فيما يسمى بالغبن، يترتب عليه إبطال العقد من الناحية المدنية ولا علاقة له بالمسؤولية الجنائية. إلا أن المشرع ربط العقاب الجنائي بأن يكون الجاني قد استغل المتعاقد الآخر ودفعه إلى التعاقد عن ضعف أو جهل واستغل أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام[3].

ا – الركن المادي لجريمة استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني: يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة بإتيان السلوك المتمثل في استغلال ضعف المتعاقد في البيع الإلكتروني، مع ضرورة أن يثبت أن هذا الشخص غير قادر على تمييز إبعاد تعهداته كنتيجة لتعاقده كما ورد في نص المادة 50 قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات الونسي لعام 2000، والتحقق من وجود هذا الاستغلال يرجع لتقدير القاضي من خلال ظروف الواقعة[4].

ب – الركن المعنوي لجريمة استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني: هذه الجريمة من الجرائم العمدية التي يلزم لقيامها القصد الجنائي العام بعنصريه العلم والإرادة، ويتصرف العلم إلى كافة وقائع الجريمة وكذلك علمه بأنه يخالف القانون، ورغم ذلك تنصرف إرادته إلى هذه المخالفة وقبول النتائج المترتبة عنها[5].

مما سبق فمتى قامت جريمة استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني بشقيها المادي و المعنوي تم معاقبة الجاني بالغرامة فقط ما بين ألف دينار إلى عشرون ألف دينار، ويخضع تقدير هذه الغرامة إلى السلطة التقديرية للقاضي[6].

---

(1) محمد خالد جمال رستم: مرجع سابق، ص 179.

(2) د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها المدنية، مرجع سابق، ص629.

(3) د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، مرجع سابق، ص274.

(4) د هدى حامد قشقوش: مرجع سابق، ص51.

(5) د عبد الفتاح بيومي حجازي: المرجع السابق، ص676.

(6) نص المادة 50 قانون التجارة الإلكترونية والمبادلات قانون عدد 83 لعام 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 وجاء فيها:" يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أم آجلا بأي شكل من الأشكال، بخطية تتراوح بين ألف وعشرون ألف دينار، وذلك إذا أثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو إذا أثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

المبحث الثاني: المعالجة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية

استتبع ظهور الجرائم المعلوماتية بما فيها جرائم التجارة الإلكترونية، ظهور العديد من التحديات الجديدة والمشاكل القانونية التي تواجه القانون الجنائي بشقيه الموضوعي والإجرائي[1].

فبعد أن صارت التجارة الإلكترونية تعتمد في تسييرها على تقنيات الحاسب والمعلومات، باتت الحاجة واضحة لقواعد جنائية موضوعية جديدة تلائم تمركز مقوماتها، وسائر أنشطتها حول المعلومات وتقنياتها وتكفل مجابهة الأشكال المستحدثة للإجرام الناشئة عن استخدام هذه التقنية[2].

ونظرا لجسامة هذا النوع من التعدي على التجارة الإلكترونية، فقد حرصت دولا كثيرة على إرساء مبدأ الحماية الجنائية لها، وبغض النظر عن مبدأ الحماية الفنية التي تضمن سرية البيانات المعالجة أو المتداولة في إطارها بطريقة تقنية. وبالرغم من أهمية هذه الحماية، فإن ثمة صعوبات في تطبيق النصوص التقليدية على الجرائم المعلوماتية، بل حتى النصوص الخاصة قد لا تستوعب الجرائم التي تخلق يوما بعد يوم، تبعا لاستحداث الأساليب التقنية للاعتداءات، ولاختراقات النظم المعلوماتية للتجارة الإلكترونية وشبكة الانترنت.

وإن كان الحل التشريعي كشق من الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، يمكن أن يتحقق بمجرد سن تشريعات عقابية تعالج الأنماط الجرمية المستحدثة بأوضاعها الحالية؛ فإن هذه النظرة تعد قاصرة ما لم يأخذ بعين الاعتبار التطورات المحتملة في هذا المجال والتي يرجح أن تأخذ شكل الطفرات والقفزات التي لم تكن بالحسبان.

وعليه وإن كان من المعقول جدا القول بأن التشريعات الجنائية في المجمل العام قاصرة على مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية، التي لا تزال بدون غطاء تشريعي متكامل يحددها ويجرم كافة أفعال الاعتداء عليها؛ فمن المبرر جدا أن نتجه ونسلط الضوء على الجانب الإجرائي المتعلق بمكافحة هذه الجرائم، في محاولة لكي تكتمل الخلفية المطلوبة للحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية.

مما سبق فالطبيعة الدولية للتقنية الحديثة، فضلا عن الفضاء الافتراضي كمسرح لارتكاب الجريمة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وأن هذه الجرائم تقع على معطيات غير مادية، يضاف إليها مصاعب أخرى تجعل مواجهتها الإجرائية معقدة وصعبة حتى يمكن الوصول إلى حلول فعالة ﴿ المطلب الأول﴾.

الأمر الذي يستلزم أن تتعاون كل الأطراف، على تطبيق الوسائل الدولية الملائمة بالنسبة للتعاون الدولي في المجال الجنائي، وكذلك بالنسبة للقانون المحلي على أوسع نطاق ممكن بين بعضهم البعض؛ بغرض التحقيقات والإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للتجارة الإلكترونية وللشبكات والبيانات المعلوماتية، وكذلك بشأن الحصول على الأدلة في الشكل الالكتروني لمثل هذه الجرائم ﴿ المطلب الثاني﴾.

---

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص322.

(2) د هشام محمد فريد رستم: الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المجلد الثاني، الطبعة الثانية كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، المنعقد في الفترة ما بين 1 إلى 3 مايو 2000، ص 418.

المطلب الأول: التحديات الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية

أدى التطور التقني المعاصر وانتشار استخدام الحاسب الآلي وشبكة الانترنت، إلى تغير في المفاهيم التقليدية للجريمة سواء فيما يتعلق بالوسائل التي تستخدم في ارتكابها، أو فيما يتعلق بالوسائل التي تستخدم في إثباتها وفيما يتعلق بالأدلة وطبيعتها وحجيتها في الإثبات[1].

تبعا لذلك فمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية، أبرزت تحديات ومشكلات جمة تغاير في جوانب كثيرة التحديات والمشكلات التي ترتبط بالجرائم التقليدية[2].

فمن جهة المجابهة الموضوعية لهذه الجرائم، تدخل المشرع في مختلف دول العالم بطرق متباينة بإصدار نصوص عقابية ضد أفعال الاعتداء التي تمس التجارة الإلكترونية، وتطوير التشريعات الوطنية لجعلها مواكبة لإساءة استخدام التقنية المعلوماتية وشبكة الانترنت، بما يكفل سد الثغرات القانونية التي تحول دون ملاحقة مرتكبي هذه الجرائم.

أما من جهة المجابهة الإجرائية، فبات متطلبا أن يساير قانون الإجراءات الجزائية التغيرات والتطورات الحاصلة في جرائم نظم المعلومات بشكل عام وجرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص؛ وكذا التعديلات المتلاحقة في نصوص قانون العقوبات بشأنها، الأمر الذي يؤدي في النهاية إلى تفعيل دور الإجراءات الجنائية في مجال جرائم التجارة الإلكترونية (الفرع الأول).

إلا أن الأمر ليس بالهين، لا سيما في ظل التعامل مع جريمة بصورة وطبيعة مختلفة غيرت في النظرية التقليدية للجريمة بوجه عام، بما تتصف به من امتداد عبر الدول، واستحداث وسائل جديدة لتنفيذها والتي تكون معقدة في أغلب الأحيان. كما أن حداثتها تثير صعوبة نوع الدليل المعتمد في الإثبات وصعوبة كشفها، كل ما سبق يشكل في مجموعه صعوبات تعترض سبل فعالية المواجهة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: دور قانون الإجراءات الجزائية في مواجهة جرائم التجارة الإلكترونية

تعد جرائم التجارة الإلكترونية المرتكبة عبر الإنترنت من الموضوعات الحديثة التي فرضت نفسها على المستوى الوطني والدولي على حد سواء، والتي ينبغي على المشرع الجنائي مواجهتها بتشريعات حاسمة لمكافحتها وعقاب مرتكبيها. وعلاوة على ذلك فإن الإجراءات الجنائية المتبعة في ملاحقة مرتكبي جرائم المعلوماتية تثير الكثير من المشكلات القانونية، بدءا من مرحلة الاستدلال وجمع الأدلة، حتى صدور الحكم الجنائي؛ ولا سيما في ما يتعلق بإثبات الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، وصلاحية الدليل الرقمي للإثبات ومدى شرعية الأدلة المتحصلة بواسطة الإنترنت، وقبولها لدى القاضي الجنائي.

---

(1) أسامة بن غانم العبيدي: مرجع سابق، ص 100.

(2) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص435.

ومنه فما مدى كفاية النصوص الإجرائية الحالية التي تتضمن الإجراءات التي تستخدم في الكشف عن هذه الجرائم وجمع الأدلة عنها وضبطها والتحقيق الجنائي فيها وإجراءات المحاكمة وتنفيذ العقوبة بحق من يرتكبها لمنعها وردع مرتكبيها ؟ وهل المواجهة الجنائية هي الحل الأمثل، أم يجب أن تكون الحل الأخير ؟

وهل تفي نصوص الإجراءات الجنائية في تحقيق غايتها، أم يلزم أن تعدل هذه النصوص بما يتواءم مع التطور التقني للمعلوماتية ؟ وعليه وفي محاولة لتبيان ما سبق سنوضح انعكاسات تقنية المعلومات على قانون الإجراءات الجزائية (أولا)، ثم نتعرض لحتمية الإصلاحات الحديثة فيما يتعلق بالتشريعات الإجرائية (ثانيا).

أولا: تقنية المعلومات وانعكاساتها على قانون الإجراءات الجزائية

في ظل إساءة استخدام تقنية المعلومات، بات متطلبا من الأجهزة الجنائية الإجرائية في سبيل مكافحتها للجرائم المعلوماتية أن تتعامل مع أشكال غير محسوسة من الأدلة، الأمر الذي أثار العديد من الإشكالات في مجال الإجراءات الجنائية [1].

ا ــ الإشكالات القانونية التي تثيرها الجرائم المعلوماتية في ما يخص الإجراءات الجنائية: يمكن إجمالها تحت الفئات التالية:

ــ الفئة الأولى: تخص الإشكالات المتعلقة بالأساليب التقليدية التي يتضمنها قانون الإجراءات الجزائية لجمع الأدلة وإجراء التحقيق في بيئة المعلومات، خاصة مع قيام الجناة بتخزين البيانات المتعلقة بالأنشطة الإجرامية في الأنظمة المعلوماتية بصورة مشفرة؛ وهو ما يثير صعوبة البحث عن أدلة الإثبات، لا سيما إذا ما تعلق الأمر ببيانات مخزنة في الخارج عن طريق شبكة الاتصالات عن بعد[2].

ــ الفئة الثانية: وتضم الإشكالات الإجرائية المستحدثة المرتبطة بتقنية المعلومات والجرائم المعلوماتية منها حساب مدة التقادم في حالة زرع الفيروسات في الأنظمة[3]، أو البرامج الخبيثة، والتنقيب عن البيانات المخزنة؛ وإلزام الشاهد بكشف كلمات السر أو طبع البيانات المخزنة، والحق في المراقبة وتسجيل البيانات التي تتم عن طريق نظم الاتصالات عن بعد وجمعها وتخزينها[4].

---

(1) إن الإجراءات الجنائية المتبعة في ملاحقة مرتكبي جرائم المعلوماتية تثير الكثير من المشكلات القانونية، بدءاً من مرحلة الاستدلال وجمع الأدلة حتى صدور الحكم الجنائي، ولا سيما في ما يتعلق بإثبات الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت وصلاحية الدليل الرقمي للإثبات ومدى شرعية الأدلة المتحصلة بواسطة الإنترنت وقبولها لدى القاضي الجنائي.

(2) د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة أسيوط، 1994، ص 06.

(3) فيروس الكمبيوتر هو مرض يصيب الجهاز، وهو عبارة عن برنامج صغير يمكن تسجيله أو زرعه على الاسطوانات المرنة أو الأقراص الصلبة بالحاسب، ويظل هذا الفيروس خاملا خلال فترة محدودة، ثم ينشط فجأة في توقيت معين ليدمر البرامج والمعلومات المسجلة في الحاسب، الأمر الذي يؤدي إلى إتلاف المعلومات أو حذفها أو تدوينها. ومن المعروف أن فيروسات الكمبيوتر هي برمجيات من صنع وتصميم البرمجيين، وليست فيروسات بيولوجية، ومن المعروف أيضا أن العديد من فيروسات الكمبيوتر (مثل الفيروسات البيولوجية) منها الخبيث الذي يسبب أضرارا ومنها الحميد الذي لا يسبب مشكلات بالنسبة لمستخدمي الانترنت تعد فيروسات الكمبيوتر أخطر العناصر التي تهدد أمن البرامج والبيانات.

(4) المرجع السابق، ص 07.

ـــ الفئة الثالثة: وتختص بمشكلات قبول ومصداقية الدليل المؤلف من بيانات معالجة آليا، بما في ذلك البرامج والكيانات المنطقية للحاسب، في مجال الإثبات الجنائي[1].

ـــ الفئة الرابعة: ويدخل في إطارها الإشكالات المتعلقة بالتعاون الدولي في مكافحة الجرائم المعلوماتية، من حيث ما تثيره من مشكلة تحديد الاختصاص القضائي فيما يتعلق بهذه الجرائم المرتكبة، والإدعاء والتحقيق والتحري فيما لو وقعت الجريمة في دولة وتحققت النتيجة الإجرامية في دولة أخرى[2].

ب ـــ ضرورة معالجة الإشكالات التي تثيرها الجرائم المعلوماتية والمتعلقة بالتقنين الإجرائي: بهدف معالجة الإشكالات المتقدمة على المستوى المحلي، أصرت العديد من الدول على تعديل قانون الإجراءات الجنائية لتوفير فعالية أكبر للأجهزة القائمة على التحقيق والضبط والمحاكمة في أنشطتها ذات الصلة بالمجال المعلوماتي.

كما أنه من أهم ما يثار على المستوى الدولي، وفيما يخص التعاون الدولي في هذا المجال الاتفاقية الأوربية لمكافحة الجرائم الإلكترونية بودابست 2001/11/23 تناولت الاتفاقية كل ما يتعلق بجرائم الانترنت سواء ما يقع ضد الشبكات والمعلومات أو الجرائم التقليدية التي تستخدم في ارتكابها الشبكات الرقمية.

كما تناولت إجراءات البحث والتفتيش والضبط، وإجراءات التعاون الدولي لمكافحة الجريمة والتعاون القضائي، واشتملت الاتفاقية على 48 مادة موزعة على أربعة فصول، تناول الفصل الأول تعريف المصطلحات المستخدمة وتناول الفصل الثاني الإجراءات الواجب اتخاذها على المستوى المحلي في مجال قانون العقوبات والإجراءات الجنائية وقواعد الاختصاص القضائي، ويهدف الفصل الثالث إلى تنظيم التعاون الدولي ويضم الفصل الرابع والأخير الشروط الختامية، التعاون الدولي، المبادئ العامة المتعلقة بالتعاون الدولي[3].

ثانيا: حتمية الإصلاحات الحديثة فيما يتعلق بالتشريعات الإجرائية

إذا كانت ظاهرة الإجرام الإلكتروني أثارت بعض المشـــكلات فيما يتعلق بالقـــانون الجنائي الموضوعي بحثا عن إمكانية تطبيق نصوصه التقليدية على هذا النوع المستحدث من الجرائم واحترام مبدأ الشرعية والتفسير الضيق للنصوص الجنائية، فقد أثارت في نفس الوقت العديد من المشكلات في نطاق القانون الجنائي الإجرائي، حيث وضعت نصوص قانون الإجراءات الجنائية لتحكم الإجراءات المتعلقة بجرائم تقليدية، لا توجد صعوبات كبيرة في إثباتها أو التحقيق فيها وجمع الأدلة المتعلقة بها[4].

---

(1) نفس المرجع، ص07.

(2) حتى إنها تثير مســـألة التـــنازع الإيجابي أو السلبي في الاختصاص، فيما لو وقعت الجريمة ضمن اختصاص محكمتين قضائيتين أو أكثر داخل الدولة الواحدة.

(3) كما ورد بها أن تتفق الأطراف على أوسع نطاق للتعاون، بهدف إجراء التحقيقات أو الإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للشبكات والبيانات المعلوماتية وجمع الأدلة في الشكل الالكتروني لهذه الجرائم.

(4) د محمد أبو العلا عقيدة: التحقـــيق وجمع الأدلة في مجال الجـــرائم الإلكترونية، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، 26ـــ28 أفريل 2003، دبي الإمارات العربية المتحدة، ص 02.

فأثرت تكنولوجيا المعلومات على القواعد الموضوعية والإجرائية للقانون الجنائي فيما يتعلق بحماية المعلومات وأمن نظمها، وذلك لجهة التعامل مع الأنماط المستجدة من الجرائم ومع الوسائل الجديدة لارتكاب الأفعال الجرمية التقليدية في بيئة الكمبيوتر والإنترنت، ولجهة توفير قواعد فاعلة في حقل الملاحقة والمساءلة تتلاءم مع مزايا ومحددات البيئة الرقمية. وهذا الأثر كان السبب وراء موجة الإصلاحات التشريعية الإجرائية التي تسود في مختلف الدول، لكي تواكب المتغيرات والتطورات المطردة في جرائم تقنية المعلومات، وتؤدي إلى تفعيل الإجراءات الجنائية، وبشكل خاص فيما يتعلق بإجراءات الإثبات في مجال تقنية المعلومات[1].

وتميل الإصلاحات الإجرائية الحديثة إلى دمج كافة الابتكارات والتطبيقات الناتجة عن تقنية المعلومات في مجال الإجراءات الجنائية وبصفة خاصة إثبات جرائم تقنية المعلومات[2]، وتستجيب النصوص المستحدثة لاحتياجات الشرطة القضائية واستقلالها بالنسبة للتحقيقات في هذا المجال[3].

ولعل ما سبق يفرض ضرورة استحداث قواعد مناسبة في مجال الإجراءات الجنائية بشأن التحقيق في الجرائم المعلوماتية، فالقواعد الإجرائية تتأسس في كل النظم القانونية المختلفة على مبدأ دستوري هو الشرعية أي شرعية التجريم والعقاب، الذي تنبثق عنه قاعدة الشرعية الإجرائية. وما يميز جرائم التجارة الإلكترونية هو أنها ترتكب في مسرح إلكتروني أو مجال مفرغ يختلف كليا عن المسرح التقليدي الذي ترتكب فيها لجريمة التقليدية، حيث يتم الاستدلال عليها وضبطها وإثباتها بالوسائل التقليدية؛ المتمثلة في إجراءات الاستدلال والتحقيق، فهي إجراءات صيغت لضبط وإثبات جرائم ترتكب في عالم ملموس ماديا، يلعب فيه السلوك المادي الدور الأكبر والأهم، وهنا يثور الصعوبة حول مدى صلاحية هذه الإجراءات لضبط وإثبات جريمة ارتكبت في عالم افتراضي غير ملموس. أما إذا ارتكبت الجريمة عبر الشبكة العنكبوتية الدولية، تزداد العقبات القانونية صعوبة، فلا نكون أمام مشكلات إجرائية تخص ضبط الجريمة وإثباتها فحسب، بل نجد أنفسنا أمام مشكلة أكثر تعقيدا تتمثل في تحديد الاختصاص القضائي المرتبط بتحديد القانون الواجب التطبيق على هذه الجريمة.

وبفعل الطبيعة الخاصة لأنماط الجريمة، والقدرة على ارتكابها عبر الحدود والقدرة على إتلاف الأدلة الجرمية فإن القواعد الإجرائية الجنائية في ميدان التفتيش والضبط والتحقيق والاختصاص القضائي يتعين أن تواكب هذا التغير وتضمن تحقيق التوازن بين حماية الحق في المعلومات ومتطلبات فعالية نظام العدالة الجنائي في الملاحقة.

---

(1) د سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنت الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص 59.

(2) نفس المرجع، ص59.

(3) تجدر الإشارة إلى أنه يقتضي أن تقوم الضابطة العدلية بدور هام في مكافحة الجرائم المعلوماتية على صعيد مكافحة الجرائم المعلوماتية قبل وقوعها وهو الدور الوقائي. حيث نظرا لطبيعة الجرائم المعلوماتية الخاصة، لا يستطيع عناصر الضابطة العدلية أن يؤدوا دورا إيجابيا في هذا المجال إلا أنه بالنظر إلى كون البرامج المعلوماتية تشكل قيما فكرية محمية بموجب القوانين الحديثة، يقتصر دور رجال الضابطة العدلية في الحفاظ على هذه البرامج من النسخ غير المشروع عبر التأكد من التزام المتعاملين في هذه البرامج بالحصول على ترخيص من مالكيها للتعامل بها.

ومن أجل تحقيق ما سبق، يتعين إجراء أبحاث أكثر دقة لبيان مدى توافق إجراءات وتدابير القسر الموجودة حاليا في قوانين الإجراءات الجنائية مع أعراض كشف الحقيقة، لتوضيح مدى كفايتها لأغراض الاستدلال التحقيق والمحاكمة في مجال جرائم تقنية المعلومات خاصة أغراض الإثبات، وإيجاد البدائل الأكثر ملائمة لتحقيق الأهداف المتقدمة، بما يكفل تحقيق التوازن ما بين مصلحة الدولة في الوصول إلى الحقيقة والحريات الفردية للمواطنين، من أجل تحقيق محاكمة عادلة في مجال جرائم تقنية المعلومات[1].

ومن جهة أخرى، لا بد أن يبقى قانون الإجراءات الجزائية بالرغم من الاتجاهات العامة المستحدثة بمثابة الوثيقة الأساسية لحماية حقوق المتهم، التي تؤكد على احترام المبادئ الأساسية المعترف بها في قانون الإجراءات الجزائية كقرينة البراءة. وأن يكون التشريع مصدر الإجراءات وتأكيد الرقابة القضائية على ما تمارسه سلطات الاستدلال والتحقيق من إجراءات[2].

الفرع الثاني: الصعوبات التي تعترض فعالية المواجهة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية

تعد جرائم التجارة الإلكترونية وخاصة تلك المرتكبة عبر الإنترنت من الموضوعات الحديثة التي فرضت نفسها على المستوى الوطني والدولي على حد سواء، والتي ينبغي على المشرع الجنائي مواجهتها بتشريعات إجرائية حاسمة لمكافحتها ومعاقبة مرتكبيها[3].

فمن الناحية العملية تثير التجارة الإلكترونية باعتبارها من النظم المعلوماتية والمعالجة الآلية للبيانات مشكلات قانونية عدة، إذ يساء استخدامها لارتكاب الجريمة عن بعد من ناحية، أو تكون محلا للاعتداء عليها من ناحية أخرى، مما يثير مسألة تكييف الاعتداء وما إذا كان يشكل جريمة أم لا.

وعلاوة على ذلك فإن الإجراءات الجنائية المتبعة في ملاحقة مرتكبي جرائم المعلوماتية تثير الكثير من المشكلات القانونية، بدءا من مرحلة الاستدلال وجمع الأدلة، حتى صدور الحكم الجنائي؛ ولا سيما في ما يتعلق باكتشاف جرائم التجارة الإلكترونية من جهة، ومن جهة أخرى بإثبات الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت وصلاحية الدليل الرقمي للإثبات ومدى شرعية الأدلة المتحصلة بواسطة الإنترنت وقبولها لدى القاضي الجنائي.

فلقد تركت ثورة تقنية المعلومات انعكاسات واضحة على اكتشاف جرائم التجارة الإلكترونية (أولا) وعلى إثباتها بخلاف الجرائم التقليدية (ثانيا)، بالنظر إلى طبيعة هذه الجرائم وما تتسم به من خصائص الأمر الذي بات يثير كثيرا من التحديات أمام القائمين بمكافحتها والتصدي لها، وهو ما سنتعرض له على التوالي.

---

(1) د سعيد عبد اللطيف حسن: مرجع سابق، ص 61.

(2) نفس المرجع، ص61.

(3) وقد أدركت كثير من التشريعات، أن القواعد الإجرائية التقليدية غير متلائمة في تطبيقها على الجرائم الإلكترونية، ومن ثم فقد أدخلت قواعد إجرائية جديدة تناسب الاتصالات الإلكترونية. وهذا ما فعله المشرع الأمريكي على وجه الخصوص، ومما يدل على أن القواعد التقليدية الإجرائية غير مناسبة للاتصالات الإلكترونية، أن القواعد التي تنظم الاتصالات الهاتفية سواء من ناحية التجريم أو من الناحية الإجرائية يصعب تطبيقها على الاتصالات الإلكترونية،كما أن القواعد التي تنظم المراسلات البريدية لا تناسب في تطبيقها المراسلات الإلكترونية (الإيميل).

أولا: صعوبة اكتشاف جرائم التجارة الإلكترونية

إن جرائم التجارة الإلكترونية موضوعها الكيان المعنوي للحاسب الآلي، بما يتضمنه هذا الكيان من معلومات ترتبط بالمعلومات التي تتكون منها برامج الحاسب الآلي، أو بالمعلومات التي تم تخزينها بعد معالجتها وهذا الأمر أكسبها طابع خاصا، ليس في جانب وسائل ارتكابها وما تتركه من آثار فحسب، بل ومن حيث الوسائل في التعامل معها، كيفية الاهتداء إليها أولا، ومن ثم الاهتداء إلى فاعلها ثانيا[1].

ا ــ **إخفاء الجريمة:** إن الجرائم التي تقع على النظم المعلوماتية أو بواسطتها في أغلب صورها خفية ومستترة لا يلحظها المجني عليه غالبا، وقد لا يدري حتى بوقوعها[2]؛ ويرجع السبب في ذلك لكون الإمعان في حجب وإخفاء السلوك المكون لها ولنتائجها عن طريق التلاعب غير المرئي في النبضات أو الذبذبات الإلكترونية التي تسجل البيانات عن طريقها ليس عسيرا في الكثير من أحوالها[3]، بحكم توافر المعرفة والخبرة الفنية في مجال الحاسبات والنظم المعلوماتية غالبا لدى مرتكبها[4].

كما أنه من الأسباب التي تقف وراء إخفاء جرائم التجارة الإلكترونية، قدرة الجاني على تدمير الأدلة التي من الممكن أن تتخلف في مثل هذه الجرائم. فتدمير الدليل وإن كان لا يتوارى عنه الجاني حتى في الجرائم التقليدية إلا أنه ما يميزه في هذا النوع من الجرائم الوقت القياسي الذي يستغرقه ذلك، حيث يكاد يكون مجرد ثوان معدودة؛ وهو ما يجعل جرائم التجارة الإلكترونية تخرج عن نطاق الجرائم ذات الأدلة المادية، لكونها تتم في افتراضية منطقية غير مادية وغير محسوسة[5].

كذلك من الممكن رد صعوبة اكتشاف الجريمة لكونها مخفية، إلى كون النشاط الإجـــرامي لا يمكن رؤيته مما يؤدي إلى تعذر ضبطه، كونه عبارة عن نبضات إلكترونية تسير عبر الأثير أو عبر أسلاك، وفوق أنها نبضات إلكترونية لا يمكن رؤيتها، فهي غالبا ما تكون مرمزة أو مشفرة.

---

(1) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 210.

(2) د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص16.

(3) الحقيقة أن جرائم التجارة الإلكترونية هي عبارة عن نبضات إلكترونية يستقبلها أو يرسلها الجاني، حيث بإمكان الجاني أن يستقبل النبضات الإلكترونية التي تنبعث عن أجهزة الحاسب أو كابلات الربط عن طريق مستقبلات خاصة؛ أو عن طريق مرسلات يتم تركيبها على أجهزة الحاسب الآلي، أو أن الجاني يرسل نبضات إلكترونية تخترق أنظمة الحماية المقررة للحاسب الآلي وبرامجه فيسيطر أو يرسل برامجه عن طريق ذلك فيحقق غايته بذلك، الأمر الذي يشكل في النهاية عقبة جد هامة أمام اكتشافها، مشار إليه لدى د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص211،210.

(4) غالبا ما تكتشف هذه الجرائم بمحض الصدفة، فمثلا نجد أن التجسس المعلوماتي بنسخ الملفات وسرقة وقت الآلة من النادر اكتشافهما من طرف الشركات التي تقع ضحية لهما، ولذلك توصف الجريمة بأنها غير مرئية. وما يزيد الأمر تعقيدا هو أن الجريمة عادة ما تتم عن بعد بواسطة الانترنت حيث لا يتواجد الفاعل على مسرح الجريمة، ومن ثم تتباعد المسافات بين الفعل والنتيجة، د عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص470.

(5) يلجأ بعض مرتكبي هذا النوع من الجرائم إلى إجراء تعديل نظام الحاسب الآلي، ويقومون في نطاق الحماية الأمنية لحماية ما فيه من معلومات مخزنة بإدخال برنامج مهمته محو هذه المعلومات المخزنة بشكل أوتوماتيكي، إذا ما تم اختراق نظام المعلومات من قبل شخص غير مرخص له بذلك فمرتكبي هذه الجرائم محترفون، لديهم القدرة على استخدام وسائل حماية تساعدهم على تجنب اكتشاف جرائمهم بتدمير الأدلة، مشـــــار إليه لدى د أسامة غانم العبيدي: مرجع سابق، ص 97.

فأكثر ما تتيحه النظم المعلوماتية من أدلة على الجرائم التي تقع عليها أو بواسطتها في بيانات غير مرئية لا تفصح عن شخصية معينة عادة، مسجلة إلكترونيا بكثافة بالغة وبصورة مرمزة غالبا على دعائم أو وسائط للتخزين ممغنطة، لا يترك التعديل فيها أي أثر ولا يمكن قراءتها من قبل الإنسان، وإن كانت قابلة للقراءة من طرف الآلة نفسها[1].

ويعظم الأمر بشكل عام في مجالات التخزين والمعالجة الآلية للبيانات، حيث تنتفي قدرة ممثلي الجهات المختصة على أن يتولوا بطريقة مباشرة فحص واختبار البيانات المشتبه فيها. وتزداد جسامة المشكلة بوجه خاص في حالة التلاعب في برامج الحاسب نظرا لتطلب الفحص الكامل للبرنامج واكتشاف التعليمات غير المشروعة المخفية داخله قدرا كبيرا من الوقت والعمل، وغالبا ما لا يكون له من حيث التكلفة الاقتصادية مبررا[2].

إضافة إلى ما سبق يؤدي افتقاد الآثار المؤدية إلى الجريمة في إخفاءها[3]، فقد يتم في بعض العمليات إدخال البيانات مباشرة الأنظمة المعلوماتية دون تطلب وجود وثائق مساندة خاصة بالإدخال، كما هو الحال في بعض العمليات المباشرة التي تعتمد على ضوابط للإذن متضمنة في برنامج الحاسب، وبشكل خاص في العمليات المالية[4].

ويكون من السهل في هذا النوع من العمليات، ارتكاب بعض أنواع الجرائم كاختلاس المال والتزوير بإدخال بيانات غير معتمدة في نظام الحاسب أو تعديل برامجه أو البيانات المخزنة داخله، دون أن يترتب على ذلك أي أثر يشير إلى حدوث هذا الإدخال أو التعديل.

وعليه يتعين على المحقق عند صعوبة الوصول إلى مرتكبي هذه الجرائم لعدم ترك التغييرات في البرامج والبيانات آثار كتلك التي تتركها الجرائم التقليدية، أن يسعى لتحديد دائرة الأشخاص القائمين أو المتصلين بعمليات الإدخال والمعالجة وغيرها، مع الاستفادة من ضوابط الرقابة التي تباشر في النظم المعلوماتية[5].

---

(1) د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص18.

(2) د عبد الله حسين علي محمود: سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001 ص 344 ، 345.

(3) وثمة وسيلة أخرى يلجأ إليها الجناة لتدمير وإتلاف البيانات المخزنة بجهاز الحاسوب، متمثلة في إغلاق الجهاز بصورة فجائية ودون التقيد بالطريقة الآمنة، ذلك أن الإغلاق الفجائي وغير الآمن، كثيرا ما يتسبب في تدمير بعض البرامج أو إحداث عطب أو تخريب لملحقات الحاسوب وربما يتأتى ذلك من خلال تزويد الجهاز ببعض الفيروسات المتمثلة في القنابل المنطقية. بعبارة أخرى أن مستخدمي الحاسوب والإنترنت جلّهم من ذوي الخبرة في هذا الميدان، ما من شأنه أن يمكّنهم من إدخال تعديلات على أوامر التشغيل؛ بحيث لو تجرأ أي شخص لإدخال أمر ما أو حاول نسخ أو طبع أية بيانات، فإن هذه البيانات تكون عرضة للتدمير والإتلاف، بغية عرقلة أجهزة الضبط والتحقيق وعدم تمكينها من الوصول إلى الأدلة وضبطها، مشار إليه لدى د موسى مسعود أرحومة: الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، جامعة قاريونس، طرابلس ليبيا، المنعقد في الفترة 28 ــ 29 أكتوبر 2009، ص 04.

(4) د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص20.

(5) د عبد الله حسين علي محمود: مرجع سابق، ص350.

ب ــ الإحجام عن الإبلاغ عن الجريمة: لا يتم في الغالب الأعم الإبلاغ عن الجرائم المعلوماتية، إما لعدم اكتشاف المجني عليه، أو خشية من التشهير، لذا نجد أن معظم هذه الجرائم تم اكتشافها بالصدفة، بل وبعد وقت طويل من ارتكابها. إضافة إلى ذلك أن الجرائم التي لم تكتشف أكثر بكثير من تلك التي كشف الستار عنها فبين عدد الجرائم المرتكبة والعدد الذي تم الكشف عنه رقم خطير والفجوة كبيرة[1].

فضلا عن ذلك، فإن ما يزيد من صعوبة اكتشاف الجرائم المعلوماتية ومنها جرائم التجارة الإلكترونية أن الجهات المجني عليها غالبا ما تكون إما شركة تجارية أو مشروع صناعي ضخم وإما مصرف أو مؤسسة مالية، لذلك فهي تتكتم إن تعرضت لهذه الجرائم، فلا تتولى الإبلاغ عنها؛ ومرد ذلك يرجع إلى أنها تهتم بالمحافظة على عملائها وعدم اهتزاز الثقة بها، أكثر من اهتمامه بكشف الجريمة والإعلان عنها فيما لو تم اكتشافها. فهم يقومون بالتكتم عنها عن السلطات المسؤولة، ويفضلون الترضية المالية لعملائهم حتى يتجنبوا فقدانهم، وحتى لا تتأثر سمعتهم المالية، بل وقد تلجأ الشركات التجارية المجني عليها في بعض الأحيان إلى التسوية الودية فيما بينها وبين الجناة[2].

كما قد يتوخى بعض المجني عليهم من وراء العزوف عن الإبلاغ، عدم إتاحة الفرصة للأجهزة الأمنية من الإطلاع على معلومات لم يجرِ الإبلاغ عنها. وربما يتجلى ذلك بصورة أكبر في نطاق الجرائم المعلوماتية التي تقع على شركات التأمين أو البنوك، رغبة في توقي الخسائر التي يتوقع تحققها نتيجة هذا الإبلاغ بسبب اهتزاز ثقة المتعاملين معها[3].

والأمر لا يقف عند التكتم عن الإبلاغ، فقد يتعداه إلى امتناع الجهات المجني عليها من تقديم الأدلة والمساعدة لجهات التحقيق مما يضيف صعوبة في اكتشافها؛ لأن تعرض الشركات والمؤسسات المالية لمثل هذه الجرائم يفسر بضعف الأنظمة الرقابية الداخلية، وهو ما يشكل عاملا يهدد هذه المؤسسات والشركات.

كل ما سبق، يؤثر بالسلب على السياسة الجنائية الإجرائية التي توضع لمكافحة الجرائم المعلوماتية لذلك وضعت العديد من الاقتراحات التي تكفل تعاون المجني عليه في الكشف عن الجرائم، من بينها ما حدث في الولايات المتحدة الأمريكية بأن فرضت النصوص المتعلقة بجرائم الحاسبات التزاما على عاتق موظفي الجهة المجني عليها بالإبلاغ عما يحصل من جرائم في مجال عملهم، مع تقرير جزاء على الإخلال بهذا الالتزام[4].

---

(1) د خالد ممدوح إبراهيم: أمن الجريمة الإلكترونية، مرجع سابق، ص 51.

(2) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 218.

(3) يتجلى في إحجام المجني عليهم عادة عن الإبلاغ عن الجرائم التي يكونون ضحيتها إلى السلطات المختصة، وهو ما من شأنه أن يزيد من الصعوبات التي تواجه الأجهزة المعنية بالبحث والتحري في البيئة المعلوماتية، فقد سجلت الإحصاءات في بعض الدول الغربية ومنها فرنسا، انخفاضا ملحوظا في نسبة الإبلاغ عن هذه الجرائم حرصا على إخفاء أساليب ارتكابها، للحيلولة دون تقليد الآخرين للجناة ومحاكاتهم في جرائمهم، أكثر تفصيل د موسى مسعود ارحومة: مرجع سابق، ص 06.

(4) د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص26.

ج ــ قلة خبرة السلطات المسؤولة عن ضبط الجرائم والتحقيق فيها: من المعروف أن متطلبات العدالة الجنائية وإحقاق الحق، تفرض على الأجهزة الأمنية المسؤولة عن تتبع الجرائم وضبطها والتحقيق فيها أن تتحمل مسؤولياتها نحو اكتشاف المجرمين وضبطهم ومحاكمتهم. ومثل هذا الأمر يقتضي توفير الإمكانات التقنية اللازمة التي تتماشى وطبيعة الجرائم المعلوماتية، سواء في مرحلة الكشف والاستدلال عن الجرائم، أو في عملية التحقيق وخصوصا بعد أن تطورت ليست فقط أساليب الكشف عن هذه الجرائم، بل أيضا تطورت أساليب ارتكابها والتي لم تكن معروفة من قبل[1].

فالكشف عن جرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص والجرائم المعلوماتية بشكل عام، يتطلب الوصول إلى مرتكبيها وملاحقتهم قضائيا استراتيجيات خاصة، تتعلق باكتساب مهارات خاصة على نحو يساعدهم على مواجهة التقنيات الخاصة بالحاسب الآلي وتقنيات التلاعب به[2].

فيجب استخدام أساليب وتقنيات جديدة ومبتكرة للاستدلال وتحديد الجريمة المرتكبة وشخصية مرتكبها وكيفية ارتكابها، والاستعانة بوسائل جديدة لضبط الجاني والحصول على أدلة إدانته[3].

مما سبق، فمن الطبيعي أن تجد قوات الأمن التقليدية نفسها ومعها جهات الادعاء والقضاء، غير قادرة على التعامل بالوسائل الاستدلالية والإجراءات التقليدية مع هذه النوعية الجديدة من الجرائم. ومما يزيد من الأمر إمكانية افتقار بعض الأنظمة المعلوماتية لأساليب الرقابة وضوابط التدقيق والمراجعة على العمليات والتطبيقات وعجز في بعض الأحيان الوسائل الفنية في اكتشاف وتتبع مسار العمليات.

ونظرا لنقص الخبرة، فكثيرا ما تخفق أجهزة الشرطة في كشف الجريمة وتوضيح غموضها وكشف الستار عن ملابساتها وبالتالي ضبط مرتكبيها؛ ويكون نتاجا لذلك فشل جهات التحقيق في جمع الأدلة، بل قد يعمد المحقق في حد ذاته إلى تدمير الأدلة حال وجودها كمحوه لأسطوانة عن خطأ أو جهل أو إهمال منه فيتعامل مع الأقراص المرنة بخشونة[4]. فضلا عن ذلك فمن بين ما يقوم به رجال الشرطة والذي يعد من المعوقات التي تواجه المكافحة في هذا المجال، تجاهل الدليل تماما أو مصادرة جهاز الحاسب الآلي دون معرفة ما يوجد به من معلومات، مما يؤدي إلى زيادة الفرصة في فقدها وطمس معالم الجريمة.

---

(1) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 215. .

(2) تختص وحدات مختصة من أجهزة الشرطة بمكافحة جرائم الانترنت، بعد تلقي التعليم والتدريب الكافيين على استخدام شبكات المعلومات واستخدام الأجهزة الفنية الحديثة والمعرفة الكافية باللغات الأجنبية، ما يسمح لها القيام بإجراءات التفتيش والضبط والتحفظ على الأدلة التي تساعد على إثبات الجريمة. وعلى الرغم من عدم اختصاص هذه الوحدات، بملاحقة بقية الجرائم التي ترتكب بواسطة الانترنت مثل جرائم التجارة الإلكترونية، إلا أنها تلعب دورا هاما في معاونة الأجهزة القائمة على مكـــافحة هذه الجرائم، باعتبارها متخصصة في مجال الحاسبات الإلكترونية فهي تقدم لباقي الوحدات دعما فنيا في مجال البحث والتفتيش وتحليل المعلومات التي يحصلون عليها، وتحضير الوثائق الرسمية بالنسبة لما حصلوا عليه من وثائق والمثول أمام المحاكم للشهادة.

(3) د عبد الله حســـين علي محمود: مرجع سابق، ص345.

(4) د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مرجع سابق، ص28، 29.

وعليه فحتى تكشف هذه الجرائم، يقتضي أن تكون الأجهزة المعنية على دراية كافية بأساسيات التعامل معها وكيفية تقصيها وضبطها وصولا إلى مرتكبيها، ما يعني ضرورة تلقي هؤلاء دورات تدريبية بشأن استراتيجية التحقيق والاستدلال عن هذه الجرائم، إذ بدون ذلك لا يمكنهم مواجهة أساليب الجناة المعقدة التي يتوسّلون بها عادة لارتكاب جرائمهم. فهذه المتطلبات تفتقر إليها الأجهزة المذكورة، لاسيما في الدول النامية ما يجعل دورها في كشف هذه الجرائم ومكافحتها محدودا للغاية، وغالبا يكون مآل الجهود التي تبذلها في هذا المجال الفشل والإخفاق[1].

ثانيا: صعوبة إثبات جرائم التجارة الإلكترونية

تعتبر جرائم التجارة الإلكترونية من الجرائم الحديثة، والتي غيرت في النظرية التقليدية للجريمة بوجه عام بما تتصف به من امتداد عبر الدول، واستحداث وسائل جديدة لتنفيذ المخطط الجرمي اعتمادا على تقنية المعلومات التي تكون معقدة في الكثير من الأحيان. كما أن حداثتها تبرز بشكل جلي في نوع الدليل المعتمد للإثبات وصعوبة ضبطه وكشفه واحتياجه إلى خبرة فنية.

ومن منطلق صعوبة اكتشاف هذه الجرائم كما بينا سابقا، يخلق بشكل آخر صعوبة في إثباتها إذ لا يمكن إثبات ما ليس له وجود، وهو ما يشكل في النهاية كذلك أحد التحديات التي تعترض المواجهة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية.

ا ــ تخلف الآثار المادية: إن جرائم التجارة الإلكترونية تتم في الغالب ضمن بيئة افتراضية منطقية غير مادية أي غير محسوسة، تتم بأفعال وأوامر على شكل نبضات إلكترونية غير مرئية؛ وبالتالي لا تترك مثل هذه الجرائم أي دلائل مادية[2].

فكون الآثار التي تتخلف عن أغلب هذه الجرائم ذات طبيعة غير مادية، هي بذاتها تمثل صعوبة أمام إثباتها بل وعقبة أمام ذلك لا يمكن تجاوزها، إلا من خلال اعتماد نمط في الإثبات ينسجم وطبيعة هذه الجرائم[3].

غير أن هذا لا يعني أن الجرائم المتقدمة لا تتخلف عنها آثار مادية بصورة مطلقة، بل منها ما تخلف هذه الآثار التي تعتمد كدليل على ارتكاب الجريمة، ومن ثم يعتمد عليه في نطاق إثباتها[4].

---

(1) د موسى مسعود أرحومة: مرجع سابق، ص 06.

(2) أسامة أحمد المناعسة، صايل فاضل الهواوشة، جلال محمد الزغبي: جرائم الحاسب الآلي والانترنت دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2001، ص 289.

(3) تثور مشكلة مدى حجية المخرجات الإلكترونية في الإثبات الجنائي في هذه الحالات، فللمخرجات الإلكترونية أنواع مختلفة، فهي تتنوع بين مخرجات ورقية، ومخرجات لا ورقية وهي المعلومات المسجلة على الأوعية الممغنطة كالأشرطة والأقراص المرنة القرص الصلب وغيرها من الأوعية التي أصبحت في تطور مستمر حتى وصلت إلى أقراص التي أصبحت تتميز بسعات كبيرة للتخزين. خاصة أنه تواجهنا مشكلة أساسية تتعلق بصعوبة التمييز بين المحرر وصورته أو بين الأصل والصورة، ذلك لأننا نتعامل مع بيئة إلكترونية تعمل بالنبضات والذبذبات والرموز والأرقام، وهو ما يستحيل معه تطبيق القواعد الخاصة بالمحررات العرفية، أحمد شرف الدين: حجية الرسائل الإلكترونية في الإثبات، مرجع سابق، ص 50.

(4) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 227. .

ب ــ جمع الأدلة خارج إقليم الدولة: باعتبار أن الغالب من جرائم التجارة الإلكترونية ترتكب عبر شبكات الانترنت، كجـــرائم إعاقة توصيل المعلومات والاستيلاء على الأموال عبر نظم التحويل الإلكتروني للأموال تثار صعوبة مباشرة إجراءات جمع الأدلة وتحقيقها خارج إقليم الدولة[1].

وفي هذا الصدد ثار الخلاف بين النظم الإجرائية الوضعية، على نطاق مبدأ إقليمية قانون الإجراءات الجنائية فقد ذهب الفقه حسب النظم المطبقة في القوانين الأنجلوأمريكية، إلى السماح بالحصول على الأدلة التي تؤيد الاتهام أو تنفيه، ولو كان ذلك خارج إقليم الدولة، طالما أطراف الدعوى لا يحتاجون في سبيل جمع الدليل لاستخدام أساليب القسر فهم لا يقومون بعمل من أعمال السلطة. كما يذهب نفس الفقه إلى السماح بإجراء التحقيق خارج إقليم الدولة طالما أن السلطة تنزل في هذا الصدد منزلة الخصوم [2].

والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للدول الأوروبية، حيث لا يجوز مطلقا جمع الأدلة خارج إقليم الدولة طالما أن الإجراءات الجنائية تباشرها سلطة التحقيق باسم الدولة، وهي إجراءات تتسم بالقهر بحكم طبيعتها[3].

وفي نطاق التعاون الدولي، تنظم العلاقات الدولية كيفية ممارسة الإجراءات الجنائية خارج إقليم الدولة كما تحدد الاتفاقيات الدولية كيفية تقديم الدولة الأجنبية للمساعدة القضائية، بناء على طلب الحكومة المعنية وذلك وفق ما يعرف بالإنابة القضائية للدولة الأجنبية.

وتتعلق هذه الإنابة بإجراء المعاينة أو الاستماع إلى الشهود، أو القيام بالإعلانات الرسمية لأشخاص يقيمون في الدولة الأجنبية، أو البحث عن وثائق وتقديمها لقضاء الدولة المعنية، وفي بعض الأحيان إحضار بعض الأشخاص والاستماع إليهم من طرف المحكمة المختصة.

ج ــ فرض الجناة لتدابير أمنية: مما يزيد في صعوبة إثبات الجرائم المعلوماتية، هو تعذر الحصول على أدلة بسبب استخدام الجناة لأساليب وقائية تمنع اكتشافهم، تتعدى هذه الأساليب تدمير الأدلة، ومن بين هذه التدابير الأمنية التي يلجأ إليها الجناة استخدام كلمات المرور أو كلمات السر حول مواقعهم تحول دون الوصول إليها. كما قد يستعملون أسلوب الترميز أو التشفير الذي يقوم بتشفير المعلومات مما يمنع الغير من الاطلاع عليها[4].

---

(1) في واقع الأمر أن المسألة تزداد تعقيدا، حينما يكون محل البحث هو الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) بخصوص الجرائم عبر الوطنية، إذ يصبح ضبط الدليل والبحث عنه أمرا في غاية الصعوبة، إن لم يكن مستحيلا أحيانا؛ على اعتبار أن التفتيش والضبط في هذه البيئة الافتراضية يتطلب أن يتم خارج حدود الدول وفي نطاق دولة أخرى، ما يتطلب الحصول على إذن مسبق بذلك من سلطاتها، لما ينطوي عليه من مساس بسيادة هذه الدولة ناهيك عما يسفر عنه البحث من انتهاك لخصوصية الآخرين ممن تتعلق بهم البيانات أو المعلومات موضوع الضبط أو التفتيش،أكثر تفصيل د جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص115.

(2) د سعيد عبد اللطيف حسن: مرجع سابق، ص 62.

(3) نفس المرجع، ص 63.

(4) د محمد حماد مرهج الهيتي: مرجع سابق، ص 230.

المطلب الثاني: آليات المكافحة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية

أصبح الأمان المعلوماتي لنظم التجارة الإلكترونية مفهوما جديدا يفرض نفسه على الساحة القانونية بشكل كبير، نظرا لتزايد التعدي عليها بشتى أشكال جرائم المعلوميات؛ مما فرض اللجوء إلى تقرير حماية جنائية من شأنها معاقبة كل من يقوم بأفعال الاعتداء السابقة، من خلال استحداث قواعد جديدة للقانون الجنائي تتماشى وطبيعة العصر التكنولوجي وكذا تنوع أشكال الإجرام المعلوماتي.

كما أن المجال المعلوماتي اليوم أصبح يطرح ضرورة ملحة تدعو إلى استحداث وإعادة صياغة وتعديل مفاهيم وقواعد قانون الإجراءات الجزائية، لتتماشى والتطورات الاقتصادية والتكنولوجية الحديثة؛ وإلا أصبح القانون مجرد ترسانة فارغة من جدواها، تفتح الباب على مصراعيه أمام كل من يريد الاعتداء على النظم المعلوماتية ومنها نظم التجارة الإلكترونية، وبالتالي إهدار الحقوق عليها وإفلات المعتدين من العقاب[1].

تبعا لما سبق، ينبغي على الدول على النطاق الداخلي أن تتبع سياسة جنائية تهدف إلى المكافحة من مخاطر الجرائم المعلوماتية بشكل عام وجرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص. وذلك من خلال اتخاذ التدابير التشريعية اللازمة التي تكفل مواجهة الخطورة المتمثلة في إمكان استخدام شبكات المعلومات الإلكترونية في ارتكاب أفعال إجرامية، تتضمن هذه التدابير الإجراءات التي تستخدم في الكشف عن هذه الجرائم وضبطها وجمع الأدلة عنها، والتحقيق الجنائي فيها، وإجراءات محاكمتها، وتنفيذ العقوبات بحق من يرتكبها (الفرع الأول).

وإزاء ذلك أيضا لا بد من تكاتف الدول من أجل مكافحة هذا النوع المستحدث من الجرائم التي لم تعد تتمركز في دولة معينة ولا توجه لمجتمع بعينه، بل أصبحت تعبر الحدود لتلحق الضرر بعدة دول ومجتمعات مستغلة التطور الكبير للوسائل التقنية الحديثة في الاتصالات، وتعزيز التعاون بينها واتخاذ تدابير فعالة للحد منها والقضاء عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية على المستوى الداخلي

يستلزم التعامل مع جرائم التجارة الإلكترونية على النطاق الوطني، ضرورة تحديث الأساليب الإجرائية واستكمالها على نحو يكفل استجابتها بشكل كاف وبغير تعريض حقوق الأفراد للخطر. خاصة وأنها لا تعترف من حيث آثارها بالمكان بمفهومه التقليدي، مما يشكل عائقا أمام تنفيذ الأساليب التقليدية للقسر في قانون الإجراءات الجزائية، وكذا تحديث الأساليب التي تكفل للأجهزة الشرطية التعامل مع هذه الجرائم ومواجهتها بأقصى قدر ممكن من الفاعلية[2].

(1) بشرى النية: مرجع سابق، ص63.

(2) د هشام محمد فريد رستم: الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني، مرجع سابق، ص 412.

ولأن شبكة المعلومات تشهد كميات هائلة من المعلومات المتداولة وخاصة تلك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، فإنها بحاجة إلى المراقبة والملاحقة من قبل الأجهزة المختصة، التي يناط بها مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية. وعليه ولبسط البحث سنتعرض لخطة الدول الأجنبية لمكافحة جرائم الانترنت بشكل عام ومنه لجرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص (أولا)، ثم لخطة الـــدول العربيـــة (ثانيا).

أولا: على مستوى الدول الأجنبية

في الميدان الجنائي اليوم حدث تحول في المنهج المتبع، حيث اهتم الاتجاه الحديث في مكافحة الجريمة إلى وضع سياسة قائمة على التخطيط والبرمجة المبنيين على معطيات علمية. فبعد أن كانت مواجهة الجريمة تتم بالوسائل التقليدية والمقصود هنا القوانين الجنائية والعقوبات والتدخل الشرطي والقضائي، والإصلاح العقابي والعمل الاجتماعي الوقائي[1]، أصبح التوجه في مواجهة الجريمة يتميز بنظرة إستراتيجية أكثر وواقعية[2]. ومن أكثر الدول الأجنبية التي اعتمدت هذه الإستراتيجية نجد الولايات المتحدة الأمريكية وفرنسا، حيث بادرت الدولتين إلى إنشاء أجهزة متخصـــصة على المستوى الوطني لمكافحة جرائم الانترنت، ومنه الجرائم الماسة بالتجارة الإلكترونية.

ا ــ **الولايات المتحدة الأمريكية:** تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من أبرز الدول تطورا في مجال المعلوماتية لذلك فمن الطبيعي أن تتعرض بشكل متزايد لجرائم الانترنت وجرائم التعدي على النظم المعلوماتية للتجارة الإلكترونية. ومن أجل مكافحة هذه الظواهر الجرمية، فقد تم إنشاء وحدات شرطية ومن بين هذه الأجهزة:

ــ قسم جرائم الحاسوب[3]: الذي تم إنشاؤه سنة 1991 ويختص بالكشف عن جرائم الكمبيوتر[4].

---

(1) تختلف وظيفة الضبط الإداري لجهاز الشرطة تماما عن وظيفة الضبط القضائي. فالضبط الإداري ينصب على الوقاية من الإجرام ومكافحة وقوع الجريمة وذلك من خلال اتخاذ الإجراءات والوسائل للحيلولة دون وقوع هذه الجرائم. أما الضبط القضائي فيقصد به جميع الإجراءات التي تهدف إلى التحري عن الجريمة والبحث عن مرتكبيها، وجمع كافة العناصر والدلائل اللازمة للتحقيق في الدعوى الجنائية للتصرف على ضوئه وهو يبدأ من لحظة وقوع الجريمة، مشار إليه لدى عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 471.

(2) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص456.

(3) نفس المرجع: ص 457.

(4) في سنة 2009 وتنفيذا لإستراتيجية وزارة الداخلية، بالتصدي لكافة صور الخروج على الشرعية ومكافحة الجريمة بكافة صورها وخاصة في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية المستحدثة، والتي ترتكب من خلال شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، وفى إطار التعاون الدولي بين أجهزة وزارة الداخلية المصرية، والجهات الخارجية في مجال مكافحة الجرائم المعلوماتية (قسم جرائم الحاسبات بالولايات المتحدة الأمريكية) بجهاز المباحث الفيدرالية الأمريكية FBI فقد أكدت التحريات وجود أشخاص مشتبه فيهم أمريكيين الجنسية متواجدين بالولايات المتحدة الأمريكية اتفقوا فيما بينهم مع أشخاص مصريين متواجدين بجمهورية مصر العربية، على تكوين تشكيل عصابي تخصص في الاستيلاء على أموال المواطنين الأمريكيين من خلال تحصلهم على بيانات بطاقاتهم الائتمانية بطرق احتيالية متعددة، ومنها رفع الصفحات لبعض البنوك الأمريكية على شبكة الإنترنت، وقيامهم عقب ذلك بعمل تحويلات من تلك البطاقات لحسابات وهمية داخل الولايات المتحدة الأمريكية، خاصة بالمشتبه فيهم الأمريكيين والذين يقومون بدورهم بسحب تلك المبالغ في الحال وتقســـيمها فيما بينهم بنس،ب محدده، وتحويـــلها للمشتبه فيهم المصـــريون عن طريق أحدى شـــركات تحويل الأموال.

بالإضافة إلى ملاحقة من يرتكب هذه الجرائم.

ـــ معهد أمن الحواسيب.

ـــ وحدة جرائم الانترنت: هذه الوحدة مختصة قي جرائم الملكية الفكرية وجرائم التقنية العالية، ويترأسها مدير مساعد مكتب التحقيقات الفيدرالي ولها ذات مرتبة وحدة التفتيش الجنائي.

ـــ مكتب رئيس التكنولوجيا: ويختص بتسيير مختلف المشروعات التكنولوجية وملاحقة مرتكبي الجرائم الواقعة في ذلك المجال، وهو مكتب تابع مباشرة لمدير مكتب التحقيقات الفيدرالية الأمريكية.

ـــ المركز الوطني لحماية البنية التحتية.

ـــ مركز تلقي شكاوي الاحتيال عبر الانترنت: وذلك من طرف مكتب التحقيقات الفيدرالي بالاشتراك مع المركز الوطني لجرائم الياقات البيضاء[1].

ـــ وكالة مكافحة القرصنة المعلوماتية: مهمتها التنسيق مع المركز الوطني لحماية البنية التحتية في المجال.

ـ مركز الشكاوى الخاصة بجرائم الإنترنت (***IC3***): هو كناية عن نظام تبليغ وإحالة لشكاوى الناس في الولايات المتحدة والعالم أجمع ضد جرائم الإنترنت، ويخدم المركز بواسطة استمارة للشكاوى مرسلة على الإنترنت وبواسطة فريق من الموظفين والمحللين، الجمهور ووكالات فرض تطبيق القوانين الأميركية والدولية التي تحقق في جرائم الإنترنت [2].

ب ـــ فـــرنســـا: اهتمت فرنسا كذلك على غرار الولايات المتحدة الأمريكية بخطورة الجرائم التي تهدد الأنظمة المعلوماتية والتجارة الإلكترونية، وسعت إلى مكافحتها، ومن بين ما قامت به كإجراء رقابة مواقع شبكة الانترنت التي ترتكب فيها الجرائم والأعمال التحضيرية، وقسمت هذه المهمة بين رجال الشرطة والدرك وقد أشار القانون رقم 10 جويلية لقانون 1991 بشأن المراسلات يأنه لا تجوز المراقبة من أجل الحصول على معلومات، إلا في حالات معينة من بينها المحافظة على المركز العلمي والاقتصادي لفرنسا[3].

وقد أنشأ القانون لجنة تسمى اللجنة القومية لمراقبة التسجيلات الأمنية، مهمتها مراقبة صحة الإجـــراءات

---

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص458.

(2) وبإمكان الناس من كافة أنحاء العالم تقديم شكاوى، بواسطة موقع مركز الشكاوى الخاصة بجرائم الإنترنت (***http://www.ic3.gov***) ويطلب الموقع اسم الشخص وعنوانه البريدي ورقم هاتفه، إضافة إلى اسم وعنوان ورقم هاتف والعنوان الإلكتروني، إذا كانت متوفرة، للشخص أو المنظمة، المشتبه بقيامه بنشاط إجرامي. علاوة على تفاصيل تتعلق بكيفية وقوع الجريمة حسب اعتقاد مقدم الشكوى، ووقت وقوعها وسبب اعتقاده بوقوعها؛ بالإضافة إلى أي معلومات أخرى تدعم الشكوى، كما تحظى وحدة مبادرات جرائم الإنترنت (***CIRFU***) بالدعم من بعض أكبر الشركات التي يستهدفها مجرمو الفضاء الانترنت، أي المنظمات والتجار الذين يعملون في مجال الإنترنت مثل مايكروسوفت، وإي باي/ باي بال، وأميركا أون لاين، وجمعيات هذه الصناعة التجارية مثل اتحاد برامج كمبيوتر الأعمال، وجمعية التسويق المباشر، وصناعة الخدمات المالية وغيرها. وقد انضم محققون ومحللون من هذه المنظمات، إلى وحدة المبادرات المذكورة لتحديد اتجاهات وتكنولوجيات جرائم الإنترنت، ولجمع المعلومات لإعداد ملفات قضايا قانونية ذات شأن، ولمساعدة وكالات تطبيق القانون في جميع أنحاء العالم على اكتشاف جرائم الإنترنت ومحاربتها .

(3) نفس المرجع، ص 459.

الخاصة بالمراقبة الأمنية التي قد تتم بشأن المراسلات والاتصالات التي تتم بطريق الانترنت[1].

ويوجد الكثير من الأجهزة المختصة بمكافحة جرائم الانترنت والتجارة الإلكترونية في فرنسا من بينها:

- القسم الوطني لقمع جرائم المساس بالأموال في نطاق الجريمة الافتراضية.
- المكتب المركزي لمكافحة الجرائم المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات[2].
- قسم الانترنت التابع للمصلحة التقنية للبحوث القانونية والوثائقية **(STRJD)**.
- القسم المعلوماتي الإلكتروني التابع لمعهد البحوث الجنائية للدرك الوطني[3].

ثانيا: على مستوى الدول العربية

أدركت الأنظمة التشريعية العربية ــ ولو بشكل متأخر مقارنة بمثيلتها الأجنبية ــ أن القواعد الإجرائية التقليدية غير متلائمة في تطبيقها على جرائم التجارة الإلكترونية، مما دفع بهذه الدول إلى تشكيل أجهزة لمكافحة هذه الجرائم تتمثل مهامها في الرقابة على المواقع التجارية الإلكترونية على شبكة الانترنت. من جماع ما تقدم ولأنه يصعب طبعا الإلمام بجميع استراتيجيات الدول العربية في هذا المجال، يهمنا أن نستعرضها في الجزائر ومصر والإمارات العربية المتحدة كنماذج.

ا ــ الجــزائــر: عرف العالم خلال السنوات الأخيرة تقدما غير مسبوق في مجالات الإعلام والاتصال التي أصبحت تعتمد أكثر فأكثر على الابتكارات الجديدة في مجال الإلكترونيات والمعلوماتية. وبفضل هذا التطور ولاسيما منذ ظهور الانترنت، برز إلى الوجود مجال جديد للاتصال يتمثل في الفضاء الافتراضي، الذي يتم فيه تبادل المعلومات الرقمية وتجري فيه كل أنواع المعاملات التجارية والخدمات الإلكترونية وفق ما يعرف بالتجارة الإلكترونية. ومن الناحية القانونية، قامت العديد من الدول بمواكبة هذا التطور التكنولوجي بوضع النصوص الملائمة لمختلف استعمالات الحاسب الآلي والانترنت، وفي نفس السياق تم وضع قوانين خاصة لمواجهة ما يسمى بالإجرام المعلوماتي أو الجرائم الافتراضية.

وفي الجزائر وضمن هذا النطاق، تم سد هذا الفراغ القانوني الذي عرفه هذا المجال بصدور القانون رقم 04- 15 لمؤرخ في 10 نوفمبر 2004 المعدل والمتمم لقانون العقوبات، الذي نص على حماية جزائية للأنظمة

---

(1) د مدحت رمضان: جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص27.

(2) أنشأ هذا المكتب بموجب قرار صدر بالاتفاق والتشاور بين عدة وزارات ذات علاقة بالجريمة الاقتصادية والأمنية، ويحمل القرار رقم 2000 ــ 405 بتاريخ 2000/05/15، ويعد هذا المكتب أساسا لمكافحة جرائم الانترنت في فرنسا، ويعمل هذا المكتب على ملاحقة مرتكبي الجرائم المرتبطة بتكنولوجيا المعلومات والاتصالات إضافة إلى تقديم المساعدة للشرطة والدرك. ويمارس المكتب مهامه من خلال وحدة العمليات ووحدة المساعدة التقنية ووحدة التحليل والتوثيق العملي، حيث تختص كل وحدة بمهام خاصة ومعينة، فمثلا تختص وحدة العمليات بجرائم الاحتيال الواقعة على بطاقات الائتمان أو الدفع الإلكتروني، كما تختص وحدة المساعدة التقنية بالمساعدة في التحري والبحث وتدريب المحققين، مشار إليه لدى نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص460.

(3) ويختص هذا القسم المعلوماتي في تحليل البيانات المدمجة في الحواسب الآلية في إطار التحقيقات القضائية أو المتعلقة بالأعمال ذات الطابع المالي الاقتصادي، نافذ ياسين محمد المدهون: نفس المرجع، ص461.

المعلوماتية من خلال تجريم كل أنواع الاعتداءات التي تستهدف أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات.

ومن جانب آخر ونظرا لما تتميز به هذه جرائم التجارة الإلكترونية من طابع فني خاص، الذي يضيف إلحاحا أكبر ومبررا كافيا للمطالبة بنصوص خاصة لمكافحتها، قام المشرع الجزائري مسايرة منه لموجة الإصلاحات التشريعية بإصدار القانون رقم 04/09 في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها[1]، محاولا وضع إطار قانوني يتلاءم مع خصوصية وخطورة هذه الجرائم.

يتضمن القانون 19 مادة في ستة فصول، تجمع ما بين القواعد الإجرائية المكملة لقانون الإجراءات الجزائية والقواعد الوقائية التي تسمح برصد الاعتداءات ومحاربة الجريمة، وفي قراءة لمضمون هذا القانون نجد:

الفصل الأول: يحدد هدف القانون الذي يرمي إلى الوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ويضع مفهوم المصطلحات التقنية الواردة فيه (الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال منظومة معلوماتية، معطيات معلوماتية، مقدمو الخدمات، المعطيات المتعلقة بحركة السير، الاتصالات الإلكترونية).كما يحدد مجال تطبيقه حيث يراعى مبدأ سرية المراسلات والاتصالات، إلا في الاستثناءات التي حددها هذا القانون.

الفصل الثاني: يتضمن هذا الفصل الأحكام الخاصة بالمراقبة الإلكترونية، والتي لا يمكن إجراؤها إلا بإذن مكتوب من السلطة القضائية المختصة، في نطاق الاتصالات المنطوية على خطورة حددت في أربع حالات وهي:

1. الوقاية من الأفعال الموصوفة بجرائم الإرهاب أو التخريب والماسة بأمن الدولة.
2. حالة توفر معلومات عن احتمال اعتداء على منظومة معلوماتية، على نحو يهدد النظام العام أو الدفاع الوطني أو مؤسسات الدولة أو الاقتصاد الوطني.
3. حالة تقتضيها التحريات والتحقيقات إذا صعب البحث دون اللجوء إلى المراقبة الإلكترونية.
4. أخيرا حالة تنفيذ طلبات المساعدة القضائية الدولية المتبادلة.

الفصل الثالث: يضبط القواعد الإجرائية الخاصة بتفتيش المنظومة المعلوماتية، فإذا كانت المعلومات محل البحث مخزنة في منظومة معلوماتية خارج الإقليم الوطني فإن الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات القضائية الأجنبية طبقا للاتفاقيات الدولية أو مبدأ المعاملة بالمثل. كما يمكن للسلطة التي تباشر التفتيش عندما لا يكون من الضروري حجز كل المنظومة أن تقوم بنسخ المعطيات المهمة في الكشف عن الجرائم أو مرتكبيها على دعامة تخزين إلكترونية قابلة للحجز، وفي حالة استحالة الحجز يتم استعمال تقنيات منع الوصول إلى المعطيات التي

(1) يضع هذا القانون الإطار القانوني الذي يتلاءم مع خصوصية الجريمة الافتراضية، ويجمع بين القواعد الإجرائية المكملة لقانون الإجراءات الجزائية وبين القواعد الوقائية التي تسمح بالرصد المبكر للاعتداءات المحتملة، والتدخل السريع لتحديد مصدرها والتعرف على مرتكبيها.

تحتويها المنـــظومة المعلـــوماتية.

الفصل الرابع: يحدد هذا الفصل التزامات مقدمي خدمات الانترنت والهاتف بمساعدة السلطات المكلفة بالتحريات القضائية بكل سرية، وذلك بحفظ المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة، المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية للاتصال، الخصائص التقنية وتاريخ ووقت ومدة الاتصال، المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه وعناوين المواقع المطلع عليها. كما يلتزم مقدم خدمات الانترنت بالتدخل الفوري لسحب المحتويات المخالفة للقوانين وجعل الدخول إليها غير ممكن، وبهذا أعطى القانون لمقدمي الخدمات دورا إيجابيا في مساعدة السلطات لمواجهة الجرائم والكشف عنها.

الفصل الخامس: ينص على إنشاء الهيئة الوطنية للوقاية من الإجرام المتصل بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحته، للهيئة وظيفة تنسيقية في مجال الوقاية من هذه الجرائم. كما تتولى مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في التحريات التي تجريها، وتبادل المعلومات مع نظيرتها بالخارج لمواجهة هذا الإجرام.

الفصل السادس: يتناول هذا الفصل الاختصاص القضائي، حيث نص على توسيع اختصاص المحاكم الجزائية للنظر في هذه الجرائم حال ارتكابها خارج الإقليم الوطني من قبل الأجانب، وذلك في حالة استهداف مؤسسات الدولة أو الدفاع الوطني أو المصالح الإستراتيجية للاقتصاد الوطني. كما تناول جانب التعاون الدولي حيث يتم تبادل المساعدة القضائية الدولية لجمع الأدلة الخاصة بالجريمة في الشكل الإلكتروني، وفقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة والاتفاقيات الدولية الثنائية ومبدأ المعاملة بالمثل، على أن يتم رفض المساعدة إذا كان من شأنها المساس بالسيادة الوطنية والنظام العام.

ومن خلال استقراء مواد القانون، نجد أنه إذا كان تصادم التفتيش عن الأدلة في الجرائم المعلوماتية مع الحق في الخصوصية، لأن هذا التفتيش يتم – غالبا – على نظم الكمبيوتر وقواعد البيانات وشبكات المعلومات الأمر الذي قد يتجاوز النظام المشتبه به إلى أنظمة أخرى مرتبطة، نظرا لشيوع التشبيك بين الحواسيب وانتشار الشبكات الداخلية على مستوى المنشآت والشبكات المحلية والإقليمية والدولية على مستوى الدول. ولاشك في أن امتداد التفتيش إلى نظم غير النظام محل الاشتباه قد يمس – في الصميم – حقوق الخصوصية المعلوماتية لأصحاب النظم التي يمتد إليها التفتيش، ويمس كذلك الحريات الشخصية، فالقانون رقم 04/09 في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافـــــحتها[1]

(1) المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار الصعوبات التي تثيرها المصطلحات القانونية المتعلقة بهذه المادة، لذلك اختار عنوان" القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها" حتى لا يكون النص مرتبطا بتقنيات تشهد تطورا مستمرا بقدر ما يرتبط بالأهداف والغايات التي ترمي إليها هذه التكنولوجيا. كما أن التركيز على مجالي الإعلام والاتصال بين مقاصد النص الذي يهدف إلى جعل المتعاملين في مجال الاتصالات السلكية واللاسلكية شركاء في مكافحة هذا النوع من الإجرام والوقاية منه، مشار إليه لدى الأزرق عبد الله، أحمد عمراني: نظام المعلوماتية في القانون الجزائري واقع وآفاق، مؤتمر البيئة المعلوماتية الآمنة المفاهيم والتشريعات والتطبيقات، جمعية المكتبات والمعلومات السعودية 6ـ7 أفريل، 2010، الرياض، ص 15.

حاول الموازنة بين النظام العام والحرية الشخصية، وذلك بتوفير الضمانات القضائية للحفاظ على الحق في الخصوصية إذ يقتضي أن تتم المراقبة والتفتيش تحت إشراف القضاء قبل وأثناء وبعد العملية وبعد الإذن المسبق للقضاء (المادة الرابعة من القانون المذكور). كما نص القانون أن تبقى المراقبة والتحريات في إطار التحقيق القضائي (المادة التاسعة من القانون المذكور).

مما سبق، من الضروري أن تواكب التشريعات المختلفة هذا التطور الملحوظ في جرائم المعلوماتية[1] فالمواجهة التشريعية ضرورية للتعامل من خلال قواعد قانونية غير تقليدية لهذا الإجرام غير التقليدي. وحسنا فعل المشرع الجزائري كخطوة أولى وإن كانت غير متكاملة، لأنها لا تستغرق بالتنظيم كافة جوانب الاعتداءات في هذا المجال.

ب ــ مصر: أنشأت جمهورية مصر العربية إدارة متخصصة للتعامل مع جرائم الانترنت والتجارة الإلكترونية وذلك بالقرار رقم 13057 لسنة 2002، وهي تابعة للإدارة العامة للمعلومات والتوثيق وتخضع هذه الإدارة للإشراف المباشر لمدير الإدارة العامة وتشرف عليها فنيا مصلحة الأمن العام. تختص هذه الإدارة بوضع خطة تأمين ورقابة نظم الشبكات المعلوماتية لمنع وقوع الجرائم بالإضافة إلى مكافحة وضبط الجرائم التي تقع باستخدام الحاسبات على مواقع التجارة الإلكترونية، ونظم شبكات المعلومات، واتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها. إضافة إلى ذلك توجد الإدارة العامة للمصنفات الفنية والمختصة بحماية حقوق الملكية الفكرية التي تقوم بحملات تفتيش في جميع أنحاء الجمهورية، لضبط أي من جرائم التجارة الإلكترونية المتعلقة بالمصنفات والبرمجيات الخاصة بهذه التجارة[2].

ج ــ الإمارات العربية المتحدة: من المعروف أن هذه الدولة من أكثر الدول العربية تطورا في مجال تطبيقات الانترنت والتجارة الإلكترونية وكل أنواع المعاملات والخدمات الإلكترونية بشكل عام، لذلك فإنها تفرض رقابة على الدخول عبر شبكات الانترنت؛ حيث لا يستطيع مستخدمو الانترنت في دولة الإمارات العربية المتحدة الدخول أو الولوج إلى الشبكة بصورة مباشرة، وإنما يتم ذلك فقط عبر برنامج وسيط يطلق عليه اسم ***Server Proxy***، وتمارس الرقابة بصفة عامة شركة الاتصالات الحكومية التي تحتكر خدمة الانترنت[3].

---

(1) إن القانون المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها جاء شاملا، من ناحية أنه يطبق على كل التكنولوجيات الجديدة والقديمة وعلى كل تقنية تظهر مستقبلا، لهذا فهو ينطبق على شبكة الاتصالات السلكية واللاسلكية وعلى نظم المعلوماتية فلا يمكن استغناء إحداهما عن الأخرى. وكذلك سريان المعلومات من مكان لآخر في العالم كله يتم بواسطة شبكة الاتصالات الانترنت وكذلك الدخول إلى بنوك المعلومات والحصول على الأبحاث العلمية من المكتبات الموجودة في جميع أنحاء العالم تتم بواسطة شبكة الانترنت وعرض الكتب العلمية وشركات بيع الأدوية، وحركة البيع والشراء التي تتم أيضا بواسطة شبكات الاتصالات ونظم المعلوماتية، أكثر تفصيل الأزرق عبد الله، أحمد عمراني: نفس المرجع، ص 17.

(2) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص453، 454.

(3) المرجع السابق، ص455.

الفرع الثاني: مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي

تعتبر جرائم التجارة الإلكترونية من الجرائم المعلوماتية التي تنفذ على الشبكة أو بواسطتها، فهي جرائم تتميز بحداثة الأسلوب وسرعة التنفيذ وسهولة الإخفاء والقدرة على محو آثارها وتعدد صورها وأشكالها وبأنها عابرة للحدود، وهذا أمر طبيعي خاصة إذا ما علمنا أن شبكة الإنترنت ذاتها لا تعرف الحدود أي أنها ذات طبيعة عالمية [1]. وإزاء ذلك كان لا بد من تكاتف الدول من أجل مكافحة هذا النوع المستحدث من الجرائم التي لم تعد تتمركز في دولة معينة، مستغلة التطور الكبير للوسائل التقنية الحديثة في الاتصالات، وتعزيز التعاون بينها واتخاذ تدابير فعالة للحد منها والقضاء عليها ولمعاقبة مرتكبيها.

مما سبق ونظرا لخطورة جرائم التجارة الإلكترونية، بات حتميا على الهيئات والمنظمات والمجالس الدولية أن تلعب دورا مهما في محاولة ترسيخ وجوب التعاون الدولي لمواجهة هذه الجرائم بهدف الحد من انتشارها وتعاظم آثارها. وعليه سنحاول التعرض بمزيد من التفصيل للأجهزة الدولية المختصة بمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية (أولا)، ثم لمظاهر التعاون الدولي في هذا المجال (ثانيا).

أولا: الأجهزة ذات الطابع الدولي المختصة بمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية

هناك العديد من المؤسسات الدولية التي تعنى بمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية، مثل مكتب الأمم المتحدة وهيئات إقليمية مثل الاتحاد الأوروبي، حيث تهدف إلى تعزيز التعاون الدولي في محاولة لتوافق دولي فعال لمواجهة جرائم الانترنت والتجارة الإلكترونية.

ا ــ الأمـــــم المتـــــحدة: تبذل الأمم المتحدة جهودا لا يستهان بها في مجال محاولة التصدي للجرائم المعلوماتية، وتؤكد على وجوب تعزيز العمل المشترك بين الأعضاء من أجل التعاون على الحد من انتشارها وتعـــــاظم آثارها.

وبتتبع المؤتمرات الدولية التي تعقد بإشراف الأمم المتحدة، فقد حظيت جرائم الحاسب الآلي باهتمام وفير من خلال مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين عام 1990 في التصدي لمختلف جوانب التطورات المتصلة بالحواسيب، وفي عام 1994 نشر دليل الأمم لمنع الجريمة المتصلة بالحواسيب ومكافحتها[2].

كذلك عقد المؤتمر التاسع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين برعاية الأمم المتحدة في القاهرة، وذلك في عام 1995 والذي أكدت توصياته على وجوب حماية الملكية الفكرية من تزايد مخاطر التكنولوجيا، ووجوب التنسيق والتعاون الدولي لاتخاذ الإجراءات المناسبة للحد منها[3].

وفي عام 2000 عقدت الأمم المتحدة مؤتمرها العاشر لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين في بودابست المجر وأكدت فيه الأمم المتحدة على وجوب العمل على الحد من جرائم الحاســـب الآلي المتزايدة والتي تعتـــبر نمطا

(1) د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: الجهود الدولية في مواجهة جرائم الإنترنت، دون دار نشر، 2007، ص01.

(2) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص463.

(3) محمود أحمد عبابنة: مرجع سابق، ص158.

من الجرائم المستحدثة والعمل على اتخاذ تدابير مناسبة للحد من أعمال القرصنة.

ب ــ المجلس الأوروبي: بالنسبة للمجلس الأوروبي فقد لعب دورا كبيرا في تنظيم ومحاولة الحد من الجرائم المعلوماتية بشكل عام وجرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص. وذلك من خلال إصداره للعديد من القواعد التوجيهية في مجال جرائم الحاسب الآلي، تضمنت وجوب تجريم العديد من السلوكيات التي تعد من الجرائم كالغش المعلوماتي وتزوير المعلومات وسرقة الأسرار المخزنة والتوصل غير المصرح به وسرقة منفعة الحاسب. كما تضمنت القواعد أيضا عددا من الإجراءات الفنية التي يتعين اتخاذها بهدف الحيلولة دون الوصول غير المرخص به إلى المعلومات المخزنة، كحماية كلمة السر المستخدمة في النهايات الطرفية، وحماية الأوامر الخاصة بالتشغيل، وترميز المعلومات الشخصية وأسماء من تتعلق بهم[1].

إضافة لما سبق فقد توجت نشاطات المجلس الأوروبي بإصدار اتفاقية شاملة تتعلق بجرائم الحاسب الآلي وذلك في اجتماع للمجلس في ستراسبورغ بتاريخ 25 أفريل2000، حيث أكدت الاتفاقية على ضرورة وضع تشريعات ملائمة للجرائم المعلوماتية، وتعزيز التعاون الدولي نظرا لتزايد معدلات الجرائم المرتبطة بالتقنية من جرائم شبكات الحاسب الآلي والاعتداء على المعلومات المخزنة، التي تستلزم جهودا كبيرة من حيث البحث عن الأدلة والإثبات لأن لها طبيعة خاصة تتمتع بها وتنقل بواسطة الشبكات[2].

ويشار إلى أن مجلس أوروبا قام بإنشاء العديد من الوحدات المتخصصة في مكافحة جرائم الانترنت منها:

- الأوربول أو مركز الشرطة الأوروبية: وهو جهاز يوجد على مستوى الأوروبي، مقره في لاهاي هولندا[3]، وتتمركز أنشطته جول معالجة المعلومات المرتبطة بالأنشطة الإجرامية على مستوى الاتحاد الأوروبي، ودعم وتشجيع سلطات التحقيق وذلك بتكميل وسائلهم وتحديثها وكذلك تسهيل تبادل تلك المعلومات، عن طريق تزويد المحققين بالتحاليل العملية والإستراتيجية وبدعمهم بالخبرات ومدهم بالمساعدات التقنية[4].
- الأورجست: أنشأ في عام 2002 من مجلس أوروبا، وهو جهاز يساعد على التعاون القضائي والشرطي قي مواجهة مكافحة جميع أنواع الجرائم الخطيرة للانترنت. ومن أهم أنشطته تحسين التنسيق والتعاون بين السلطات القضائية المختصة للدول الأطراف، وتبادل المعطيات بين دول الاتحاد الأوروبي

---

(1) محمود أحمد عبابنة: نفس المرجع، ص164.

(2) أشارت مقدمة الاتفاقية إلى المشاكل التي تعيق قانون الإجراءات الجنائية في مجال جرائم الحاسب الآلي. وقد تكونت الاتفاقية من خمسة فصول الأول منها خصص لشرح المصطلحات، والفصل الثاني للإجراءات الواجب اتخاذها على المستوى الوطني، أما الفصل الثالث فقد خصص للتعاون الدولي لاتخاذ إجراءات وتشريعات كفيلة بتحقيق التعاون وتطبيق التشريعات الدولية، في مجال التحقيق وسرقة المعلومات وجمع الأدلة المعلوماتية وتسليم المجرمين، أكثر تفصيل محمود أحمد عبابنة: نفس المرجع السابق: ص 165.

(3) تم إنشاء الأوربول من قبل المجلس الأوروبي في لكسمبورغ سنة 1991، وهي منظمة عن طريق الاتفاقية الأوروبية الموقعة في 26 جويلية 1995 التي تحدد مهامها والمسماة اتفاقية ماسترخت واتفاقية الاتحاد الأوروبي.

(4) عفيفي كامل عفيفي: مرجع سابق، ص 485.

وإجراء التحـــقيقات والملاحقات والتـــبليغ عن الجرائم إلى الســـلطات المختصة للدول الأطراف وعن التحفظ عليها.

- شنجـــن: تم لإنشاء قضاء جماعي من غير حدود سمي بشنجن، وقد استحدثت هذه الاتفاقية وسيلتين جديدتين لتعزيز التعاون الشرطي الأوروبي لمواجهة التحديات الأمنية، التي تفرضها الظروف الجديدة ومنها جرائم الانترنت، وتتمثل هاتان الوسيلتان في مراقبة المشتبه فيهم عبر الحدود وملاحقة المجرمين[1].

ثانيا: مظاهر التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية

من الواضح جليا أنه مهما حدِّثت آليات المكافحة الداخلية فلن تستطيع وحدها مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية ذات الطابع العالمي. مما يستوجب تعاون دولي جدي يجعل هذه المكافحة فعالة، فالجريمة المتقدمة بحسب ذاتيتها يمكن أن ترتكب بنفس درجة السهولة من أقرب مكان كما من أبعد مكان، آثارها الرقمية يصعب تتبعها لكونها سريعة الزوال، يمكن تنفيذها عبر بلدان مختلفة لها نظم قانونية مختلفة. الأمر الذي يجعل إجراءات تتبعها وجمع الأدلة مستعصية لكونها تعبر اختصاصات قضائية متعددة، وهو ما يفند حقيقة كون الوسائل التقليدية لا تكفي لتنفيذ القانون؛ مما يفرض حتمية التعاون الدولي الذي يتلاءم مع الطبيعة الإلكترونية الخاصة بالجرائم المعلوماتية بشكل عام وجرائم التجارة الإلكترونية بشكل خاص، ووسائل ارتكابها كردة فعل سريعة ولازمة لمكافحتها، ولعل من أهم مظاهر التعاون الدولي المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين.

ا ــ المساعدة القضائية الدولية: بات أمر التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية والوقاية منها أمر لا مفر منه لعجز الدول فرادى عن ذلك[2]، ولأن أثر هذه الجرائم لا يقتصر فقط على النطاق الدولي بل يمتد إلى العالمية. وعليه يجب على الدول أن تقدم لبعضها البعض المعونة المتبادلة، وذلك بأكبر عدد ممكن لأغراض التحقيق والإجراءات الخاصة بالجرائم الجنائية المتعلقة بنظم البيانات[3].

فمتابعة مرتكبي هذه الجرائم وتقديمهم للعدالة، يستلزم القيام بإجراءات خارج حدود الدولة التي ارتكبت فيها الجريمة أو جزء منها. من بين هذه الإجراءات معاينة مواقع الانترنت في الخارج أو ضبط الأقراص الصلبة أو تفتيش نظم الحاسب الآلي. الأمر الذي يصطدم بالطبع بمشاكل الاختصـــاص القضائي والولاية القضائية لذلك لا بد من تقديم المساعدة القضائية الدولية.

وتعرف المساعدة القضائية الدولية بأنها[4]:" كل إجراء قضائي تقوم به دولة من شأنه تسهيل مهمة المحاكمة

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص465.

(2) محمود أحمد عبابنة: نفس المرجع، ص120.

(3) د عبد الله حسين علي محمود: مرجع سابق، ص409.

(4) تعريف مستمد من وثيقة بعنوان تدابير مكافحة الجرائم المتصلة بالحواسيب، مؤتمر الأمم المتحدة الحادي عشر لمنع الجريمة والعدالة الجنائية المنعقد في بانكوك في الفترة 18-2005/4/25، وثيقة رقم. A/CONF.203/14، ص 5.

دولة أخري بصدد جريمة من الجرائم"، فغاية المساعدة تسهيل مهمة المحاكمة الجزائية عن طريق تبادل المعلومات والوثائق بين الدول، وبيان السوابق القضائية للمجرم، وعن طريق نقل الإجراءات والتحقيق قي دولة لصالح دولة أخرى بناء على اتفاقية ضمن شروط معينة[1].

وبهذا الاتجاه تبنى المشرع الجزائري بوادر المساعدة القضائية الدولية في نص المادة 16 الفقرة الأولى من القانون رقم 04/09 الصادر في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها والتي جاء فيها:" في إطار التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية لمعاينة الجرائم المشمولة بهذا القانون وكشف مرتكبيها، يمكن السلطات المختصة تبادل المساعدة القضائية الدولية لجمع الأدلة الخاصة بالجريمة في الشكل الإلكتروني".

وهو نفس ما تضمنته الاتفاقية الأوربية لمكافحة الجرائم الإلكترونية بودابست 2001/11/23 هذه الاتفاقية ــ التي تهدف إلى توحيد السياسة الواجب إتباعها في مكافحة الجرائم المعلوماتية المرتكبة في الفضاء الافتراضي، وإلى التنسيق بين التشريعات المختلفة لتسهيل مكافحة الإجرام المعلوماتي ــ أكدت على ضرورة تعاون كل الأطراف على تطبيق الوسائل الدولية الملائمة بالنسبة للتعاون الدولي في المجال الجنائي والترتيبات التي تستند إلى تشريعات موحدة ومتبادلة. وكذلك بالنسبة للقانون المحلي على أوسع نطاق ممكن بين بعضهم البعض بغرض التحقيقات والإجراءات المتعلقة بالجرائم الجنائية للشبكات والبيانات المعلوماتية وكذلك بشأن الحصول على الأدلة في الشكل الالكتروني لمثل هذه الجرائم.

من جانب آخر وفي سبيل تعاون دولي يتميز بالسرعة والفعالية في التنفيذ، يمكن للدول في حالات الاستعجال والحالات الطارئة أن تستجيب إلى طلبات المعونة المتبادلة، من خلال وسائل الاتصال السريعة كالفاكس والبريد الالكتروني[2]، بالقدر الذي يوفر للطرف الطالب المستوى الملائم من الأمن والمصادقة[3].

وتتخذ المساعدة القضائية الدولية في المجال الجنائي عدة صور من بينها:

1. تبادل المعلومات: وهو يشمل تقديم المعلومات والبيانات والوثائق والمواد الاستدلالية التي تطلبها سلطة قضائية أجنبية، وهي بصدد النظر في جريمة ما[4].

---

(1) فريد عبد المنعم جبور: مرجع سابق، ص 217.

(2) د عبد الله حسين علي محمود: مرجع سابق، ص410.

(3) وهو ما نص عليه المشرع الجزائري ضمن ما ورد في المادة 16 الفقرة الثانية من القانون رقم 04/09 الصادر في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها:"... يمكن في حالة الاستعجال، ومع مراعاة الاتفاقيات الدولية ومبدأ المعاملة بالمثل، قبول طلبات المساعدة القضائية المذكورة في الفقرة الأولى أعلاه، إذا وردت عن طريق وسائل الاتصال السريعة بما في ذلك أجهزة الفاكس أو البريد الإلكتروني وذلك بقدر ما توفره هذه الوسائل من شروط أمن كافية للتأكد من صحتها".

(4) في هذا المنحى كذلك نجد نص المادة 17 من القانون رقم 04/09 الصادر في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها:" تتم الاستجابة لطلبات المساعدة الرامية لتبادل المعلومات أو اتخاذ أي إجراءات تحفظية وفقا للاتفاقيات الدولية ذات الصلة والاتفاقات الدولية الثنائية ومبدأ المعاملة بالمثل".

2. نقل الإجراءات: ويقصد به قيام دولة ما بناء على اتفاقية أو معاهدة باتخاذ إجراءات جنائية وهي بصدد جريمة ارتكبت في إقليم دولة أخرى ولمصلحة هذه الدولة متى ما توافرت شروط معينة، من أهمها أن تكون الجريمة مزدوجة بمعنى أن يكون الفعل المنسوب إلى الشخص يشكل جريمة في الدولة الطالبة والدولة المطلوب إليها نقل الإجراءات. بالإضافة إلى شرعية الإجراءات المطلوب نقلها والمقصود أن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها تتصل مع أحكام القانون السائد في الدولة المطلوب إليها عن ذات الجريمة، وأيضا من الشروط الواجب توافرها أن تكون الإجراءات المطلوب اتخاذها مهمة بحيث تؤدى دورا مهما في الوصول إلى الحقيقة[1].

3. الإنابة القضائية: المقصود بالإنابة القضائية هو طلب اتخاذ إجراء قضائي من إجراءات الدعوى ترفعه الدولة الطالبة إلى الدولة المطلوبة إليها، تمهيدا للفصل بمسألة معروضة أمام القضاء الجزائي في الدولة الطالبة سماع شاهد أو إجراء معاينة أو تفتيش، إذ يتعذر على الدولة الطالبة القيام بالإجراء المطلوب بنفسها خارج إقليمها لما في ذلك من مساس بسيادة الدولة المطلوب إليها[2]. وتهدف هذه الصورة إلى تسهيل الإجراءات الجنائية بين الدول بما يكفل إجراء التحقيقات اللازمة لتقديم المتهمين للمحاكمة والتغلب على عقبة السيادة الإقليمية التي تمنع الدولة الأجنبية من ممارسة بعض الأعمال القضائية داخل أقاليم الدول الأخرى، كسماع الشهود أو إجراء التفتيش وغيرها[3].

بالإضافة إلى ما سبق، تجدر الإشارة إلى أنه يجوز للدولة أن ترفض طلب المساعدة القضائية، إذا ما رأت أو توافرت لديها القناعة بأن الالتزام بما ورد في الطلب قد يخل بسيادتها الوطنية أو أمنها أو نظامها العام أو بأي مصلحة من مصالحها الأساسية الأخرى. كما يمكن أن يكون طلب المساعدة مقيدا بسرية الوقائع والمحتويات التي يتضمنها[4].

وفي كل الأحوال يجب أن تخطر الدولة الطالبة للمساعدة القضائية الدولية بنتائج تنفيذ طلب المعونة، فإذا ما تم رفض هذا الطلب أو تم تأجيله، يجب تقديم الأسباب الدافعة إلى الرفض أو التأجيل[5].

---

(1) أقرت العديد من الاتفاقيات الدولية منها والإقليمية هذه الصورة كإحدى صور المساعدة القضائية الدولية، كمعاهدة الأمم المتحدة النموذجية بشأن نقل الإجراءات في المسائل الجنائية، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية 2000 في المادة 21 منها. وذات الشيء نجده في معاهدة منظمة المؤتمر الإسلامي لمكافحة الإرهاب الدولي 1999 في المادة 9 منها، وأيضا المادة 16 من النموذج الاسترشادي لاتفاقية التعاون القانوني والقضائي الصادر عن مجلس التعاون الخليجي 2003، أكثر تفصيل د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: الجهود الدولية في مواجهة جرائم الانترنت، مرجع سابق، ص13.

(2) فريد عبد المنعم جبور: مرجع سابق، ص 220.

(3) د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: مرجع سابق، ص14.

(4) وهو ما أشار إليه نص المادة 18من القانون رقم 04/09 الصادر في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها:" يرفض تنفيذ طلبات المساعدة إذا كان من شأنها المساس بالسيادة الوطنية أو النظام العام.

يمكن أن تكون الاستجابة لطلبات المساعدة مقيدة بشرط المحافظة على سرية المعلومات المبلغة أو بشرط عدم استعمالها في غير ما هو موضح في الطلب".

(5) د عبد الله حسين علي محمود: مرجع سابق،ص 411.

إلا أن المتعارف عليه بالنسبة لطلبات الإنابة القضائية الدولية، والتي تعد من أهم صور المساعدة القضائية الدولية في المجال الجنائي، أن تسلم بالطرق الدبلوماسية، الأمر الذي يجعلها تتسم بالبطء والتعقيد، والذي يتعارض مع طبيعة عمليات التجارة الإلكترونية، وما تتميز به من سرعة إتمام هذه العمليات[1].

كذلك من الصعوبات التي تعترض مجال المساعدات القضائية الدولية المتبادلة التباطؤ في الرد، حيث أن الدولة متلقية الطلب غالبا ما تكون متباطئة في الرد على الطلب، سواء بسبب الفوارق في الإجراءات التي تعقد الاستجابة، أو بسبب الاختلاف على مضمون الأفعال التي تعد من الجرائم المعلوماتية، فيحول ذلك دون التعاون في مواجهتها. إضافة إلى كل العقبات الأخرى التي تتعلق بالاختصاص والإثبات والعقوبات والطبيعة الخاصة لموضوع هذه الجرائم، التي تكون في مجموعها معوقات تقف في وجه التعاون الدولي في مجال توفير الحماية الجنائية اللازمة من هذا النمط المستحدث[2].

ب ــ تسليم المجرمين: يعد التعاون الدولي نتيجة طبيعية للتطورات التي حدثت في مجال الاتصال والمعلوماتيات، حيث أن الحدود لم تعد قائمة بين الدول لتشكل حاجزا رادعا للحد من الجرائم، فالجريمة إذن أصبحت عالمية تحدث بتقنية عالية من مجرم معلوماتي دولي.

ولأنه لا يمكن تجاوز الحدود الإقليمية لإنفاذ القانون وممارسة الأعمال القضائية على المجرمين الفارين، كان لا بد من هذا التعاون الدولي، وفق آلية معينة للدولة حتى يمكن متابعة المجرم وتحقيق العدالة، والمقصود هنا نظام تسليم المجرمين.

فتسليم المجرمين وجد من أجل مكافحة الجريمة كأحد مظاهر التعاون الدولي، فعند ارتكاب الجاني جرما معلوماتيا من خلال وحدة طرفية في دولة أجنبية، وخارج سلطة الدولة المتضررة من فعله، لا يجوز إبقاءه دون عقاب. من هنا جاء الإحساس بضرورة التعاون الدولي لتسليم المجرمين ومعاقبتهم، ويأخذ هذا التعاون شكل اتفاقيات تبرمها الدول لتسليم مجرم إلى دولة أجنبية ليحاكم لديها، حال كان قانونها يجرم ما ارتكبه[3].

ولو أمعنا النظر في نظام تسليم المجرمين، لوجدناه يقوم على أساس أن الدولة التي يتواجد على إقليمها المتهم بارتكاب أحد الجرائم العابرة للحدود ومنها الجرائم المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، عليها أن تقوم بمحاكمته إذا كان تشريعها يسمح بذلك. وإلا كان عليها أن تقوم بتسليمه لمحاكمته بمعرفة دولة أخرى مختصة فهو إذا يحقق مصالح الدولتين الأطراف في عملية التسليم[4].

من جانب آخر وبشكل عام من أهم الشروط الخاصة بتسليم المجرمين، حسب ما هو منصوص عليه في أغلبية التشريعات الوطنية والصكوك الدولية المعنية، ازدواج التجريم في قانون الدولة طالبة التسليم والدولة

(1) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص 485.

(2) محمود أحمد عبابنة: نفس المرجع،ص 121.

(3) فريد عبد المنعم جبور: مرجع سابق، ص221.

(4) د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: مرجع سابق، ص 17.

المطلوب منها التسليم[1]، هذا الشرط الذي قد ينقلب إزاء جرائم التجارة الإلكترونية، حيث يعد حائلا دون تسليم المجرم، وعقبة أمام التعاون الدولي في مجال تسليم المجرمين بالنسبة لجرائم التجارة الإلكترونية، سيما وأن معظم الدول لا تجرم هذه الجرائم، وبالأخص الدول العربية لا تتوافر فيها بشكل عام تشريعات تتعلق بتجريم الأفعال الجرمية المعلوماتية. بالإضافة إلى أنه من الصعوبة أن تحدد فيما بعد إذا كانت النصوص التقليدية لدى الدولة المطلوب منها التسليم يمكن أن تنطبق على الجرائم المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أم لا، الأمر الذي يعيق تطبيق الاتفاقيات الدولية في مجال تسليم المجرمين، ويحول بالتالي دون جمع الأدلة ومحاكمة مرتكبي جرائم التجارة الإلكترونية[2].

وعليه وفي سبيل الخروج ومواجهة هذا المأزق، فإن الحل يتمثل في ضرورة إدراج أحكام عامة في المعاهدات والاتفاقيات المعنية بتسليم المجرمين، أو أن لا تتضمن اتفاقات تسليم المجرمين شرط ازدواج التجريم، أو أن يبقى هذا الشرط (ازدواج التجريم) في الاتفاقيات وتستثنى منه الجرائم المعلوماتية[3].

وبشكل عام أمام هذه التداعيات ولأنه قد ترى بعض الدول في هكذا اتفاقيات، تنازلا عن جزء من سيادتها ولكون جرائم التجارة الإلكترونية جرائم عالمية خطيرة تزداد يوم بعد يوم، وتعجز الدول منفردة على الإحاطة بها وملاحقته، فلا يكاد يكون حل أفضل لهذا الأمر سوى عقد اتفاقية جماعية دولية لهذه الغاية.

نخلص إلى أن التعاون الدولي بكافة صوره في مجال مكافحة ومواجهة الجرائم المتعلقة بالتجارة الإلكترونية وشبكة الإنترنت، وإن كان يعد مطلبا تسعى إلى تحقيقه أغلب الدول إن لم يكن كلها؛ إلا أنه ثمة صعوبات ومعوقات تقف دون تحقيقه كعدم وجود نموذج موحد للنشاط الإجرامي، والذي يمكن معالجته بمحاولة تحديث التشريعات المحلية المعنية بالجرائم المعلوماتية، وإبرام اتفاقيات خاصة يراعي فيها هذا النوع من الجرائم. ومن جانب آخر وبالنسبة للمعوقة الأخرى والخاصة بتنوع واختلاف النظم القانونية الإجرائية، نجد أن الصكوك الدولية الصادرة عن الأمم المتحدة غالبا ما تشجع الأطراف فيها على السماح باستخدام بعض تقنيات التحقيق الخاصة؛ الشيء الذي يخفف من غلو واختلاف النظم القانونية والإجرائية ويفتح المجال أمام تعاون دولي فعال[4]

---

(1) هنا أن يكون الفعل مجرما أيا كانت الصورة التشريعية المعاقب عليها، فلا عبرة للوصف أو التكيف القانوني الذي يطلق على الفعل عند تقرير توافر هذه الشروط والمعاقبة عليه. فقد تختلف تشريعات الدول في التكيف القانوني الذي توصف فيه الجريمة، فمثلا لو كان الفعل معاقبا عليه في تشريع الدولة الطالبة التسليم تحت مسمى جريمة توظيف الأموال، بينما كان الفعل نفسه معاقبا عليه تحت مسمى جريمة النصب والاحتيال في الدولة المطلوب منها التسليم، فإن ذلك لا يمنع من توافر شرط ثنائية التجريم أو ازدواجيته. وشرط التجريم المزدوج يجد أساسه في إن الدولة طالبة التسليم تبتغي من وراء طلبها محاكمة من نسب إليه ارتكاب السلوك الإجرامي أو تنفيذ العقوبة المحكوم بها عليه، وهذا يفترض بداهة أن السلوك مجرّم في تشريعها، حيث أنه إذا لم يكن مجرّما فلا يتصور وجود دعوى عمومية أو ملاحقة جزائية ضد الشخص المتهم. كما لا يتصور قيام حكم جزائي يقضي بعقوبة عليه هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى لا يجوز مطالبة الدولة المطلوب إليها التسليم بإيقاع عقوبة على ارتكاب سلوك ما هو في الأساس غير مجّرم وفقا لقانونها، مشار إليه لدى د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: مرجع سابق، ص 27.

(2) نافذ ياسين محمد المدهون: مرجع سابق، ص 485.

(3) فريد عبد المنعم جبور،:مرجع سابق، ص223.

(4) د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: مرجع سابق، ص 17.

الخاتمة

يعتبر موضوع الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية من أكثر الموضوعات القانونية أهمية، وقد حاولنا في هذه الدراسة استعراض أغلب جوانب هذه الرهانات؛ بيد أنه وفي ظل التطور التكنولوجي المتسارع والتطبيقات المستحدثة للتجارة الإلكترونية يوما بعد يوم، فليس من المستبعد أن تظهر جوانب أخرى تحتاج إلى تنظيم قانوني يستجيب إلى خلفياتها التقنية. وقد خلصنا من خلال هذا البحث إلى بعض النتائج والتوصيات نجملها تباعا فيما يلي:

تتعدد الوسائل التقنية التي تبرم بواسطتها عقود التجارة الإلكترونية، غير أن أكثرها شيوعا وانتشارا في الوقت الحالي شبكة الانترنت، التي تتيح من خلال برامج البريد الإلكتروني أو الويب العالمي أو المحادثة المباشرة إتمام الصفقات التجارية. والملاحظ أن أطرها التقنية لم تحظ حتى الآن بتنظيم تشريعي ولا ئحي محدد.

ولما كان من الصعب التوصل إلى تعريف شامل لمصطلح التجارة الإلكترونية، ومرد ذلك إلى اختلاف الزوايا التي ينظر إليها الفقه، أو الصياغة التي تخرج بها النصوص القانونية، لكونها لازالت في مرحلة النضج والتمام، يمكننا أن نضع تعريفا مقترحا بأنها:" الأنشطة التجارية التي تبرم وقد تنفذ ولو جزئيا عبر وسائط إلكترونية على المستوى المحلي أو الدولي".

وتحتاج التـــجارة الإلكترونية نظاما قانونيا يتلاءم وطبيعة الانترنت بشأن العقود على المستوى الوطني، كما أنها بحاجة إلى قواعد تحقق نوعا من التنسيق على المستوى الدولي أيضا، لذلك عنيت التشريعات الوطنية بتأطير المبادلات التجارية الإلكترونية، عن طريق إصدار تشريعات شاملة ومستقلة تخص التجارة الإلكترونية، أو عن طريق تشريعات جزئية تشمل تعديلات في قوانينها القائمة بما يلاءم البيئة التكنولوجية والتقنية المستجدة. كما برزت عدة جهود دولية على رأسها لجـــنة الأمم المتـــحدة لقانون التـــجارة الدولية اليونسترال **(UNICITRAL)** حيث أعدت مجموعة من المبادئ الأساسية الموجهة نحو تنظيم التعاملات التجارية ذات الطبيعة الإلكترونية التي تهتدي بها الدول، منها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، وقانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة2001.

أظهرت التجارة الإلكترونية الحاجة الوظيفية لنوع جديد من التعاقد، فتنوع تقنيات الحديثة وتعدد خدمات الانترنت في المجال التجاري، أوجد بيئة مناسبة لإبرام عقود جديدة وهي عقود التجارة الإلكترونية. هذه العقود تتميز عن مثيلتها التقليدية في وسيلة إبرامها، حيث أنها تتم باستخدام دعائم إلكترونية، كما أنها تتسم بصفة التفاعلية بين طرفي العقد التي توفرها شبكة الانترنت عن غيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

وفي البحث عن مدى جواز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، خلصنا إلى جواز ذلك حسب القواعد العامة الواردة في القانون المدني متى تحققت شروط الإرادة والتعبير عنها. إضافة إلى وجوب تحقق الشروط الخاصة المتعلقة بالتعبير عن الإرادة التي تنفرد بها العقود الإلكترونية، كضرورة الإعلام المسبق للمستهلك بالإطار العام للعقد قبل إبرامه، وعناصره الأساسية، وكيفية تنفيذه، وثمن المنتج أو مقابل الخدمة، وحق العدول عن القبول المقرر للمستهلك في التعاقد الإلكتروني خلافا للقواعد العامة. وفي عقود التجارة الإلكترونية يكون التعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، ومثاله التعاقد عبر مواقع الويب حيث يتواصل الطرفين آنيا، أما في حالة التعاقد غير اللحظي كالتعاقد باستخدام البريد الإلكتروني فيكون التعاقد بين غائبين زمانا ومكانا.

إن أهم المسائل التي تطرحها عقود التجارة الإلكترونية هي مسألة الإثبات، ومن منطلق أن التعاقدات الإلكترونية تستدعي كباقي العقود وجود دليل يستجمع عناصر الأمان القانوني، فإن ذلك لا يتحقق إلا من خلال الدليل الكتابي الذي يتخذ شكل المحرر الإلكتروني. والبحث حول قبول المحرر الإلكتروني في إثبات العقود الإلكترونية، يستدعي الاعتراف القانوني بالكتابة الإلكترونية باعتبارها تجسد الإرادة التعاقدية في شكل مكتوب على دعامة إلكترونية أولا، وثانيا الاعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني؛ وهذا لأن المحرر لا يكون له أي قيمة قانونية دون أن يقترن بتوقيع، وما دمنا بصدد المحررات الإلكترونية فيتم التوقيع إلكترونيا لاستحالة التوقيع التقليدي. وتبعا لذلك فالتوجه التشريعي الحالي يتجه نحو الاعتراف بالمحررات الإلكترونية عن طريق الإقرار بحجية الكتابة الإلكترونية للاعتداد بها كدليل كتابي إلكتروني. وفي عرض لموقف مختلف التشريعات الدولية والوطنية، نجدها تبنت نهج النظير الوظيفي الذي يقصد به المساواة بين التواقيع الإلكترونية والخطية في أداء نفس الوظائف؛ من أجل تحقيق الاعتداد بها أي بحجيتها القانونية في الإثبات.

وفيما يتعلق بمسألة توافر الأمان القانوني واحتمالات انعدام الموثوقية أو انخفاضها في التوقيعات الإلكترونية، كان من الضروري وجود وسائل تقنية لحماية هذا التوقيع ضد كافة المخاطر التي قد يتعرض لها، من أهمها تقنية التشفير. كما يجري توثيق عقود التجارة الإلكترونية من خلال تأكيد التواقيع الإلكترونية بشهادات مصادقة إلكترونية بتدخل طرف ثالث يعمل كسلطة مصادقة، ونرى أن هذه التوقيعات ستكون آمنة أكثر من التوقيعات الخطية، حيث تؤمن حماية كافية لوحدة البيانات وتأكد عدم تغيرها أو تعديلها بأي شكل من الأشكال.

خلصنا كذلك إلى أن معظم صفقات التجارة الإلكترونية يتم سدادها عن طريق شبكة الانترنت وهو ما يسمى بالدفع الإلكتروني، ونظرا لاستعماله الواسع فإنه لم يسلم من المخاطر، لذلك لا بد أن يحظى هذا الدفع بالقبول العام، وأن يتم من خلال تقنيات مأمونة تحقق السرية لعملية الدفع من أجل زيادة الثقة لدى التجار والمستهلكين.

من جانب آخر أدى إبرام العقود التجارية عن بعد ودون الحضور المادي للمتعاقدين، ودون حدوث تفاوض كاف حول بنود العقد إلى ظهور العديد من المنازعات. وقد خلصنا إلى أن تسوية هذه المنازعات يفضل أن يتم بالوسائل البديلة، كالتحكيم الإلكتروني لكونه أكثر فعالية ويتم بأسلوب إلكتروني يتماشى وطبيعة المعاملات التي تتم عبر شبكات الاتصال.

وفيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، حددنا أن أهم ضوابط الإسناد التقليدية، هو ضابط سلطان الإرادة المقرر في كافة التشريعات، والذي يجيز لأطراف هذه العقود الاتفاق صراحة أو ضمنا على القانون الواجب التطبيق، وفي حالة عدم تحديده تلجأ المحاكم عادة إلى ضوابط الإسناد الاحتياطية.

وتقوم فكرة الأداء المميز على أساس تفريد معاملة العقود وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للالتزام الأساسي في العقد، ومكان الوفاء به وبما أن هذا الأداء ليس واحدا في كل العـــقود، فمن الطبـــيعي أن يختلف القـــانون الذي يحكم كل عقد على حدة.

توصلنا كذلك إلى أن نظام التجارة الإلكترونية هو نظام معلوماتي يستند إلى قاعدة بيانات مثل أي نظام معلوماتي آخر وبالتالي يتعرض لأي مخاطر تهدد النظم المعلوماتية. سواء تعلق الأمر بالجرائم التي تستهدف بيانات هذه التجارة كالدخول أو البقاء الغير المصرح به إلى أنظمة الحاسوب وكذا التلاعب بمعطيات أنظمة المعلومات للتجارة الإلكترونية، أو بشيوع الجريمة التقنية في مظهرها القديم والتي تستهدف بشكل مبـــاشر الأموال المتـــداولة في التـــجارة الإلكترونية، كجرائم السرقة والنصب وخيانة الأمانة.

والحديث عن الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية في جانبها المدني، يتعلق أساسا بحماية المستهلك كمتعامل بالتجارة في شكلها المستحدث، فخصوصية وسيلة إبرام العقود هي التي تميز المستهلك في نطاق التعاملات التجارية الإلكترونية عن المستهلك في نطاق التجارة التقليدية. ونتيجة لأسلوب الإعلان الإلكتروني المضلل، أو أسلوب التفاوض في العقود الإلكترونية الذي قد ينعدم في البعض منها مما يجعلها عقود إذعان؛ تبرز الحاجة إلى حماية المستهلك في هذا المجال، الأمر الذي تترجمه الضمانات الممنوحة لهذا الأخير سواء العامة منها، أو الخاصة والتي استحدثت لحماية المستهلك عند إبرامه للعقود في نطاق التجارة الإلكترونية أهمها الالتزام بالإعلام والحق في العدول عن التعاقد.

من جانب آخر ونظرا لأهمية الموقع الإلكتروني في الواقع العملي، فإن حمايته تمثل في نفس الوقت حماية للتجارة الإلكترونية، والتي تتقرر من خلال حمـــاية أهم عناصره العنوان الإلكتروني وأهـــم ما يتـــضمنه العلامة التجارية.

ونظرا لكثر اعتداء العنوان الإلكتروني على العلامة التجارية أو العكس فإنه في حال قيام مثل هذا الاعتداء فلأصحاب الحقوق المشروعة اللجوء إلى القضاء لرفع هذا الاعتداء عن طريق دعاوى قضائية عامة. إلا أنه وبهدف زيادة درجة الحماية للعلامات التجارية والعناوين الإلكترونية في الفضاء الإلكتروني، كرست جهود عديدة من قبل الناشطين في مجال تنظيم الانترنت وحماية حقوق الملكية الفكرية عبر الانترنت، والتي أفضت في النهاية إلى تبني نظام التسوية الودية بموجب القواعد الموحدة لتسوية المنازعات، كوسيلة حماية إضافية لتجنب سلبيات الحماية القضائية.

ولما كان تدعيم الثقة في التجارة الإلكترونية لن يتأتى من الحماية المدنية فقط، بل من تفعيل الحماية الجنائية كذلك. وكون التجارة الإلكترونية عبارة عن نظام معلوماتي فتطالها أيضا الجرائم المعلوماتية؛ في هذا السياق انتهينا إلى أن المشرع الجنائي لم ير في بادئ الأمر أي حاجة في إفراد الاعتداءات التي تطال النظم المعلوماتية بنصوص خاصة وتم الاكتفاء بالنصوص التقليدية. وقد حاول الفقه والقضاء تطويع هذه القواعد الكلاسيكية لنصوص القانون الجنائي لتطبيقها في مجال حماية المعلوماتية، لكن الواقع كشف عن ضرورة تدخل تشريعي خاص بإيجاد أنظمة قانونية جديدة تستوعب هذه الظواهر الحديثة؛ وهكذا اتجهت مختلف التشريعات في محاولة لسد الفراغ التشريعي إلى تجريم العديد من الأفعال الماسة بالنظم المعلوماتية. لكن هذا التجريم لا يحتوي جميع الجرائم التي قد تمس التجارة الإلكترونية، لذلك برزت الحاجة إلى إصدار قوانين وأنظمة فاعلة لمواجهة هته الجرائم واختلاف سبل الحماية الجنائية لها على مستوى خاص، من خلال تجريم أفعال الاعتداء على التجارة الإلكترونية ضمن القوانين المنظمة لها بشكل مستقل.

أما فيما يخص الحماية الإجرائية، خلصنا إلى أن المجال المعلوماتي اليوم أصبح يطرح ضرورة ملحة تدعو إلى استحداث وإعادة صياغة وتعديل مفاهيم وقواعد قانون الإجراءات الجزائية لتتماشى والتطورات التكنولوجية الحديثة. خاصة وأن الإجراءات الجنائية القائمة والمتبعة في ملاحقة مرتكبي جرائم المعلوماتية تثير الكثير من الصعوبات القانونية، بدءا من مرحلة الاستدلال وجمع الأدلة، حتى صدور الحكم الجنائي ولا سيما في ما يتعلق باكتشاف جرائم التجارة الإلكترونية من جهة، ومن جهة أخرى بإثبات الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت وصلاحية الدليل الرقمي للإثبات، ومدى شرعية الأدلة المتحصلة وقبولها لدى القاضي الجنائي.

كما أنه ونظرا لخطورة هذه الجرائم بات حتميا على الهيئات والمنظمات والمجالس الدولية أن تلعب دورا مهما في محاولة ترسيخ وجوب التعاون الدولي لمواجهة هذه الجرائم بهدف الحد من انتشارها وتعاظم آثارها؛ ومن أهم مظاهر هذا التعاون، المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين.

إضافة إلى ما تقدم، من المسلم به اليوم أن التجارة الإلكترونية العربية تشكل جانبا ضئيلا من إجمالي حجم التجارة الإلكترونية العالمية. وبالرغم من جود الكثير من الصعوبات أمام الدول العربية إلا أن هناك أمل كبير في تخطي هذه العقبات واللحاق بركب الدول الأخرى في هذا المجال، وعليه وفي سبيل النهوض بالتجارة الإلكترونية العربية ينبغي الاهتمام بما يلي:

حث الحكومات العربية على بذل قصارى جهدها، من أجل أن تسخر حجما كبيرا من إمكانياتها لتوفير بيئة عمل مناسبة لأنشطة التجارة الإلكترونية بشتى مستوياتها، مع دعم جميع الأنشطة ذات الصلة بهذا القطاع الجديد؛ شريطة توافقها مع الثوابت العالمية السائدة في هذا الميدان. وكذا دعم الخدمات التقنية مع الارتقاء بمقومات البنية التحتية للمعلوماتية، بالشكل الذي يضمن تحقيق ارتباط عولمي مع بقية شبكات المعلومات العربية والعالمية.

العمل على الارتقاء بالمستوى التشريعي فيما يخص المعاملات الإلكترونية عموما ومعاملات التجارة الإلكترونية خصوصا، وذلك إما بإصدار تشريعات مستقلة، أو بإدخال تعديلات تتناسب ومتطلبات العقود المبرمة باستخدام الوسائل المستحدثة. ذلك أن القول بعدم الضرورة والاكتفاء بما هو مقرر في القواعد العامة وجدناه لا يكفي في كثير من المفاهيم التي أدخلتها العقود التجارية المبرمة عبر الانترنت.

ضرورة الاهتمام بالمسائل القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية مثل سرية البيانات وتأمين نظم الدفع الإلكتروني وتسوية المنازعات والجرائم المعلوماتية، وكل هذه المسائل تصب بغير شك في تقوية النظام القانوني للتجارة الإلكترونية.

توفير البنية المالية والنقدية المناسبة لتسهيل عمليات الدفع الإلكتروني والتسويات الناجمة عن التعاملات في التجارة الإلكترونية، حيث يجب تطوير الخدمات المالية وتعزيز النظام الائتماني ودعم معايير التحويلات المالية، حتى يمكن تيسير التسويات للحسابات والمدفوعات الناجمة عن التجارة الإلكترونية.

وضع قواعد مشتركة بين الدول تكفل وحدة الحلول بالنسبة لمنازعات التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، أيا كانت الدولة التي يرفع النزاع أمامها.

ضرورة وضع نظام قانوني متكامل للتحكيم الإلكتروني، على أن يراعى فيه التوازنات المختلفة لمصالح الأفراد.

الدعوة للاهتمام التشريعي بحماية المستهلك الإلكتروني، بتخصيص نصوص ومواد قانونية تحميه في القوانين ذات الصلة، لكونه يمثل الحلقة الأضعف في ظل سلسلة العقود النموذجية المعدة سلفا التي لا تقبل المناقشة، وفي ظل تعدد أشكال الدعاية والإعلان على شبكة الانترنت التي أصبحت تشكل ضغطا وحثا على الشراء.

إصدار تشريعات خاصة بالجرائم المعلوماتية تشتمل في أحد جوانبها على جرائم الانترنت بشقيها الموضوعي والإجرائي.

إنشاء قضاء متخصص للنظر في جرائم التجارة الإلكترونية وجرائم الانترنت، وذلك لصعوبة كشفها وإثباتها والتحقيق فيها، واحتياجها لمعطيات خاصة لا تتوافر في القضاء العادي.

تعديل قواعد الإجراءات الجزائية بما يتوافق وخصوصية جرائم التجارة الإلكترونية.

تعزيز التعاون والتنسيق الدولي بين الدول العربية مع بعضها البعض، وبينها وبين باقي الدول خاصة في مجال المساعدة القضائية الدولية وتسليم المجرمين، والعمل علي دراسة ومتابعة المستجدات على الساحة العالمية خاصة فيما يتعلق بجرائم التجارة الإلكترونية عبر الانترنت.

الإسراع بالانضمام إلى الاتفاقيات الدولية الخاصة بمكافحة جرائم الانترنت، وخاصة المعاهدة الدولية لمكافحة جرائم المعلوماتية والإنترنت.

"تمت بحمد الله وفضله"

"وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين"

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

أ ــ الكتب والمؤلفات:

1. آمال قارة: الحمـــاية الجزائية للمعلوماتية في التشريع الجزائري، الطبعة الثانية، دار هومة، 2007.
2. د أبو العلا علي أبو العلا النمر: المشكلات العملية والقانونية في التجارة الإلكترونية، الطـــبعة الأولى دار أبو المجد، 2005.
3. د أحمد خليفة الملط: الجرائم المعلوماتية، الطبعة لثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
4. د أحمد شرف الدين: جهـــات الاختصـــاص القضائي بمنـــازعات التـــجارة الإلكترونية، النسر الذهبي للطباعة، 2003.
5. د أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الـــدولي الخاص النوعي: الإلكتروني، السياحي، البيئي، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، 2002.
6. د أسامة أبو الحسن مجاهد: الوســـيط في قانـــون المعاملات الإلكتـــرونية، دار النهـــضة العربية القاهرة، 2008.
7. د أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، 2000.
8. أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغبي، صايل فاضل الهواوشة: جرائم الحاسب الآلي والانترنت دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2001.
9. د أسامة أحمد بدر: حماية المســـتهلك في التعـــاقد الإلكـــتروني دراسة مقارنة، دار الجـــامعة الجديدة للنشر، 2005.
10. أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2006.
11. أمين فرج يوسف: التوقيع الالكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2008.
12. أيمن عبد الحفيظ: حماية بطـــاقات الدفـــع الإلكتروني، مطابع الشـــرطة للطباعة والنـــشر والتوزيع، 2007.
13. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، لجنة التأليف والتعريب النشر جامعة الكويت،2003.
14. إبراهيم المنجي: عقد نقل التكنولوجيا التنظيم القانوني لعقد نقل التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية الطبعة الأولى، منشأة المعارف، 2002.
15. د إبراهيم بختي: التجارة الالكترونية مفاهيم واستراتيجيات التطبيق في المؤسسة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005.

16. د إيهاب السنباطي: موسوعة الإطار القانوني للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007.
17. د تامر محمد سليمان الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت دراسة مقارنة، الطبعة الأولى بهجات للطباعة، 2009.
18. جلال عايد الشورة: وسائل الدفع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2008.
19. د جميل عبد الباقي الصغير: الانترنت والقانون الجنائي، دار النهضة العربية، القاهرة،2000.
20. د جميل عبد الباقي الصغير: أدلة الإثبات الجنائي والتكنولوجيا الحديثة، دار النهضة العربية القاهرة، 2002.
21. جهاد رضا الحباشنة: الحماية الجزائية لبطاقات الوفاء، الطبعة الأولى، دار الثقافة، 2008.
22. د حسين بن سعيد بن سيف الغافري: الجهود الدولية في مواجهة جرائم الإنترنت، دون دار نشر 2007.
23. د خالد مصطفى فهمي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، 2007.
24. د خالد ممدوح إبراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، 2008.
25. د خالد ممدوح إبراهيم: أمن الجريمة الإلكترونية، الدار الجامعية الإسكندرية، 2008.
26. د خالد ممدوح إبراهيم: حجية البريد الالكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي،2007.
27. د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008.
28. د خالد ممدوح إبراهيم: حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية دراسة مقارنة، الدار الجامعية 2007.
29. د خالد ممدوح إبراهيم: لوجستيات التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى ،دار الفكر العربي، 2008.
30. د خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2008.
31. رأفت رضوان: عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999.
32. سامح محمد عبد الحكم: الحماية الجنائية لبطاقات الائتمان جرائم بطاقات الدفع الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2003.
33. د سعيد عبد اللطيف حسن: إثبات جرائم الكمبيوتر والجرائم المرتكبة عبر الانترنت الجرائم الواقعة في مجال تكنولوجيا المعلومات، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
34. شافع بلعيد عاشور: العولمة التجارية والقانونية للتجارة الالكترونية، دار هومة، 2006.

35. د شريف محمد غنام: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2007.

36. د صابر عبد العزيز سلامة : العقد الإلكتروني، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.

37. د صالح المنزلاوي: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.

38. د طارق طه: التسويق بالانترنت والتجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، 2006 .

39. د طارق عبد العال: التجارة الالكترونية المفاهيم، التجارب، التحديات ،الأبعاد، التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية، الدار الجامعية، 2003.

40. د طاهر شوقي مؤمن: عقد البيع الإلكتروني بحث في التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2007.

41. د عاطف عبد الحميد حسن: التوقيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

42. د عاطف عبد الحميد حسن: وجود الرضا في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

43. عبد الحميد بسيوني: التجارة الإلكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع، 2003.

44. د عبد الفتاح بيومي حجازي: التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، 2006.

45. د عبد الفتاح بيومي حجازي: حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، 2006.

46. د عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، 2004.

47. د عبد الفتاح بيومي حجازي: مكافحة الجرائم الكمبيوتر والانترنت في القانون العربي النموذج الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2006.

48. د عبد الفتاح مراد: شرح جرائم الكمبيوتر والانترنت، دون جهة نشر، دون سنة نشر.

49. د عبد الله حسين علي محمود: سرقة المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي، الطبعة الأولى دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.

50. عصام رجب بيوض التميمي: التحكيم في المنازعات المتعلقة بالعلامات التجارية، دار النهضة العربية، 2008.

51. د عصام عبد الفتاح مطر: الحكومة الالكترونية بين النظرية والتطبيق، دار الجامعة الجديدة،2008.

52. د عطا عبد العاطي السنباطي: الإثبات في العقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2008.

53. د عفيفي كامل عفيفي: جرائم الكمبيوتر وحقوق المؤلف والمصنفات الفنية ودور الشرطة والقانون منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

54. د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية لبرامج الحاسب، دار الجامعة الجديدة للنشر، 1997.

55. علي كحلون: الجوانب القانونية لقنوات الاتصال الحديثة والتجارة الإلكترونية، دار إسهامات في أدبيات المؤسسة، تونس، 2002.

56. د عماد الحداد: التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الفاروق للنشر والتوزيع، 2004.

57. عمر حسن المومني: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الالكترونية، دار وائل للنشر، عمان،2003.

58. عمر بن يونس: منظمة تحديد الأسماء والأرقام عبر الانترنت (الأيكان)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2005.

59. د عمر خالد الزريقات: عقود التجارة الالكترونية: عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2007.

60. فاروق حسين: أمن الانترنت، دار الراتب الجامعية، بيروت، 1999.

61. فريد منعم جبور: حماية المستهلك عبر الانترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، 2010.

62. د قادة شهيدة: المسؤولية المدنية للمنتج دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديد، 2007.

63. د قدري عبد الفتاح الشهاوي: قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الالكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.

64. كيلاني عبد الراضي محمود: النظام القانوني لبطاقات الوفاء والضمان، دار النهضة العربية القاهرة، 1998.

65. د لورنس محمد عبيدات: إثبات المحرر الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2005.

66. د محمد السعيد رشدي: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة و مدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف بالإسكندرية، 2008.

67. د محمد المرسي زهرة: الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني الإثبات الإلكتروني المستهلك الإلكتروني الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، 2007.

68. د محمد مرسي الزهرة: الحاسب الإلكتروني والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

69. محمد أمين الرومي: التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2004.

70. محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، 2008.

71. محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

72. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: التحكيم بواسطة الانترنت، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، 2007.
73. محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية العقود الإلكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، القانون واجب التطبيق، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
74. د محمد حسين منصور: المسؤولية الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة،2007.
75. د محمد حماد مرهج الهيتي: جرائم الحاسوب ماهيتها موضوعها أهم صورها الصعوبات التي تواجهها، دراسة تحليلية، الطبعة الأولى، دار المناهج للطبع والتوزيع،2005.
76. د محمد حسام لطفي: عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
77. محمد حسن رفاعي العطار: البيع عبر شبكة الانترنت دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، 2007.
78. محمد خليفة: الحماية الجنائية لمعطيات الحاسب الآلي دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
79. د محمد سامي الشوا: ثورة المعلومات وانعكاساتها على قانون العقوبات، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 2003.
80. د محمد عبد الظاهر حسين: الاتجاهات الحديثة في حماية برامج الكمبيوتر المعلوماتية، دار النهضة لعربية، 2000.
81. د محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، 2006.
82. د محمود السيد عبد المعطي خيال: الانترنت وبعض الجوانب القانونية، دار النهضة القاهرة 1998.
83. محمود أحمد عبابنة: جرائم الحاسوب وأبعادها الدولية، دار الثقافة، 2005.
84. مختار محمود بربري: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دار النهضة القاهرة، 2000.
85. د مدحت رمضان: جرائم الاعتداء على الأشخاص والانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2002.
86. معادي أحمد مسعد الصوالحة: بطاقات الائتمان النظام القانوني وآليات الحماية الجنائية والأمنية الطبعة الأولى، دار الآفاق المغربية للنشر والتوزيع، 2008.
87. د معوان مصطفى: التجارة الإلكترونية ومكافحة الجريمة المعلوماتية، دار الكتاب الحديث،2007.
88. د منصور حسين إبراهيم: أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، 2006.

89. منير محمد الجنبيهي، محمود محمد الجنبيهي: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي دون سنة نشر.
90. منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي: قوانين الأونسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، 2006.
91. د نائلة عادل محمد فريد قورة: جرائم الحاسب الآلي الاقتصادية دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى منشورات الحلبي الحقوقية، 200.
92. نضال إسماعيل برهم: أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2005.
93. د هدى حامد قشقوش: الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية عبر الانترنت، دار النهضة العربية 2000.
94. د هشام محمد فريد رستم: الجوانب الإجرائية للجرائم المعلوماتية، مكتبة الآلات الحديثة أسيوط، 2004.
95. د هند محمد حامد: التجارة الإلكترونية في المجال السياحي، دون ناشر، 2003.

ب ــ الأطــروحات والرســائل:

1. أطروحات الدكتوراه:

1. إبراهيم أحمد سعيد الزمزمي: القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2007.
2. إيمان مأمون أحمد سليمان: الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 2006.
3. خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد: نظام بطاقات الدفع الإلكتروني من الناحية القانونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2006.
4. صليحة حاجي: الوفاء الرقمي عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية، جامعة محمد الأول وجدة، المغرب، 2006.
5. عمر خالد محمد الزريقات: عقد البيع عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001 .
6. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

7. محمد أحمد محمد نور جستنية: مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2005.
8. محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.
9. محمد سعيد أحمد إسماعيل: أساليب الحماية لمعاملات التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2005.
10. محمد عبد الرحمان الشمري: حماية العلامة التجارية في ضوء اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (التربس)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
11. مساعد زيد عبد الله المطيري: الحماية المدنية للمستهلك في القانونين المصري والكويتي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 2007.
12. مصطفى موسى حسين العطيات: التجارة الالكترونية الدولية وآثارها على استخدامات العلامات التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.

2. رســـــائل الماجـــستير:

1. أمين أعزان: الحماية القانونية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2003.
2. جرعود الياقوت: عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة الجزائر، 2002.
3. سماح صلاح الدين عطية بخيت: المشاكل الضريبية الناتجة عن صفقات التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير، كلية التجارة ،جامعة القاهرة 2007.
4. علي كين: النـــظام القانـــوني لبـــطاقات الائتـــمان، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2005 .
5. نجاة عباوي: جرائم المعلوماتية في التشريع الجزائي الجزائري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بشار، 2008.

ج ــ مقـــالات مداخـــلات وبحـــوث:

1. المـــقالات:

1. د أسامة بن غانم العبيدي: جرائم الحاسب الآلي والانترنت الصعوبات التي تعترض المكافحة، دورية الإدارة العامة، المجلد الثامن والأربعون، العدد الأول، معهد الإدارة العامة بالرياض، المملكة العربية السعودية، يناير 2008.
2. إدريس الفاخوري: حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، العدد الثالث، 2003.
3. د بودالي محمد: تطور حركة حماية المستهلك، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق بجامعة الجيلالي اليابس بسيدي بلعباس، عدد خاص، أبريل 2005.
4. د حسين عبده الماحي: نظرات قانونية في التـــجارة الإلكترونية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد رقم 31، سنة 2002.
5. رامي محمد علوان: المنازعات حول العلامات التجارية وأسماء مواقع الانترنت، مجلة الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني والعشرون، يناير، 2005.
6. شريف محمد غنام: حماية العلامات التجارية عبر الانترنت في علاقتها بالعنوان الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، السنة الثامنة والعشرون، سبتمبر 2004.
7. د عدنان إبراهيم سرحان: الوفاء (الدفع) الإلكتروني، مجلة الحقوق، المجلد الثالث، العدد الأول، جامعة البحرين، يناير 2006.
8. مباركة دنيا: الحماية القانونية لرضا مستهلكي السلع والخدمات، مجلة طنجيس، كلية العلوم القانونية جامعة عبد الملك السعدي، المغرب، العدد الثالث، 2003.
9. د محي الدين جمال: تنازع الاختصاص القضائي الدولي المواد 10 و11 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري، مجلة المفـــكر، كلـــية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد السادس 2011.
10. د مدحت رمضان: الحماية الجنائية لموقع التجارة الإلكترونية على الانترنت ومحتوياته، المجلس الأعلى للثقافة، 2003.
11. نبيل محمد أحمد صبيح: حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت العدد الثاني، السنة الثانية والثلاثون، يونيو 2008.

12. د نعيم دهمش، د ظاهر شاهر القشي: مخاطر العمليات المصرفية التي تتم من خلال القنوات الإلكترونية، مجلة البنوك، العدد الثاني، المجلد الثالث والعشرون، الأردن، آذار 2004.

2. المـــداخلات والبـــحوث:

1. الأزرق عبد الله، أحمد عمراني: نظام المعلوماتية في القانون الجزائري واقع وآفاق، مؤتمر البيئة المعلوماتية الآمنة المفاهيم والتشـــريعات والتطبيقات، جمعية المكتبات والمعلومات السعودية، الرياض 6 ــ7 أفريل، 2010.

2. د أحمد الهواري: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلد الرابع، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية في الشريعة والقانون، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المنعقد في 10 ــ 12 مايو 2003.

3. د أمجد حسان: الفيروسات إرهابا اهدد أنظـــمة المعـــلومات، ملتقى الإرهاب في العـــصر الرقمـــي، جامـــعة الحســـين بن طلال، عمان، 10 ــ 12 يوليو2008.

4. إيهاب ماهر السنباطي: الجرائم الإلكترونية الجرائم السيبيرية قضية جديدة أم فئة مختلفة التناغم القانوني هو السبيل الوحيد، الندوة الإقلـــيمية حول الجرائم المتصلة بالكمبيوتر، المملكة المغربية 19- 20 يونيو، 2007.

5. د ثروت عبد الحميد: مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الأول، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10_12 مايو 2003.

6. د خالد ممدوح إبراهيم: عقود التجارة الإلكترونية، ورقة عمل ضمن مؤتمر وورشة عمل التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات (الفرص والتحديات)، مركز العدالة للتحكيم والاستشارات القانونية 16ــ20 نوفمبر 2008.

7. سيناء عبد اله محسن: المواجهة التشريعية للجرائم المتـــصلة بالكمبيوتر في ضوء التشريعات الدولية والوطـــنية، النـــدوة الإقليمية حول الجرائم المتـــصلة بالكمبيوتر، الممـــلكة المغربية، 19-20 يونيو، 2007.

8. عبد الله الخشروم: الحق في التعويض الناشئ عن التعدي كوجه من وجوه الحماية المدنية للعلامات التجارية، بحث غير منشور، جامعة مؤتة، الأردن، 2003.

9. د عصام الدين القصبي: تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية المجلد الرابع، مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية في الشريعة والقانون، المنظم من طرف كلية الشريعة والقانون وغرفة تجارة وصناعة دبي، المنعقد في 10ــ 12 مايو 2003.

10. عصام حنفي محمود موسى: الطبيعة القانونية لبطاقات الائتمان، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الثاني كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 10_12 مايو، 2003.

11. د علي عبد القادر القهوجي: الحماية الجنائية للبيانات المعالجة إلكترونيا، المجلد الثاني، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أفريل 2003.

12. د غنام محمد غنام: عدم ملائـــمة القواعد التقليدية في قانون العقوبات لمكافحة جرائم الكمبيوتر مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، كلية الشريعة والقـــانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ماي 2000.

13. د محمد أبو العلا عقيدة: التحقـــيق وجمع الأدلة في مجال الجـــرائم الإلكترونية، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، دبي الإمارات العربية المتحدة، 26 ــ 28 أفريل 2003.

14. د محمد حسام محمود لطفي: المشكلات القانونية في مجال المعلوماتية، مؤتمر تحديات حماية الملكية الفكرية من منظور عربي ودولي الجمعية المصرية لحماية الملكية الصناعية والجمعية الدولية لحماية الملكية الصناعية، القاهرة، 21 ــ23 أكتوبر 1997.

15. د محمد رأفت عثمان: ماهية بطاقة الائتمان وأنواعها وطبيعتها القانونية وتمييزها عن غيرها، مؤتمر الأعمال المصـــرفية، المجلد الثاني،كلية الشريعة والقانون جامعة الإمـــارات العـــربية المتحدة،10_12 مايو، 2003.

16. د محمد زيدان: متطلبات أمـــن المعلومات المصرفية في بيئة الانترنت مؤتمر البيـــئة المعلوماتية الآمنة المفـــاهيم والتشريعات والتطبيقات، جمعية المكـــتبات و المعـــلومات السعودية، الرياض، 6 ــ7 أبريل 2010.

17. د موسى مسعود أرحومة: الإشكالات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، جامعة قاريونس، طرابلس ليبيا المنعقد في الفترة 28 ــ 29 أكتوبر 2009.

18. ناجي الزهراء: التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009.

19. د نبيل صلاح محمود العربي: الشيك الإلكتروني والنقود الرقمية، مؤتمر الأعمال المصرفية، المجلد الثاني، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة،10_12 مايو 2003.

20. د هشام محمد فريد رستم: الجرائم المعلوماتية أصول التحقيق الجنائي الفني، مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنت، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، كلية الشريعة والقانون جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد في الفترة ما بين 1 إلى 3 مايو 2000.

21. يونس عرب: التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية، مؤتمر ومعرض التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية، اتحاد المصارف العربية، عمان الأردن، 28 ــ 29 تشرين أول 2002.

ج ــ القوانين والأوامر والمراسيم:

1. القانون المدني الجزائري الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، الجريدة الرسمية المؤرخة في 1975/09/30 العدد 78.

2. القانون 03-15 المؤرخ في 27 جمادى الثانية 1424 الموافق 26 غشت 2003 يتعلق بالنقد والقرض، الجريدة الرسمية رقم 64 لسنة 2003.

3. القانون 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية الجريدة الرسمية العدد 41 لسنة 2004.

4. القانون رقم 04 - 15 مؤرخ في 27 رمضان عام 1425 الموافق 10 نوفمبر سنة 2004، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-155 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية رقم 71 لسنة 2004.

5. قانون رقم 05- 02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75 ــ 59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 11 لسنة 2005.

6. قانون رقم 05-02 مؤرخ في 27 ذي الحجة عام 1425 الموافق 6 فبراير سنة 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون التجاري، الجريدة الرسمية رقم 11 لسنة 2005.

7. القانون رقم 05-10 المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموافق 20 يونيو2005 يعدل ويتمم الأمر رقم 75ــ58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2005.

8. القانون رقم 08 - 09 مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية رقم 21 لسنة 2008.

9. القانون رقم 09 -03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 15 لسنة 2009.

10. القانون رقم 09-04 في 5 أوت 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية رقم 47 لسنة 2009.

11. الأمر رقم 03 -06 مؤرخ في 19 جمادى الأولى علم 1424 الموافق 19 يوليو سنة 2003 يتعلق بالعلامات، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2003.

12. الأمر رقم 97-10 المؤرخ في 27 شوال 1417 الموافق 06 مارس 1997 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية رقم 13 لسنة 1997.

13. الأمر 03-05 المؤرخ في 19 جمادى الأولى عام 1424 الموافق 2003/07/19 المتعلق بحق المؤلف والحقوق المجاورة، الجريدة الرسمية رقم 44 لسنة 2003.

14. المرسوم التنفيذي 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، المعدل بموجب مرسوم تنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر سنة 2000، الجريدة الرسمية رقم 63 لسنة 1998.

15. المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 16 رجب عام 1421 الموافق 14 أكتوبر سنة2000 يعدل المرسوم التنفيذي 98 -257 المؤرخ ففي 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الانترنت واستغلالها، الجريدة الرسمية رقم 60 لسنة 2000.

16. القانون رقم 2000 ــ 3 المؤرخ 22 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 25 غشت سنة 2000 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم 48 لسنة 2000.

17. المرسوم التنفيذي رقم 1 ــ 123 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001 يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم 27 لسنة 2001.

18. المرسوم التنفيذي رقم 1 ــ 124 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001 يتضمن تحديد الإجراء المطبق على المزايدة بإعلان المنافسة من أجل منح رخص في مجال المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم 27 لسنة 2001.

19. المرسوم التنفيذي رقم 2 ــ 141 مؤرخ في 03 صفر عام 1423 الموافق 16 أبريل سنة 2002، يحدد القواعد التي يطبقها متعاملو الشبكات العمومية للمواصلات السلكية واللاسلكية من أجل تحديد تعريفة الخدمات المقدمة للجمهور، الجريدة الرسمية رقم 28 لسنة 2002.

20. المرسوم التنفيذي رقم 7 ــ 162 مؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1428 الموافق 30 مايو سنة 2007، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 1 ــ 123 مؤرخ في 15 صفر عام 1422 الموافق 9 مايو سنة 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية رقم 37 لسنة 2007.

21. المرسوم التنفيذي رقم 06 ــ 306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006 ويحدد العناصر الأساسية في للعقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية، الجريدة الرسمية رقم 56 لسنة 2006.

ثانيا: المراجع باللغة الفرنسية

• *Ouvrages :*

1. **Alain BENSOUSSAN:** Le commerce électronique: aspects juridiques Editions Hermès, Paris, 1998.

2. **Alain BENSOUSSAN:** Informatique Télécoms Internet, Editions Francis Lefebvre, 2001.

3. **André LUCAS**, **Jean DEVEZ**, **Jean FRAYSSINET:** Droit de l'informatique et de l'Internet, PUF, 2001.

4. **Annie Krieger-Krynicki:** L'Organisation mondiale du commerce Structures juridiques et politiques de négociation, **Vuibert,** Paris, 2005.

5. **Christian CONGIU:** La correspondance par mail, **Editions De Vecchi** Paris, 2005.

6. **Christiane FÉRAL-SCHUHL:** Cyber droit, le droit a l'épreuve de l'Internet, **Dalloz**, Paris, 2001.

7. **Didier GOBERT, Etienne MONTERO, Priscilla DE LOCHT et al:** Le commerce électronique européen sur les rails ? Analyse et propositions de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit numéro 19, Bruxelles, Bruylant 2001.

8. **Eric CAPRIOLI:** Droit international de l'économie numérique, 2ème édition, Litec, 2007.

9. **Eric CAPRIOLI:** Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, Litec, 2005.

10. **Fayçal BEN AMOR:** Les Clés du commerce électronique, Editions C.L.E, Tunis, 2001.

11. **Florence MAS:** La conclusion des contrats du commerce électronique Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 2005.

12. **Frédéric HUET:** La fiscalité du commerce électronique, Litec, 2000.

13. **Frédéric- Jérôme PANSIER, Emmanuel JEZ:** Initiation a l'Internet juridique, Litec, 2ème édition, 2000.

14. **Gilles FOUCHARD:** E-commerce : dotcorps & dotcoms, La stratégie gagnante, Osman Eyrolles Multimédia (O.E.M), 2001.

15. **Guy HERVIER**: Le commerce électronique, vendre en ligne et optimiser ses achats, Editions d'Organisation, Paris, 2001.

16. **Jaque FARANEL:** Le droit des noms de domaine sur l'Internet Editions Eyrolles, 2005.

17. **Jean-François BOURQUE, Éric LABBÉ, Daniel POULIN, François JACQUOT:** Guide juridique du commerçant électronique, Montréal Thémis, 2001.

18. **Jérôme HUET, Stefanie Val MACHINO:** Réflexion sur l'arbitrage électronique dans le commerce international, Gazette du Palais, 2000.

19. **Lionel BOCHORBERG :** Internet et commerce électronique, Delmas paris, 2001.

20. **Magda FUSARO:** Commerce électronique, comment créer la confiance? de la théorie a la pratique, **Isabelle Quentin**, Montréal, 2002.

21. **Marie DEMOULIN, Etienne MONTERO, Didier GOBERT:** Commerce électronique de la théorie à la pratique, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, numéro 23, Bruxelles, Bruylant 2001.

22. **Marie-Christine JANSSENS, Alexandre CRUQUENAIRE Emmanuel CORNU et al:** La protection des marques sur internet, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, Bruxelles, Bruylant, 2007.

23. **Michelle JEAN-BAPTISTE:** Créer et exploiter un commerce électronique, Editions Litec, 1998.

24. **Michel VIVANT:** Les contrats du commerce électronique, Litec, Paris 1999.

25. **Mohamed Diyaa TOUMLILT:** Le commerce électronique au Maroc : Aspect juridique, Editions Maghrébines, 2008.

26. **Mohammed BEDHRI:** Le commerce électronique: quelles perspectives au Maroc ?, El Joussour, 2001.

27. **Norredine BENACEUR:** Le commerce électronique et la promotion des échanges extérieurs, **El Maârif** Al Jadida, 2003.

28. **Patrick THIEFFRY:** Commerce électronique droit international et européen, Litec, Paris, 2002.

29. **Philippe LE TOURNEAU:** Contrats informatiques et électroniques Dalloz, 2006.

30. **Pierre BREESE, Gautier KAUFMAN:** Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique, Vuibert, Paris, 2000.

31. **Pierre REBOUL, Dominique XARDEL :** Commerce électronique techniques et enjeux, Eyrolles, Paris, 1997

32. **Quentin VAN DAELE, Yves POULLET, Anne SALAUN et al:** Commerce électronique - Le temps des certitudes, Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit, numéro 17, Bruxelles, Bruylant, 2001.

33. **Thibaut VERBIEST**: La protection juridique du cyber-consommateur Litec, 2002.

34. **Thomas SCHULTZ:** Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, Une approche critique ,Bruylant, 2005.

35. **Ugo DRAETTA:** Internet et commerce électronique en droit international des affaires, Bruxelles, **Bruylant**, 2003.

36. **Xavier Linant de BELLEFONDS :** Le droit du commerce électronique 1ère **édition**, Presses Universitaires de France, 2005.

• *Thèses:*

1. **Marine NAIMI-CHARBONNIER :** La formation et exécution du contrat électronique, Thèse, Paris II (Panthéon-Assas), 2003.

2. **Zahi YOUNES :** L'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, Thèse, Paris I, 2000.

• *Congrès:*

1. **Andrés MONCAYO VON HASE:** Les litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage, obstacles juridiques et enjeux, Actes du colloque international « Droit de l'internet Approches européennes et internationales» organisé par l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne. le Ministère de la Justice, le 19-20 novembre 2001.

2. **Arnaud RAYNOUARD:** La formation du contrat électronique Journées nationales « Le contrat électronique »,Travaux de l'Association Henri Capitant, Toulouse 2000, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002.

3. **Isabelle DE LAMBERTERIE:** Multiplicité des contrats électronique conférence « Le contrat électronique », organisée par le Programme international de coopération scientifique, Montréal, 19 décembre 2003.

4. **Jacques LARRIEU:** Les contrats spéciaux des réseaux numériques Journées nationales « Le contrat électronique »,Travaux de l'Association Henri Capitant, Toulouse 2000, Editions Panthéon Assas, Paris, 2002.

5. **Jérôme HUET:** La problématique juridique du commerce électronique Colloque « **Droit et Commerce** », Deauville, 2000.

6. **Michel VAN HUFFEL:** La régulation et l'e-commerce l'évolution du droit européen et les bonnes pratiques dans les états membres de l'Union, Actes du colloque « Formes et Institutions de régulation dans l'espace euro-méditerranéen », organisé le 15 et 16 avril 2005, par le centre de droit des obligations et des contrats, Faculté de droit –Fès, Maroc, 2005.

- ***Articles:***

1. **Abdelhamid EL AHDAB:** La nouvelle loi Jordanienne sur l'Arbitrage Revue de **l'Arbitrage**, numéro 2, 2002.

2. **Abdellatif ABDELJAOUAD:** La cryptologie au service du commerce électronique, **Revue** de la **jurisprudence** et de la **législation,** numéro2 **Tunis,** 2000.

3. **Adel BRAHMI:** La conclusion du contrat par voie électronique, Revue de la **jurisprudence** et de la **législation,** numéro2, 2000.

4. **Beatrice FRAENKEL, David PONTILLE :** L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique approche pragmatique, Revue Langage et Société, Maison des sciences de l'homme, numéro 104 2003.

5. **Dhouha ATALLAH KADDOUR:** Commerce électronique et fuite devant l'obligation fiscale, Revue Tunisienne de Droit, Centre de Publication Universitaire, 2004.

6. **Eric CAPRIOLI:** Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du "Cyber Tribunal", Revue de l'arbitrage, numéro 2, 1999.

7. **Hafedh LAABIDI:** L'offre et l'acceptation dans les contrats de commerce électronique, Revue de la jurisprudence et de la législation numéro 9, **Tunis,** 2002.

8. **Jaque FARANEL** : La protection des signes distinctifs sur Internet, Revue des marques, numéro 66, juillet 2004.

9. **Karim SEFFAR , Karim BENYEKHLEF:** Commerce électronique et normativités alternatives, Revue de droit et technologie de l'Université d'Ottawa, volume 3, numéro 353, 2006.

10. **Lionel COSTES:** Transaction en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Lamy droit de l'informatique, numéro 97, 1997.

11. **Louis A LEFEBRE, Elisabeth LEFEBRE:** Commerce électronique et entreprises virtuelles: défis et enjeux, Revue International de Gestion volume 24, numéro 3,1999.

12. **Olivier THIBAUD:** Commerce électronique et places de marché de quoi parlons-nous, LE MOCI, numéro 1499, 2001.

13. **Richard MILCHIR:** Marques et Nom de domaine de quelques problèmes actuels, Lamy Droit commercial, numéro 135, 2000.

14. **Samia BEN ISMAIL KAMOUN:** La formation du contrat de vente électronique et le droit commun des contrats, Revue Tunisienne de Droit Centre de Publication Universitaire, 2004.

الفهرس

الفهرس

المقدمة ..... 1 - 13

الفصل التمهيدي: ماهية التجارة الإلكترونية

المبـــحث الأول: مفهوم التجارة الإلكترونية..... 16

المطلب الأول: البنية التكنولوجية للتجارة الإلكترونية..... 17

الفرع الأول: مفهوم نشأة والمتطلبات الفنية لشبكة الانترنت..... 17

أولا: مفهوم ونشأة شبكة الانترنت..... 17

ثانيا: المتطلبات الفـــنية للشـــبكة..... 22

الفرع الثاني: خدمات خصائص وتنظيم شبكة الانترنت..... 27

أولا: خدمات الانترنت..... 27

ثانيا: خصائص الانترنت وكيفية تنظيمه..... 31

المطلب الثاني: التعريف العام للتجارة الإلكترونية..... 33

الفرع الأول: تعريف الفقه والتشريع للتجارة الإلكترونية..... 33

أولا: تعريف الفقه للتجارة الإلكترونية..... 33

ثانيا: تعريف التشريع للتجارة الإلكترونية 37

الفرع الثاني: الأشكال والخصائص المميزة للتجارة الإلكترونية..... 39

أولا: أشكال وتطبيقات التجارة الإلكترونية..... 39

ثانيا: خصائص وسمات التجارة الإلكترونية..... 42

المبـــحث الثاني: تنظيم التجارة الإلكترونية..... 44

المطلب الأول: التنظيم الدولي والإقليمي للتجارة الإلكترونية..... 45

الفرع الأول: المؤسسات الدولية المنظمة للتجارة الإلكترونية..... 45

أولا: لجنة الأمم المتحدة..... 45

ثانيا: المنظمة العالمية للتجارة..... 53

ثالثا: منـــظمة التـــعاون الاقـــتصادي والتنـــمية والمنظمة العالميـــة لحقوق الملكية الفكرية..... 54

الفرع الثاني: المؤسسات الإقليمية المنظمة للتجارة الإلكترونية..... 56

أولا: الاتحاد الأوروبي..... 56

ثانيا: منظمة التعاون الآسيوية لمنطقة الباسيفيك..... 58

ثالثا: غرفة التجارة الدولية كهيئة متخصصة..... 59

المطلب الثاني: التنظيم الوطني أو المحلي للتجارة الإلكترونية..... 60
الفرع الأول: تنظيم التشريعات المقارنة للتجارة الإلكترونية..... 60
أولا: القانون الفرنسي..... 61
ثانيا: القانون الانجليزي..... 63
ثالثا: قانون الولايات المتحدة الأمريكية..... 65
الفرع الثاني: تنظيم التشريعات العربية للتجارة الإلكترونية..... 66
أولا: القانون التونسي..... 66
ثانيا: قانون إمارة دبي..... 68
ثالثا: القانون الجزائري..... 69

الباب الأول: المسائل القانونية للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول:المسائل المدنية للتجارة الإلكترونية

المبـــحث الأول: ضمان معاملات التجارة الإلكترونية..... 76
المطلب الأول: موثوقية عقد التجارة الإلكتروني..... 77
الفرع الأول: إبرام عقد التجارة الإلكترونية..... 77
أولا: مفهوم العقد الإلكتروني..... 78
ثانيا: التراضي في العقد الإلكتروني..... 83
ثالثا: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني..... 88
الفرع الثاني: إثبات عقد التجارة الإلكترونية..... 91
أولا: الكتابة الإلكترونية..... 91
ثانيا:التوقيع الإلكتروني..... 95
الفرع الثالث: الأمان القانوني لعقد التجارة الإلكترونية..... 100
أولا: تقنية التشفير..... 100
ثانيا:التصديق الإلكتروني..... 102
المطلب الثاني: موثوقية نظم الدفع الإلكتروني..... 105
الفرع الأول: وسائل الدفع الإلكتروني..... 105
أولا: وسائل الدفع الإلكتروني التقليدية..... 106
ثانيا: وسائل الدفع الإلكتروني المستحدثة..... 110
الفرع الثاني: الإطار القانوني للدفع الإلكتروني..... 114
أولا: الطبيعة القانونية للدفع الإلكتروني..... 114

ثانيا: الخصائص المميزة للدفع الإلكتروني..... 118
الفرع الثالث: مخاطر نظم الدفع الإلكتروني..... 120
أولا: تعدد مخاطر نظم الدفع الإلكتروني..... 120
ثانيا: الحلول القائمة للحد من المخاطر..... 123
المبـــحث الثاني: تسوية منازعات التجارة الإلكترونية..... 125
المطلب الأول: الجهات المختصة بالنظر في منازعات عقود التجارة الإلكترونية..... 126
الفرع الأول: اختصاص المحاكم بمنازعات التجارة الإلكترونية..... 126
أولا: تطويع ضوابط الاختصاص القضائي التقليدية..... 127
ثانيا: الحلول المقترحة من التنظيمات الإقليمية..... 132
الفرع الثاني: التحكيم الإلكتروني كوسيلة بديلة لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية..... 135
أولا: ماهية التحكيم الإلكتروني..... 135
ثانيا: آلية التحكيم الإلكتروني..... 140
المطلب الثاني: القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية..... 145
الفرع الأول: تطبيق قواعد الإسناد الشخصية على عقود التجارة الإلكترونية..... 145
أولا:إعمال مبدأ قانون الإرادة في مجال عقود التجارة الإلكترونية..... 146
ثانيا: كيفية اختيار الأطراف لقانون عقد التجارة الإلكترونية..... 151
الفرع الثاني: تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية على عقود التجارة الإلكترونية..... 155
أولا: الإسناد الجامد للرابطة العقدية..... 155
ثانيا: الإسناد المرن للرابطة التعاقدية..... 159
الفصل الثاني: المسائل الجنائية للتجارة الإلكترونية
المبـــحث الأول: جرائم الإضرار ببيانات التجارة الإلكترونية..... 167
المطلب الأول: جريمة الدخول والبقاء غير المصرح بهما إلى النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية 168
الفرع الأول: الركـــن المادي..... 169
أولا: السلوك الإجرامي..... 169
ثانيا: محل الدخول والبقاء غير المصرح به..... 175
الفرع الثاني: الركـــن المعنوي..... 177
أولا: القصد الجنائي العام..... 178
ثانيا: القصد الجنائي الخاص..... 181
المطلب الثاني: جريمة التلاعب بمعطيات النظام المعلوماتي للتجارة الإلكترونية..... 184

الفرع الأول: الركـــن المادي..... 185
أولا: السلوك الإجرامي..... 185
ثانيا: أشكال المعطيات المعرضة للاعتداء..... 191
الفرع الثاني: الركـــن المعنوي..... 195
أولا: القصد الجنائي العام..... 195
ثانيا: القصد الجنائي الخاص..... 196
المبـــحث الثاني: جرائم الإضرار بأموال التجارة الإلكترونية..... 199
المطلب الأول: جريمة السرقة المعلوماتية..... 200
الفرع الأول: أركان جريمة السرقة المعلوماتية..... 201
أولا: محل السرقة المعلوماتية..... 205
ثانيا: النشاط المادي في جريمة السرقة المعلوماتية..... 206
ثالثا: الركن المعنوي لجريمة السرقة المعلوماتية..... 208
الفرع الثاني: تطبيقات السرقة المعلوماتية في مجال التجارة الإلكترونية..... 209
أولا: تجاوز حامل البطاقة الائتمانية لرصيده في البنك..... 209
ثانيا: اصطناع أو تقليد بطاقات الائتمان..... 213
المطلب الثاني: جريمة النصب المعلوماتي..... 214
الفرع الأول: الركن المادي لجريمة النصب المعلوماتي..... 215
أولا: محل النصب في المعلوماتية..... 215
ثانيا: فعل الاحتيال في المعلوماتية..... 215
الفرع الثاني: الركـــن المعنوي لجريمة النصب المعلوماتي..... 224
أولا: القصد الجنائي العام..... 225
ثانيا: القصد الجنائي الخاص..... 225
المطلب الثالث: جريمة خيانة الأمانة في مجال المعلوماتية..... 226
الفرع الأول: الركن المادي لجريمة خيانة في مجال المعلوماتية..... 227
أولا: محل خيانة الأمانة المعلوماتية..... 228
ثانيا: صور الفعل الإجرامي لخيانة الأمانة المعلوماتية..... 230
الفرع الثاني: الركن المعنوي لجريمة خيانة في مجال المعلوماتية..... 232
أولا: القصد الجنائي العام..... 233
ثانيا: القصد الجنائي الخاص..... 233

الباب الأول: الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية

الفصل الأول:الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية

المبـــحث الأول: حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية..... 238

المطلب الأول: مقتضيات الحماية الخاصة للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية..... 239

الفرع الأول: المفهوم العام لحماية المستهلك الإلكتروني..... 239

أولا: مفهوم المستهلك الإلكتروني..... 239

ثانيا: مفهوم حماية المستهلك الإلكتروني..... 244

الفرع الثاني: إشكالات عقود الاستهلاك الإلكترونية..... 247

أولا: الإشكالات المطروحة في المرحلة السابقة على التعاقد..... 247

ثانيا: الإشكالات المطروحة عند إبرام العقد الإلكتروني..... 252

المطلب الثاني: ضمانات حماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية..... 257

الفرع الأول: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الضمانات العامة أو التقليدية..... 257

أولا: حماية المستهلك الإلكتروني عن طريق ضمان العيوب الخفية..... 258

ثانيا: حماية المستهلك الإلكتروني عن طريق ضمان التعرض والاستحقاق..... 263

الفرع الثاني: حماية المستهلك الإلكتروني من خلال الضمانات الخاصة أو المستحدثة..... 266

أولا: الحق في الإعلام أو الالتزام بتبصير المستهلك الإلكتروني..... 266

ثانيا: حق المستهلك الإلكتروني في العدول أو الرجوع عن التعاقد..... 276

المبـــحث الثاني: حماية الموقع الإلكتروني للتجارة الإلكترونية..... 282

المطلب الأول: ماهية العنوان الإلكتروني والعلامة التجارية محل الحماية..... 283

الفرع الأول: ماهية العنوان الإلكتروني 283

أولا: تعريف أنواع وخصائص عناوين المواقع الإلكترونية..... 284

ثانيا: الطبيعة القانونية لعناوين المواقع الإلكترونية..... 290

الفرع الثاني: ماهية العلامة التجارية..... 292

أولا: تعريف أنواع وشروط تسجيل العلامات التجارية..... 293

ثانيا: التسجيل الإلكتروني للعلامات التجارية..... 298

المطلب الثاني: حماية العلامة التجارية في علاقتها بالعنوان الإلكتروني..... 300

الفرع الأول: التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية..... 300

أولا: أسباب التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني..... 301

ثانيا: صور التنازع ما بين العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني..... 305
الفرع الثاني: مظاهر حماية العلامة التجارية والعنوان الإلكتروني في معاملات التجارة الإلكترونية..... 310
أولا: الحماية عن طريق التسوية القضائية من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة..... 310
ثانيا: الحماية عن طريق التسوية الودية من خلال القواعد الموحدة لتسوية المنازعات..... 316

الفصل الثاني:الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية

المبـــحث الأول: المعالجة الموضوعية لجرائم التجارة الإلكترونية..... 327
المطلب الأول: الحماية من خلال القواعد العامة في القوانين العقابية القائمة..... 328
الفرع الأول: المبررات القانونية لإقرار فكرة الحماية الجنائية..... 329
أولا: استقرار مبدأ الشرعية في التشريعات العقابية..... 329
ثانيا: قصور الجزاءات الجنائية التي تقررها التشريعات المدنية ذات الصلة..... 323
الفرع الثاني: الموقف التشريعي في موضع النص عن الحماية الجنائية للنظم المعلوماتية..... 336
أولا: خطة التشريعات المختلفة في مواجهة الجرائم المعلوماتية..... 337
ثانيا: بعض التطبيقات للتشريعات الجنائية التي نظمت الجريمة المعلوماتية..... 340
المطلب الثاني: الحماية من خلال القواعد الخاصة في القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية..... 349
الفرع الأول: الحماية الجنائية الخاصة لبيانات التجارة الإلكترونية..... 350
أولا: تجريم التعامل في بيانات التجارة الإلكترونية بدون ترخيص..... 350
ثانيا: تجريم انتهاك سرية وخصوصية البيانات في نطاق التجارة الإلكترونية..... 353
ثالثا: تجريم التصريح عمدا بمعطيات خاطئة فيما يتعلق ببيانات التجارة الإلكترونية..... 356
الفرع الثاني: الحماية الجنائية الخاصة لمضمون التجارة الإلكترونية..... 358
أولا: تجريم فض مفاتيح التشفير التي تتعلق بالتوقيع الإلكتروني..... 358
ثانيا: تجريم استغلال المتعامل في البيع الإلكتروني..... 360
المبـــحث الثاني: المعالجة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية..... 362
المطلب الأول: التحديات الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية..... 363
الفرع الأول: دور قانون الإجراءات الجزائية في مواجهة جرائم التجارة الإلكترونية..... 363
أولا: تقنية المعلومات وانعكاساتها على قانون الإجراءات الجزائية..... 364
ثانيا: حتمية الإصلاحات الحديثة فيما يتعلق بالتشريعات الإجرائية..... 365
الفرع الثاني: الصعوبات التي تعترض فعالية المواجهة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية..... 367
أولا: صعوبة اكتشاف جرائم التجارة الإلكترونية..... 368
ثانيا: صعوبة إثبات جرائم التجارة الإلكترونية..... 372

المطلب الثاني: آليات المكافحة الإجرائية لجرائم التجارة الإلكترونية..... 374
الفرع الأول: مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية على المستوى الداخلي..... 374
أولا: على مستوى الدول الأجنبية..... 375
ثانيا: على مستوى الدول العربية..... 377
الفرع الثاني: مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي..... 381
أولا: الأجهزة ذات الطابع الدولي المختصة بمكافحة جرائم التجارة الإلكترونية..... 381
ثانيا: مظاهر التعاون الدولي في مجال مكافحة جرائم التجارة الإلكترونية..... 383
الخاتمة..... 389
قائمة المراجع..... 395
الفهـــــرس..... 415