الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
فرقة بحث PRFU "المعلوماتية والتنمية"

أعمال الملتقى الدولي الافتراضي حول

العقود الإلكترونية بين القيود القانونية ومقتضيات العولمة

يوم 18 ماي 2021

الجزء الأول

تنسيق:
د/ قارة مولود

العقود الإلكترونية بين القيود القانونية ومقتضيات العولمة

تنسيق: د/ قارة مولود

منشورات فرقة بحث PRFU "المعلوماتية والتنمية"
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة المسيلة

ISBN: 978-9931-9773-1-5

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
فرقة بحث (PRFU) "المعلوماتية والتنمية"

أعمال الملتقى الدولي الافتراضي حول

"العقود الإلكترونية بين القيود القانونية ومقتضيات العولمة"

يوم 18 ماي 2021

الجزء الأول

برئاسة الدكتور: قارة مولود

1943هـ-2021م

"العقود الإلكترونية بين القيود القانونية ومقتضيات العولمة"

الجزء الأول

برئاسة الدكتور: قارة مولود

رئيس فرقة البحث (PRFU) المعلوماتية والتنمية

لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة

رقم الإيداع: 978-9931-9773-1-5

العنوان: كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة المسيلة

الهاتف: 06. 89. 84. 550 (213+)

تقديم رئيس المشروع

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله

وبعد:

تشرفت كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة المسيلة بنشر دراسات قانونية حول "العقود الإلكترونية بين القيود القانونية ومقتضيات العولمة"، من تنظيم فرقة البحث المعلوماتية والتنمية، وقد تشرفنا بمساهمات السيدات والسادة من الأساتذة الباحثين وطلبة الدكتوراه من خلال أعمالهم القيمة.

كما أثمن الدعم الكبير من طرف مدير الجامعة السيد البروفيسور كمال بداري، والعميد الدكتور خضري حمزة والدكتور صغير بيرم عبد المجيد والدكتور بوخرص عبد العزيز وكافة الزملاء الأفاضل، على رأسهم الدكتور فواز لجلط والدكتور والي عبد اللطيف.

والشكر موصول إلى جميع الأساتذة والباحثين الذين شاركونا هذا العمل.

.

د. قارة مولود

كلمة عميد كلية الحقوق والعلوم السياسية

باسمي الخاص ونيابة عن مدير جامعة المسيلة البروفيسور كمال بداري وعن كافة أساتذة كلية الحقوق، تضيف كلية الحقوق لبنة جديدة في اسهاماتها العلمية والأكاديمية، بصدور هذه المسطرة الاجرائية الموسومة بـ"العقود الإلكترونية بين القيود القانونية ومقتضيات العولمة" تحت إشراف الدكتور قارة مولود رئيس فرقة البحث المعلوماتية والتنمية.

إن كلية الحقوق تحرص دوما على تحقيق أهدافها بالحرص على جودة التكوين ووسائل تحقيقها، وهي بهذا المؤلف الفكري الجديد تضيف للمكتبة الجزائرية مؤلفا جديدا نأمل أن يكون دعما للدراسات والأبحاث ذات الصلة.

أشكر الأساتذة الباحثين وطلبة الدكتوراه الذين ساهموا في إنجاز هذا المشروع.

والله الموفق.

أعضاء اللجنة العلمية (قراءة وتحكيم):

الاسم والجامعة	الاسم والجامعة
أ.د. وفاء شيعاوي (جامعة الجزائر)	أ د. نادية ضريفي (جامعة المسيلة)
أد بركات محمد (جامعة المسيلة)	أد بقة عبد الحفيظ (جامعة المسيلة)
أ.د حاج عزام سليمان	أ.د بلمامي عمر (جامعة سطيف2)
د. عطوي خالد (جامعة المسيلة)	د. فواز لجلط (جامعة المسيلة)
د.سامي حمدان الرواشدة (جامعة قطر)	د. فاتن حوى (جامعة قطر)
د. محمد كمال شرف الدين (جامعة المنار تونس)	صبري محمد السنوسي جامعة القاهرة
أ.د حمد العمران (جامعة الملك سعود)	د.عديلي عبد الصمد (جامعة تلمسان).
د.بن حليمة ليلي (جامعة المسيلة)	د.مسعودي هشام (جامعة المسيلة)
ا.د غرابي أحمد	د. فتيحة خالدي (جامعة البويرة)
د.كباهم سلطانة (جامعة باتنة)	د.حبيبة عبدلي(جامعة خنشلة)
د. كوثر مزهود (جامعة مستغانم)	د. نوال إيران (جامعة تيبازة)
د. حسين العيساوي (جامعة المسيلة)	د.هارون أروان (جامعة المدية)
د.بن عمير جمال الدين (جامعة المسيلة)	د.زبدة نور الدين
د. هجيرة تومي (جامعة خميس مليانة)	د. فتيحة خالدي (جامعة البويرة)
د.عجابي الياس (جامعة المسيلة)	د. بشير سليم (جامعة باتنة1)
د. سليم بودليو (جامعة قسنطينة2)	د. دليلة معزوز (جامعة البويرة)
د. حمزة بوخروبة (جامعة المسيلة)	د. العمرية بوقرة (جامعة المسيلة)
د. بوعون نضال (جامعة قسنطينة)	د. بوخرض عبد العزيز (جامعة المسيلة)
د. دحية عبد اللطيف جامعة المسيلة)	د. صغير بيرم عبد المجدي (جامعة المسيلة)
د. فريجة هشام (جامعة المسيلة)	د. داود كمال (جامعة المسيلة)
د. نور الإسلام قدور فرقاني(تيبازة)	د. جميلة بلعيد (جامعة المسيلة)
د. حميدوش آسيا (جامعة المسيلة)	د. حمادي محمد رضا(جامعة المسيلة)
د. زايدي آمال (جامعة سطيف)	د. هلاتالي أحمد (جامعة المسيلة)
د.عنان جمال الدين (جامعة المسيلة)	د زرواق نصير (جامعة المسيلة.
د. نادية حميدة (جامعة مستغانم)	د. حاجة وافي (جامعة مستغانم)
د.حسين بوثلجة (جامعة بومرداس)	د. كمال فراحتية (جامعة المسيلة)

إشكالية الملتقى:

تطورت المنظومة التجارية بداية من التسعينيات بدخول وسائل اتصال حديثة في مجال المال والأعمال التي قضت تماما على عنصر الوقت و المسافة، و أدت إلى تخطي الحدود التي تفصل بين دولة و أخرى و اختفت معها الحدود الجغرافية، وأصبح البائع و المشتري لا يحتاجان إلى الوسائل التقليدية التي تحكم مجلس العقد. وشملت المعاملات الالكترونية كل الأنشطة التجارية وامتدت إلى قطاع الخدمات كالتي تقدمها المؤسسات المالية وشركات التأمين والشركات السياحية، وبيع وشراء السيارات ...ألخ، وهذا ما أصبح يعرف فيما بعد بالتعاقد الالكتروني الذي كان في صيغته الأولى عبارة عن تعاقد بين غائبين حسب الفقه والقضاء الفرنسيين، لتظهر أول ملامح تشريعية له بصدور التوجيه الأوربي بتاريخ:1997/05/20 للتعاقد عن بعد، ليحذو حذوه المشرع الفرنسي سنة 2001 بموجب المرسوم 2001-741 المتضمن تعديل قانون الاستهلاك. كما توسعت دائرة التعاقد عن بعد لتشمل العقود الحكومية من مناقصات ومزايدات ومشتريات بكل أنواعها، والجزائر أصدرت سنة 2018 عدة قوانين الصلة حتى يواكب الشرع الطور الحاصل في هذا المجال، ومن بين تلك القوانين

وأفــرز هذا التطور كما كبيرا من المشاكل القانونية فمنها ما تعلق بتحديد مكان إبرام العقد ومكان تواجد البائع والمشتري، وأثارت كذلك إشكالية المنازعة بين الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي بنظر الدعاوى الناجمة عن التجارة الالكترونية، كما أثيرت مشكلة الجباية على الانترنت وتحصيلها.

وعلى هذا النحو، يبدو من المناسب جدا أن نحاول طرح التساؤلات والبحث الحلول القانونية والفقهية والقضائية، كل حسب تخصصه، فكيف يتم تحل المنازعات الناشئة عن إبرام العقد الالكتروني؟ وتندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات فرعية منها كيف يبرم العقد الالكتروني؟ ومتى يعتبر منبرا في بيئة التجارة الالكترونية؟ وكيف تتم عملية الفوترة؟ وما شكل الجباية؟ وكيف يتم تحصيلها؟

يهدف هذا الملتقى إلى:

فهم وتحليل أركان وعناصر العقد الالكتروني وتحديد الأحكام المشتركة بين العقد العادي والعقد الالكتروني.

إبراز مكانة العقود الحكومية التي تبرم في بيئة الكترونية مع البحث في آليات ضبط وتحصيل الجباية من ضريبة ورسم على القيمة المضافة.

تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية والبحث عن حل النزاعان الناشئة عن هذه البيئة.

محاور الملتقى:

في ضوء ما سبق، وبغرض فتح نقاش بناء حول مسألة الملتقى، تكون محاور الملتقى المقترحة كالتالي:

المحور الأول: إبرام العقد الالكتروني.

المحور الثاني: العقود الحكومية ومكانة المؤسسة العمومية الاقتصادية.

المحور الثالث: إثبات العقود الالكترونية والصفقات العمومية.

المحور الرابع: الضرائب والرسوم الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية، شكلها وطرق تحصيلها.

المحور الخامس: الاختصاص التشريعي والقضائي الذي يحكم النزاعات التي تنشأ عن إبرام وتنفيذ العقود الالكترونية.

الفهرس

الرقم	عنوان المداخلة/ المؤلف	الصفحة
01	تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية د.دحو مختار، جامعة معسكر د.يحياوي سعاد، جامعة معسكر	01
02	تضريب التجارة الإلكترونية بالمغرب من الاختيار إلى الضرورة د. محمد بومديان، جامعة محمد الخامس، المملكة المغربية	13
03	هيئات التصديق الالكتروني كآلية لحماية التوقيع الالكتروني في التشريعين الجزائري والتونسي عطوي خالد أستاذ محاضر جامعة المسيلة، الجزائر جفال محمد جمال الدين، طالب دكتوراه جامعة المنار تونس	20
04	التفاوض الالكتروني في العقود الإلكترونية: عقد العمل عن بعد نموذجا د. ربـعية رضوان، ط .د. شرايطة أمينة، جامعة شاذلي من جديد- الطارف د .شرايطة أمينة، جامعة 20 أوت 1955 سكيكدة	33
05	شرط منح الاختصاص القضائي في العقد الالكتروني الدولي د. مجذوب كوثر، جامعة 20أوت 1955 سكيكدة د. شعابنة ايمان، جامعة 20أوت 1955 سكيكدة	50
06	Le consentement électronique entre le e-consommateur et le e-fournisseur dans la législation algérienne د. محمودي سماح ا،لمركز الجامعي بريكة	64
07	تقييم التحكيم الالكتروني د. أمال بن بريح	77
08	اجراءات سير دعوى التحكيم الالكتروني كآلية لحل منازعات العقود الالكترونية د. عماد الدين بركات، جامعة الشاذلي بن جديد- الطارف-	90
09	تحديات الاخضاع الضريبي لمداخيل عقود التجارة الالكترونية أ. عوينة فاطمة جامعة البليدة 02، الجزائر.	104
10	التحكيم الالكتروني كآلية لفض نزاعات التجارة الالكترونية ط. د. الوليد قحيوش، جامعة محمد بوضياف المسيلة د. بباح إبراهيم، جامعة الجزائر1	123
11	الإشكالات المرتبطة بتحصيل الضريبة الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية د. سمير خلفة، جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج - د. محمد مقروف، جامعة محمد بوضياف – المسيلة-	141
12	النظام الضريبي الجزائري في ظل مستجدات التجارة الإلكترونية ط.د سامية بويزري، جامعة البويرة د. دليلة معزوز، جامعة البويرة	156
13	الوساطة الالكترونية: وسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية د. خواثرة سامية، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس- الجزائر	165

14	واقع البنوك الالكترونية في ظل النظام الجزائري د. خضري حمزة، جامعة محمد بوضياف المسيلة ط.د روباش سليمة، جامعة محمد بوضياف المسيلة	175
15	المصنفات الرقمية و المسؤولية الجزائية الناشئة عن الإعتداءات الواقعة عليها (دراسة مقارنة) د. بوكر رشيدة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر	191
16	الأهمية الاقتصادية لعقد الفرنشيز كحق من حقوق الملكية الفكرية. د. بن زيد فتحي، جامعة سطيف 2 – محمد الأمين دباغين	208

تحديد الاختصاص القضائي في منازعات عقود التجارة الإلكترونية

د.دحو مختار، جامعة معسكر

د.يحياوي سعاد، جامعة معسكر

ملخص:

تتصف العقود الإلكترونية بشكل عام وعقود التجارة الإلكترونية بشكل خاص، بطابعها الدولي واللامادي، كونها تتم عبر شبكة المعلومات الدولية، وعلى هذا الأساس فهي تواجه العديد من المشكلات القانونية، لعل من أهمها مسألة تحديد الاختصاص التشريعي والقضائي الخاص بها، بالنظر إلى عجز ضوابط الإسناد التقليدية عن تحديد القانون الواجب التطبيق أو المحكمة المختصة بنظر النزاع، استنادا إلى أن هذه الأخيرة هي بحسب الأصل ضوابط إقليمية قائمة على أسس جغرافية، ولحل هذا الاشكال كان لابد من البحث عن قواعد تصلح لحكم المنازعات الإلكترونية، ومما لاشك فيه أن تلك القواعد هي في طور التكوين ويكتنفها الغموض والنقص، الأمر الذي فتح معه المجال أمام آليات جديدة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية تتلاءم مع طبيعة تلك المعاملات وتتكيف مع البيئة الخاصة بها.

الكلمات المفتاحية : اختصاص، قضائي ، تشريعي ، دولي ، عقد إلكتروني

Résume :

Les contrat électroniques en générale, et surtout les contrats de commerce électroniques par internet, se distingue par son caractère virtuelle et international, par conséquent ce type de contrat a donne lieu de nombreuses questions juridiques, permis d'elles celui qui concerne la détermination de la juridiction internationale spécialisé pour gères les conflits de ce type de contrat, c'est pour quoi la communauté internationale ne cesse pas a cherché a assurer un environnement approprié capable a régit les conflits découlant de ce type de contrat.

Mots clé : compétence, international, électronique, juridiction, conflits

مقدمة :

يعد موضوع الاختصاص القضائي في عقود التجارة الالكترونية من المواضيع المهمة ولحساسة في وقتنا الراهن، حيث يحدد هذا الموضوع الخطوط العريضة لحل الخلاف الذي قد ينشأ بين المتعاقدين في التجارة الإلكترونية، كما يبين المحكمة المختصة لحل النزاع، ونظر للسمات التي يتميز بها العقد الالكتروني بصفة عامة حيث يتم في عالم افتراضي غير ملموس، إذ بإمكان المشتري أن يتسوق ويشتري في عالم افتراضي، وبإمكان البائع كذلك أن يطرح سلعه ويبيعها وهو في منزله، فلا عبرة إذن للحدود المكانية والجغرافية في هذا النوع من العقود، تبعا لذلك يثور الإشكال في تحديد المحكمة المختصة في النزاع بين أطراف العقد وهل تخضع العقود الإلكترونية في مجال الاختصاص القضائي لنفس القواعد التي تخضع لها العقود العادية وهل قواعد الاسناد التقليدية والحديثة كافية في حد ذاتها لتحديد الاختصاص في هذا النوع من العقود ؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الورقة البحثية لمبحثين رئيسيين تناولنا في المبحث الأول الضوابط التقليدية لتحديد الإختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية وفي المبحث الثاني الضوابط الحديثة لتحديد الإختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية، محاولين الوقوق على مختلف المستجدات الفقهية والتشريعية المقترحة لحل هذا الاشكال.

المبحث الأول: الضوابط التقليدية لتحديد الإختصاص القضائي في منازعات العقود الالكترونية

لما كانت عقود التجارة الالكترونية عقود تتلاقى فيها عروض السلع والخدمات عن طريق شبكة الأنترنيت، غلب عليها الطابع الدولي، إذ تبرم بين أشخاص متواجدين في دولة أو دول متعددة.[1]

ومن حيث المبدأ فإن الاتجاهات التقليدية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي تقوم أساسا على ضوابط شخصية في صورة ضابط جنسية المدعى عليه الذي يعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتمتع هذا الأخير بجنسيتها، أو ضابط الموطن أو محل الإقامة باعتبارها ضوابط شخصية ذات طابع مكاني كذلك.[2]

المطلب الأول: ضابط جنسية المدعى عليه

يعتبر ضابط جنسية المدعى عليه المنصوص عليها في نص المادة 41 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية من الضوابط الشخصية التي تعتمد على المركز القانوني للمدعى عليه، مؤداه انعقاد الاختصاص القضائي لمحاكم الدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيته، لذلك يعتبره الكثير من الفقهاء ضابطا قانونيا شخصيا عاما لا يقتصر على نوع معين من المنازعات دون غيرها.

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 371.

[2]- هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2009، ص 28.

ومفاد قاعدة اختصاص محكمة " جنسية المدعى عليه" أن توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه كاف في ذاته لانعقاد الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته دون حاجة لاشتراط أي رابطة أخرى بين النزاع ودولة هذه المحكمة.[3] هذا ما أكدته العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية المتعلقة بالإختصاص القضائي كما هو الحال بالنسبة لاتفاقية بروكسل المبرمة سنة 1968 وكذلك اتفاقية لوجانو المبرمة بين دول الجماعة الأوربية سنة 1988.[4]

وبتطبيق ضابط جنسية المدعى عليه في مجال عقود التجارة الالكترونية، فإن المدعي سيواجه العديد من الصعوبات عند رفع دعواه، في مقدمتها صعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه وجنسيته سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو المعنوية، لاسيما وأن الغالبية العظمى من عقود التجارة الالكترونية بما فيها تلك التي تستلزم ملء المتعاقد لاستمارة الكترونية تتضمن جملة من البيانات الشخصية تمهيدا لاتمام عملية التعاقد وهده البيانات عادة ما تتعلق باسم المتعاقد وبريده الالكتروني وموطنه ومحل إقامته وما شابه ذلك من البيانات التي تساعد في إتمام العملية.

كما أنه من الصعب كذلك مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الشخص الأخر، فالتجار غير مسموح لهم بتخزين عناوين العملاء على قاعدة البيانات الخاصة بهم للتحقق من هويتهم لأن هذا العمل يعد مخالفا للقانون الخاص بحماية المعلومات المتعلقة بالحريات الشخصية، وهذا ما يتفق مع التوجيه الأوربي الصادر في 24 أكتوبر 1995 المتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الحدود وبالتالي يصعب التأكد من جنسية الأطراف المتعاقدة.

وإزاء هذه الصعوبات دعا الأستاذ بيلاو إلى عدم تطبيق المفاهيم الموجودة في العالم الحقيقي على العالم الإفتراضي، لأنها مفاهيم مادية لا تتماشى والعالم الافتراضي الالكتروني،[5] بالنظر إلى الخصوصية التي تميز التعاقد عبر شبكة الأنترنيت وطريقة استخدامها، وهو ما يفيد بتراجع ضابط الجنسية في هذا المجال.

هذا ما أكده وأيده جانب من الفقه الفرنسي، حينما أعلن عدم ملاءمة ضابط جنسية المدعى عليه لمعطيات العالم الافتراضي، مبررين ذلك بحجة صعوبة تحديد جنسية المواقع الالكترونية، وبصفة خاصة المواقع التي لا تمثل شركة تجارية قائمة، لها جنسية محددة وموطن معروف كالمواقع الالكترونية التي تقدم خدمة بيع يرامج الكمبيوتر عبر شبكة الأنترنيت.

[3]- حفيظة السيد حداد ، النظرية العامة في الاختصاص القضائي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009، ص 54.

[4]- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 255.

[5]- سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 256.

وقد انتهى بعض الفقه إلى تعارض ضابط الجنسية مع مبدأ قوة نفاذ الأحكام القضائية، خاصة عندما يكون الاستناد إلى ضابط جنسية المدعى عليه لعقد الاختصاص القضائي إلى محكمة الدولة التي ينتمي إليها بجنسيته من دون الاعتماد على عنصر آخر يربط هذه المحكمة بالنزاع القائم، مما يجعل التعارض مع مبدأ قوة النفاذ يظهر بصورة جلية، إذ سيكون الحكم الذي سيصدر عن المحكمة غير ممكن التنفيذ في الدولة التي يحمل المدعى عليه جنسيتها لعدم وجود أموال أو مراكز عمل له على إقليمها، بحيث يمكن أن تجعل تنفيذ القرار القضائي الصادر ضده غير مجد.[6]

هذا ما يدفع إلى القول بعدم جدوى الركون لضابط الجنسية في تحديد الاختصاص القضائي الدولي، باعتباره لا يعبر عن أية رابطة جدية بين النزاع وبين الدولة التي تنظر محاكمها في النزاع.

المطلب الثاني: ضابط موطن المدعى عليه أو محل إقامته

ينعقد الاختصاص القضائي بموجب هذا الضابط إلى محاكم الدولة التي يوجد فيها موطن المدعى عليه أو محل إقامته، وهذا توجه جانب من الفقه القانوني الذي اعتد بضابط الموطن كبديل دائم لضابط الجنسية في العلاقات الخاصة الدولية، مبررين ذلك بوجود اتجاه عالمي نحو الوحدة السياسية بين الدول ذات المصالح المشتركة التي تستهدف الابتعاد عن ضابط الجنسية وعدم الاعتماد عليه من أجل الوصول إلى توحيد الحلول فيما بينها داخل دول الإتحاد.

ويستوي في موطن المدعى عليه كضابط للاختصاص القضائي الدولي أن يكون موطنا للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، ولذلك حدد المشرع الجزائري في المادة 50 من القانون المدني موطن الشخص الاعتباري بنصه على أنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته ، كما يعتبره إذا كان يزاول جزء من نشاطه في الجزائر عن طريق فرع له، حتى و لو كان مركز إدارته الرئيسي في الخارج.[7]

وقد ذهب الفقه إلى أن التعاقد عبر شبكة الانترنيت لا ينسجم بالكامل مع الضوابط ذات الطابع الإقليمي، ما أدى إلى التقليل من فرص إعمالها إلى حد كبير باعتبار أن تحديد موطن الأطراف بوضوح في هذه العقود يتحدد بصعوبة كبيرة، باعتبار أن العقود الالكترونية في الغالب لا تتضمن تحديد موطن الأطراف بوضوح عناوين المشتري، على اعتبار أنه لا يوجد التزام على عاتق الأطراف بكتابة بياناتهم أو محل إقامتهم خاصة في العقود التي تبرم وتنفذ داخل الشبكة.

كما أن تحديد موطن أو محل إقامة المدعى عليه في المعاملات التقليدية التي تتم من خلال الوسائل الالكترونية للاتصال كالفاكس أو التلكس أو الهاتف يمكن معرفته من قبل الأطراف من خلال الرقم الكودي

[6]- عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2014، ص 166.

[7]- هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2003، ص. 82.

الذي يطلبونه في الوقت الذي يفتقر فيه الانترنيت إلى ذلك التحديد فالعنوان الالكتروني الذي يتم التعامل من خلاله غير مرتبط ببلد معين بحيث لا يشكل مثل هذا العنوان محل إقامة أو موطن ثابت بالمعنى المفهوم في الاتفاقيات الدولية.

كما يوجد عناوين إلكترونية لا تحمل أي إشارة أو مؤشر صحيح يدل على الموطن أو محل الإقامة، وعلى افتراض أن التاجر سيقوم بتسجيل موقعه على عنوان إلكتروني وطني يسمح بالتوطين فلا يوجد ما يضمن مطابقة محل الإقامة أو الموطن والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان الالكتروني لأن سياسة منح هذه العناوين الالكترونية تختلف من مكان لآخر ولا تطابق توطينا حقيقيا للأطراف.[8]

أمام هذا الوضع دعت بعض الآراء الفقهية إلى عدم تطبيق المفاهيم المحددة للاختصاص في العالم المادي على العالم الافتراضي، والاعتماد على فكرة الموطن الافتراضي كحل بديل، رغم أن هذه الأخيرة بدورها لا تخلو من الصعوبات في حال تطبيقها كونها تفتح الباب لجعل ضابط الموطن أمرا مصطنعا يمكن للمورد أن يستخدمه أو يخفيه كيفما أراد. هو ما تفطن له التوجه الأوربي عام 2000 بشأن التجارة الالكترونية، والذي أقر بأن وجود مسألة تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلومات لا يمثل منشأ للمؤدي وذلك يكفي لرفض فكرة الموطن الافتراضي.

كما حاولت بدورها اتفاقية الخطابات الالكترونية في العقود الدولية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 2005، أن تتبنى بعض القواعد مشترطة من خلالها على المواقع الالكترونية بيان المكان الحقيقي لها عند تقديمها أي عرض للتعاقد عبر شبكة الأنترنيت، ولكن أمام صعوبة تحديد مكان محدد أو مقر عمل للأطراف المتعاقدة عبر الشبكة، تبنت الاتفاقية معيارا موسعا يتضمن معيار " المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد" بموجبه منح للقضاء سلطة تحديد ذلك المقر في ضوء الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو كان عليهم أن يتوقعوها قبل أو عند إبرام العقد.

أما بالنسبة للشخص الطبيعي الذي يتعاقد عبر شبكة الانترنيت فلم تستخدم الاتفاقية بشأنه فكرة الموطن كدليل على مقر عمل أو تواجد هذا الشخص، بل استخدمت فكرة "مقر الإقامة المعتاد" في نص الفقرة الثالثة من المادة السادسة.

وعليه يمكن القول بأن الاعتماد على ضابط الموطن أو محل الإقامة أمر يكتنفه الكثير من الصعوبات والتي من الممكن أن تعيق عمل القضاء عند تصديه للنزاع، أمام هذا الوضع أصبح من الضروري البحث عن ضوابط أخرى أكثر ملاءمة للوصول إلى تحقيق اليقين والأمن القانوني الذين تسعى إليهما الأطراف المتعاقدة.

[8]- سليمان أحمد فضل، المرجع السابق، ص 262.

المبحث الثاني : الضوابط الحديثة لتحديد الاختصاص في العقد الإلكتروني :

بالنظر لعجز الضوابط التقليدية المعروفة في القانون الدولي الخاص، لحل المنازعات المترتبة عن العقود الالكترونية، تحتم على فقهاء القانون محاولة البحث عن بديل مناسب واهتدى في هذا الشأن إلى ضوابط اختصاص نوعية حاول تكييفها مع هذا النوع من العقود تتمثل في ضابط محل إبرام العقد، وضابط محل تنفيذ العقد، لذلك يثور التساؤل حول جدوى هذين الضابطين لحكم هذا النوع من العقود

المطلب الأول : قصور الضوابط التقليدية في مجال العقد الإلكتروني

تقوم الاتجاهات التقليدية من حيث المبدأ على ضوابط شخصة، فنجد ضابط جنسية المدعى عليه يعطي الاختصاص لمحكمة الدولة التي ينتمي الطرف لجنسيتها، في حين أن ضابط الموطن أو الإقامة يستند كذلك على طابع مكاني ، فإذا كان ضابط جنسية المدعى عليه يعول عليه في الفقه والكثير من التشريعات باعتباره ضابطا عاما شخصيا يسري على الكثير من المنازعات ومفاده أن توافر الجنسية الوطنية للمدعى عليه يكفي لانعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة التي يتمتع بجنسيتها [9]، ولا يخفى على أحد أن هذا الضابط أكدته الكثير من المعاهدات الدولية ذات الصلة بالاختصاص القضائي، نذكر منها على سبيل المثال اتفاقية بروكسل سنة 1968، واتفاقية لوجانوا سنة 1968[10].

وإذا كان قانون الجنسية يعد ضابطا ممتازا كما سلفت الإشارة في حل نزاعات العقد الدولي التقليدي، نذكر منها على وجه الخصوص مسائل الأحوال الشخصية، وحتى في العقود العادية في حالة سكوت الإرادة، إلا أنه لا يسري نفس الحكم في العقود الدولية التي تبرم في شكل إلكتروني، ويعود ذلك بالدرجة الأولى لصعوبة التحقق من جنسية الأفراد عبر الشبكة الافتراضية، وصعوبة التحقق من هويتهم أو تحديد مكان تواجدهم ، كما أن الأمر قد يصير أكثر تعقيدا في حالة اختلاف جنسية الأطراف، وأكثر من ذلك قد يكون الشخص يحمل اكثر من جنسية، وكل دولة من تلك الدول التي يتمتع بجنسيتها تتمسك برابطة الولاء وتنص ضمن قوانينها الداخلية على اختصاص قانونها للتطبيق في العقد الدولي الإلكتروني محل النزاع[11]،

يبدوا أن تطبيق ضابط الجنسية في مجال عقود التجارة الالكترونية تجعل المدعي يواجه العديد من الصعوبات بمناسبة قيامه برفع دعوى، وذلك بالنظر لصعوبة التحقق من شخصية المدعى عليه إذا كان شخصا طبيعيا، ويزداد الأمر تعقيد بالنسبة للأشخاص الاعتبارية كالشركات التجارية التي تعتمد على ضوابط أخرى ترتكز على معيار التأسيس، ومعيار مركز الإدارة الرئيسي، ومعيار مكان انعقاد الجمعيات

[9]- أنظر المادة 14 من قانون الإجراءات المدنية.

[10]- راجع سليمان أحمد فضل ، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 255.

[11]- حمودي الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012، ص. 475.

العامة، التي مازالت تثير إشكالات حتى في مجال العقود التقليدية فما بالك بالعقود الالكترونية ومن جهة أخرى يكون من الصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستعملها المتعاقدون، مما يتعذر معه التحقق من هوية الشخص الآخر،

فيما يخص الأخذ بالموطن ومحل الإقامة ، كضوابط لتحديد الاختصاص في العقود الدولية الالكترونية فإن أغلب الفقهاء استخلصوا أنها لا تتوافق مع التعاقد عبر البيئة الافتراضية استنادا إلى أنه يبقى من الصعوبة بما كان تحديد موطن الأطراف بوضوح في هذا النوع من العقود، استنادا إلى أنه من جهة لا يوجد التزام على عاتق الأطراف بكتابة البيانات المتعلقة بموطنهم ومحل إقامتهم، هذا من جهة ومن جهة أخرى، حتى لو سلمنا بكتابة تلك العناوين ، فإنها لا تسلم من التضليل ويصعب التأكد من العنوان الإلكتروني المتعامل به وعليه لا يشكل العنوان المكتوب في الانترنت محل إقامة أو موطن ثابت بالمعنى المتعارف عليه في العقود التقليدية، كما أنه من ناحية أخرى فإن العناوين الإلكترونية لا تحمل أي إشارة أو دلالة صحيحة يدل على الموطن أو محل الإقامة، [12]

المطلب الثاني : الضوابط الحديثة كبديل لتحديد الاختصاص في العقود الإلكترونية

أمام الانتقادات الموجهة للضوابط التقليدية التي عجزت عن حل مشكلة توزيع الاختصاص في العقود الدولية الالكترونية حاول الفقهاء منذ فترة غير بعيدة البحث عن ضوابط أخرى من شأنها أن تتكيف مع بيئة الانترنت الافتراضية وتضمن مصلحة الأطراف المتعاقدة في هذا النوع من العقود، وقد اهتدى الفقه في هذا الشأن إلى ضوابط نوعية تتمثل في ضابط محل الإبرام وضابط مكان تنفيذ العقد.

أ : ضابط محل إبرام العقد أو تنفيذه

لقد اختلف موقف الدول بشأن تحديد مكان إبرام العقد في العقود الالكترونية ويرجع سبب ذلك إلى التباين والاختلاف في النظريات المفسرة لتحديد لحظة إبرام العقد، ويمكن التذكير في هذا الشأن أن القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونية لم تقف عند رأي وحدد متفق عليه، ومن أمثلة ذلك موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " الأونسترال " لعام 1966 الذي تبنى نظرية تسلم القبول، وفي محاولته للتكيف مع ظروف البيئة الإلكترونية جاء هذا القانون بافتراض مفاده أن الرسالة قد سلمت في مقر عمل المرسل إليه، وهو نفس الموقف الذي سارت على نهجه قواعد غرفة التجارة الإلكترونية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004 ولعل ذلك ما يفسر إلزام أطراف التعاقد الإلكتروني بوضع البيانات المتضمنة اسم المنشأة وموقعها الجغرافي والتفاصيل الخاصة بممثلها[13] وعلى أية حال مهما كانت الاختلافات، فإن مما لاشك

[12]- محمد إراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2009، ص.126.

[13]- عمر بن يونس ، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004، مصر، 2005، ص. 40.

فيه أن شبكة الأنترنت مفتوحة للاستخدام للكافة دون ارتباط بأي مكان[14]، فليس هناك حدود تحول دون استخدام الشبكة، بين مقدمي الخدمة أو المستفيدين، ولعل هذا مايفسر صعوبة إعمال ضوابط الإسناد المكانية المنصوص عليها في القانون المدني[15]،ويزداد الأمر تعقيدا بالخصوص إذا كان مقر إدارة الشبكة في مكان وقدم الخدمة في مكان آخر وصاحب المتجر الافتراضي في مكان آخر، بينما يكون المشتري في بلد رابع، وتظهر الصعوبة كذلك إذا كان المتعاقد في رحلة عبر إحدى وسائل النقل ويستعمل جهازه لإبرام العقد، أو قد يستعمل جهاز بصفة عابرة في إحدى مقاهي الأنترنت مثلا مما جعل البعض يصف العالم الإلكتروني غير الملموس بلا مكان [16].

ب : ضابط مكان تنفيذ العقد :

من أول وهلة يبدوا هذا الضابط الأكثر ملاءمة استنادا أنه يحقق مصالح المتعاقدين استنادا إلى أن تنفيذ العقد هو هدف المتعاقدين والغاية التي يسعيان لتنفيذها، بيد أنه في مجال العقود الإلكترونية نميز بين نوعين من العقود :

هناك نوعا من العقود يتم إبرامه وتنفيذه عبر الشبكة العنكبوتية، نذكر منها على سبيل المثال عقود برامج الكمبيوتر والتطبيقات الخاصة بالانترنت، وفي هذه الحالة قد يكون من المتعذر تحديد مكان التنفيذ،

بيد أن هناك وعا آخر من العقود يتكون من مرحلتين، حيث يتم ابرامه افتراضيا عبر الانترنت، أما تنفيذه فيكون في العالم المادي، وفي هذه الحالة يسهل معه تحديد مكان التنفيذ، وتجدر الملاحظ أن التفرقة سالفة الذكر، تمت إثارتها ضمن مشروع الاتفاقية الدولية التي تم إبرامها بلاهاي بهدف وضع قواعد للاختصاص القضائي الدولي في مجال العقود الإلكترونية[17].

المطلب الثالث : نحو قانون يتلاءم مع التجارة الرقمية

بالنظر لعجز قواعد الاسناد التقليدية منها والحديثة عن إيجاد حل لمشكلة الاختصاص القضائي في عقود التجارة الالكترونية ظهرت مؤخرا بعض المبادرات الفقهية والدولية تمثلت أهمها في ترك الأطراف الحرية في اختيار القانون الواجب التطبيق، فكرة الآداء المميز للعقد، مشروع القاضي الافتراضي والمحكمة الالكترونية،

أولا : اختيار القانون الواجب التطبيق :

[14]- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص. 90.

[15]- أنظر المادة 18 من القانون المدني.

[16]- سلطان عبد الله محمود الجواري ، ص. 154.

[17]- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص. 274.

قد يتفق الأطراف بإرادتهم اتفاقا صريحا على اختيار القانون الواجب التطبيق، وصيغته إما أن يرد من الموجب، ويوافق عليه القابل بصفة صريحة، كما قد يكون من القابل ويلقى موافقة من الموجب، ويختلف مضمون هذا الشرط حسب طبيعة العقد الإلكتروني المبرم، حيث يمكن أن يكون اختيار القانون الواجب التطبيق أثناء فترة مناقشة العقد والاتفاق على شروطه، أو قد يدرج بشرط صريح من أحد أطراف العقد، أو يكون على شكل استمارة يعرضها مسبقا البائع أو مقدم الخدمة[18].

ومهما كان الشكل الذي يكتسيه البند الخاص باختيار القانون الواجب التطبيق، فلا مناص من اتفاق الأطراف على كل الجزئيات، حيث يمكن أن يتم الاتفاق على أن يكون القانون الواجب التطبيق يسري على كامل العقد المبرم بين الأطراف أو على جزء منه فقط، أو أن يتم الاتفاق مثلا على أن أركان العقد وشروطه تخضع لقانون معين ، في حين تخضع آثاره لقانون آخر يتم الاتفاق عليه، وتجدر الملاحظة أنه غالبا ما يكون اتفاق الأطراف يرتبط ارتباطا وثيقا بالعقد المبرم وأطرافه، كأن يكون مثلا وفقا لجنسية أحد الأطراف أو موطنه، أو مكان تسليم البضاعة أو مكان الوفاء بالثمن.

قد يحدث أحيانا أن لا يتفق الأطراف اتفاقا صريحا على القانون الواجب التطبيق، وفي هذا الحالة يمكن الاستناد إلى مؤشرات تدل على ما اتفق عليه الأطراف ضمنيا حول القانون الواجب التطبيق، ومن بين تلك المؤشرات ظروف العقد وملابساته، اللغة التي تم تحريره بها ، وجود تعامل سابق بين أطراف العقد، سلوك أحد الأطراف الذي يدل على أنه ارتضى الاحتكام لقانون معين[19].

ثانيا : فكرة الآداء المميز للعقد

لقد نادى بعض الفقهاء بفكرة الآداء المميز للعقد لحل منازعات عقود التجارة الإلكترونية ويتصف هذا المعيار بمرونته، وأنه ملائم لكل طائفة من طوائف العقود، كما أنه يلبي توقعات الأطراف استنادا إلى أنه يراعي مصالح كل طرف في العقد[20]، ولعل المنادين بتطبيق هذا المعيار حرصوا على إيجاد معيار من شأنه تحقيق التوافق بين الاعتبارات القانونية والاقتصادية التي لا مناص من أخذها بعين الاعتبار في تحديد طبيعة العقد التجاري الالكتروني، مع الحرص من جهة أخرى على تحقيق قدر من التوازن بين أشخاص العقد ومراعاة توقعاتهم.

[18]- محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الالكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني، مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01 سنة 2021 ، ص. 07.

[19]- فهد ابن عبد العزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقد التجارة الالكترونية، مجلة العدل، العدد 60، شهر شوال 1434، سنة 2015، ص.60.

[20]- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر ، 2006، ص.175.

ومن أجل الوصول لتطبيق هذا المعيار لابد على القاضي تحليل كل عناصر العقد تحليلا دقيقا، والأخذ بعين الاعتبار توقعات أطراف العقد ونواياهم عند الإبرام والتنفيذ، مع مراعاة مصالح الطرف المدين بالالتزام كالمتبرع والواهب والموصي، وعليه يبدوا أن مراعاة العنصر الأكثر فعالية وصلة بالعقد هو المعيار الأكثر كفاءة في تحديد القانون الواجب التطبيق، والأكثر تحقيق للعدالة كونه يحترم التوقعات المشروعة للمتعاقدين، كما أنه معيار مرن ومن السهل استمباطه بتحليل ظروف العقد وخصائصه وشروطه[21].

ثالثا : مشروع القاضي الافتراضي والمحكمة الإلكترونية

تم ارساء دعائم هذا المشروع سنة 1996، وأشرفت عليه عدة جهات وهي جمعية التحكيم الأمريكية، مركز القانون وقواعد المعلومات، المركز الوطني لأبحاث المعلوماتية ومضمون هذا المشروع هو اختيار قاضي وسيط ومحايد مختص في قوانين التجارة الإلكترونية، من أجل حل المنازعات المترتبة، أما عن طريقة سيره هو أن يقوم الطرف بإرسال شكواه إلى الهيئة عن طريق الإميل الخاص به، وبعد ذلك تقوم الهيئة باختيار قاضي للفصل في النزاع، بيد أن ما يعاب عليه هو أن القرار الصادر يكون مجرد من القيمة القانونية إلا إذا قبله الأطراف[22]، وفي نفس الاتجاه هناك من نادى بعرض النزاع على محكمة مختصة بفضاء الأنترنت[23] ، ومقتضى هذا النظام أن تتم الإجراءات بطرق إلكترونية على موقع المحكمة، تبدأ بملأ النموذج الالكتروني لطلب التسوية وتمر بمجموعة من الإجراءات الالكترونية وتنتهي بصدور حكم يسجل على صفحة الواب الخاصة بالمحكمة[24]، وهذه المحكمة تستمد شرعيتها من أن إجراءاتها جاءت بمبادرة من هيئات غير حكومية، وتم الحرص على وضع قواعد خاصة بها تستجيب لطبيعة العقود الالكترونية، كما أن اللجوء إليها من شأنه تسوية المنازعات بمصداقية ووضع أرضية تتضمن حلول للمشكلات التي تثور في عالم التجارة الالكتروني، ويعمل على توجيد الاجراءات كل ذلك في إطار تعاقدي، كما أن المحكمة تتميز باتسع نطاق اختصاصها لتشمل بالاضافة للتجارة الالكترونية، المنافسة، حقوق المؤلف، المساس بالحياة الخاصة[25].

تجدر الملاحظة في الأخير انه نظرا لتميز العقد التجاري الالكتروني، والصعوبات التي أثارتها مختلف المعايير سالفة الذكر، بدأ التفكير مؤخرا في صياغة قواعد قانونية موضوعية مستقلة لحل النزاعات الناجمة عن هذا النوع من العقود، وأنها هذه الضرورة صارت أكثر من ملحة أمام تميز المعاملات الالكترونية واتساع حجمها عبر العالم وتعقد تقنياتها، وتنطلق الفكرة من أن المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية قد اعتادوا

---

[21]- محد نائل أبو قلبين، المرجع سالف الذكر، ص ص.14،13.

[22]- بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05 ، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، ص. 22.

[23]- نشأت هذه المحكمة وتكونت في كندا بمركز بحوث القانون العام بكلية الحقوق بجامعة مونتريال في سبتمبر 1996.

[24]- صالح المنزلاوي، المرجع السالف الذكر، الصفحة 164.

[25]- بلاق محمد، المرجع السالف الذكر، ص.23.

على مجموعة من القواعد يقبلونها كسلوك في البيئة الافتراضية، وتلك القواعدد نشأت تلقائيا وهي وليدة الأنشطة والممارسات في البيئة الافتراضية ولا دخل للسلطات التشريعية التابعة للدول في تكوينها، ومن شأن الاستنجاد بها في العقود الالكترونية والعمل على تقنينها واعتراف الدول بها أن يحل أغلب المشاكل الناجمة عن الاختصاص القضائي وما تثيره من نزاعات[26]

خاتمة :

يبدو أن ثورة المعلومات التي نعيشها اليوم والتطور الذي عرفته التجارة الدولية، وإدخال نظام المعلومات والأنترنت ووسائل الاتصال الحديثة قد أحدث تحولا بائنا بين المفهوم التقليدي والحديث للعقود، ولعل ذلك كان له الأثر البالغ في سعي الدول والمنظمات من أجل إيجاد نظاما قانونيا يحكم النظم القانونية المتعددة ويتناسب مع طبيعة البيئة الافتراضية، بداية من تجريب قواعد الإسناد التقليدية التي أثبتت عجزها سواء ما تعلق منها بضوابط الإسناد المكانية التي لم تتلاءم مع ذلك العلم غير الملموس، أو ما تعلق بضابط الجنسية الذي أثبت عجزه هو الاخر للتكيف مع هذا النوع من العقود، ولعل ذلك ما فرض على مختلف التشريعات محاولة اللجوء لضوابط الاسناد الحديثة لتحديد الاختصاص القضائي في عقود التجارة الالكترونية، (ضابطي محل نشأة الالتزام أو تنفيذه بيد أن هذه الأخيرة كذلك أثارت مجموعة من الإشكالات تتعلق بتحديد اللحظة التي يبرم فيها العقد، وصعوبة تحديد مكان التنفيذ نظرا لكون الأمر يتعلق بمجتمع افتراضي بأشخاصه وأدواته ومميزاته.

ولعل الفكرة التي لاقت تأييدا واسعا لدى أغلب الفقهاء هي صياغة قواعد قانونية مادية موضوعية مستقلة لحل النزاعات الناجمة عن الفضاء الالكتروني ، والعمل على بلورة القواعد المألوفة في عالم التجارة الالكترونية والتي تستمد شرعيتها في أنها من صنع أشخاص العالم الافتراضي الذين قبلوها صراحة كسلوك في البيئة الافتراضية، ولا دخل للسلطات التشريعية التابعة للدول في تكوينها، ومن شأن الاستنجاد بها في العقود الالكترونية والعمل على تقنينها واعتراف الدول بها أن يحل أغلب المشاكل الناجمة عن الاختصاص القضائي وما تثيره من نزاعات، ومع الوقت يمكن لتلك القواعد أن تكتسي الطابع الدولي وتتوحد أكثر فأكثر عن طريق مبادرات الهيئات غير الحكومية ومنظمات المجتمع الدولي.

قائمة المراجع

1- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس، مصر ، 2006.

[26]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2006، ص.112.

2- بلاق محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الالكترونية بين الاتجاهين التقليدي والحديث، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد 05 ، العدد 01، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت.

3- حفيظة السيد حداد ، النظرية العامة في الإختصاص القضائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

4- حمودي الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2012

5- سليمان أحمد فضل، المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية في إطار القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

6- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، 2010.

7- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر 2006

8- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.

9- هشام علي صادق وحفيظة السيد الحداد، دروس في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2009.

10- عبد الباسط جاسم محمد، تنازع الاختصاص القضائي الدولي في التعاملات التجارية الالكترونية، دراسة مقارنة، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2014.

11- عمر بن يونس ، قواعد غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لسنة 2004، مصر، 2005.

فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

12- فهد ابن عبد العزيز الداود، الاختصاص القضائي في عقد التجارة الالكترونية، مجلة العدل، العدد 60، شهر شوال 1434، سنة 2015.

13- محمد إراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم والمفاوضات المباشرة، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان، 2009، ص.

14- محمد نائل أبو قلبين، مدلولات تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد الدولي الالكتروني في ضوء أحكام التشريع الأردني، -مجلة الأبحاث القانونية والسياسية، المجلد 03، العدد 01 سنة 2021

15- هشام علي صادق، دراسات في القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، مصر 2003.

تضريب التجارة الإلكترونية بالمغرب من الاختيار إلى الضرورة

د. محمد بومديان، جامعة محمد الخامس، المملكة المغربية

الملخص:

نتيجة لاتساع نطاق التجارة الإلكترونية ومعاملات البيع والشراء المتداولة على الشبكة العالمية (الانترنت) وذلك بإطار قانوني هو العقد الالكتروني، وما نتج عن ذلك من تنوع وتوسع في الإيرادات المتحققة عبر هذه المعاملات التجارية التي تحدث في فضاء مفتوح بعيدا عن التنظيم القانوني وخاصة التحاسب الضريبي على اعتبار أنها شكل جديد من إشكال النشاط الاقتصادي، فقد أثارت العديد من الإشكالات في مقدمتها إمكانية خضوع هذه الإيرادات غير المنتظمة بسجلات تقليدية وبأنظمة عمل اعتادت عليها النظم الضريبية التقليدية للتحاسب الضريبي وهل ستبقى خارج المنظومة الضريبية خاصة وان المجتمع الدولي يسير نحو الاعتماد بشكل أكبر على تقنية الاتصالات الدولية والاستفادة منها في تحقيق الأهداف الاقتصادية المرجوة.

الكلمات المفتاحية: التجارة الالكترونية، جباية، العدالة الاجتماعية، الاستثمار.

Abstract:

As a result of the expansion of e-commerce and the sale and purchase transactions that are circulating on the global network (the Internet), within a legal framework, which is the electronic contract, and the resulting diversification and expansion of the revenues generated through these commercial transactions that occur in an open space away from legal regulation, especially tax accounting, considering It is a new form of economic activity, as it has raised many problems, foremost of which is the possibility of these irregular revenues being subject to traditional records and work systems to which the traditional tax systems are accustomed to tax accounting and whether they will remain outside the tax system, especially as the international community is moving towards greater reliance on international communication technology And to benefit from it in achieving the desired economic goals.

Keywords: e-commerce, Trade, social justice, Investment

مقدمة:

يشهد العالم في السنوات الأخيرة تغيرات كثيرة متلاحقة في تكنولوجيا المعلومات ولعل التطور الهائل لهذه الأخيرة أدى إلى ظهور التجارة الإلكترونية التي أدت إلى عقد الصفقات بين البائع والمشتري دون أن ينتقل أحدهما إلى الأخر، أي أصبحت الصفقات التجارية تتم إلكترونيا.

هذا التطور السريع للتجارة الإلكترونية على وجه الخصوص من بيع السلع والخدمات أثار نقاشا حول الأنظمة الضريبية التي يمكن أن يستخدم لحكمها، إذ أن الانتقال من البيئة التجارية المادية إلى البيئة الإلكترونية المرتكزة على المعرفة العلمية طرحت مسائل هامة وخطيرة فيما يتعلق بفرض الضرائب والأنظمة الضريبية، فالتجارة الإلكترونية والعولمة تشكلان تحديا واضحا للأنظمة الضريبية التقليدية التي تقوم في الأغلب على السلع المادية التي يمكن حصرها وتتبعها.

وتواجه الادارات الضريبية في أنحاء العالم كافة مهمة صعبة لحماية عائداتها الضريبية نتيجة تطور النشاط التجاري الإلكتروني، فعلى سبيل المثال قدرت خسائر الولايات المتحدة الأمريكية من حصيلة ضريبة المبيعات نتيجة التجارة الالكترونية بنحو ثلاثة مليارات دولار عام 2003[1]، وفي الوقت نفسه تحاول هذه الإدارات عدم إعاقة التنمية المتعلقة بالتكنولوجيا الحديثة أو اضطلاع مجتمع الأعمال بالتطوير ونمو السوق الإلكتروني.[2]

ولقد أثار هذا الموضوع اهتمام معظم دول العالم، ولم تبقى دول من دول العالم المتقدمة بالإضافة إلى العديد من الدول النامية إلا وأصدرت تقارير تبين فيها توجهاتها للتعامل مع هذه التحديات التي تواجهها.

الإشكالية الرئيسية:

إلى أي حد استطاع المشرع المغربي من مواكبة التشريع الضريبي للتجارة الإلكترونية؟

المحور الأول: الصعوبات القانونية والفنية لتضريب التجارة الالكترونية بالمغرب

إن التقدم الهائل والسريع للتجارة الالكترونية خاصة ما يتعلق منها من بيع السلع والخدمات الرقمية يثير تساؤلات كثيرة حول طبيعة الأنظمة الضريبية المناسبة للتعامل معها خصوصا في ظل وجود الأنظمة التقليدية الموجهة لحكم التجارة القائمة على سلع ومنتجات مادية يمكن حصرها.

فهل يجب وبشكل ضروري فرض الضريبة على التجارة الالكترونية؟ وإذا كانت الضرورة قائمة فما الصعوبات القانونية والفنية التي تواجه فرضها؟

[1]- شنايدر، وآخرون، التجارة الالكترونية، دار المريخ للنشر، 2008، ص 416

[2]- Eric C.K, B.W Webre « strategie and competitive information systeme "journal of management information system vol 16.NO.2 fall 199.

أولا- صعوبة تحديد هوية المكلفين

تواجه دول العالم تحدي رئيسي نتيجة عدم وجود آليات محددة لإخضاع التعاملات الالكترونية للقواعد الجبائية، ويرجع ذلك لصعوبة تحديد الهوية، إذ لا يرى طرفي التعاملات الالكترونية كل منهما الآخر، ونتيجة لذلك قد يستغل هؤلاء الأطراف ذلك لأغراض التهرب الضريبي بعدم تسجيل هذه المعاملات في الدفاتر المحاسبية، ضف على ذلك التحول نحو إنتاج منتجات رقمية، حيث إن هناك عدد من المنتجات مثل الصور الفوتوغرافية، والتسجيلات الصوتية، والاستشارات الطبية والمالية والخدمات التعليمية والبرامج التطبيقية التي يمكن الحصول عليها مباشرة من خلال الانترنت، مما يشكل صعوبة فيما يخص المعاملة الضريبية لهذه المنتجات.[3]

كما أنه أصبح مكان الشركات لإنشاء متجر افتراضي على الانترنت وتستطيع من خلاله أن تعرض وتبيع منتوجاتها، كما أصبح بإمكان الزبائن أن يتجولوا في ذات المتجر وأن يطلبوا خدمات معينة وأن يستفسروا عن أسعار المنتجات المعروضة إحاطة عدة فرص أمامها لتحديد طرق الشحن والدفع التي يفضلونها وبيان التكلفة الاجمالية في كل حالة، مما يطرح أكثر من إشكال بخصوص المنشأة الافتراضية هل يمكن اعتبارها كمنشأة ثابتة يمكن الاعتماد عليها كأساس للإسناد الجبائي، ومع غموض فكرة الاختصاص الجبائي، سوف يصعب تحديد من يجب عليه دفع الضريبية أو تحصيل الأموال.[4]

ثانيا- إشكالية الاختصاص الضريبي

يتفق هذا المبدأ مع الممارسة التقليدية لضريبة المبيعات التي تفرض على مبيعات السلع والخدمات ويتحمل عبئها المستهلك ويقوم البائه بتحميلها، لذلك فإن الدولة التي لها الحق في فرض الضريبة هي دولة مقصد تلك السلع والخدمات.

ولقد نادى بتطبيق هذا المبدأ الكثير من الكتاب أمثال (Mclure)[5] والذي دعا في عام 1997 إلى فرض الضريبة على التجارة الالكترونية مستندة على مكان استهلاك السلع والخدمات عن طريق التسجيل إلى هدف الوصول من قبل البائعين، وقد طلب (Mclure) في هذا الشأن إجراء مراجعة شاملة لنظام ضريبة المبيعات الأمريكي مع الأخذ بعين الاعتبار تبسيط إجراءات الإدارة الضريبية وكيفية الاستجابة من قبل البائعين، ويتكون اقتراحه من العناصر التالية:[6]

[3]- ابراهيم كامل الشوابكة، ضريبة المبيعات التجارية الالكترونية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، الملحق 1 ، 2007، ص 45.

[4]- عزوز علي، جباية المعاملات الالكترونية "المشاكل والحلول"، مجلة الردة لاقتصاديات الأعمال، العدد 2015/01، ص 75.

[5]- عزوز علي، مرجع سابق، ص 83-84.

[6] -Houghton, kendall, and walter hellerstien, 2000, state taxation of electronic commerce : pres pective on propos sals for change and their constitutionaliyé, brigham young University Law Review, 2001, p.101

أ- قاعدة ضريبية متماثلة للجميع بما فيها التجارة الالكترونية والتجارة التقليدية.

ب- إعفاء جميع المشتريات وأولئك التجار الذين لا تتجاوز مبيعاتهم مبلغا معينا.

ت- الطلب من البائعين على شبكة الانترنت تسجيل أسمائهم ومبيعاتهم لدى المدن التي تقوم فيها.

ث- وجود إطار قانوني مماثل.

إلا أن هذا المبدأ على الجانب الآخر يجعل المشكلة أكثر تعقيدا، فهدف المستهلك لا يكون دوما معروفا لدى البائع، فالمشتري يستطيع أن يستخدم وسائل تكنولوجيا متعددة تخفي مكانه الحقيقي وتظهره في بلد آخر قد لا يفرض ضريبة المبيعات، فمجهولية الانترنت تجعل من السهل بالنسبة للعملاء عن طريق إخفاء هويتهم ومواقعهم المادية سواء كان ذلك بداعي الخصوصية أو لتجنب دفع الضريبة.[7]

وفي هذا الشأن تبنت المفوضية الأوروبية عام 2002 إنشاء مجلس توجيهي للتجارة الالكترونية فيما يتعلق بضريبة القيمة المضافة، كما أصدرت وبالتعاون مع منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية توصية تعطي الحق للدول الأوروبية في فرض ضريبة على بيع السلع والخدمات التي يشتريها رعاياها من خارج دول الاتحاد الأوروبي، ولقد بدا العمل بهذه التوصية في يوليوز عام 2003 وشغل هذا النظام على أساس فترة تجريبية للسنوات الثلاث القادمة، ولكنه انتقد بشدة لفرضه أعباء استجابة وإذعان على البائعين غير الأوروبيين، فلابد من إثبات وتأكيد وضع الضريبة من خلال تحديد مكان وإقامة زبنائهم الأوروبيين وتقديم رديات الضرائب لبلد التسجيل، اضافة إلى أن أسلوب الاتحاد الأوروبي هذا يميز بين بعض السلع المادية وتلك المطروحة على الانترنت متجاوزا مبدأ الحيادية، فشراء الصحف من متجر صغير على قارعة الطريق يعد غير خاضع لضريبة القيمة المضافة بينما تخضع الصحف الرقمية لتلك الضريبة.[8]

ثالثا- صعوبة استخدام النقود الالكترونية

يرى بعض الاقتصاديين أن النقود الالكترونية سوف تحل بمرور الزمن محل النقود الحقيقية في المعاملات التجارية، حيث ستحوي الرقائق أو الشرائح الموجودة في البطاقات الالكترونية على أرصدة أموال الأفراد، وسوف تستخدم في دفع المستحقات وتسوية الحسابات، الأمر الذي سوف يزيد من الصعوبات التي تواجهها الإدارة الضريبية[9]، زيادة على ذلك فإن المدفوعات الالكترونية تنفذ بدون تسجيل محاسبي، وبالتالي

[7] - Shroeder, Terrell, E. « State tax and Electronic commerce » Management Accaunting Vol 77-No.3 sep 1995.

[8]- الشافعي محمد، المعاملة الضريبية للصفقات التي تمر عبر التجارة الالكترونية، مجلة البحوث المالية والضريبية، العدد الثامن عشر التاسع عشر، ص: 126.

[9]- فيتو تاتزي، "العولمة والنمل الأبيض الذي ينخر في بنية الضرائب"، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، المجلد 38، العدد 1، 2001، ص 35.

تمنح مجال واسع للتهرب الضريبي، ومنه فإن العمليات التي تتم تسويتها عن طريق النقود لا تترك آثار محاسبية.

كما يرى أحد الباحثين أن نظام الدفع أو التسديد الالكتروني هو نظام ثم تطويره لغرض معالجة طرق دفع الفواتير الخاصة بالمنتجات والبضائع، والخدمات، وتسديد حساباتها الكترونيا، على الانترنت، ويشمل هذا النظام على عدة وسائل منها:[10]

أ- المحفظة الرقمية:

وهي عبارة عن برمجية تعمل على تخزين بطاقات الائتمان، والنقد الالكتروني، وبطاقة تعريف المالك وبيانات العنوان، وتقوم المحفظة الالكترونية بتجهيز هذه البيانات والمعلومات بشكل تلقائي آلي من خلال معاملات الشراء التجارية الالكترونية.

ب- نظم بطاقات الائتمان الرقمية:

وهي نظم تؤمن خدمات آمنة للدفع ببطاقة الائتمان، على الانترنت، وتعمل على حماية المعلومات المنقولة بين المستخدمين ومواقع الشراء، وبنوك التعامل.[11]

المحور الثاني: آفاق تضريب التجارة الالكترونية بالمغرب

يعتبر موضوع فرض الضرائب على التجارة الالكترونية من بين المواضيع المهمة في الوقت الراهن، نظرا للأهمية التي يحظى بها. فبينما يرى البعض أن الاعفاء الضريبي أساسي لنمو التجارة الالكترونية وأن فرض ضرائب على المبادلات الافتراضية التجارية يعد كبحا للنمو التكنولوجي، فإن البعض الآخر يرى أن تحرير التجارة الالكترونية بإعفائها من الضرائب له أثر سلبي على أهم موارد الدولة، ذلك أن أطراف التعامل التجاري أصبحوا يفضلون إبرام العقود والصفقات عن طريق بروتوكولات التجارة الالكترونية لتقص تكاليفها قيمة وزمنا، الأمر الذي يؤدي إلى نمو وتطور التجارة الالكترونية على حساب التجارة الحقيقية (التقليدية) مما سيقلص حصة الدولة من حباية الضرائب.

<u>أولا- تحقيق العدالة الاجتماعية</u>

لم يتأتى هدف تحقيق العدالة الاجتماعية في مقدمة الأهداف الاجتماعية وتجدر الإشارة إلى أن العدالة الاجتماعية تهدف إلى ضمان حد أدنى من معيشة المواطنين وتقليل درجات التفاوت في الثروات وتحقيق تكافؤ الفرص وإرساء التنافس بين تضحيات المساهمين.[12]

[10]- عزوز علي، مرجع سابق، ص 90.

[11]- تعلب سيد صابر، نظم المعلومات الإدارية، درا الفكر ناشرون وموزعون، ط1، عمان 2011، ص 466.

[12]- عطية عبدا لواحد، مبادئ واقتصاديات المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 923.

وبذلك نجد من الضروري أن تعمل الدولة على إعادة توزيع الدخول بالمجتمع وإحقاق العدالة من خلال تبني سياسة تقوم على الحد من الدخول الناجمة عن الملكية وتشجيع الدخول المكتسبة من العمل وذلك بعدة وسائل، فقد تلجأ إلى الضرائب على الشركات من أجل إعادة توزيع الملكية وخاصة إذا كانت بأسعار مرتفعة فستؤدي إلى تفتيت تركيزات خاصة من الثروة.

ثانيا- الزيادة في الحصيلة الجبائية

تتكون الإيرادات العامة لميزانية الدولة من خلال الموارد الجبائية والموارد غير الجبائية وتختلف باختلاف الظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، وكذا من دولة إلى أخرى تبعا للنمو الاقتصادي المتبع.

وتتمثل الموارد الجبائية في حصيلة الضرائب والرسوم وتنقسم إلى نوعين هما الجباية العادية والجباية البترولية.

تتكون الجباية العادية من:

- الضرائب المحصل عليها عن طريق التحصيل.
- الضرائب المقتطعة من المصدر.
- الرسم على القيمة المضافة TVA.
- الحقوق أو الاقتطاعات غير المباشرة المفروضة على سلع معينة.
- حقوق الجمارك

أما الجباية البترولية فتتكون من:

- ضرائب مباشرة على الأرباح الآتية من الأبحاث والاستغلال والنقل عن طريق قنوات المحروقات.
- عوائد على إنتاج المحروقات السائلة والغازية، أي قيمة الإنتاج المستخرجة من باطن الأرض.

يتعين على الدولة تحديد حجم الموارد الواجب الحصول عليها، واختيار أفضل المصادر التي يمكن تحصيلها انطلاقا منها وذلك بمراعاة الظروف السائدة في الاعتماد على سياسة القروض أو الإصدار النقدي.

في الأخير يمكن القول بآن فرض الضريبة على التجارة الالكترونية أمر قادم لا محال وهو ما تسير باتجاهه التشريعات الضريبية بخطى تابثة ولكن متأنية تأكيدا لمبدأ المساواة بين التجارة الالكترونية والتجارة التقليدية، ومنعا للخسائر في العوائد الضريبية الناجمة عن عدم خضوع التجارة الالكترونية للضريبة.

ومما لا شك فيه أن مثل هذه السلع والخدمات الرقمية يجب أن تخضع للضريبة وإن كانت عدم خضوعها لضريبة الدخل أو الضريبة على القيمة المضافة أو ضريبة المبيعات الآن لا يشكل هما كبيرا، إذ تشكل هذه السلع والخدمات الرقمية ما نسبته 3.5 في المائة من حجم التجارة الالكترونية، ولذلك فإننا

نعتقد أنه مازال لدينا مزيد من الوقت لنعد العدة قبل أن تحتل تلك السلع والخدمات الرقمية حيزا كبيرا من حجم التجارة الالكترونية وتتسبب في المزيد من الخسائر في العوائد الضريبية، وذلك من خلال عقد مؤتمرات دولية وإقليمية يجتمع فيها القانونيون وفنيو الانترنيت والحاسوب عموما لوضع حلول مقترحة للمشكلات الفنية والقانونية التي تواجه فرض ضريبة المبيعات على التجارة الالكترونية، تمهيدا لأن يحسم السياسيون أمرهم بإقرار اتفاق دولي خاص بضريبة المبيعات على التجارة الالكترونية، يوجب على أعضاء الأسرة الدولية الالتزام به وإلا تعرضوا لعقوبات قاسية، ونقترح في هذا المجال فرض ضريبة مبيعات موحدة ذات نظام متماثل على تعاملات التجارة الالكترونية تتخذ من دولة المستهلك أساسا لعملية الفرض انسجاما مع فلسفة هذه الضريبة وضمن آليات تحصيل معينة، توجب على كل المواقع الالكترونية التسجيل لدى دولة ما تكون موطنا لها، كل ذلك من خلال وسائل تكنولوجية يقدمها الفنيون تضمن حسن التحصيل وأمانته.

لائحة المراجع:

1. الكتب:

- شنايدر، وآخرون، التجارة الالكترونية، دار المريخ للنشر، 2008
- تعلب سيد صابر، نظم المعلومات الإدارية، دار الفكر ناشرون وموزعون، ط1، عمان 2011.
- عطية عبدا لواحد، مبادئ واقتصاديات المالية العامة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

2. المقالات:

- ابراهيم كامل الشوابكة، ضريبة المبيعات التجارية الالكترونية، دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، الملحق 1 ، 2007.
- عزوز علي، جباية المعاملات الالكترونية "المشاكل والحلول"، مجلة الردة لاقتصاديات الأعمال، العدد 2015/01

3. المراجع باللغة الانجليزية

- Eric C.K, B.W Webre « strategie and competitive information system "journal of management information system vol 16.NO.2 fall 199.
- Houghton, Kendall, and Walter hellerstien, 2000, state taxation of electronic commerce: pres pective on propos sales for change and their constitutionaliyé, Brigham young University Law Review, 2001.
- Shroeder, Terrell, E. « State tax and Electronic commerce » Management Accaunting Vol 77-No.3 Sep 1995.

هيئات التصديق الالكتروني كآلية لحماية التوقيع الالكتروني في التشريعين الجزائري والتونسي

عطوي خالد أستاذ محاضر جامعة المسيلة، الجزائر

جفال محمد جمال الدين، طالب دكتوراه جامعة المنار تونس

الملخص:

إن التطور التكنولوجي الذي نشهده اليوم يعتبر السبب الرئيسي في ظهور مصطلح التوقيع الالكتروني، حيث لم تعد الكتابة التقليدية تفي بالغرض خاصة مع التطور المستمر والسريع لوسائل الاتصال الحديثة، لذلك فان الاتصال أصبح يتخذ شكل بيانات ومحررات الكرتونية تنفذ عن طريق مجموعة من الإجراءات والخطوات التكنولوجية المتتالية بنهايتها، ويأخذ التوقيع عدة أشكال وصور مختلفة وذلك بحسب أساليب إصدار هذا التوقيع الذي قد يمثل رمزا أو رقما أو حرفا

وهذا ما أدى إلى وجوب إصدار قوانين تتمشى مع هذا النوع من المحررات الالكترونية، بالإضافة إلى إنشاء هيئات مختصة لتسهيل إبرام العقود الالكترونية وتضطلع كذلك بفض المنازعات الالكترونية .

الكلمات المفتاحية: التوقيع الالكتروني، التصديق الالكتروني، المحررات الالكترونية، الإثبات الالكتروني ، الدعامة الالكترونية.

Abstract :

The technological development that we are witnessing today is considered the main reason for the emergence of the term electronic signature, as traditional writing is no longer fulfilling the purpose, especially with the continuous and rapid development of modern means of communication, so the communication has become in the form of data and cartoon editors that are implemented through a set of procedures and successive technological steps at its end And the signature takes many different forms and images, depending on the methods of issuing this signature, which may represent a symbol, number, or letter

This led to the necessity of issuing laws in line with this type of electronic documents, in addition to the establishment of specialized bodies to facilitate the conclusion of electronic contracts and also to undertake electronic dispute resolution.

Key words: electronic signature, electronic certification, electronic documents, electronic evidence, electronic support.

مقدمة:

في ظل كل المستجدات التي يشهدها العالم اليوم فإن المحررات التقليدية لم يعد لها مكان بين الأدوات الحديثة، فبعد أن كان التوقيع يتم بخط اليد أو البصمة أو الختم، ظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني وبالتالي ظهور المحررات الإلكترونية معه كأداة لإثبات المعاملات الإلكترونية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أشكالها.

لذا فان الاستخدام الآمن لتوقيع الالكتروني ، يتطلب طرقا ووسائل تؤمّن تحقيقه للوظائف المطلوبة وتثبت مصداقيته، وكل ذلك تقوم به جهة تسمى التصديق الالكتروني، والتي تصدق على توقيع صاحب الرسالة، بحيث يصبح وضع التوقيع الالكتروني على هذه الرسالة مضمونا ومصادقا من تلك الجهة، حيث تقوم هذه الأخيرة بإصدار شهادة توثيق تثبت فيها صحة التوقيع الالكتروني ونسبته لمن صدر عنه.

وقد اهتم كل من المشرعين الجزائري والتونسي بالتوقيع الالكتروني والتصديق الالكتروني ويتجلى لنا اتهماهم بهذا النوع من العقود والمحررات الالكترونية من خلال الترسانة القانونية لكلا البلدين في هذا المجال.

وعليه سنحاول من خلال هذه الورقة التماس الإجابة على التساؤل الرئيسي و المتمثل في : **ما هي طبيعة الأجهزة المعتمدة في تامين المعاملة الالكترونية وما مدى الحماية التي توفرها للتوقيع الالكتروني؟**

وبالنظر لطبيعة الموضوع محل الدراسة فانه سيتم انتهاج المنهج الوصفي لتوصيف مصطلحي التوقيع والتصديق الالكتروني، والمنهج المقارن للمقارنة بين التشريعين الجزائري والتونسي.

وللإجابة عن التساؤل المطروح ارتأينا تقسيم البحث على النحو التالي:

المحور الأول: دور التوقيع الالكتروني في إثبات الوقائع القانونية المادية.

المحور الثاني: دورأجهزة التصديق الالكتروني في حماية التوقيع الالكتروني.

المحور الأول: دور التوقيع الالكتروني في إثبات الوقائع القانونية المادية

في ظل ثورة المعلومات والاتصالات وظهور الحاسب الآلي، وتطور الأمر أكثر فأكثر بعد انتشار الانترنت أصبح من خلالها يتم إبرام التجارة الالكترونية، نتج عنها كذلك عدة تغييرات في كثير من المفاهيم القانونية كمفهوم الكتابة والتوقيع والمحرر، فقد أثرت الطبيعة الالكترونية لهذه العقود على الوسائل التقليدية المتبعة في الإثبات، بعد أن كانت الكتابة محررة على الورق والتوقيع يتم بخط اليد أو البصمة، أو بالختم، ظهر الإثبات بواسطة المحررات الالكترونية واستخدام التوقيع الالكتروني، التي تواكب التطور في مجال التجارة الالكترونية، وأصبح إثبات المعاملات أو العقود الالكترونية، من أهم الأمور التي يعني بها أطراف المعاملة الالكترونية. ومن

خلال هذا المحور سوف نتطرق إلى الكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية (أولا) ومدى حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات (ثانيا).

أولا: آليات تحرير الدعامة الالكترونية

إن ظهور التوقيع الالكتروني أدى إلى وجود نوع جديد من الكتابة يسمى الكتابة الالكترونية وظهور ما يسمى كذلك بالمحررات الالكترونية، استوجب التفرقة بين مفهوم الكتابة الالكترونية ومفهوم المحرر الالكتروني (أ) وكذلك مفهوم التوقيع الالكتروني (ب).

أ) الكتابة الالكترونية

الكتابة الإلكترونية هي الكتابة التي تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات و إدخالها بالجهاز و إخراجها من خلال شاشة الحاسوب والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية وبعد الفراغ من معالجة البيانات يتم كتابتهاعلى أجهزة الإخراج التي تتمثل في شاشة أو طباعة هذه المحررات على الطابعة أو الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات[1].

وعرفها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري[2] بالنص على أنه "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها" فقد استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة " أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها "والصحيح هو " أيا كانت الدعامة التي تتضمنه"[3].

أما المشرع التونسي فقد أورد في القانون عدد 57 لسنة 2000 المؤرخ في 13 جوان 2000 [4] و المتعلق بإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات و العقود يستشف منه مساواة المشرع التونسي بين الكتب الورقي و الكتب الإلكتروني، كما نظم ذات المشرع الكتابة الالكترونية في القانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 [5] يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، وأطلق عليها مصطلح الوثيقة الالكترونية.

---

[1]. منانى فراح، أدلة الإثبات حديثة في القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003، ص127.

[2]لمادة 323 مكرر، القانون 07-05، المعدل والمتمم للقانون المدني، المؤرخ في 25 ربيع الثاني1428، الموافق 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، عدد31، المعدلة والمتممة للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975، ص51.

[3]رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مذكرة معدة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كليه الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2018-2019، ص73.

[4]القانون عدد 57 لسنة 2000، المؤرخ في 13 جوان 2000.. و المتعلق بإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات و العقود، الرائد الرسمي، عدد 48، السنة143، المؤرخ في الجمعة 13 ربيع الاول1421، الموافق 16 جوان 2000، ص1484.

[5] القانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000، متعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، الرائد الرسمي ، عدد 64، الصادر في 11 أوت 2000 .

وبالعودة للفصل 453 مكرر نجده قد عرف الكتابة الالكترونية على أنها " هي الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف وأرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمّن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة .".

ب) التوقيع الالكتروني

يعد التوقيع الالكتروني إحدى الطرق الالكترونية التي تساهم في إثبات العقود والمعاملات التجارية، حيث يعطي الثقة والأمان بين المتعاملين، لهذا لابد من معرفة مفهوم التوقيع الالكتروني والمنظومات التي تخول لنا استخدام هذه التقنية بأمان.

1) مفهوم التوقيع الالكتروني

عرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني العادي في المادة 2 الفقرة 1 من القانون15- 04[1] بأنه " بيانات إلكترونية في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"، في حين عرفت المادة 7 التوقيع الالكتروني الموصوف بأنه " :التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

لم يعرف المشرع التونسي التوقيع الالكتروني في القانون عدد 83 لسنة 2000بل نص على وجوب وجود منظومة لإحداث الإمضاء الالكتروني، وذلك حسب الفصل 2 فان منظومة إحداث الإمضاء هي " مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات المهيأة خصيصا لإحداث إمضاء الكتروني."

كما وسع المشرع التونسي في مجال المنظومات التقنية المعدة للإمضاء الالكتروني بمنح ترخيص لكل منظومة تستوفي الشروط التقنية والقانونية اللازمة وهذا ما نص عليه الفصل 5[2] " يمكن لكل من يرغب

[1] المادة2، القانون 15-04، المؤرخ في 11 ربيع الثاني1436، الموافق1 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد6، المؤرخ في20 ربيع الثاني1436، الموافق10 فبراير 2015 ، ص7.

[2] الفصل 5، القانون عدد83 لسنة 2000، المرجع السابق، ص3.

في إمضاء وثيقة الكترونية إحداث إمضائه الالكتروني بواسطة منظومة موثوق بها يتم ضبط مواصفاتها التقنية بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات."

وتجدر الإشارة إلى إن المشرع التونسي كان سبقا في مجال التوقيع الالكتروني حيث نص عليه سنة 2000، وهذا ما يبرر له استخدام مصطلح الإمضاء الالكتروني بدل التوقيع الالكتروني، غير أن مصطلح الإمضاء الالكتروني أصبح قاصرا فهو لا يعدوا أن يكون اليوم صورة من صورة التوقيع الالكتروني .

2) منظومة التشفير في التوقيع الالكتروني

تشفير بشكل عام هو عملية الحفاظ على سرية المعلومات (الثابت منها و المتحرك) باستخدام برامج لها القدرة على تحويل وترجمة تلك المعلومات إلى رموز بحيث إذا ما تم الوصول إليها من قبل أشخاص غير مخول لهم بذلك لا يستطيعون فهم أي شيء لأن ما يظهر لهم هو خليط من الرموز والأرقام و الحروف الغير مفهومة، يتم تشفير الملف وفك التشفير عن طريق كلمة السر، التي يجب أن تكون معروفة للطرفين (المرسل والمستقبل) وهذا ما يسمى بالتشفير المتناظر، وكلمة Decryption تعني فك التشفير.

و نظام التشفير معتمد في جميع أنواع التواقيع الإلكترونية ولعل أهم الأنواع المعروفة حتى الآن هي التوقيع الرقمي أو الكودي والتوقيع بالقلم الإلكترونية والتوقيع البيومتري والتوقيع بالضغط على مربع الموافق وقد اخذ المشرع الجزائري بالتشفير من اجل تامين المعلومات الكتابة الالكترونية .

وبالنسبة للتشريع التونسي فانه يتم تأمين سرية المعلومات المضمنة بالوثيقة الإلكترونية عند تبادلها عبر شبكات الاتصال عن طريق عملية التشفير (Cryptage) التى عرّفها المشرع في الفصل من 15 القانون عدد 83 لسنة 2000[1]، وقد تفطن المشرع التونسي إلى ضرورة إيجاد موازنة عادلة بين جعل الوثيقة الالكترونية يمكن فهمها عند الحاجة من قبل الأطراف والقاضي وضرورة تأمين تنقلها وتداولها عبر شبكات الاتصال حفاظا على حرمة المراسلات والحياة الخاصة للأفراد.

ثانيا: حجية المحرر الالكتروني في مواجهة الغير

تتباين حجية وقوة ثبوتية التوقيع الالكتروني وهذا ما سنقوم بتوضيحه من خلال دراسة حجية المحرر الرسمي (أ)، وحجية المحرر العرفي(ب).

أ) حجية التوقيع الالكتروني في إثبات المحررات الرسمية

إن جل قوانين الإثبات التقليدية تورد العديد من الاستثناءات التي تعفي المتعاقد من الدليل الخطي المكتوب والموقع تقليديا، وهي الاستثناءات التي يمكن استغلالها للإثبات بالمحررات الإلكترونية، وأهم هذه الاستثناءات اعتبار المحررات الإلكترونية كصورة أو نسخة من محرر رسمي، أو في حالات لا يتجاوز فيها مبلغ

[1] الفصل15، القانون عدد83 لسنة 2000، المرجع السابق، ص7.

الصفقة حدا معينا، أو في حالة استحالة الحصول على دليل كتابي، أو عند وجود مبدأ ثبوت بالكتابة أو في حالة الغش نحو القانون أو في حالة حرية الإثبات في المواد التجارية.

و يتضح من نص المادة 325 من القانون المدني الجزائري [1] على أنه إذا كانت الصورة مطابقة للأصل، ولم يكن هناك تنازع من أحد الطرفين في صحة هذه الصورة، كانت لها حجية في الإثبات، مما يتيح للأطراف بذلك إمكانية الاستفادة من هذا الاستثناء للإثبات بالمحررات الإلكترونية في ظل غياب قانون يعترف بالإثبات الإلكتروني.

التمعن في إحكام الفصل 453 مكرر من مجلة الالتزامات والعقود [2] نلاحظ أن المشرع قصد بالحفظ سلامة الوثيقة الالكترونية من التحريف والتدليس وضمان سلامتها كذلك من التلف والزوال، لذلك فان الوثيقة الالكترونية تمثل المظهر الأساسي لاندثار الشكل المادي للسند المثبت للالتزامات أو المكون لها ولكن الطابع الالكتروني للوثيقة يورثها ضعفا شديدا إزاء نفس التكنولوجيا التي جعلت منها سندا رقميا إذ بقدر ما هي قادرة على صنعها فإنها قادرة كذلك على تغييرها وإفسادها وتدليسها بشكل غير مبني وهو ما خلق هاجس ضمان عدم إدخال أي تغيير عليها بعنوان ضمان صفة الإثبات المرتبطة بها [3] حتى تتوفر فيها شروط السلامة التي تميز الوثائق التقليدية والتي لا يمكن تغيير محتواها لاحقا من الإطراف أو الغير دون إبقاء أثرا ظاهرا بالكتب [4].

كما نظم المشرع التونسي كذلك عدة تصرفات قانونية شكلية تصعب أن لم نقل يتعذر ملائمة الوثيقة الالكترونية مع مقتضياتها فكلما تعلق الأمر بالتعامل العقاري من بيع ونحوه ، أو بمعاملة تتطلب نظاما إشهاريا محكما وقائما على دفاتر عمومية كما في العقارات المسجلة والأصل التجاري أو بتصرف خطي شخصي أي واجب التحرير من المتعاقد نفسه كالوصية الخطية ، وجب في ذلك تحرير كتب ورقي ولا تقبل الوثيقة الالكترونية.

---

[1] المادة 325، القانون 07-05، المرجع السابق، ص52.

[2] الفصل453مكرر، أمر مؤرخ في 15ديسمبر1906، المجلة المتعلقة بالالتزامات والعقود، معدل بالقانون 57 لسنة2000، المؤرخ في 13 جوان 2000، ص72.

[3] عز الدين بن عمر، العقد الالكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار اللامادية لتنفيذه ، دون طبعة، دون دار نشر، ديسمبر 2001، ص 97 .

[4] رغم إن المشرع التونسي قد ضبط النظام القانوني للوثيقة الالكترونية صلب مجلة الالتزامات والعقود ألا انه لم يبين طرق حفظها رغم ما لهذه المسالة من أهمية قصوى إذ اكتفى المشرع بوضع شرط المحافظة على الوثيقة الالكترونية في شكلها النهائي. غير انه بدراسة مختلف أحكام القانون المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية يتجلى لنا أن المشرع قد اعتمد على تقنية التشفير لحفظ المعلومات الواردة بالوثيقة وقدم لها تعريفا بالفصل الثاني من القانون المذكور وهو: إما استعمال رموز أو 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. وقد عرف القانون المصري التشفير بأنه: " تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغييرها.

و بالرجوع إلى أحكام الفصل 477 المضاف لمجلة الالتزامات و العقود[1] الذي أشار فيه المشرع إلى أن الكتب قد يرتقي إلى الحجة الرسمية إذا أعترف به الخصم أو ثبتت صحته قانونا و لو بغير اعتراف.

ب) حجية المحررات الالكترونية العرفية

يقصد بالمحررات الإلكترونية العرفية المحررات الصادرة من الأفراد دون أن يتدخل في تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، أي أنها محررات غير رسمية ولا تحيط بها الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية.

وبالتالي هي تلك التي تحمل الكتابة والتوقيع، لكن دون أن يقوم بتحريرها موظف عام، فهي محررات صادرة من الأفراد وتصلح أن تكون دليلا كتابيا.

هي كذلك المحررات التي تتم بين ذوي الشأن بأنفسهم بعيدا عن تدخل موظف عام في تحريرها، وكون عدم تحريرها من طرفه هو الذي يعطيها صفة العرفية صادرة ممن وقعها، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خطأ أو إمضاء أو ختم أو بصمة.

وبالنظر إلى موقف المشرع الجزائري نجده اعترف ضمنيا بهذا القول من خلال نص المادة 321 من القانون المدني الجزائري بقوله " :يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ."إذن فالمحررات الإلكترونية العرفية لا تخرج عن هذا المفهوم، أي أنها تخضع لنفس أحكام المحررات العرفية العادية.

بالرجوع إلى الفصل 453 مكرر المضاف لمجلة الالتزامات و العقود من التشريع التونسي[2] يستشف منه أن العقد الإلكتروني تتأرجح حجيته بين الحجة غير الرسمية ،الحجة الرسمية و بداية الحجة المكتوبة فالوثيقة الإلكترونية تعد كتبا غير رسمي إذا كانت محفوظة في شكلها النهائي بطريقة موثوق بها و مدعمة بإمضاء إلكتروني، فهي تعد حجة غير رسمية تكتسي حجية نسبية إذ يمكن إثبات عكس ما ورد بها دون الحاجة للقيام بدعوى الزور.

المحور الثاني دور أجهزة التصديق الالكتروني في حماية التوقيع الالكتروني

إن الثقة و الأمان لدى أطراف العقد الإلكتروني من أهم الأمور التي يجب توافرها في العقود الإلكترونية، وذلك نظرا لما تمتاز به هذه العقود من عدم الالتقاء الفعلي بين أطراف التعاقد ، و لكي تتوافر هذه الثقة بين الأطراف العقد فإن الأمر يستلزم وجود طرف ثالث محايد يعمل في التحقق من صحة التوقيع الإلكتروني، لهذا

[1] لفصل477، أمر مؤرخ في 15ديسمبر1906، المرجع السابق، ص 74.

[2] لفصل453مكرر، أمر مؤرخ في 15ديسمبر1906، المرجع السابق، ص72.

وجب علينا تحديد الجهة أو الهيئة التي تخول لنا معرفة طبيعة التصديق الالكتروني (أولا) ، وكذلك معرفة مقدار الحماية التي يوفرها التصديق الالكتروني للتوقيع الالكتروني(ثانيا).

أولا: هيئات التصديق الالكتروني

بالرجوع إلى المادة 2 الفقرتين 11و12 من القانون 15-04 [1]، نجد أن المشرع الجزائري قد ميز بين نوعين من الجهات المكلفة بالتصديق الالكتروني،الجهة الأولى أعطى لها تسمية الطرف الثالث الموثوق وعرفه حسب المادة 2 الفقرة 11[2] بأنه: "شخص معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، كما قد يقدم خدمات أخرى متعلقة بالتصديق الالكتروني لفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي"،والجهة الثانية أعطي لها تسمية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وعرفها حسب المادة 2 الفقرة 12 بأنها:"شخص طبيعي و معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق الكتروني موصوفة، وقد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الالكتروني[3]. وبذلك نجد أن المشرع ميز لنا بين نوعين من جهات و التصديق، الأولى هو الطرف الثالث الموثوق ولا يكون إلا شخص معنوي ولا يصدر إلا شهادات تصديق الكتروني موصوفة ولفائدة المتدخلين في الفرع الحكومي فقط دون الجمهور مثل الإدارات والوزارات ...الخ. وهو يخضع لرقابة السلطة الحكومية للتصديق الالكتروني[4]، أما الجهة الثانية وهو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، قد يكون شخص طبيعي أو معنوي، يصدر شهادات تصديق الكتروني بسيطة أو موصوفة لفائدة الجمهور، وهو يخضع لرقابة السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني . [5]

والملاحظ أن المشرع أشار إلى وجوب حصول مؤدي خدمات التصديق الالكتروني لصالح الجمهور على الترخيص لمزاولة نشاطها تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني بعد أن يستوفي مجموعة من الشروط .غير انه لم يشر إلى وجوب حصول الطرف الثالث الموثوق والذي يقدم خدمات التصديق لصالح المتدخلون في الفرع الحكومي على ذلك من السلطة الحكومية للتصديق[6].

أحدث المشرع التونسي وكالة متخصصة هي وكالة المصادقة الالكترونية. تم إحداثها بموجب الفصل 8 من القانون 83 عدد لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارية الالكترونية[7]، وهي مؤسسة عمومية ذات

---

[1] المادة 2، الفقرة 11و12، القانون 15-04، المرجع نفسه ، ص7.

[2] المادة 2، الفقرة 12، القانون 15-04، المرجع نفسه، ص7.

[3] المادة 2، الفقرة 12، القانون 15-04، المرجع نفسه، ص7.

[4] عزولة طيموش، علاوات فريدة،التوقيع الالكتروني في ظل القانون 15-04، مذكرة ماستر،التخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر،2016، ص70.

[5] رضوان قرواش، هيئات التصديق الالكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين"المفهوم والالتزامات"، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد24، جوان2017، ص413.

[6] رضوان قرواش،المرجع السابق، ص415.

[7] الفصل8، القانون عدد83 لسنة 2000، المرجع السابق، ص3.

صبغة غير إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي وتخضع في علاقتها مع الغير إلى التشريع الجاري، وتمثل الوكالة الهيكل الأصل المصدر لشهادات المصادقة وهي تسهر خاصة على ضمان سلامة المعاملات والمبادلات الالكترونية في ميدان التجارة الالكترونية والإدارة الالكترونية والخدمات البنكية والمالية والتعليمة والصحية عن بعد، وتضع اتفاقيات اعتراف متبادلة مع سلطات الصادقة الالكترونية الأجنبية ثم تتصرف في شهادات المصادقة الالكترونية وتمنح تراخيص النشاط لموزعي خدمات المصادقة الالكترونية بالإضافة إلى تأمينها للتكوين في مجال الإمضاء الالكتروني وتقنيات الترقيم كما تصادق على منظومات التشفير وتضع المواصفات الفنية لحلول الإمضاء والتدقيق[1].

كما احدث **الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية** بموجب القانون عدد 5 لسنة 2004 مؤرخ في 3 فيفري 2004 المتعلق بالسلامة المعلوماتية[2] وهي مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي وتخضع في علاقتها مع الغير إلى التشريع الجاري، ومقرها بتونس العاصمة وتضطلع هذه الوكالة بمراقبة عامة على النظم المعلوماتية والشبكات الراجعة بالنظر إلى مختلف الهياكل العمومية والخاصة وذلك بواسطة خبراء التدقيق الذين يمكن أن يكونوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين سبقت المصادقة عليهم[3].

وتعمل هذه الهيئات أو الأجهزة على منح وإصدار شهادات تصديق الكترونية.

ب) شهادات التصديق الالكترونية

أطلق المشرع الجزائري عليها تسمية شهادة التصديق الالكتروني، وعرفها بموجب المادة 2 [4]الفقرة 7 من القانون15-04 بأنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت بان الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني والموقع"

ولقد ميز المشرع الجزائري بين نوعين من شهادة التصديق الالكتروني، شهادة التصديق الالكتروني البسيطة وشهادة التصديق الالكتروني الموصوفة من خلال نص المادتين2 الفقرة 7 و15 من القانون 15-04 حيث اعتبرت الأولى شهادة الكترونية بسيطة تربط بين بيانات خاصة بفحص توقيع الكتروني وشخص معين

[1] سنية الأنصاري، الحماية القانونية للمعطيات الالكترونية الشخصية، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، الفرع الجهوي تونس، تونس، 2011، ص 28.

[2] القانون عدد 5 لسنة 2004، مؤرخ في 3 فيفري 2004، المتعلق بتنظيم الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية، الرائد الرسمي، عدد10، مؤرخ في 3 فيفري 2004، ص251.

[3] سنية الأنصاري، المرجع السابق، ص26.

[4] المادة 2، الفقرة 7، القانون 15-04، المرجع السابق، ص7.

إذ تؤكد هويته، واعتبر الثانية شهادة مؤهلة تستوفي الشروط والمتطلبات المنصوص عنها في المادة 15[1]، وهي شهادة تقدم من طرف موثوق أو من طرف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني.

أما المشرع التونسي فقد سمى هذه الشهادة بشهادة المصادقة الالكترونية وعرفها بالمادة 2 الفقرة 3 من قانون عدد 88 لسنة 2000المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية بأنها: " الوثيقة الالكترونية المؤمنة بواسطة الإمضاء الالكتروني للشخص الذي أصدرها والذي يشهد من خلالها، اثر المعاينة، على صحة البيانات التي تتضمنها[2].".

ثانيا الحماية الجزائية للتوقيع والتصديق الالكترونيين

افرد المشرعين الجزائري والتونسي للتصديق والتوقيع الالكلتورنيين حماية خاصة سواء في الجانب المالي و الإداري (أ) أو على الجانب الجزائي (ب).

أ) الحماية المالية والإدارية للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

فرض المشرع الجزائري على مقدمي خدمات التصديق على التوقيع الالكتروني عقوبات مالية وإدارية في حالة إخلالهم بمسؤولياتهم ونصت على هذه العقوبات المواد 64 و 65 من القانون15 –04 في حالة عدم احترام مؤدي خدمات التصديق الالكتروني أحكام ودفتر الأعباء أو سياسة التصديق الالكتروني الخاص به والموافق عليها من السلطة الاقتصادية، تطبق عليه هذه السلطة عقوبة في حالة عدم الامتثال مؤدي الخدمات للأعذار، تتخذ ضده السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني قرار سحب الترخيص الممنوح له وإلغاء شهادته، وحسب الحالة، وبعد موافقة السلطة، تحدد كيفيات تحصيل المبالغ المتعلقة بالعقوبة المالية المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة عن طريق التنظيم."

أما المادة 65 ، فقد نصت على: "في حالة انتهاك مؤدي خدمات التصديق الالكتروني للمقتضيات التي يتطلبها الدفاع الوطني والأمن العمومي، وتقوم السلطة الاقتصادية للتصديق الالكتروني بالسحب الفوري للترخيص، وذلك بعد موافقة السلطة. وتكون تجهيزات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني محل تدابير تحفظية طبقا للتشريع المعمول به، وذلك دون الإخلال بالمتابعات الجزائية[3]."

أما المشرع التونسي فقد نص فالفصل16 من الأمر عدد 2639 لسنة 2008 على انه يمكن حجز وسائل التشفير مهما كان صنفها مؤقتا بدون تعويض بإذن من وزير الدفاع الوطني أو من وزير الداخلية والتنمية

[1] المادة 15، القانون 15-04، المرجع نفسه، ص9.

[2] الفصل2، الفقرة3، قانون عدد 83 لسنة 2000، المرجع السابق، ص1.

[3] المادة 65، القانون 15-04، المرجع السابق، ص18.

المحلية كلما تبين أن استعمال هذه الوسائل يخل بالدفاع الوطني أو بالأمن العام ومن وزير تكنولوجيات الاتصال كلما تبين أن استعمال هذه الوسائل يخل بسلامة شبكات الاتصال[1].

ب) الحماية الجزائية لتوقيع والتصديق الالكترونيين.

وسنذكر بعض الأحكام التي يتشابها فيها التشريعيين وتبقى هته الإشارة للأحكام على سبيل الذكر لا الحصر.

"يعاقب بالحبس من ثلاثة (3) أشهر إلى ثلاث (3) سنوات وبغرامة من عشرين ألف (20,000) دج إلى مائتي ألف دينار (200,000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من أدلى بإقرارات كاذبة للحصول على شهادة تصديق الالكتروني موصوفة[2]." .

يعاقب كل من صرح عمدا بمعطيات خاطئة لمزود خدمات المصادقة الالكترونية ولكافة الأطراف التي طلب منها أن تثق بإمضائه بالسجن لمدة تتراوح بين 6 أشهر وعامين وبخطية تتراوح بين 1.000 و 10.000 دينار تونسي أو بإحدى هاتين العقوبتين[3].

يعاقب بالحبس من سنة (1) واحدة إلى ثلاث (3) سنوات، وبغرامة من مائتي ألف دينار(200,000دج) إلى مليوني دينار(2.000,000 دج) أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، كل من يؤدي خدمات التصديق الالكتروني للجمهور دون ترخيص أو كل مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يستأنف أو يواصل نشاطه بالرغم من سحب ترخيصه[4].

يعاقب كل من يمارس نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية بدون الحصول على ترخيص مسبق طبقا للفصل 11 من هذا القانون بالسجن لمدة تتراوح بين شهرين و3 سنوات وبخطية تتراوح بين 1.000 و10.000 دينار تونسي أو بإحدى هاتين العقوبتين[5].

خاتمة:

من خلال ما سبق، نرى بأن المشرع الجزائري وفق نسبيا عند التطرق للتوقيع الالكتروني أكثر مما وفق المشرع التونسي، بالرغم من أن التوقيع الالكتروني واقعة مستجدة على الفكر القانوني مما دفع التشريعين الجزائري والتونسي إلى إصدار قوانين لتنظيم التوقيع الالكتروني وتعتبر تونس سباقة عن الجزائر في هذا المجال، إلا انه لازال الغموض يشوب هذا المصطلح الحديث حيث أوردنا أحكاما بينت ماهيته. وقد أدي

[1] الفصل 16، الأمر عدد 2639 لسنة 2008، مؤرخ في 21 جويلية 2008، يتعلق بضبط شروط وإجراءات توريد وتسويق وسائل أو خدمات التشفير عبر شبكات الاتصال، الرائد الرسمي، عدد61،المؤرخ في 29 جويلية 2008، ص2737.

[2] المادة 66، القانون 15-04، المرجع السابق، ص18.

[3] الفصل47، القانون عدد83 لسنة 2000، المرجع السابق10.

[4] المادة 72، القانون 15-04، المرجع السابق، ص18.

[5] الفصل46، القانون عدد83، لسنة 2000، المرجع السابق، ص10.

اختلاف التقنية المستخدمة في تسجيل منظومة التوقيع الالكتروني إلى ظهور عدة أشكال مختلفة له، من ضمنها ما يعتمد على الأرقام أو الأحرف أو الرموز أو الأصوات ومنها ما يعتمد على الخواص الطبيعية والفيزيائية للإنسان ولكل شكل من هذه الأشكال قوة ثبوتية تختلف عن الأخرى.

إن للتوقيع الالكتروني القدرة على تحقيق وظائف التوقيع التقليدي، بل أكثر من ذلك فالتوقيع الالكتروني إضافة إلى هذه الوظائف فانه يتوقف على التوقيع التقليدي في كونه يحقق سلامة العقد، وذلك في الصورة الرقمية التي تتميز عن باقي صور التوقيع الالكتروني الرقمي هو الوحيد الذي يقدر على تحقيق هذه الوظائف دون باقي صور التوقيع الأخرى.

وبناء على ما سبق تم التوصل إلى التوصيات التالية :

- ينبغي على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بالمعاملات الالكترونية علي الرغم انه ابدي خطوة حين اصدر قانون التوقيع و التصديق الالكتروني إلا انه ليس ذلك القانون الذي ينص علي مفاهيم خاصة بالمعاملات الالكترونية كالكتابة الالكترونية و السند الالكتروني.
- لابد من إعداد النصوص التطبيقية وتهيئة أو بناء المحلات التقنية للسلطات واقتناء التجهيزات الضرورية.
- يجب على المشرع التونسي تحيين قواعده القانونية المتعلقة بالتوقيع الالكتروني.
- عقد دورات تدريبية لمهندسي المعلوماتية الجزائريين في تونس فبالرغم من أن القوانين التونسية تحتاج إلى تجديد فان هذا لا ينفي امتلاكها لخبرة معتبرة في مجال المعاملات الالكترونية.

قائمة المراجع :

المراجع المتخصصة:

- عز الدين بن عمر، العقد الالكتروني بين زوال السند المادي عند إبرامه والآثار اللامادية لتنفيذه ، دون طبعة، دون دار نشر، ديسمبر 2001.
- مناني فراح، أدلة الإثبات حديثة في القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2003.

القوانين والأوامر:

القوانين:

- القانون 07-05، المعدل والمتمم للقانون المدني، المؤرخ في 25 ربيع الثاني1428، الموافق 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية، عدد31، المعدلة والمتممة للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان 1395، الموافق 26 سبتمبر 1975.
- القانون 15-04، المؤرخ في 11 ربيع الثاني1436، الموافق1 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد6، المؤرخ في20 ربيع الثاني1436، الموافق10 فبراير 2015.

- القانون 15-04، المؤرخ في 11 ربيع الثاني1436، الموافق1 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية، العدد6، المؤرخ في20 ربيع الثاني1436، الموافق10 فبراير 2015.
- القانون عدد 5 لسنة 2004، مؤرخ في 3 فيفري 2004، المتعلق بتنظيم الوكالة الوطنية للسلامة المعلوماتية، الرائد الرسمي، عدد10، مؤرخ في 3 فيفري 2004.
- القانون عدد 57 لسنة 2000، المؤرخ في 13 جوان 2000، و المتعلق بإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات و العقود، الرائد الرسمي، عدد 48، السنة143، المؤرخ في الجمعة 13 ربيع الاول1421، الموافق 16 جوان 2000.

- القانون عدد 57 لسنة 2000، المؤرخ في 13 جوان 2000، و المتعلق بإتمام بعض فصول مجلة الالتزامات و العقود، الرائد الرسمي، عدد 48، السنة143، المؤرخ في الجمعة 13 ربيع الاول1421، الموافق 16 جوان 2000.

- القانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000، متعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، الرائد الرسمي ، عدد 64، الصادر في 11 أوت 2000 .

- القانون عدد 83 لسنة 2000، مؤرخ في 9 أوت 2000، متعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، الرائد الرسمي ، عدد 64، الصادر في 11 أوت 2000 .

الأوامر:

- الأمر عدد 2639 لسنة 2008، مؤرخ في 21 جويلية 2008، يتعلق بضبط شروط وإجراءات توريد وتسويق وسائل أو خدمات التشفير عبر شبكات الاتصال، الرائد الرسمي، عدد61،المؤرخ في 29 جويلية 2008.
- أمر مؤرخ في 15ديسمبر1906، المجلة المتعلقة بالالتزامات والعقود، معدل بالقانون 57 لسنة2000، المؤرخ في 13 جوان 2000.

المذكرات العلمية:

- رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مذكرة معدة لنيل شهادة الماستر، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج، البويرة، الجزائر، 2018-2019، ص73.
- سنية الأنصاري، الحماية القانونية للمعطيات الالكترونية الشخصية، محاضرة ختم تمرين، الهيئة الوطنية للمحامين بتونس، الفرع الجهوي تونس، تونس، 2011.
- عزولة طيموش، علاوات فريدة،التوقيع الالكتروني في ظل القانون 15-04، مذكرة ماستر،التخصص القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، الجزائر،2016.

المجلات القانونية:

- رضوان قرواش، هيئات التصديق الالكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الالكترونيين"المفهوم والالتزامات"، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد24، جوان2017.

التفاوض الالكتروني في العقود الإلكترونية: عقد العمل عن بعد نموذجا

د. ربـــعية رضوان، ط .د. شرايطة أمينة، جامعة شاذلي من جديد- الطارف

د .شرايطة أمينة، جامعة 20 أوت 1955 سكـيكدة

الملخص:

الملاحظ أن تكنولوجيا المعلومات ما ان تغلق بابا حتى تفتح أخر أكثر رحابة واتساعا، وذلك لما تتيحه من بدائل كثيرة لإعادة تشكيل مفاهيم وصياغة علاقات ونظم وبيئات مختلفة، ولقد شهد العالم في هذه السنوات القليلة سلسلة من التحولات في الفكر القانوني نتيجة تحولات تقنية في مجال الاتصال والمعلومات، اضافة الى بعض التهديدات التي وجب مسايرتها لعل ابرزها ظهور وباء عالمي – فيروس كورونا- مما كان لها عظيم الأثر في ظهور انماط جديدة للعمل تتواءم معها، لعل ابزها "العمل عن بعد" الذي احدث تغيرا جذرا على بيئة العمل التقليدية، هذا الاخير الذي يعد احد العقود الالكترونية والتي تثير جدل فقهي ونقاش قانوني محتدم بخصوص تطور النظام العقدي ومدى قدرة القواعد التقليدية على مسايرة واقع انعقاد العمل عن بعد الذي يتميز بمرحلتين مرحلة انعقاد ومرحلة سابقة على انعقاد العقد هذه الأخير موضوع الدراسة. الأمر الذي سنتناول فيه مرحلة التفاوض الالكتروني على عقد العمل عن بعد من حيث بيان دلالاتها وأحكامها والتزامات طرفيها.

الكلمات المفتاحية: تكنولوجيا المعلومات، العمل عن بعد- عقد الكتروني- التفاوض الالكتروني.

Summary:

It is noticeable that as soon as information technology closes one door, it opens another more spacious and spacious, because it provides many alternatives to reshape concepts and formulate different relationships, systems and environments. In these few years, the world has witnessed a series of transformations in legal thought as a result of technical shifts in the field of communication and information, in addition to some threats that must be kept pace with, perhaps the most prominent of which is the emergence of a global epidemic - the Corona virus - which had a great impact on the emergence of new patterns of work that are compatible with it, Perhaps the most prominent of these is "remote work", which has radically changed the traditional work environment. Ce dernier, qui est considéré comme l'un des contrats électroniques, qui soulève une controverse jurisprudentielle et un débat juridique intense concernant le développement du système contractuel et la capacité des règles traditionnelles à faire face à la réalité de la téléconférence, qui se caractérise par deux phases: l'étape du contrat et l'étape précédant la conclusion du contrat The subject of the study in which we will deal with the stage of electronic negotiation on a remote work contract in terms of indicating its implications, provisions and obligations of both parties

Key words: information technology, networking, electronic contract, electronic negotiation.

تمهيد:

في ظل التغيرات الاقتصادية الراهنة والتطور التكنولوجي، شهدت العديد من المفاهيم القانونية تحولات جذرية من الشكل التقليدي الى الشكل الإلكتروني ولعل اهم نتاج لذلك هو ولادة مفهوم جديد أطلق عليه العمل عن بعد، بل تزايد وتنامى الاعتماد عليه مع ظهور تهديد الوباء العالمي فيروس كورونا لدى اغلب شعوب العالم، اين اصبح العمل يتم انجازه بعيد عن مكان العمل بواسطة استغلال تقنيات المواصلات والمعلومات في المنزل مثلا

هذا الأخير – العمل عن بعد- يعد من طائفة العقود الالكترونية التي يتم فيها توافق ارادتين بوسائل الكترونية من خلال شبكة الإنترنت هذا من شانه أن يؤدي الى اثارة بعض المشكلات القانونية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه خاصة بظهور التوقيعات الإلكترونية كما ان عقد العمل عن بعد قد ينعقد دون حضور مادي ملموس لطرفيه بمجلس العقد، فيكون كل طرف في مكان يختلف عن مكان الطرف الأخر ويفصل بينهما بعدا جغرافيا، ومن ثم فان مجلس العقد لا يكون مجلسا حقيقيا وإنما مجرد مجلسا حكميا او افتراضي متعاصر. الأمر الذي برر الحاجة الى وجود تشريعات تنظمه، الهدف منها خلق اتزان تعاقدي بين الأطراف، خاصة أن نظرية العقد لا تنسجم دائما في اطار العقود الالكترونية.

ويتميز عقد العمل عن بعد كغيره من العقود الالكترونية بمرحلتين مرحلة انعقاد ومرحلة سابقة على انعقاد العقد- التفاوض- هذه الاخير موضوع الدراسة.

ونظرا لتعقد عملية التفاوض خاصة التي تتم عبر وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد ما تطرحه من اشكالية جدية الارادة المقابلة في الابرام والتفاوض ومدى توفر الشروط القانونية اللازمة لترتيب الآثار المرجوة من العقد ومدى التزام الطرف – العامل- بتنفيذ ما اتفق عليه ومن هنا تبرز أهمية الموضوع في تحديد المعنى الدقيق للتفاوض الالكتروني في عقد العمل بعد وأهميته القانونية وخصائصه وفق القانون الجزائري ومعرفة مدى مسايرته المشرع الجزائري للركب الحضاري في مجال التفاوض في العقود الالكترونية(عقد العمل عن بعد نموذجا) .

لذا فإن الاشكالية التي يطرحها موضوع المداخلة تتمثل وما هي القواعد القانونية الخاصة التي تحكم المرحلة السابقة لإبرام عقد العمل عن بعد بوصفه عقد الكترونيا دو مجلس افتراضي ؟ ومدى استجابة المشرع الجزائري في مسايرة تنظيم مثل هذه العقود؟

وسنحاول الاجابة عن هاته الاشكالية المركبة وفق الخطة التالية مع الاعتماد على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن:

- ❖ المحور الأول: ماهية التفاوض الالكتروني في عقد العمل عن بعد

❖ المحور الثاني: أحكام التفاوض الالكتروني في عقد العمل عن بعد

المحور الأول: ماهية التفاوض الاكتروني في عقد العمل عن بعد

تعتبر مرحلة التفاوض من أهم المراحل التي تسبق الإبرام النهائي للعقود خاصة إن كنا أمام عقد الكتروني يثير العديد من التساؤلات والغموض بين أطرافه، لذا وجب أن تكون هناك مرحلة تمهيدية تسبق الموافقة النهائية لتأكد من شخصية المتعاقد وطبيعة المحل وطرق التنفيذ إلى غير ذلك .

ولتحديد مفهوم التفاوض الإلكتروني في عقود العمل عن بعد سنتطرق بداية إلى تحديد مفهوم التفاوض بإعتباره مرحلة سابقة وضرورية لإبرام عقد العمل الذي يتم عن بعد (المطلب الأول) ثم نتطرق إلى مفهوم عقد العمل عن بعد (المطلب الثاني)

المطلب الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني

لإعطاء مفهوم دقيق لتفاوض الإلكتروني سنتطرق إلى تعريفه وخصائصه (الفرع الأول) ثم نتطرق إلى الالتزامات الناتجة عنه (الفرع الثاني)

الفرع الأول:تعريف التفاوض الإلكتروني وخصائصه

أولا: تعريف التفاوض الإلكتروني

هناك العديد من التعاريف التي تناولت التفاوض الإلكتروني حيث عرف بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض وليكون كل منهما على بينة بأفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفين [1].

كما عرف بأنه قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والآراء والدراسات والتقارير الفنية والاستشارات القانونية ومناقشة ما يضعانها سوية أو ينفرد بوضعها أحدهما من اقتراحات وأراء بغية الوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما ولتحديد ما يسفر عنه الاتفاق النهائي بينهما من حقوق والتزامات على كل منهم [2].

[1]-أرجيليوس رحاب ، مسعودي يوسف، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني ، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية عدد 3 ، المركز الجامعي ، تيندوف، مارس 2018 ، ص 52 .

[2]-ايناس مكي عبد الناصر ، التفاوض الإلكتروني –دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة - ، مجلة جامعة بابل للعلوم الانسانية ، مجلد 21 ، عدد 3، 2013 ، ص 948.

وعرف بأنه "العرض الموجه للعامة أو لشخص محدد بهدف تبادل الآراء لإبرام العقد بحيث يحاول كل طرف من طرفي العقد تحديد مضمون ما عليه وله من حقوق والتزامات تقتضيها مصالحه مستخدما كافة الوسائل الممكنة معتمدا على براءته التجارية "[3].

ما تجدر الاشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يتطرق صراحة إلى مرحلة التفاوض الإلكتروني التي تسبق مرحلة إبرام العقد، لكنه تطرق إلى مفهوم العقد الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية رقم 18-05من خلال المادة 6 ف 2 التي أحالت الى المادة 3 من القانون رقم 04 -02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية حيث جاء فيها "العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04 -02 المؤرخ في جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني " أما المادة 3 من القانون 04 -2 فقد حاء فيها "العقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لايمكن هذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه ...."

وهذا على العكس بعض التشريعات العربية كالتشريع المصري والتونسي اللذان تطرقان لتفاوض الإلكتروني صراحة كمرحلة تسبق ابرام العقد الإلكتروني وهذا ما يستفاد من نص الفصل الخامسة والعشرين من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 بوجود مرحلة التفاوض من خلال الالتزامات التي رتبها على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل ابرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسندي الخدمات وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة، طبيعة وخاصيات وسعر المنتج .

أما التشريع المصري فقد نص صراحة في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية وذلك من خلال تعريفه للعقد الإلكتروني بأنه عقد تصدر فيه ارادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه وتبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني.

ثانيا: خصائص التفاوض الإلكتروني

1-عقد رضائي: يعد عقد التفاوض الإلكتروني من العقود التي تقوم على التراضي، حيث يكفي فيه توافر الارادتين دون اشتراط شكل معين ويظل عقد رضائي حتى ولو كان العقد النهائي عقد شكل وعليه يكفي الإيجاب الإلكتروني بالقبول الإلكتروني على شبكة الانترنت دون الحاجة إلى اتباع شكل معين [4].

[3]-العلي هاشم محمود محمد ، أحمد أبو شنب ، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ماقبل انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الأردني، رسالة ماجستر، جامعة عمان العربية ، كلية القانون ، الأردن، 2018 ، ص 15.

[4]-أرجيليوس رحاب ، مسعودي يوسف، المرجع السابق ، ص 53.

2-التفاوض على العقد ثنائي الجانب: التفاوض على العقد يجب أن يتم من خلال شخصين فأكثر بالتحاور عن طريق المراسلات التي تتضمن الشروط التي يرغب كل من الطرفين توفرها في موضوع التزامه لتحديد رغباته الأساسية من موضوع الالتزام، والذي يتم من خلال صفحة البيانات أو محركات البحث الويب المتوفرة على شاشات الأنترنات[5].

3-تصرف إرادي: فكل طرف له الحرية الكاملة في الدخول ومباشرة المفاوضات أو الاستمرار فيها أو الانسحاب منها ولو في اللحظة الأخيرة وأساس ذلك يرجع إلى مبدأ حرية التعاقد[6].

4-عقد تمهيدي: يعتبر التفاوض على العقد الإلكتروني مرحلة تمهيدية لإبرامه إذ يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين فإنه يهدف في النهاية إلى ابرام العقد بعد قيام الطرفين بالتمهيد لإبرامه بالتفاوض بعد التوصل لاتفاق يقود الطرفين في الأخير إلى بلورته إلى إتفاق نهائي [7].

5-التفاوض مرحلة ذو نتيجة احتمالية: إذ ليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى ابرام العقد وانما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء كون التفاوض العقدي يحكمه مبدآن الأول مبدأ حسن النية والثاني مبدأ حرية التفاوض[8].

وعليه ومن خلال ما سبق يمكن القول أن التفاوض الإلكتروني هو مرحلة تمهيدية رضائية تتم من طرف شخصين فأكثر تهدف لتحضير لإبرام عقد نهائي، بحيث يكون لكلا الطرفان الحرية في التفاوض والحرية في قبول أو عدم قبول التعاقد .

الفرع الثاني: الالتزامات الناتجة عن التفاوض الإلكتروني

ينشأ عن التفاوض الإلكتروني مجموعة من الالتزامات يجب على الأطراف احترامها والتقيد بها حيث عدم احترامها سيؤدي إلى قيام المسؤولية وهذه الالتزامات تتمثل أساسا في:

أولا: الالتزام بالإعلام

بداية يجب الاشارة أن المشرع الجزائري لم يتطرق ولم يعطي أي مفهوم للالتزام بالإعلام الإلكتروني فقط هو تناول حماية المستهلك من مخاطر الاعلان في العقود التقليدية من خلال القانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش غير أن الالتزام بالإعلام عرف بأنه التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزامات أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر كافة البيانات الازمة لتولد الرضا الكامل للمتعاقد الآخر

[5]- العلي هاشم محمود محمد ، أحمد أبو شنب، المرجع السابق ، ص 19.

[6]-عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مج 1 ، نظرية الإلتزام بوجه عام ، مصادر الاتزام ، ط3 ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت 2000 ، ص 221 .

[7]-أرجيليوس رحاب ، مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 53.

[8]- ايناس مكي عبد الناصر ، المرجع السابق ، ص 930.

من خلال رسائل تحتوي على كافة تفصيلات العقد لظروف واعتبارات معينة تعود لطبيعة العقد أو شخص المتعاقد أو طبيعة المحل أو اي اعتبارات أخرى من المستحيل على أحد طرفي العقد أن يلتزم بتلك البيانات والشروط تبعا لهذه الاعتبارات والبيانات[9]، وعليه فإن الالتزام بالتفاوض الإلكتروني هو إلتزام قانوني يسبق العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين الذي يملك معلومات جوهرية فيم يخص العقد وتقديمها بوسائط الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة[10].

ثانيا: الالتزام بحسن النية

المقصود بها أن تتسم عملية التفاوض بالنزاهة والأمانة والثقة مع الامتناع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضة أو محاولة التضليل للإضرار بالطرف الآخر[11].

ثالثا: الالتزام بالسرية

ان سير المفاوضات يستلزم الكشف عن العديد من الأسرار من طرف للطرف الآخر عبر الوسيلة الإلكترونية، مما يستتبع معه امتناع المتفاوض كلية عن افشاء هذه الأسرار أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو حتى بعد فشل المفاوضات، وأن يمتنع أيضا عن استغلالها لحسابه بدون إذن صحابها.

وتبقى للقاضي السلطة التقديرية في تحديد الأسرار بطبيعتها وهل يعد هذا الالتزام من مقتضيات حسن النية ويختلف باختلاف الظروف والأشخاص والوقائع، فما يعتبر سرا في مكان ووقت معين لا يكون سرا في وقت ومكان آخر، فتحديد معنى السرية مسألة واقعية من وظائف القاضي[12].

رابعا: الالتزام بالتعاون

ان الالتزام بالتعاون في مجال التفاوض الإلكتروني هو التزام يفرضه واجب حسن النية حيث يوجب على المتفاوضين أن يلتزما بالتعاون وذلك بتحديد الهدف والغاية الأساسية من العقد الذي يسعى المتعاقدان لإبرامه بكل وضوح وليتمكن كل منهما بدراسة ظروفه وظروف الآخر ومدى قدرته على ابرام العقد[13].

المطلب الثاني: مفهوم العمل عن بعد

لتوضيح العمل عن بعد سنتطرق إلى تعريف (الفرع الأول) ثم صوره (الفرع الثاني)

---

[9]- العلي هاشم محمود محمد ، أحمد أبو شنب ، ص 23.

[10]-كحلول سامي ، بن طاية زوليخة ، حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض ، مجلة الاجتهاد القضائي ، عدد 14 جامعة محمد خيضر ، بسكرة ، 2017 ، ص 641.

[11]-أرجيليوس رحاب ، مسعودي يوسف، المرجع السابق، ص 60.

[12]العلي هاشم محمود محمد ، أحمد أبو شنب ، ص 27.

[13]-أرجيليوس رحاب ، مسعودي يوسف ، ص 64.

الفرع الأول: تعريف العمل عن بعد

المشرع الجزائري لم يتطرق إلى التنظيم القانوني لمسألة العمل عن البعد على الرغم من أهميتها خاصة مع التطور التكنولوجي الذي يشهده العالم في الآونة الأخيرة أين يكاد يصبح العالم عالم افتراضي كون كل المعاملات تقريبا أصبحت تؤدى عبر وسائط الاتصال الإلكتروني، غير أن المشرع الجزائري كما أشرنا سابقا قد تناول وقنن مسألة العقد الإلكتروني من خلال نص المادة 6 من القانون 05-18 المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وباعتبار أن عقد العمل من بين العقود التي تفرض وجود ايجاب وقبول بين الطرفين يمكن أن تطبق عليه أحكام نص هذه المادة .

غير أن العمل عن بعد فقد عرف من طرف منظمة العمل الدولية على أنه (طريقة للعمل فيها: أ – يؤدي العمل بعيدا عن المكتب الرئيسي أو مواقع الانتاج، حيث يكون العامل منفصلا عن الاتصال الشخصي مع العاملين الاخرين، ب-وتقوم التكنولوجيا الحديثة بتعويض هذا الانفصال من خلال تسهيل عملية الاتصال)[14]

وقد عرف من طرف الاتفاق النموذجي الأوروبي المؤرخ في 25 تموز 2002 بأنه العمل الذي يؤديه العامل التابع أو المستقل باستخدام وسائل الاتصال السلكية أو اللاسلكية ونظم المعلومات بصفة أساسية لهذا العمل، ويمكن أيضا إنجاز العمل داخل العمل وخارجه بشكل منتظم[15].

أما فقها فقد تعددت التعاريف التي أعطاها الفقهاء له حيث عرف العمل بأنه "الاتفاق الذي يبرم ويوقع بين طرفي العقد، لأداء المؤدى في الأماكن البديلة ووفقا للشروط التي تضعها المنشأة والتي تطبق على العاملين"[16].

كما عرف بأنه " العقد الذي يبرم بين عامل ما وصاحب عمل والذي يكون فيه تنفيذ العامل لعمله خارج مقر العمل المعتاد وبعيدا عن الاشراف المباشر لصاحب العمل، وذلك عن طريق استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة[17].

مما سبق يتضح لنا أن عقد العمل عن بعد يشتمل على العناصر التالية:

1-الأجرة: والتي تتمثل بالمقابل الذي يتفق عليه الطرفين مقابل أداء العمل

---

[14]-العرايشي عمر أحمد، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني ، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ، مجلد 9 ، عدد 4 ، جامعة مؤتة، ص 121.

[15]-محمد عبد الحفيظ عبد الرحمان المناصير ، النظام القانوني لعقد العمل عن بعد، دراسات علوم الشريعة والقانون ، مجلد 46 ، عدد 1 ، الجامعة الأردنية ، 2019 ، ص 247.

[16]-المرجع نفسه ، ص 247.

[17]- نجلاء توفيق نجيب فليح ، نادية محمد مصطفى قرماز ، التكييف القانوني للعمل عن بعد : دراسة مقارنة ، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية ، مجلد 18 ، عدد 1 ، 2018، ص 205.

2-العمل ويتمثل في الجهد الذي يبذله العامل في أداء العمل

3- التبعية وهي أن يعمل العامل عن بعد تحت اشراف ورقابة صاحب العمل

4-استخدام الوسائل التكنولوجيا الحديثة: وتتمثل بأداء وتنظيم العمل عن بعد من خلال استخدام الوسائل التكنولوجيا الحديثة حيث يؤدي العامل عمله في أي مكان.

الفرع الثاني: خصائص العمل عن بعد

للعمل عن بعد مجموعة من الخصائص التي جعلته يعرف تطورا وإقبالا ملحوظا في الآونة الأخيرة في شتى الميادين ومن أهم هذه الخصائص نذكر:

أولا: تميز العمل عن بعد بالموازنة بين المرونة والانتاجية في العمل، حيث أن العمل عن بعد أحدث تأثيرات ايجابية على مستوى تحسين انتاجية المؤسسات وتحسين شروط تشغيل العمال من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، ويتحقق ذلك من خلال انخفاض تكاليف الانتاج من جهة وتوفير المرونة في التشغيل من جهة أخرى[18].

ثانيا: تحقيق التوازن في الوظائف بين المناطق الجغرافية المختلفة، مما يسمح بالمزيد من الامركزية لأداء الأنشطة والمهام وبالتالي تخفيف الضغط على العواصم، ويؤدي إلى التقليل من استخدام السيارات مما يخفف من الازدحام المروري وبالتالي التقليل من تلوث البيئة والمساهمة في اشراك العديد من فئات المجتمع للانخراط في سوق العمل خاصة ذوي الاعاقة، مما يكون له دور ملموس في المساعدة للقضاء على البطالة[19].

ثالثا: يوفر العمل عن بعد نظاما لا مركزيا للإدارة وهو نظام يمكن أن يعلو على النظام المركزي الهرمي الذي يمثل قيودا إدارية على سلاسة العمل وسرعته والذي يحمل المنشآت رواتب جسيمة خاصة فيما يتعلق برواتب كبار الموظفين في أعلى سلم الهرم الإداري .

لكن على الرغم من الخصائص الايجابية للعمل عن بعد لا يمكن إخفاء أنه له عيوب كثيرة أهمها أن العمل عن بعد قد يؤدي إلى عزل العامل عن المجتمع وقد يؤثر هذا عليه من الناحية النفسية، كما أنه قد يؤدي الى اضمحلال الوظائف المتعلقة بالخدمات المباشرة بالعميل وإهدار حقوق العمال وذلك لغياب النقابات العملية وصعوبة معاملة المؤسسات التي تتبع أسلوب هذا العمل ضريبيا، كما يحتاج تطبيقه تكاليف تأسيسية عالية من خلال تأسيس بنية تكنولوجيا ابتداء من التدريب والاتصالات و وضائف الدعم التقني[20].

[18]-محمد عبد الحفيظ المناصير، المرجع السابق ، ص 250.

[19]-العرايشي عمر أحمد، المرجع السابق ، ص 130.

[20]-محمد عبد الحفيظ المناصير، المرجع السابق ، ص 251.

المحور الثاني: أحكام التفاوض الالكتروني في عقد العمل عن بعد

لما كان عقد العمل عن بعد من العقود الإلكترونية فان هذا العقد يتساوى مع بقية العقود بقيامه على مبدأ الرضائية بقصد احداث اثر قانوني معين، بمعنى انه ينعقد بمجرد تبادل طرفي العقد التعبير عن ارادتيهما وتطابقهما، ويستوي ان تكون هذه الارادة سليمة غير مشوبة بعيوب الارادة وهو ما يطلق عليه "تعبير التراضي في عقد العمل عن بعد" هذا الاخير الذي يكون تعاقدا بين حاضرين يضمهما مجلس عقد حقيقي وقد يكون اقتران القبول بالايجاب عن بعد اي في مجلس عقد حكمي، ونظرا لطبيعة التعاقد الالكتروني فقد اختلطت الأوراق وتعقدت الامور لدرجة ان القواعد العامة للتراضي لم تستوعب مستجدات الثورة التكنولوجية، الامر الذي استحدثت فيه قواعد جديدة للإيجاب والقبول عبر الوسيط الالكتروني وظهرت موازين قلبت مستوى مجلس العقد. فماهي قواعد الايجاب والقبول في التعاقد الاكتروني؟ هل تطبق على جميع صور التعاقد ام ان لعقد العمل عن بعد خصوصية؟ ماهي المميزات التي استحدثت في مجلس العقد الالكتروني؟ كل هذه لتساؤلات وغيرها سنجيب عنها ضمن هذا المحور فيما يلي:

المطلب الأول: خصوصية التراضي الالكتروني عند ابرام عقد العمل عن بعد

ينتهي التفاوض الالكتروني على العقد قانونا في الوقت الذي يصدر فيه الايجاب اذ في هذه اللحظة الحاسمة تكون المفاوضات قد حققت الغرض الأسمى منها، وهو توصيل الطرفين المتفاوضين الى اتفاق على جميع المسائل الجوهرية او الاساسية للعقد الذي يسعيان لابرامه، ومن تم تنتهي مرحلة المفاوضات وتبدأ مرحلة ابرام العقد، وبالتالي يعتبر الايجاب الحد الفاصل بين مرحلة التفاوض على عقد العمل ومرحلة ابرامه، والملاحظ ان هذا التفاوض في هذه العقود لا يجمعها مكان فهي تنتمي الى طائفة العقود التي تتم بين غائبين حاضرين، وينعقد عقد العمل عن بعد اذا اقترن الايجاب بالقبول المناسب يترتب عليها اثارفي مواجهة الطرفين[21].

الفرع الأول: قواعد الايجاب والقبول في عقد العمل عن بعد

يجب حتى ينعقد عقد العمل عن بعد توافق ارادتين على العناصر الجوهرية للعقد صراحة او ضمنا، اضافة الى ذلك ان يكون محل التزام كل من العامل ورب العمل ممكنا ومشروعا، ويأخذ حكم المحل غير المشروع، أداء اعمال مثلا غير مرخص بها، حيث يفقد هنا هذا العامل الصفة المهنية للمزاولة.

أولا: الايجاب الإلكتروني: يعرف الايجاب بمعناه العام على انه " تعبير منفرد الجانب عن الارادة موجه الى الجمهور او الى شخص محدد بغرض ابرام العقد" ولقد نصت عليه المادة 60 من ق. م .ج على انه "

[21]- جمال ابو الفتوح محمد، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات على عقد العمل: دراسة مقارنة، مجلة لبحوث القانونية والاقتصادية، عدد65، كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، سنة 2018 ص 599.

التعبير عن الارادة يكون باللفظ او بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويجوز ان يكون التعبير عن الارادة ضمنيا اذا لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا"

ومصطلح الالكتروني اذا ما اضيف الى الايجاب لا يخرجه عن معناه الأصلي وفق للنظرية العامة التقليدية، فهي عبارة عن وصف لا اكثر[22].

وعليه يمكن تعريف الايجاب الالكتروني بأن تعبير جازم عن الارادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كليهما وتتضمن كافة الشروط والعناصر الاساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد به العقد اذا ما تلاقى معه القبول. وعليه فان الايجاب الصادر في عقد العمل عن بعد هو تعبير قاطع وجازم عن ارادة الراغب في التعاقد سواء أكان العامل او صاحب العمل، ويتم التعبير عنه باستخدام وسيط الكتروني يتضمن كافة الشروط والمسائل الجوهرية في عقد العمل عن بعد[23].

وعليه لا يختلف مضمون الايجاب في عقد العمل عن بعد عن مضمون الايجاب الالكتروني ويتعين محل عقد التفاوض الالكتروني يكون برسم المسار الذي يسلكه الطرفان في تفاوضهما، لذا لابد ان يشمل عقد العمل عن بعد كافة العناصر الجوهرية لعقد التفاوض الالكتروني كتحديد ما يحتاج اليه تحديدا نافيا للجهالة عن طريق تحديد المطلوب من الطرفين للوصول الى العقد النهائي، وذلك بان يحدد محل العقد ونوع العمل المطلوب وطبيعته والكمية التي يحتاج اليها والمواصفات المتطلبة فيه وكيفية تسليم المنتج ومصروفات الشحن والتسليم[24].

كما يجب ان يتناول الايجاب في عقد العمل عن بعد مسألة تحديد الأجر وملحقاته تحديدا كافيا وهل يشمل الأجر اسعار النقل والرسوم الجمركية من عدمه وبيان كيفية الدفع والعملة التي يتم السداد من خلالها والعنوان الذي ينبغي ان يتم الوفاء فيه ولا فان الايجاب يكون غير جازم. وبجانب ذلك يجب تحديد العمل المطلوب بحيث يتراضى عليه الطرفان فإذا اتجه قصد العامل الى القيام بعمل معين، واتجه قصد صاحب العمل الى القيام بعمل آخر فلا ينعقد العقد في هذه الحالة لعدم التراضي على العمل لذلك ينبغي ان يكون محل العقد ممكن ومشروع طالما ان العقد النهائي المراد ابرامه مشروعا غير ممنوع قانونا. كما ان

[22]- بوحملة صلاح الدين، خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مجلة العلوم الانسانية، جامعة منتوري قسنطينة عدد 52 سنة 2019 ص 285.

[23]- أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، اطروحة لنيل درجة لدكتوراه الطور التالث ال ام دي، تخصص قانون خاص داخلي ، جامعة مولود معمي تيزي وزو ، سنة 2018 ص 132.

[24]- محمد عبد الحفيظ عبد الرحمان، التفاوض الالكترونيفي عقد العمل عن بعد: دراسة مقارنة، مجلة دراسات للعلوم الشريعة والقانون، الجامعة الاردنية ، مجلد44، عدد04 سنة 2017.ص197

مسالة مدة التعاقد من المسائل الجوهرية التي يتوجب بيانها في الايجاب الالكتروني عكس مدة العقد التي تبقى اختيارية للأطراف[25].

ثانيا: القبول الالكتروني عن عقد العمل عن بعد

القبول هو الارادة الثانية في العقد الصادرة ممن وجه اليه الإيجاب ويجب ان يتضمن النية القاطعة في التعاقد أن يصدر منجزا بلا قيد أو شرط.

والقبول الالكتروني شأنه شأن القبول التقليدي، لا يخرج عن مضمون هذا الأخير إلا من حيث وسيلة التعبير عنه، بحيث التعبير يتم التعبير عنه بوسائل الكترونية عن طريق شبكة الاتصال الحديثة وعليه فهو يخضع لنفس القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، إلا انه يحتفظ ببعض الخصوصية التي تعود لطبيعته الالكترونية[26].

والقبول الالكتروني في عقد العمل عن بعد لا يختلف عن القبول بصفة عامة سوى انه يتم بواسطة وسائط الكترونية من خلال شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد، كما يجب ان يطابق مطابقة تامة لا يجوز ان يزيد فيه او ينقص عنه وإلا اعتبر رفضا يتضمن ايجابا جديدا، ويكون صريحا كأن يبعث القابل برسالة عبر البريد الالكتروني مثلا تحتوي قبول صريحا لعرض الموجب وقد يكون ضمنيا وذلك بقيام القابل بعمل او تصرف يفيد الموافقة على القبول[27].

وعليه فالتعبير عن القبول الالكتروني قد يكون باستخدام الكتابة عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرفة المحادثة، أو تنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرامج او المنتوج عبر الانترنت وتحميله على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل وغيرها من صور القبول عبر الشبكة.

وكما هو الحال من اهم الاشكالات التي يثيرها القبول الإلكتروني اشكالية مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني فطبقا لقواعد العامة، فان السكوت، شيء سلبي، لا يمكن الأخذ به في التعبير عن الإرادة، الا انه بصورة استثنائية قد يفيد السكوت القبول- السكوت الملابس- أذا كانت طبيعة المعاملة او العرف التجاري تدل على ذلك، او كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، او كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه. وهذا طبقا لنص المادة 68 ق. م.ج.

[25]- المرجع نفسه، ص 197-198.

[26]- مختاري اكرام، التراضي في العقود الالكترونية: اوجه الحماية والقصو التشريعي، مجلة الفقه والقانون، عدد خاص، سنة2014، ص 37.

[27]- محمد عبد الحفيظ عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 200.

واختلف الفقه[28] بشان صلاحية السكوت في التعبير عن القبول الالكتروني، وهذا الاختلاف جاء كنتيجة للخاصية المميزة للقبول الالكتروني، الذي يتم عن بعد عبر وسائل الاتصال الحديثة مما يجعله يختلف عن القبول التقليدي.

في حين يرى جانب اخر ان الاعتداد بالسكوت في التعاقد الالكتروني لا يجب ان يؤخذ على اطلاقه كونه توجد حالة وحيدة وهي الحالة الخاصة بوجود تعامل سابق بين المتعاقدين، بمعنى انه يشترط ان يقترن وجود التعامل السابق بظرف اخر يرجح دلالة السكوت على القبول .

الفرع الثاني: مجلس العقد في عقد العمل عن بعد

يختلف العقد الالكتروني عن العقد العادي، فهذا الاخير لا يطرح اشكال كون التعاقد يكون بين الحاضرين يلتقي فيه الايجاب بالقبول في مجلس العقد، بينما التعاقد الإلكتروني - كعقد العمل عن بعد- وخاصة الذي يتم بطريق الاتصال غير المباشر فقد يمر وقت طويل بين صدور الايجاب والقبول او بين صدور القبول ووصله الى الموجب. فالمقصود بمجلس العقد ؟ وماهي الخصوصية التي يطرحها في عقد التفاوض في العمل عن بعد؟

أولا/ مجلس العقد: هو الفترة الزمنية التي تبدأ من صدور الإيجاب، والطرفان مقبلان على التعاقد دون اعراض من احدهما .

فالفترة الزمنية التي تمتد بين الايجاب والقبول من انشغال المتعاقدين بالعقد، دون وجود شيء يقطعه من اعراض صريح، كالإلغاء الموجب ايجابه، او عدم قبول القابل ونحوه، او اعراض ضمني، كاشتغال الموجب او القابل بأمر لا علاقة له بالعقد، هي ما يسمى بمجلس العقد[29].

وبناءا على ما مضى من أن التعاقد الالكتروني الذي يتم بين المتعاقدين عبر الانترنت بالاتصال المباشر يأخذ حكم العقد بين الحاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وان التعاقد الالكتروني الذي يتم بين المتعاقدين عبر الانترنت بالاتصال غير المباشر يأخذ حكم العقد بين الغائبين زمانا ومكانا.

فمجلس العقد في التعاقد الالكتروني المباشر يكون محدد بزمن الاتصال بين العاقدين، ما داما منشغلين بالتعاقد ولم ينصرفا الى غيره، مهما طال وقت الاتصال.

[28]- بوحملة صلاح الدين، المرجع السابق، ص 289.

[29]- عبد الله محمد أحمد، التعاقد الإلكتروني: دراسة فقهية اقتصادية قانونية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد رقمم 04 عدد02.سنة 2011، ص 519.

حيث يصدر الايجاب من المتصل طرف ما ويقبل القابل فورا وعندها ينعقد العقد ويصبح لازما، او يصدر الايجاب من الموجب وينشغلان (الموجب والقابل) بالعقد مدة، ثم يقبل الطرف المخاطب وعندها ينعقد العقد يصبح لازما[30].

فلو انشغل الطرف المخاطب بما ليس له علاقة بموضوع العقد وانتهى الاتصال ففي هذه الحالة لا ينعقد العقد اذ انتهى مجلس العقد.

واما لو صدر الايجاب من الموجب وقبل القابل وانقطع الاتصال فجأة يصبح العقد لازما، لكن لو انقطع الاتصال بعد ايجاب الموجب، وقبل قبول الطرف المخاطب فان الايجاب ينتهي، فإذا اتصل القابل مرة اخرى يريد اتمام العقد يعد اتصاله وقبوله صدر من الموجب ايجابا جديدا يحتاج الى قبول اخر.

أما مجلس العقد في التعاقد الالكتروني غير المباشر فيكون مجلس وصول الرسالة عبر البريد الالكتروني اي محل بلوغ الايجاب للقابل، ويتم العقد بقبول القابل، دون اعراضه عن العقد صراحة او ضمنا.

و نظرا لان مجلس العقد في العقود الالكترونية تتم بصفة عامة في مكان افتراضي حكمي لأنه يتم في فضاء الكتروني فقد اعتبرت اغلب قوانين المعاملات الالكترونية في تحديد مكان ابرام العقد هو مكان ارسال الرسالة الالكترونية وهو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه ما لم يتفق المنشىء والمرسل اليه على غيره[31].

المطلب الثاني: مسؤولية الاخلال بعميلة التفاوض الالكتروني في عقد العمل عن بعد

نصت القواعد العامة على ضرورة تنفيذ العقود بحسن نية من قبل المتعاقدين، وبالتالي اذا اخل أحد الأطراف بتنفيذ التزام المترتب في ذمته تحققت مسؤوليته عن هذا الاخلال وعلى هذا اذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة مبادئ التفاوض فانه يكون مخطئا وتثور مسؤوليته المدنية التقصيرية[32].

وفي مجال علاقات العمل فإنه لا يجوز اجبار صاحب العمل او المرشح للعمل عن بعد على ابرام عقد العمل، وانما التنفيذ بمقابل بطريق التعويض هو الحل الأمثل المترتب على قيام المسؤولية المدنية.في عقد العمل عن بعد لكلا طرفي هذا العقد.

الفرع الأول: اركان المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني

الاصل في التفاوض انه لا يرتب اثر قانوني ونعني بذلك انه كل طرف له الحرية الكاملة في قطع التفاوض، لكن اذا نتج عن هذا العدول خطأ، فانه يرتب مسؤولية على الطرف المسؤول عن الخطأ، فالخطأ في مرحلة

[30]- المرجع نفسه، ص 520.

[31]- محمد عبد الحفيظ عبد الرحمان، المرجع السابق، ص 202.

[32]- ايناس مكي عبد، ص 957.

التفاوض الالكتروني تتعدد صوره وتتمثل في قطع المفاوضات دون اي مبرر مقبول، او بدون سبب جدي، بعد وصولها الى مرحلة متقدمة من النقاش في سبيل ابرام العقد المنشود او عدم تعامله بنزاهة وأمانة وشرف او اهماله التعاون والنصح والإرشاد والتحذير، وقيامه بافشاء الاسرار والبيانات الشخصية التي يطلع عليها اثناء اجراء عملية التفاوض وانحرافه عن السلوك المألوف بالتفاوض فضلا عن قيامه بتقديم معلومات غير صحيحة او غامضة وهي لازمة للمتعاقد الأخر كونها تتعلق بالخدمة او العمل محل التعاقد او انه قدم معلومات او استعمل طرق احتيالية تظلل صاحب العمل او تخدعه وتدفعه للتعاقد، فضلا عن القيام باستفزازه بأساليب غير مسئولة[33].

وعليه الخطأ في مرحلة التفاوض الالكتروني ياخذ طابعين:

سلبي: كأن يتخذ العامل موقف المتفرج عن محل العقد جاهلا بكل تفاصيل السلعة او البضاعة او الخدمة مثلا سكت او كتم عنه معلومات وبيانات رغم علمه بها سواءا كان كتمانا جزئيا او كليا.

اجابي: قيامه بتقديم معلومات غير صحيحة فيحمل المتعاقد متوهما صدق وصحة ما بينه له المدين الطرف العامل.

وان وقوع الخطأ من جانب المدين لا يكفي وحده وانما يجب ان يترب هذا الخطأ ضرر يصيب الأخر وقد يكون الضرر مادي او ادبي فالاول هو خسارة مالية التي تكبدها في سبيل بدء التفاوض والتواصل والمناقشة، كما يتمثل الضرر المعنوي أو الادبي في كل ما يمس المتفاوض في كرامته او سمعته او اعتباره. كما يجب ان يكون هذا الخطأ الحاصل يرتبط نتيجة للفعل بالسبب، اي لابد من توافر عناصر دعوى التعويض من خطأ وضرر وعلاقة سببية مباشرة[34].

الفرع الثاني: التنفيذ بمقابل او التعويض عن الضرر.

يعد التنفيذ العني هو الاصل في تنفيذ المدين لالتزاماته وفقا للقواعد العامة في القانون المدني/ ولقد اتجه اغلب الفقه الى استبعدا التنفيذ العيني في مجال التفاوض بصفة عامة، وذلك لان الاخذ به يعني الزام الأطراف بمتابعة المفاوضات وصولا الى تحقيق العقد النهائي بالقوة وهو ما يتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية [35](عقد العمل عن بعد).

لذا اتجه الفقه والقضاء الى الحكم بالتعويض في حالة الخطأ المفضي الى ضرر، ووجوب ان يغطي هذا التعويض كل الاضرار المادية والمعنوية اللاحقة بالمضرور، من جراء قطع المفاوضات بدون سبب جدي، وهي الخسارة الواقعة فعلا التي يعود تحديد مقدارها لقضاة الموضوع وهي تشمل كافة النفقات والمصاريف التي

[33]- ايناس مكي عبد، المرجع السابق، ص958.

[34]- جمال ابو الفتوح محمد، المرجع السابق، ص 726.

[35]- المرجع نفسه، ص 727 وما بعدها.

تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض، اعداد العقد وكذا الناجمة عن ضياع الوقت في الساعات والأيام والشهور التي استغراقها المفاوض بدون جدوى[36].

وتجدر الاشارة ان نطاق التعويض في مرحلة التفاوض على العقد يصعب تحديد مداه بدقة، لصعوبة اشكالات الخطأ لتقصيري الناجم خلال الفترة الزمنية السابقة على التعاقد، فالتعوريض لا يشمل التعويض عن عدم ابرام العقد النهائي ومن تم لا يشمل ايضا المزايا التي كانت ستترتب على ابرام العقد المنشود باعتبارها منالضر الغير المباشر فهي امور احتمالية يصعب تقدير التعويض بشأنها لصعوبة تقديرها[37].

ومن اهم التعويضات التي يستطيع قاضي الموضوع تقديرها عند اخلال بمرحلة التفاوض القائم على خطا وضرر وعلاقة سببية بين الاطراف عقد العمل عن بعد:

- نفقات التفاوض: تشمل كافة النفاقات والمصاريف التي تكبدها المتفاوض المضرور في سبيل التفاوض .
- الوقت الضائع: وتتمثل في الساعات والايام والشهور التي اسغرقتها المفاوضات .
- تفويت الفرصة: وهو الحرمان من فرص جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي، اذا التعويض لا ينصب على الفرصة ذاتها وانما على تفويت فرصة الابرام العقد المنشود محل التفاوض الالكتروني باعتباره ضرر محقق وجب التعويض عنه.
- الفرصة الضائعة: لتنفيذ عقود اخرى مع الغير بدلا من العقد المفاوض عليه والذي فشل في ابرامه او ابارم عقد بديل مع شخص اخر او عامل اخر.

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة يمكن القول أن مرحلة التفاوض تعد من أهم المراحل في ابرام العقود الإلكترونية حيث أنها تهدف إلى الوصول إلى اتفاق لابرام العقود، إذ يقوم الأطراف باتخاذ كافة الاجراءات الازمة لمناقشة مختلف المسائل والنقاط محل التفاوَض، والتي انطلاقا منها يعبر كل طرف عن ارادته في اكمال ابرام العقد أو الانسحاب منه، هذه المرحلة التي تعتبر مرحلة اختيارية حيث لا تعني الموافقة النهائية ولا يرتب على الانسحاب منها أي مسؤولية، غير أنها تفرض في مواجهة الأطراف مجموعة من الالتزامات أهمها كتمان الأسرار أي كتمان كل ما تم الإدلاء به من معلومات خلال مرحلة التفاوض .

لكن على الرغم من أهمية هذه المرحلة نجد المشرع الجزائري لم يخصص تنظيم قانوني لها ولا حتى لعقود العمل عن بعد، إذ تركها تخضع إلى القواعد العامة المتعلقة بالعقود التقليدية.

[36]- جمال ابو الفتوح محمد، المرجع السابق، ص728

[37]- ايناس مكي عبد، المرجع السابق، ص 962.ا

وعليه فإن أهم التوصيات التي يمكن إدراجها هي:

1-يجب على المشرع الجزائري أن ينظم مرحلة التفاوض التي تتم في عقود العمل عن بعد تنظيما خاص بها، ذلك أن القواعد العامة غير كافية لتغطية كافة التفاصيل التي تتم الكترونيا نظرا لطبيعة الخاصة للعالم الافتراضي بصفة عامة .

قائمة المراجع

أولا: القوانين

1-قانون رقم 05-18 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل10 ماي سنة 2018 متعلق بالتجارة الإلكترونية .

2-قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية

ثانيا: الكتب

1-عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مج 1، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2000.

ثالثا: المقالات العلمية

1-أرجيليوس رحاب، مسعودي يوسف، الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، عدد 3، المركز الجامعي، تيندوف، مارس 2018.

2-ايناس مكي عبد الناصر، التفاوض الإلكتروني –دراسة مقارنة في ظل بعض التشريعات العربية المعاصرة -، ، محلة جامعة بابل للعلوم الانسانية مجلد 21، عدد3، 2013.

3-كحلول سامي، بن طاية زوليخة، حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التفاوض ، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 14، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2017.

4-العرايشي عمر أحمد، الطبيعة القانونية لعقد العمل عن بعد في التشريع الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، مجلد 9، عدد 4، جامعة مؤتة .

5-محمد عبد الحفيظ عبد الرحمان المناصير، النظام القانوني لعقد العمل عن بعد، دراسات علوم الشريعة والقانون، مجلد 46، عدد 1، الجامعة الأردنية، 2019.

6- نجلاء توفيق نجيب فليح، نادية محمد مصطفى قرماز، التكييف القانوني للعمل عن بعد: دراسة مقارنة، مجلة الزرقاء للبحوث والدراسات الإنسانية، مجلد 18، عدد 1 2018.

7-جمال ابو الفتوح محمد، النظام القانوني لمرحلة المفاوضات على عقد العمل: دراسة مقارنة، مجلة لبحوث القانونية والاقتصادية، عدد65، كلية الحقوق جامعة المنصورة مصر، سنة 2018.

8-مختاري اكرام، التراضي في العقود الالكترونية: اوجه الحماية والقصو التشريعي، مجلة الفقه والقانون، عدد خاص، سنة2014.

9-عبد الله محمد أحمد، التعاقد الإلكتروني: دراسة فقهية اقتصادية قانونية، مجلة العلوم الشرعية، جامعة القصيم، مجلد رقمم 04 عدد02.سنة 2011.

رابعا: الرسائل العلمية

1-- أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الالكتروني، اطروحة لنيل درجة لدكتوراه الطور التالث ال ام دي، تخصص قانون خاص داخلي، جامعة مولود معمي تيزي وزو، سنة 2018.

2-العلي هاشم محمود محمد، أحمد أبو شنب، الحماية المدنية للمستهلك في مرحلة ماقبل انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الأردني، رسالة ماجستر، جامعة عمان العربية، كلية القانون، الأردن، 2018.

شرط منح الاختصاص القضائي في العقد الالكتروني الدولي

د. مجذوب كوثر، جامعة 20أوت 1955 سكيكدة

د. شعابنة ايمان، جامعة 20أوت 1955 سكيكدة

الملخص:

تخضع العقود التجارية عموما إلى مبدأ سلطان الإرادة، إذ يحق للأطراف وضع شروط العقد بما يلاءم مصالحهم طبعا في حدود ما يسمح به القانون، وعادة ما نجد من بين هذه الشروط شرط منح الاختصاص الذي يقوم الأطراف من خلاله باختيار جهة قضائية يلجؤون إليها لحل نزاعاتهم المستقبلية، ويعتبر هذا الشرط ضابط شخصي استثنائي لعقد الاختصاص لجهة غير مختصة يمكن إدراجه في العقد الالكتروني سواء الوطني أو الدولي، وهذا الأخير هو مجال بحتنا، من خلال تبيان خصوصية هذا الشرط وأهميته خاصة في مجال العقود الالكترونية الاستهلاكية ذات الطابع الدولي.

الكلمات المفتاحية:شرط-اختصاص قضائي-عقد-الكتروني-نزاعات-دولي خاص.

Résume :

Les contrats commerciaux sont généralement soumis au principe de l'autorité de la volonté, car les parties ont le droit de fixer les conditions contractuelles d'une manière convenante à leurs intérêts, bien évidemment dans les limites de ce que permet la loi, et nous trouvons généralement parmi ces conditions, la clause attributive de juridiction à travers laquelle les parties vont choisir la juridiction qui sera saisie en cas de litiges . Cette clause pourrait être incluse dans le contrat électronique, qu'il soit national ou international, et ce dernier est purement notre domaine, en montrant la spécificité de cette clause et son importance, notamment dans le domaine du contrat électronique international.

Mots clés :clause- juridiction-contrat-électronique-conflit-droit privé.

مقدمة:

يعرف الاختصاص بشكل عام بأنه سلطة المحكمة للحكم في قضية أو خصومة معينة، ويقصد بالاختصاص القضائي الدولي حسب جانب من الفقه بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تتحدد بمقتضاها ولاية محاكم الدولة بنظر المنازعات والمسائل ذات العنصر الأجنبي إزاء غيرها من محاكم الدول الأخرى، حيث تتميز هذه القواعد بأنها مفردة الجانب أي تحدد الحالات التي تكون فيها المحاكم الوطنية مختصة دون تحديد المحكمة المختصة للنظر في النزاع في حالة عدم اختصاص المحاكم الوطنية، كما تعتبر قواعد وطنية لأن الوطني هو الذي يقوم بسنها وهي أيضا قواد مباشرة أو موضوعية لا تعتمد على تقنية الإسناد.

إن استخدام الانترنيت كوسيلة لإبرام العقود خاصة ذات الطابع الدولي يثير العديد من الإشكالات فيما يخص المحكمة المختصة بتسوية النزاعات الناتجة عن هذا العقد، حيث ذهب الفقه أمام قلة التشريعات المنظمة لهذه المسألة إلى اللجوء لقواعد الاختصاص القضائي في القوانين الداخلية والاتفاقات الدولية، ومحاولة تطويقها لتحديد المحكمة المختصة بتسوية نزاعات هذا العقد.

وبالرجوع إلى القواعد القانونية لمختلف التشريعات في مجال عقد الاختصاص للمحاكم الوطنية نجدها تتميز بوجود اختصاص أصلي (مبني على ضابط إقليمي يكون إما بالاعتماد على موطن المدعي أو المدعى عليه أو موقع المال موضوع النزاع أو مكان نشوء الالتزام أو مكان تنفيذه، أو مبني على ضابط شخصي للاختصاص هو جنسية المدعي أو المدعى عليه)، واختصاص استثنائي مبني على إرادة الأطراف يتمثل في شرط منح الاختصاص وهو محور مداخلتنا .

إن هذا الضابط الشخصي الاستثنائي يكون على شكل شرط في العقد ويعتبر من شروطه فما هي خصوصيته، وهل هذا الضابط فعال في مجال نزاعات العقود الالكترونية ؟

أولا)- مفهوم الاختيار الإرادي للمحكمة المختصة

قاعدة الاختيار الإرادي تعتبر من القواعد العامة في الاختصاص الداخلي، وأول من أخذ بها أفلاطون حينما قرر أن أكثر المحاكم اختصاصا بنظر الدعوى هي المحكمة التي ارتضى الخصوم الخضوع لحكمها[1]، وهذه القاعدة تجد أساسا لها في أن قواعد الاختصاص الإقليمي غير متعلقة بقواعد النظام العام.

ويقصد بالاختيار الإرادي قبول المدعي والمدعى عليه في دعوى ما وعن اختيار وإرادة الخضوع لاختصاص محكمة سواء ضمنا أو صراحة رغم عدم اختصاصها[2]، ويمكن القول أنه في عالم الانترنيت لا يمكن لاختلاف جنسية الأشخاص أن تمنع مثل هذه الاتفاقات وبالتالي فأثر الخضوع الاختياري في عالم الانترنيت أوسع منه

[1]- أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة،طبعة أولى،دار النهضة العربية،مصر،2000،ص300.

[2]- عبد الرسول عبد الرضا، الاختصاص القضائي الدولي الطارئ محاضرة متوفرة على الموقع: http://law.uobabylon.edu.i

في العالم الواقعي، فهذا الضابط مرن ويستجيب للمتغيرات التقنية في العالم المادي، غير أن هذا الاختيار يمكن أن يقيد عندما تكون هناك ضرورة تستدعي تدخل المشرع كما في حالة وجود طرف قوي وطرف ضعيف كحالة المستهلك أو العامل.

1- شروطه:

من المتفق عليه فقها وقضاء أن هناك شروطا يجب توفرها لكي ينتج هذا الاختيار أثرا تتمثل في:

- وجود رابطة جدية بين النزاع المطروح والمحكمة المختصة التي تم اختيارها للفصل في النزاع، ويقوم هذا على اعتبار ضمان حسن اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ الأحكام الصادرة من هذه المحكمة ويقيد اختيار الأطراف، وفي حالة عدم وجود الصلة بين النزاع والمحكمة اتجه القانون الأردني إلى جواز إعلان المحكمة عدم اختصاصها من تلقاء نفسها.

- عدم انطواء الاتفاق على غش[3]، حيث يمنع هذا الشرط ما يسمى بالغش نحو الاختصاص الذي يتمثل في اختيار الخصمين أو أحدهما للمحكمة التي يعلمون أنها ستطبق قانونا يلبي رغباتهم، وجزاء ذلك هو رفض إعطاء

أمر التنفيذ للحكم الصادر من هذه المحكمة بناءا على غش[4].

- أن يكون النزاع دوليا بمعنى لا يمكن اتفاق الأطراف على منح الاختصاص لمحاكم دولة أجنبية في علاقة وطنية، وهذا أمر منطقي فيستلزم لذلك أن تكون العلاقة ذات عنصر أجنبي حتى يستطيع الطرفان عقد الاختصاص لمحكمة أجنبية[5] .

- عدم اختصاص المحكمة بنظر النزاع أصلا، وهذا منطقي فإذا كانت المحكمة المعقد لها الاختصاص مختصة أصلا فلا يكون لشرط منح الاختصاص أية قيمة[6].

2- أساس المبدأ :

إن مبدأ الاختيار الإرادي لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية يجد أساسه في التشريعات الوطنية والقوانين الجماعية سواء كانت اتفاقيات أو قوانين موحدة، ومن بينها:

- **القانون الجزائري**: بالرجوع إلى القواعد العامة للاختصاص القضائي نجد المادة 46 ق. إ. م .إ تنص : « يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي ولو لم يكن مختصا إقليميا »[7].

---

[3]- محمد أطويف،تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الإلكترونية، مقال متوفر على الموقع http://www.marocdroit.com، ص 4.

[4]- صالح المنزلاوي، الاختصاص القضائي : النزاعات الخاصة و الاعتراف و التنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص114.

[5]- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 2001،ص161.

[6]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص114 .

- **القانون الأردني**:" اعترف بهذا المبدأ في المادة 27 من قانون أصول المحاكمات، حيث جاء فيها: « تختص المحاكم الأردنية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا ".

- **القانون المصري:** تبنى نفس المبدأ في نص المادة 32 قانون المرافعات، والتي تضمنت نفس صياغة المادة 27 من القانون الأردني المذكورة أعلاه.

- **القانون الفرنسي:** نص على حرية اختيار الأطراف للمحكمة التي تنظر دعواهم في المادة 46 من قانون المرافعات الفرنسي.

- **اتفاقية بروكسل1968 :** من خلال مادتها 17 أعطت الحق للأطراف بإيراد شرط الاختصاص والذي يتضمن تعيين لمحكمة أو محاكم لدولة متعاقدة للنظر في النزاعات الناشئة أو التي سوف تنشأ وهي وحدها المختصة، بشرط أن يكون أحد المتعاقدين له محل إقامة في دولة متعاقدة[8].

إذا بالنسبة للمحكمة المختارة يمكن أن تكون مختلفة عن تلك المختصة بموجب أحكام الاتفاقية باستثناء حالات الاختصاص الحصرية الواردة في المادة16 [9]، وحالة المحكمة المختصة بالنسبة للعقود المبرمة مع المستهلك الواردة في المادة15.

- **اتفاقية الرياض 1983**

[7]- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية، ج ر ج ج، عدد21

[8] - Convention Bruxelles, 1968, concernant la compétence judicaire et l'exécution des décisions en matière civile et commercial.

[9] - Sont seuls compétents, sans considération de domicile:

1. en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant

2. en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État contractant, ou des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État;

3. en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus;

4. en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention Internationale;

هذه الاتفاقية متعلقة بالاختصاص القضائي بين دول جامعة الدول العربية' حيت نصت في المادة 28 فقرة "هـ" منها على ما يلي: «... إذا كان المدعى عليه قد قبل الخضوع صراحة لاختصاص محاكم ذلك الطرف المتعاقد سواء كان عن طريق تعيين موطن مختار أو عن طريق الاتفاق على اختصاصها متى كان قانون ذلك الطرف المتعاقد لا يحرم مثل هذا الاتفاق...».

نستنتج من المادة 28 أنها أخذت بضابط الإرادة لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية سواء كان بشكل صريح أي بموجب عقد مكتوب بين الخصوم، أو بشكل ضمني كأن يرفع أحد الخصوم دعواه أمام جهة قضائية معينة دون اعتراض الخصم على عدم اختصاصها[10].

- **تنظيم بروكسل1 مكرر:** نص في المادة 4 [11] منه على أن الأشخاص الذين يوجد محل إقامتهم في إحدى الدول الأعضاء أيا كان جنسيتهم يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم أية دولة عضو، أما الأشخاص الذين ليسوا من مواطني دولة عضو ويقيمون في دولة من دول الاتحاد تطبق عليهم فقط قواعد الاختصاص القضائي التي تقررها تلك الدولة على مواطنيها، فعبارة يمكنهم رفع دعواهم أمام محاكم أي دولة عضو تدل على الخضوع الإرادي وحرية رفع الدعوى أمام أي محكمة من محاكم الاتحاد الأوروبي[12].

ثانيا: شرط منح الاختصاص

و يسمى أيضا التمديد الاختياري للاختصاص[13] (prorogation volontaire de juridiction)، أو (élection de for)، أو (convention de for)[14] ، أو (soumission de for).

كما سبق وذكرنا فهذا الشرط يدل على قبول أو اتجاه إرادة الطرفين إلى تعيين أو منح الاختصاص لمحكمة للنظر في نزاعهم، وقد تم الاعتراف به في القانون الفرنسي مند عام 1930 من طرف محكمة النقض

---

[10]- المادة28 فقرة "و" من الاتفاقية: إذا أبدى المدعى عليه دفاعه في موضوع الدعوى دون أن يدفع بعدم اختصاص المحكمة المرفوع أمامها النزاع.

[11] - Article4 :

1. Sous réserve du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attraites, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre.

2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées sont soumises aux règles de compétence applicables aux ressortissants de cet État membre.

[12]- عبد الرسول عبد الرضا، مرجع سابق.

[13]- حيث تعرفه Hélène Gaudemet Tallon كما يلي :

« L'acte par lequel les parties vont soustraire leur différend au tribunal qui aurait dû en connaitre, pour le porter devant une juridiction de leur choix »

[14]- يرى الأستاذ Bernard Audit ضرورة التحفظ على مصطلح convention على أساس أن الاتفاقية تعني اتفاق مستقل،و الأمر هنا يتعلق بشرط يكون دائما متضمنا في العقد ، أنظر Elie chakthoura .

le droit international privé a l'épreuve du commerce électronique, mémoire de la maitrise en droit, université du Québec,2011,p13

الفرنسية في قضية Mardelé [15] ويتخذ شرط منح الاختصاص الإلكتروني شكلا معينا (1)، ما يترتب عنه طرح مسألة الرضا فيه (2)، وخصوصيته في العقد الاستهلاكي(3), والقانون الواجب التطبيق عليه (4) .

1)- شكل شرط منح الاختصاص الإلكتروني

هل يستلزم أن يكون هذا الشرط مكتوب؟ وما مدى قبول الكتابة الالكترونية؟ بما أننا أمام عقد الكتروني، فأكيد أن شرط الاختصاص سوف يرد بنفس شكل العقد.

بالنسبة للمادة 17من اتفاقية بروكسل لعام 1968 يتضح من خلالها أن الشرط قد يكون مكتوبا أو شفويا يثبت بالكتابة[16]، فهذه الاتفاقية لم تتطرق إلى الكتابة الالكترونية لهذا الشرط.

بالنسبة لاتفاقية لاهاي لعام 1965[17]، اشترطت في المادة4 أن يكون اتفاق أو شرط الاختصاص مكتوبا، بينما اتفاقية لاهاي لسنة 2005 اشترطت أن يتم هذا الاتفاق بالكتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى التي تمكن من مراجعة وتصفح المعلومة لاحقا، وبهذا تكون قد شملت الاتفاقية وسيلة الانترنيت، لكن ما تجدر الإشارة إليه أن هذه الاتفاقية تستبعد من نطاق تطبيقها شرط الاختصاص الذي يكون المستهلك طرفا فيه[18].

غير أن تنظيم بروكسل1 مكرر في المادة25، أقر بالشكل الالكتروني لشرط الاختصاص واعتبر هذا الشرط وكأنه وارد في شكل مكتوب، هذا واعتبر التنظيم شرط الاختصاص اتفاق يختلف عن باقي الشروط الواردة في العقد، ولا يمكن تجاوزه إلا في الحالة التي يكون فيها العقد باطل[19]، وحسب المشرع الجزائري وكما جاء في المادة 45 [20] فشرط منح الاختصاص يجب أن يكون مكتوبا وموقعا، وفي حالة تعذر التوقيع يشار إلى

---

[15] - Sylvette Guillemard,le droit international privé face au contrat de vente cyberspacial ,thèse doctorat,faculté de droit,université Laval,Quebec,2003,p28.

[16] - Rosario DUASO CALÉS, la détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable au contrat de cyberconsommation, mémoire de maitrise en droit, faculté de droit, université de Montérial,2002, p11.

[17] - convention Lahaye conclue le 25 novembre 1965, concernant les accords d'élection de for, disponible sur le site : https://www.hcch.net

[18] - Article2 : 1. La présente Convention ne s'applique pas aux accords exclusifs d'élection de for : a) auxquels une personne physique agissant principalement dans un but personnel, familial ou domestique (un consommateur) est partie … **https://assets.hcch.net.**

[19]- المادة25 فقرة 5 من تنظيم بروكسل1 مكرر،و قد ذهبت في هذا الاتجاه أيضا المادة3 من اتفاقية لاهاي لعام 2005 المتعلقة باتفاقات المحكمة المختصة ، و تجدر الإشارة إلى ان هذه الاتفاقية تخرج من نطاق تطبيقها العقود المبرمة بين المستهلكين، و بالتالي فأحكامها لا تطبق على شرط منح الاختصاص إذا كان أحد الأطراف مستهلك، متوفرة على الموقع:https://assets.hcch.net/docs/4478cb6c-a904-4570-b13a-287dea83ee3d.pdf

[20]- المادة 46 ق إ م إ الجزائري < يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أما القاضي حتى و لو لم يكن مختصا إقليميا يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، و إذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك.... >

ذلك، فهذه المادة تطبق على الاختصاص الإقليمي الداخلي، لا يوجد ما يمنع من تطبيقها على المستوى الدولي، غير أن المشرع الجزائري لم يشر إلى شرط الاختصاص الذي يكون في شكل الكتروني، ومع ذلك وبالرجوع إلى المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري[21] التي تنص على ما يلي : « ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكدا طرق إرسالها »، والمادة 323 مكرر1 قانون مدني جزائري التي تنص على ما يلي: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة في ظروف تضمن سلامتها "، يمكن أن نستنتج أن شرط الاختصاص المكتوب إلكترونيا وفق الشروط الواردة في القانون والمتضمن لتوقيع الكتروني صحيح من الناحية القانونية يكون مقبولا ومنتجا لأثره.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أشار إلى ذلك في المادة 48 قانون الإجراءات المدنية[22] التي تنص على أن يكون شرط الاختصاص مكتوبا، حيث أن استعمال صفة ظاهرة (apparente) وحرف الجر (dans) تدلان على أن الشرط يجب أن يكون مكتوبا، فهناك من يرى أن مثل هذا الإجراء المهم الذي ينزع الاختصاص من محكمة دولة ويحوله إلى أخرى يجب أن يكون على الأقل مكتوبا[23].

أما المادة 5 من القانون الفدرالي السويسري للقانون الدولي الخاص[24] فقد نصت على إمكانية أن تكون الاتفاقية المحددة للمحكمة المختصة بنظر النزاع مكتوبة في شكل، تلغرام (télégramme)، تيلكس(telex) ، تيليكوبي(telecopy) أو أية وسيلة أخرى تصلح للإثبات.

أما القانون التونسي فنلاحظ من خلال المادة4 من القانون الدولي الخاص أنه لم يذكر شكل معين لشرط الاختصاص حتى يكون نافدا وصحيحا، ما يفهم قبول الشكل الإلكتروني[25] .

2)- الرضا في شرط الاختصاص الالكتروني

[21]- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، المعدل و المتمم، ج ر ج ج، عدد44،مؤرخة في 26 يونيو 2005.

[22] - Article : Toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre des personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée.

[23] - Mariem Rekik,le juge du contrat électronique international, mémoire master droit privé, faculté de droit Sfax, Tunisie ,2013,p20.

[24] - Article 5 … En matière patrimoniale, les parties peuvent convenir du tribunal appelé à trancher un différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. La convention peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est exclusive….voir le sit-web www.admin.ch

[25] - Mariem Rekik, op.cite,p19.

إن الرضا في شرط المحكمة المختصة يعكس مدى جدية أطراف العقد، لكنه يطرح عدة إشكالات في مجال التعاملات الالكترونية تتمثل في مدى وجود رضا حر وواضح؟.

قد يتخذ الرضا صورا مختلفة في المعاملات الالكترونية، كالكتابة عن طريق البريد الالكتروني، أو عن طريق غرف المحادثة أو مجموعات الإنجاز، أو عن طريق الصوت وهاتف الانترنيت، حيث لا يوجد إشكال في تطبيق أحكام القواعد العامة عن التعبير على الإرادة بالوسيلة الالكترونية[26]، لكن الصورة التي تثير الإشكال هي عند الضغط على أيقونة الحاسوب(أ)، فهل يمكن اعتبار هذا التصرف تعبير صريح عن القبول، وبالتالي هل تعد هذه الوسيلة كافية للتعبير عن الإرادة؟

و ماذا بالنسبة للتعبير عن الإرادة الذي يصدر عن شرط الاختصاص بالإحالة(ب).

أ- التعبير عن الإرادة عن طريق الضغط على إيقونة الحاسوب

إن عيوب الرضا الأكثر شيوعا في التعامل الالكتروني هو الغلط، والقانون الموحد للتجارة الالكترونية الكندي[27] جاء بأحكام مفصلة فيما يخص التعبير عن الإرادة في المجال الالكتروني، حيث أن المادة 20 فقرة1ب[28] اعتبرت أن مجرد اللمس أو الضغط على الأيقونة على شاشة الحاسوب يعتبر من وسائل التعبير عن الرضا، فهل هذا التعبير يعتبر صريح؟

و حسب البروفيسور

Vincent Gautrais>[29] l'acceptation d'un "clic" et encore plus, le plus simple lien qui se trouve généralement en bas d'un site internet, ne répondent pas forcement aux critères requis pour emporter la qualification d'une manifestation de volonté...>

أما بعض الفقه فيرى أن تفعيل الأيقونة المكتوب عليها موافق، أو I agree أو j'accepte يعتبر تعبير عن الإرادة طالما يستطيع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه وبصورة يقينية بأن الطرف الآخر قد قبل التعاقد[30].

و قد سار القضاء في هذا الاتجاه في قضية (Ruder.V.Microsotf corporation)، حيث كان رأي القاضي Winkler أن مجرد تفعيل الأيقونة **موافق** يعتبر تعبيرا صريحا وصحيحا للإرادة، وبهذا قبل شرط

[26]- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنيت(دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر و التوزيع، عمان،2005،ص23.

[27] - La conférence pour l'harmonisation des lois au canada(CHLC) a adopté en 1999 une loi uniforme sur le commerce électronique.

[28] - Article 20 alénia1-b

[29] - Cité in Mariem Rekik, op.cit,p33.

[30]- محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص24.

الاختصاص الموجود في العقد الالكتروني، وسار في هذا الاتجاه أيضا القضاء الأمريكي فيما يخص صلاحية شرط الاختصاص في العقود الالكترونية[31].

إن الأخذ بهذا الاتجاه قد يترتب عليه نتائج خطيرة، لهذا هناك من يقترح حلول أخرى تكون فيها الإرادة حقيقية وواضحة، حيث يرون أن مجرد الضغط البسيط على الفأرة أو الأيقونة غير كاف، ويقترحون تقنية الضغط المزدوج(double clic) التي تسمح للشخص الذي يريد التعاقد الكترونيا بإعطاء قبول للعرض في المرة الأولى تم تثبيت القبول في المرة الثانية، وهذه التقنية تسمح بتفادي مخاطر القبول الذي يعطى بالخطأ وبالتالي تؤمن حماية للمستهلك.

ب- التعبير عن الإرادة وشرط الاختصاص بالإحالة Clause par référence

عادة ما يكون شرط منح الاختصاص ضمن شروط التعامل مع موقع الويب (web) التي تظهر مباشرة عند الالتحاق بالموقع، حيث أن استغلال الموقع يعني بالضرورة قبول لهذه الشروط الظاهرة عليه، وهنا نتساءل عن مدى وجود رضا في هذه الحالة حيث لا يكون هناك تصرف إيجابي بعكس عملية الضغط على الأيقونة التي تتم إراديا، لأنه في هذه الحالة قد يكون مستعمل الانترنيت جاهلا لهذه الشروط.

من الناحية القانونية نصت المادة5 مكرر من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المعدل في 1998 على أنه: « لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني، بل هي مشار إليها مجرد إشارة في رسالة البيانات »[32].

و أما القانون المدني لمقاطعة كيبيك الكندية فكان أكثر دقة من خلال النص التالي[33] :

« un document technologique dont l'information est fragmentée et répartie sur un ou plusieurs supports situés en un ou plusieurs emplacements, doit être considéré comme formant un tout, lorsque des éléments logiques structurants permettant d'en relier les fragments, directement ou par référence et que ces éléments assurent à la fois l'intégrité de chacun des fragments d'information et l'intégrité de la reconstitution du document antérieur à la fragmentation et la répartition».

كما أشارت إلى هذه المسألة المادة10 فقرة3 من التوجيهة الأوروبية لعام 2000 المتعلقة بالتجارة الالكترونية[34] التي تنص على ما يلي:

[31] - Rosario DUASO CALÉS, op.cit, p16. Et aussi Mariem Rekik,op-cit,p35.

[32] - En ligne www.uncitral.org

[33] - voir Rekik,op.cit,p43

[34] - En ligne http://eur-lex.europa.eu

« ...Les clauses contractuelles et les conditions générales fournies au destinataire doivent l'être d'une manière qui lui permette de les conserver et de les reproduire....»

و في هذا الاتجاه يرى **Jérome Huet** أن الشروط التعاقدية التي تتضمن تعيين المحكمة المختصة أو القانون الواجب التطبيق، لا بد أن تكون مرئية بالنسبة للمستهلك[35].

وهذا ما ذهب إليه أيضا **Vincent Gautrais** الذي أضاف ضرورة أن يكون لون الرضا الالكتروني أحمر[36].

أما من جهة الاجتهاد القضائي فقد اعتبر القاضي في قضية Mendoza.V.AOL أن الشروط المعينة للقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة باطلين، حيث كانا ضمن مواضيع الخدمات (TEMES OF SERVICES) والمدعي أكد أنه لم يكن يعلم بوجود هذه الشروط ومن ثم أكد القاضي أنه لم يكن بالإمكان التعرف على هذه الأخيرة، وبالتالي تعتبر شروط مخفية(clauses cachées)[37].

و في قضية حديثة أعلن مجلس قضاء Pau[38] : غير مكتوب شرط الاختصاص الذي كان ضمن الشروط العامة لاستعمال موقع الانترنيت facebook، حيث رأى المجلس أن الشرط ورد في حجم صغير ولا يمكن تمييزه عن باقي الشروط، ومن الصعب أن نستدل على أن هذا الشرط قد جدب انتباه المستعمل.

و لهذا فمن الضروري حماية رضا المستهلك ونكون أكثر صرامة أمام شرط الاختصاص بالإحالة، ونتيجة لهذا فالنصوص التي تعترف بصلاحية شرط الاختصاص بالإحالة تقتضي أن يكون الزر أو الرابط الذي يحيلنا للشرط واضحا، أو يكون متوفرا عند بناء الرابطة العقدية[39].

و يرى الأستاذ Lionel THOUMYRE[40] أنه من أجل الانتقال من رضا لا إرادي أو منعكس(reflexe) إلى رضا متبصر (réfléchi) لا بد من التأكد من توفر الشروط التي جاء بها Gautrais والمتمثلة في تسهيل عملية الإطلاع على هذه الشروط قبل إبرام العقد، والتقديم الجيد لها من حيث أنها تكون مقروءة، إن تنوير رضا المستهلك يكون من خلال توفير زر " **أقبل**" بجانب زر " **أرفض**" مع إمكانية تصحيح الأخطاء، وفيما يخص إمكانية تصحيح الأخطاء فقد نصت عليها المادة 10 من التوجيهة الأوروبية2000 حول التجارة الإلكترونية .

---

[35] -Cité in Mariem Rekik op.cit ,p38.

[36] - Cité in Vincent Gautrais ,la couleur du consentement électronique, article ,p129,disponible sur le site www.papyrus.bib.umontreal.ca

[37] - Cité in Rosario DUASO CALÉS,op.cit,p17.

[38] - Cour d'appel de Pau,1ere chambre, arret du 23mars2012, Sébastien R/facebook:voir le site :www.legalis.net

[39] - Mariem Rekik op.cit ,p45.

[40] - L. THOUMYRE, échange du consentement dans le commerce électronique, en ligne : www.juriscom.net

«... les moyens techniques pour identifier et corriger des erreurs commises dans la saisie des données avant que la commande ne soit passée... »

و أيضا المادة1369-1 فقرة2 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي[41]، التي تنص على ما يلي:

«...L'offre énonce en outre :...2- Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger...»

3)- خصوصية شرط الاختصاص في العقد الالكتروني الاستهلاكي

من خلال ما سبق ذكره نستنتج أن شرط الاختصاص مقبول في عقود الاستهلاك لكن ليس في كل الحالات، وهذا حماية للمستهلك، حيت نصت المادة17 من اتفاقية بروكسل1 مكرر أن الشرط أو الاتفاق المحدد للاختصاص القضائي يكون مقبولا في الحالات التالية:

- أن يكون هذا الاتفاق لاحق على نشوء النزاع، مما يستدعي هنا طبعا تحديد تاريخ هذا النزاع وتاريخ إبرام الاتفاق, ومما يعني رفض الاختصاص السابق على كل نزاع، والهدف من ذلك هو شل شروط الاختصاص الموضوعة مسبقا والتي تظهر في العقود النموذجية في الشروط العامة للعقد أو وثيقة تعاقدية أخرى[42].

- أن يسمح الاتفاق للمستهلك اختيار محاكم أخرى من غير تلك المنصوص عليها في هذا الفصل من التنظيم (الباب الرابع)، وهذا الشرط يسمح بتوسيع الاختيارات الممنوحة للمستهلك بينما المهني يبقى مجبر على اختيار حصري لمحاكم محل إقامة المستهلك إذا كان مدعيا[43].

- وجود محل إقامة مشترك للمستهلك والمتعاقد الآخر وقت أبرام العقد في دولة عضو، وحددوا الاختصاص لمحاكم هذه الدولة، إلا إذا كان قانون هذه الأخيرة يمنع مثل هذه الاتفاقات.

هذا وقد نصت اتفاقية بروكسل على بطلان الاتفاق المسبق على اختصاص محكمة غير محكمة موطن المستهلك في عقود الاستهلاك[44]، كما أن بعض التشريعات تعتبر شرط الاختصاص الذي يورده التاجر على شبكة الانترنيت مسبقا في صفحة استقبال الموقع الالكتروني ويوافق عليها المستهلك شرط تعسفي[45].

---

[41] - en ligne https://www.legifrance.gouv.fr

[42] -Elie Chakthoura,op.cit,p26.

[43] - Idem.

[44] - Caprioli,Eric.A,reglement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-classeur, litec,Paris,2002,p25.

[45] - غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو،2012 ص98.

أما بالنسبة لمدى قبول شرط الاختصاص في عقود الاستهلاك الدولية فقد تباينت المواقف التشريعية، فالمشرع الجزائري نص من خلال المادة 45 قانون الإجراءات المدنية والإدارية على ما يلي: «يعتبر لاغيا وعديم الأثر كل شرط يمنح الاختصاص الإقليمي لجهة قضائية غير مختصة، إلا إذا تم بين التجار»، ما يفهم أن هذا الشرط مقبول في مجال العلاقات التجارية بين تاجر وتاجر، لكن غير مقبول في العلاقة بين تاجر ومستهلك، وسار في هذا الاتجاه أيضا المشرع الفرنسي في المادة 48 من قانون المرافعات الفرنسي.

لكن السؤال المطروح، هل يتم تطبيق هذه المواد على المستوى الدولي بنفس المفهوم، أم يمكن فتح المجال لقبول شرط الاختصاص بين المستهلك والتاجر، إذا كان لا يضر بالمستهلك على اعتبار أن هذه المادة تطبق على العلاقات الداخلية فقط، وفي هذا السياق علقت الأستاذة Hélène Gaudmet Tallont على قرار Phare Sorlec بأنه لم يكن هناك أي تحفظ فيما يخص نوعية الأطراف المتعاقدة سواء كانوا تجارا أو مهنيين أو مستهلك بسيط، كما رأى الفقه أن ضرورة حماية المستهلك في العقود الدولية من الشروط المانحة للاختصاص لم تؤخذ بعين الاعتبار، فالمستهلك لا يتوافر على قواعد اختصاص قضائي حمائية[46].

4) - القانون الواجب التطبيق على شرط الاختصاص

بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على شرط منح الاختصاص الإلكتروني، أي القانون الواجب الرجوع إليه للتحقق من مدى توفر الشروط القانونية، فقد اختلفت الآراء الفقهية حيث يرى جانب من الفقه خضوعه لقانون القاضي، أي قانون المحكمة التي طرح النزاع أمامها[47]، إذ يرى الدكتور هشام علي صادق أن الأمر يتعلق بآثار الاتفاق على اختصاص المحكمة المطروح أمامها النزاع وهي مسألة تتعلق بالاختصاص وليس بالعقد[48]، فقانون القاضي يبين مدى جواز الاتفاق على شرط منح الاختصاص، وما هي الشروط الواجب توفرها فيه لقبوله أو رفضه خاصة إذا تخلف شرط من شروط صحته[49]، وهناك اتجاه آخر يرى ضرورة تطبيق قانون العقد[50]، ورأي ثالث يرى تطبيق القانونين مع، فيطبق قانون الإرادة(قانون العقد أو قانون آخر) على الاتفاق بوصفه عقدا من ناحية صحته وتكوينه، أما من حيث آثاره المتمثلة في الأثر السالب أو الجالب للاختصاص فالمسألة تدخل في نطاق الاختصاص، وبالتالي فالقانون الواجب التطبيق هو قانون القاضي[51].

---

[46] - Elie Chakhtoura,op.cit,p33.

[47] - حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001، ص166.

[48] - هشام علي صادق، مرجع سابق،ص 161.

[49] - هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2001، ص112.

[50] - غالب الداودي و حسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى ، دون دار نشر، بغداد،1988،ص252.

[51] -.نفس المرجع و نفس الصفحة.

الخاتمـــة

من خلال ما سبق عرضه نستخلص أن ضابط الإرادة المتمثل في شرط منح الاختصاص يلعب دور مهم في مجال تحديد الاختصاص القضائي الدولي بالنسبة للعقود الالكترونية، حيث يجنبنا الإشكالات التي تعترض الضوابط الأخرى وصعوبة اعتمادها في العالم الافتراضي وبالتالي صعوبة تحديد الجهة المختصة، فهذا الضابط يسمح باتفاق الأطراف على جهة قضائية لحل نزاعاتهم المتعلقة بتنفيذ عقدهم، أما بالنسبة للشكل الالكتروني للعقد فلا يؤثر على صحته طالما استوفى الشروط القانونية لتكافؤ الكتابة الالكترونية مع العادية وباقي الشروط الأخرى خاصة المتعلقة بطبيعة الأطراف (تاجر-تاجر وتاجر-مستهلك).

قائمة المراجع:

باللغة العربية

أولا: الكتب

1-أحمد عبد الكريم سلامة، فقه المرافعات المدنية الدولية، دراسة مقارنة، طبعة أولى، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

2-صالح المنزلاوي، الاختصاص القضائي : النزاعات الخاصة والاعتراف والتنفيذ الدولي للأحكام الأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون سنة نشر.

3- هشام علي صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، القاهرة، 2001.

4 -محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الانترنيت(دراسة مقارنة)، دار الحامد للنشر والتوزيع عمان، 2005.

5 -حفيظة السيد الحداد، هشام علي صادق، مبادئ في القانون الدولي الخاص، الكتاب الثالث، المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2001.

6-هشام خالد، القانون القضائي الخاص الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، .2001

7- غالب الداودي وحسن الهداوي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، دون دار نشر، بغداد، 1988.

ثانيا: الرسائل

-غدوشي نعيمة، حماية المستهلك الالكتروني، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012 .

ثالثا: المقالات

- محمد أطويف، تسوية منازعات العقود الدولية في التجارة الالكترونية، http://www.marocdroit.com

رابعا: النصوص القانونية

- قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج ر ج ج، عدد44، مؤرخة في 26 يونيو 2005-.
- قانون رقم 08-09، المؤرخ في 25 فيفري 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج، عدد21

خامسا: المحاضرات

-عبد الرسول عبد الرضا، الاختصاص القضائي الدولي الطارئ محاضرة متوفرة على الموقع: http://law.uobabylon.edu.i

سادسا : مواقع الانترنت

-www.admin.ch

- www.uncitral.org

-http://eur-lex.europa.eu

- www.legalis.net

- https://www.legifrance.gouv.fr

باللغة الفرنسية

LIVRE

- Caprioli,Eric.A ,règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition du Juris-classeur, litec ,Paris,2002.

THESES

- Sylvette Guillemard, le droit international privé face au contrat de vente cyberspacial, thèse doctorat ,faculté de droit, université Laval ,Québec,2003.

- Elie chakthoura , le droit international privé a l'épreuve du commerce électronique, mémoire de la maitrise en droit, université du Québec,2011.

-Mariem Rekik,le juge du contrat électronique international, mémoire master droit privé, faculté de droit Sfax, Tunisie ,2013.

- Rosario DUASO CALÉS, la détermination du cadre juridictionnel et législatif applicable au contrat de cyberconsommation, mémoire de maitrise en droit, faculté de droit, université de Montérial,2002.

ARTICLES

- Vincent Gautrais ,la couleur du consentement électronique, article ,disponible sur le site www.papyrus.bib.umontreal.ca

- L. THOUMYRE, échange du consentement dans le commerce électronique, en ligne : www.juriscom.net

TEXTES JURIDUQUE

- convention Lahaye conclue le 25 novembre 1965, concernant les accords d'élection de for, disponible sur le site : https://www.hcch.net

- Convention Bruxelles, 1968, concernant la compétence judicaire et l'exécution des décisions en matière civile et commercial.

Le consentement électronique entre le e-consommateur et le e-fournisseur dans la législation algérienne

Le consentement électronique entre le e-consommateur et le e-fournisseur dans la législation algérienne

د. محمودي سماح ا،لمركز الجامعي بريكة .

Résumé

Il est à remarquer que depuis l'ouverture du réseau internet en Algérie, ce réseau s'est progressivement transformé en un canal de transaction électronique au sein duquel les e-commerçants commercialisent des biens et des services aux e-consommateurs. Cette transformation d'internet en un espace économique constitue désormais un espace commercial incontournable d'où le commerce électronique a connu un grand succès. Des transactions électroniques qui se parfais par la conclusion des contrats par voie électronique.

Il convient de noter que, le commerce électronique, est au cœur de l'activité humaine autant d'opérations quotidiennes dont la réalisation est assurée par l'outil contractuel entre le e-fournisseur et le e-consommateur. Des contrats à la fois dématérialisés, conclus à distance et qui revêtent une dimension potentielle internationale. De ce fait, à l'heure des nouvelles technologies de l'information et de la communication, il est légitime de se poser la problématique du consentement dans les contrats électroniques en droit algérien.

Le but de cette étude est d'étudier l'existence du consentement du e-fournisseur et le e-consommateur, généré par la rencontre de l'offre et de l'acceptation pour la conclusion d'un contrat électronique, en mettant l'accent sur leurs définitions, leurs conditions et leurs modalités.

Mots clefs : Commerce électronique, Contrat électronique, le e-fournisseur, le e-consommateur, l'offre et l'acceptation.

Summary

It should be noted that since the opening of the Internet network in Algeria, this network has progressively been transformed into a channel of electronic transaction within which e-traders market goods and services to e-consumers. This transformation of the Internet into an economic space is now an essential commercial space in which e-commerce has been very successful. Electronic transactions are perfected by the conclusion of contracts by electronic means.

It should be noted that electronic commerce is at the heart of human activity, as many daily operations are carried out by the contractual tool between the e-supplier and the e-consumer. Contracts which are both dematerialised and concluded at a distance and which have a potential international dimension. Therefore, at a time of new information and communication technologies, it is legitimate to raise the issue of consent in electronic contracts in Algerian law.

The aim of this study is to study the existence of the consent of the e-supplier and the e-consumer, generated by the meeting of the offer and the acceptance for the conclusion of an electronic contract, by emphasizing their definitions, their conditions and their methods.

Keywords: Electronic commerce, electronic contract, the e-supplier, the e-consumer, offer and acceptance.

Le consentement électronique entre le e-consommateur et le e-fournisseur dans la législation algérienne

Introduction **مقدمة:**

« La situation par laquelle un engagement est conclu entre deux ou plusieurs personnes qui utilisent chacun un ordinateur branché sur un réseau de communication comme moyen de transmettre une offre et une acceptation, éléments constitutifs dudit contrat »[1] On peut présenter le contrat électronique par la définition proposée par Vincent Gautrais.

Il est vrai qu'il y a eu une transformation et une révolution majeures dans le système commercial avec l'entrée de l'internet, les technologies modernes dans le monde des affaires. Le processus commercial est tombé dans les bras du web, un phénomène nommé commerce électronique qui est considéré de nos jours comme un outil incontournable de tout essor économique dans les pays en voie de développement, lesquels ne pouvaient pas rester insensibles à cette boutique planétaire qui se mettait en place, comme à l'instar de l'Algérie qui a promulgué la loi n°18-05 relatif au commerce électronique. [2]

Au sens de cette loi le commerce électronique est défini par une activité par laquelle un e-fournisseur propose ou assure, à un e-consommateur, à distance et par voie de communications électroniques la fourniture de biens et de services.[3]

Le développement de ce commerce s'est rapidement transformé en un moyen inhabituel de vente de biens et de fourniture des services par voie électronique et, comme tout marché, le commerce électronique se manifeste aussi par la rencontre de l'offre et de la demande pour aboutir à la conclusion de contrats électroniques.

Au sens de la loi n°18-05 relative au commerce électronique notamment son article 6, le contrat électronique est le contrat défini par la loi n° 04-02 du 5 Joumada El Oula 1425 correspondant au 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales [4], conclu à distance sans la présence physique simultanée des parties par le recours exclusif à une technique de communication électronique. Le contrat électronique est étroitement lié au commerce électronique, puisqu'il considéré comme l'outil principal de ce commerce.

Comme pour tout contrat, la formation de la transaction commerciale de la vente par voie de communications électroniques d'un bien et/ou d'un service en ligne est subordonnée aux conditions générales du droit civil, dont la première est l'existence du consentement des parties, généré par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. On distingue le contrat électronique par sa particularité d'être établi sur une étape préalable de la transaction commerciale électronique, qui est l'offre commerciale électronique, car il s'agit d'une étape préliminaire, elle précède la conclusion d'un contrat électronique.

---

[1] Kamel Mehdaoui, La formation du contrat électronique international : Le Formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maitrise en Droit international, Université du Québec à Montréal.2010. p.7.

[2] Loi n° 18-05 du 24 Chaâbane 1439 correspondant au 10 mai 2018 relative au commerce électronique J.O n°28 du 16/05/2018. p.4.

[3] Article 6 de la loi n°18-05 relative au commerce électronique. p.5.

[4] Article 4 de la loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales dispose ce qui suit : « Contrat : tout accord ou convention, ayant pour objet la vente d'un bien ou la prestation d'un service, et rédigé unilatéralement et préalablement par l'une des parties à l'accord et auquel l'autre partie adhère sans possibilité réelle de le modifier.

Le contrat peut être réalisé sous la forme de bon de commande, facture, bon de garantie, bordereau, bon de livraison, billet ou autre document, quels que soient leur forme et leur support et contenant des spécifications ou références correspondant à des conditions générales de vente préétablies ». ,J.O n°41 du 27 juin 2004.p 3

Cette rencontre virtuelle par des terminaux interposés se traduit par une offre commerciale électronique d'un bien et/ou d'un service du e-fournisseur dédiée au e-consommateur qui, s'il accepte l'offre commerciale électronique, acquiesce le contrat. L'offre en ligne est présentée d'une certaine façon et selon certaines modalités qui produisent l'acceptation du e-consommateur en ligne et la conjonction de ces éléments fait naître un contrat électronique.

Dès lors que le contrat électronique est un accord de volontés entre le e-fournisseur et le e-consommateur, le consentement apparaît, lui, comme la pierre d'angle de sa formation. En ce sens, il apparait que le consentement est l'adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre. Cet échange des consentements entraîne l'accord de volonté qui lie les parties. Dans ce sillage, on dira que peu importe le mode d'expression d'une volonté, le contrat est le résultat de la rencontre de volontés qui s'expriment par le jeu d'une offre et d'une acceptation, sujet de notre étude. À l'issue de cette lecture, nous pouvons dès lors formuler une problématique suivante : le contrat électronique dans le e-commerce, en droit algérien, est un nouveau phénomène juridique : qu'elle est l'identification du principe de formalisme du contrat électronique dans le e-commerce ? Autrement dit, la conclusion même d'un contrat électronique a suscité un regain d'intérêt sur des thématiques traditionnelles su du droit des obligations : qu'entend-on par l'offre commerciale électronique du e-fournisseur et l'acceptation du e-consommateur dans le contrat dématérialisé ? Comment les caractérise-t-on dans cet environnement ?

Pour réaliser un état de l'art sur cette problématique, cette étude sera effectuée pour aborder l'offre et l'acceptation dans les contrats de commerce électronique, selon la législation algérienne. Il convient à ce titre d'examiner ce sujet à travers les sections suivantes :

Section I : L'offre commerciale électronique : où se proposent dans un premier temps de porter le regard sur la définition de l'offre commerciale électronique ensuite sur les différentes informations préalables obligatoires dans l'offre commerciale électronique et à la fin sur les spécificités de l'offre commerciale électronique

Section II : L'acceptation de l'offre commercial électronique : qui sera dédiée sur la définition de l'acceptation électronique et ensuite on examinera la manifestation de l'acceptation et enfin les moyens d'exprimer l'acceptation électronique

Section 1 : L'offre électronique

S'agissant d'étudier l'offre et l'acceptation dans le cadre du " commerce électronique ", il nous apparaît nécessaire de préciser cette dernière notion. En effet, une définition a été donné dans la loi n°15-08, précisément dans l'article 6 qui désigne le commerce électronique par une activité par laquelle un e-fournisseur propose ou assure, à un e-consommateur, à distance et par voie de communications électroniques la fourniture de biens et de services.

Comme toute activité économique, le commerce électronique exige le support d'un contrat. Un contrat qui est par essence presque de nature international qui représente une convention par laquelle le e-fournisseur s'oblige envers, le e-consommateur, à donner, faire ou à ne pas faire quelque chose. Puis ce contrat est précédé d'une offre commerciale électronique qui constitue l'un des piliers indissociables de l'existence du contrat électronique et de sa formation. Etant donné que le contenu de l'offre commerciale électronique détermine les conditions de sa validité.

Vu l'importance de ce pilier, nous allons aborder dans cette section, tout d'abord, par donner la définition de l'offre électronique ensuite nous poursuivrons sur ces caractéristiques et enfin sur les diverses méthodes utiliser dans le commerce électronique.

Le consentement électronique entre le e-consommateur et le e-fournisseur dans la législation algérienne

I. Définition de l'offre commerciale électronique

L'offre dans son sens général est l'adhésion d'une partie à la proposition faite par l'autre ou bien on peut dire la manifestation de volonté par laquelle une personne comme le « e-consommateur » propose à une autre personne « e-consommateur » la conclusion d'un contrat. De ce fait, l'échange des consentements de ces deux parties entraîne l'accord de volonté qui lie les parties, donc cela suffit, en principe, à former le contrat. Cette affirmation est définie comme : « une expression unilatérale de la volonté, dirigée aux fins de la conclusion du contrat ». Un contrat qui se forme dès que les parties ont échangé leurs volontés concordantes, sans préjudice des dispositions légales[5].

L'article 60 du code civil dispose : « On peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en usage ou encore par une conduite telle qu'elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention de son auteur. La déclaration de volonté peut être tacite lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse. »[6]

La théorie générale des contrats a largement influencé le régime du contrat électronique, sauf que les parties ne sont pas physiquement présentes au moment et dans le lieu de la rencontre des volontés. Ce qui mène que le contrat électronique fait partie des contrats à distance étant donné l'absence physique des parties. D'ailleurs, c'est ce qu'a confirmé la directive n° 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance, qui le défini dans l'article 2 paragraphe 4 par tout moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties.[7]

On remarquera que le législateur algérien a négligé de donner une définition à l'offre électronique dans le code civil, ainsi que dans la loi n°15-08 relative au commerce électronique. Cependant, dans la loi n° 18-05, chapitre trois intitulé « Exigences relatives à la transaction commerciale par voie de communications électroniques », le législateur a évoqué l'offre commerciale électronique, dans l'article 10 qui contient un paragraphe contenant : « Offre » sans la définir, car il stipule que : « Toute transaction de commerce électronique doit être précédée d'une offre commerciale électronique et formalisée par un contrat électronique validé par le e-consommateur ».

Il résulte de l'article suscité que la transaction de commerce électronique est précédée d'une offre commerciale, et qu'elle soit formalisée par un contrat électronique après acceptation par le consommateur électronique.

II. Les informations préalables obligatoires

Le consentement se traduit par l'acceptation de l'offre commerciale. Dans la mesure que le consentement donné en ligne puisse être complet et éclairé, le contenu ainsi que la manière et la forme de l'offre commerciale électronique est très important car elle doit être visible, lisible et compréhensible.

---

[5] Article 59 de l'ordonnance 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civile, modifiée et complétée. JO N° 78 du 30 Septembre 1975.p.12.

[6] Ibidem

[7] Directive n° 97/7/CE du parlement européen et du conseil du 20 Mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière des contrats à distance. J.O des Communautés européennes n° L144 du 4 juin 1997.p.21. Récupéré du site : www.eur-lex.europa.eu , consulté le 25/04/2021

La loi n°18-05 dans son article 11, du chapitre 3 sous le titre : Exigences relatives à la transaction commerciale par voie de communications électroniques, a mentionné que le e-fournisseur doit présenter l'offre commerciale électronique de manière visible, lisible et compréhensible. Dans le même article, le législateur pour la confiance dans l'économie numérique oblige le e-fournisseur à décliner son identité ainsi que certaines informations de l'offre commerciale. Voici une liste d'informations non exhaustive citée dans l'article suscité :

- le numéro d'identification fiscale, les adresses physique et électronique ainsi que le numéro de téléphone du e-fournisseur ;
- le numéro de registre du commerce ou le numéro de la carte professionnelle d'artisan ;
- la nature, les caractéristiques et le prix des biens ou services proposés en toutes taxes comprises.
- l'état de disponibilité du bien ou du service ;
- les modalités, les frais et les délais de livraison ;
- les conditions générales de vente, notamment les indications relatives à la protection des données à caractère personnel ;
- les conditions de garantie commerciale et du service après-vente ;
- le mode de calcul du prix, lorsque celui-ci ne peut être fixé à l'avance ;
- les modalités et les procédures de paiement ;
- les conditions de résiliation du contrat, le cas échéant ;
- une description complète des différentes étapes d'exécution de la transaction électronique ;
- la durée de l'offre, le cas échéant ;
- les conditions et les délais de rétractation, le cas échéant ;
- le mode de confirmation de la commande ;
- le délai de livraison, le prix du produit objet de la précommande et les modalités d'annulation de la précommande, le cas échéant ;
- le mode de retour du produit, d'échange ou de remboursement ;
- le coût d'utilisation des moyens de communications électroniques lorsqu'il est calculé sur une autre base que les tarifs en vigueur.

De ce fait, on conclut que l'offre commerciale électronique ne diffère pas de l'offre ordinaire à part qu'elle est une offre à distance et ce, à travers sa présence dans un espace virtuel, et qu'elle a un caractère partiellement international. Le rôle de l'information préalable dans l'offre commerciale électronique est important pour rassurer le e-consommateur et lui donner envie de contracter par voie électronique.

III. Les spécificités de l'offre commerciale électronique

Dans la structure générale de l'offre électronique sa notion ne diffère pas beaucoup de l'offre en droit commun. Elle est soumise aux mêmes règles que l'affirmation conventionnelle, sauf que la nature diffère étant donné qu'elle soit conclue à distance, sans la présence physique simultanée des parties contractantes, c'est ce qui la distingue par certaines caractéristiques. Les plus importants sont les suivants :

1. L'internationalité de l'offre électronique

Attendu que le e-fournisseur est recourt au réseau d'internet, pour présenter une offre que ce soit de vente ou de prestation de service. Cette offre électronique ne connaît pas de frontières car elle est adressée à toute personne en connexion sur le réseau aux quatre coins du monde, le plus souvent à un public planétaire.

En tant que telle, l'offre commercial électronique peut prendre une dimension internationale et comporter un élément d'extranéité. Cette internationalité provient essentiellement de l'opération en cause lorsque le contrat électronique possède lui-même un élément d'extranéité définit comme « une situation juridique mettant en contact deux ou plusieurs systèmes juridiques nationaux et exigeant le règlement d'un conflit de lois et/ou de juridictions.[8]

Peu importe l'endroit du e-consommateur dans le monde, connectée à un réseau internet peut accéder aux offres électroniques. L'internet a pour effet de supprimer les frontières territoriales, c'est ce qui explique l'internationalité de l'offre électroniques.

2. Les modalités de l'offre électronique

L'offre électronique se manifeste généralement par trois modalités : l'offre commerciale électronique via un E-Mail ou bien échange de courriers électroniques sinon l'offre commerciales électronique via des sites Web, ou l'offre commerciale électronique en discussion avec caméra sur Internet Via une communication directe par des applications. Trois modalités dont nous discuterons dans l'ordre suivant :

- **Via E-mail ou bien l'échange de courriers électroniques** :

Le décret exécutif n°98-257, définissant les conditions et les modalités de mise en place et d'exploitation des services Internet, dans l'article 2 défini l'E-mail ou bien le courrier électronique par un service d'échange de message électronique entre utilisateurs.[9]

L'offrant expédiera par e-mail un fichier attaché contenant l'offre commerciale électronique et invitera le destinataire, après acceptation, à le lui retourner muni de sa signature électronique. Cette offre devra être conforme à la législation et contenir les conditions prévues par l'article 11 de la loi n°18-05 relative au commerce international. A l'évidence, ce mode de communication permet également une forme de négociation entre parties.

- **Via des sites Web**

Le site web ou site internet ou website en anglais, ou Word Wide Web dont l'abréviation est (www), composé de deux parties worldwide qui veut dire (« mondial ») et de web (« toile d'araignée »). Cette toile symbolise les hyperliens entre les ressources du Web.

Plusieurs définitions sont données à ce terme qui se rapproche sur un ensemble de pages web et de ressources reliées par des hyperliens, défini et accessible par une adresse web. Un site est développé à l'aide de langages de programmation web, puis hébergé sur un serveur web accessible via le réseau mondial Internet, un intranet local, ou n'importe quel autre réseau, tel le darknet.[10]

On trouvera que les importants programmes sont Microsoft Office Live, Google Reader, Alta Vista, Internet Explorer et d'autres.

Le législateur algérien a aussi défini le web dans l'article 2 du décret exécutif n°98-257 défini par un service interactif de consultation ou d'hébergement de pages multimédia (textes, graphiques, son ou vidéo) reliées entre elles par une série de liens dits hypertexte.[11]

Pour cette méthode l'offre commercial électronique sur les sites web est présentée par une vitrine virtuelle ou bien un catalogue en ligne contenant le nécessaire pour le e-consommateur. Ces pages web présentent de manière suffisamment détaillée les produits et services.

[8] S. GUINCHARD (ss dir.), T. DEBARD, « Lexique des termes juridiques », 21ème Ed. Dalloz 2014, p. 420
[9] Décret exécutif n°98-257 du 25 aout 1998 définissant les conditions et les modalités de mise en place et d'exploitation des services Internet. J.O n°63 du 26/08/1998.p5.
[10] Définition prise du site wikipedia, https://fr.wikipedia.org/wiki/Site_web, consulté le 26/04/2021.
[11] Idem.

- **Via une communication directe par des applications**

Dans ce cas de figure les deux parties engagent une discussion en directe, par écran interposé soit par le chat ou bien vidéoconférence et la téléphonie vocale sur le net en téléchargeant des applications qui permettent de communiquer. Les interlocuteurs peuvent se voir et discuter avec la caméra et le micro de l'ordinateur ou du téléphone. Cette méthode leur permet de dialoguer et, le cas échéant, d'échanger leur consentement en temps réel.

Section 2 : l'acceptation de l'offre commercial électronique

Pour conclure un contrat électronique, l'offre commercial électronique n'est pas suffisante elle doit être accompagnée d'une acceptation. On considère généralement que le contrat naît de la rencontre de deux volontés, lesquelles se manifestent, en ordre chronologique, par une offre et une acceptation.

Dans le commerce électronique, toute volonté conforme à la législation en vigueur émise sur les réseaux ou par le recours exclusif à une technique de communication électronique, pourra être qualifiée d'offre au sens juridique du terme. Dans ce contexte, l'offre étant précise et détaillée devra logiquement indiquer le moyen d'y répondre. La réponse à l'offre est réputée acceptation.

Cette section est dédiée à la définition de l'acceptation électronique ainsi que la manifestation de l'acceptation dont nous allons discuter sur l'acceptation expresse et de l'acceptation tacite ainsi du silence dans les contrats électroniques ensuite nous aborderons les moyens d'exprimer l'acceptation électronique.

I. Définition de l'acceptation électronique

L'acceptation est l'agrément pur et simple de l'offre. C'est, plus précisément, l'expression de l'intention définitive du destinataire de l'offre de conclure le contrat aux conditions déterminées par l'offrant.[12]

L'acceptation dans les contrats classiques est définie comme étant la manifestation de volonté en vertu de laquelle le récepteur de l'offre répond favorablement aux conditions précisées à l'offre de contracter. En autre terme, un échange des consentements qui entraîne l'accord de volonté qui lie les parties.

Elle exprime donc le consentement de son auteur en même temps qu'elle fait de l'offre l'élément de consentement de l'autre partie. Cette acceptation existe si elle porte sur les éléments essentiels de l'offre et à condition qu'elle n'ajoute pas à l'offre des éléments essentiels.

En se penchant vers la législation algérienne, la question du consentement est conçue dans l'article 59 du code civil qui prévoit que le contrat se forme dès que les parties ont échangé leurs volontés concordantes, sans préjudice des dispositions légales.[13] De même l'article 66 ajoute que l'acceptation qui modifie l'offre ne vaut que comme une offre nouvelle.[14]

De ce qui précède, on déduit que le consentement dans la législation est conçu dès lors que les parties échanges leurs volontés à condition qu'il n'est pas de changement de conditions notamment celle de l'offre dans le cas contraire l'offre modifié représente une nouvelle offre. En conséquence, il est soumis aux mêmes règles et dispositions qui régissent l'acceptation dans le système traditionnel, mais il conserve une certaine particularité en raison de sa nature électronique.

[12] Youcef Shandi, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat nouveau régime, UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN STRASBOURG III, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion mention droit privé, juin 2005.p.142.
[13] L'article 59 du code civil, p.12.
[14] L'article 66 du code civil.p.12.

En conséquence, on peut dire que l'acceptation est la deuxième expression de la volonté, émise par le e-consommateur à qui elle a été adressée l'offre commerciale électronique, faite à l'aide d'un moyen électronique, dont indique son accord à la conclusion du contrat électronique qui est conforme aux conditions mentionnées dans l'offre commerciale électronique.

Comme c'est le cas pour le consentement dans les contrats traditionnels, il est nécessaire que : l'acceptation électronique, pour qu'elle ait un effet, doit être identique à l'offre commerciale électronique sous tous ses aspects, ni augmentation, ni diminution et ni modification. Et toute divergence entre l'acceptation électronique et l'offre électronique indique un rejet car l'acceptation non conforme à l'offre est dépourvue d'effet, et dans ce cas l'offre se transforme en nouvelle une offre [15].

L'acceptation électronique doit également être définitive, spécifique et consacrée à la production d'effets juridiques, cette dernière doit être apparentes donc elle doit nécessairement intervenir avant que l'offre ne soit caduque de ce fait, pendant le délai imparti de validité de l'offre.

Il convient de noter que la loi n°18-05 relative au commerce électronique ne s'exprime pas au sujet du consentement ni de l'acceptation. Cependant on peut dire que l'acceptation dans les contrats électronique est la même que les contrats classiques sauf que cet échange de volonté se manifeste dans un espace numérique, par voie électronique sans la présence physique et simultanée des parties. C'est d'ailleurs pour cette raison que les contrats électroniques sont qualifiés comme étant des contrats à distance.

II. Manifestation de l'acceptation

Dans l'espace virtuel, on peut dire que deux formes d'expression de consentement coexistent, il s'agit du consentement tacite et la deuxième forme le consentement électronique. D'une manière générale, l'acceptation peut revêtir plusieurs modes d'expressions. Il peut s'agir d'une acceptation expresse ou tacite. C'est à dire, de « tout comportement, actif ou passif, [qui] peut manifester la volonté de son auteur, dès l'instant qu'il est d'usage de lui reconnaître une telle signification, ou même que celle-ci résulte normalement des circonstances de l'espèce ».[16]

Dans cette partie, nous allons parler de l'acceptation expresse et de l'acceptation tacite ainsi du silence dans les contrats électroniques.

1. Expression expresse de l'acceptation

L'acceptation électronique dans le contrat de commerce électronique est expresse lorsqu'elle est exprimée par le e-consommateur de la même manière positive que l'acceptation peut être faite par langage, écrit, parlé ou même gestuel.

Dans cette situation, l'acceptation ne soulève guère de difficulté, dans la mesure où la volonté de l'acceptant, c'est-à-dire le destinataire de l'offre qui est le e-consommateur, sera dépourvue d'ambiguïté.

2. Expression tacite de l'acceptation

L'acceptation est tacite lorsque la volonté du destinataire de l'offre de l'accepter résulte des circonstances de faits, elle pourra également résulter de diverses sortes de comportements, comme continuer de payer une assurance nonobstant l'expiration du contrat ou bénéficier d'un abonnement d'un magazine malgré l'échéance de la date.

---

[15] Article 66 du code civil : « l'acceptation qui modifie l'offre ne vaut que comme une offre nouvelle » p.12

[16] J.Ghestin, « La notion de contrat », 1990 23 D., Chron 147,p.151. Information prise Meryem Edderouassi. Le contrat électronique International. Droit. Université Grenoble Alpes, 2017. Hal archives-ouvertes.fr récupérer du site https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01892106/document, consulté le 01/05/2021.

L'acceptation peut être tacite lorsque l'émetteur de l'offre ne devait pas s'attendre à une réponse expresse du destinataire de l'offre compte tenu des circonstances. Ainsi la non dénonciation d'un contrat renouvelable par tacite reconduction vaut acceptation d'un nouveau contrat. De même l'acceptation peut être implicite lorsque l'offre est faite dans l'intérêt de son destinataire.

En matière de contrat de commerce international, l'acceptation devra être expresse en principe. De plus, elle devra être conditionnelle, correspondre à l'offre, ainsi que clarifier la question de la confirmation de l'acceptation.

3. Le silence

En règle générale, le silence a un caractère équivoque, il ne signifie rien car il ne peut s'interpréter comme refus ou acceptation. S'agissant d'une étude dans le droit algérien, la notion du silence est prévue dans le code civil qui dispose dans l'article 68 : « Lorsque l'auteur de l'offre ne devait pas, en raison soit de la nature de l'affaire, soit des usages du commerce, soit d'autres circonstance s'attendre à une acceptation expresse, le contrat est réputé conclu si l'offre n'a pas été refusée dans un délai convenable. L'absence de réponse vaut acceptation lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties ou lorsqu'elle est seulement dans l'intérêt de son destinataire ».[17]

Selon les dispositions de cet article, l'absence de réponse vaut acceptation lorsque l'offre se rapporte à des relations d'affaires déjà existantes entre les parties donc dans l'usage commercial, car les parties ont l'habitude de contracter ensemble, ou lorsqu'elle est seulement dans l'intérêt de son destinataire cette s'applique. Les dispositions de cet article ne peuvent pas s'appliquer dans le commerce électronique étant donné que ce commerce est récent en Algérie on ne peut pas parler d'usage commercial. Donc, le silence ne peut pas, sauf cas très rare, valoir acceptation d'une offre commerciale électronique**.** Sur internet, l'acceptation passera nécessairement par l'usage d'un outil informatique, le e-consommateur recevant l'offre commerciale électronique via une succession de pages d'écran ou par mail ou vision conférence, ces dernières guidant notamment le e-fournisseur pour remplir un formulaire de commande qu'il pourra finalement envoyer au e-fournisseur internet par tous moyens dédiés à répondre.

De ce qui précède, le silence du e-consommateur ne pourra jamais être interprété comme acceptation conformément au principe selon lequel le silence ne vaut acceptation. De ce fait, dans le commerce électronique le silence semble source d'incertitude et d'insécurité juridique.

III. Les moyens d'exprimer l'acceptation électronique

Dans l'espace virtuel, les moyens d'exprimer l'acceptation électronique sont les mêmes moyens de l'offre commerciale électronique**.** L'expression d'acceptation dans le contrat électronique se fait de telle manière qu'elle soit conforme à la nature du contrat et des moyens utilisés pour le conclure.

Même si les lois régissant les contrats commerciaux n'ont pas prévu de méthodes d'acceptation spécifiques, la nature de l'opération électronique impose l'utilisation des méthodes modernes et innovantes introduites par les technologies du commerce électronique comme moyen d'exprimer l'acceptation électronique.

Comme on a vu pour l'offre, l'acceptation électronique peut être exprimée généralement par trois moyens connus : acceptation électronique écrit par courriers électroniques, ou Via les

[17] Code civil. p13.

interfaces du site Internet ou sinon de bouche à oreille via de discussion par visio-conférence. Trois moyens dont nous discuterons dans l'ordre suivant :

1. Acceptation par email

En pratique, surtout pour éviter tout litige, la mise en place d'une procédure formelle d'acceptation des termes de l'offre comme un moyen de preuve est vivement recommandée. La procédure pourra ainsi prévoir l'envoi d'un courrier électronique avec un lien permettant de valider l'inscription pour entériner l'acceptation.

Cela dit, si l'offre commerciale électronique a été émise par e-mail, le e-consommateur exprime sa volonté en acceptant l'offre commerciale électronique en répondant par e-mail, ou en suivant un lien permettant de valider l'inscription pour approuver l'acceptation, pour autant la loi ou l'offre n'exige pas que l'acceptation soit émise sous une forme spécifique.

Le e-consommateur peut envoyer son consentement à l'offre sous forme de courrier électronique à l'adresse e-mail du e-fournisseur, et la lettre d'acceptation comprend souvent tous les éléments du contrat ainsi que l'identité de e-consommateur, modalités d'exécution, de payement ...etc.

L'article 60 du code civil [18] a adopté la liberté d'exprimer sa volonté verbalement ou par écrit, peut importe qu'elle soit traditionnelle ou électronique surtout que le législateur a reconnu la preuve électronique par l'article 323 ter du code civil[19] qui détermine le principe de l'admission et de reconnaissance de la preuve électronique au même titre que l'écrit sur support papier.

2. Acceptation dans les pages web

Lorsque l'offre commerciale électronique est présenté en ligne, sur un site web par exemple, l'acceptation dans cette méthode se fait en cliquant. Ainsi, cliquer, c'est vouloir. Pour manifester pleinement la volonté et de se trouver engager le e-consommateur est inviter à exprimer son accord définitif donc il doit cliquer sur l'icône « Accepte ». Cette étape est importante, c'est ce qui le liera juridiquement.

Au terme de ce processus, le client est invité à exprimer son accord définitif, qui le liera juridiquement, en deux (voire trois) « clics » : un premier pour accepter le contenu de la commande, un second (et parfois un troisième) pour confirmer son acceptation, après vérification. Ce système est couramment baptisé « double (ou triple) clic »[20]

Cette technique peut être avec un clic ou doubles clics et parfois même triple clics. Le premier pour accepter le contenu de l'offre le deuxième et parfois le troisième pour confirmer l'offre après vérification. Via les sites Web français, nous trouvons une icône portant la phrase « J'accepte » ou bien « oui », mais pour les sites Web qui utilise l'anglais on trouve "OK" ou "I agree" en anglais.

3. Acceptation par visioconférence

L'acceptation par visioconférence est une acceptation par la conversation et l'observation ou par voix visioconférence l'acceptation peut être exprimée au moyen d'une observation ou d'une

[18] Article 60 du code civil : « On peut déclarer sa volonté verbalement, par écrit ou par les signes généralement en usage ou encore par une conduite telle qu'elle ne laisse aucun doute sur la véritable intention de son auteur.
La déclaration de volonté peut être tacite lorsque la loi ou les parties n'exigent pas qu'elle soit expresse »

[19] Article 323 ter du code civil : « « L'écrit sous forme électronique est admis en tant que preuve au même titre que l'écrit sur support papier, à la condition que puisse être dument identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans les conditions de nature à en garantir l'intégrité »

[20] Marie DEMOULIN et Étienne MONTERO, La conclusion des contrats par voie électronique, Etude parue dans M. FONTAINE (dir.), Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002. p.591.

conversation instantanée, c'est-à-dire un échange direct comme exemple le Skype, par la parole, et l'utilisation de caméras, elle se transforme en conversation et un échange de paroles en direct. De ce fait, on se retrouve devant une union virtuelle pour conclure le contrat entre les e-fournisseur et le e-consommateur.

Ils s'entendent directement, il est donc impératif de considérer cette méthode comme une expression explicite.

Enfin peu importe le moyen d'expression de l'acceptation de l'offre, il est impératif que cette acceptation doit obligatoirement porter sur tous les éléments du contrat tant essentiels qu'accessoires.

Conclusion

Compte tenu des évolutions récentes dans le domaine des transactions commerciales surtout avec la disponibilité d'internet et l'accès pour qui que ce soit, le commerce électronique se développe de plus en plus et est devenu la tendance d'aujourd'hui. Comme d'autres législations, le législateur algérien s'est rendu compte de l'importance du commerce électronique et d'adhérer à la conclusion des contrats électroniques. Ce qu'il a menait a promulgué la loi relative au commerce électronique et depuis de nombreux contrats se sont conclus sur la toile et l'augmentation continue.

Cependant aujourd'hui, avec le vide juridique de certaines dispositions de cette loi, nous sommes loin d'un schéma idéal d'encadrement du contrat électronique international. A vrai dire, la nature d'internationalité de ce contrat, nécessite à notre sens une harmonisation à travers une adaptation des règles internationales au contexte numérique, l'Algérie doit adapter sa législation pour s'adapter avec la nature de l'internationalisation. Cette harmonisation serait la bienvenue dans la législation.

Par ailleurs, Il est important de noter que l'expression de volonté dans le contrat électronique se distingue de la volonté contractuelle classique. En effet, le contrat électronique se prescrit par la pratique car il emploi des supports numériques et électroniques dont les volontés s'expriment à distance. Il n'est plus nécessaire, dans ce cas, de revenir aux règles générales du droit civil, car elles ne sont pas adaptées avec les nouvelles technologies et les nouveaux moyens électroniques. Mais malheureusement, il a été conclu de cette étude qu'il y a un vide juridique dans la loi relative au commerce électronique, notamment le vide relatif aux définitions de l'offre commerciale électronique et l'acceptation, dont le législateur devrait accélérer à ériger et à prévoir les moyens d'exprimer la volonté de contracter. Cette préoccupation est très importante pour protéger la volonté des deux parties surtout celle du e-consommateur, d'une part, et pour garantir stabilité des transactions du commerce électronique.

Aussi, le nombre des contrats électroniques conclus sur Internet et leurs variétés sont donc considérables, ils peuvent soulever des difficultés de formation et d'exécution et crées des conflits entre les parties contractantes, ce qui nécessite sans doute un encadrement juridique de ces derniers. Le législateur devrait ainsi inclure des contrats formels dans la gamme des transactions électroniques qui peuvent être conclues et ce, vu leur importance économique et vu qu'ils sont devenus une méthode la plus répandu dans les relations entre le e-consommateur et le e-fournisseur.

Dans ce sillage et en guise de conclusion, les recommandations qui en découlent, pourraient améliorer considérablement les contrats électroniques dans le commerce électronique, sont comme suit :

- Le consentement électronique entre le e-consommateur et le e-fournisseur dans la législation algérienne exige une appréciation plus pertinente ;

- On doit se focaliser sur le niveau académique, encourager les étudiants à écrire sur ce thème à faire des travaux de recherche sur ce sujet en Algérie ;
- Organiser et convier à des conférences sur le thème du consentement électronique
- Apprendre de l'expérience des autres ;
- La nécessité d'améliorer l'environnement juridique du contrat électronique en Algérie.

Enfin, dans une perspective d'internationalisation, vu que l'Algérie est dans un processus d'accession à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), nous jugeons qu'il est temps de réfléchir et de déterminer les manquements du commerce électronique et d'étudier les méthodes de son renforcement.

Bibliographiques :

A. Textes juridiques

- L'ordonnance 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civile, modifiée et complétée. JO N° 78 du 30/09/1975.
- Loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales. J.O n°41 du 27 juin 2004.
- Loi n° 18-05 du 24 Chaâbane 1439 correspondant au 10 mai 2018 relative au commerce électronique J.O n°28 du 16/05/2018.
- Décret exécutif n°98-257 du 25 aout 1998 définissant les conditions et les modalités de mise en place et d'exploitation des services Internet. J.O n°63 du 26/08/1998.

B. Ouvrages

- Abobaker Benyahmed, La protection de la partie faible dans les relations contractuelles, comparaison entre le droit français et les droits des pays du Maghreb, Préface de Ali Bencheneb et Julia Heinich, Collection : Logiques Juridiques MAGHREB, MOYEN ORIENT DROIT, JUSTICE, L'harmattan. 04/2021.
- S GUINCHARD, Th DEBARD. (ss dir.), « Lexique des termes juridiques », 23ème éd., Dalloz 2015-2016.

C. Articles scientifiques

- Liliane Bahali Bugeni, La négociation dans le commerce électronique, Travail réalisé pour l'obtention du diplôme de maîtrise en Informatique, Année Académique 1999-200.
- Maouene Mostefa. La signature électronique en droit algérien à l'épreuve de l'économie numérique : l'apport du droit français. In: Revue juridique de l'Ouest, 2008-2. pp. 205-223.
- Vincent Gautrais, Les Principes d'UNIDROIT face au contrat électronique, éditions themis, 36 R.J.T 481. 2002

D. Mémoires et thèses

- Kamel Mehdaoui, La formation du contrat électronique international : Le Formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, mémoire présenté comme exigence partielle de la maitrise en Droit international, Université du Québec à Montréal.2010.
- Marie Demoulin et Étienne Montero, Les modalités de conclusion des contrats par voie électronique, Etude parue dans M. FONTAINE (dir.), Le processus de formation du contrat. Contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen, Bruxelles, Paris, Bruylant, L.G.D.J., 2002
- Meryem Edderouassi, Le contrat électronique International, Thèse pour obtenir le grade de docteur de la communauté université Grenoble Alpes, Spécialité : Droit privé.2017.

- Youcef Shandi, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse doctorat nouveau régime, Universite Robert Schuman Strasbourg III, Faculté de droit, de sciences politiques et de gestion mention droit privé, juin 2005.p.142

E. Webographies

- https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01892106/document
- https://www.joradp.dz/HAR/Index.htm
- https://www.murielle-cahen.com/publications/p_consentement.asp
- https://www.eur-lex.europa.eu
- https://www.village-justice.com/articles/point-procedure-acceptation-cadre,13340.html

قائمة المراجع بالعربية

1. الرسائل العلمية

- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص- قانون الأعمال، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2015/2014.

2. المقالات

- د. بوشنافة جمال خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد العاشر، المجلد الأول، جوان 2018 .
- ط.د بومسلة عبد القادر، خصوصية الايجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية – المجلد الرابع -العدد 20 جوان 2020.
- أ/دناي نور الدين أستاذ مساعد "أ" , الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية , مجلَّة معالم للدراسات القانونية والسياسية , -العدد الثاني – ديسمبر2017.
- د. كركوري مباركة حنان , خصوصية ركن التراضي في عقود التجارة الالكترونية, مجلة المفكر للدراسات القانونية و السياسية, العدد10 , جوان 2020.
- صلاح الدين بوحملة, خصوصية الإيجاب و القبول في العقد الإلكتروني ,مجلة العلوم الانسانية , المجلد 30 -عدد 3 - ديسمبر 2019 ،

تقييم التحكيم الالكتروني

د. أمال بن بريح

ملخص:

لا شك أن استخدام شبكات الاتصال في إبرام العقود يحتم فتح المجال أمام آليات جديدة تتلاءم وهذا الاستخدام، فإذا كان الإبرام العادي قد أفرز آليات تتم بالسرعة والسهولة بعيدا عن الإجراءات الطويلة المعقدة أمام القضاء العادي، فإنه من المنطقي أن يفرز الواقع العملي آلية جديدة لتسوية المنازعات التي تثيرها التجارة الالكترونية .

من هذا المنطلق برز التحكيم الالكتروني كآلية بديلة لحل منازعات العقود الالكترونية، والذي يمثل اتفاق شأنه شأن التحكيم التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصائص والمميزات، كما يجوبه بعض النقائص والمعوقات في التطبيق، والتي سيتم التطرق لها من خلال هذه الورقة البحثية.

الكلمات المفتاحية : التحكيم الإلكتروني ـ العقد الالكتروني ـ القضاء البديل ـ حل المنازعات ـ تقييم التحكيم

Summary:

There is no doubt that the use of telecommunications networks in the conclusion of contracts necessitates opening the door to new mechanisms that are appropriate and this use, if the normal conclusion has resulted in mechanisms that are done quickly and easily away from the long complex procedures before the ordinary judiciary, it is logical that the practical reality produces a new settlement mechanism Disputes raised by electronic commerce.

From this standpoint, electronic arbitration has emerged as an alternative mechanism for the resolution of electronic contract disputes, which represents an agreement like conventional arbitration, but it has some characteristics and advantages, as well as some shortcomings and obstacles in the application, which will be addressed through this paper.

key words : Electronic arbitration - electronic contract - alternative judiciary - dispute resolution - arbitration evaluation

مقدمة:

إن كثرت إبرام وتنفيذ المعاملات بالوسائل الالكترونية اليوم، صاحبه كثرت انتشار العقود الالكترونية، وهذا راجع إلى سهولة إبرامها عن بعد بين أفراد من دول مختلفة، وبالتالي قد تثور منازعات وخلافات بين المتعاملين أو المتعاقدين إلكترونيا.

كذلك ومع تطور التجارة الإلكترونية وازدهارها، وزيادة حجم العقود والصفقات المبرمة في ظلها، ازداد حجم النزاعات الناجمة عنها، وباعتبار العقود المبرمة عبر الانترنت عقودا دولية، فقد أثبت القضاء عجزه عن حسم المنازعات الناشئة عنها، سواء من حيث تحديد الجهة القضائية المنوط بها الفصل فيها، وذلك من خلال تطبيق قواعد الاختصاص القضائي الدولي، أو من حيث القواعد القانونية التي يطبقها القاضي الوطني على هذه العقود إذا ما حدد القضاء المختص دوليا بالفصل في النزاع، وهذا ما دفع للبحث عن أسلوب آخر أكثر مرونة يتناسب مع طبيعة هذه العقود.

وعلى الرغم من وجود وسائل بديلة أثبتت فعاليتها في فض منازعات عقود التجارة الدولية كالمفاوضات والوساطة والتحكيم التجاري الدولي، إلا أنها ليس كذلك بالنسبة للعقود الإلكترونية لأنها تواجه العديد من العقبات بسبب العالم الافتراضي الذي تتم من خلاله هذه المعاملات، حيث لا وجود للوثائق والمستندات الورقية ولا إمكانية للتواجد المادي بين الأطراف. اتجه التفكير للبحث عن آليات جديدة تقوم على ذات التقنية المستخدمة في إبرام تلك المعاملات لتكون تسوية النزاعات بطريقة إلكترونية تتم عبر شبكة الانترنت، ودون الحاجة لتواجد أطراف النزاع في مكان واحد، مما يوفر عليهم الوقت والتكاليف، وقد تكلل هذا البحث باستحداث صور مطورة عن الوسائل البديلة التقليدية.

من هذه المنطلقات وأخرى كان التحكيم الإلكتروني كصورة عصرية عن التحكيم التقليدي، ليكون أفضل الوسائل البديلة لحل منازعات العقود الإلكترونية، وأكثرها استجابة لمتطلبات العولمة ذات الإيقاع المتسارع الذي لم تعد تجدي معه الآليات التقليدية. لكن هذا الكلام لا يمكن الجزم فيه على إطلاقه، إذ فعلا أثبت الواقع حدوث عدة مشاكل عملية أوردتها سلبيات التحكم الالكتروني الناتجة عن معوقات تطبيقه كوسيلة بديلة للفصل في النزاعات بالطرق التقليدية.بناء على ذلك يثور التساؤل الآتي:

ما هو المفهوم الصحيح للتحكيم الالكتروني وما مدى نجاحه كوسيلة بديلة لفض النزاعات ؟

ستتم معالجة هذه الإشكالية وفق التقسيم الآتي:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني

المبحث الثاني: مدى فعالية التحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة لحل النزاعات

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني

عرفت وسائل التسوية البديلة لحلّ النزاعات تطورا هاما بفضل ظهور التجارة الإلكترونية، تجسد في ظهور نوع جديد من التحكيم يتم عن طريق شبكة الانترنت يطلق عليه" التحكيم الالكتروني"، بعد ظهور قصور التحكيم التقليدي وعدم مواكبته لحل هذه النزاعات الجديدة .وباعتباره آلية حديثة لحلّ النزاعات، يستوجب تبيان مفهوم التحكيم الالكتروني، وذلك من خلال التطرق لأهم التعريفات التي حضي بها في مطلب أول، ثم التطرق لخصائصه التي تميزه عن التحكيم التقليدي في مطلب ثاني .

المطلب الأول: تعريف التحكيم الالكتروني

فرضت التجارة الدولية على أصحابها تسوية منازعاتهم من خلال التحكيم التجاري الدولي، إلا أن إتمام صفقات هذه التجارة عبر شبكة الاتصالات الدولية الإلكترونية فرضت على أصحابها تسوية النزاعات الناشئة عن تلك التجارة عن طريق التحكيم التجاري الدولي الإلكتروني.

لكن ونظرا لحداثة عهده فلم يحدد الفقهاء بعد مفهومه القانوني فيما إذا كان نظاما قانونيا قائما بذاته، أم أنه التحكيم التقليدي ولا يختلف عنه إلا من خلال الوسيلة. هذا وقد اختلف الفقه حول تعريفه حيث يمكن أن نميز بين اتجاهين كما يلي:

الفرع الأول: الاتجاه الموسع لتعريف التحكيم الالكتروني

يرى أصحاب الاتجاه اتجاه الموسع لتعريف التحكيم الالكتروني أن الوسيلة المستخدمة فيه هي ما يضفي عليه صفة الإلكترونية، فهو لا يختلف عن التحكيم التقليدي إلا من حيث الوسيلة التي تتم فيها إجراءات التحكيم في العالم الإلكتروني، فلا وجود للورقة والكتابة التقليدية أو للحضور المادي للأشخاص في هذا التحكيم[1]، فهو التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى الوجود المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين.

فهو نظام تعاقدي بموجبه يتفق الخصوم على عرض الخلاف الذي ينشأ بينهما على محكمين ليفصلوا فيه بعيدا عن إجراءات القضاء العادي[2].

و بهذا يمكن القول انه يقصد به إنشاء عدالة خاصة يتم عن طريقها سحب المنازعات من يد القضاء لتحل عن طريق محكمين مخولين بمهمة لحكم.

[1] - صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بين القضاء و التحكيم، آليات فض النزاعات، دار الجامعة الجديدة، مصر،2013 ، ص284 .

[2] . عبد المنعم زمزم، شرح قانون التحكيم، دار النهضة العربية، بدون ذكر مكان النشر، 2014، ص 35.

الفرع الثاني: الاتجاه المضيق لتعريف التحكيم الالكتروني

بالإضافة للاتجاه الموسع لتعريف التحكيم الالكتروني فإن هناك اتجاه مضيق يرى أن الصفة العملية له هي المعيار المحدد للطبيعة الإلكترونية الخاصة به، حيث لابد أن يكون النزاع قد نشأ بسبب صفقة أبرمت عبر شبكة الانترنت، حتى يمكن اعتباره تحكيما إلكترونيا[1].

بالتالي وحسب هذا الرأي فإنه يجب لكي يوصف التحكيم على انه إلكترونيا أن تتم الصفقات أو المعاملات محله بطريقة إلكترونية .

هذا الرأي تعرض للنقد لأنه لا يوجد سبب يدعو إلى قصر طلب خدمة التحكيم الإلكتروني لفض المنازعات على المعاملات التجارية التي تنشأ عبر الشبكة[2].

بالتالي فالتحكيم الالكتروني لا يختلف في لبه عن المفهوم السائد في التحكيم التقليدي كسبيل بديل لفض النزاعات، وإنما يتميز عنه في الآلية الموضوعة لهذا التحكيم الذي يتم كله من بدايته إلى نهايته باستخدام شبكة المعلومات والاتصالات الدولية أي عبر وسيط الكتروني[3] .

و هنا يطرح التساؤل حول ما إذا كان من اللازم إتمام عملية التحكيم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمال هذه الأخيرة على بعضه مراحله فقط، فلم يتفق الفقه على إجابة واحدة لهذا السؤال وانقسم بذلك إلى اتجاهين:

يذهب الاتجاه الأول إلى اعتبار التحكيم إلكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل إلكترونية أو اقتصر استعمال هذه الأخيرة على بعض مراحله فقط، وأيا كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الإلكترونية، فيمكن أن يقتصر استخدامها على مرحلة ما في حين تتم المراحل المتبقية بالطرق التقليدية كأن يتوفر الوجود المادي لطرفي النزاع أثناء القيام بإجراءات التحكيم[4].

في حين يذهب الاتجاه الثاني إلى أنه لا يعتبر التحكيم إلكترونيا إلا إذا تم بأكمله عبر الوسائط الإلكترونية أي من اتفاق اللجوء إلى التحكيم إلى غاية صدور الحكم التحكيمي الإلكتروني[5].

بالتالي تتعدد التعريفات الخاصة بالتحكيم الإلكتروني، وهذا حسب الزاوية التي يرى بها كل فقيه هذا التعريف.

---

[1] . كوثر سعيد عدنان خالد، حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، 2016، ص28.

[2] . أمير فرج يوسف : الجرائم التجارية الإلكترونية و أساليب مكافحتها، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2013، ص 365.

[3] - حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية2005، ص 15 .

[4] . عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009،ص 43.

[5] - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص286 .

المطلب الثاني: خصائص التحكيم الالكتروني

من خلال التعريفات السالفة الذكر يمكن استخلاص أهم العناصر المميزة للتحكيم الإلكتروني عن التحكيم العادي وذلك كما يلي:

1) التحكيم الالكتروني نظام قضائي الكتروني خاص

إن التحكيم الإلكتروني هو نظام قضائي إلكتروني خاص، ويظهر ذلك من خلال وجود مجموعة من القواعد القانونية المتكاملة من الناحية الموضوعية والإجرائية تحكم عملية سير الفصل في الخصومة بجميع مراحلها إلى غاية الوصول إلى إصدار الحكم الإلكتروني فيها.

ويظهر الجانب القضائي فيه باكتساب حكم التحكيم حجية الشيء المقضي به ويبرز الجانب الالكتروني للتحكيم في كون إطراف التحكيم يستخدمون عند إبرام اتفاق التحكيم أو أثناء سير التحكيم وسائط الكترونية [1].

أما اعتبار التحكيم نظام قضائي خاص فيرجع ذلك إلى صفة المحكمين الذين لا يصدرون أحكاما باسم دولة ما لأنه غير تابعين في عملهم لأية دولة ولا تربطهم بها أية علاقة وظيفية.

2) التحكيم الالكتروني قائم على إرادة الأطراف

أساس التحكيم الالكتروني أنه قائم على إرادة الإطراف وحدهم، فلهم حق تقرير اللجوء إلى هذا التحكيم لحل المنازعات التي تثور بينهم في إطار معاملاتهم الالكترونية، ونلاحظ أن اتفاق التحكيم يكون الكترونيا فهو لا يخرج عن كونه عقد الكتروني سواء كان الاتفاق حصل قبل أو بعد نشوء النزاع[2].

3) التحكيم الالكتروني يتم بوسيلة الكترونية

يبرز الجانب الالكتروني في إمكانية أي شخص إرسال المعلومات إلى أي شخص آخر مهما بعدت المسافة وفي نفس اللحظة يستطيع الشخص المقابل استلامها.كما يمكن لأطراف النزاع والمحكمين التواصل في أي مكان بالعالم دون حاجة للتواجد بنفس المكان [3].

4) التحكيم الالكتروني يختص بالفصل في منازعات التجارة الالكترونية

يتميز التحكيم الالكتروني بأنه يختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن معاملات التجارة الإلكترونية، فهو لا يتصل إلا بهذه المنازعة وهنا لابد من توفر عنصرين:

أولهما وجود نزاع فهو من أهم العناصر التي يقوم عليها التحكيم الالكتروني، فيكون النزاع هو محل العملية التحكيمية.

---

[1] . كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص34.

[2] . خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012، ص 143.

[3] . عبد المنعم زمزم، المرجع السابق، ص41.

ثانيهما أن يتعلق النزاع بالتجارة الدولية، فلا يكفي وجود النزاع فلابد من تعلقه بالتجارة الدولية ويفسر القانون النموذجي للتجارة الالكترونية 1996 الأنشطة التجارية تفسيرا موسعا حيث يرى أنها تشمل المسائل الناشئة عن جميع العلاقات ذات الطابع التجاري، فالتجارة الالكترونية هي ذات مفهوم واسع تتسع لتشمل الأموال والخدمات[1].

المبحث الثاني: مدى فعالية التحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة لحل النزاعات

يحقق اللجوء للتحكيم الالكتروني العديد من المزايا في التجارة الالكترونية، حيث تكفل هذه المزايا البقاء والانتشار الواسع له، إذ تبدو حرية التجارة فيها بدرجة عالية. ولكنه يواجه الكثير من الصعوبات والتي تتمثل في عدم مواكبة النظم القانونية للتطور السريع الحاصل أو من حيث مكان إبرام التعاقد أو الأهلية أو غيرها من المعوقات[2].

وقصد التوصل لمدى فعالية التحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة لحل النزاعات فإنه سيتم التطرق إلى المزايا والايجابيات التي يختص بها التحكيم الالكتروني من خلال المطلب الأول.

ثم التطرق لأهم المعوقات والمشاكل العملية التي تقلل من فعالية ونجاح التحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة لفض النزاعات، في مطلب ثان.

المطلب الأول : مزايا التحكيم الالكتروني

يهدف التحكيم الالكتروني إلى تأمين بيئة العمل الالكتروني، من خلال تسوية النزاعات الالكترونية وتقديم الخدمات الاستشارية التي تحول دون حدوث النزاعات، وذلك من خلال المزايا التي يتصف بها والمتمثلة فيما يلي:

1) زيادة وتشجيع الاستثمار

مما لاشك فيه أن بساطة الإجراءات وسرعتها كميزة للتحكيم، تزيد هذه الأخيرة استخدام الوسائل الإلكترونية التي شملت كل المعاملات والاتصالات بين الأفراد، حتى لو كانوا من دول مختلفة [3]، من شأنه أن يؤدي إلى زيادة الاستثمار وتشجيعه وجذبه.

كما أن التحكيم الإلكتروني – مثله مثل التحكيم التقليدي –يتميز بسرية الإجراءات وعدم العلانية، ذلك أن استخدام الوسائل الفنية والتقنية في إجراءاته وإتباع وسائل التنفيذ وغيرها تجعل الوصول إلى هذه الأحكام أمرا شبه مستحيل، بل وتقضي على حالات الإهمال المادي التي قد تؤدي إلى الكشف عن مضمون بعض الأحكام، ومما لاشك فيه أن هذه كلها مميزات تعمل على توفير مناخ ملائم للاستثمار وتشجيعه[4].

---

[1] ـ أمير فرج يوسف : المرجع السابق، ص 379.

[2] ـ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق،ص159.

[3] ـ محمد حسنين منصور " المسؤولية الالكترونية "، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص 417 .

[4] ـ أحمد عبد التواب محمد بهجت : إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009، ص 432.

2) تجنب مسايرة القانون والقضاء

إن اللجوء إلى التحكيم الالكتروني يجنب أطراف العقد عدم مسايرة القانون والقضاء للعقود الالكترونية، سواء قانونيا أو قضائيا، حيث انه يجنبهم عدم الاعتراف القانوني بهذه العقود أو صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق وتحديد المحكمة المختصة، وهذا الأمر ليس بالأمر اليسير وفقا للقضاء العادي عند إحالة النزاع إليه.

3) السرعة في الفصل في النزاع الالكتروني

إن السرعة في حسم النزاع هي أهم مزايا التحكيم الالكتروني، فعوض اللجوء إلى القضاء الذي يتسم بطول الإجراءات وتعقيدها .فإن كل مراحل التحكيم تتم عبر شبكة الانترنت ابتداء من إحالة النزاع الكترونيا، والمشاركة في جلسات التحكيم من خلال التواصل الالكتروني، وصدور أحكام التحكيم في أجال قصيرة لسهولة الإجراءات التي تعتمد على التبادل الالكتروني للمستندات الخاصة بالنزاع[1]، بذلك فهي تجنب الأطراف وهيئة التحكيم مشقة الانتقال وتقديم المستندات الورقية.

كما أن سرعة الفصل في النزاع هي ميزة تفوق كثيرا ما يجري به تداول هذه المنازعات في أورقة المحاكم الوطنية من بطء وتكدس للقضايا، خاصة مع ازدياد عقود التجارة الإلكترونية، حتى أن هذا التحكيم يفوق كثيرا سرعة الفصل في المنازعات المعروضة عليه مقارنة باللجوء للتحكيم التجاري العادي الذي يحتاج مدة أطول بكثير مما يتطلبه هذا التحكيم، وسبب ذلك هو الحضور المادي للأطراف ولهيئة التحكيم وتبادل المرافعات والبيانات بين أطراف الدعوى .

ومن الجدير بالذكر أن هذه الميزة تبدو في أوضح صورة عندما يتعلق الأمر بالتحكيم الإلكتروني، فالوسيلة الإلكترونية التي يتم من خلالها توفر الوقت في جميع المراحل التي يتم بها التحكيم، فاتفاق التحكيم إنما هو اتفاق إلكتروني، وفي إطار عقد إلكتروني، ومعروف عن هذا الأخير تميزه بالسرعة في إبرامه، حتى إن بعضا من الفقهاء يطلق على مثل هذا النوع من العقود عقود النقر (click on contract) إشارة إلى الضغط عليها كافيا للتعبير عن الإرادة وإبرام العقد [2].

فإذا أراد أحد الطرفين تحريك التحكيم بعد أن ينشب نزاع بينه وبين الطرف الأخر فإن ذلك لا يتطلب منه أكثر من ملء استمارة إلكترونية دون أن يقتضي الأمر منه الانتقال إلى المكان الذي يوجد به المحكم، وبذات السهولة يمكن أن تجري إجراءات التحكيم اعتمادا على ما يوفره الإنترنت من خدمة الاتصال السريع، فيمكن تبادل المستندات عبر الانترنت مباشرة، كما يمكن عقد جلسات التحكيم من خلال الإنترنت

[1] - إيناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربي، القاهرة، 2009 ص 37.

[2] . كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص54.

أيضا، كأن يتم الأمر باستخدام برنامج المرسل أو المؤتمر عن بعد. هّذا بالإضافة إلى أنه حتى بالنسبة للخبراء والشهود فلا يلزم التواجد المادي لهم، وإنما يمكن أن يتم عبر شبكة الإنترنت كذلك.

4) قلة نفقات وتكاليف التقاضي

يتميز التحكيم الالكتروني بتوفير المال والتكاليف في عملية التقاضي نتيجة استخدام الوسطاء الالكترونية، التي تسمح بعقد جلسات التحكيم على الخط المباشر، بأقل وقت وأقل جهد ممكن وبكفاءة عادلة. فضلا عن ذلك، يوفر التحكيم الالكتروني نفقات تبادل المستندات والمذكرات ونفقات الاستعانة بالخبرة في موضوع النزاع [1] .

فإذا كانت ثمة مثالب للتحكيم العادي تتمثل في كثرة النفقات والمصاريف بسبب أتعاب هيئة التحكيم وأتعاب المحامين، وكذلك مصاريف الانتقال لأعضاء هيئة التحكيم لاسيما لو كانوا في دول مختلفة عن دولة مقر التحكيم، وغيرها من المصاريف الإدارية، فإن هذا العيب لا يوجد عند إتباع التحكيم الإلكتروني، حيث إنه لا يتطلب الانتقال من جانب أعضاء هيئة التحكيم ولا من جانب أطراف خصومة التحكيم الإلكتروني.

فكما ذكرنا أن إتباع الوسائل الإلكترونية يتيح عقد جلسات عبر الإنترنت، وكذلك يتيح تبادل أدلة الإثبات والمستندات عبر الإنترنت وغيرها من الإجراءات، وبالتالي تقل النفقات حتى ولو كان هذا التحكيم على نطاق دولي.

وبعبارة أخرى فإن إتباع التحكيم الإلكترونية يتيح عقد جلسات عبر الإنترنت، وكذلك يتيح تبادل أدلة الإثبات والمستندات عبر الإنترنت وغيرها من الإجراءات، وبالتالي تقل النفقات حتى ولو كان هذا التحكيم على نطاق دولي .

وبعبارة أخرى فإن إتباع التحكيم الإلكتروني يعمل على تقليل كلف ونفقات التقاضي، وذلك ينتناسب مع حجم العقود الإلكترونية المبرمة التي لا تكون في الغالب الأعم كبيرة بل متواضعة، وتستخدم أحيانا نظم الوسائط المتعددة التي تتيح استخدام الوسائل السمعية والبصرية في عقد جلسات التحكيم على الخط المباشر للأطراف وللخبراء، وهذا يقلل من نفقات السفر والانتقال.

5) سهولة الحصول على حكم التحكيم

يتميز التحكيم الالكتروني بسهولة الحصول على الحكم، وذلك بسبب تقديم المستندات عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال الواجهة الخاصة التي صممت من قبل المحكم أو مركز التحكيم الإلكتروني لتقديم البيانات والحصول على الأحكام موقعة من المحكمين [2].

---

[1]. خيري عبد الفتاح السيد البتانوني،المرجع السابق، ص 157.

[2]- أمير فرج يوسف : المرجع السابق، ص 432.

كما أن التحكيم الإلكتروني يفضل عن التحكيم العادي، حيث اتجهت بعض المنظمات والجمعيات الدولية إلى تطوير نظام القاضي الافتراضي، والذي يمكن من خلاله إجراء التحكيم، سواء بأكمله أو جزء منه، من خلال شبكة الإنترنت، ويعد نظام القاضي الافتراضي جزءا من منظومة أكبر، ويقصد بذلك المحكمة القضائية والتي تقدم خدمات الوساطة والتحكيم من بداياتها وحتى نهايتها عن طريق وسائط الإلكترونية.

6) الخبرة والكفاءة الواسعة في المحاكم الالكترونية

لا يشترط التحكيم الالكتروني أن يكون المحكم قانونيا، بل يمكن أن يكون مهندسا، طبيبا أو رجل أعمال، يشترط فقط أن تتوفر فيهم الخبرة الواسعة والإلمام بموضوع المنازعة المعروضة للتحكيم، وهذا خلافا لما هو معمول به في القضاء التقليدي، حيث يعتمد نظام التحكيم الالكتروني على محكمين خارجين عبر وسط الاتصالات الالكترونية لتسوية وحلّ المنازعات الالكترونية[1].

7) تجاوز مسألة الاختصاص القضائي وتنازع القوانين:

تتميز المعاملات التجارية الالكترونية بطابعها الدولي، لقيامها عبر شبكة الانترنت والتي تعتبر شبكة مفتوحة عالميا، حيث تنعدم فيها الحدود الجغرافية، لذا يعد اللجوء إلى التحكيم الالكتروني الحل المناسب لتجاوز مشكلة تنازع القانون والقضاء في منازعات التجارة الالكترونية، لتمتع أطراف النزاع بحرية اختيار المحكم الكفء والقانون الذي سيطبق على النزاع [2] . أكثر من ذلك، يكون الأطراف في مشكلة عدم مسايرة القانون والقضاء للمنازعة الالكترونية.

8) الاستمرارية في التواصل في كل زمان ومن أي مكان

حيث أنه وخلافا للمحاكم أو هيئات التحكيم التقليدية، فإن التحكيم الالكتروني متاح على مدار أبع وعشرين ساعة في اليوم، وسبعة أيام في الأسبوع، هذه الميزة تمكن الأطراف من إرسال رسائل البريد الالكتروني أو الاتصال في أي وقت دون الاضطرار إلى تكبد عناء السفر لمسافات طويلة .

كما يمكنهم أيضا ممارسة التحكيم الالكتروني من أي مكان دون أي قيد، حيث يتم ذلك بواسطة جهز الكمبيوتر في المنزل أو في العمل أو أي مكان آخر، إذ بفضل التحكيم الالكتروني اليوم أصبح بإمكان أطراف النزاع والمحكمين التواصل بشكل مباشر دون التواجد الفعلي في نفس المكان.

[1] - حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات في منازعات التجارة الالكترونية، دار- الجامعة الجديدة، مصر 2009، ص 21 .

[2] - أحمد عبد التواب محمد بهجت : المرجع السابق، 442.

المطلب الثاني: معوقات التحكيم الالكتروني

رغم المزايا التي يتمتع بها التحكيم الإلكتروني باعتباره عملية رسمية لفض المنازعات، إلا أنه يثير العديد من المخاوف عند تطبيقه عبر شبكة الانترنت، مما يقلل من اللجوء إله كآلية بديلة لحل الخلافات، ويرجع ذلك إلى بعض المعوقات القانونية والتقنية التي تحد من تطوره، والتي سيتم التطرق إليه في الآتي:

1) عدم تطبيق المحكم للقواعد الآمرة

إن التحكيم الالكتروني يسمح بإمكانية استبعاد المحكم لهذه القواعد، فكما هو معروف لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد تطبيقها، ولا يخفى مدى الخطورة التي ينطوي عليها هذا الأمر، وذلك نظرا إلى أن القواعد غالبا ما تمس المصالح الأساسية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية التي يقوم عليها كيان المجتمع، مما يتعين الحرص على عدم المساس بها أو مخالفتها، وإلا أصبح من الصعب تنفيذ حكم التحكيم[1].

هذا ويرى البعض أن العيب لم يعد يمثل عقبة بعد الجهود المبذولة للتوفيق بين قواعد التحكيم والقواعد المتعلقة بالنظام العام، وذلك على الرغم من الطابع التعاقدي للتحكيم التجاري، وترتكز هذه الجهود بصفة خاصة على التفرقة بين النظام العام الدولي والنظام الداخلي، فما يعد من النظام العام الدولي لا يعد بالضرورة من النظام العام الداخلي والعكس صحيح[2].

علاوة على عقبة القواعد المتعلقة بالنظام العام والآداب العامة، فإن ثمة قوانين وطنية تحد من اللجوء للتحكيم الالكتروني بفعل القيود الشكلية التي تفرضها، والتي تتعلق باتفاق التحكيم وضرورة كونه مكتوبا وموقعا عليه من طرفي التحكيم، وكذا بفعل عدم قابلية بعض المنازعات لحلها عن طريق التحكيم.

2) عدم الثقة في التعاملات الالكترونية

بالإضافة إلى كل ما سبق، فإن هناك عدم الثقة من جانب المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية في التحكيم الالكتروني، كوسيلة للمنازعات التي ثارت والتي سوف تثور فيما بينهم، ويتولد عدم الثقة هذا من عدم التأكد من إمكانية تنفيذ حكم التحكيم الصادر إلكترونيا، وذلك كنتيجة لعدم استجماع اتفاق التحكيم للشروط التي يتطلبها القانون، ومنها الكتابة على وجه الخصوص، أو لعدم التيقظ بتجنب خرق القواعد المتعلقة بالنظام العام في الدولة التي يراد تنفيذ حكم التحكيم فيها.[3]

[1] . كوثر سعيد عدنان خالد، المرجع السابق، ص62.

[2] - صفاء فتوح جمعة فتوح، المرجع السابق، ص 298.

[3] . خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، المرجع السابق،ص165.

علاوة على ما سبق لا يوصى بالرجوع إلى التحكيم الالكتروني في المنازعات التي تطرح مسائل قانونية على درجة من الأهمية، أو عندما يتمتع أحد أطراف خصومة التحكيم بقدرات مالية لا تتوافر لغيره من الأطراف الأخرى، أو عندما يكون هؤلاء الأطراف في حاجة إلى الحصول على قرارات يمكن تنفيذها على وجه السرعة.

3) عدم مواكبة النظم القانونية للتطور السريع في مجال التجارة الالكترونية

عدم مواكبة النظم القانونية الحالية للتطور السريع في مجال التجارة الالكترونية، وجمود القواعد الموجودة في كثير من الدول المتعلقة بإجراء التقاضي والتحكيم التقليدي والاعتراف بأحكام التحكيم الالكتروني، وكذا تحديد مكان التحكيم والذي يترتب عليه آثار هامة.

4) الخشية من عدم سرية التحكيم

إذ أن التحكيم الالكتروني قد لا يحقق السرية المبتغاة بالنسبة ذاتها التي يحققها التحكيم التقليدي، ويعود السبب في ذلك إلى أن إجراءات التحكيم الالكتروني تتم عبر الانترنت، وهذا الوسط قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم، حيث أن إجراءات التحكيم تقتضي ـ رغبة في الحفاظ على السرية ـ أن يكون لكل طرف رقم سري يتيح له وحدة الدخول إلى الموقع الخاص بالقضية التي يجري التحكيم فيها، فيلتقي بالمحكم أو بالطرف الآخر، ويتمكن من الحصول على الوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع، إلا أن حصول أطراف النزاع على الأرقام السرية يتطلب تدخل أشخاص آخرين لا علاقة لهم بالنزاع لتسيير حصولهم على الأرقام السرية، وهؤلاء الأشخاص هم بطبيعة الحال من المختصين فنيا بهذا الشأن، وهذا ما يعني عملا أن معرفة الأرقام السرية لم تعد مقصورة على أطراف النزاع وحدهم، وهو ما قد يشكل تهديدا لسرية التحكيم[1].

5) عدم ملاءمة القوانين

لا يوجد إلى الآن نظام قانوني خاص على المستوى الدولي متعلق بالتجارة الالكترونية، ، وقد يكون من المتعذر استفاء التحكيم الالكتروني لكل ما تتطلبه القواعد التقليدية من شكليات وشروط بحكم أنها قواعد وضعت أصلا لتنظم تحكيما تقليديا يتم بوسائل تقليدية، وفي هذه الحالة لن يكون التحكيم الالكتروني مجديا، فعدم استفاءة الشروط الشكلية والقانونية اللازمة يؤدي إلى عدم تنفيذ حكم المحكم.

وأخيرا فإن نجاح التحكيم الالكتروني يقتضي رفع أية قيود تشريعية موضوعية أو إجرائية تعوق اللجوء إليه، كما يحتاج إلى تشجيع اللجوء إليه من جانب السلطات العامة في الدول المختلفة، وذلك على غرار ما يفعله الآن الاتحاد الأوربي من إصدار توجيهات وتوصيات للدول الأعضاء بتبني التحكيم الإلكتروني طريقا لحل المنازعات الناشئة عن المعاملات الالكترونية.

[1]. هشام بشير و إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الالكتروني،، المركز القومي للإصدارات القانونية،الطبعة الأولى، 2012، ص 53.

خاتمة:

من خلال إعدادنا لهذا الموضوع يمكن القول أنه تم التوصل إلى أن التحكيم الالكتروني يعتبر أحد إرهاصات ثورة تكنولوجيا المعلومات، وما ترتب عنها من تغيير في سلوك المتعاملين عبر الفضاء الالكتروني، وهو يعتبر الطريق الاستثنائي لفض المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية، قوامه الخروج عن طرق التقاضي الأصلية، مستند بذلك على إرادة الخصوم بطرح النزاع على شخص معين أو هيئة معينة، للفصل فيه بحكم ملزم للخصوم، على أن تجري مراحله بشكل كامل أو جزئي عبر وسائل الاتصال الحديثة.

كما تم التوصل أنه إذا كان التحكيم الإلكتروني يحقق المزايا التي تدفع إلى اللجوء إليه لحل المنازعات، فإنه ينطوي على العيوب التي تجعل العديد من المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية يحجمون عن تبنيه كطريقة بديلة لحل منازعاتهم، أو على الأقل أخذ الحيطة والحذر عند اعتماده.

هذا وقد خلصت دراستنا هذه إلى عدد من التوصيات نوجزها فيما يلي :

- ضرورة تطوير القوانين الوطنية، وتطويع الاتفاقيات الدولية القائمة بما يتلاءم مع الظروف الخاصة بالتجارة الالكترونية عموما، والتحكيم الالكتروني خصوصا . وهذا فيه تشجيع للاستثمار، وبالتالي تطوير للاقتصاد .
- لا بد من إعطاء أهمية أكبر للتجارة الالكترونية، ووسائل تسوية المنازعات الناشئة عنها، وذلك ضمن المناهج الدراسية لكليات الحقوق، والاقتصاد، والتجارة وغيرها . من خلال عقد ندوات، وجلسات قانونية، للتعريف بدور، وأهمية التحكيم الالكتروني، على كافة المحاور الأكاديمية، والحكومية .
- ضرورة التوصل في اقرب وقت ممكن إلى إيجاد آلية توفر الأمن القانوني للمعاملات التي تتم عن طريق الانترنت. خاصة وأن التعامل بالطرق الالكترونية بقدر ما يسهل، ويسرع المعاملات، فإنه يشكل خطرا كبيرا على حماية المتعامل بها، وذلك على جميع الأصعدة .

قائمة المراجع :

ـ أحمد عبد التواب محمد بهجت : إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2009.

ـ أمير فرج يوسف : الجرائم التجارية الإلكترونية وأساليب مكافحتها، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2013.

ـ إيناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، دار النهضة العربي، القاهرة، 2009.

ـ حسام أسامة محمد، الاختصاص الدولي للمحاكم وهيئات في منازعات التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2009 .

ـ حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية2005.

ـ خيري عبد الفتاح السيد البتانوني، فض المنازعات بالتحكيم الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.

- صفاء فتوح جمعة فتوح، منازعات عقود التجارة الإلكترونية، بين القضاء والتحكيم، آليات فض النزاعات، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013.

ـ عبد المنعم زمزم، شرح قانون التحكيم، دار النهضة العربية، بدون ذكر مكان النشر، 2014.

ـ عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

ـ كوثر سعيد عدنان خالد : حماية المستهلك الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، الإسكندرية، مصر، 2016 .

ـ محمد حسنين منصور " المسؤولية الالكترونية "، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003 .

ـ هشام بشير وإبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الالكتروني، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2012 .

اجراءات سير دعوى التحكيم الالكتروني كالية لحل منازعات العقود الالكترونية

د. عماد الدين بركات، جامعة الشاذلي بن جديد- الطارف-

ملخص

أدى تطور التجارة الالكترونية خارج إقليم الدولة الى نشوء العديد من المنازعات الأمر الذي صعب تحديد الجهة القضائية للفصل في النزاع، هذا ما تطلب البحث عن وسائل بديلة لفض النزاع منها التحكيم، هذا الأخير عرف تطورات حيث انتقل من المفهوم التقليدي إلى مصطلح جديد الكتروني، ويعتبر الوسيلة الأكثر فعالية لفض النزاع، وأهم ميزة في التحكيم الالكتروني هي سرعة الفصل في النزاع، وعدم اشتراط الحضور المادي للأفراد أمام المحكمين، وكذا تبادل المستندات والأدلة بالطرق الالكترونية.

يتبع نظام التحكيم الالكتروني سلسلة من الإجراءات لسير العملية التحكيمة بدء من تقديم طلب التحكيم وتحديد مهمة الهيئة التحكيمية وتنظيم الدعوى من خلال اللغة التي تجرب بها العملية التحكيمية، وآجال الفصل في النزاع وأتعاب الهيئة التحكيمية.

الكلمات المفتاحية: التحكيم، الإلكتروني، المحكم، الحكم، هيئة التحكيم.

Summary

The development of electronic commerce outside the state's territory has led to the emergence of many disputes, which made it difficult to determine the judicial authority to settle the dispute. This required searching for alternative means to settle the dispute, including arbitration. The most effective dispute settlement, and the most important feature of electronic arbitration is the speed of settling the dispute, the absence of a requirement for the physical presence of individuals before the arbitrators, as well as the exchange of documents and evidence by electronic means.

The electronic arbitration system follows a series of procedures for the conduct of the arbitration process, starting with submitting the arbitration request, defining the task of the arbitral tribunal, and organizing the lawsuit through the language in which the arbitration process is tried, the deadlines for settling the dispute, and the arbitration's fees.

Key words: arbitration, electronic, arbitrator, arbitration, arbitration board.

مقدمة

أثر التطور التكنولوجي على جميع الميادين بل حتى على الحياة السياسية من خلال الحكومات الالكترونية، والحياة المالية من خلال البنوك الالكترونية، وعلى النقود واستبدالها بالنقود الالكترونية، والحياة التجارية من خلال شركات الكترونية وتطور التجارة الدولية من خلال التجارة الالكترونية، التي تنشأ علاقات قانونية بين الأفراد من الممكن أن تنشأ نزاعات بينهما.

أين يتم اللجوء إلى التحكيم بعد اتفاق الأطراف على عرض النزاعات المتعلقة بعقود التجارة الالكترونية، التي قد تنشأ بينهما أمام هيئة التحكيم كجهة استثنائية للفصل في النزاع، وبالتالي الابتعاد عن التقاضي كجهة أصلية للفصل في النزاع، إلا أنه وبعد طغيان التكنولوجيا على جميع الميادين وتأثيرها على مجالات الحياة الاقتصادية، والاجتماعية، والسياسية، والثقافية... وغيرها.

أدى إلى ظهور ما يعرف بالتحكيم الالكتروني الأمر الذي يجعله يتميز عن التحكيم التقليدي هو أنه يتم عبر وسائل الكترونية، سواء كان بصفة كلية، أو جزئية بداية من دعوى التحكيم الالكتروني إلى غاية صدور حكم التحكيم الالكتروني، سنحاول من خلال هاته المداخلة الاجابة على الاشكالية التالية:

ما هو الإطار التنظيمي لإجراءات سير دعوى التحكيم الالكتروني كآلية لحل منازعات العقود الالكترونية ؟

وللإجابة على هذا الإشكال الرئيسي تم الاعتماد على المنهج التحليلي الذي يُعنى بتحليل مختلف النصوص القانونية خاصة بنود الاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي عالجت موضوع المداخلة،

المطلب الأول: بداية سير دعوى التحكيم الالكتروني

تقدم مراكز التحكيم الالكتروني المتخصصة جميع المعلومات والبيانات الأساسية الواجب معرفتها من قبل أطراف اتفاق التحكيم، لتنظيم سير دعوى التحكيم الالكتروني.

إضافة إلى البيانات المتعلقة بكيفية تبادل العرائض والمذكرات عبر الوسائل الالكترونية، وانعقاد جلسات هيئة التحكيم مع ذكر آلية تطبيق التدابير التحفظية، التي تصدرها الهيئة في حال تطلب الأمر ذلك.

يتم طلب التحكيم من أحد المحتكمين (الأطراف) بعد ملأ نموذج معد سلفاً في شكل استمارة من طرف مراكز متخصصة، بجملة من البيانات والمعطيات .

يتفق أطراف التحكيم على تنظيم دعوى التحكيم في اتفاقية التحكيم التقليدي بخلاف ذلك في التحكيم الالكتروني فإنهم ملتزمون بإتباع مجموع الاجراءات لتنظيم دعوى التحكيم الالكتروني .

الفرع الأول: طلب التحكيم الالكتروني

يكون طلب التحكيم الالكتروني بداية من تقديم طلب التحكيم (أولاً)، ثم يتم تحديد مهمة الهيئة التحكيمية.

أولاً: تقديم طلب التحكيم

يعتبر طلب التحكيم أول إجراء من العملية التحكيمية وبالتالي فهو مجموع الادعاءات والتساؤلات التي يوجهها أحد المحتكمين، بهدف إيجاد حل للنزاع القائم بين أطراف اتفاقية التحكيم[1].

ويقصد بطلب التحكيم هو ذلك الطلب الذي يوجهه أحد طرفي اتفاق التحكيم إلى مركز المنتظم المتفق عليه[2]، وبالتالي طلب التحكيم هو ما يعادل عريضة افتتاح دعوى في الخصومة القضائية، وهو الطلب الذي يوجهه أحد الطرفين إلى الطرف الأخر أو على مركز التحكيم المتفق عليه يخطره برغبته في عرض النزاع للحل بواسطة التحكيم[3].

طلب التحكيم الالكتروني لا يختلف عن طلب التحكيم التقليدي في اتباع اجراءات التحكيم بصفة عامة، وإنما يكون الاختلاف الجوهري في كيفية التواصل بين الأطراف والمحكمين عبر شبكة الانترنت، وكيفية تقديم المستندات الالكترونية[4]، ويجوز للأطراف تحديد إجراء التحكيم الالكتروني في اتفاق التحكيم على ما يلي:

- التقدم لمركز تحكيم معين عن طريق نموذج مبين على موقع الانترنت.
- يقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه للنظر في النزاع.
- الإشارة قدر الإمكان إلى المبالغ أو المبلغ المطالب بها.
- تحديد وسيلة الاتصال (البريد الالكتروني، الفاكس، الفيديو كونفرونس..)
- تقديم الوثائق والمستندات والأدلة بطريقة مبينة سلفاً.
- يبدأ تاريخ النظر في الدعوى باستلام المركز لطلب التحكيم.
- تحديد محكمة التحكيم الالكتروني وأسماء المحكمين.

[1]- محمد مأمون سليمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 483.، ص 341.

[2]- خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 483.

[3]- كروم نسرين، اجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006، ص 123.

[4]- بريش عبد القادر، دور التحكيم الالكتروني في حل المنازعات التجارية الالكترونية، مداخلة القيت ضمن فعاليات الملتقى العلمي الدولي الرابع حول " عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية واشكالية اعتماد التجارة الالكترونية في الجزائر، (عرض تجارب دولية)، جامعة الشلف، ص 11.

- يحدد المركز موعد المحاكمة.
- يقوم المركز بإخطار الطرف الأخر بوجود النزاع وبداية المحاكمة.
- يتم إنشاء موقع الكتروني لكل محاكمة لها كلمة سر وكلمة مرور خاصة به تسلم للأطراف.
- تتم كافة إجراءات التحكيم بطريقة الكترونية على موقع المركز.

حيث يتم تقديم الطلب من طرف المدعي سواء كان دولة متعاقدة، أو فرداً أو شركة خاصة أو عامة كانت، إلى السكرتير العام للمركز الذي يتم اختياره، فيقوم كل طرف بتحديد أسماء ممثليه للنظر في النزاع بعرض طبيعة وظروف هذا الأخير وسبب تقديم الطلب، إضافة إلى تحديد عدد المحكمين الذي عادة ما يكون محكمة واحد، وإن تعدد يكون عددهم وترا[1].

عند التقدم لمركز التحكيم لا بد من تبيان طبيعة النزاع أو الخلاف، لأنه يتم تحديد المحكمين بناءا على طبيعة النزاع مع اقتراح بعض الحلول.

اختيار طريقة الإجراءات الواجب اتباعها مع تحديد المدة الزمنية للفصل في النزاع وإرفاق طلب التحكيم بالوثائق والمستندات ونسخة من اتفاق التحكيم[2].

تعيين وسيلة أو آلية التواصل بين الأطراف والمركز او كيفية تقديم المستندات والأدلة مع الإشارة أو ذكر المبلغ أو المبالغ المالية المطالب بها، وتسجيل أي ملاحظات عن مكان ولغى التحكيم وأي ملاحظات أخرى.

بعد رفع النزاع الكترونياً بملأ استمارة موجودة على موقع المركز مع دفع مبلغ مقدم لأجل الرسوم وبعد استلام المركز للطلب ودراسته إما بالقبول، أو الرفض للفصل في النزاع في حال قبول المركز للدعوى يقوم بتزويد المدعى عليه لائحة جوابية ليستطيع تقديم مستنداته والأدلة المؤيدة له.

يلتزم مقدم الطلب بإرفاق عدد من النسخ موافق لعدد الأطراف والمحكمين وفي حالة إغفال شرط من الشروط تقوم الأمانة العامة بتمديد الآجال، وفي حال انقضاء التمديد دوت تصحيح الطلب يحفظ مع العلم أنه يحق للمدعي بتقديم طلب جديد مستوفي لجميع الشروط.[3]

كما أنه وفقاً للمادة 04 من قواعد اليونسترال للتحكيم لسنة 2010 فإنه يتم إرسال الإشعار إلى المدعي خلال 30 يوماً من تاريخ تسلم الإشعار بالتحكيم مبرزاً فيه اسم المدعي وبيانات التواصل ويحق للمدعي الدفع بعدم الاختصاص في هيئة التحكيم.

---

[1]- بريش عبد القادر، المرجع السابق، ص 12.

[2]-خالد ممدوح إبارهيم، المرجع السابق، ص 305.

[3]- بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 110.

أما طلب التحكيم في نظام التحكيم السريع على مستوى OMPI فإنه وفقاً للمادة 06 منه تجبر طالب التحكيم بتقديم الطلب إلى المركز وإلى المدعى عليه، ويقوم المركز بإخطار كلا الطرفين باستلام الطلب إضافة إلى قيام المدعي تقديم ملاحظات حول تحديد المحكم وجنسيته.

خلال مدة 20 يوم يتلقى المدعي عليه إخطار بطلب التحكيم من المركز يبلغ كلا الطرفين برده، إذ يكون الرد مستوفي على اسم المدعى عليه بالكامل وبريده الالكتروني، وملاحظات حول طبيعة وظروف النزاع، وموقفه من طلب التحكيم إما بالقبول أو الرفض مع إبراز أدلة الإثبات التي يستند عليها في الدفاع، مع إلزامية وضع جميع المستندات والمعلومات والملاحق والتقارير التي يقدمها كلا الطرفين على موقع الدعوى[1].

أما بالنسبة لنظام المحكمة الالكترونية فإنه يبدأ التحكيم بإبلاغ المدعي طلبه إلى أمانة المحكمة الالكترونية، خلال خمسة أيام تتلقى الطلب وتقوم بالنظر فيه إذا ما كان النزاع ضمن اختصاصاتها أو لا، وإذا رأت المحكمة أن الوساطة هي الحل فإنها تدعو الأطراف إلى اللجوء إليها، حيث أن المحكمة تقوم بفتح ملفاً للقضية تضعه على الموقع الخاص بها، ولا يمكن الدخول إليه إلا باستخدام المفتاح السري الذي تعطيه الأمانة للأطراف وأعضاء المحكمة[2].

ثانياً: تحديد مهمة المحكم في طلب التحكيم

قبل تحديد مهمة التحكيم في طلب التحكيم لا بد من توفر شروط تنطبق عليه منها ما هي شروط قانونية متمثلة في الأهلية الكاملة، وأن يكون شخصاً طبيعياً، محايداً ومستقلاً، ولا يكون ممنوعاً من التحكيم وشروط اتفاقية متمثلة في الجنسية والكفاءة.

1. الشروط القانونية للمحكم

أ- ان يكون المحكم كامل الأهلية القانونية والسياسية

تتفق أغلبية التشريعات الوطنية على ضرورة توفر الأهلية للمحكم فلا يجوز أن يكون قاصراً، أو مجوراً عليه، أو محروماً من الحقوق المدنية لسبب عقوبة جنائية، أو مفلساً لأن المحكم يقوم بأعمال قضائية وهي من التصرفات القانونية الواجب أن تتوفر فيها الأهلية الكاملة[3].

وهو ما تؤكده المادة 1014 من قانون الاجراءات المدنية والإدارية بقولها :" لا تسند مهمة التحكيم لشخص إلا إذا كان متمعتاً بحقوقه المدنية".

[1]- المادة 11 من نظام التحكيم السريع على مستوى OMPI.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 226.

[3]- ماهر محمد حامد ، النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 112.

والأهلية الواجب توفرها في المحكم هي أهلية الأداء الكاملة، فإذا صدر حكم التحكيم وكانت أهلية المحكم أو المحكمين ناقصة أو معدومة فإنه يكون الحكم باطلاً أو قابلاً للإبطال حتى ولو كان باقي المحكمين كاملي الأهلية[1].

ب- أن يكون المحكم شخصا طبيعياً

من المنطقي أن يكون المحكم شخصاً طبيعياً لمزاولة مهنة التحكيم حيث تتولى الهيئة التحكيمية تنظيم العملية التحكيمية. والتي تتكون من محكم واحد أو ثلاثة على أن يكونوا أشخاصاً طبيعيين.

إذ تقوم العديد من هيئات التحكيم بإعداد قائمة المحكمين مسبقاً الذين يمكن لهم ان يكونو أعضاء في الهيئة، إذ يتم إعلام الجمهور بقائمة أسماء المحكمين وكفاءتهم ونظام الخاص بالمركز، إلا إنه يتم التأكد من الأشخاص المسجلين إذا ما كانوا لا يزالون يمارسون مهامهم ومتمتعين بكافة الحقوق المدنية ومحافظين على مصداقيتهم أم لا[2].

ت- حياد واستقلال المحكم

لا بد من حياد واستقلال المحكم حتي يتمكن من تحقيق العدالة إذ يفترض في أن يكون المحكم شخصاً من غير أطراف النزاع.

ويقصد باستقلال المحكم من أنه لا توجد للمحكم صلة بالنزاع أو أحد أطرافه أو ممثليهم أما الحياد هو عدم انحياز المحكم لأي طرف من النزاع[3].

إذ نصت المادة 09 من لوائح مراكز وهيئات التحكيم الالكتروني على أنه " يتعين على المحكم أن يكون مستقلاً في مواجهة الأطراف كام يجب على المحكم قبل تعيينه في أي قضية التصريح باستقلاليته وحياده من خلال إقرار يقدمه إلى أمانة المحكمة، كما يتعين عليه إخطارها بأي ظروف التي من شأنها إثارة الشك في نفوس الأطراف بشأن استقلاليته وحياده وتلتزم المحكمة بنشر تصريح الاستقلالية والحياد على الموقع الخاص بالقضية"[4].

[1]- ماهر محمد حامد، المرجع نفسه، ص 188.

[2]- بوقرط أحمد، اتفاق التحكيم الالكتروني في منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 214.

[3]- بوقرط أحمد، المرجع نفسه، ص 216.

[4]- أنظر المادة 09 من لوائح مراكز وهيئات التحكيم الالكتروني.

ث- أن لا يكون ممنوعاً من التحكيم

يكون هذا المنع نتيجة القيود التي يضعها القانون على الأشخاص لممارسة التحكيم رغم توفرهم على كامل الأهلية والحقوق المدنية، وإنما يكون هذا المنع لطبيعة العمل الذي يقوم به[1].

2. الشروط الاتفاقية الواجب توفرها في المحكم

أ- جنسية المحكم

تعطي العديد من التشريعات الوطنية أهمية لجنسية المحكم في العملية التحكيمية، لأنه قد يكون يحمل جنسية أحد الأطراف أو كلاهما أو أجنبياً[2].

فهناك فرق بين محكم معين من الأطراف ومحكم ثالث لضمان حياد واستقلال الهيئة التحكيمية، فلا بد أن يكون هذا الأخير مختلف الجنسية بل الأبعد من ذلك أصبح اختيار المحكم يكون بناء على الجنسية ومكان الإقامة وأي علاقة تجمع المحكم بدولة الأطراف[3].

ب- كفاءة المحكم

ضرورة تمتع المحكم بالخبرة في مجال النزاع المعروض على الهيئة، فلا يشترط أن يكون المحكم رجل قانون، وإذا تشكلت المحكمة فلا بد من وجود محكم من رجال القانون، وإن كانت الهيئة مشكلة من محكم واحد لا بد أن يكون على دراية بالقانون، إضافة إلى انه يكون المحكم ذو تخصص فني أو مهني يناسب القضية للفصل فيها والتقليل من الاستعانة بالخبراء وسرعة الفصل في النزاع.

حيث نصت اتفاقية واشنطن لسنة 1965 لتسوية المنازعات الناشئة عن الاستثمار على أنه يكون الأشخاص المعنيون للعمل في الهيئة على قدر من الأخلاق ومعترف لهم بكفاءتهم، في مجال القانون والصناعة والمال[4].

بعد توفر الشروط يتم تعيين المحكم أو المحكمين لتسوية النزاع بناء على إرادة الأطراف ذلك وفقاً لاتفاق التحكيم، فلا يمكن للمحكم الخروج عن المهمة المسندة إليه فقد اصطلح عليه في نظام cci بـ " وثيقة مهمة التحكيم" فبمجرد تلقي الأمانة للملف تقوم بإعداد الوثيقة بناء على المستندات المودعة من قبل المحتكمين، متضمنة لكل من أسماء والألقاب والصفات الكاملة للأطراف، عناوين المحكمين وأي إخطارات او توضيحات حول الإجراءات إن كانت موجودة ثم توقيع الوثيقة من طرف الأطراف ومحكمة التحكيم ثم ترسل إلى أمانة المحكمة لمدة شهرين من تاريخ تسليمها ملف النزاع ويمكن تمديد الفترة إذا تطلب الأمر.

---

[1]- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ماهيته، اجراءات وآلياته في تسويه منازعات التجارة الالكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009 ص 153.

[2]- ماهر محمد حامد، المرجع نفسه، ص 115.

[3]- بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص 216.

[4]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 158

وبعد التوقيع عليها تقوم الهيئة التحكيمية بإعداد جدول زمني لإتباعه في إجراءات سير التحكيم وترسله إلى المحكمة وإلى الأطراف وأي تعديلات أخرى ولاحقة يتم إخطارهم بها[1].

الأكثر من ذلك فقد أصبح عدم تحديد مهمة هيئة التحكيم احد أسباب بطلان حكم التحكيم ويظهر ذلك في المادة 1055 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها " يكون للقاضي رفض الاعتراف أو رفض تنفيذ الحكم التحكيمي إذا تبين أن المحكمة التحكيمية فصلت بما يخالف المهمة المسندة إليها".

تلعب وثيقة مهمة التحكم دوراً هاماً فلا يكون مستبعداً أن يتفق المحكم والأطراف على الإقرار بصحة المرافعات والوثائق المقدمة والمراسلة الالكترونية، فلو كانت الكتابة لازمة وفق القواعد واجبة التطبيق بهدف تجنب أي منازعة يمكن أن تتضمنها الوثيقة، طالما كان ذلك يوافق سلطة واختصاص المحكم المتعلقة بسير الإجراء التحكيمي.

الفرع الثاني: تنظيم دعوى التحكيم الالكتروني

من بين البيانات الواجب توفرها في وثيقة تقديم طلب التحكيم اللغة، الآجال، وتحديد أتعاب الهيئة.

أولاً: لغة التحكيم الالكتروني

يقصد بلغة التحكيم هي لغة الإجراءات والمرافعات وتقديم المستندات والوثائق والحكم[2].

قد تكون لغة واحدة أو عدة لغات حسب إرادة الأطراف، حيث تسري على البيانات والمذكرات المكتوبة والشفوية ففي حالة عدم الاتفاق تحدد الهيئة التحكيمية اللغة، فكثيراً ما يتم اعتماد لغة العقد الالكتروني موضوع النزاع، وكذلك لغة مستندات الدعوى والرسائل المتبادلة بين الطرفين قبل نشوء النزاع، ولغة العقد ليست دائما مؤشراً صحيحاً حول لغة المحاكمة، فإذا كان الطرفان لا يعرف كل منهما، وبالتالي يتم اللجوء إلى لغة ثالثة فلوا كانت شركة فرنسية تبرم عقداً مع يابانية يختار الطرفان اللغة الإنجليزية[3].

هذا ما جاء في المادة 16 من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية:" مالم يتفق الأطراف على غير ذلك يعود للمحكمة التحكيمية تحديد لغة أو لغات الإجراءات التحكيمية وتأخذ بعين الاعتبار كافة الظروف الهامة بما فيها لغة العقد[4].

وجاء أيضاً في قانون اليونسترال لسنة 2010 في مادته 1/19 على ما يلي :... تسارع هيئة التحكيم عقد يشكلها إلى تحديد اللغة أو اللغات التي ستستخدمها في إجراءات ويسري هذا التحديد على بيان الدعوى

[1]-عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، مداخلة ألقيت ضمن فعاليات مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، بعنوان أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون، دبي، أيام 28-30 أفريل 2008، ص 470.

[2]- لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 265.

[3] - عبد الحميد الأحدب، ص 490.

[4]- سيف الدين حمداتو، التحكيم الالكتروني، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة شندي، السودان، العدد 03، 2011، ص 79.

وبيان الدفاع وأي بيانات كتابية اخرى وكذلك على اللغة أو اللغات التي ستستخدمها في جلسات الاستماع الشفوية.

لا تثار مسألة اللغة في التحكيم الداخلي لأن الأطراف يكونون في دولة واحدة ويتقنون نفس اللغة، وإنما الإشكال في التحكيم الدولي لأن الأطراف لا ينتمون لدولة واحدة، وبالتالي لا يتقنون لغة واحدة ولهذا تم وضع بند اللغة أو لغات في الوثيقة كي يتسنى للأطراف الدفاع وإبداء أراءهم[1].

يحق للمحكمة أو المركز في طلب ترجمة لأي وثيقة تكون لغتها مخالفة للغة المختارة، سواء كان الاختيار من قبل الأطراف أو من قبل الهيئة والمركز التحكيمي[2].

ثانياً: آجال التحكيم

تحدد الآجال وفق سلطان الإرادة أي باتفاق الأطراف، أو يترك الخيار لمراكز التحكيم، أو بالقانون فعند حلول أجل انتهاء مهلة التحكيم لا بد من تمديدها من قبل الأطراف المعنيين ولا ينتهي.

تباينت الاتجاهات في تشريعات التحكيم الدولي فهناك اتجاه يحدد مهلة لإنهاء التحكيم وهذا ما تبنته قواعد اليونسترال، واتجاه أخر لا يحدد سوى مدة تقديم الطلب ويطلق عليه بمهلة معقولة كي لا يضيق في المهلة، حيث يقوم المحكمين بوضع مهل للأطراف لتبادل العرائض وتحديد موعد لجلسات سماع الشهود والمرافعة، فنجد غرفة التجارة الدولية تضع مهلة لإنهاء التحكيم والفصل في النزاع خلال 06 أشهر مع ترك الحق للمحكمة العليا في التمديد في حالة وجود ضرورة[3].

أما قانون اليونسترال فقد أقر في المادة 25 من صيغته المنقحة لسنة 2010 على أنه " ينبغي أن لا تتجاوز المهل التي تحددها هيئة التحكيم لتقديم البيانات المكتوبة (بما فيها بيان الدعوى وبيان الدفاع) بـ 45 يوماً ويجوز لهيئة التحكيم أن تمدد الحدود الزمنية إذا رأت مسوغاً لذلك"[4].

كما حدد نظام التحكيم السريع لدى OMPI مهلة للمحكم في الفصل في النزاع في ظرف 03 أشهر من تاريخ تشكيل محكمة التحكيم، أو من تسليم مذكرة الدفاع، بخلاف الأنظمة الذاتية للتحكيم الإلكتروني المحددة بـ 14 يوماً مهلة للهيئة من تاريخ تشكيلها لإصدار حكم، أما المحكمة الافتراضية أسندت مهمة الآجال للهيئة حيث منحت لها السلطة التقديرية لفض النزاع[5].

[1]- محمد مأمون سليمان، ص 524.

[2]- بوديسة كريم، ص 120.

[3]- عبد الحميد الأحدبّ، المرجع السابق، ص 497.

[4]- أنظر المادة 25 من قانون اليونسترال.

[5]- كريم بوديسة، المرجع السابق، ص 122.

بالرجوع إلى المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية لم يحدد مهلة للتحكيم فقد ترك الأمر لإرادة الأطراف ومع ذلك فقد اجاز استئناف أمر القاضي بإعطاء صيغة تنفيذية لحكم التحكيم الدولي، إذا ما تم الفصل فيه وفق اتفاقية باطلة أو انقضت مدتها.

ثالثاً: أتعاب هيئة التحكيم

تختلف رسوم التحكيم الالكتروني حسب طبيعة ومجال النزاع المطروح أمام المركز، أو الهيئة التحكيمية وبالتالي تختلف من هيئة لأخرى، والرسوم التي يتم دفعها هي الرسوم الإدارية التي تشمل المصاريف الإدارية بدلات التبليغ والاتصال وأعمال السكرتارية والطباعة والتصوير والقاعة وغيرها....[1]

في نظام OMPI يقوم المحتكم بدفعة مبلغ 2000 دولار أمريكي عن ارسال طلب التحكيم كرسم تسجيل النزاع بغض النظر عن نوع النزاع وفي التحكيم السريع بدفع 1000 دولار وإلا فإن المركز يرد على طالب التحكيم دون دفع رسوم التسجيل، وإذا لم يتمكن المحتكم من الرد في غضون 15 يوماً بعد اشعار المركز من دفع رسوم التسجيل يعتبر أنه سحب طلب التحكيم[2].

أما بالنسبة للرسوم الإدارية فإنها لا تنقص عن 1000 دولار ولا تزيد عن 35000 دولار تدفع هذه الرسوم خلال 30 يوماً من تاريخ إرسال طلب التحكيم بالنسبة للمدعي ومن تاريخ إرسال طلب الإدعاء، وفي حال التأخر في دفعها يمنح للمحتكم مدة 15 يوماً، من تاريخ الإخطار الكتابي وإلا اعتبر المدعى رجع عن ادعائه وبالتالي زيادة في المبلغ[3].

وتختلف طريقة احتساب اتعاب المحكمين فلوا كان النزاع مثلاً متعلق بأسماء المواقع يأخذ بعين الاعتبار عدد المواقع محل النزاع كأساس لحساب أتعاب المحكمين فهي تشمل كل من النفقات والوقت المستغرق لحل النزاع[4].

المطلب الثاني: سير دعوى التحكيم الالكتروني

إن أبرز الإشكاليات التي تثيرها مرحلة تسيير الدعوى في التحكيم الالكتروني بحكم طبيعة الوسط الذي يجرى فيها شكلية العقد في الجلسة وتقديم البيانات، حيث نجد أن المادة 24 من القانون النموذجي اليونسترال، تعالج هذه المسألة في فقرتها الأولى بقولها" تقرر هيئة التحكيم ما إذا كانت ستعقد جلسات مرافعة شفهية لتقديم البيانات أو لتقديم الحجج الشفهية أو أنها تسير في الإجراءات على أساس المستندات

[1]- ابراهيم أحمد سعيد، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2006، ص 389.

[2]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 124.

[3]- رجاء حافظ ، الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009. ص 93.

[4]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 125.

وغيرها من الأدلة المادية مع مراعاة أي اتفاق مطابق لذلك بين الطرفين غير أنه يجب على هيئة التحكيم ما لم يتفق الطرفان على عقد أية جلسات للمرافعات الشفوية أي تعقد تلك الجلسات في مرحلة مناسبة من الإجراءات إذا طلب بينهما أحد الطرفين[1].

وعليه يفهم من مضمون المادة أن عقد الجلسات بالأساس يقوم على اتفاق الطرفين، مع تحديد شكل الجلسة، وأن غض نظر الخصمان لهذ المسألة اتفاق التحكيم لا يجبر المحكم على ضرورة عقد الجلسة إلا في حالة طلب أحد الخصوم ذلك.

الفرع الأول: جلسة دعوى التحكيم

تعقد جلسات التحكيم الالكتروني حسب ما اتفق عليه الأطراف في تحديد شكل الجلسة، فبإمكان عقد جلسات التحكيم الكترونياً في منازعات التجارة الالكترونية بالنظر إلى الوسائل الفنية المتاحة في مجال الانترنت، والتي تسمح بتبادل الصور والصوت والنصوص الكترونيا بسرعة، وبشكل متزامن بين الأطراف، لذا فإن البريد الالكتروني يسمح بنقل النصوص والمستندات المكتوبة والمرئية[2].

يتم عقد الجلسات الالكترونية عن طريق إنشاء موقع الدعوى على شبكة الانترنت من طرف الهيئة التحكيمية الالكترونية، فيمكن من خلال تبادل المناقشات والحديث بين الأطراف والهيئة.

أولاً: تبادل الوثائق والطلبات الكترونياً

يتم تبادل الأدلة والحجج القانونية بين أطراف النزاع بما يسمح للمحكم بحسم النزاع حيث يتعين على أطراف العملية التحكيمية والأمانة العامة ومحكمة التحكيم إرسال كل التبليغات المكتوبة والإخطارات بالبريد الالكتروني على الموقع الخاص بالقضية، حيث أن نظام التحكيم السريع أو لائحة التحكيم المستعجل الصادر من طرف المنظمة العامة للملكية الفكرية سار على نفس المنوال خلال فحوى نص المادة 04 فقرة (أ) على أن :" كل إخطار أو أي بلاغ يجب أن يكون طبقاً للائحة، بحيث أن يتم في الشكل الكتابي وأن يتم إرساله بالبريد العاجل، الفاكس، البريد الالكتروني أو أية وسيلة للإبلاغ تسمح بإقامة الدليل عليه، لتقديم كافة المستندات والوثائق التي تراها مناسبة للفصل في النزاع ولها أن تنتقل لإجراء معاينة ما أو لاستماع لشهادة شاهد في مقره[3].

[1]- أنظر المادة 2/15 من قواعد تحكيم اليونسترال، والمادة 07 من قانون التحكيم الفيدرالي والمادتين (21-06/21) من نظام التحكيم لغرفة التجارة الدولية بباريس، والمادة 19 من قواعد محكمة التحكيم بلندن والمادة 25 من قواعد مركز القاهرة الإقليمي للتحكم.

[2]- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 444.

[3]- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص 113.

ثانياً: جلسات الاستماع للمناقشة

تسمح الوسائل المتاحة في المجال الالكتروني بإدارة جلسات التحكيم في الشكل الالكتروني، من حيث إمكانيات تبادل النصوص والصور والأصوات بالشكل الفوري، كما أن تقنية البريد الالكتروني تسمح بنقل المستندات والبيانات عبر الانترنت، بالإضافة إلى المؤتمرات المرئية التي تعتبر إجراء يتعلق بالجلسة، حيث يتواجد الأطراف مع بعضهم البعض بطريقة افتراضية، حيث أن تنظيم جلسات الاستماع الالكترونية هو أمر ممكن من ناحية تقنية ولكنه مكلف، إلا بعض المشروعات التجريبية الاي تنفيذها في الولايات المتحدة الأمريكية وفرت غرفاً معدة خصيصاً لذلك[1].

الفرع الثاني التدابير التحفظية والمؤقتة أثناء جلسة التحكيم

تقتضي طبيعة وظروف النزاع المطروح على هيئة التحكيم سرعة اتخاذ بعض التدابير المؤقتة أو التحفظية أو إصدار بعض الأحكام الوقتية تجنباً للأضرار التي قد تلحق بأحد الخصوم[2].

غن اصدار التدابير المؤقتة والتحفظية لا يخرج من فرضين:

- أن تصدر هذه التدابير من المحاكم الوطنية طبقاً لما ينص عليه اتفاق التحكيم، أو لائحة هيئة التحكيم، من فتح المحاكم الوطنية لإصدار هذه التدابير، التي تأخذ شكل حكم قضائي يتمتع بالصيغة التنفيذية.
- أن تصدر هذه التدابير من هيئة التحكيم، في هذه الحالة لا تتمتع بالقوة الإلزامية، لأنها لا ترقى إلى مرتبة الحكم القضائي الواجب النفاذ، طبقاً لما تقضي به اتفاقية نيويورك لسنة 1958.

خاتمة

يعتبر التحكيم الالكتروني احدى أنجع الطرق لتسوية النزاعات الناشئة عن العقود الالكترونية، فهو نظام قضائي خاص يتفق الأطراف بموجبه إلى اللجوء إلى الهيئة التحكيمية، كطرف ثالث بهدف تسوية النزاع، عن طريق وسائل الاتصال الالكترونية.

يتمتع التحكيم الالكتروني بخصائص تجعله ينفرد بها مقارنة مع غيره من الوسائل مقابل التفاوض، إذ يختلف عنه من خلال سير العملية الإجرائيةّ، يحث يكون المحكم في التحكيم الالكتروني يتمتع بالسلطة التقديرية ولديه الحق في إصدار الأحكام والقرارات على خلاف الوساطة التي لا يكون له فيها تلك الحقوق، في حين التوفيق يهدف لتقريب وجهات النظر على عكس التحكيم الالكتروني الذي يفصل في النزاع.

[1]- ابراهيم بن أحمد، المرجع السابق، ص 388.

[2]- بن حليمة ليلى، عشور سليم، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 04، العدد 01، 2019، ص 196.

وتسير المحاكمة من خلال تبادل العرائض والطلبات بين المختصمين مع احترام القواعد والمبادئ العامة عند عقد الجلسات التحكيمية مع أحقية الهيئة لإصدار تدابير وأحكام قضائية بعدها يتم الاستعداد لإصدار حكم التحكيم الالكتروني بمراعاة الجوانب الشكلية كالكتابة والتوقيع والتأكد من البيانات الملزم توفرها في الحكم، لتأتي بعدها مرحلة تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني، أين لا توجد آلية مجددة لتنفيذه وبالتالي يرجع إلى القواعد العامة في تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني من خلال الاتفاقيات والمعاهدات الدولية.

التوصيات:

- ضرورة وضع اطار قانوني مستقل للتحكيم الالكتروني سواء من قبل القانون الدولي العام، أو من خلال التشريعات الوطنية.
- تحديد منهجية معينة وموحدة لسير العملية التحكيمية خاصة بالتحكيم الالكتروني دون اللجوء إلى القواعد العامة التي لا تصلح في كثير من الأحيان، وتتسم بالتعقيد والبط.
- تخصيص المراكز التحكيمية حيث يكون لكل مركز أو جهة مختصة في نوع معين من القضايا، لنصل إلى أحكام تحكيمية ذات جودة، وقابلة للتنفيذ.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب

1. خالد ممدوح ابراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
2. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ماهيته، اجراءات وآلياته في تسويه منازعات التجارة الالكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.
3. عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني ماهيته، اجراءات وآلياته في تسويه منازعات التجارة الالكترونية والعلامات التجارية وحقوق الملكية الفكرية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009 .
4. لزهر بن سعيد، التحكيم التجاري الدولي، دار هومة، الجزائر، 2012
5. ماهر محمد حامد النظام القانوني للمحكم في التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011
6. محمد مأمون سليمان، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

ثانياً: الرسائل والمذكرات

1. ابراهيم أحمد سعيد، القانون الواجب التطبيق في منازعات عقود التجارة الالكترونية، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2006.
2. بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012

3. بوقرط أحمد، اتفاق التحكيم الالكتروني في منازعات عقود التجارة الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019.
4. رجاء حافظ الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009.
5. كروم نسرين، اجراءات التحكيم التجاري الدولي في القانون المقارن والقانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة سعد دحلب، البليدة، 2006.

ثالثاً: المقالات والمداخلات

1. بريش عبد القادر، دور التحكيم الالكتروني في حل المنازعات التجارية الالكترونية، مداخلة القيت ضمن فعاليات الملتقى العلمي الدولي الرابع حول " عصرنة نظام الدفع في البنوك الجزائرية واشكالية اعتماد التجارة الالكترونية في الجزائر، (عرض تجارب دولية)، جامعة الشلف.
2. عبد الحميد الأحدب، إجراءات التحكيم، مداخلة ألقيت ضمن فعاليات مؤتمر التحكيم التجاري الدولي، بعنوان أهم الحلول البديلة لحل المنازعات التجارية، كلية الشريعة والقانون، دبي، أيام 28-30 أفريل 2008
3. سيف الدين حمداتو، التحكيم الالكتروني، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة شندي، السودان، العدد 03، 2011.
4. بن حليمة ليلى، عشور سليم، خصوصية التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، المجلد 04، العدد 01، 2019.

تحديات الاخضاع الضريبي لداخيل عقود التجارة الالكترونية

أ. عوينة فاطمة جامعة البليدة 02، الجزائر.

ملخص:

لقد أحدث بروز وتنامي معاملات التجارة الدولية، وكذا تطور تكنولوجيا المعلومات والاتصال نموا سريعا للغاية خلال السنوات الأخيرة للتجارة الالكترونية، ونتيجة لهذا التطور الكبير فإن السلطات الضريبية تواجه تحديات عديدة في إخضاع عقود التجارة الالكترونية للضرائب، ولهذا نهدف من خلال هذه الدراسة إلى الوقوف على واقع الاخضاع الضريبي للتجارة الالكترونية الذي اختلفت فيها وجهات النظر بين دعاة للإعفاء الضريبي وبين مؤيدين للإخضاع الضريبي، وقد توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى أن المشرع أمام تحد كبير لتكييف الضرائب والرسوم التقليدية بما يلائم معاملات التجارة الالكترونية، أو تشريع ضرائب ورسوم خاصة بهذه المعاملات تتسم بالبساطة وعدم الغموض ولا تقوم بعرقلة هذه المعاملات.

Abstract:

The emergence and growth of international trade transactions, as well as the development of information and communication technology, has caused a very rapid growth in recent years for electronic commerce. As a result of this great development, the tax authorities face many challenges in subjecting e-commerce contracts to taxes. Therefore, we aim through this study to identify the reality of subjection. The e-commerce tax, in which views differed between advocates for tax exemption and supporters of taxation, and through this study we concluded that the legislature is facing a great challenge to adapt traditional taxes and fees to suit e-commerce transactions, or legislate taxes and fees for these transactions that are simple and unambiguous. It does not block these transactions.

مقدمة:

لقد شهدت التجارة الإلكترونية نموا سريعا للغاية خلال السنوات الأخيرة، خاصة مع تنامي استعمال الانترنت، ونتيجة لهذا التطور الكبير الذي عرفته التجارة الدولية كان التساؤل عن الدخل الناجم عن الصفقات التي تعقد عبر شبكة الانترنت ومن خلال وسائل الاتصال الإلكترونية من الناحية الضريبية، فعلى الرغم من تحديد مفهوم العمل التجاري ضريبيا إلا أن ما يميز التجارة الإلكترونية من خصائص اتسم نطاق تطبيق ضرائب التجارة الالكترونية بالغموض وعدم الاستقرار، فكان هناك تحد كبير أمام النظام الضريبي في كيفية التعامل معها، سواء من حيث إمكانية تطبيق القواعد والأصول الضريبية على الأرباح المتحققة منها وصولا إلى نوعية الضرائب التقليدية واستحداث أخرى تتفق وطبيعتها.

ولهذا جاءت دراستنا للإجابة على التساؤل التالي:

ما هي التحديات التي تواجه الادارة الضريبية لإخضاع عقود التجارة الالكترونية للضريبة؟

وقد قمنا بتقسيم الدراسة إلى محورين:

- محور مفاهيمي لعرض مفهوم التجارة الالكترونية والعقد الالكتروني وخصائص كل منهما.
- أما المحور الثاني فخصص لعرض اشكالات وتحديات الضرائب على التجارة الالكترونية.

المبحث الأول: عقود التجارة الالكترونية

لقد أثارت التجارة الإلكترونية اهتمام الكثير من الباحثين والهيئات، ومحاولة وضع تعريف للتجارة الالكترونية بصفة عامة والعقود الالكترونية بصفة خاصة كانت من الأمور التي أثارت الجدل واختلفت عندها وجهات النظر.

المطلب الأول: مفهوم التجارة الالكترونية وخصائصها

فالتجارة الالكترونية ليست مجرد تبادل سلع أو خدمات عبر شبكات الانترنت بل هي أسلوب تجاري متقدم يعتمد في نجاحه على مدى قدرة الشركات في تسويق منتجاتها من خلال استخدام الأفكار والأليات المقنعة للأفراد واعتماد خطط تسويقية محكمة متعارف عليها دوليا.

الفرع الأول: مفهوم التجارة الالكترونية

في الواقع لا يوجد تعريف محدد للتجارة الالكترونية نتيجة للتطور السريع الذي طرأ عليها فكل تعريف ينظر لها من زاوية معينة. فتعرف اللجنة الأوربية التجارة الالكترونية بأنها: "أداء الأعمال الكترونيا حيث تقوم على أساس التبادل الالكتروني للبيانات المكتوبة، المرئية، المسموعة، كما تتضمن العديد من الأنشطة التجارية الخاصة بتبادل السلع والخدمات وإتمام عملية البيع والشراء والتسليم للمنتوجات الرقمية والتحويلات الالكترونية المالية وعمليات التسويق وخدمات ما بعد البيع".

أما منظمة التجارة العالمية فتعرفها بأنها: "كافة المعاملات التي تتم عبر شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) والتي تتم ما بين الشركات أو بين الشركات والعملاء أو ما بين الشركات والحكومات وتشمل اضافة للتجارة الداخلية والخارجية الاعلان والتسويق والمفاوضات وتسوية المدفوعات وفتح التراخيص".[1]

كما عرفتها بأنها: "عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال".

وعرفتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في تقرير نشرته بأن التجارة الالكترونية هي بصفة عامة: "جميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الادارات أو بين الأفراد عن طريق المعالجة الالكترونية للبيانات، سواء كانت تلك البيانات مقروءة أو أصوات أو صورة مرئية".[2]

أما التشريع الجزائري وحسب المادة 6 من القانون رقم 18-05 يقصد بمفهوم التجارة الالكترونية: "النشاط الذي يقوم بموجبه مورد الكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك الكتروني، عن طريق الاتصالات الالكترونية".[3]

الفرع الثاني: خصائص التجارة الالكترونية

تتميز التجارة الالكترونية بخصائص رئيسية مميزة للمعاملات التجارية الإلكترونية تختلف فيها عن التعاملات التجارية التقليدية، الأمر الذي يجعل من الصعوبة بمكان فرض القواعد الضريبية المألوفة على التجارة الإلكترونية وهي على النحو التالي:

1- **إحلال الدعائم الالكترونية محل الدعائم الورقية** :إن الهدف من التجارة الالكترونية هو خلق مجتمع المعاملات اللاورقية، ما يعني الاستغناء عن التعامل بالمستندات الورقية التقليدية ليحل محلها المستند الالكتروني، إذ أن معظم الإجراءات والمراسلات بين طرفي المعاملات تتم إلكترونيا، هكذا يصبح المستند الالكتروني هو السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع بينهما.

2- **السرعة في إنجاز الصفقات التجارية** :تساهم التجارة الالكترونية بشكل فعال في إتمام العمليات التجارية بين الطرفين وتنفيذها بسرعة، إذ تتم الصفقات التجارية ابتداء من مرحلة التفاوض وإبرام العقود حتى الدفع الالكتروني وانتهاء بتسليم المنتجات والخدمات، دون الحاجة لانتقال الطرفين والتقائهما في مكان معين، لما في ذلك توفير للوقت والجهد والمال.[4]

3- **المبيعات عبر العالم** :تزايد في الآونة الأخيرة ظهور الشركات العملاقة التي تمارس أنشطتها التجارية عبر العالم وأصبحت تمثل تحديا وعبئا على الاقتصاديات الوطنية، ومع تزايد التجارة الإلكترونية، بدأ ظهور الشركات صغيرة الحجم والتي تستطيع، باستخدام شبكة الإنترنت، أن تمارس أنشطتها عبر العالم، وهذا يؤدي إلى تفاقم شكل التعارض بين المصالح الاقتصادية القومية ومصالح هذه الشركات وانفتاح الباب على مصراعيه لمشاكل الولاية القانونية واختلاف النظم الضريبية وسبل الإثبات[5].

4- **غياب العلاقة المباشرة بين الأطراف المتعاقدة:** لا يرى في العادة طرفي التعامل التجاري الإلكتروني كل منهما الآخر، وقد لا يعرفان كافة المعلومات الأساسية عن بعضهما البعض كما هو الحال في التعاملات التجارية التقليدية. ونتيجة لذلك، قد يجد البائعون عبر الإنترنت صعوبة في استكمال الملفات الضريبية التي تقيد السلطات التشريعية الالتزام بها، وقد يستغل هؤلاء البائعون ذلك للتهرب من الضريبة بعدم تسجيل هذه التعاملات في الدفاتر المحاسبية الرسمية.

5- **سرعة تغير القواعد الحاكمة** :رغم أنه لم يتم بعد وضع صياغة نهائية للقواعد الخاصة بالنظام الضريبي للتعاملات التجارية الإلكترونية، إلا أن التشريعات الحاكمة لها والمحاولات المتعلقة بها تتغير بمعدلات متسارعة، ومن ثم فإنه لابد من صياغة إطار تشريعي يتسم بالمرونة وقابل للتعديل حتى يواكب منجزات التقدم التكنولوجي.[6]

6- **الانفصال عن الموقع الجغرافي (المكان)** :حيث يمكن للمؤسسة الاقتصادية إدارة تعاملاتها التجارية بكفاءة من خلال شبكة الانترنيت من أي موقع جغرافي و ذلك نتيجة:

- أن مقر المعلومات الخاص بالمؤسسة يمكن أن يكون في أي مكان دون أن يؤثر ذلك على أدائها؛
- طبيعة الانترنيت لا تضمن أن تكون العلاقة أو الربط بين العنوان الإلكتروني والإقامة والموقع المادي لأي طرف في المعاملة.

هذا ما يصعب على الاتفاقيات الضريبية تطبيق الاخضاع الضريبي على هذه لمعاملات.

7- **التقليل من عدد الوسطاء في المعاملات**: لا سيما في بعض أنواع التجارة الإلكترونية على غرار البرمجيات التجارية حيث تسهل عملية البيع المباشر للبرمجيات في شكل رقمي من المصمم إلى المستهلك دون المرور بحلقة البيع التقليدية من المنتج إلى تاجر الجملة إلى تاجر التجزئة إلى المستهلك، و لكن غياب هؤلاء الوسطاء يمثل تحديا جديدا للإدارة الضريبية نظرا للدور الهام الذي كان يقوم به هؤلاء الوسطاء في التجارة التقليدية كآليات رقابة من جهة، وتحصيل بعض أنواع الضرائب من جهة أخرى.

8- **إمكانية رقمنه بعض المنتجات**: هناك العديد من المنتجات التي يمكن تبادلها إلكترونيا مثل البرمجيات وكل المعلومات المكتوبة والصور وأشرطة الفيديو... الخ، وهذا التحول من الشكل المادي للمعاملات التجارية إلى الشكل الرقمي يفرض في المجال الضريبي ضرورة إبراز العديد من القضايا المرتبطة بتصنيف الدخول وكيفية المعالجة الضريبية لها سواء تعلق الأمر بالقوانين الضريبية المحلية أو الاتفاقيات والمعاهدات الضريبية.

9- **ظهور وسائل جديدة للدفع** :لقد رافق التجارة الإلكترونية العمل على إيجاد وسائل دفع وتسوية المعاملات في مختلف أشكال الدفع الإلكتروني التي يصطلح عليها النقد الإلكتروني، غير أن هذه الأشكال الجديدة للدفع عقدت من عملية تتبع مسار استخدام هذا النوع من النقود خصوصا في المجال الضريبي.[7]

المطلب الثاني: مفهوم العقد الالكتروني

نتيجة لطبيعة التجارة الإلكترونية المتسمة بالمرونة والسرعة في التطور والنمو نجد أن هناك العديد من المحاولات الدولية للخروج بصيغة ونموذج لتنظيم دولي لشكل عقد التجارة الالكترونية، ويعد أبرز الجهود الدولية ما أصدرته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1996 والمسمى (القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية) والذي تم إقراره عام 1996، إذ قدمت نموذجا لتوحيد القواعد القانونية المعمول فيها في مجال التجارة الإلكترونية وتسري على الأنشطة التجارية الداخلية والخارجية على حد سواء، والهدف من وضع هذا القانون النموذجي وحسب أعماله التحضيرية مساعدة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة في دمجه في قوانينها الداخلية حتى يصبح جزءا من تشريعها الداخلي أو يتم التصديق عليه بوصفه معاهدة دولية في إطار الأمم المتحدة ،والصفة الدولية للعقد الالكتروني لا تقتصر فقط على أطراف العقد ومكان إقامتهم وإنما محتوى العقد ذاته ينصب في انتقال قيم اقتصادية وثروات عبر الحدود بين الدول ولذا تتجاوز أثاره القانونية الاقتصاد الداخلي للدولة بسبب حركة الاستيراد والتصدير للمنتجات والسلع والخدمات عبر الحدود الجغرافية والافتراضية التي يصعب تحديدها إلكترونيا، إلى جانب أن العقد يبرم عن بعد إذ لا يبرم بين أشخاص حاضرين في ذات المكان وإنما في أماكن متعددة في ذات الزمان وبواسطة وسائط الكرتونية سواء أكان هؤلاء الأطراف يتبعون دولة واحدة أم دول متعددة، والعقد الالكتروني يبرم بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتيهما دون الحاجة لأي إجراء أخر.[8]

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني

لقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد المقصود بالتعاقد عن بعد بأنه: "أي 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 الالكترونية حتى إتمام التعاقد".

عرفها هذا التوجيه بأنها: "أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما ذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف".[9]

وقد سعى جانب من الفقه إلى وضع تعريف له مركزا على وسيلة إبرامه وتنفيذه وبعض خصائصه جاء فيه العقد الإلكتروني هو: "اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول، يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام العقد".[10]

أما تعريف المشرع الجزائري حسب المادة 6 من القانون رقم 18-05 يقصد بمفهوم العقد الالكتروني: "العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني".[11]

الفرع الثاني: خصائص العقد الالكتروني

رغم أن العقد الإلكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تحوي أحكامها النظرية العامة للعقد، سواء من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد، قد اتضحت معالم الخصوصية فيه وأن له خصائص تميزه عن غيره من العقود، ومن بينها:

- **يتم إبرام العقد الالكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه**، فالسمة الأساسية للتعاقد أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي.
- **يتم استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام التعاقد**، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات الكترونية، فالعقد الالكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه، وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية.[12]
- **العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي:** الواقع أنه لا وجود لعقود تجارية بالمعنى الدقيق المقصود بهذا الاصطلاح، وذلك أن العقود التي ينظمها التقنين المدني هي نفسها العقود التجارية إذا كان محلها عملا تجاريا سواء بحسب شكله أو موضوعه، أو أن التاجر أبرمها لحاجات تجارته، ومن ثم فإنه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية، فالعقد الإلكتروني يعد عقد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن تلك الأسباب ما يتعلق بطبيعة موضوع العقد أو بصفة من يبرمه، وعليه فإن العقد يكون عقد تجاريا أو مدنيا حسب ما إذا كان الشخص الذي أبرمه تاجرا أو غير تاجر وحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد.[13]
- **العقد الإلكتروني عقد دولي:** بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي، وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن العقد يكون دوليا طبقا لأحد معيارين، الأول هو المعيار القانوني ومؤداه أن العقد يكون دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء تعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أو تنفيذه،

أو تخلله من حيث أطرافه أو موضوعه أو سببه، في حين يسمى المعيار الثاني بالمعيار الاقتصادي، ومؤداه أنه كلما تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دوليا.[14]

المبحث الثاني: واقع تطبيق الضرائب على التجارة الالكترونية وتحدياته

المطلب الثاني: تحديات فرض الضريبة على عقود التجارة الإلكترونية

تظهر صعوبة فرض الضرائب الالكترونية من ناحية تتبع واقعة تداول المنتجات عبر الانترنت وكيفية تحديد الدولة صاحبة الحق في فرض الضريبة، ووسائل تجنب الازدواج الضريبي أو تعددها.

وتظهر صعوبة تطبيق الضرائب على التجارة الالكترونية، بصورة خاصة بشأن السلع والخدمات التي تتم عبر شبكة الانترنت ويتم تسليمها إلكترونيا، أو ما يطلق عليه المنتجات الرقمية، حيث لا يتم فرض أي رسوم ضريبية عليها، وهو ما يمثل ضياع لبعض الموارد السيادية للدولة، ويمثل إخلالا بالمساواة بين أولئك الذين يملكون الاتصال على شبكة الانترنت والحصول على سلعة دون رسوم أو ضرائب وبين أولئك الذين يتبعون طرق التجارة التقليدية ويدفعون قيمة الرسوم والجمارك والضرائب على ذات السلعة أو الخدمة.

بالإضافة إلى صعوبة تحديد هوية الممول ومعرفة عنوان منشأته وكيانه القانوني، وذلك لسهولة قيام الممول بالتنقل عبر مواقع الويب لممارسة العمليات التجارية الالكترونية دون حاجة إلى الانتقال إلى بلد المستهلك.[15]

الفرع الأول: هيكل النظام الضريبي والتقدم التكنولوجي

تشير العديد من الراسات إلى الدور الفعال للنظام الضريبي في تحقيق كل من العدالة الضريبية وزيادة حصيلة الموارد السيادية، وتوفير المناخ الملائم لجذب الاستثمارات، ولتوضيح التحديات التي تثيرها التجارة الالكترونية تجاه النظم الضريبية القائمة، يجدر التطرق لهيكل النظام الضريبي، وبيان العلاقة بينه وبين التقدم التقني، ويمكن تمثيل هيكل النظام الضريبي، بمثلث قوامه ثلاثة دعامات رئيسية هي:

1- **التشريع الضريبي**: ويقصد به مجموعة من اللوائح والقوانين والتشريعات الصادرة من الجهات المختصة، والخاصة بفرض الضرائب وتنظيم أساليب تحصيلها، وكذلك أحكام المحاكم وقرارات اللجان المتعلقة بالمنازعات الضريبية.

2- **الادارة الضريبية**: وتظم الجهات الحكومية (وزارة المالية وإدارة الضرائب) التي تقوم على تطبيق التشريع الضريبي بأحكامه ونصوصه، لتحصيل الضرائب بأنواعها المختلفة، ومن ثم، فإن الادارة الضريبية هي الجهة المختصة بكل من تنفيذ قوانين الضرائب، تحصيل الموارد العامة للدولة ومتابعة الممولين.

3- **المجتمع الضريبي**: وهو المجتمع الخاضع للتشريع الضريبي، سواء كان أفراد أو كيانات طبيعية أو اعتبارية.

وفي ظل التطبيقات الناتجة عن ثورة تقنيات الاتصالات والمعلومات، والتي من بينها التجارة الالكترونية، فقد ظهر قصور في العلاقة بين هيكل النظام الضريبي ومستحدثات تقنيات المعلومات، مما يؤثر سلبا على كفاءة

الأداء الضريبي، وفي هذا الصدد يمكن الوقوف على ثلاثة فجوات رئيسية في العلاقة بين كل من مفردات الهيكل الضريبي وتكنولوجيا المعلومات:

يواجه **التشريع الضريبي** الذي تمت صياغته وفقا لطبيعة التعاملات التجارية التقليدية، قصورا في معالجة التعاملات التجارية الالكترونية، وبعبارة أخرى، فإن هناك **"فجوة تشريعية"**، وعلى الرغم من قيام بعض الدول بالإعلان على برنامجها للتجارة الإلكترونية، إلا أن ذلك لم يتواكب مع إعلان بدء الاصلاحات التشريعية اللازمة، وعليه فإنه يتوجب على تلك الدول تقييم القوانين والنظم التشريعية السائدة، وإجراء التعديلات الضرورية أو صياغة تشريعات جديدة تتوافق وطبيعة التعاملات التجارية الإلكترونية.

تختص **الادارة الضريبية** بتنفيذ القوانين والتشريعات وحماية حقوق كل من الدولة والمجتمع الضريبي (الممولين)، وبذلك يصبح لزاما عليها استخدام الابتكارات التقنية اللازمة لضمان أعلى مستوى من كفاءة النظام الضريبي، ولكن الادارة الضريبية لا زالت تعاني قصورا في أداء مهامها، من حصر وفحص وتحصيل للضرائب بكافة أنواعها، فلم تشهد الادارة الضريبية تطويرا في أساليب ونظم العمل المستخدمة للقيام بمهامها، أي أن هناك **"فجوة إدارية"**.

كذلك يعاني **المجتمع الضريبي** من وجود **"فجوة مفاهيمية"**، فعلى الرغم من تطور حجم التعاملات التجارية الإلكترونية، إلا أنه لا يزال هناك قصورا في فهم المفاهيم والمفردات الخاصة بها، وما يترتب على تلك التعاملات من اعتبارات قانونية.[16]

الفرع الثاني: تحديات ومعيقات الإخضاع الضريبي لمعاملات التجارة الإلكترونية

تفرض الفجوات الثلاثة لهيكل النظام الضريبي عددا من التحديات في مواجهة النظام الضريبي، حيث تؤثر على كل من الايرادات الضريبية السيادية للدولة من ناحية، ونمو حجم التعاملات الالكترونية من ناحية أخرى.

أولا: تحديات فرض الضريبة على معاملات التجارة الإلكترونية

نجد أن هناك العديد من التحديات التي تواجه فرض الضريبة على الأعمال عبر الإنترنت، نورد أهمها فيما يلي:

- **سيادة الدولة:** استقر العرف التشريعي في أغلبية دول العالم على خضوع الكيانات الأجنبية **والمقيمة خارج دولة ما** لمعدلات الضريبة المفروضة على التعاملات التي تتم داخل الدولة، وهذا حسب مبدأ الإقليمية (التواجد المكاني)، ولذلك

تحاول الشركات تجنب ذلك عن طريق التواجد التجاري على الإنترنت، أين يطرح المبدأ السابق مشكلا في تحديده بدقة.

- **العدالة الضريبية:** مع تزايد اختلاف مستويات الضرائب بين دول العالم، وفي إطار مرونة الحركة التي تدعمها تكنولوجيا

المعلومات والاتصالات، بدأ ظهور اختلال في تحقيق العدالة الضريبية.

- **صعوبة إثبات التعاملات والعقود:** تشمل معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية أحكاما تشترط أن يتم إثبات التعاملات كتابة (أو ما يعرف بالتوثيق)، وعلى هذا الأساس، فإن غياب التشريعات والقوانين التي تأخذ في الحسبان العمليات التي تتم إلكترونيا من شأنه أن يحدث صعوبة في هذا المجال، أضف إلى ذلك، تطرح السرية مشكلة عدم قدرة الإدارة الجبائية على معرفة محتوى المبادلات وبالتالي قيمتها (ثمنها) ولا أيضا أسماء المتعاملين في بعض الأحيان، وهذا ما يشكل عائقا بالنسبة لجباية الضرائب، ثم إن تطور الإمضاءات الإلكترونية والأنظمة المركزية للدفع الإلكتروني، التي تتم مراقبتها من قبل المصارف ليس بإمكانه إرضاء الإدارة الجبائية.
- **عدم وجود أرضية لعمليات العبور الإلكترونية** :حيث يعتبر ذلك تحديا كبيرا للنظام الجبائي المعتاد (الجاري) والذي يعتمد أساسا على كل من مفهوم المؤسسة الدائمة ومفهوم المنشأ (المكان) في المبادلات الدولية، والملاحظ عدم تطبيق هذين المفهومين في التجارة الإلكترونية، الأمر الذي يؤدي إلى غياب النتائج المترتبة عنهما.
- **عدم وجود آليات محددة لإخضاع التعاملات الإلكترونية للضريبة** :رغم دعوة العديد من الدول إلى عدم فرض الضرائب على التعاملات التجارية الإلكترونية، إلا أنه من الصعب الموافقة عليه لما يترتب عنه من تأثير سلبي على أحد أهم الموارد السيادية للدولة، ولا يكفي الاتجاه نحو فرض الضريبة على الفضاء الإلكتروني دون تحديد آليات عملها .[17]

ثانيا: مشكلات فرض الضريبة على معاملات التجارة الإلكترونية

تعددت العقبات التي تعترض الإخضاع الضريبي لمعاملات التجارة الإلكترونية فمنها ما هو مرتبط بخصوصية وطبيعة معاملاتها، ومنها ما هو مرتبط بالتشريع الضريبي وسيادة الدولة كما سنوضحه فيما يلي:

1- **المشكلات المرتبطة بخصوصية وطبيعة معاملات التجارة الإلكترونية** :إن معاملات التجارة الإلكترونية ليست من طبيعة واحدة فهي تختلف باختلاف طبيعة السلعة أو الخدمة، و يمكن التمييز على الأقل بين:

أ- **منتجات تباع عبر الانترنيت** :يتم تسليمها ماديا وفق الطرق التقليدية للشحن والتسليم، وهي بالتالي تخضع للضرائب والرسوم المطبقة في الدول أين يتم استلامها واستهلاكها؛

ب- **منتجات رقمية يتم تبادلها إلكترونيا** :تثير مشكلات بخصوص كيفية فرض الضرائب والرسوم عليها لا سيما الضرائب على استهلاكها؛

ت- **إدارة النشاط الاقتصادي وتقديم الخدمات على الخط** :تثير مشكلات تتعلق بفرض الضرائب على الدخل المتولد من هذه الأنشطة والخدمات.

2- **المشكلات المرتبطة بالنظام الضريبي وتشريعاته:**

أ- **مشكلة الحصر الضريبي** :مصدر هذه المشكلة هو أن جزء من التجارة الإلكترونية يعتبر غير منظور، فمفهوم التجارة الإلكترونية متعدد الأبعاد، فهي تأخذ أشكال ومستويات عديدة، فقد تتم بين المؤسسات التجارية بعضها البعض أو بين المؤسسات التجارية والمستهلكين أو بين المؤسسات التجارية والمؤسسات الحكومية، وقد يتم ذلك داخل الدولة الواحدة أو بين الدول أو بين دولتين أجنبيتين من خلال وسيط محلي، و قد تتمثل في استشارات إدارية أو قانونية أو محاسبية أو ضريبية أو هندسية .

ب- **مشكلة الازدواج الضريبي** :استخدمت الكثير من الدول فكرة المنشأة الدائمة لتحديد السيادة الضريبية بين الدول، بحيث يكون من حق الدولة التي يعمل فيها المكلف من خلال تواجده ماديا أو عن طريق ممثل له أن تفرض الضريبة على الدخل المحقق نتيجة مزاولة النشاط عن طريق هذا الكيان، ونظرا لأن ظهور التجارة الإلكترونية أصبح يهدد هذا المبدأ، حيث أضحى بإمكان المؤسسة ممارسة نشاطها دون الحاجة لوجود كيان مادي أو ممثل مقيم لمقدم السلعة أو الخدمة في الدولة مصدر الدخل، مما يعني فشل فكرة المنشأة الدائمة في حصر الكثير من صور المعاملات والصفقات التي تتم على صعيد محلي أو دولي، و قد أدى هذا الوضع الى أن كل دولة تحاول الحد من ظاهرة التهرب الضريبي عن طريق التجارة الدولية وتعطي لنفسها الحق في فرض الضرائب، ما يؤدي إلى حدوث ازدواج ضريبي على الصفقة الواحدة، لأن الدولة مصدر الدخل ترى أن لها الحق في فرض الضريبة على الدخل ودولة الموطن (موطن الشركة) ترى أيضا أن لها حق فرض الضريبة، ما ينجم عنه فرض الضريبة على الصفقة الواحدة في الدولتين، وهذا ما يؤدي إلى تخفيض حجم التجارة الإلكترونية ويزيد من العبء الضريبي على المؤسسات.

3- **المشكلات المرتبطة بطبيعة الضريبة** :تختلف هذه المش اكل باختلاف طبيعة الضريبة:

أ- **المشكلات المرتبطة بالضرائب غير المباشرة والمبادئ التوجيهية لها:** ترتبت هذه المشكلات عن صعوبة تحديد طبيعة المنتجات ومكان استهلاكها.

- **المشكلات المرتبطة بالضرائب غير المباشرة:**من المشكلات التي قد تثار في هذا المجال:

  - طرح وجود منتجات ومعلومات مرقمنة إشكالية فرض الضرائب غير المباشرة على الاستهلاك، لأنه يقود إلى طرح التساؤل حول طبيعة هذه المنتجات فيما اذا كانت نوعا ثالثا من المنتجات أم تقديما للخدمات، وهذا له أثره في تطبيق الضريبة على القيمة المضافة والضرائب الجمركية؛

- كيفية تحديد مكان الاستلام والاستهلاك أي المكان الذي يجب فيه الاخضاع للضريبة.

- **المبادئ التوجيهية لفرض الضرائب غير المباشرة على الاستهلاك:**في اطار السعي لإيجاد حلول لهذه المشاكل تم إعداد مجموعة من المبادئ التوجيهية لهذا النوع من الضرائب عند انعقاد مؤتمر أوتاوا سنة 1998،تمثلت في:

بخصوص التبادلات عبر الحدود :تمثلت المبادئ في:

- فرض الضرائب على الاستهلاك في الدولة التي يتم فيها الاستهلاك، ويجب أن يخضع ذلك لتوافق دولي حول الشروط التي يتم بموجبها اعتبار سلعة أو خدمة كما لو أنها استهلكت في دولة معينة؛
- عدم معالجة تقديم منتجات مرقمنة في إطار الضرائب على الاستهلاك كما لو أنه تقديم سلعة؛
- عند قيام مؤسسات أو هيئات أخرى بحيازة خدمات أو سلع معنوية في دولة ما من قبل موردين بالخارج، يتعين لجوء الدول إلى التصفية الذاتية والتقييم الذاتي أو إلى أية آلية أخرى مكافئة إذا كان ذلك يسمح لها بالمحافظة فورا على الوعاء الضريبي وكذا تنافسية الموردين الوطنيين.

بخصوص مكان الاستهلاك: تم تحديد المبادئ التوجيهية التالية:

- بالنسبة للمعاملات بين المؤسسات، فمن الأفضل معالجة الخدمات غير المادية كما لو أنها استهلكت في مكان تواجد المؤسسة الموجهة اليها وتعتبر فيه حاضرة تجاريا؛
- بالنسبة للمعاملات بين المؤسسات والمستهلكين يتم اعتماد مكان الإقامة العادية للزبون، وفي حالة وجود مستهلك يقيم في أكثر من دولة، فإن مكان الاستهلاك هو المكان الذي يقضي فيه أكبر قدر من وقته.

بخصوص آليات تحصيل الضريبة على الاستهلاك :يمكن اعتماد خمس آليات لتحصيل هذه الضريبة، هي:

- **التقييم الذاتي للضريبة / مع التصفية الذاتية:**حيث يقوم الشخص الموجهة اليه الخدمة بتحديد الضريبة الواجبة على الواردات من الخدمات والمنتجات غير المادية ودفع المبلغ إلى السلطات الضريبية الوطنية؛
- **تسجيل غير المقيمين :**من خلال إجبار المؤسسات غير المقيمة على التسجيل لدى سلطة قضائية وتتم لديها عمليات الفوترة وتحصيل الضرائب على الاستهلاك لتوجهها بعد ذلك إلى سلطة البلد؛
- **فرض الضرائب على المنبع وتحويلها :**حيث تقوم المؤسسات بتحصيل الضرائب على الاستهلاك على الصادرات نحو غير المقيمين لتقوم بعد ذلك بدفع الضرائب المحصلة إلى سلطاتها الضريبية الوطنية على أن تقوم هذه الاخيرة بتحويلها للسلطات الضريبية لبلد الاستهلاك؛

- **تحصيل الضرائب من طرف ثالث موثوق مثل الوسطاء الماليين** :إذ يقوم الطرف الثالث بتحصيل الضرائب على الاستهلاك على المدفوعات التي تتم بين الزبائن والموردين للمنتجات الرقمية ثم يحولها للدولة مكان الاستهلاك؛
- **الخيار المعتمد على التكنولوجيا و /أو تسهيلات التكنولوجيا** :يتجلى في استخدام برمجيات ذات مناعة عالية لحساب الضريبة آليا على المعاملات وتحويلها لبلد المقصد، ويتطلب ذلك تعاونا دوليا لتركيب هذا النوع من البرمجيات.

ب- **الضرائب المباشرة (على الدخل) والمبادئ التوجيهية لها:** تسمح القواعد الإقليمية بفرض ضرائب على الأنشطة التجا رية المحققة عبر الانترنيت من قبل مؤسسة أجنبية نتيجة التوفيق بين تطبيق التشريع الضريبي الداخلي وبعض الاتفاقيات الضريبية المستوحاة من الاتفاقية النموذجية لدول منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية والتي تقر الإخضاع الضريبي للمؤسسات الأجنبية بالتواجد المادي لها فوق القطر الوطني.

- **المبادئ المقترحة من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية:** على هذا الصعيد أقرت لجنة الشؤون الضريبية لمنظمة التعاون الاقتصادي و التنمية المبادئ التوجيهية التالية:

- أن موقعا الكترونيا، لطبيعته غير الملموسة لا يمكن لوحده تكوين منشأة دائمة؛
- لا يمكن عموما لمؤسسة خدمات الإنترنيت تكوين عون مستقل مرتبط بمؤسسة أخرى، ومن ثم لا يمكن اعتبارها منشأة دائمة لهذه الأخيرة؛
- لا يمكن أن توجد منشأة دائمة لما يتعلق الأمر بالأنشطة الثانوية أو التحضيرية مثل ضمان ربط الاتصال بين الممون والزبون، القيام بالإشهار، جمع المعطيات عن السوق، وتقديم المعلومات، ما لم تشكل هذه الأنشطة جزءا أساسيا من النشاط التجاري للمؤسسة.

ما تطرحه التجارة الإلكترونية أيضا هي معضلة تصنيف الدخول المتولدة عن النشاط التجاري الذي لم يكون موضوع اهتمام من قبل التشريعات الصادرة في الفترة التي لم تكن فيها التجارة الالكترونية موجودة.

- **المبادئ المقترحة في مؤتمر أوتاوا :** قدم فوج العمل الاستشاري المنبثق عن مؤتمر أوتاوا اقتراحا باعتبار المدفوعات التي تتم من اجل الحصول على خدمات التحميل أو الاستخدام للمنتجات الرقمية على أنها مداخيل للمؤسسة، وقدمت في هذا المجال ثمانية وعشرين نوعا من الخدمات كنماذج للخدمات التي قد تقدم الكترونيا وطبيعة المداخيل ذات الصلة بها.[18]

المطلب الثاني: تطبيق الضرائب على التجارة الإلكترونية

أثار وجود التجارة الإلكترونية إشكالية أساسية للأنظمة الضريبية، فقد أفرز النقاش حول إخضاع معاملات التجارة الإلكترونية للضريبة اتجاهين، بين مؤيد ومعارض، وحاول كل اتجاه الاستناد إلى الحجج والمبررات التي تدعم موقفه.

الفرع الأول: الضرائب على التجارة الإلكترونية بين الأنصار والمعارضين

يثير موضوع فرض الضرائب وتحصيلها على الدخل المتحقق من عقود التجارة الإلكترونية تباينا واضحا في وجهات النظر، فقد ظهرت آراء عديدة قدمها الباحثون والكتاب تؤيد فرض الضرائب في مقابل آراء مغايرة ترفض ذلك بالاستناد إلى الحجج والتبريرات المؤيدة لكل اتجاه.

أولا : الآراء الرافضة لفرض الضريبة على التجارة الالكترونية

استندت هذه الآراء إلى أن بيئة التجارة الإلكترونية تعد بيئة اقتصادية مفتوحة، تشجع النشاط التجاري المستجد كي ينمو ويتطور، وأن فرض الضرائب عليها التقليدية أم المستحدثة سيؤدي إلى إعاقة هذا النمو ولن يبرز خصائصها كاملة، خاصة وأن هناك العديد من الصعوبات لا زالت تعيق تنفيذ السياسات الضريبية للدول في نطاق الضرائب الفعلية القائمة ولو أضيف إليها نشاط التجارة الإلكترونية لأدى إلى تفاقم المشاكل.

إلى جانب أن الضريبة تمثل سلطة الدولة المهمة التي تفرضها في مجالها السيادي والجغرافي مستندة إلى معايير قانونية (الجنسية) واقتصادية (الإقليمية) وهذان المفهومان يتعارضان والأساس القانوني الذي تقوم عليه التجارة الإلكترونية التي تتقاطع ومفهومي الجغرافية والسيادة التقليدية، مما يؤدي إلى الانفصال الواضح بين السلطات الضريبية والأنشطة الاقتصادية القائمة في بيئة التجارة الإلكترونية.[19]

وقد ركزت حجج معارضي الضرائب على التجارة الإلكترونية على:

1- **إعاقة نمو التجارة الإلكترونية**: ففرض الضرائب على التجارة الإلكترونية يعيق نموها وتطورها خاصة في المراحل الأولى لظهورها، وهناك من أعتبر ذلك على أنه لا يعد رفضا لمبدأ فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية وإنما دعوة لتأجيل فرضها؛

2- **صعوبة تطبيقها عمليا:** و يرجع ذلك إلى:

- عدم القدرة على تطبيق القواعد التقليدية للضريبة على التجارة الإلكترونية كمبدأ الإقليمية ومبدأ المؤسسة المستقرة؛
- صعوبة مراجعة ومراقبة معاملات التجارة الإلكترونية لارتباط ذللك بالاطلاع على الحياة الخاصة للأفراد وانتهاك الحريات الفردية، إضافة إلى الصعوبات التقنية والوسائل الواجب توفرها لدى الإدارة الضريبية للقيام بالرقابة؛

- إمكانية الوقوع في فخ الازدواج الضريبي نتيجة فرض الضرائب على معاملات التجارة الإلكترونية؛
- الغموض وعدم الاستقرار الذي يطبع الضرائب على التجارة الإلكترونية نتيجة حداثتها، يضاف إلى ذلك عدم تمكن مستخدمي الإدارة الضريبية من التعامل بكفاءة مع تكنولوجيا الإعلام والاتصال؛
- الضعف والقصور الحاصل في التشريعات الضريبية للدول المتخلفة في مجال الضرائب على التجارة الإلكترونية.

3- **تشجيع النمو الاقتصادي** :فلهذه التجارة آثار اقتصادية مهمة على الدول لاسيما في مجال تحقيق النمو والحد من الركود والتضخم وزيادة الانتاجية والحد من البطالة.[20]

ثانيا: الآراء المؤيدة لفرض الضرائب على التجارة الإلكترونية

وفقا لهذا الاتجاه فإن فرض الضرائب على إيرادات التجارة الإلكترونية يتحقق بأسلوبين، فرض الضرائب القائمة والمطبقة في النظم الضريبية باعتماد التنسيق الدولي وخاصة بالنسبة للمعايير الضريبية المعتمدة، ومحاولة تحقيق ذلك بالنسبة للإيرادات الناجمة عن تداول السلع والخدمات التي تتم عبر الشبكة العالمية والتي يحتاج نقلها وتجهيزها إلى وسائل مادية، فهذه لا تعتبر إشكالية في فرض الضرائب عليها، إلى جانب أن وجود منطقة اقتصادية أو سوق مفتوح دون أن تنظمه قواعد أو تشريعات ضريبية ستؤدي إلى حدوث حالات من الاستغلال وتحقيق أرباح طائلة مما يعني ازدياد حالات التهرب الضريبي مع التزايد الواضح لمستوى وحجم الإيرادات المتحققة لأصحاب المهن الحرة وغير المنظمة في السجلات الضريبية من معاملات التجارة الإلكترونية، مما يستدعي إصدار التشريعات الضريبية لتنظيم عمل هذه التجارة.

من جهة أخرى فإن من دعا إلى فرض الضرائب على إيرادات التجارة الإلكترونية، برر ذلك بأن اتساع نطاق التجارة الإلكترونية يمكن أن يؤدي إلى تحقيق ما يطلق عليه بنظام ضريبي دولي، يتضمن منظومة متكاملة من التشريعات والقواعد والمعايير المنظمة لآليات التحاسب الضريبي على المستوى الدولي خاصة وأن الأمر تجاوز مفهوم السيادة التقليدية ليصل الى ضرورة اعتماد آليات

التنسيق العالمي مع التأكيد أنه لا يمكن لسلطة عالمية أن تتولى التحصيل الضريبي إذ لا يمكن إلغاء سلطة الدولة في ذلك إذ أن وظيفة الدولة متفقة تاريخيا والوظيفة الضريبية.

ومن أبرز حجج مؤيدي الضرائب على التجارة الإلكترونية، ما يلي:

- أن التجارة الإلكترونية سيستمر نموها ويتصاعد مما يعني استمرار التحدي للأنظمة الضريبية في التعامل مع الإيرادات الناجمة؛

- سيؤدي ذلك إلى دفع الدول إلى تشريع القوانين الضريبية على السلع والخدمات الرقمية وغير الرقمية مما يستدعي الوصول إلى آلية تنسيق عالمية تتجاوز الصعوبات الناشئة، وفرض ضرائب فعالة على إيرادات التجارة الإلكترونية؛
- أن مبدأ العدالة الاجتماعية يفرض احتساب الضرائب على إيرادات التجارة الإلكترونية وعدم فرضها يعني القيام بعملية انتقائية من خلال فرض الضرائب على الدخل التجاري التقليدي وعدم فرضها على السلع والخدمات المتداولة عبر التجارة الإلكترونية، مما يعني المخالفة الواضحة لمبدأ المساواة في الخضوع للقانون أو التحاسب الضريبي؛[21]
- يمكن استخدام الضرائب على التجارة الإلكترونية في معالجة المشكلات المترتبة عن هذه التجارة، كإلغائها لبعض الوظائف والمهن...الخ؛
- تعويض نقص الحصيلة الضريبة بفعل تآكل الوعاء الضريبي التقليدي نتيجة زيادة المبيعات والتسليمات عبر الخط؛[22]
- أن إعفاء معاملات التجارة الإلكترونية من الضريبة مع إخضاع معاملات التجارة التقليدية للضريبة سوف يؤدي إلى

الإخلال بمبدأ العدالة وهو أحد المبادئ الأساسية لفرض الضرائب أو الإعفاء منها أو تعديلها؛

- أن الصعوبات التي تواجه فرض الضرائب على معاملات التجارة الإلكترونية سواء عند الحصر أو الفحص الضريبي لا يجب أن تقف حائلا أمام إخضاع التجارة الإلكترونية للضريبة، ويمكن في هذا المجال مراعاة خصوصية التجارة الإلكترونية وذلك بوضع شروط وأسس خاصة متعلقة بالنماذج والمستندات والإقرارات المرتبطة بخضوع المعاملات التي تتسم بوسائل إلكترونية للضريبة؛
- أن فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية مبكرا سيتيح للإدارة الضريبية اكتساب الخبرة من الواقع العملي وعرض المشكلات والصعوبات أمام تحصيل الضريبة على معاملات التجارة الإلكترونية أولا بأول أمام المسؤولين لدراستها واتخاذ ما يلزم بشأنها[23].

الفرع الثاني: المعالجة الضريبية للمعاملات الالكترونية

ظهرت العديد من الآراء و المقترحات الخاصة بالكيفية التي تتم بها المعاملة الضريبية لتعاملات التجارة الإلكترونية، نحاول الوقوف على البعض منها فيما يلي:

1- **الضريبة على حركة رؤوس الأموال والاستهلاك** :تمثلت أهم المقترحات في هذا المجال في الآتي:

أ- **ضريبة توبين** :اقترحها جيمس توبين على حركة رؤوس الأموال من أجل الحد من مضاربات النقود وإعادة توجيهها نحو الاستثمار طويل المدى، وقد لاقت هذه الضريبة اهتماما من قبل صندوق النقد الدولي وكانت

موضوعا لعديد من دراسات قام بها خبراؤه انتهت إلى تراجعه عن معارضتها والاعتراف ببعض مزاياها، وهذا ما أدى بالعديد من الوكالات التابعة للأمم المتحدة إلى تبنيها والدعوة إلى تطبيقها.[24]

ب- **فرض ضريبة على الاستهلا:** يهدف هذا المقترح إلى التحول من فرض الضريبة على الدخل إلى فرض ضريبة على الاستهلاك و الملكية، حيث أن كل منها منخفض المرونة وصعب إخفاؤه وتساعد هذه الضريبة في جمع الضرائب من المتهربين من دفعها، حتى أولئك الذين يحققون دخولا مرتفعة من التعاملات غير الملموسة عبر شبكة الانترنت حيث يقومون بإنفاقها بأي حال.

وترى منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية أن فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية ينبغي أن يستند إلى مبادئ الشفافية والتيقن والفعالية والكفاءة وعدم التمييز، وهناك توافق دولي في الآراء على أن قواعد فرض ضرائب الاستهلاك على التجارة عبر الحدود ينبغي أن تطبق في الولاية التي يتم فيها الاستهلاك ، وهناك آليات قائمة ومعروفة لسلطات الضرائب من أجل مراقبة وجباية ضرائب الاستهلاك المتعلقة لمنتجات المادية حتى عندما تباع هذه المنتجات في الصفقات عبر الحدود.

وهناك فكرة أخرى مطروحة للنقاش، وهي إمكانية فرض ضريبة على المستهلك من خلال الشركات التي تقدم خدمة الأنترنت، بمعنى أن تقوم هذه الشركات بمحاسبة عملائها على التعاملات التي يجرونها عبر الأنترنت، أي تفرض ضريبة مبيعات على المعاملات المختلفة ثم تقوم بتحويل هذه الضريبة إلى الحكومة، أي أنها وسيط بين كل من الحكومة والمستهلكين، وتثير هذه الفكرة العديد من المواضيع المتعلقة بطرق تتبع المعاملات الإلكترونية للعملاء، ومدى تضارب ذلك مع قوانيين السرية والأمن، كذلك فإنه من المتوقع أن يؤدي ذلك إلى زيادة الأعباء الملقاة على كاهل المستهلكين، فبالإضافة إلى ثمن السلعة والخدمة سوف يقوم المستهلكون بدفع ضريبة للشركات ، وعليه فقد يؤدي ذلك إلى عرقلة نمو التجارة الإلكترونية، خاصة إذا قامت هذه الشركات بفرض أعباء ضريبية مرتفعة[25].

2- **الضريبة على الانتقال الإلكتروني للبيانات وهجرة الأدمغة :**من الضرائب المقترح تطبيقها في هذا المجال:

أ- **تطبيق ضريبة البيت** (Bit- tax)**:** ضريبة البيت هي أحد الحلول المقترحة لتنظيم المعاملات التي تنطوي على انتقال إلكتروني للبيات ويتم تحصيلها على أساس كمية البيتس الرقمية التي يمكن استخدامها أو نقلها، ويتطلب ذلك وجود معدات ذات مواصفات خاصة في الأجهزة المختلفة التي تقوم بنقل المعلومات (الكمبيوتر الفاكس ، وغيرها) خاصة بقياس البيانات على أساس البيتس.

وقد نبعت هذه الفكرة من الأهمية القصوى التي تحتلها المعلومات والبيانات في عالم اليوم، حيث تعد دعامة البيئة الجديدة ، فانتقال وتبادل المعلومات هو النشاط الرئيسي لهذه البيئة، وعلى الرغم من ذلك فإن

المكاسب المتولدة عن هذا النشاط غير منظور حيث أنه لا توجد رقابة كافية أو رصد لهذا النشاط، وبالتالي فهي مصدر ثروة لا تنتفع به الدول المختلفة.

ويمكن اعتبار ضريبة البيت من بين أفضل الحلول المقترحة لفرض ضريبة على انتقال السلع والخدمات الإلكترونية عبر الأنترنت، حيث أن هذه السلع يتم تحويلها إلى كمية من البيتس وتتم عملية انتقالها عبر الانترنت وبالتالي فإن Bit- taxسوف تتمكن من حصر العدد الفعلي من البيتس الذي تم نقله وتقوم بفرض ضريبة عليه.

وقد وجهت لهذه الفكرة العديد من الانتقادات، حيث أن فرض هذه الضريبة ستنطوي عليه العديد من المشاكل، حيث أن تحديد قيمة الضريبة المفروضة وفقا لكمية البيتس المنتقلة قد ينطوي على نوع من الخداع، فقد تكون السلعة أو الخدمة المنقولة من عدد صغير من البيتس وبالتالي يتم فرض قيمة ضريبية قليلة ، وفي الوقت نفسه قد تكون قيمة بيع هذه السلعة أو الخدمة مرتفعة، وقد يكون الأمر مختلفا، عندما تتكون السلعة أو الخدمة من عدد كبير من البيتس وبالتالي تخضع لالتزامات ضريبية أكبر

وفي الوقت نفسه تكون قيمة بيع هذه السلعة منخفضة ، وبالتالي فإن ذلك يتطلب محاولة لتطوير المقترح حتى يمكنه التغلب على هذه العقبة التي قد تؤدي اقتصار عملية الانتقال على نوع معين من السلع والخدمات وهو الذي لا يحتوي على عدد كبير من البيتس ولكن قيمة بيعه غاية في الارتفاع.[26]

رغم اعتبار الكثير من المهتمين هذه الضريبة على أنها من أفضل الحلول المقترحة في هذا المجال إلا أنها لم تسلم من الانتقاد كونها تنطوي على العديد من العيوب منها:

-**خضوع المستهلك لازدواج ضريبي**: إذ يقوم بدفع الضريبة على القيمة المضافة عند اقتنائه الأجهزة الإلكترونية المختلفة التي يستخدمها في عملية تبادل ونقل المعلومات، بالإضافة إلى ضريبة البايت عند استخدامه لهذه الأجهزة في تبادل المعلومات، و هذا يتسبب في فقدان الانترنت وأجهزة نقل البيانات الأخرى لميزة انخفاض الكلفة؛

-**تراجع نمو الانترنت**: وما يتبع ذلك من انخفاض في الأنشطة والأعمال المتوقع انبثاقها عن هذه الصناعة الجديدة التي تستوعب العديد من فرص العمل؛

-**الاعتداء على خصوصية الفرد**: إن تتبع تدفق البيانات ورصدها بهدف فرض الضريبة عليها يعد نوعا من أنواع الاعتداء على الخصوصية؛

-**ارتفاع الكلفة** :ينطوي هذا النظام الجديد على العديد من التكاليف والتعقيدات التي قد تؤدي إلى ظهور العديد من المشاكل التي تزيد نفقات إصلاحها عن الايرادات المتوقع تولدها عن هذا النظام.

ب -**الضرائب على الأدمغة:** يتم تحصيلها من الدول المهاجر إليها لصالح الدول مصدر الهجرة، وتعمل هذه الضريبة على التقليل من هجرة الأدمغة ودعم التعليم والتكوين العالي في الدول النامية.

وقد قدم هذا الاقتراح لأول مرة من قبل برنامج الأمم المتحدة للإنماء عام 2001 بعد قيام بعض الدول بتسطير برامج للهجرة، تستهدف استقطاب الكفاءات في مجال الاعلام الآلي وتكنولوجيا المعلومات.[27]

خاتمة:

لقد أظهرت دراستنا بأن نطاق تطبيق الضرائب على معاملات التجارة الالكترونية يتسم بالغموض وعدم الاستقرار وذلك لطبيعة التجارة الإلكترونية غير الملموسة، وبالتالي لا توجد قواعد ضريبية حالية واضحة ومضبوطة، وهذا ما وضع النظام الضريبي أمام تحديات كبيرة وعراقيل تحد من عملية الاخضاع الضريبي ،كما أن ما لوحظ أن المشرع الجزائري بالرغم من تحديده لماهية معاملات التجارة الالكترونية لا يزال غير واضح في عملية الاخضاع الضريبي.

النتائج:

من النتائج المتوصل إليها أنه:

- لا يزال هناك تحديات ومعيقات كبيرة لإخضاع المعاملات الالكترونية للضرائب.
- هناك تعارض بين مؤيدي الاخضاع الضريبي والداعين للإعفاء الضريبي لهذه المعاملات.
- المشرع الجزائري قام بتقنين معاملات التجارة الالكترونية والعقود الالكترونية إلا أن موقفه غير واضح في الاخضاع الضريبي لهذه المعاملات.

التوصيات:

- يجب أن تكون الضرائب على التجارة الالكترونية تستجيب لهذه الأخيرة ولا تعرقل تطورها.
- يجب أن يكون النظام الضريبي ملائما ومواكبا للتطورات العلمية والتكنولوجية.
- يجب استحداث ضرائب ورسوم جديدة تختلف عن الضرائب والرسوم التقليدية لإخضاع معاملات التجارة الالكترونية.
- تكوين أعوان الادارة الضريبية وفقا لتكنولوجيا المعلومات والاتصال.

الهوامش:

[1] حيدر مجيد عبود الفتلاوي، معوقات فرض الضرائب الجمركية على نشاط التجارة الالكترونية، الغري للعلوم الاقتصادية والادارية، السنة التاسعة، العدد التاسع والعشرون، ص13.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 2011، ص43-44.

[3] انضر المادة 06 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018 والمتعلق بالتجارة الالكترونية، الجريدة الرسمية (العدد28)، سنة 2018.

[4] بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة، 2014-2015، ص20-21.

[5] رأفت رضوان ومن معه، الضرائب في عالم الأعمال الالكترونية، مجلة التنمية الاقتصادية، المجلد (02)، العدد (02)، المعهد العربي للتخطيط، الكويت، جوان 2002، ص03.

[6] دادن عبد الوهاب، الجباية الافتراضية والتجارة الالكترونية، النقاشات، المشاكل والحلول، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، (العدد 03) 2004، ص155.

[7] الحواس زواق، ولهي بوعلام، الضرائب على التجارة الالكترونية –المشكلات وآليات الاخضاع-، الملتقى العلمي الدولي حول: التحول الرقمي للمؤسسات والنماذج التنبؤية على المعطيات الكبيرة، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 12-13 نوفمبر 2017، ص02-03.

[8] قبس حسن عواد، مشكلات فرض وتحصيل الضرائب في عقود التجارة الالكترونية، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد (12)، العدد (43)، السنة (2010)، ص210-211.

[9] خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص72-73.

[10] عجالي بخالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جوان 2014، ص19.

[11] انضر المادة 06 من القانون رقم 18-05، المذكور سالفا.

[12] خالد ممدوح ابراهيم، مرجع سابق، ص74-75.

[13] عجالي بخالد، مرجع سابق، ص51.

[14] عجالي بخالد، مرجع نفسة، ص58.

[15] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص476.

[16] رأفت رضوان، مرجع سابق، ص05-06.

[17] دادن عبد الوهاب، مرجع سابق، ص164.

[18] زواق الحواس، ولهي بوعلام، مرجع سابق، ص4-10.

[19] قبس حسن عواد، مرجع سابق، ص218-219.

[20] زواق الحواس، ولهي بوعلام، مرجع سابق، ص04.

[21] قبس حسن عواد، مرجع سابق، ص219-220.

[22] زواق الحواس، ولهي بوعلام، مرجع سابق، ص04.

[23] دادن عبد الوهاب، مرجع سابق، ص159.

[24] زواق الحواس، ولهي بوعلام، مرجع سابق، ص10-11.

[25] عزوز علي، مرجع سابق، ص78-79.

[26] عزوز علي، مرجع نفسه، ص79-80.

[27] زواق الحواس، ولهي بوعلام، مرجع سابق، ص11-12.

التحكيم الالكتروني كآلية لفض نزاعات التجارة الالكترونية

ط. د. الوليد قحيوش، جامعة محمد بوضياف المسيلة

د. بباح إبراهيم، جامعة الجزائر1

ملخص:

إن التقدم العلمي في المجال الإلكتروني وما تبعه من تطور معلوماتي واتجاه التجارة الدولية إلى التجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة في إبرام العقود وتنفيذها أثر في الكثير من جوانب المعاملات بين الأفراد ومنها التأثير البالغ على المراكز القانونية وأسس المسؤولية المدنية والجنائية، ونشأ نتيجة لذلك ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية، ونتج عن ذلك أن ثارت الكثير من التساؤلات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية مثل صفتها وتكييفها والقانون الواجب التطبيق وما إلى ذلك من تساؤلات وأعقب ذلك العديد من النزاعات المتعلقة بتلك المعاملات الإلكترونية ثار بعدها التساؤل عن كيفية حلها وأفضل الطرق وأكثرها ملائمة لحلها مما أوجد ما يعرف بالتحكيم الإلكتروني أو التحكيم الرقمي كما يحب أن يطلق عليه بعض فقهاء القانون.

الكلمات المفتاحية: التجارة الالكترونية، التحكيم الالكتروني، منازعات الكترونية

Abstract:

Scientific progress in the field of mail, and subsequent computer development, and the direction of international trade for international e-commerce, which is based on the speed of contracting and their implementation, the impact on Many aspects of transactions between individuals, including the effect of law centers, and the foundations of civil and criminal liability, and it has emerged as a result of electronic transactions, and the result that arises many issues related to electronic transactions, such as I have just described, to adapt and applicable law, and thus the issues that followed most Litigation related to these electronic transactions revolted beyond the issue of how to resolve and the best and most practical way to resolve them creating what is called electronic or digital arbitrage.

مقدمة:

إن التطور الهائل و المتسارع في عالم الاتصالات الذي شهده العالم وبشكل قل نظيره جعل وسائل الاتصال السريعة في مقدمتها الانترنت وسائل لا يمكن لأفراد المجتمع الاستغناء عنها في الاتصال ونقل المعلومات، ونتيجة لهذه التطورات التكنولوجية ظهرت التجارة الالكترونية كإحدى دعائم الاقتصاد العالمي، والعمود الفقري للمعاملات الاقتصادية والعلاقات المالية وعقد الصفقات وإبرام العقود الإلكترونية، ومن أهم ما يميز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية أنها تتم في بيئة إلكترونية تستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة دون الحاجة للتواجد في نفس المكان وهو ما سهل على الأفراد التعامل من بلدان وأماكن مختلفة، فالتجارة الإلكترونية لم تظهر فجأة بل كانت وليد المراحل المختلفة التي مرت بها ثورة الاتصالات والمعلومات. ويمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها كافة المعاملات والصفقات التجارية التي تتم باستخدام التقنيات ووسائل الاتصال الحديثة ومع ازدياد المعاملات التجارية المبرمة عبر شبكة الانترنت، زاد معها حجم النزاعات، و لما كان اللجوء إلى القضاء العادي يمثل عبء كبيرا على المتعاقدين و المتعاملين عبر الانترنت، اتجه التفكير نحو تسوية منازعات التجارة الإلكترونية من خلال ذات التقنية المستخدمة في إبرام هذه المعاملات، تعتمد بصفة أساسية على شبكة الاتصال الالكترونية دون حاجة تواجد أطراف المنازعة في مكان واحد، باستخدام الوسائل التكنولوجية لتسوية المنازعات، هذا ما أوجد التحكيم الالكتروني أو التحكيم الرقمي، والذي يعتبر من أهم المواضيع في الوقت الحاضر، لما له من دور فعال في مجال التجارة الالكترونية، في الحسم الفوري لمنازعات التجارة الالكترونية.

ومن هنا نطرح الإشكالية التالية: ما مدى فعالية التحكيم الالكتروني في حل منازعات التجارة الالكترونية ؟

سنحاول معالجة هذه الإشكالية انطلاقا من الخطة التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني

المبحث الثاني: الإطار الإجرائي للتحكيم الالكتروني

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للتحكيم الالكتروني

عرفت وسائل التسوية البديلة لحلّ النزاعات تطورا هاما بفضل ظهور التجارة الإلكترونية، تجسد في ظهور نوع جديد من التحكيم يتم عن طريق شبكة الانترنت يطلق عليه التحكيم الإلكتروني بعد ظهور قصور التحكيم التقليدي وعدم مواكبته لحل هذه النزاعات الجديدة. وباعتباره آلية حديثة لحلّ النزاعات يستوجب تبيان مفهومه(المطب الأول) ، والتحكيم كوسيلة لفض النزاعات تقليديا كان أو الكترونيا، يستند إلى اتفاق بين أطرافه للتعبير عن رضاهم في اللجوء إلى هذه الوسيلة ولتنظيم إجراءات التحكيم(المطلب الثاني)

المطلب الأول: ماهية التحكيم الالكتروني

يرجع أساس ظهور التحكيم التجاري الالكتروني إلى تطور وسائل الاتصالات الحديثة والتي أوجدت بيئة جديدة تتم في إطارها المعاملات القانونية والمتمثلة في شبكة الانترنت، والتي من خلالها يتحدد مفهوم التحكيم الالكتروني (الفرع الأول) ، ثم تمييز التحكيم الالكتروني عن الأنظمة المشابهة له(الفرع الثاني)، وبعدها تحديد مزايا التحكيم الالكتروني وعيوبه (الفرع الثالث)

الفرع الأول: مفهوم التحكيم الالكتروني

يعد مفهوم التحكيم الالكتروني من المفاهيم الحديثة في علم القانون، الذي استحدث نتيجة التطور العلمي الهائل في مجالات تقنية المعلومات، ووسائل الاتصال المتطورة حيث سنتطرق إلى تعريف التحكيم الالكتروني ثم بيان طبيعته القانونية.

1- تعريف التحكيم الالكتروني:

يتضمن مصطلح التحكيم الالكتروني شقين:

الشق الأول: التحكيم، ويقصد بمعناه التقليدي " نظام تسوية المنازعة، يخول بمقتضاه أطراف النزاع مهمة الفصل إلى محكمين يختارونهم بمحض إرادتهم بدلا من الطرف القضائي[1] "، أما الشق الثاني: الكتروني، ويعني الاعتماد على شبكة الانترنيت[2]، وعليه يكتسب التحكيم صفة الالكترونية من الطريقة التي يتم بها، لذا يعرف بأنه: "التحكيم الذي تتم إجراءاته عبر شبكة الانترنيت وفق قواعد خاصة دون الحاجة إلى التقاء أطراف النزاع في مكان معين[3] ".

ويعرفه البعض من الفقه على أنه: "نظام قضائي من نوع خاص، يتفق بموجبه الأطراف إلى إحالة النزاع وبشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد(هيئة التحكيم الالكتروني)لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع وأسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف[4] ".

كما عرفه الدكتور محمود سيد أحمد بأنه: "اتفاق الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية في عقد أو غير عقد، على اللجوء إلى التحكيم الالكتروني في شرط التحكيم الالكتروني أو مشارطة التحكيم الالكترونية باختيار

محكم شخص طبيعي الكتروني (له موقع الكتروني)[5] "، وكما يمكن تعريفه أيضا بأنه: "نظام قضائي الكتروني خاص مؤداه تسوية المنازعات التي تنشأ أو من المحتمل نشوؤها الكترونيا بين المتعاملين في التجارة الالكترونية بموجب

اتفاق بينهم يقضي بذلك [6] ومن ثم يرى البعض أن تعريف التحكيم الالكتروني لا يختلف عن تعريف التحكيم كإجراء خاص بحسم منازعات التجارة الدولية[7]، وإن تميز هذا الإجراء بالآلية التي يتم بها من بدايته إلى نهايته وهي استخدام الانترنيت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة. أي أن الاختلاف يكمن في الوسيلة التي تتم من خلالها إجراءات التحكيم، في عالم افتراض ي فلا وجود للورق والكتابة التقليدية أو الحضور المادي للأشخاص، كما أن الأحكام التي يحصل عليها الأطراف موقعة جاهزة بالطريقة الالكترونية وباستخدام التوقيع الالكتروني.8

2- الطبيعة القانونية للتحكيم الالكتروني:

اختلف الفقه والقضاء حول تحديد الطبيعة القانونية للتحكيم بصفة عامة(تقليدي، الكتروني) وذلك حسب وجهة نظر كل فريق منهم.

- الطبيعة التعاقدية للتحكيم: استند هذا الاتجاه إلى أنه طالما أن نظام التحكيم يقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، فإن له طابعا تعاقديا فالأطراف باتفاقهم على التحكيم يتخلون على بعض الضمانات القانونية والإجرائية التي يحققها النظام القضائي وذلك بهدف تحقيق مبادئ العدالة والعادات التجارية وإتباع الإجراءات سريعة وأقل رسمية من إجراءات المحاكم.

هذا بالإضافة إلى أن الصفة التعاقدية يحتمها أيضا اعتبار التحكيم من أدوات المعاملات الدولية، ولاشك أن التجارة الدولية أو المعاملات الدولية تتعارض أحيانا مع تشريع وقضاء الدول، وعليه لا يمكن القيام بالمبادلات التجارية الدولية إلا عن طريق تحرير مجموعة من العقود التي لا تحل معظم الإشكالات التي تعترضها إلا عن طريق التحكيم، ولذلك فإن الحكم الذي يصل إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان، ولذلك يكتسب التحكيم عموما الصفة التعاقدية[9].

- الطبيعة القضائية للتحكيم: يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم ذو طبيعة تعاقدية، وذلك على اعتبار أن التحكيم هو قضاء إجباري ملزم للخصوم حتى ولو اتفقوا عليه، فهو(التحكيم)يحل محل قضاء الدولة الإجباري، وأن المحكم لا يعمل بإرادة الخصوم وحدها، مما يجعل الصفة القضائية هي التي تغلب على التحكيم، وأن عمل المحكم هو عمل قضائي شأنه شأن العمل القضائي الصادر من السلطة القضائية في الدولة، بالإضافة إلى أن كل من القاضي والمحكم يحلان النزاع بحكم يحوز حجية الأمر المقضي فيه[10].

- **الطبيعة المختلطة:** يرى أنصار هذا الاتجاه أن التحكيم يتمتع بطابع مزدوج عقدي قضائي، ذلك أنه يبدأ بتعاقد الخصوم وينتهي بحكم قضائي يحوز حجية الشيء المقضي به، فهو يخضع بداية لأحكام القواعد التي يخضع لها العقد، ويخضع نهاية لما يخضع له عمل القاضي من قواعد القضاء كل في مجاله.

- **الطبيعة المستقلة:** ينظر هذا الاتجاه إلى عدم تبني رؤية أي اتجاه من الاتجاهات السابقة، بل إنه يحاول إيجاد نوع من القالب الفكري والإطار التنظيمي الذي يميز التحكيم

عن غيره من وسائل حل المنازعات المشابهة له، ويمنحه نوعا من الاستقلالية والذاتية التي تميزه وتخصه عن النظام الذي يحكم العقد، أو النظام الذي يحكم القضاء أو غيرهما من الأنظمة[11].

وفيما يتعلق بمدى انطباق أي من النظريات الثلاثة على التحكيم الالكتروني فإن النظرية المستقلة والتي تقرر عدم خضوع التحكيم لأي قانون وطني بدءا من اتفاق التحكيم وانتهاء بحكم التحكيم هي أنسب النظريات وأكثرها ملائمة للتحكيم الالكتروني، وذلك وفقا لطبيعة إجراءاته حيث يتم رفع الدعوى وتوجيه الإخطارات بالمحررات اللاحقة على الدعوى عبر البريد الالكتروني، كما أن الاتصالات والأحكام الصادرة تتم بنفس الطريقة، ويسبق هذه الإجراءات عولمة حل المنازعات الخاصة بالتجارة الدولية والتحكيم التجاري الدولي دون الاكتفاء بما تقرره الاتفاقيات الدولية والتشريعات المقارنة النافذة في الوقت الحالي[12].

الفرع الثاني: تمييز التحكيم الالكتروني عن الأنظمة المشابهة له

إن استحداث وسائل جديدة لحل المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية لم يقتصر على التحكيم الالكتروني فقط، بل ظهرت إلى جانبه وسائل الكترونية أخرى أهمها:

1- المفاوضات الالكترونية: تعد المفاوضات من أكثر الطرق البديلة انتشارا وأقلها تعقيدا في ظل حل المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية التي تكمن في الاتصال المباشر للأطراف المتعاقدة من خلال عقد اجتماعات وجاهية دون تدخل طرف ثالث[13].

وفكرة المفاوضات المباشرة بالطرق الالكترونية تعد فكرة من ابتكار مراكز الوساطة والتحكيم الالكترونية وجعلها كوسيلة لفض المنازعات عن بعد، قبل اللجوء لأعمال الوساطة أو التحكيم[14].

ويكمن الاختلاف بين التفاوض التقليدي والتفاوض الالكتروني في تسيير إجراءاته عبر وسائل الكترونية دون الحضور المادي للأطراف المتنازعة ومقارنة بالتحكيم الالكتروني فإن الفارق الأساس ي يكمن في إتمام إجراءات التفاوض الالكتروني دون وجود وسيط يكون له سلطة إصدار الأحكام، خلافا للتحكيم الالكتروني الذي ينتهي بحكم تحكيمي ملزم للطرفين.

2- الوساطة الالكترونية: تعتبر الوساطة الالكترونية آلية لحل المنازعات، بمقتضاها يحاول الأطراف إدارة حل المنازعة التي تنشب بينهم من خلال تدخل شخص ثالث محايد ونزيه لا يتمتع بسلطة قضائية[15]،

بواسطة استخدام وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها شبكة الانترنيت، حيث يقوم أطراف النزاع بالعمل مع الوسيط الذي يقدم النصح والإرشاد مع طرح احتمالات التي قد يتقبلها أطراف النزاع[16] ، والذي يقود الأطراف إلى اتفاق يحل المنازعة، ويقوم هؤلاء على الموافقة للاشتراك في جلسات الوساطة التي تتم عبر الإنترنيت من خلال الموقع الالكتروني للمركز الذي يوفر صفحة مخصصة لأطراف النزاع.

ويظهر الاختلاف بين الوساطة الالكترونية والتحكيم الالكتروني في أن المحكم يتمتع بسلطة قضائية تمنحه القدرة على إصدار أحكام وقرارات ملزمة للطرفين، على خلاف الوسيط الذي لا يتمتع إلا بسلطة التنظيم واقتراح الحلول على الطرفين، كما يظهر الاختلاف في إمكانية الأطراف في الانسحاب في أي مرحلة كانت عليها الوساطة، في حين لا يتمتعان بنفس الإمكانية أمام التحكيم الالكتروني[17] .

3- التوفيق الالكتروني: يعتبر التوفيق الالكتروني طريقا وديا لفض المنازعات أو وسيلة فعالة لحل المنازعات الناتجة عن عقود التجارة الالكترونية حيث يقوم المفاوض بوضع اقتراحات لحل النزاع يظل أمرها معلقا على قبول الأطراف المتنازعة لها ويتم ذلك بإحدى الوسائل الالكترونية دون الحاجة لحضور الأطراف في مجلس واحد[18].

الفرع الثالث: مزايا التحكيم الالكتروني وعيوبه

للتحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة لحلّ النزاعات في المعاملات التجارية الالكترونية مزايا عديدة، تميزه عن اللجوء إلى المحاكم الوطنية والتحكيم التقليدي، لكن مع ذلك لم يخل هذا الأسلوب الجديد من انتقادات نابعة من البيئة الالكترونية التي يتم من خلالها.

1- مزايا التحكيم الالكتروني: يهدف التحكيم الالكتروني إلى تأمين بيئة العمل الالكتروني، من خلال تسوية النزاعات الالكترونية وتقديم الخدمات الاستشارية التي تحول دون حدوث النزاعات، وذلك من خلال المزايا التي يتصف بها والمتمثلة فيما يلي:

- السرعة في الفصل في النزاع الالكتروني: إن السرعة في حسم النزاع هي أهم مزايا التحكيم الالكتروني، عوض اللجوء إلى القضاء الذي يتسم بطول الإجراءات وتعقيدها .فكل مراحل التحكيم تتم عبر شبكة الانترنت ابتداء من إحالة النزاع الكترونيا، والمشاركة في جلسات التحكيم من خلال التواصل الالكتروني، وصدور أحكام التحكيم في أجل قصيرة لسهولة الإجراءات التي تعتمد على التبادل الالكتروني للمستندات الخاصة بالنزاع، بذلك فهي تجنب الأطراف وهيئة التحكيم مشقة الانتقال وتقديم المستندات الورقية[19].

- قلة نفقات وتكاليف التقاضي: يتميز التحكيم الالكتروني بتوفير المال والتكاليف في عملية التقاضي نتيجة استخدام الوسطاء الالكترونية، التي تسمح بعقد جلسات التحكيم على الخط المباشر، بأقل وقت و أقل

جهد ممكن وبكفاءة عادلة، فضلا عن ذلك، يوفر التحكيم الالكتروني نفقات تبادل المستندات والمذكرات ونفقات الاستعانة بالخبرة في النزاع[20]

- الخبرة والكفاءة الواسعة في المحاكم الالكترونية: لا يشترط التحكيم الالكتروني أن يكون المحكم قانونيا، بل يمكن أن يكون مهندسا، طبيبا أو رجل أعمال، يشترط فقط أن تتوفر فيهم الخبرة الواسعة والإلمام بموضوع المنازعة المعروضة للتحكيم، وهذا خلافا لما هو معمول به في القضاء التقليدي، حيث يعتمد نظام التحكيم الالكتروني على محكمين خارجين عبر وسط الاتصالات الالكترونية لتسوية وحلّ المنازعات الالكترونية[21]

- تجاوز مسألة الاختصاص القضائي وتنازع القوانين: تتميز المعاملات التجارية الالكترونية بطابعها الدولي لقيامها عبر شبكة الانترنت والتي تعتبر شبكة مفتوحة عالميا، حيث تنعدم فيها الحدود الجغرافية، لذا يعد اللجوء إلى التحكيم الالكتروني الحل المناسب لتجاوز مشكلة تنازع القانون والقضاء في منازعات التجارة الالكترونية، لتمتع أطراف النزاع بحرية اختيار المحكم الكفء و القانون الذي سيطبق على النزاع أكثر من ذلك، يكون الأطراف في منئ مشكلة عدم مسايرة القانون والقضاء للمنازعة الالكترونية[22].

2- عيوب التحكيم الالكتروني: رغم المزايا التي تتوفر في آلية التحكيم الالكتروني، إلا أنه لا يخلو من بعض المخاطر بسبب العقبات التي تعترض انتشار عملية التحكيم الالكتروني والمتمثلة أساسا في:

- وفرة النظام الالكتروني: إن وفرة وانتشار الحاسب تمثل العقبة الأساسية التي تواجه التحكيم الالكتروني لكلفتها المادية من جهة، وانتشار الفيروسات والرسائل البريدية غير المرغوب فيها من جهة أخرى، مما يخلق نوع من التخوف من الأضرار التي يمكن أن تلحق بالمتنازعين وأجهزتهم[23]

- عدم مواكبة التشريعات الداخلية والدولية للتحكيم الالكتروني: أدى التطور السريع في مجال التجارة الالكترونية، إلى تعذر التحكيم الالكتروني استبقاء الشروط والشكليات التي تتطلبها التشريعات الوطنية والدولية الموضوعة أصلا لفض النزاعات التجارية التقليدية، إضافة إلى جمود القواعد القانونية لكثير من الدول والمتعلقة بإجراءات التقاضي والتحكيم التقليدي بالاعتراف بإجراء التحكيم بالوسائل الالكترونية، وجدير بالملاحظة أن عدم وجود نظام قانوني خاص بالتجارة الالكترونية الدولية، يجعل هذه الأخيرة تخضع لقوانين وطنية مختلفة ومتعارضة في أغلب الحالات، فضلا عن خضوعها إلى التحكيم التقليدي الذي يتضمن أحكام تتناقض تماما مع طبيعة التجارة الالكترونية[24]

- قلة التوثيق: يعدّ التوثيق أهم مشكلة تواجهها التجارة الالكترونية بصفة عامة، ومسألة التحكيم الالكتروني بصفة خاصة، بسبب إمكانية التحايل من خلال شبكة الانترنت ومحاولة المتعاقد إخفاء هويته

الحقيقية، فضلا عن عدم ثقة أطراف المنازعة في نظام التحكيم الالكتروني الذي يتم عبر الانترنت والذي يعرض إسرارهم ومستنداتهم إلى التطفل والإفشاء[25]

-الإخلال بحقوق الدفاع: ويقوم هذا الخطر على سند من أن التحكيم الالكتروني يلغي روح القانون، كما يلغي حقوق الدفاع في كثير من الأحيان بتقليص فرص أحد الأطراف في أن يستفيد من الدفوع الإجرائية والموضوعية التي هي أساس مهنة المحاماة، كما تلغي حقه في الاستفادة من المشاعر الإنسانية التي يطبعها العفو والتسامح والظروف المخففة[26].

المطلب الثاني: اتفاقية التحكيم

اتفاقية التحكيم هي تلك الاتفاقية التي بمقتضاها يتعهد أطراف المنازعة الالكترونية بأن يتم الفصل في النزاع القائم بينهما أو المحتمل نشوءه من خلال التحكيم فقد عرف قانون الأونسيترال النموذجي للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1985اتفاقية التحكيم[27] على انه: «اتفاق بين طرفين على أن يحيلا إلى التحكيم جميع أو بعض ما تشأ أو ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بشأن علاقة قانونية محددة، سواء كانت تعاقدية أو غير تعاقدية»

وهو التعريف الذي أخذت به العديد من التشريعات[28].

أما المشرع الجزائري، فقد عرف اتفاقية التحكيم في المادة 1011 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تنص على ما يلي «اتفاق التحكيم هو الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض النزاع سبق نشوؤه على التحكيم» [29]

وتعتبر اتفاقية التحكيم الإجراء الأول في التحكيم الالكتروني وأساس قيامه، فهي بذلك تتفق مع التحكيم التقليدي ولا تختلف عنه سوى في الطريقة التي تتم بها وهي وسيط الكتروني، دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أثناء عملية التحكيم وهنا نتساءل عن مدى تطبيق القواعد القانونية الخاصة باتفاقية التحكيم التقليدي على اتفاق التحكيم الالكتروني، سواء من حيث شروط صحة اتفاقية التحكيم، أو من حيث مضمون الاتفاقية.

الفرع الأول: الشروط اللازمة لصحة اتفاقية التحكيم الالكتروني

لا تختلف الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم الالكتروني عن الشروط الموضوعية في العقود التقليدية، على خلاف الشروط الشكلية التي تثير العديد من التساؤلات حول مشروعيتها عند انعقادها في الشكل الالكتروني.

1- الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم الالكتروني: تتمثل الشروط الموضوعية لاتفاقية التحكيم الالكتروني في رضا الأطراف المتنازعة في اختيار التحكيم الالكتروني كوسيلة لحلّ النزاع الناشئ بينهما أو الذي قد

ينشأ، وتجدر الملاحظة أنه في حالة ما إذا كان الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم قبل وقوع النزاع، ففي هذه الحالة يطلق عليه «شرط التحكيم »وهنا يعتبر هذا الشرط بمثابة بند في العقد، أما إذا كان الاتفاق لاحق على نشوء النزاع، ففي هذه الحالة يكون الاتفاق مستقل عن العقد الرئيسي ويطلق عليه حين إذ «مشارطة التحكيم .»

– شرط الرضا: يشترط تلقى إرادة طرفي المعاملة الالكترونية على اختيار وسيلة التحكيم لحلّ النزاع الناشئ بينهما، ويجب أن يكون رضا الطرفين خال من العيوب كالغلط، الإكراه أو التدليس وأن يكون الرضا صادر عن شخص يتمتع بأهلية التصرف.[30]

- شرط قابلية النزاع للتسوية عن طريق التحكيم: إلى جانب الرضا كأساس يقوم عليه التحكيم الالكتروني، يجب أن يكون النزاع قابلا للحلّ أو التسوية بطريق التحكيم، حيث تستبعد بعض التشريعات الوطنية اللجوء إلى التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام، أو حالة الأشخاص وأهليتهم[31]

2– الشروط الشكلية لاتفاقية التحكيم: تشترط معظم التشريعات الوطنية أن تكون اتفاقية التحكيم مكتوبة الأمر الذي يدعو إلى التساؤل حول مشروعية اتفاق التحكيم الذي يتم بشكل الكتروني؟ فهل الكتابة المطلوبة في التحكيم هي شكلية للإثبات أم شكلية للانعقاد؟

تنص المادة 1040/ 2 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري على ما يلي: «يجب من حيث الشكل /وتحت طائلة البطلان، أن تبرم اتفاقية التحكم كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة» استنادا لهذا النص، يجوز استعمال أية وسيلة اتصال لإتمام اتفاقية التحكيم، المهم أن تتبع هذه الوسيلة الإثبات بالكتابة .وعليه، فإن الشكلية المطلوبة في الاتفاقية هي شكلية للإثبات وليس للانعقاد[32].

فضلا عن ذلك، يجوز أن تكون اتفاقية التحكيم الكترونيا، طالما أن المشرع الجزائري قد سوى بين الإثبات بالكتابة الورقية والكتابة الالكترونية، فيشترط في الكتابة الالكترونية لاتفاقية التحكيم أن تكون مستبية، واضحة وظاهرة، بحيث يمكن فهم معناها دون لبس، وأن تسمح هذه الكتابة بالتعرف على هوية الشخص المصدر وأن يتم إعدادها وحفظها في ظروف تضمن سلامتها، كما يجب أن تكون كتابة الاتفاقية على دعامة يسمح بثباتها وبقاءها مدّة من الزمن، مما يسمح بالرجوع إليها واسترجاعها لاستخدامها في الإثبات أو غيره ويشترط في الكتابة أن تكون غير قابلة للتعديل أو تغيير بيانات المحرر، وهذا باستعمال تقنيات تحفظ عدم التعديل، كإمكانية تحويل ملف الكتابة إلى صورة وبالتالي يستحيل تعديلها .فضلا عن ذلك، تسمح وسيلة التشفير بمنع أي تلاعب في الكتابة المحفوظة، بالإضافة إلى عملية التوثيق، يشترط في كتابة الاتفاقية أن تكون موقعة من طرف الأطراف، ويقبل التوقيع الالكتروني بعد اعتراف المشرع الجزائري بالتوقيع الالكتروني[33] حيث يسمح التوقيع من التعرف على هوية الموّقع، كما يعتبر بمثابة تعبير عن إرادة الموقع في المصادقة على محتوى الوثيقة، وضمانه لسلامة محتوى الوثيقة من كل تغيير أو تعديل إلى جانب ذلك، يجب أن تتضمن اتفاقية

التحكيم أسماء أطراف النزاع، نص اتفاقية التحكيم من حيث الإيجاب والقبول والشروط الواردة فيه.كما يجب تخزين كل المعلومات الواردة في الاتفاقية الكترونيا، بطريقة تسمح بحق الدخول إليها ومراجعتها إذا اقتضى الأمر، فضلا عن استخدامها لإثبات صحة اتفاق التحكيم.

الفرع الثاني: مضمون اتفاقية التحكيم

تتمتع اتفاقية التحكيم الالكتروني المبرمة عبر شبكة الانترنت بذات القيمة القانونية للاتفاقية المبرمة على الدعامة الورقية، فمتى استوفت شروطها القانونية الموضوعية والشكلية، فإنها سترتب أثار قانونية هامة، تتمثل في تحديد القانون الواجب التطبيق على التحكيم وتعيين المحكمين.

1- تحديد القانون الواجب التطبيق في التحكيم الالكتروني: تكمن أهمية تحديد القانون الواجب التطبيق في الشرعية التي يمنحها التحكيم بذاته، باعتبار أن هذا الأخير لا يكون صحيحا في نظر القاضي المنفذ للحكم التحكيمي، إلا إذا كان صحيحا في نظر القانون المنظم لموضوع النزاع أو الذي اختاره أطراف النزاع[34] من المتفق عليه في مختلف التشريعات الوطنية والدولية المنظمة للتحكيم، إن اختيار القانون الواجب التطبيق على التحكيم الالكتروني يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، بمعنى حرّية أطراف النزاع في تحديده، شرط ألا يكون هناك مساسا بالنظام العام، غير أنه في حالة ما إذا أغفل أطراف الاتفاقية تحديد القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يعود للقضاء الوطني أو لهيئة التحكيم تحديد ذلك استنادا إلى قواعد التحكيم التقليدي، مع أن تطبيق أحكام التحكيم التقليدي التي تتميز بطابعها الجغرافي وارتكازها على اقليم معين سيكون دون جدوى، كونها لا تتلاءم وخصوصية المنازعة التجارية الالكترونية.

لقد استقرت معظم أحكام التحكيم الصادرة بخصوص مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على اختيار أحد الأمرين:

- تطبيق قانون مكان التحكيم[35].

- منح الهيئة التحكمية سلطة تحديد القانون الذي يحكم إجراءات التحكيم[36]، أما في حالة إغفال أطراف المنازعة تحديد القانون الواجب التطبيق، في هذه الحالة، عادة ما يطبق المحكم قانونا وطنيا معينا، رغم انعدام الصلة بينه وبين النزاع المعروض عليه، كما يمكن تطبيق قواعد و مبادئ العدالة والإنصاف.[37]

- تحديد الهيئة التحكيمية والمحكمين: تتوقف عملية تحديد هيئة التحكيم والمحكمين على إرادة أطراف النزاع من جهة، وعلى قبول المحكمين من جهة أخرى، ذلك أن المحكم هو حرّ في قبول أو رفض المهمة، فضلا عن حرية الأطراف في اختيار المحكم ضمن التحكيم الحرّ أو التحكيم المؤسساتي لقد جرى العمل على أن يعين كل طرف في المنازعة محكما، على أن يقوم المحكمان اختيار محكم ثالث أو المحكم الفاصل، إذا تم تعيين المحكمين من طرف الأطراف فإنه يجوز أن يتم ذلك الكترونيا على خلاف الوساطة.[38]

لا يخضع الأطراف عند تعيينهم للمحكمين لشروط معينة وليسوا مقيدين بقائمة معينة، غير أنه يشترط في المحكمين ما يلي:

_أن يكون عددهم فردي

_التمتع بالحقوق المدنية

_يشترط في المحكم الحياد والاستقلالية في الخط

_يشترط في المحكم الخبرة والكفاءة وما عدا ذالك، يتمتع الأطراف بكامل الحرية في اختيار المحكمين والوسيلة التي يتم بها اختيارهم .أما في حالة وجود صعوبة في تعيين المحكمين، فيتولى القضاء هذه المهمة، لكن في هذه الحالة يتم استبعاد الطريقة الالكترونية في التعيين، على أساس أن القضاء لا يعمل بها إلى غاية هذا اليوم[39]

المبحث الثاني: الإطار الإجرائي للتحكيم الالكتروني

تمر عملية التحكيم الالكتروني بمجموعة من الإجراءات الضرورية لتحريك وسير الدعوى التحكيمية (المطلب الأول) لتنتهي بصدور الحكم التحكيمي وتنفيذه(المطلب الثاني.)

المطلب الأول: دعوى التحكيم الالكتروني

تلعب القواعد الإجرائية الخاصة بتنظيم عملية التحكيم دورا جوهريا لنجاح العملية، فهي سلسلة من الإجراءات تبدأ بعرض النزاع للتحكيم(الفرع الأول)، وسير الدعوى التحكيمية إلى مرحلة صدور الحكم التحكيمي(الفرع الثاني.)

الفرع الأول: عرض النزاع على التحكيم الالكتروني

يتم عرض النزاع على التحكيم الالكتروني بتقديم طلب التحكيم والإخطار بطلب التحكيم وتحديد مهمة الهيئة التحكيمية.

1 - طلب التحكيم: تبدأ إجراءات التحكيم الالكتروني بتقديم«طلب التحكيم» وهو عبارة عن خطاب الكتروني صادر من شخص المحتكم، عن طريق البريد الالكتروني للطرف الثاني وهو المحتكم ضده أو لمؤسسة التحكيم الالكتروني المتفق عليها ويتم توجيه الطلب من خلال ملء نموذج التحكيم المعد على الموقع الالكتروني التابع لمؤسسة التحكيم بعد النقر على المفتاح[40]، يجب أن يتضمن طلب التحكيم على ما يلي:

-أسماء وألقاب وعناوين المحتكمين(الأطراف)بالكامل.

-عرض موجز لطبيعة وظروف النزاع المعروض للتحكيم.

-بيان موضوع الطلب والمبالغ المطالب بها.

-الاتفاقات المعقودة بين الطرفين وبالأخص اتفاق التحكيم.

-تحديد عدد الأعضاء المحكمين، وعند إغفال ذلك سيعتبر أنه اختار محكما واحدًا.

-تحديد مكان التحكيم، القواعد القانونية الواجب تطبيقها ولغة التحكيم .وعند إغفال ذلك، سيعد راضيا بالإجراءات التي اعتمدها المحكم[41]، بالإضافة إلى ذلك، يشترط في مقدم الطلب تقديم عدد من النسخ مساوي لعدد الأطراف وعدد المحكمين ودفع المصاريف الإدارية مسبقا

2- **الاخطار بطلب التحكيم**: تتولى أمانة مؤسسة التحكيم إرسال نسخة من طلب التحكيم والمستندات المرفقة به إلى المحتكم ضده عن طريق الأخطار.يتم الإخطار بطلب التحكيم عن طريق الانترنت أو أية وسيلة اتصال أخرى، تسمح بتقديم دليل على إرساله وعلى المحتكم ضده الرّد في غضون 71 يوما من تاريخ إخطاره بالطلب، ويجوز له إرفاق ردّه بأي طلبات يريد تقديمها للمحكمة، [42]يتضمن رّد المحتكم ضده على عدّة بيانات، أهمها اسم المحتكم ضده بالكامل، بريده الالكتروني، ملاحظات حول طبيعة وظروف النزاع، موقفه من العرض من طلب التحكيم وأدلة الإثبات التي يستند إليها، ويجب وضع جميع المستندات والمعلومات والتقارير والملاحق والبيانات التي يقدمها الطرفين على موقع الدعوى على شبكة الانترنت[43]

3 - **تحديد مهمة المحكمة في طلب التحكيم:** يخضع تحديد اختصاص القاضي في التحكيم الالكتروني لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يمنح للمحكم سلطات واختصاصات استثنائية واستبعاد اختصاص المحاكم القضائية، تقوم هيئة التحكيم بتحديد المهمة الموكلة إليها على ضوء إدعاء وطلبات أطراف التحكيم والمستندات المقدمة منهم والذي يطلق عليه (وثيقة مهمة للتحكيم) توقع وثيقة مهمة المحكم من الاطرف ومن محكمة التحكيم، وترسل إلى أمانة مؤسسة التحكيم في ظرف شهرين من تاريخ تسلمها لملف المنازعة.

تكمن أهمية تحديد مهمة هيئة التحكيم في جعلها أحد الأسباب لبطلان حكم التحكيم، في حالة ما إذا تبين أن المحكمة التحكيمية قد فصلت بما يخالف المهمة المسندة إليها في وثيقة مهمة التحكيم [44]

الفرع الثاني: سير الدعوى التحكيمية وتنظيمها

تماثل عملية التحكيم الالكتروني بعملية التحكيم التقليدي في هيكلها العام، والذي يتمثل في العديد من المراحل التي تمرّ بها خصومة التحكيم الالكتروني، أهمها كيفية عقد جلسات التحكيم، وطريقة تقديم وتبادل المستندات

1 - **عقد جلسات التحكيم الكترونيا:** تعقد جلسات التحكيم الالكتروني بحسب الاتفاق المبرم بين الأطراف الذي يحدد شكل الجلسة فبإمكان عقد جلسات التحكيم الكترونيا، بالنظر الى الوسائل الفنية المتاحة في مجال الانترنت والتي تسمح بتبادل الصور والصوت والنصوص الكترونيا بسرعة، وبشكل متزامن بين الأطراف، لذا فإن البريد الالكتروني يسمح بنقل النصوص والمستندات المكتوبة والمرئية.[45]

تعقد جلسات التحكيم بين الأطراف في أي مكان بالعالم، ويكون هذا الالتقاء بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان .وعليه، فإن مراكز التحكيم تأخذ صراحة بإمكانية عقد الجلسات وسماع الخصوم والشهود والمحامين والخبراء، بشكل يقارب جلسات التحكيم التقليدي وذلك عبر الوسائل الالكترونية.

أما عن كيفية انعقاد جلسات التحكيم الالكتروني، فيمكن أن تتم عن طريق تقنية المحاضرة المرئية وهذه التقنية تماثل الجلسة التي يكون فيها الطرفان حاضران شخصيا

إن إجراءات وجلسات التحكيم الالكتروني عبر الانترنت تتم وفق المبادئ الأساسية المكونة في التحكيم التقليدي، منها مبدأ احترام حقوق الدفاع، مبدأ المساواة في معاملة أطراف النزاع، مبدأ المواجهة بين الخصوم، فضلا عن مبدأ الاستمرارية في جلسات التحكيم.[46]

2- تبادل المستندات والحجج إلكترونيا: يتم تبادل المستندات والحجج بين طرفي النزاع بشكل يسمح للمحكم الفصل في النزاع المعروض للتحكيم .على هذا الأساس فإنه يتعين على المحكمة التحكيمية استخدام كل الوسائل التي تسمح بتبادل البلاغات بشكل مناسب بين الأطراف، لذا فهي تشمل المداولات التليفونية والمداولات المرئية والتبادل الفوري والموثق للبلاغات الإلكترونية، بأسلوب يسمح لكل الأطراف استقبال وإرسال هذه البلاغات.

المطلب الثاني: حكم التحكيم الالكتروني

تنتهي الخصومة التحكيمية بإصدار هيئة التحكيم حكما فاصلا للمنازعة القائمة، ويترتب عن صدور الحكم التحكيمي أثار تتمثل في قابليته للتنفيذ فور صدوره(الفرع الأول)ومدى حجية الحكم التحكيمي والطعن فيه(الفرع الثاني.)

الفرع الأول: صدور الحكم التحكيمي وتنفيذه

يمثل الحكم التحكيمي ثمرة اتفاق التحكيم وإجراءات عملية التحكيم، لذا يستلزم في صدوره إتباع مجموعة من الاجراءات تفرضها مبادئ التحكيم و القانون، و يرتب صدور الحكم التحكيمي أثار هامة تتمثل في تنفيذه فور صدوره

1- صدور الحكم: لا يصدر الحكم التحكيمي إلا بعد قفل باب المرافعة وإحالة القضية إلى المداولة، بعد تبادل الرسائل بين المحكمين في حالة تعددهم، أما إذا كانت مؤلفة من محكم واحد فلا حاجة لذلك يصدر حكم التحكيم بأغلبية الآراء ويجب أن يكون مسببا، إلا إذا اتفقا الأطراف على خلاف ذلك، أو كان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التحكيم لا يشترط ذكر أسباب التحكيم يجب أن يشمل حكم التحكيم على أسماء الخصوم، وعناوينهم، وأسماء المحكمين، وجنسياتهم، وصفاتهم، وصورة من اتفاق التحكيم، وملخص لطلبات الخصوم وأقوالهم، ومستنداتهم، ومنطوق الحكم، ومكان وتاريخ إصداره[47]، تقوم مؤسسة التحكيم

بتسليم صورة من الحكم التحكيمي موقعة من المحكم أو المحكمين الذين وافقوا عليه خلال 30 يوم من تاريخ صدوره، ولا يجوز نشر حكم التحكيم الالكتروني أو نشر أجزاء منه إلا بموافقة طرفي التحكيم[48].

يعتبر حكم التحكيم الالكتروني وثيقة رسمية متى تم صدورها عن هيئة التحكيم، لذا تشترط كافة القوانين المنظمة للتحكيم صدور الحكم في الشكل الكتابي .وتشترط القوانين الوطنية إيداع حكم التحكيم الالكتروني الخاص بالمنازعة لدى قلم كتاب المحكمة التي يوجد بها القاضي المختص بتنفيذه، ليتحصل الحكم على صيغة الأمر بالتنفيذ [49]

2- تنفيذ حكم التحكيم: لا يتميز تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني بقواعد مختلفة عن تنفيذ حكم التحكيم التقليدي، لذا تنفذ الأحكام الصادر عن المحاكم التحكيمية طواعية وبتراضي أطراف المنازعة، وفي الحالة العكسية فيحتاج تنفيذ الحكم إلى أمر صادر من القضاء يقر بهذا الحكم ويكون بمثابة الصيغة التنفيذية له، وفي حالة تحديد مكان التحكيم، فإن الحكم الالكتروني ستكون له جنسيته الخاصة، مثل أحكام التحكيم العادية وبالتالي يمكن تقسيم أحكام التحكيم من حيث التنفيذ إلى:

- التنفيذ في بلد صدور حكم التحكيم: أن يخضع لإجراءات تنفيذ إحكام التنفيذ العادية ويعتبر كأي حكم محلي.

- التنفيذ والاعتراف به في البلاد الأجنبية: أن يخضع تنفيذه لاتفاقية نيويورك لعام 1918 التي تسري مقتضياتها على أحكام التحكيم الالكتروني أيضا.

أما عن شروط تنفيذ حكم التحكيم الالكتروني فتتمثل في:

– إيداع حكم التحكيم بقلم كتاب المحكمة المختصة من طرف المعنى بالتعجيل[50].

– إخطار أطراف النزاع بحكم التحكيم، وللإخطار بالحكم أهمية كبيرة لما له دور في تحديد سريان المدة القانونية وتصحيح الأخطاء المادية وفي تفسير الغموض الذي قد يقع فيه أحد الأطراف وكذا في استئناف الحكم.

– انقضاء ميعاد رفع دعوى بطلان حكم التحكيم

– استصدار أمر بتنفيذ حكم التحكيم.

3- حجية الحكم الالكتروني والطعن فيه: تضمنت معظم التشريعات الوطنية النص على الحجية القانونية لأحكام التحكيم الالكتروني، والحجية تنصرف إلى المستقبل وتعمل خارج الخصومة التي صدر فيها الحكم ويترتب عن حجية الأحكام التحكيمية نتائج تتمثل في:

-أن المحكمة التي أصدرت حكم التحكيم لا تملك سلطة تعديل هذا الحكم أو إلغاؤه، وإنما يكون لها فقط تفسيره أو تصحيح الأخطاء المادية الواردة به.

-لا يجوز اثارة النزاع الذي فصل في حكم التحكيم مرة أخرى أمام القضاء العادي وإذا تم ذلك جاز لمن صدر لمصلحته حكم التحكيم الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها[51].

-نسبية حكم التحكيم حيث يقتصر على أطرافه دون أن يمتد إلى الغير.[52]

4- رسوم التحكيم الالكتروني: تختلف رسوم التحكيم الالكتروني حسب طبيعة ونطاق النزاع المعروض على هيئة التحكيم، وتتفاوت الرسوم أيضا من مركز تحكيم الكتروني إلى آخر، حيث أوضحت لائحة مركز تحكيم ووساطة المنظمة العالمية للملكية الفكرية التي يلتزم بها المحتكمون بداية من تقديم طلب التحكيم ونهاية بالحصول على حكم التحكيم الالكتروني، وتتنوع هذه الرسوم بين رسوم التسجيل والرسوم الإدارية، ورسوم المحكمين.[53]

النتائج والتوصيات:

من خلال ماسبق يمكن ابداء مايلي:

-التحكيم الكتروني لا يختلف عن التحكيم بصورته التقليدية أو العادية إلا من حيث توظيف الرسائل التي هيأتها ثورة المعلومات والاتصالات الحديثة في كافة مراحل عملية التحكيم.

-يكون التحكيم الكترونيا إذا كانت كل مراحله قد مرت عبر الوسيلة الالكترونية.

-يهدف التحكيم الالكتروني إلى تأمين بيئة العمل الالكتروني من خلال حل المنازعات الالكترونية القائمة وتقديم الخدمات الاستثمارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات.

-يعتبر التحكيم الالكتروني آلية هامة لحسم المنازعات الناشئة عن التجارة الالكترونية، عن طريق اختيار محكمين يفصلون في تلك المنازعات بواسطة الانترنيت بحكم ملزم.

- تشريع قانون مستقل للتحكيم يلبي متطلبات التطور الحاصل في المعاملات الالكترونية.

-ضرورة تبني الاتجاهات الدولية المعاصرة و الأخذ بما يتم التوصل إليه من أحكام تحكيمية تحقق مصلحة الجزائر على الخصوص والعالم عموما.

-ضرورة تكاثف الجهود لأجل إصدار مدونة التحكيم الالكتروني.

-ضرورة الإسراع في إنشاء بنية تحتية للمساهمة بانتشار التجارة الالكترونية.

-ضرورة تبني أنظمة قوية لتشفير المعلومات المرسلة لتأمين البيانات المتداولة عبر شبكة الانترنيت.

-وجوب مواكبة الدول المتقدمة خاصة في مجل التجارة الالكترونية، حتى يتم تكريس الثقافة الالكترونية بما قد يؤدي إلى تكريس ثقافة التحكيم الالكتروني وضمان حرية الأطراف المتنازعة في مجال التجارة الالكترونية.

التهميش:

1- إلياس ناصيف. العقود الدولية التحكيم الإلكتروني. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. الطبعة الأولى. 2012 ص123

2- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص246.

3- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص42 .

4- يسعد حورية، "التحكيم التجاري الدولي طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية"، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية الاقتصادية والسياسية، جامعة الجزائر، العدد1 ،) 2010، ص314 .

5- محمود سيد أحمد، نحو الكترونية التحكيم والتحكيم الالكتروني، ط1 ، دار النهضة العربية، مصر، 2010، ص05 .

6- ايناس الخالدي، التحكيم الالكتروني، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2009، ص32 .

7حسام الدين فتحي عاطف، التحكيم الالكتروني في منازعات التجارة الدولية، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص15 ، 16.

8- مصلح أحمد الطراونة، نور حمد الحجايا، "التحكيم الالكتروني"، مجلة الحقوق، سوريا، المجلد الثاني، العدد الأول، 2003 ص222 .

9- مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 1995 ص7 ، 8.

10- إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص31 .

11- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص51 .

12- حسام الدين فتحي ناصف، تنفيذ أحكام التحكيم الباطلة الصادرة في الخارج، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص20 ، 21.

13- بوديسة كريم، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الدولية، رسالة ماجستير، جامعة مولود معمري، 2012، ص14 .

14- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني" دراسة مقارنة"، دون طبعة، دار النهضة العربية، مصر، 2004، ص22 .

15- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص17 .

16- إلياس ناصف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، - 2009، ص316 .

17- ايناس الخالدي، المرجع السابق، ص221 .

18- زهير عبد الله آل جابر القرني، دور القضاء في التحكيم، رسالة ماجستير، (غير منشورة)، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص96

19- إيناس الخالدي، المرجع السابق، ص37 .

20- بوديسة كريم، المرجع السابق، ص22 .

21- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنيت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دون طبعة، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص536 .

22- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص251 .

23 - هشام بشير، إبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الالكتروني، دون طبعة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2002، ص51 .

24- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الالكتروني، المرجع السابق، ص45 .

25- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الانترنيت، دون طبعة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002، ص 66 - 67.

26- مصلح أحمد الطرا ونة، نور حمد الحجايا، المرجع السابق، ص220 ، 221.

27- هبة ثامر محمود عبد الله، عقود التجارة الالكترونية(دراسة مقارنة)، دون طبعة، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص310 .

28- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص62 - 61 .

29- رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، دون طبعة، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 1999، ص14 .

30- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص26 .

31- الياس ناصف، المرجع السابق، ص36 .

32- سعداوي سليم، عقود التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة، دون طبعة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص19 .

33- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية" دراسة مقارنة"، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص38 .

34- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنيت، أطروحة دكتوراه، (غير منشورة)، جامعة باتنة1 ، / 2011 2012، ص37.

35- محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص40 .

36- إدارة البحوث والدراسات الاقتصادية، التجارة الالكترونية والاتصالات، مجلس الغرف التجارية والصناعية السعودية، بحث مقدم في المؤتمر الثالث لرجال الأعمال السعوديين والمصريين، الإسكندرية، شعبان1421 ، ص1.

37- المرجع نفسه، ص1 و2.

38- رأفت رضوان، المرجع السابق، ص32 .

39- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 30 و31.

40- عيساني عامر، سلالي بوبكر، "دور التجارة الالكترونية في التنمية المستدامة"، مجلة كلية بغداد للعلوم الاقتصادية الجامعة، العدد الخاص بالمؤتمر العلمي المشترك، 2014، ص210 .

41 -المرجع نفسه، ص211 ، 212.

42 -التحكيم بواسطة الانترنيت، له مراكز فعالة وأهمية كبرى في فض النزاعات وعلى رجال القانون عب ثقيل هذا التطور المذهل.

43- علي ملحم، فؤاد ديب، "دراسة تحليلية في التحكيم الالكتروني"، مجلة جامعة البحث، العدد16 ، المجلد) 38 ،) 2016، ص138.

44- تعرف أسماء الدومين بأنها العناوين الفردية المتميزة المستخدمة لتعين المواقع على الانترنيت، أو هي عناوين منفردة للمواقع على شبكة الانترنيت تسمح بتحديد الموقع وتمييزه عن غيره.

45- عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص164 .

46 -عصام عبد الفتاح مطر المرجع نفسه، ص166 .

47 -عصام عبد الفتاح مطر، المرجع نفسه، ص167 .

48 -أشرف وفاء محمد، "عقود التجارة الالكترونية في القانون الدولي الخاص"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد57 ، 2001، ص258 .

49 -جابت أمال، التجارة الالكترونية في الجزائر، أطروحة دكتوراه(غير منشورة)، جامعة مولود معمري، 2015، ص - 429 430.

50 -بلال عبد المطلب بدوي، "التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات التجارة الالكترونية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، 2006ص220 .

51 -عبد الحميد الأحدب، التحكيم في البلدان العربية، الكتاب الأول، دون طبعة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2008، ص509 .

52-عبد الحميد الأحدب، المرجع نفسه، ص509.

53 - أحمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، دون طبعة، النشر الذهبي للطباعة، القاهرة، ص377.

الإشكالات المرتبطة بتحصيل الضريبة الناشئة عن عقود التجارة الإلكترونية

د. سمير خلفة، جامعة محمد البشير الإبراهيمي – برج بوعريريج -

د. محمد مقروف، جامعة محمد بوضياف – المسيلة-

ملخص:

أثار رقم الأعمال المتزايد للتجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة عديد التساؤلات بخصوص إخضاع هذه المعاملات للضرائب، تطبيقا لمبدأ العدالة الضريبية من جهة، ودعما للوعاء الضريبي من جهة أخرى، كما صاحب ذلك بعض إشكالات فرضها على المكلفين بها.

وعلى هدي ذلك سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية إبراز تلك الإشكالات والتحديات إما من الناحية القانونية أو من ناحية التطبيق مع تقديم بعض المقترحات بشأنها، مع إبراز أهم الخصائص التي يجب توفرها في النظام الضريبي حتى يتلاءم وخصوصية التجارة الإلكترونية، هذا بعد التعريف بالتجارة الإلكترونية، وإطارها الجبائي.

الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية، الجباية، تكنولوجيا المعلومات، النظام الضريبي.

Abstract:

We have tried, in this paper, to talk about the electronic commerce and its related problems in the domain of taxes. The increasing figure of business for the electronic commerce, recently, has posed many questions.

The questions are about how necessary to bring these transactions under taxation in order to fulfil the fairness of taxation between the traditional commerce and the electronic commerce from one side, and to increase taxation revenues from another side. That is what made us seek, throughout our study, to search for a taxation system that fits with the characteristics of the electronic commerce.

Keywords: electronic commerce, taxation system, technological advancement, consumption taxation revenues.

مقدمة:

تشكل التجارة الإلكترونية أحد أهم مظاهر الاقتصاد الرقمي المعاصر، الذي ما فتئ ينمو ويتطور بصورة مطردة ومتسارعة، حيث أضحى هذا النمط من التجارة، الذي تولد عن التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات والاتصالات حقيقة مفروضة لا مناص منها، ليس فقط بالنسبة للسلطات العمومية والجهات التشريعية، ولكن أيضا بالنسبة للإدارات الجبائية، التي وجدت نفسها في تحديات جمة أمام طبيعة هذه المعاملات الجديدة التي تتم عبر فضاء يصعب مراقبته والتحكم فيه.

إن مبدأ العدالة الضريبية يستلزم معاملة عادلة تجاه كافة المكلفين بها، وتفرض على جميع المعاملات التجارية سواء كانت طبقا للمعاملات التقليدية، أو تمت من خلال شبكة الانترنت، فليس من العدل التغاضي عن فئة تمارس نشاطها التجاري الكترونيا، وتحميل العجز الضريبي بالمقابل على كاهل فئة أخرى، بحجة صعوبات الرقابة والمتابعة والتحقق على نشاط التجارة الإلكترونية.

وعلى الرغم مما تحقق من حركية في المبادلات التجارية الإلكترونية على المستويين العالمي والمحلي، وهو ما يعد دافعا لنمو الأنشطة الاستثمارية وتزايد معدلات النمو الاقتصادي، إلا أن ذلك صاحبته في الواقع جملة من المعوقات، منها ما يتعلق بالجانب التشريعي والتنظيمي، ومنها ما يتعلق بالجانب الفني والأمني، وهو ما استوجب العمل على تطوير المنظومات التشريعية، على غرار إدراج التوقيع الإلكتروني والعقد الإلكتروني، وإصدار قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية، وكذا تطوير أنظمة المعلومات، بغرض ضمان أمن المعلومات وسرية البيانات الشخصية.

لقد وجدت الإدارات الضريبية نفسها في خضم هذه التحولات، أمام تحديات جديدة، وممارسات غير معهودة، فكان لزاما عليها تطوير أساليبها الرقابية في مجابهة التهرب الضريبي والتصريحات غير الصحيحة سواء تعلق الأمر برقم الأعمال أو المداخل التي ترتبط بالتجارة الإلكترونية.

وبالتالي فان الهدف من هذه الدراسة هو استعراض وتحليل أبرز الإشكالات والمعوقات الضريبية المرتبطة بممارسة التجارة الإلكترونية، وهي إشكالات قانونية وإجرائية بالأساس، وسوف تكون معالجتنا للموضوع ذات طبيعة عامة، ذلك أن اشكالات هذا النمط من التجارة تكاد تكون موحدة وذات صبغة عالمية، ومع ذلك سوف نقدم بعض الإشارات بخصوص حالة التشريع الجزائري، بالتركيز على القانون رقم: 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية.

وضمن هذا المسعى فان موضوع البحث تندرج اشكاليته حول دراسة مختلف الإشكالات التي تواجه المصالح الجبائية في تحصيل قيمة الضرائب على عاتق المكلفين بها في إطار التجارة الإلكترونية؟

وللإجابة على هذه الإشكالية ارتأينا تقسيم موضوع هذه الورقة البحثية إلى محورين أساسيين: نتناول في المحور الأول الإطار المفاهيمي العام للتجارة الإلكترونية، أما في المحور الثاني فنتناول أبرز الاعتبارات الضريبية المرتبطة بالتجارة الإلكترونية، وكل محور منهما يتضمن عددا من العناصر التفصيلية، كما أن كلا المحورين له أهمية خاصة في هذا البحث، بيد أن المحور الأول يتضمن طرح إشكالات مفهومية وتنظيمية وقانونية تتعلق بممارسة التجارة الإلكترونية، في حين ينصب المحور الثاني على مناقشة الإشكالات الإجرائية المرتبطة بالإدارة الضريبية.

المحور الأول: الإطار المفاهيمي للتجارة الإلكترونية

لقد عرف العالم بفعل انتشار تكنولوجيا الإعلام والاتصال، تحولات عميقة في مجال المعاملات، ومن أبرز هذه التحولات ظهور التجارة الإلكترونية، التي ساهمت بشكل كبير في تحرير وتطوير التجارة على الصعيدين المحلي والعالمي.

أولا- تعريف التجارة الإلكترونية

تمثل التجارة الإلكترونية أهم مجالات الاقتصاد الرقمي، والذي يقوم على حقيقتين: التجارة الإلكترونية وتكنولوجيا المعلومات ، وتقنية المعلومات أو صناعة في عصر الرقمنة وتكنولوجيا الاتصال هي التي خلقت الوجود الواقعي والحقيقي للتجارة الإلكترونية، وقصد ضبط مدلول جامع ومانع لمصطلح التجارة الإلكترونية، فقد قدمت في هذا الشأن عديد التعاريف للتجارة الإلكترونية، نذكر منها[1]:

أ- هي نوع من عمليات البيع والشراء ما بين المستهلكين والمنتجين، أو بين الشركات فيما بينها باستخدام تكنولوجبا المعلومات والاتصال.

ب- هي أداء العملية التجارية بين الشركاء التجاريين باستخدام تكنولوجيا معلومات متطورة بغرض رفع مستوى كفاءة وفعالية الأداء.

ج- هي مزيج من التكنولوجية والخدمات للإسراع بأداء التبادل التجاري وإيجاد آلية لتبادل المعلومات داخل الشركة، وما بين الشركة والشركات الأخرى، أو ما بين الشركة والعملاء.

د- هي النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك الكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية[2].

وعلى هدي التعاريف السابقة نلاحظ أن التجارة الإلكترونية تتضمن العناصر التالية:

- أداء العمليات التجارية ما بين الشركات بعضها البعض، الشركات وعملائها، وكذا الشركات والحكومات، وذلك من خلال استخدام تكنولوجيا المعلومات وشبكة الاتصالات في أداء تلك العمليات.

- تهدف إلى رفع الكفاءة والأداء وتحقيق الفعالية في التعامل.

- أنها تتعدى الحدود الزمنية والمكانية التي تقيد حركة التعاملات التجارية.
- أنها تتيح استجابة سريعة لطلبات السوق من خلال التفاعل مع العملاء.
- تعمل على تبسيط وتوضيح إجراءات العمل.

ثانيا- خصائص التجارة الإلكترونية

على الرغم من عدم وجود تعريف واحد متفق عليه للتعاملات التجارية الإلكترونية، إلا أنه يمكن الوقوف على جملة من الخصائص الرئيسية المميزة لها تختلف فيها عن التعاملات التجارية التقليدية، وتجعل فرض الأوعية الضريبية الحاكمة للتعاملات التقليدية المتبعة حاليا على التعاملات الإلكترونية صعبا، وهي على النحو التالي[3]:

1- اختفاء الوثائق الورقية للمعاملات: لا ترتبط المعاملات الإلكترونية بوجود أي وثائق ورقية متبادلة في إجراء المعاملات

مما يشكل صعوبة في إثبات العقود، ذلك أن الإجراءات والمراسلات كافة ما بين طرفي المعاملة تتم الكترونيا دون استخدام أية أوراق، وهكذا تصبح الرسالة الإلكترونية هي السند القانوني الوحيد المتاح لكلا الطرفين في حالة نشوء أي نزاع بينهما، وبالتالي فان ذلك يفتح المجال أما قضية الإثبات القانوني وأثرها كعائق أمام نمو التجارة الإلكترونية.

2- المبيعات عبر العالم: تزايد في الآونة الأخيرة ظهور الشركات العملاقة التي تمارس أنشطتها التجارية عبر العالم، وأصبحت تمثل عبئا على الاقتصاديات الوطنية، ومع تزايد حركة التجارة الإلكترونية بدأ ظهور الشركات صغيرة الحجم تستطيع باستخدام شبكة الأنترنت أن تمارس أنشطتها عبر العالم، وهو ما يؤدي إلى تفاقم التعارض بين المصالح الاقتصادية الوطنية ومصالح هذه الشركات، ومن ثم انفتاح الباب على مصراعيه لمشكلات الولاية القانونية، بسبب اختلاف النظم الضريبية وسبل الإثبات.

3- الانفصال المكاني: تتيح شبكة الأنترنت للمؤسسات القدرة على إدارة تعاملاتها التجارية من أي موقع جغرافي، ذلك أن مقر المعلومات الخاص بالشركة يمكن أن يكون في أي مكان، دون أن يؤثر ذلك على الأداء، بل ان العرف قد جرى على وجود أكثر من مقر للشركة الواحدة في أكثر من بلد لتحقيق سهولة الاتصال وسرعته وتوزيع العملاء وفقا لمواقعهم الجغرافية.

4- عدم إمكانية تحديد الهوية: لا يرى طرفا التعاملات التجارية كل منهما الأخر، وقد لا يعرف أي منهما كل المعلومات الأساسية المتعلقة بالأخر، كما هو الحال في التعاملات التجارية التقليدية، وبالنتيجة قد يجد البائعون عبر الأنترنت صعوبة في استكمال الملفات الضريبية، التي تفيد السلطات التشريعية الالتزام بها.

5- المنتجات الرقمية: أتاحت الأنترنت إمكانية تسليم بعض المنتجات الكترونيا، مثل برامج الحاسوب، التسجيلات الموسيقية، أفلام الفيديو، الكتب والأبحاث والتقارير الإلكترونية. بالإضافة إلى بعض الخدمات، مثل الاستشارات، وهو ما يشكل تحديا كبيرا أمام السلطات الرقابية، حيث لا توجد حتى الآن آليات متفق عليها لإخضاع المنتجات الرقمية غير المنظورة للضريبة.

6- سرعة تغيير القواعد الحاكمة: رغم أنه لم يتم بعد وضع صياغة نهائية **للقواعد الخاصة بالنظام الضريبي للتعاملات التجارية الإلكترونية**، فان التشريعات الحاكمة لهذه التعاملات من المتوقع أن تتغير بمعدلات متسارعة، ومن ثم لا بد من صياغة إطار تشريعي يتسم بالمرونة ويكون قابلا للتعديل حتى يواكب التقدم التكنولوجي.

ثالثا- الأساليب المعتمدة في السيطرة على التجارة في النظامين التقليدي والإلكتروني

1- في ظل التعاملات التقليدية

تتمثل أول نقطة تحكم في التجارة الإلكترونية عند الجمارك منذ دخول الساعة أراضي البلد، حيث يتم أخذ رسوم الجمارك المقررة وفقا لكمية وتوع السلعة، وتقوم الشركة بعد استلام السلعة، بتسجيلها في دفاترها المحاسبية الخاصة، التي يتم ترحيل حساباتها الى حساب الأرباح والخسائر، حيث تقوم الشركة بدفع ضريبة وفقا لذلك في نهاية السنة تسمى بالضريبة المباشرة، وفي المقابل تقوم بفرض سعر للسلعة أو المنتوج، يتضمن ضريبة المبيعات التي تحصلها من المشترين وتوردها إلى الحكومة وتسمى بالضريبة غير المباشرة، وبالتالي فان النظام التقليدي للسيطرة على المعاملات التجارية داخليا وخارجيا يعتمد على أساليب متعددة أهمها[4]:

- **نقاط الدخول والخروج:** يقصد بها فرض رقابة على نقاط الدخول والخروج من خلال الجمارك، التي تضمن للدولة

السيطرة على المعاملات مع العالم الخارجي عند تصدير أو استيراد سلعة مادية.

- **فرض قيد المعاملات التجارية:** تفرض معظم الدول تسجيل كافة المعاملات التجارية التي تقوم بها مؤسسات الأعمال

وعلى الرغم من اختلاف شروط القيد بالنسبة للمؤسسات الفردية الصغيرة من دولة إلى أخرى، إلا أن كل دول العالم تفرض على المؤسسات ذات الحجم المناسب لاقتصادها إمساك دفاتر منتظمة، تسجل فيها كافة الوقائع والمعاملات التجارية.

- **حق فحص دفاتر القيد:** تتيح النظم الضريبية لمأموري الضرائب حق فحص دفاتر القيد للمؤسسات والشركات

المفروض عليها إمساك الدفاتر المنتظمة كأحد أدوات الضبط والتحقق الحكومي، ويحق لمأموري الضرائب فحص أصل كافة بعض القطاعات باستخدام الأوراق الأصلية المنشئة للمعاملة.

- **العقود التجارية والقانون التجاري:** تضمن الدول استيفاء العقود التجارية المكتوبة، وبالتالي فانه يقع وجوبا على

كافة المتعاملين تجاريا أن تتم تعاقداتهم من خلال تحرير عقود مكتوبة، لتكون الأصل عند نشوء أي اختلاف في تنفيذ هذه العقود

2- في ظل التعاملات الإلكترونية:

تختلف نظم وأساليب التجارة الإلكترونية في هذا السياق عن الأسلوب التقليدي في بعض الأوجه، التي تجعل من العسير فرض نفس نظم السيطرة الحالية ويتضمن ذلك مايلي[5]:

- **استمرار نقاط الدخول والخروج:** ويتعلق الأمر بدورها في فرض السيطرة على المعاملات التجارية الخارجية للمؤسسات

والشركات، إلا أن دورها سوف يقتصر على السيطرة على السلع المادية، وسيتقلص دورها في السيطرة على المعاملات في السلع غير المادية كالبرمجيات.

- **استمرار قيد المعاملات التجارية الكترونيا:** تحقق منظومة التجارة الإلكترونية، سواء بالنسبة للمؤسسات الكبيرة أو

الصغيرة إمكانية غير مسبوقة لإمساك دفاتر الكترونية تسجل فيها كل المعاملات التجارية وبصورة منظمة للغاية.

- **استمرار حق فحق دفاتر القيد الإلكتروني:** تضمن القوانين الحالية استمرار فحص دفاتر القيد، إلا أن صورة هذه

الدفاتر تختلف في التجارة الإلكترونية، وبالتالي فان مأمورو الضرائب يواجهون بعدم وجود وثائق أصلية يمكن الاستناد إليها، مما يستدعي تطوير آليات جديدة لمراجعة الضريبية تتناسب وطبيعة التجارة الإلكترونية.

- **العقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني:** سوف تواجه كافة السلطات التشريعية لمختلف الدول مشاكل تتعلق بإثبات

التعاقدات، نظرا لطبيعة العقود الإلكترونية، والتي يتم تحريرها باستخدام نظم وأساليب التوقيع الإلكتروني، وهذا يتطلب إعادة النظر في وسائل الإثبات والتحقق.

رابعا- تنظيم التجارة الإلكترونية في الجزائر

ظلت ممارسة التجارة الإلكترونية في الجزائر منذ ظهورها بدون أي تنظيم قانوني واضح إلى غاية 2018، على اثر صدور رقم:18-05، والذي خصص لضبط مختلف الجوانب القانونية والتنظيمية لهذا النمط من التجارة، وبالتالي إضفائه بالصفة القانونية، ومن ثم يتعين بيان كيفية تنظيم المشرع الجزائري للتجارة الإلكترونية وفقا لهذا التشريع المستحدث.

1- الأحكام العامة المنظمة للتجارة الإلكترونية

عرف المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية في المادة 06 من القانون رقم:18-05 على أنها:" النشاط الذي يقوم بموجبه مود الكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك الكتروني عم طريق الاتصالات الإلكترونية"[6].

وقد نص ذات القانون على حصر مجموعة الأنشطة الممنوع ممارستها بوسائط الكترونية وهي: لعب القمار، المشروبات الكحولية والتبغ، المنتجات الصيدلانية، المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية، ونصت المادة 03 من نفس القانون على أن كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الإلكترونية تخضع إلى الحقوق والرسوم التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول به، فلم يخص المشرع الجزائري التجارة الإلكترونية برسوم وضرائب خاصة، وإنما طبق عليه نفس الضرائب والرسوم التي تسري على التجارة التقليدية.

2- شروط ممارسة التجارة الإلكترونية

نص المشرع الجزائري في المادة 08 من القانون رقم:18-05 على ضرورة تسجيل أي نشاط للتجارة الإلكترونية في السجل التجاري أو سجل الصناعات التقليدية، كما أوجب وجود موقع الكتروني للمورد تسمح بالتأكد من صحته[7].

3- التزامات أطراف العقد موضوع التجارة الإلكترونية

يلتزما طرفا العقد في موضوع التجارة الإلكترونية بمجموعة من الالتزامات المتبادلة نوجزها في مايلي[8]:

أ- التزامات المستهلك الإلكتروني:

يلتزم المستهلك الإلكتروني اتجاه المورد الإلكتروني بمايلي:

- دفع الثمن المتفق عليه في العقد الإلكتروني بمجرد إبرامه، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك.
- يلتزم المستهلك بتوقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج موضوع العقد ويسلم هذا الوصل للمورد مع احتفاظ

المستهلك بنسخة منه.

ب- التزامات المورد الإلكتروني:

يلتزم المورد الإلكتروني بمجموعة من الالتزامات نذكر منها:

- إرسال نسخة الكترونية أو ورقية من العقد (الفاتورة) للمستهلك الإلكتروني.
- يلتزم المورد الإلكتروني باحترام الآجال المتفق عليها لتسليم المنتوج أو أداء الخدمة.
- يلتزم المورد الإلكتروني بتسليم السلعة وفق المواصفات المتفق عليها.
- الاحتفاظ بسجلات المعاملات التجارية المنجزة وتاريخها وإرسالها الكترونيا إلى المركز الوطني للسجل التجاري.

المحور الثاني: الاعتبارات الضريبية في ظل مفاهيم التجارة الإلكترونية

أولا- العلاقة بين النظام الضريبي والتطور التكنولوجي

تشير العديد من الدراسات إلى الدور الفعال للنظام الضريبي في تحقيق كل من العدالة الضريبية وزيادة حصيلة الموارد السيادية وتوفير المناخ الملائم لجذب الاستثمارات، ولتوضيح التحديات التي تثيرها التجارة الإلكترونية تجاه النظم الضريبية القائمة، يجدر بنا بداية التطرق إلى هيكل النظام الضريبي، وبيان العلاقة بينه وبين التقدم التكنولوجي، وعليه يمكن تمثيل النظام الضريبي بمثلث قوامه ثلاث دعامات أساسية هي[9]:

أ- **التشريع الضريبي:** ويقصد به مجموعة اللوائح والقوانين والتشريعات الصادرة من الجهات المختصة والمتعلقة بفرض
الضرائب وتنظيم أساليب تحصيلها.

ب- **الإدارة الضريبية:** وتضم الجهات الحكومية وزارة المالية ومصالح الضرائب التي تقوم على تطبيق التشريع الضريبي بأحكامه ونصوصه لتحصيل الضرائب بأنواعها المختلفة، ومن ثم فان الإدارة الضريبية هي الجهة المختصة بتنفيذ قوانين الضرائب وتحصيل الموارد العامة للدولة ومتابعة الخاضعين.

ج- **المجتمع الضريبي:** وهو المجتمع الخاضع لأحكام التشريع الضريبي، سواء أكان فردا أم كيانات طبيعية أم اعتبارية .

وفي ظل التطبيقات الناتجة من ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في ميدان التجارة الإلكترونية فقد ظهر قصور في العلاقة ما بين النظام الضريبي ومستحدثات تكنولوجيا المعلومات، وهو ما كان له تأثيرات سلبية على كفاءة الأداء الضريبي،

وفي هذا الصدد يمكن الوقوف على ثلاث فجوات رئيسية في العلاقة ما بين كل من مفردات الهيكل الضريبي وتكنولوجيا المعلومات، فالتشريع الضريبي الذي تمت صياغته وفقا لطبيعة التعاملات التجارية

التقليدية يواجه قصورا في معالجة التعاملات التجارية الإلكترونية، أي أن هناك فجوة تشريعية، وعلى الرغم من قيام بعض الدول بالإعلان عن برنامجها الوطني للتجارة الإلكترونية، فان ذلك لم يواكبه الإعلان عن بدء الإصلاحات التشريعية اللازمة.

تختص الإدارة الضريبية بتنفيذ القوانين والتشريعات وحماية حقوق كل من الدولة والمجتمع الضريبي، وبذلك يصبح لزاما عليها استخدام الابتكارات التكنولوجيا لضمان أعلى مستوى من كفاءة النظام الضريبي، غير انه على مستوى الواقع ما تزال الإدارة الضريبية تعاني قصورا في أداء مهامها من حصر وفحص وتحصيل للضرائب بشتى أنواعها، فهي لم تتمكن من مواكبة التطورات الحاصلة في مجال المبادلات، مما ولد فجوة إدارية ما بين المحصل من الضريبة والمكلف بها.

ومن ناحية أخرى يعاني المجتمع الضريبي من وجود فجوة مفاهيمية، فعلى الرغم من تطور حجم التعاملات التجارية الإلكترونية، فانه لا يزال هناك قصورا في إدراك المفاهيم والمفردات الخاصة بها، وما يترتب عن تلك التعاملات من اعتبارات قانونية، وهذه الفجوات الثلاث تفرض عددا من التحديات في مواجهة النظام الضريبي، حيث تؤثر في كل من الإيرادات الضريبية السيادية للدولة من جهة، ونمو حجم التعاملات الإلكترونية من جهة أخرى.

ثانيا- مدى سلامة إخضاع المعاملات التجارية الإلكترونية للضرائب

ترتبط مدى سلامة إخضاع التجارة الإلكترونية للضرائب بالحجج المقدمة من أنصار كل اتجاه، ضمن التوضيح التالي[10]:

1- حجج أنصار فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية

- يمكن أن تستخدم الضرائب المفروضة على التجارة الإلكترونية في معالجة المشكلات الناجمة عن هذه التجارة، كإلغائها لبعض الوظائف والمهن، التكيف مع الوظائف المستحدثة، الخ.
- إقرار العدالة في التعامل الضريبي ما بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية.
- تعويض النقص الضريبي الناجم عن تآكل الوعاء الضريبي التقليدي نتيجة زيادة المبيعات والتسليمات عبر الخط.

2- حجج معارضي فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية

- يهدد فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية في بدايتها بإعاقة هذا النوع من التجارة على التطور والنمو، ورغم هذا يمكن اعتبار هذا الموقف ليس رفضا لمبدأ فرض الضرائب على التجارة الإلكترونية، وإنما هو مجرد دعوة للتأجيل.

- عدم القدرة على تطبيق القواعد التقليدية لفرض الضرائب على التجارة الإلكترونية، كمبدأ الإقليمية ومبدأ المؤسسة المستقرة.
- صعوبة مراجعة ومراقبة معاملات التجارة الإلكترونية، لارتباط ذلك بالإطلاع على الحياة الخاصة للأفراد وانتهاك الحريات الفردية، فضلا عن الإشكالات التقنية والوسائل الواجب توفرها لدى إدارة الضرائب.
- الغموض وعدم الاستقرار المتصل بالضرائب على التجارة الإلكترونية نتيجة حداثتها، فضلا عن عدم تمكن مستخدمي الإدارة الضريبية من التعامل بكفاءة مع تكنولوجيا الإعلام والاتصال.

ثالثا- تحديات فرض الضريبة على التجارة الإلكترونية:

مع نمو حجم التجارة الإلكترونية، وفي ظل العلاقة بين النظام الضريبي والتكنولوجيا الحديثة، نجد عددا من الفجوات التي التأثير على إمكانية الاستمرار في جباية الضرائب في عالم بتسم بمرونة انتقال كل من الشركات والأصول والأفراد من جهة، ومبدأ تحقيق العدالة الضريبية من جهة أخرى.

ولا يخفى على احد ان الحديث عن الضرائب يعود إلى الكتابات الأولى للفكر الاقتصادي، باعتبارها أحد أهم مصادر الدخل للدولة، فقد ذكر الاقتصادي الشهير (جين باتيست كولبرت) في مؤلفه:" فن الضريبة" أن الدولة تسعى في جباية الضرائب إلى: " جمع أكبر عدد ممكن من الإوز لضمان الحصول على أكبر كمية من الريش بأقل جهد ممكن" مشبها ذلك الممولين بالإوز، وعلى الرغم من مرور عدة قرون تظل مقولة كولبرت صحيحة، مع وجود فارق جوهري، فقد كان الأفراد في القرن 17 مثل الإوز لا يعرفون الطيران، بينما الآن بإمكانهم الطيران في أي اتجاه باستخدام آليات تكنولوجية حديثة، وعلى هدي ذلك فان من بين التحديات الرئيسية المثارة في مجال المعاملة الضريبية للتعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت نذكر النقاط التالية[11]:

أ- **سيادة الدولة:** استقر العرف التشريعي في أغلبية دول العالم على خضوع الكيانات الأجنبية والمقيمة خارج دولة ما لمعدلات الضريبة المفروضة على التعاملات التي تتم داخل الدولة، وفي إطار حرية حركة عوامل الإنتاج ورؤوس الأموال سوف تحاول الشركات تجنب الوجود المكاني في الدول ذات المعدلات الضريبية المرتفعة، مما سيؤثر سلبا على الإيرادات الضريبية لبعض الدول.

ب- **العدالة الضريبية:** مع تزايد اختلاف مستويات الضرائب بين دول العالم وفي اطار مرونة الحركة التي تدعمها تكنولوجيا المعلومات والإتصالات، بدا ظهور اختلال في تحقيق العدالة الضريبية، وعلى سبيل المثال قد يتمكن المديرون والعملاء من نقل أعمالهم الى المناطق ذات المعدلات الضريبية الأقل، بينما سيبقى العامل العادي غير قادر على تحقيق ذلك، وفي المستقبل القريب سيكون من الصعب فرض ضريبة على

المنشأت والأفراد ذوي المكاسب المرتفعة بمعدلات كبيرة، لأن هذه المنشآت والأفراد هي الأكثر مرونة في التنقل، مما يمكنها من نقل نشاطها الى دول أقل في أعبائها الضريبية.

ج- **صعوبة إثبات المعاملات والعقود:** تشمل معظم القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية أحكاما تشترط أن يتم إثبات التعاملات كتابة، أو أن تقدم معلومات معينة كتابيا، وقد يرتبط هذا التحدي بالنسبة للتجارة الإلكترونية الخاصة بالسلع والخدمات التي تتم عبر شبكة الأنترنت ويتم تسليمها الكترونيا، حيث لا تخضع هذه التعاملات لنقطة جمركية حاكمة، وفي هذا الصدد فقد أقر الإعلان الوزاري للتجارة الإلكترونية العالمية الذي عقد في:20 ماي 1999 رغبة 132 دولة في تأييد عدم فرض رسوم جمركية على المنتجات الإلكترونية.

ولا شك أن ذلك يشكل تحديا جوهريا في مواجهة السلطات الحكومية في الدول النامية، اذ أن عدم فرض الرسوم الضريبية على تلك المعاملات الإلكترونية يمثل ضياعا لبعض الموارد لسادسة للدولة، كما انه يؤدي إلى اختلالات في أسعار السلع نفسها ما بين الذين يملكون الاتصال على شبكة الأنترنت، وبالتالي الحصول على سلعة دون رسوم وضرائب، وبين أولئك الذين لا يقدرون على شرائها من السوق المحلي ويدفعون قيمة الرسوم والجمارك والضرائب المقروضة على السلعة ذاتها، وهكذا فان الأقل قدرة يكون مطلوب منه أن يدفع أكثر.

د- **عدم وجود آليات محددة لإخضاع التعاملات الإلكترونية للضريبة:**قامت العديد من الدول بتوقيع معاهدات تجارية مختلفة تتعلق بنخفيض التعريفات الجمركية ومنح حوافز ضريبية، ورغم دعوة العديد من دول العالم الى عدم فرض ضرائب على تعاملات التجارة الإلكترونية فانه يصعب على الدول النامية الموافقة على هذا الإجراء، لما يترتب عنه التأثير سلبا على أحد أهم الموارد السيادية للدولة.

ومع أهمية التعاملات الإلكترونية بالنسبة إلى الدول النامية كأداة للنفاذ إلى الأسواق العالمية وفتح أسواق جديدة، إلا أن هذه الدول تواجه تحديا رئيسيا نتيجة عدم وجود آليات محددة لإخضاع التعاملات الإلكترونية في المنتجات بشقيها المنظورة وغير المنظورة للقواعد الضريبية.

رابعا- الحلول المقترحة للمشاكل الضريبية للتجارة الإلكترونية

بالرغم من مختلف العوائق السابقة فانه يمكن الوقوف على عدد من الحلول المقترحة للمعاملة الضريبية للتعاملات التجارية الإلكترونية من بينها فرض الضريبة على الاستهلاك، بدلا من فرضها على الوحدات الإنتاجية، وتطبيق ضريبة البيت Bit Tax وهذا ما سنتناوله بشيء من التفصيل ضمن الشرح التالي[12]:

1- فرض ضريبة على الاستهلاك

يهدف هذا المقترح إلى التحول من فرض الضريبة على الدخل إلى فرض ضريبة على الاستهلاك والملكية حيث أن كلا منهما منخفض المرونة وصعب إخفاؤه، وتساعد هذه الضريبة في جمع الضرائب من المتهربين من دفعها، حتى أولئك الذين يحققون مداخيل مرتفعة من التعاملات غير الملموسة عبر شبكة الأنترنت، لأنهم يقومون بإنفاق هذه المداخيل بأي حال من الأحوال.

وهناك فكرة أخرى مطروحة للنقاش وهي إمكانية فرض ضريبة على المستهلك من خلال الشركات التي تقدم خدمة الأنترنت ISP، بمعنى أن تقوم هذه الشركات بمحاسبة عملائها على التعاملات التي يقومون بها عبر الأنترنت، أي تفرض ضريبة مبيعات على المعاملات المختلفة، ثم تقوم بتحويل هذه الضريبة للحكومة، أي تكون بمثابة وسيط مابين الحكومة والمستهلكين.

وتثير هذه الفكرة العديد من القضايا المتعلقة بطرق تتبع المعاملات الإلكترونية للعملاء، وكذا مدى تناقض ذلك مع قوانين السرية والأمان، فصلا على انه من المتوقع أن يؤدي ذلك إلى زيادة الأعباء الملقاة على عاتق المستهلكين، فبالإضافة إلى ضريبة السلعة و الخدمة، سوف يقوم المستهلكون بدفع ضريبة للشركات المقدمة لخدمة الأنترنت، وبالنتيجة قد يؤدي ذلك إلى عرقلة نمو التجارة الإلكترونية.

2- تطبيق ضريبة البيت Bit Tax

تعد هذه الضريبة أحد الحلول المقترحة لتنظيم المعاملات التي تنطوي على انتقال الكتروني للبيانات، ويتم تحصيلها على أساس كمية البيت Bits الرقمية، التي يتم استخدامها أو نقلها، ويتطلب ذلك وجود معدات ذات مواصفات خاصة في الأجهزة المختلفة، حيث تقوم بنقل المعلومات(الكمبيوتر، الفاكس....) خاصة بقياس البيانات على أساس البيت.

وللإشارة فان هذه الفكرة تولدت نتيجة الأهمية القصوى التي تحتلها المعلومات والبيانات في العالم اليوم، حيث تعد هذه الأخيرة دعامة البيئة الجديدة، وانتقالها وتبادلها هو النشاط الرئيسي لهذه البيئة، ومع ذلك فان المكاسب المتولدة عن هذا النشاط غير منظورة، اذ لا توجد رقابة كافية أو رصد تام لهذا النشاط، وبالتالي فهو مصدر ثروة لا تنتفع به الدول المختلفة.

ويمكن اعتبار ضريبة **البيت Bit Tax** من بين أفضل الحلول المقترحة لفرض ضريبة انتقال السلع والخدمات الإلكترونية عبر الأنترنت، إذ أن هذه السلع يتم تحويلها إلى كمية من البيتس Bits وتتم عملية انتقالها عبر الأنترنت، وبالتالي فان هذه الضريبة سوف تتمكن من حصر العدد الفعلي من البيتس الذي تم نقله، ومن ثم تقوم بفرض ضريبة عليه.

3- الإطار العام المقترح للضرائب في عالم المعاملات الإلكترونية

على هدي ما سبق ذكره فقد أصبح من الأهمية بمكان إلى وجود إطار عام متكامل يحقق الأهداف المنشودة للنظام الضريبي، الذي يعد الحجر الأساس للتنمية الاقتصادية والاجتماعية في كافة دول العالم وهو ما سنوضحة ضمن السياق التالي[13]:

أ- **الإطار المفاهيمي:** مما لا شك فيه أن العديد من المفاهيم السائدة في عالم الضرائب يحتاج إلى إعادة مراجعة بصورة تحقق اتساق هذه المفاهيم مع المتغيرات التكنولوجيا ويشتمل ذلك مثلا: الإقليمية، العدالة الضريبية، السلع والخدمات..الخ.

ب- **الإطار التشريعي:** مهما حاولنا تطبيق أساليب القياس، فان قضية إقرار الوثائق والعقود الإلكترونية ستبقى هي مربط الفرس في إطار إطلاق طاقات التجارة الإلكترونية، وبالتالي فان الإطار التشريعي يحتاج إلى إعادة صياغته بمراعاة جملة من البنود تتمثل في: اقرار التوقيعات الإلكترونية، التعاقدات الإلكترونية، التشريعات الخاصة بتأمين الموارد التكنولوجيا،

ج- **الإطار التنفيذي:** اعتمد النظام الضريبي في المقام الأول على قيام مأموري الضرائب بمراجعة القيود الدفترية الواردة في ميزانية المؤسسات والشركات وحساب الأرباح والخسائر على الوثائق الأصلية، لكن التحول الى نظام القيد الإلكتروني والعقود الإلكترونية، وما قد يتبادر إلى إمكانية تعديل هذه العقود، يوجب اقتراح نظام للتحقق الإلكتروني، من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية بين الشركة تحت الفحص الضريبي والشركات التي تعاملت معها بيعا وشراء، حيث يتم التعامل الإلكتروني بين الطرفين كلاهما مجهز الكترونيا بصورة تحقق تنفيذ هذا التعامل، كما أن أحد الطرفين ستكون له رغبة أساسية في إثبات التعامل سواء بالقيمة الحقيقية أو بقيمة أعلى(النفقات)، بينما يلجا الطرف الأخر الى قيده بقيمته الأصلية أو بقيمة أقل (الإيرادات)، مما يشكل نظاما رقابيا متكاملا.

ان القيد الإلكتروني لدى الطرفين يمكن التحقق منه من خلال رسالة الكترونية يتم إرسالها من طرف الجهة تحت الفحص بمعرفة محقق الضرائب، ويتم الرد عليها، يقوم محقق الضرائب بمراجعة العقود الإلكترونية باستخدام نظم المراجعة التقليدية والحديثة.

د- **الإطار الإجرائي:** دأبت العديد من الدول إلى تقسيم الأنشطة المرتبطة بتحصيل الرسوم والضرائب بين عدة جهات متنوعة، كالجمارك وإدارة الضرائب، إلا أن تشابك الأنشطة المختلفة أدى إلى توكيل بعض أنشطة قطاع معين ليقوم بها قطاع أخر، فقد نجد مثلا مصلحة الجمارك تقوم بتحصيل ضريبة المبيعات على الواردات من المستوردين عند نقطة الفحص الجمركي، ويعتبر تقدير مصلحة الجمارك ماديا، إلا انه مع دخول التجارة الإلكترونية وإمكانية دخول السلع غير المادية دون العبور على المنافذ الجمركية، فإننا نكون

أمام أحد الحلين الجمركيين، إما إعفاء هذه السلع من الضرائب الجمركية، وهو ما يخل بمبدأ المساواة الجمركية، أو فرض ضرائب جمركية عليها عند قيام محقق الضرائب بالمراجعة السنوية لحسابات الشركات والمؤسسات، من خلال محاولة إيجاد تقنيات لإخضاع تلك المنتجات للضريبة، وهذا عن طريق مراقبة انسياب السلع والخدمات عبر المنافذ الجمركية للدولة، او عبر مؤسسات الرقابة والإشراف على استقبال وبث الأنترنت.

غير أن هذا المقترح يصطدم بالضغط العالمي لتحرير التجارة وإزالة القيود الجمركية، ولذلك فانه حريا توحيد الجهود من أجل إيجاد آليات جديدة لإخضاع المنتجات الإلكترونية للضريبة، وكذا توحيد الجهات التي تقوم بتحصيلها.

خاتمة:

لقد أضحت التجارة الإلكترونية تشكل إحدى دعامات الاقتصاديات الحديثة القائمة على الرقمنة، وهي تعد محركا فعالا لعديد الأنشطة التجارية ما بين الأطراف المختلفة من أفراد ومؤسسات وإدارات، وهذا لما تمنحه من انفتاح لخلق أسواق كبيرة تعرض فيها المنتجات، حيث تعتبر فرصة للراغبين للبحث عن أساليب أنجح لتحقيق الأرباح عن طريق قنوات الدعاية الحديثة.

إن الاعتماد الكبير على التجارة الإلكترونية في السنوات الأخيرة جعل من الضروري على الدول البحث عن أنجع السبل للاستفادة من إيرادات هذا النوع من المعاملات، من خلال فرض ضرائب عليها، وهذا لتعويض التسرب المستمر للوعاء الضريبي الناتج عن التحول التدريجي من التجارة التقليدية إلى التجارة الإلكترونية من جهة، بالإضافة إلى السعي المستمر لتحقيق مبدأ العدالة الضريبية بين التجارتين التقليدية والإلكترونية من جهة أخرى.

وعلى هدي ما تم عرضه في هذه الورقة البحثية حول الإشكالات والتحديات التي تعترض فرض الضريبة في مجال عقود التجارة الإلكترونية، يمكن تقديم جملة من التوصيات التالية:

- على الجهات التشريعية العمل باستمرار على تحقيق مواكبة القوانين والتشريعات الضريبية للتطورات الحاصلة في مجال التجارة الإلكترونية التي تتسم بالتطور المتسارع.

- العمل على رفع كفاءة نظم المعلومات في الإدارات الضريبية تماشيا وتطورات نظيراتها بفضاء التجارة الإلكترونية.

- على الإدارات الضريبية استقطاب الكفاءات البشرية في مجال تقنيات المعلومات، إلى جانب التكوين والتدريب المستمرين لمستخدميها في هذا المجال.

- يتعين الحرص على الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة في مجال جباية التجارة الإلكترونية سواء من الناحية الإجرائية أو من الناحية التشريعية.

الهوامش:

1- قشام إسماعيل، ضرائب التجارة الإلكترونية بين الإخضاع والإعفاء، مجلة دفاتر اقتصادية، المجلد 06، العدد 01، 2015،جامعة زيان عاشور، الجلفة، ص 141 و 142.

2- القانون رقم:18-05 المؤرخ في:10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية، العدد 28، الصادرة في:16 ماي 2018، ص 05.

3- سعيد عبد العزيز عثمان، شكري رجب العشماوي، اقتصاديات الضرائب، الدار الجامعية الإسكندرية، 2007، ص 588 و 589.

4- دادن عبد الوهاب، الجباية الافتراضية والتجارة الإلكترونية- النقاشات المشاكل التحديات-، مجلة العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، المجلد 03، العدد 03، 2004، جامعة سطيف 01، ص 155 و 156.

5- ددان عبد الوهاب، نفس المرجع، ص 156 و 157.

6- أنظر المادة 06 من القانون رقم:18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

7- أنظر المادة 08 من القانون رقم:18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

8- أنظر المواد من 16 إلى 26 من القانون رقم:18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

9- رأفت رضوان، رشا عوض، ولاء الحسيني، الضرائب في عالم الأعمال الإلكترونية، مجلة التنمية والسياسات الإقتصادية، المجلد02، العدد 02، 2000، جامعة الكويت، ص 05 و 06.

10- عبد المجيد قدي، دراسات في علم الضرائب، دار جرير للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2011، الأردن، ص 184.

11- سعيد عبد العزيز عثمان، شكري رجب العشماوي، المرجع السابق، ص 594 و 597.

12- مليكاوي مولود، أساسيات في الضريبة المحلية والدولية، دار هومة الجزائر، 2018، ص 122 و 123.

13- عزوز علي، جباية المعاملات الإلكترونية- المشاكل والحلول-، مجلة الريادة لاقتصاديات الأعمال، المجلد 01، العدد 01، 2015، جامعة الشلف، ص 80 و 83.

النظام الضريبي الجزائري في ظل مستجدات التجارة الإلكترونية

ط.د سامية بويزري، جامعة البويرة

د. دليلة معزوز، جامعة البويرة

الملخص:

التطور الهائل والمتنامي لحجم التجارة الإلكترونية، أفرز عن تغييرات بارزة في الأنظمة الضريبية الدولية، ومنها النظام الضريبي الجزائري، حيث سعى المشرع الجزائري في الفترة الأخيرة _ ولو بخطوات متثاقلة_ إلى مواكبة هذه التغييرات من خلال إصداره لقانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18، قصد تنظيم جوانب هذه التجارة، سيما منها جانب المعاملة الضريبية.

وقد حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية، تسليط الضوء على مفهوم النظام الضريبي الإلكتروني بوجه عام، مع إبراز واقع النظام الضريبي الإلكتروني الجزائري وأهم تحدياته.

الكلمات المفتاحية: المعاملات الإلكترونية، الضرائب الإلكترونية، النظام الضريبي الإلكتروني، المكلف بالضريبة، الإدارة الإلكترونية.

Summary:

The tremendous and growing development of electronic commerce, has resulted in significant changes in the international tax system including the Algerian tax system, as the Algerian legislature has sought in the recent period_ albeit with lurid steps_ to keep pace with these changes, through the issuance of the Electronic commerce law n°18/05 with the intention of this regulating aspects of this trade, especially the tax treatment aspect.

through this research paper, we have tried to shed ligh on the concept of the electronic tax system in general, with highlighting the reality of the algerian electronic tax system and its most important challenges .

Key words : Electronic commerce transactions, electronic tax, electronic tax system, the taxpayer electronic management.

مقدمة:

الطابع الافتراضي غير الملموس للمعاملات الإلكترونية، أظهر اختلالا تشريعيا بين القواعد والأحكام القانونية المطبقة على المعاملات التقليدية ومستجدات المعاملات الإلكترونية، وهذا نظرا لخصوصية جوانب كل منهما، لاسيما جانب المعاملة الضريبية.

لذلك تدخلت غالبية التشريعات المقارنة، بوضع إما قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية والنظام الضريبي فيها باعتباره أهم جوانب هذه التجارة، أو صياغة قوانين خاصة تفرض نظاما ضريبيا معينا، يطبق على السلع والخدامات المتداولة عبر الوسائط الإلكترونية.

والمشرع الجزائري على غرار هذه التشريعات، حاول مواكبة التطورات الحاصلة في مجال العاملات الإلكترونية والتكييف معها، وذلك عن طريق تنظيم التجارة الإلكترونية في سنة 2018[1].

بناء على ما تقدم، فقد حاولنا من خلال هذه الورقة البحثية تسليط الضوء على المنظومة الضريبية الإلكترونية الجزائرية، من خلال طرح هذه الإشكالية: **ما مدي فعالية الأحكام والقواعد التي تضمنها القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، في تكييف النظام الضريبي الجزائري مع مستجدات المعاملات الإلكترونية ؟.**

وللإجابة على هذه الإشكالية، فقد قسمنا موضوع هذه الورقة البحثية إلى **مبحثين**؛ تناولنا في **الأول** مفهوم النظام الضريبي الإلكتروني بشكل عام، فيما تعرضنا في **المبحث الثاني** لواقع وتحديات النظام الضريبي الإلكتروني الجزائري.

تأسيسا على ما تقدم، فإن الإجابة على هذه الإشكالية، تفرض علينا اعتماد مجموعة من المناهج العلمية المعتمدة في الدراسات القانونية؛ كالمنهج الوصفي والاستقرائي، عند تعرضنا للإطار المفاهيمي للنظام الضريبي الإلكتروني بوجه عام، والمنهج التحليلي عند تطرقنا للأحكام والقواعد القانونية التي تضمنها قانون التجارة الإلكترونية الجزائري بخصوص المعاملة الضريبية.

المبحث الأول: مفهوم النظام الضريبي الإلكتروني

يعد النظام الضريبي في مجال المعاملات الإلكترونية من المواضيع المهمة المطروحة في وقتنا الراهن، نظرا للاهتمام الكبير الذي حظي به من قبل الباحثين في هذا المجال، الأمر الذي يجعلنا نتساءل عن مفهوم هذا النظام من حيث تعريفه(فرع أول)، وكذلك الأركان التي يرتكز عليها (مطلب ثان)، هذا ما سنتعرض له من خلال ما يلي:

[1] _ قانون رقم 18/ 05، مؤرخ في 05/10/ 2018، يتعلق بقانون التجارة الإلكترونية ، ج. ر، عدد 28، صادر بتاريخ 10/ 05/ 2018.

المطلب الأول: تعريف النظام الضريبي الإلكتروني

لتوضيح تعريف للنظام الضريبي الإلكتروني، لابد من ضبط تعريف بعض المصطلحات المشابهة له، كالضريبة الإلكترونية (فرع أول)، والضريبة على التجارة الإلكترونية(فرع ثان)، إذ أن هناك الكثير من الباحثين لا يفرقون بين معنى هذين المصطلحين، غير أن الحقيقة تبين وبوضوح تباين معنى كل منهما، هذا ما سنوضحه تباعا.

الفرع الأول: تعريف الضريبة الإلكترونية

الضريبة في مفهومها التقليدي هي:" **مبلغ من المال تفرضه الدولة بلا مقابل على أشخاص طبيعية أو معنوية، وفقا لقدراتهم المالية، وذلك من أجل تغطية أعبائها العامة وتحقيق أهدافها المختلفة"**[1].

ويضفى الوصف الإلكتروني على الضريبة، إذا تم دفعها لوزارة المالية عبر المديرية العامة للضرائب باستعمال وسائل الاتصال الحديثة ؛كالفاكس، التلكس، البريد الإلكتروني، وغيرها من الوسائل الإلكترونية الأخرى[2].

الفرع الثاني: تعريف الضرائب على التجارة الإلكترونية

يقصد بها فرض الضريبة الإلكترونية على المعاملات التي تبرم بواسطة الوسائط الإلكترونية والتي تتطلب بنية تحتية وتشريعية لتنظيمها[3].

وعليه، فالضريبة الإلكترونية هي تحصيل الضرائب إلكترونيا، بعدما كانت تدفع نقدا، وتعد من أهم الخطوات التي أحرزتها الإدارة الإلكترونية، أما الضرائب على المعاملات الإلكترونية، فهي تعبر على قدرة وكفاءة النظام الضريبي على تحصيل الضرائب المفروضة على هذه المعاملات التي تتم إلكترونيا.

تأسيسا لما تم التوصل إليه، فإن **النظام الضريبي الإلكتروني** هو مجموعة من القواعد والأحكام القانونية، التي تنظم العلاقة بين الإدارة الإلكترونية(المديرية العامة للضرائب) والمكلف بالضريبة، قصد حصر أرباحه في مجال المعاملات الإلكترونية ومن ثم تحصيلها إلكترونيا[4].

---

[1] _ علي زغدود، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 176؛ طارق الحاج، المالية العامة، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 47,

[2] _ نجود حمري، نوال حمري ، تحديات تكييف النظام الضريبي مع التجارة الإلكترونية، كتاب جماعي محكم ذو ترقيم دولي: حول واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر وإشكالية إخضاعها للضرائب والرسوم_ تحديات وحلول_ كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الأغواط، 2020، ص ص157_ 174، ص 164، 165,

[3] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر،2008، ص475.

[4] _ راجع في هذا المعنى: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004، ص324، 325,

المطلب الثاني: أركان النظام الضريبي الإلكتروني

النظام الضريبي الإلكتروني كنظيره النظام الضريبي التقليدي، يرتكز على ثلاث أسس هي: التشريع الضريبي الإلكتروني (فرع أول)، المكلفين بالضريبة الإلكترونية(فرع ثان)، وكذا الإدارة الإلكترونية (فرع ثالث)، هذا ما سنتعرض له من خلال ما يلي:

الفرع الأول: التشريع الضريبي الإلكتروني

يشمل التشريع الضريبي مجموع القواعد والنصوص المكرسة قانونا قصد تنظيم إجراءات فرض الضرائب وأساليب تحصيلها، وكذا كيفية فض وحل النزاعات الناشئة بين الأشخاص المكلفين بها وإدارة الضرائب، سواء على المستوى الإداري أو القضائي[1].

الفرع الثاني:المكلفين بدفع الضريبة الإلكترونية

المكلف بالضريبة أحد طرفي العلاقة الضريبية، ويشمل كل الأشخاص الخاضعين للتشريع الضريبي، سواء كانوا أشخاص طبيعية(شخص بعينه) أو معنوية(الجمعيات الشركات التجارية الوطنية أو الأجنبية)[2].

الفرع الثالث: الإدارة الإلكترونية

الإدارة الإلكترونية هي تلك الجهة المكلفة بتطبيق التشريع الضريبي، بداية من تنظيم إجراءات فرضها وصولا إلى أساليب تحصيلها وفض النزاعات الناتجة عنها، وهي تضم الجهات الحكومية (وزارة المالية والإدارة العامة للضرائب) [3].

المبحث الثاني: واقع وتحديات النظام الضريبي الإلكتروني الجزائري

التطور الهائل والمتنامي لحجم التجارة الإلكترونية، أوجب على المشرع الجزائري تكييف النظام الضريبي مع مستجداته، هذا ما يظهر لنا من خلال الإصلاحات القانونية أو التنظيمية التي مست واقع النظام الضريبي الإلكتروني الجزائري (مطلب أول)، غير أن هذه الإصلاحات لم تواكب الرهانات المتنامية للتجارة الإلكترونية، ولا سيما فيما يتعلق بالمعاملة الضريبية، وهو الأمر الذي يجعله أمام تحديات مهمة (مطلب ثان).

[1] _ سعيد عثمان، شكري العشماوي، اقتصاديات الضرائب، الدار الجامعية، مصر، 2007، ص 320 وما يلها.

[2] _ سعد محي الدين،الإطار القانوني للعلاقة بين الممول الإدارة الضريبية، مكتبة الإشعاع الفنية، د. ذ . ب، د, ذ. س.ن، ص 159,

[3] _ زواق الحواس، بوعلام ولهي، الضرائب على التجارة الإلكترونية_ المشكلات وآليات الإخضاع_ ص 5، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

http://dspace.univ-msila.dz, Vu le 02/05/2021 à12h13.

المطلب الأول: واقع النظام الضريبي الإلكتروني الجزائري

قصد مواكبة مستجدات معاملات التجارة الإلكترونية، قام المشرع الجزائري بالعديد من الخطوات التي ترمي إلى تحديث النظام الضريبي للبلاد، ولعل من أهم هذه الخطوات إصداره لقانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18 (فرع أول)، وكذا رقمنته للإدارة العامة للضرائب (فرع ثان)، هذا ما سنتعرض له فيما يلي:

الفرع الأول: إصدار قانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18.

مما لا شك فيه أن الجزائر بإصدارها لقانون التجارة الإلكترونية، وجب عليها إعادة هيكلة نظامها الضريبي بما يتماشى ومستحدثات هذه التجارة، على غرار غالبية الدول[1] التي أصدرت قانون خاص بالضرائب الإلكترونية.

غير أن القانون المذكور أعلاه، لم ينص على أحكام وقواعد قانونية صريحة بخصوص الضريبة الإلكترونية، إلا أنه أحال ضمنيا تنظيم هذه الأخيرة للتشريع المعمول به، من خلال عدة نصوص نذكر منها **المادة الثالثة منه** التي نصت على أنه:" تمارس التجارة الإلكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما"[2]، كما نصت أيضا المادة **الرابعة منه** على:" يمكن أن تكون الإستثمارات الداعمة لأنشطة التجارة الإلكترونية موضوع تدابير تحفيزية طبقا للتشريع المعمول به"[3].

الفرع الثاني: رقمنة المديرية العامة للضرائب

تمت رقمنة المديرية العامة للضرائب من خلال جملة من الإجراءات والتدابير، وذلك بهدف تحسين خدماتها وتحقيق رضا المكلف بالضريبة، ولعل من أهم هذه الإجراءات والتدابير ما يلي:

أولا: استحداث موقع إلكتروني للإدارة الضريبة SITE WEB[4]

سعيا من إدارة الضرائب لتسهيل التواصل مع المكلفين بالضريبة أنشأت هذا الموقع الذي يسمح لهم بالإطلاع على كافة المعلومات الضريبية من قوانين متعلقة بجباية الضرائب، رسائل المديرية العامة للضرائب، القوانين المالية، وغيرها من المعلومات الأخرى.

[1] _ كقانون الضرائب لولايات المتحدة الأمريكية والمعروف ب:Internet tax free dom act ، الذي يضم كافة القواعد الضريبية المرتبطة في التجارة الإلكترونية، خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص475,

[2] _ المادة 03، من قانون التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[3] _ المادة 04 من قانون التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[4] _https://www.mfdgi.gov.dz vu le 01/05/2021 à 15H10.

ثانيا: تبسيط إجراءات تأسيس الملف الضريبي

كخطوة أولى للاستغناء عن الطابع الورقي لفرض الضرائب وتحصيلها والتوجه نحو الطابع الرقمي الإلكتروني، قامت المديرية العامة للضرائب بتبسيط إجراءات كيفية إنشاء الملف الضريبي وكذا إجراءات تسليم الوثائق الجبائية.

ثالثا: رقمنة إجراءات الترقيم الضريبي[1]

يمكن هذا الموقع الإلكتروني المكلف بالضريبة من الحصول على رقم التعريف الجبائي الخاص به إلكترونيا، وذلك عن طريق إدخال البيانات الخاصة به، كما يكنه أن يتأكد من صحة هذا الرقم وما إذ كان قيد النشاط أو موقف.

رابعا: استحداث نظام للتصريح والدفع الإلكتروني[2] **télé déclaration-télé paiement**

يعد نظام معلومات "**جبايتك**" الأول من نوعه فيما يخص تبسيط الإجراءات والخطوات الضريبية، حيث يسمح بالقيام بطريقة آلية بكل الوظائف الضريبية بداية من استقبال المكلفين بالضريبة وإلى غاية تحصيلها، وكذا مراقبتها والفصل في نزاعاتها.

ويعتبر هذا النظام إلزامي بالنسبة للمكلفين بالضريبة الخاضعين لمديرية كبريات المؤسسات (DGE)، وهي المؤسسات والشركات الأجنبية العاملة في مجال المحروقات والتي يفوق رقم أعمالها سقف معين، واختياري للمكلفين بالضريبة التابعين للمديرية العامة للضرائب والمراكز الجوارية لها.

المطلب الثاني: تحديات النظام الضريبي الإلكتروني الجزائري

رغم الخطوات الجزئية التي قام بها المشرع الجزائري من أجل تحديث النظام الضريبي الإلكتروني، إلا أن ذلك لم يشفع له للوصول إلى اعتماد تطبيق الضريبة الرقمية في البلاد، ما يجعله أمام تحديات عويصة ولعل من أهمها ما يلي:

الفرع الأول: وضع قانون خاص بالضرائب الإلكترونية

بالرغم من تنظيم المشرع الجزائري للتجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يستطيع تنظيم أساليب تحصيل المعاملة الضريبية ولا حتى طرق فض منازعاتها، وبالتالي يتوجب عليه إما إجراء تعديلات بما يتوافق والمعاملة الضريبية الإلكترونية، أو صياغة ووضع قانون خاص بالضرائب يظم كافة القواعد الضريبية المرتبطة بالمعاملات الإلكترونية.

[1]_ https://nifenligne. mfdg.gov.dz/ immatriculation fiscal en ligne, Vu le: 05/05/2021 à 17h40.

[2]_ https:// mfdg.gov.dz/ portailpublic/assets/docs/guide-télédeclaration.pdf, Vu le: 01/05/2021 à 15h30.

الفرع الثاني: تهيئة كوادر المديرية العامة للضرائب

من أجل مواجهة الفجوة الإدارية في مجال النظام الضريبي الإلكتروني ينبغي على المشرع الجزائري، أن ينص على شروط تهيئة الكوادر العلمية وحتى الفنية للمديرية العامة للضرائب، وذلك من خلال تزويد الجهاز الضريبي بأحدث الوسائل والتقنيات لتسهيل العملية الضريبية[1]، وكذا إخضاع أعوان وإطارات المديرية لدورات تدريبية وتأهلية بما يتلاءم وطبيعة المعاملات الإلكترونية[2].

الفرع الثالث: التعاون الضريبي على المستوى الدولي

بما أن تعميم فرض الضريبة على المعاملات الإلكترونية في كل الدول، يعد قضية وقت فقط، وذلك تطبيق لمبدأ العدالة الضريبية بين التجارة التقليدية والإلكترونية[3]، فإنه يتوجب على المشرع الجزائري التعاون مع الدول المتطورة والانخراط في المنظمات الدولية التي تنشط في هذا المجال، قصد الاستفادة من تجاربها ومواكبة التطورات العلمية الحاصلة في مجال النظام الضريبي الإلكتروني العالمي.

خاتمة:

نستخلص مما سبق أن النظام الضريبي الجزائري، يجب إعادة النظر فيه بما يتماشى والتطورات السريعة في مجال المعاملات الإلكترونية، حتى يتم تحويل الخدمة الضريبة الإلكترونية إلى واقع فعلي، يحقق نتائج مذهلة في جميع المستويات خصوصا على مستوى التجارة الإلكترونية التي تشهد أرباحها مستويات لا حدود لها، وعليه ومن خلال هذه الورقة البحثية توصلنا لمجموعة من النتائج هي:

_ وجود ثغرة قانونية بين المعاملة الضريبية الإلكترونية وقانون التجارة الإلكترونية رقم 05/18، الذي جاء خاليا من القواعد والأحكام الصريحة الخاصة بهذه المعاملة، وهذا رغم حداثة صدوره.

_عدم ملائمة القواعد الضريبية التقليدية المعمول بها، والتي أحالنا إليها المشرع من خلال قانون التجارة الإلكترونية، لتنظيم الضرائب الإلكترونية، وهذا نظرا للطابع االمميز للمعاملات الإلكترونية.

_ ضعف البنية التحتية والفنية للنظام الضريبي الإلكتروني الجزائري.

وعليه وبناء على ما تقدم يمكن تقديم التوصيات التالية:

---

[1] _سهاد كشكول، أثر التجارة الإلكترونية في فرض الضرائب، مجلة العلوم الإقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والإقتصاد، جامعة بغداد، مجلد18، عدد 68، ص ص 461_ 479، ص476، 477,

[2] _ حمري نجود، حمري نوال، تحديات تكييف النظام الضريبي مع التجارة الإلكترونية، الكتاب الدولي الجماعي حول واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر وإشكالية إخضاعها للضرائب والرسوم_ التحديات والحلول_، مرجع سابق، ص 165.

[3] _ دليلة معزوز، إشكالية فرض الضرائب: تحدي من تحديات القانونية الواقعة على التجارة الإلكترونية، الكتاب الدولي الجماعي حول واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر وإشكالية إخضاعها للضرائب والرسوم_ التحديات والحلول_ مرجع سابق، ص ص 248_261، ص 257، 258,

_ تعديل القانون رقم 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية من أجل تفعيل قواعده أو أحكامه مع مستجدات هذه التجارة، خاصة النظام الضريبي الإلكتروني، أو وضع قانون خاص بالنظام الضريبي الإلكتروني.

_العمل على مواكبة تطورات الدول المتقدمة في مجال النظام الضريبي الإلكتروني من خلال دراسة وتطبيق تجاربها في هذا المجال.

_ ضرورة التطوير من البنية التحتية والفنية للإدارة الضريبية بغرض تحسين خدماتها .

قائمة المراجع

أولا: الكتب

1_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

2_ سعد محي الدين، الإطار القانوني للعلاقة بين الممول الإدارة الضريبية، مكتبة الإشعاع الفنية، د. ذ . ب، د, ذ. س.ن,

3_ سعيد عثمان، شكري العشماوي، اقتصاديات الضرائب، الدار الجامعية، مصر، 2007.

4_ طارق الحاج، المالية العامة، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2009,

5_ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2004.

6_علي زغدود، المالية العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011

ثانيا: المقالات والمداخلات العلمية

1_ دليلة معزوز، إشكالية فرض الضرائب: تحدي من تحديات القانونية الواقعة على التجارة الإلكترونية، الكتاب الدولي الجماعي حول واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر وإشكالية إخضاعها للضرائب والرسوم_ التحديات والحلول_ كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة الأغواط، 2020، ص ص 24_261 .

2_ زواق الحواس، بوعلام ولهي، الضرائب على التجارة الإلكترونية_ المشكلات وآليات الإخضاع_، مقال منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

http://dspace.univ-msila.dz, Vu le 02/05/2021 à12H13.

3_ نجود حمري، نوال حمري، تحديات تكييف النظام الضريبي مع التجارة الإلكترونية، الكتاب الدولي الجماعي حول واقع التجارة الإلكترونية في الجزائر وإشكالية إخضاعها للضرائب والرسوم_ التحديات والحلول_، مرجع سابق، ص ص157_ 174

4_سهاد كشكول، أثر التجارة الإلكترونية في فرض الضرائب، مجلة العلوم الإقتصادية والإدارية، كلية الإدارة والإقتصاد، جامعة بغداد، مجلد18، عدد 68، ص ص 461_ 479.

ثالثا: القوانين

1_ قانون رقم 18/ 05، مؤرخ في 05/10/ 2018، يتعلق بقانون التجارة الإلكترونية، ج. ر، عدد 28، صادر بتاريخ 10/ 05/ 2018.

رابعا: المواقع الإلكترونية

1_https://www.mfdgi.gov.dz vu le 01/05/2021 à 15H10.

2_ https://nifenligne. mfdg.gov.dz/ immatriculation fiscal en ligne, Vu le: 05/05/2021 à 17h40.

3_https:// mfdg.gov.dz/ portailpublic/assets/docs/guide-télédeclaration.pdf, Vu le: 01/05/2021 à 15h30.

4_http://dspace.univ-msila.dz, Vu le 02/05/2021 à12H13.

الوساطة الالكترونية: وسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية

د. خواثرة سامية، جامعة امحمد بوقرة – بومرداس- الجزائر

ملخص:

تهتم هذه الدراسة بآليات تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التجارة الالكترونية، والتركيز على أهم الوسائل المعمول بهما على المستوى الدولي سواء من الناحية التشريعية أو بالنسبة للجهات القضائية وهما وسيلتي الوساطة الإلكترونية، والتحكيم الإلكتروني، على خلاف الوسائل البديلة الاخرى كالصلح والتوفيق حيث قمنا في هذا البحث بتحديد إشكالية في مدى كفاية وقدرة المشرع الجزائري في إيجاد مرجعية قانونية في حل وتسوية النزاعات الإلكترونية وفقا لهذه الآلية، مقارنة بما هو المعمول به على المستوى الدولي، خاصة تلك الاجراءات الواجب تطبيقها والتقاضي بشأنها، خاصة وأنها أصبحت الوسيلة البديلة الأهم لأنها تعبر عن العدالة الفاعلة.

كلمات مفتاحية: آليات تسوية المنازعات، المعاملات الالكترونية، الوساطة الالكترونية، وسيط، التقاضي الإلكتروني.

Abstract:

This study is concerned with the mechanisms for resolving disputes arising from e-commerce contracts, and focusing on the most important means applicable at the international level, both legislatively and for the judiciary, namely e-mediation and electronic arbitration, unlike other alternative means such as reconciliation and reconciliation, where we have identified in this research the problem of the subject, which boils down to the statement of how to resolve disputes that arise when implementing e-commerce contracts, which are concluded through the Internet theoretically and practically through the electronic mediation mechanism, to see how The adequacy and ability of the Algerian legislator to find a legal reference in resolving and resolving electronic disputes in accordance with this mechanism, compared to what is applicable at the international level.

Keywords: Dispute resolution mechanisms, Electronic transactions, Electronic mediation, Intermediary, Electronic litigation.

مقدمة:

تعتبر الوساطة احدى طرق تسوية المنازعات بصورة عامة، غير أن الوساطة الإلكترونية من الموضوعات المستحدثة مثلها مثل التحكيم، وهي آلية لحل المنازعات بطريقة سلمية وودية بين أطراف النزاع عن طريق تدخل طرف ثالث محايد يسمى الوسيط، ودوره يختصر في تقريب وجهات النظر بين الطرفين وصولاً الى حل مرضي لهم.

وتظهر أهمية الموضوع دور الوساطة الالكترونية في وضع الحلول الممكنة للمنازعات التي تحدث عن طريق التعاملات الالكترونية ، داخل الواقع الافتراضي، لذلك وجب اعادة النظر في القواعد القانونية التي تنظم طرق ووسائل حل المنازعات الالكترونية، وسن نصوص تتفق وطبيعة المنازعة التي تثور في مجال التجارة الالكترونية سواء الداخلية أو الخارجية.

وسنحاول من خلال هذا البحث أن نبين أهمية الوساطة الإلكترونية لحل المنازعات التي تنشأ عبر الانترنيت من خلال الإجابة على الإشكالية التالية: ما مفهوم الوساطة الإلكترونية ومدى فعاليتها كآلية لتسوية المنازعات الإلكترونية؟ وسنتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي كمنهج ملائم لتحديد الاطار المفاهيمي للمصطلحات القانونية، كما نتناول المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية التي تناولت الوساطة في القانون الجزائري لمعرفة مدى ملائمة هذه الآلية لطبيعة وظروف المنازعات التي تحدث إلكترونيا، وايجاد الحل لها عن طريق هذا السبيل الودي .

ورأينا تقسيم هذا البحث الى خطة ثنائية تتكون من مبحثين ثم نصل لخاتمة تتضمن النتائج المتوصل اليها وبعض من التوصيات.

المبحث الأول: مفهوم الوساطة الالكترونية

أدخل المشرع الجزائري الوساطة كأسلوب حديث لتسوية النزاعات من خلال نصه عليها في قانون الاجراءات المدنية والادارية ضمن المواد من 994 الى 1005 في الفصل الثاني تحت عنوان الوساطة من الباب الاول المتعلق بالصلح والوساطة من الكتاب الخامس في الطرق البديلة لحل النزاعات، وسنتطرق في هذا المبحث الى مطلبين، نتناول في الاول مفهوم الوساطة الالكترونية لنتطرق في المطلب الثاني على الية سير الوساطة.

المطلب الأول: تعريف وخصائص الوساطة الالكترونية

نتناول في هذا المطلب تعريف الوساطة الالكترونية من خلال تحديد خصائصها، ثم نميزها عن ما يشابهها من أنظمة التسوية للمنازعات الإلكترونية.

تعرّف الوساطة على أنها عملية يوافق طرفا النزاع من خلالها على العمل مع شخص أو طرف ثالث محايد لحل النزاع القائم بينهما، مع منح كامل السلطة للمتنازعين في قبو ل الوساطة أو رفضها، مع انصراف عمل الوسيط و بذل جهوده صوب نقاط الخلاف و اقتراح سبل الحل[1]، كما عرفت بأنها "عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط يسعى الى مساعدة اطراف النزاع للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمها لمحاولة التوصل الى حل وسط يقبله الطرفين"[2].

كما تم تعريفها في قانون الاونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي ضمن المادة الاولى على أنها:" أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر، أو أشخاص آخرين مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموقف الصلاحية لفرض حل النزاع على الطرفين"[3].و المشرع الجزائري لم يعرف الوساطة صراحة وإنما أجازها كطريق لتسوية المنازعات بطريقة ودية، وتجدر الإشارة الى أنه أجازها في كل المنازعات باستثناء قضايا الاسرة والشؤون العمالية، وكل ما تعلق بالنظام العام طبقا لنص المادة 994 من ق.إم.إ.ج.

ولا يختلف تعريف الوساطة الإلكترونية عن الوساطة التقليدية كآلية بديلة لتسوية نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، ولقد تم تعريفها بأنها: "عملية تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الإنترنت، وتهدف إلى تسهيل التعاون و التفاوض بين أطراف النزاع، للتوصل إلى حل عادل يقبله أطراف النزاع"[4].

من خلال هذا التعريف يمكننا أن نستنتج أن الاختلاف الجوهري بين الوساطة الإلكترونية والتقليدية في أن الاولى تتم افتراضيا بوسائل الكترونية، بحيث يتواجد الأطراف والوسيط افتراضيا عبر شبكة الانترنت، في وقت واحد وان تعددت الأمكنة التي يتواجدون فيها، ولهذا تعتبر الوساطة الإلكترونية من أهم الوسائل لحل نزاعات عقود التجارة الإلكترونية، ذلك أنها تتم عن بعد وهذا يوفر الوقت والجهد والمال، كما يضمن الحل للمنازعات التجارية الدولية التي لا يحتاج فيها الاطراف والوسيط التنقل.

من أهم وأبرز الخصائص والمزايا التي تتمتع بها الوساطة الإلكترونية، انها آلية تعتمد على فعالية الأدوات المستخدمة منذ لحظة إحالة النزاع لحين فصله في عملية الوساطة الإلكترونية، في شكل مناقشات وحوارات عبر وسائط على شبكة الانترنت، تمكنهم من التفاوض على كيفية تسوية النزاع، ويتم إخطار طرفي النزاع بأوقات ومواعيد جلسات الوساطة عن طريق رسائل إلكترونية، وذلك كما تسمح لهم البرامج والتطبيقات تبادل المستندات والوثائق وتمكنهم من تحميلها وكذلك تخزينها، من أجل تقديمها للمحكمة للتنفيذ[5].

وتتميز الوساطة الإلكترونية ببساطة الإجراءات ووضوحها، لذلك تعتبر وسيلة فعالة جدا في منازعات عقود التجارة الدولية، حيث نجد أن مراكز الوساطة خصصت صفحة على موقعها الإلكتروني تدرج فيها أسماء لوسطاء الأعضاء في المركز، مع ما لديهم من مؤهلات وخبرات وكفاءات عملية وقانونية، لتسهل على الاطراف المتنازعة من التعرف والتقرب من هذه المراكز والحصول على وسيط يجري التسوية بينهم[6]. كما تتيح الوساطة الإلكترونية لطرفي النزاع حرية الانسحاب واللجوء للتقاضي في أي مرحلة من مراحلها دون أن يكون لها أي تأثير على اجراءات التقاضي[7].

المطلب الثاني: الشروط الواجب توافرها في الوسيط

يلعب الوسيط دورا هما في الوساطة الالكترونية لذا تشترط فيه التشريعات المقارنة أن يتمتع بمجموعة من الصفات نظرا للمركز القانوني الذي يحتله في تقريب وجهات النظر بين الاطراف المتنازعة، حيث نجد مراكز الوساطة الإلكترونية تستوجب توفر شروط في الوسيط عند قيامه بالوساطة وهي نفسها ذات الشروط التي تستوجبها الوساطة التقليدية، نلخصها في ما يلي:

- ✓ تمتع الوسيط بكل المؤهلات العلمية، والكفاءة العملية في ادارة النزاعات الالكترونية، ولعل أبرزها تمكنه من استعمال الوسائل الرقمية ذات التكنولوجيا الحديثة، فن التحاور والاقناع.
- ✓ الحيادية والموضوعية التامة.
- ✓ السرية والنزاهة والامانة في ادارة اعمال الوساطة الالكترونية .
- ✓ توفر الشفافية، من خلال اطلاع أطراف النزاع على كل مجريات الوساطة من المفوضات وحتى الحكم وما تحتاجه من تكاليف ورسوم ومصاريف ونفقات الخبرة ونحو ذلك خلال عملية الوساطة[8].

وتجدر الإشارة الى أن دور الويسط يختلف بحسب ما يطلب منه أطراف النزاع وبذلك تتنوع الوساطة التي يقوم بها فقد تكون وساطة الكترونية استشارية حيث يكون دوره يقتصر على الخبرة، كما قد يرتقي دوره في الوساطة الى وساطة الكترونية تحكيمية اذ يكون دوره هنا شبيها بدور محكم التحكيم[9]، وقد يتم الاتفاق على هذا الوسيط ليدير أعمال الوساطة وطلق على هذا النوع الوساطة الاتفاقية[10].

وتناول المشرع أحكام خاصة بالوسيط ضمن نص المادة 997 من ق.إم.إ.ج أين أسندها لشخص طبيعي أو جمعية، والسؤال المطروح ما مقصوده بهذه الاخيرة مع أنه وفي كل الحالات يجب ا يكون الوسيط شخص طبيعي حتى وان كان ينتمي الى شخص معنوي كمراكز الوساطة، لأنه لا يعقل ممارسة مهام الوساطة من شخص معنوي الذي يحتاج وفي كل الأحوال الى شخص طبيعي يمثله.

كما أدرج ضمن نص المادة 998 من نفس القانون شروط تولي الوساطة، ونلخصها في أن يكون الوسيط مؤهلا، محايدا، مستقلا، غير مسبوق بجريمة مخلة بالشرف، أو ممنوعا من ممارسة حقوقه المدنية.

المبحث الثاني: الإجراءات القانونية لممارسة الوساطة الالكترونية .

تمر الوساطة الالكترونية بمجموعة من الراحل تتخللها مجموعة من الاجراءات تبدأ بتقديم طلب للوساطة وتنتهي بالحكم فيها، ونتناول في هذا المبحث المراحل التي تمر بها الوساطة، ضمن المطلب الأول، وكيفية التقاضي الالكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الأول: المراحل التي تمر بها الوساطة الإلكترونية

تمر الوساطة بمراحل مهمة تبتدأ بتقديم طلب من طرف أطراف النزاع ، يتضمن قبولهم للوساطة الالكترونية كآلية لتسوية نزاعهم، ويجب أن يتضمن هذا الطلب أسماء طرفي النزاع وعناوينهم، وطلاق التواصل معهم كالبريد الإلكتروني.كما وقد يتضمن تعيين للوسيط الذي يقوم بذلك، ويدعم هذا الطلب بتوقيعهم، وفي حالة اتفاق الطرفين على تسوية النزاع عن طريق الوساطة، يجب ادراج ملخص عن وقائع النزاع طبقا لما جاء في نص المادة الثالثة من قواعد الوساطة الخاصة بمركز تحكيم ووساطة التابع للمنظمة الدولية للملكية الفكرية wipo[11].

يوجه الطلب الى المركز المعني بالوساطة للإطلاع عليه والتأشير بقبوله، ثم يتم اعلام الاطراف المعنية بهذا القبول واحالته للنظر في النزاع المطروح، غر أنه اذا لم يبين أطراف النزاع ارادتهم في اختيار الوساطة كآلية لحل النزاع يمك للمركز طرح الموضوع ولهم مدة 30 يوما، للرد بالموافقة لتبدأ اجراءات الوساطة .

لقد أشرنا الى أنه يمكن للأطراف تحديد وسيط، لكن قد يضع المركز قائمة بأسماء الوسطاء، وعلى طرفي النزاع الموافقة على الوسيط والإجراءات، ليتم الانتقال الى مرحلة المناقشة والتحاور حول موضوع النزاع، ويتم ذلك بتبادل الرسائل الالكترونية عبر مختلف الوسائط الالكترونية وأهمها البريد إلكتروني ويحدد زمان لحضور جلسات الوساطة لمناقشة طلباتهم والتداول معهم حول موضوع النزاع بهدف التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين[12].

تعقد جلسات الوساطة الإلكترونية من أجل حل الخلافات الجوهرية الاتفاق على حل ودّي يرضي الجميع، ليقوم الوسيط بعد ذلك بإعداد اتفاق التسوية النهائية ويلزم عرضه على طرفي النزاع حتى يتم التوقيع عليه، وخلال جلسات الوساطة يستطيع كل طرف من تعديل طلباته أو بياناته التي قدمها للمركز أو التي أرفقها بطلب الوساطة، وهذه العملية تتم بواسطة النقر على الخانة المخصصة له بعد الدخول إلى عنوان الموقع الإلكتروني الخاص بالمركز، ثم يقوم بإدخال العنوان الإلكتروني و اسم المرور الذي سبق أن

أرسله له الوسيط و الخاص بالنزاع المراد إجراء التعديل عليه، وفي نهاية هذه العمليات تظهر قائمة على شاشة الحاسوب تتضمن القضايا وأرقامها ليقوم باختيار رقم القضية المطلوبة والدخول عليها بالنقر على الخانة الخاصة بها، وإجراء التعديل المراد القيام به، بعد ذلك ينقر عل مفتاح "اقرأ وأرسل رسالة" مع إرسال نسخ للوسيط وعدد المتنازعين[13].

تحتاج الوساطة الالكترونية الى رسوم وتكاليف مثلها في ذلك مثل أي طريقة للتقاضي أو التحكيم، وتنقسم رسوم الوساطة الإلكترونية إلى أنواع: فهناك رسوم التسجيل وهي الرسوم التي يستلمها المركز بمجرد قيد الطلب لديه، وهناك المصاريف الإدارية وتتمثل في تكاليف المراسلات والإخطارات، وكل المصاريف اللازمة لنظر النزاع، كما يوجد أجر الوسيط وهو ما يعرف بأتعاب الوسيط في عملية الوساطةالإلكترونية[14].

تنتهي عملية الوساطة بتوقيع المتنازعين على محضر بالتسوية يشمل كل المسائل موضوع النزاع بينهما أو أي مسألة منها، أو يقوم الوسيط بإنهاء العملية إذا رأى أنه من غير الممكن مواصلة الوساطة حيث لا تؤدي إلى إيجاد حل لفصل النزاع، أو يقوم أحد الطرفين المتنازعين في أي وقت بعد بدأ إجراءات الوساطة وقبل التوقيع على أي اتفاق بشأن تسوية النزاع بإنهاء عملية الوساطة.

بعد انتهاء عملية الوساطة ومهما كانت نتيجتها يرسل الوسيط فورا إخطارا مكتوبا إلى المركز يعلمه فيه بانتهاء الوساطة، ويقع على هذا الأخير واجب المحافظة على ما ورد في هذا الإخطار من معلومات، وأن لا يكشف لأي شخص عن وجود عملية الوساطة لديه أو عن نتيجتها، كما يجب عليه إعادة كل الوثائق والمستندات للأطراف والتي قدموها خلال عملية الوساطة، إلا في حالة استعمال المعلومات الخاصة بموضوع الوساطة في أية معطيات إحصائية ينشرها تكون متعلقة بنشاطه شرط أن لا يكشف عن هوية أطراف النزاع وهذا ما نصت عليه المادة 19 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو[15].

وتجدر الإشارة الى أن المشرع الجزائري تناول الوساطة التقليدية وربطها بالقضاء المسؤول عن تنظيم اجراءاتها، والرقابة على حسن سيرها، كما يشرف على تنفيذ قراراتها ولعل هذا ما يثبط فعاليتها في صورتها التقليدية فما بال اذا كانت في صورتها الإلكترونية.

المطلب الثاني: أهمية التقاضي الالكتروني بواسطة الوساطة الالكتروني

لقد أثرت التكنولوجيا والثورة الرقمية الحاصلة في جميع مناحي الحياة على التقاضي باعتباره من أهم الركائز التي تقوم عليها المجتمعات، أين أصبحت الرقمنة ضرورة فى المجال القضائي، فأصبح تطبيق التحول الرقمى ومواكبة التقدم التقنى الجديد فى رقمنة العملية القضائية وتطبيق التقاضى الإلكترونى عن بعد توفيرا للوقت والجهد وتلافيا لما قد يشوب النظام القضائى التقليدى من صعوبات، لتحقيق العدالة الناجزة.

ان انشاء آلية عمل غرف التقاضى الالكترونى بالمراكز التي تعتمد الوساطة كآلية بديلة للقضاء، أين تبدأ بقيام احد أطراف النزاع بعرض طلبه عن طريق الموقع الالكترونى الخاص بالمركز، حيث يتم استلام هذا الطلب وكافة المستندات المرفقة معها بمعرفة القائمين على إدارة هذا الموقع ثم تقوم بإرسالها إلى الوسيط المختص الذى يقوم بفحص المستندات والتأكد من هوية المستخدم، ويرسل للمتقاضى رسالة الكترونية يعلمه باستلام الطلب والقرار الصادر بشأنه لكن بعد ما تتم مناقشات ومجريات الوساطة الالكترونية.

غير أنه على الرغم من أن اجراءات التقاضي بواسطة الوساطة الالكترونية له مميزات أهمها أن طبيعتها الالكترونية تجعل اجراءاتها تتميز بسهولة الاطلاع على طلب الوساطة عن بعد، مع إمكانية تبادل المستندات والوثائق بسهولة وتقديم الطلبات بذات الوقت دون تأجيل النظر في القرار لأكثر من أجل، بالإضافة إلى التخلص من الأعمال الروتينية فى إيداع الطلب وتسجيله وتسديد رسومه وتوفير الوقت إضافة إلى حماية الشهود والخبراء وضحايا الجرائم، فضلا عن اختفاء النظام الورقى ككل، لكن على الرغم من اجابيات الوساطة الالكترونية لأنها تتم في قاعات افتراضية، يجب الإنتباه الى عامل الأمان الذي يحتم على المراكز أن تنتبه اليه وتعمل على تحقيقه وتفعيله، خاصة من ناحية هوّية مستخدم نظام جلسات الوساطة عن بعد، ومدى صلاحيته لحضورها بغية عدم إغراق النظام بكثرة المستخدمين، إلى جانب ضمانات السرية والخصوصية التامة أثناء تداول الجلسات وان يكون النظام مربوطا مع بصمة صوتية محفوظة بملف الدعوى الإلكترونية، وذلك كضمانة عندما يرغب الوسيط فى سماع أقوال أي من الخصوم وكذا ضمانة فى تثبته من شخصية وبيانات المتعامل، لذلك علينا أن نشير إلى ضرورة التزام مستخدم غرف التقاضى الاليكترونية بذات التقاليد والآداب المتطلب توافرها فى القضاء التقليدى بالإضافة إلى ما يفرضه النظام الاليكترونى من مقتضيات يستلزمها ذلك النظام المستحدث ومنها غلق جميع الهواتف والأجهزة غير المستخدمة أثناء عملية حضور جلسات الوساطة والاتصال المرئى عن بعد، وعدم استخدام أى أجهزة تصوير أو تسجيل أو غيرهما .

واذا كانت الوساطة التقليدية هي وسيلة بديلة لفض المنازعات بين طرفي النزاع عن طريق شخص ثالث من الغير –الوسيط – بالتواجد المادي لأشخاص النزاع والوسيط وتتم جلسات عملية الوساطة بمقتضى اتفاق وساطة شرطاً كان أو مشارطة مكتوب على ورق عادي وموقع عليه من طرفي النزاع بخط اليد على دعامة ورقية، وسير اجراءات عملية الوساطة بالحوار والكتابة التقليدية على دعامات ورقية عادية وموقعة بخط اليد من الوسيط وطرفي النزاع، فبعد انتشار الثورة الالكترونية وحصل التطور الكبير في وسائل الاتصال الالكترونية كان لابد من أن يشمل هذا التطور الطرق البديلة لقضاء الدولة لفض

المنازعات، ولما تمتاز به الوساطة من سرعة وسرية وخبرة وتوفير الجهد والوقت والاقتصاد في الاجراءات، كان لزاما أن تتجه هي أيضا الى التحول الرقمي وتتم هي أيضا بوسائل الاتصال الالكترونية اي عبر شبكة الانترنيت، خاصة بعد انتشار العديد من المواقع الالكترونية لمراكز ومؤسسات الوساطة التي تعرض خدمة الوساطة الالكترونية على موقعها بشبكة الانترنت وبذلك يمكن تسوية منازعات التجارة الالكترونية بنفس الية ابرام العقود الالكترونية باستخدام شبكة الانترنت دون حاجة الى التواجد المادي لطرفي الوساطة والوسيط في مكان واحد . فالوساطة الالكترونية كالوساطة العادية التقليدية، ولكنها تكتسب صفة الالكترونية من الوسيلة او الطريقة او الكيفية التي تتم بها، وتمارس الوساطة الالكترونية من خلال مراكز ومؤسسات الوساطة التي تقدم خدمة الوساطة الالكترونية عبر شبكة الانترنت حيث يوجد في موقع كل منها امانة عامة تتلقى طلبات الوساطة الالكترونية التي يقوم المدعي بإرسالها بعد ملئ نموذج طلب الوساطة المعد سلفاً على موقع مركز الوساطة بشبكة الانترنت مرفقاً بها.

لقد أصبح ممارسة الوساطة الالكترونية امراً ممكناً من بدايتها من خلال اتفاق الوساطة، مرورا بالطلبات والأدلة والمستندات الالكترونية، ثم يقوم المركز بإخطار المدعي عليه في الوساطة فإذا كان جوابه بالرفض تنتهي اجراءات الوساطة اما اذا كان رده بالقبول يقتح ملفاً للقضية ويعد صفحة للنزاع على موقع مركز الوساطة بشبكة الانترنت ويزود طرفي الوساطة وهيئة الوساطة بكلمة السر لدخول الموقع واستعراض النزاع وتدار جلسات الوساطة الالكترونية من خلال شبكة الانترنت ثم يحرر في نهاية كل جلسة محضراً يرسل الى طرفي الوساطة بصورة الكترونية لقراءته والتوقيع عليه الكترونياً ثم يعاد ارساله من طرفي الوساطة الى الوسيط عبر موقع قضية الوساطة على الانترنت ويتم تقديم وتبادل الادلة والمستندات والوثائق وعرض كل طرف لأدلته من خلال المرافعة والحوار باستخدام الوسائل الالكترونية، ويقوم الوسيط بعد الاطلاع وسماع الادعاء والدفاع وفحص ادلة الاثبات بقفل باب المرافعة تمهيداً لإصدار التوصية بصورة الكترونية اي بالطريقة نفسها التي تمت بها اجراءات عملية الوساطة بأغلبية اعضاء هيئة الوساطة وتوقع التوصية بتوقيع الكتروني من اعضاء هيئة الوساطة وطرفي النزاع وتعلن التوصية عن طريق البريد الالكتروني وتوضع على موقع القضية بشبكة الانترنت[16].

خاتمة:

تتسم قواعد الوساطة التقليدية العادية بصعوبة تماشيها وإدارتها للنزاعات الناشئة في اطار المعاملات الالكترونية، وذلك لأنها وضعت في وقت كانت التصرفات تحتاج لإثباتها وإجازتها وانجازها الى الكتابة والتوقيع على الورقة من اجل مواكبة التطور القانوني للتطور التكنولوجي، ومع تطور المعاملات خاصة التجارية منها التي اصبحت تتم عبر الانترنيت، فكذلك يجب أن يتم حل النزاعات الناشئة في اطار هذه

المعاملات عبر شبكة الانترنيت أي الكترونيا، لهذا نقدم بعض التوصيات التي تخدم التحول الالكتروني وعلى وجه الخصوص انتقال الوساطة من مظهرها التقليدي الى الالكتروني الحديث:

- ✓ يجب توظيف تقنية الاتصالات والمعلومات الالكترونية في الوساطة الالكترونية والتي كما اوضحنا انفاً بأنها تعتبر فكرة حديثة في طور التكوين تحتاج الى جهود علمية مخلصة ، وسن تشريعات قانونية جديدة تعترف بالوساطة الالكترونية ، وبفض المنازعات الكترونياً.
- ✓ يجب أن يتم اتجاه التشريع الجزائري اتجاه نظام التسوية الإلكترونية للمنازعات باستخدام التكنولوجيا بشرط أن يكون التعديل الجديد صالحا للتطبيق ومتناغم مع المجتمع وأن تكون موائمة بين تطوير جميع الخدمات المعاونة كالقضاء الرسمي الذي له دور هام وهو اصدار قرارات تنفيذ أحكام الوساطة الالكترونية، باعتبار ذلك جزء لا يتجزأ من منظومة العدالة وضرورة تحقيق العدالة الناجزة بتجهيز قاعات المحاكم وتزويدها بالتكنولوجيا الحديثة أيضا، ونشدد على أهمية ى تطبيق منظومة التقاضى الحديثة عن بعد، لابد من تطوير وسائل الإعلان واستخدام التكنولوجيا فى الاعلان بالدعاوى والطلبات، مما يستوجب تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الذي يجب أن ينص على توظيف التكنولوجيا لتسهيل إجراءات التقاضى بما يحقق العدالة الناجزة.
- ✓ ايجاد قواعد وسبل قانونية لتنظيم حلول من خلال سن قوانين جديدة او تطويع القواعد التقليدية التي تحكم قواعد التجارة التقليدية لتحكم التجارة الالكترونية حيث تكون تلك القوانين ملائمة مع طبيعتها، فكان لزاما على المشرع النص على آليات تسوية المنازعات في اطار التجارة الالكترونية مثل التحكيم والوساطة الإلكترونية ضمن القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية
- ✓ والسؤال الذي نطرحه هل اذا تحول القضاء الرسمي الى تحول الكتروني هل ستفقد الوساطة دورها كآلية بديلة لتسوية النزاع أم أن تطورها أيضا في اطار وساطة الكترونية يجعها الوسيلة البديلة وبامتياز في حل المنازعات خاصة المتعلقة بالتجارة الدولية وتحديدا الالكترونية منها.

الهوامش:

[1] دليلة جلول ، الوساطة القضائية في القضايا المدنية والادارية، دون طبعة، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص20.

[2] http//www.bambooweb.com/articles/m/mediation.html.

[3] انظر المادة 3/1 من قانون الاونسيترال النموذجي للتوفيق التجاري الدولي لسنة 2002 على الموقع:

model_conciliation.htmlhttp://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/2002

[4] محمد احمد علي المحاسنة، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو ايجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة، قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجيستير في القانون كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، 2006، ص ص 177-178

[5] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، الوسائل الإلكترونية لفض المنازعات، الوساطة، التوفيق، التحكيم، المفاوضات المباشرة، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010 ، ص 181.

[6] محمد احمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص ص 181-185. راجع كذلك محمد نهي، الطرق البديلة لتسوية النزاعات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون الاعمال، كلية الحقوق، جامعة الجزائر ، 2012، ص ص 32-33

[7] Medsation faq's : questions and answerat.h ttp//www.conflict resolution .com/ mediation ADR mediatorhtml .

[8] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 31-34.

[9] رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2009، ص ص 25-27، عروي عبد الكريم، الطرق البديلة في حل المنازعات القضائية" الصلح والوساطة القضائية" طبقا لقانون الإجراءات المدنية والإدارية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر ، 2012 ، ص 86.

[10] محمد احمد علي المحاسنة، المرجع السابق، ص 177.

[11] تنص المادة الثالثة من قواعد الوساطة الصادرة عن المنظمة الدولية للملكية الفكرية على الموقع:http://www.wipo.int على مايلي :

a, Une partie a une convention de médiation qui souhaite introduire une procédure de médiation soumet par écrit au centre une demande de médiation .elle en adresse simultanément copie a l'autre partie.

B, Doivent figurer dans la demande de médiation ou y être joints :

I ,les noms, adresses et numéros de téléphone et de télécopie et les adresses électroniques des parties au litige et du représentant de la partie qui soumet la demande de médiation, ou toute autre indication permettant de communiquer avec eux,ii, une copie de la convention de médiation, et iii, une brève description de la nature du litige.

[12] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 35-37.

[13] سمير خليفي، المرجع السابق، ص 138.

[14] محمد ابراهيم ابو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص 38-40.

[15] تنص المادة 19 من قواعد الوساطة للمنظمة العالمية للملكية الفكرية الويبو على مايلي:

a, l'issue de la procédure de médiation, le médiateur adresse au centre, a bref délai, une notification écrite l'informant de la clôture de la procédure de médiation, indiquant la date de clôture, l'issue de la médiation et, en cas de règlement, si celui- ci est total ou partiel. Le médiateur envoie aux parties une copie de la notification adressée au centre.

B, le centre garde secrète cette notification du médiateur et ne peut, sans l'autorisation écrite des parties, divulguer a quiconque ; ni l'existence, ni l'issue de la procédure de médiation.

C ; le centre peut néanmoins faire figurer des renseignements concernant la médiation dans toutes données statistique globales qu'il publie sur ses activités, a condition que ces renseignements ne permettent pas d'identifier les parties ou les circonstances particulières du litige

[16] حسني المصري ، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، الطبعة الاولى، 2006، ص55.

واقع البنوك الالكترونية في ظل النظام الجزائري

د. خضري حمزة، جامعة محمد بوضياف المسيلة

ط.د روباش سليمة، جامعة محمد بوضياف المسيلة

الملخص:

نتيجة لتطورات تكنولوجيا الاعلام والاتصال، وتزايد عمليات التجارة الالكترونية أصبح احتياج الدولة الجزائرية كبير لنوعية جديدة من البنوك غير التقليدية، تتجاوز نمط الأداء الاعتيادي، لا تتقيد بمكان معين أو زمان محدد، منخفضة التكاليف عالية الجودة وهو ما يتوفر في البنوك الالكترونية؛ هذه الأخيرة تكتسي أهمية بالغة في تطوير الاقتصاد لما تقدمه من خدمات شاملة.

إن البنوك الالكترونية تساوي خدمة مالية في كل وقت ومن أي مكان، مما يجعلها موضوع بالغ الأهمية لتحديد مفاهيمه والتعرف على أنماطه واستراتيجيات الدولة في تكريسه.

الكلمات المفتاحية: البنوك الالكترونية، الصيرفة الالكترونية، المرافق الالكترونية، المرفق المصرفي، التكنولوجيا في المصارف.

Abstract:

As a result of the developments of ICT, and the increased e-commerce processes, the Algerian state's need for a new quality of non-traditional banks, which goes beyond the usual pattern of performance, does not adhere to a particular place or time, low-cost, high-quality, which is available in electronic banks, the latter is very important in the development of the economy for its comprehensive services.

Electronic banks are equal to financial service all the time and from anywhere, making them a critical topic to define their concepts and identify their patterns and state strategies in devoting them.

Keywords: electronic banks, electronic banking, electronic facilities, banking facility, technology in banks.

مقدمة:

البنوك الالكترونية تعد واحدة من أهم مؤشرات النهضة الاقتصادية، نظرا لإسهامها الواسع في توفير متطلبات الاستثمار والتنمية، إذ يمكن من خلالها قياس مستوى التقدم والتطور الاقتصادي لأي مجتمع، فهي تقوم على استخدام تكنولوجيات متطورة جدا في تنفيذ العمليات المصرفية، وقد زادت أهمية البنوك الالكترونية في الآونة الأخيرة نتيجة التوجه الكبير نحو التجارة الالكترونية، وتطلع الأفراد وانجذابهم لتكنولوجيات الاعلام والاتصال التي جعلت من العالم قرية صغيرة.

فأصبح لزاما على الدولة الجزائرية اللجوء إلى نظام البنوك الالكترونية لما توفره من تنمية اقتصادية، وتسهيل لحياة الأفراد، نتيجة لسهولة الحصول على خدمات البنوك الالكترونية وما توفره من ربح للوقت والمال ،والجهد مقارنة بالبنوك التقليدية، التي تتميز بالبطء وكثرة التعقيدات، ولذلك ونظرا للأهمية البالغة لهذا المفهوم والفضول نحو مصطلح E-Bonking و الذي كون عند رغبة شخصية للتعرف على هذا المفهوم وبيان أهميته.

كما تظهر أهمية هذا الموضوع باعتباره مواضيع من مواضيع الساعة لارتباطه بالتجارة الالكترونية وتكنولوجيا الاعلام والاتصال، ولذلك فإن هذه الدراسة تهدف إلى التعريف بالبنوك الالكترونية وبيان جهود الدولة الجزائرية لتجسيدها في المجتمع، وبناء على ما تقدم من معطيات يمكن طرح الإشكالية التالية:

فالمقصود بالبنوك الالكترونية؟ وكيف سعى النظام الجزائري لإرساء هذا الكيان؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقييم الدراسة إلى محورين:

المحور الأول: البنوك الالكترونية؛

المحور الثاني: عصرنة النظام البنكي في الجزائر.

المحور الأول: البنوك الالكترونية

نظرا للنمو المتسارع لتكنولوجيات الاعلام والاتصال والذي أثر على جميع أنظمة الدول، خاصة فيما يتعلق بالتجارة وتزايد حجم عمليات التجارة الالكترونية بشكل كبير، سار لابد من تطوير البنوك والعمل المصرفي إلى ما يساير هذا النوع من التكنولوجيا.

أولا: مفهوم البنوك الالكترونية

تعد هذه البنوك اتجاها حديثا، ومغايرا للبنوك التقليدية لما تحققه من مزايا، أهمها سرعة سهولة ودقة الخدمة، كل ذلك دون قيد الزمان والمكان، لذلك فقد عرفت انتشارا واسعا في البلدان المتطورة لما توفره من خدمات وتسهيلات مواكبة بذلك العصر التكنولوجي الحالي، وهو ما سنتعرف عليه من خلال النقاط التالية:

1. نشأة البنوك الالكترونية

فكرة البنوك الإلكترونية ظهرت للوجود نتيجة تطور مفهوم الخدمات المالية عند بعد، لتتحول من مجرد تنفيذ أعمال عبر هط خاص، ومن خلال برمجيات يتم إنزالها على نظام الكمبيوتر الشخصي للعميل، إلى بنك الكتروني يقدم كافة خدماته المصرفة على الأنترنت، وأول بنك افتراضي بدأ يقدم خدماته على شبكة الأنترنت هو "نت بنك" (Net Bank)، تأسس في ظل شبكة الأنترنت العالمية، نمت أعماله من عام 1995 إلى الآن، وزادت أسعار الأسهم الخاصة به بنسبة 717% في عام 1997، كما لم يقم أحد بزيارة مكاتبه، أو يلتقي أحد موظفيه، ذلك لأن هذا البنك يمارس كل أنشطة البنوك التقليدية من خلال الأنترنت، بدءا من فتح الحسابات الجارية وتحويل الشبكات وصولا إلى منح القروض.

أدى هذا البنك معظم حملاته الدعائية من خلال الأنترنت باعتبار أن كل زبائنه هم من مستخدمي الأنترنت.[1]

انتشرت البنوك الالكترونية في معظم دول العالم، وبدأ ادخال نظامها في دولة التشيك عام 1998، كما ظهر نشاطها في الدول العربية مثل: مصر وبعض دول الخليج التي كانت سباقة لذلك بفضل البنية الأساسية الجيدة من حيث شبكة الاتصالات والتجهيزات الفنية والبنوك.[2]

2. تعريف البنوك الالكترونية

يطلق على البنوك الالكترونية العديد من المصطلحات، كبنوك الانترنت والبنك المنزلي، بنوك الخدمة الذاتية أو بنك الويب، والخدمات المالية على الخط.

وهي جميعها تعني قيام العميل بإدارة حسابه أو إنجاز أعماله المتصلة بالبنك، عبر شبكة الأنترنت سواء كان في المنزل أو المكتب أو في أي مكنا، ووقت يرغب؛ وذلك ما يعبر عنه بالخدمة المالية عن بعد.[3]

فالبنوك الالكترونية هي نظم أو منافذ تسليم الخدمة الصرفية المعتمدة على الحاسبات الآلية التي تتيح للعملاء خدمات دون توقف (24/24 ساعة)، دون عمالة بشرية (دون موظفين إداريين).[4]

فالبنوك الإلكترونية هي بنوك افتراضية، تنشئ لنفسها مواقع الالكترونية على الانترنت، لتقديم خدمات من سحب ودفع وتحويل للأموال دون تنقل العميل إليها.

لكن فكرة الخدمة المالية عند بعد تقوم على أساس وجود البرمجيات المناسبة، داخل نظام كمبيوتر الزبون، بمعنى أن البنك يزود جهاز العميل بجزمة البرمجيات والتي تمكنه من تنفيذ عميات معينة عن بعد.

وتعود نشأة البنوك الالكترونية إلى بداية الثمانينات مع ظهور النقد الالكتروني،[5] وقد أصبحت البنوك الالكترونية متوفرة في معظم الدول المتطورة والمتقدمة تكنولوجيا.

كما وأنه تجدر الإشارة إلى أنه ليس كل بنك يمتلك موقع على شبكة الأنترنت يعني أنه بنك الكتروني، إذ يجب أن يقدم ويقوم بعمليات وخدمات مصرفية عديدة، عبر الوسائل الإلكترونية.

فالبنوك الالكترونية بمعناها الحديث؛ ليست مجرد فرع لبنك قائم، يقدم خدمات مالية وحسب بل موقعا ماليا، تجاريا، إداريا، استشاريا، شاملا وله وجود مستقل.

3. أنواع البنوك الإلكترونية:

بشكل أساسي توجد ثلاث أنواع من البنوك الالكترونية وذلك على الاختلاف نوع المعلومات أو الخدمات التي تقدمها وهي كالتالي:

أ. البنك الالكتروني المعلوماتي:

يعد أحد أشكال الحد الأدنى من النشاط الالكتروني المصرفي، وفي هذا النوع يمكن للبنك تقديم معلومات تفصيلية حول عروضه وبرامجه، وخدماته ومنتجاته المصرفية، وقد أنشأت غالبية المصارف هذا النوع من المواقع، بهدف التعريف والدعاية والتسويق.[6]

ب. البنك الالكتروني التبادلي

وهو الذي يسمح للمصرف والعميل؛ بممارسة أغلبية العميات والنشاطات المصرفية بصورة الكترونية، كالسماح للعميل بالاطلاع على حسابه؛ وإدارته، وإجراء تحويلات مصرفية ودفع الفواتير والتحصيل على القروض وغيرها.[7]

ج. البنك الالكتروني التفاعلي:

وهو الذي يسمح للعميل؛ بالتفاعل والتواصل مع مصرفة، كإرسال الكتروني للحصول على بعض المعلومات المصرفية، والاطلاع على حسابه المصرفي، وتعبئته طلبات بعض المعاملات، كطلب دفتر شيكات أو طلب تبديل بطاقة مصرفية.[8]

وقد أنشأت أغلبية البنوك مواقع معلوماتية، تعد من قبيل المواد الاشهارية، واتجهت معظم المواقع التي استخدام بعض وسائل الاتصال التفاعلي مع الزبون، على عكس المواقع التبادلية، التي لا تزال اتجاهات البنوك نحوها تخضع لاعتبارات عديدة.

4. فوائد البنوك الالكترونية:

بالإضافة إلى تقديم الخدمات تقدمها للبنوك التقليدية، تنفرد البنوك الالكترونية بتقديم خدمات متميزة، مما ميزها بمجموعة من الفوائد وهي:

أ. إمكانية استقطاب شريحة أوسع من الزبائن: حيث أن البنوك الالكترونية لها القدرة على الوصول إلى قاعدة عريضة من العملاء، دون التقيد بمكان وزمان معينين، كما تتيح إمكانية طلب الخدمات في أي وقت وطيلة أيام الأسبوع، وهو ما يوفر الراحة للعميل، خاصة فيما يتعلق سرية المعاملات، مما يخلق الثقة بين البنك والعميل.[9]

ب. تقديم خدمات مصرفية جديدة: تعمل المصارف الالكترونية على تقديم جميع الخدمات المصرفية، عن طريق شبكة المعلومات الدولية (الانترنت) مثل: [10]

- إرسال نشرات إعلانية عن الخدمات المصرفية؛
- كيفية التعامل مع الكمبيالات الالكترونية؛
- معرفة تحويل الأموال بين الحسابات المختلفة؛
- تبليغ الزبائن بأرصدتهم؛
- كيفية إدارة المحافظ المالية من أسهم وسندات للعملاء.

ج. خفض التكاليف: من العوامل التي تجذب العميل تخفيض تكاليف تقديم الخدمة مع تحسين جودتها، وهو ما يوفره البنك الإلكتروني، إضافة إلى اختفاء الوثائق الورقية للمعاملات.

د. زيادة كفاءة البنوك الالكترونية: مع اتساع شبكة الأعمال وسرعة إنجازها، أصبح سهلا على العميل الاتصال بالبنك عبر الأنترنت، والقيام بالإجراءات اللازمة في ثوان من قبل البنك الالكتروني، دون عناء التنقل والانتظار وتضييع الجهد والمال.

5. متطلبات البنوك الالكترونية:

لا بد ن توفر جملة من المتطلبات التي تشكل الأرضية الصلبة للبنوك الإلكترونية وهي:

أ. البنية التحتية التقنية: البنية التحتية التقنية للبنوك الالكترونية لا يمكن أن تكون معزولة عن بنى الاتصالات وتقنية المعلومات التقييمية للدولة ومختلف القطاعات، فيقدر كفاءة البنى التحتية، وسلامة

سياسات السوق الاتصالي، وتحديد السياسات التسعيرية لمقابل خدمات الربط بالأنترنت، بقدر ما تتحقق معايير التعامل السليم مع مختلف العناصر التي تؤثر بدورها على البناء القوي للتعامل مع عصر المعلومات.

فضلا على توافر الأجهزة والبرمجيات والكفاءات البشرية المدربة والوظائف الاحترافية، وهذه دعامة الوجود والاستمرارية والمنافسة لتطبيق الإدارة الالكترونية ضمن عملية تقديم الخدمات المصرفية.[11]

ب. الكفاءة الأدائية المتفقة مع عصر التقنية

هذه الكفاءة القائمة على فهم احتياجات الأداء والتواصل التأهيلي والتدريبي.[12]

ج. الرقابة التقييمية الحيادية:

وذلك من خلال لجوء المصارف إلى جهات مشورة في تخصصات التقنية والتسويق والقانون والنشر الالكتروني، لتقييم فعالية وأداء موقعها، كما يتعين الحذر من مصيدة الارتكاز على عدد زائري الموقع كمؤشر على النجاح.

إذ يسود فهم عام أن كثرة زيارة الموقع دليل نجاحه، لكنه ليس كذلك دائما، وإن كان مؤشرا حقيقا على سلامة وضع الموقع على محركات البحث وسلامة الخطط الدعائية والترويجية.[13]

د. المتطلبات الأمنية:

تعد مسألة أمن المعلومات من أهم معضلات العمل الكترونيا، بمعنى أن المعلومات والوثائق التي يجري حفظها وتطبيق إجراءات المعالجة والنقل عليها إلكترونيا تنفيذ متطلبات العمل المصرفي يجب الحفاظ على أمنها.[14]

وذلك بالقيام ببعض الإجراءات منها وضع السياسات الأمنية لتقنيات المعلومات بما فيها خدمة الأنترنت، وتبني استراتيجية وطنية لأمن المعلومة، وضع القوانين واللوائح التنظيمية التي تحد من السطو الالكتروني، تشفير المعلومات التي يتم حفظها وتخزينها ونقلها على مختلف الوسائط.[15]

هـ. المتطلبات التشريعية:

باعتبار أن القواعد القانونية نشأت في بيئة تقليدية، فبطبيعتها تلك لن تسيار البيئة الالكترونية وعليه يتوجب إصدار قواعد قانونية تلبي متطلبات التحول الإلكتروني.

ثانيا: الخدمات البنكية الالكترونية

تقدم البنوك الالكترونية خدمات مبتكرة، من خلال شبكات اتصال الكترونية، تقتصر صلاحيات الدخول إليها على المشاركين فيها وهذه الخدمات نذكر منها:

1. وسائل الدفع الالكترونية:

وهي عبارة عن قيمة نقدية مخزنة بطريقة الكترونية، على وسيلة الكترونية كبطاقة او ذاكرة كمبيوتر، ومقبولة كوسيلة للدفع بواسطة متعهدين غير المؤسسة التي أصدرتها، ويتم وصفها في متناول المستخدمين لاستعمالها كبديل عن العملات النقدية والورقية، وذلك بهدف احداث تحويلات الكترونية لمدفوعات ذات قيمة محدودة.[16]

أ. بطاقة الائتمان Credit Card: ويطلق عليها عدة مسميات كبطاقة الاعتماد، بطاقة الدفع البلاستيكية، وهي عبارة عن بطاقة بلاستيكية صغيرة الحجم شخصية تصدرها البنوك، وتمنح لأشخاص لهم حسابات مصرفية مستمرة،[17] وبفضل هذه البطاقة يتمتع المتعامل بجملة من الخدمات من المحلات المتفق عليها مع البنك على منح هؤلاء المتعاملين ائتمان مجاني يقومون بسداده في 25 يوم من استلام الفاتورة بمختلف المشتريات التي تم اقتناءها خلال الشهر الفائت.

ب. البطاقة سابقة الدفع: بالنسبة لهذا النوع من البطاقات؛ فإن القيمة النقدية تخزن على شريحة الكترونية، مثبتة على بطاقة بلاستيكية وتأخذ هذه البطاقة صورا متعددة، ومن أبسط صورها؛ البطاقة التي يسجل عليها القيمة النقدية الأصلية والمبلغ الذي تم إنفاقه.[18]

ج. بطاقة الخصم: هي بطاقة الكترونية يصدرها البنك تمكن زبون البنك من دخول حسابه الخاص، ليسحب منه مالا، أو ليدفع ثمن سلعة أو خدمة الكترونية، بمعنى أن هذه البطاقة تستخدم للخصم المباشر من حساب الزبون صاحب البطاقة.

د. الشيكات الالكترونية: تعتمد فكرة الشيكات الالكترونية على وجود وسيط لإتمام عملية التخليص والمتمثلة في جهة التخليص (البنك) الذي يشترك لديه البائع والمشتري، من خلال فتح حساب جاري بالرصيد الخاص به مع تحديد التوقيع الالكتروني لكل منهما، وتسجيله في قاعدة البيانات.[19]

هـ. السفتجة الالكترونية: هي محرر شكلي ثلاثي الأطراف؛ معالج إلكترونيا بصورة كلية أو جزئية، يتضمن الأمر الصادر عن شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود إلى شخص ثالث يسمى المستفيد أثناء الاطلاع أو في تاريخ محدد.[20]

2. القنوات المصرفية الالكترونية:

بالرغم من تنوع وسائل الدفع الالكترونية إلا أنه لا نستطيع استعمالها وتحقيق العديد من الخدمات من دون استخدام مجموعة من القنوات المصرفية الالكترونية.

أ. الصراف الآلي Automatic Teller Machine (ATM):

وهو جهاز يعمل أوتوماتيكيا لخدمة العملاء، دون تدخل العنصر البشري، ضمن برامج معدة سلفا، تلبي العديد من الحاجات المصرفية لصالح العملاء على مدار 24/24 ساعة، وذلك من خلال بطاقة الصراف الآلي.

ويقدم هذا الأخير عدة خدمات منها: السحب من حساب العميل الاستقسار عن الرصيد؛ طلب دفتر الشيكات؛ تسديد بعض الفواتير.[21]

ب. خدمة الزبائن عبر الأنترنت Internet Banking:

تقوم هذه الخدمة على السماح للزبائن بالتعاون والاستعلام عن حساباتهم، عبر شبكة الانترنت من أجهزتهم الشخصية في المنازل أو المكاتب، من خلال رقم سري خاص لكل زبون وكلمة سر خاصة به.[22]

ج. الهاتف المصرفي Phone Banking:

هو عبارة عن آلية تسمح للعميل الاتصال هاتفيا بمصرفه عبر رقم محدد للاستعلام على المعلومات أو الخدمات التي يريدها والتي يوفرها هذا النظام.[23]

د. خدمة السويتش الإلكتروني E-Switch:

يقوم هذا النظام على شبكة ربط الكترونية بين فروع المصرف الواحد، بحيث يمكن العميل من السحب أو الابداع في حسابه لدى أي فرع، دون ضرورة الحضور إلى الفرع الذي فتح فيه حسابه، كما يقوم هذا النظام على الربط الالكتروني بين المصارف المختلفة لإجراء عمليات التحويل فيما بينها، وتبادل الرسائل الالكترونية عبر نظام مشفر، وعلى درجة عالية من الاتقان والحماية والأمان.[24]

هـ. خدمة سويفت (Swift):

(جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك) وهي عبارة عن شبكة عالمية تربط المصارف العالمية ببعضها البعض، لإرسال واستقبال الرسائل المالية وغير المالية، تسهيلا لإجراء العمليات المصرفية بين تلك المصارف في إطار نظام الكتروني متطور.

ويقوم هذا النظام على إرسال وتوزيع الرسائل الالكترونية بين المشتركين بشكل آمن ومؤكد في الوقت الفعلي الذي لا يتجاوز 10 ثوان حول العالم.[25]

المحور الثاني: عصرنة النظام البنكي في الجزائر

ترتبط العصرنة بالدور المهم والمتناهي لاستخدام التكنولوجيا الحديثة للمعلومات من أجل تسيير وتفعيل الخدمات والأعمال بأفضل شكل، وفي أقل وقت ولذلك اعتمد النظام الجزائري على استراتيجيات معينة، لعصرنة النظام المصرفي ومواكبة التطور العالمي.

أولا: استراتيجية النظام الجزائري في التوجه نحو البنوك الالكترونية

إن مشروع الجزائر نحو اعتماد البنوك الالكترونية لم ينطلق من فراغ، بل كان نتيجة لاستراتيجيات ومشاريع تم تنفيذها بشكل محلي، وذلك عن طريق استحداث الهياكل والشركات، وتوفير الأنظمة اللازمة لتطوير العمل المصرفي، إضافة إلى اصدار حزمة من القوانين، ويظهر ذلك كما يلي:

1. الهيئات المستحدثة لعصرنة العمل المصرفي:

أ. انشاء شركة النقد الألي والعلاقات التلقائية بين المصارف (Satim): وهي شركة ذات أسهم رأس مالها 267 مليون دج، أنشئت سنة 1995 بين ثمانية مصارف (البنك الوطني الجزائري، بنك الفلاحة والتنمية الريفية، الصندوق الوطني للتوفير والاحتياط، بنك القرض الشعبي الجزائري، بنك التنمية المحلية، بنك الصندوق الوطني للتعاون الفلاحي، بنك البركة الجزائري)، وهي حاليا تضم 17 عضوا ضمن شبكتها 7 بنوك عمومية و 9 بنوك خاصة ومؤسسة بريد الجزائر.[26]

- تهدف إلى تحديث وسائل الدفع للنظام المصرفي الجزائري؛
- تحسين الخدمة المصرفية وزيادة حجم تداول النقود؛
- وضع الموزعات الآلية في المصارف التي تشرف عليها شركة Satin؛
- ضع البطاقات المصرفية الخاصة بالسحب حسب المقياس المعمول به دوليا؛
- مراقبة البطاقات المزورة وكشف كل تلاعب.[27]

ب. مركز معالجة النقدية بين المصارف:

تشرف عليه شركة Satim، ويتولى هذا المركز ربط الموزع الآلي يقدم الخدمة بواسطة خطوط الشبكة الوطنية ومركز للاعتراض على البطاقات الضائعة والمزورة.

وتتطلب عملية السحب ترخيص يوجه إلى مركز الاعتراض بالوكالة، الذي يقبل أو يرفض الطلب وفي حالة القبول يراقب المركز السقف المسموح به أسبوعيا لكل زبون، إضافة الى مراقبة الإشارة السرية والسحب الذي يتم بالبطاقة ولا يمكن الرجوع فيه، وعلى الساعة صفر يعالج المركز كل الصفقات التي قامت في ذلك اليوم، وتسجيل العمليات لدى جميع البنوك ويتم إجراء عملية المقاصة في مركز الصكوك البريدية.[28]

شركة الجزائر لخدمة الصيرفة الالكترونية

تأسست شركة **(AEBS)** في جانفي 2004؛ نتيجة اتفاق شراكة بين المجموعة الفرنسية (Diagram Edi) الرائدة في مجال البرمجيات المتعلقة بالصيرفة الالكترونية وأمن تبادل البيانات المالية وثلاث مؤسسات جزائرية هي: (Sortanginering) و (agactmultimedia)، ومركز البحث في الاعلام العلمي والتقني (Cerist).[29]

أهدافها: تهدف أساسا التي تلبي حاجات المؤسسات المالية باقتراح برمجيات تقدم خدمات عن طريق برمجيات متعددة.

- تكيف الخدمات وفقا لحاجات كل زبون ووفق رغباته؛

- الاقتراح على الزبائن سواء بنوك أو مؤسسات مالية حلول معتمدة أساسا على الخدمات متعددة القنوات وفعالية مع تأمين لمبادلات المعلومات.

وتحقق أهدافها من خلال قيامها بـ:

- اقتراح حلول المصارف عن بعد من جهة؛

- تبسيط المبادلات الالكترونية متعددة الأقسام من جهة أخرى؛

- ضمان تزويد زبائنها بكل تطور تكنولوجي ووظيفي يعرفه القطاع وتقديم خدماتها يكون بصفة مستمرة طول مدة الاستفادة منها.[30]

2. الأنظمة المستحدثة لعصرنة العمل المصرفي ويتم ذلك عن طريق وسائل تقنية تساعد على استخدام وسائل الدفع الالكترونية:

أ. نظام التسوية الاجمالية الفورية RIGS:

يهدف هذا المشروع إلى تحسين الخدمة المصرفية خاصة من حيث أنظمة الدفع، وذلك من أجل الوصول إلى المستوى الدولي، وهو عبارة عن تسوية المبالغ الاجمالية في وقت حقيقي، ويتم فيه سير التحولات بصفة مستمرة وعلى الفور بدون تأجيل وعلى أساس إجمالي.[31]

وهو نظام أنشئ بالتعاون بين بنك الجزائر مع وزارة المالية وبمساعدة البنك العالمي.

أهداف النظام RTGS:

- تسوية عمليات البطاقة المصرفية في وقت حقيقي وكل وسائل الدفع الأخرى؛

- تلبية مختلف احتياجات المستعملين باستخدام نظام الدفع الالكتروني؛

- تقوية العلاقات بين المصارف؛

- جعل نظام الدفع الجزائري يتمتع بالمقاييس الدولية في تسيير مخاطر السيولة؛

- تشجيع إقامة المصارف الأجنبية.

مبادئه:

- المشاركة مفتوحة لكل مؤسسة لها حساب تسوية في بنك الجزائر باعتباره مسير وحامل لتسوية مجموعة المؤسسات المصرفية والمالية والخزينة العمومية ومراكز الصكوك البريدية؛

- العلميات التي يعالجها النظام، يعالج مختلف العمليات بين المؤسسات المصرفية والمالية والمشاركين عامة.

ب. نظام تسوية المبالغ عن طريق المقاصة الالكترونية:

اعتمد في 15 ماي 2006 وهو نظام يسمح بتبادل كل طرق الدفع المرتبطة بمدفوعات الجمهور (شيكات، أوراق تجارية، تحويلات، اقتطاعات آلية، عمليات على البطاقات.[32]

حيث لا يقبل هذا النظام الا التحويلات المالية التي تقل قيمتها المالية عن 1 مليون دينار، حيث سجل هذا النظام حوالي 17.062 مليون عملية دفع سنة 2011 مقابل 13.818 مليون عملية سمة 2010.[33]

أهمية نظام المقاصة الالكترونية

- تألية (Automatisation) التبادل ما بين البنوك لعميات الدفع التي ينفذها المتعاملون؛
- تقليص أجل التحصيل بالمقارنة بالعمليات التي يقوم بها كل بنك؛
- ضمان أمن المبادلات لتفادي حدوث خسائر أو مشاكل في المحاسبة؛
- إمكانية مركزة أرصدة التسوية؛ إذ يصبح هناك حساب واحد للتسوية مع رصيد واحد صافي، يمكن متابعته مركزيا من طرف البنوك؛
- تمكين البنك المركزي من التحكم ومراقبة الكتلة النقدية.

3. التشريعات المتعلقة بعصرنة العمل المصرفي:

هناك عدة تشريعات صدرت في هذا المجال نذكر منها:

- المادة 69 من قانون النقد والقرض 03-11، المعدل والمتمم شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني المستعمل؛[34]
- كما تضمن القانون التجاري عدة مواد تتضمن خطوات بارزة للتوجه نحو الصيرفة الالكترونية كالمادة 323 مكرر التي نصت على الاعتراض بالكتابة الالكترونية، والمادة 543 مكرر 23، التي نصت على تعريف بطاقات السحب وبطاقات الدفع الصادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانونا؛[35]
- إضافة إلى القانون رقم 04/15 المحدد القواعد المتعلقة بالتوقيع والتصديق الاكترونيين؛
- قانون التجارة الالكترونية 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018، والذي تضمن العديد من المفاهيم المتعلقة بالصيرفة الالكترونية مثل: وسيلة الدفع الالكتروني، المستهلك الالكتروني، الدفع في المعاملات الإلكترونية وغيرها، من المواضيع التي تتعلق بالتجارة الالكترونية والتي ترتبط بالمعاملات المصرفية الالكترونية.

ثانيا: تحديات وآفاق البنوك الالكترونية في الجزائر:

يواجه تطبيق مشروع البنوك الالكترونية مجموعة من التحديات والصعوبات التي لا بد من تخطيها بنجاح، لتحقيق النتائج المرجوة وبلوغ الأفاق المنشودة:

1. تحديات البنوك الالكترونية في النظام الجزائري:

هناك العديد من التحديات والمخاطر التي تواجه إرساء أسس البنوك الالكترونية وتتمثل في:

أ. المخاطر التنفيذية: وتحدث نتيجة خلل في شمولية النظام، أو برامج الكتروني غير ملائم للعمليات المصرفية الالكترونية، أو من أخطاء العملاء، فهي أخطار ناتجة عن سوء عمل البنوك الالكترونية بشكل عام.[36]

ب. تحديات وسائل الدفع الالكترونية: البنوك الالكترونية مرتبطة بوسائل الدفع الالكترونية؛ وهي تشهد ضعف الاقبال على استعمالها، وضعف الأطر القانونية التي تنظمها وتتماشى مع تطورها المستمر.

ج. تحديات الأنظمة الضريبية: ان الأعمال الالكترونية تلغي المكان بالنسبة للنشاط التجاري المالي، ولذلك لا بد من نظام جبائي بأساليب جديدة للتحصيل؛

د. أمن المعاملات والمعلومات المصرفية الإلكترونية: حيث يحتاج إلى تقنيات على مستويات جد عالية، لما توفره من حماية للتجهيزات النقدية والحماية من المخاطر الخارجية.

هـ. التحديات القانونية: والمتمثلة في عدم التحديد والوضوح للحقوق والالتزامات الناتجة عن الخدمات المصرفية الالكترونية، خاصة وأن العديد من وسائل أداء الخدمات الالكترونية لازالت في مرحلة التطوير.[37]

2. آفاق البنوك الالكترونية في النظام الجزائري

أ. مواكبة أحدث التطورات التكنولوجية في العمل المصرفي:

للاستفادة القصوى من ثورة العلم والتكنولوجيا في العمل المصرفي يتوجب التركيز على ما يلي:[38]

- زيادة الانفاق الاستثماري في مجال تكنولوجيا المعلومات؛

- التوسع في استخدام الانترنت لتقديم تشكيلة متنوعة من الخدمات المصرفية بكفاءة أعلى وتكلفة أقل؛

- العمل على خلق شبكة مصرفية تكون بمثابة حلقة وصل الكترونية بين المصارف من جهة وبين الشركات والعملاء من جهة أخرى؛

- تفعيل دور شبكة الاتصال بين المركز الرئيسي لكل مصرف وبين باقي فروعه بما يحقق السرعة في تداول المعلومات الخاصة بالعملاء، وإجراء التسويات اللازمة عليها؛

- تنويع الخدمات المصرفية في ضوء التحديات الجديدة التي أصبحت تواجه المصارف الجزائرية، وذلك من خلال تدعيم قدراتها التنافسية وتقديم خدمات متنوعة ومتطورة ومنها:[39]

* الاهتمام بتمويل المشروعات الصغيرة والمتوسطة والمتناهية الصغر؛

* الاهتمام بالقروض الاستهلاكية الموجهة لتمويل الاحتياجات الشخصية والعائلية؛

* تقديم خدمات الاستشارة وخدمات الحيطة من مخاطر تقلب أسعار الفائدة وأسعار الصرف.

ب. الارتقاء بالموارد البشرية باعتباره العنصر الأساسي في الخدمات المصرفية الالكترونية:

وعليه ينبغي تطوير أمكانيات العاملين وقدراتهم لاستيعاب التطورات في مجال الخدمات المصرفية بما يحسن الخدمة وذلك بتبني العديد من الاستراتيجيات منها:

- إعطاء الأولوية في التوظيف لخريجي الجامعات؛

- إنشاء المعاهد المتخصصة؛ وتطوير البحث العلمي في ميدان الخدمة المصرفية؛

- الاستعانة بالخبراء ومكاتب الاستشارة الدولية في تدريب الإطارات المصرفية على استخدام أحدث النظم المصرفية.

ج. تطوير التسويق المصرفي:

يعد تبني مفهوم التسويق الحديث أمرا في غاية الأهمية في ظل التحولات التي تشهدها الساحة المصرفية، أذ يرتكز التسويق الحديث علة توجهات العملاء وما يريدونه وما يدور في خواطرهم، ومن أهم مظاهر التسويق الحديث التي ينبغي التركيز عليها نذكر ما يلي:[40]

- خلق أو صناعة العميل بالسعي نحو العميل المرتقب؛

- العمل على اكتشاف الفرص الاقتصادية ودراستها وتحديد المشروعات الجيدة؛

- تصميم مزيج الخدمات المصرفية بما يحقق حاجات ورغبات العملاء ورضاهم؛

- تدعيم وسائل الاتصال الشخصي وتكثيف وسائل الحوار المتبادل بين العملاء.

د. مواكبة المعايير الدولية المتطورة:

وتطوير السياسات الائتمانية؛ والاهتمام بإدارة المخاطر المصرفية، كما يجب تفعيل دور الدولة والبنك المركزي في تطوير النظام ومراقبته، والتدخل وقت الحاجة.

الخاتمة:

وفي ختام هذه الدراسة يمكن أن نستخلص عدة نقاط:

- أن البنك الالكتروني له وجود كامل على الشبكة؛ ويحتوي موقعه كافة البرمجيات اللازمة للأعمال المصرفية؛

- أن البنك المركزي بمعناه الحديث؛ ليس مجرد فرع لبنك قائم يقدم خدمات مالية وحسب، بل موقعا ماليا تجاريا إداريا استشاريا شاملا له وجود مستقل؛

- أن للخدمات البنكية الالكترونية وسائل خاصة وقنوات خاصة؛

- أن البنوك الالكترونية بلغت حدا من التطور لدرجة أن خدماتها يمكن الاستفادة منها عن طريق الهاتف المحمول، وما يوفره ذلك من جهد ومال وتعب على العملاء؛

- أن للبنوك الالكترونية مفهومات تقنية بشرية أمنية وتشريعية؛

- أما بالنسبة لمجهودات الدولة الجزائرية في مجال البنوك الالكترونية؛ فيمكن القول أنه بالرغم من اعتبراها سباقة في الحصول على التقنيات الحديثة من برمجيات وآلية عالية الدقة إضافة إلى إنشاء الهياكل والمؤسسات وإصدار التشريعات اللازمة إلا أن النظام المصرفي الالكتروني يتقدم بخطوات متثاقلة ولا يزال غير قادر على المنافسة الخارجية.

ومما سبق التوصل إليه نخلص إلى التوصيات التالية:

- أن الوصول إلى تحقيق نظام بنكي الكتروني يحتاج إلى منظومة كاملة متكاملة، ترتبط بمختلف الجهات التي تنفذ من خلالها العملية المصرفية.

- يجب نشر ثقافة وسائل الدفع الالكتروني في المجتمع سواء بالنسبة للأفراد والمؤسسات والتجار وذلك عن طريق توسيع دائرة استعمالها على المستوى الوطني وتوفير التحفيزات اللازمة لذلك.

الهوامش والمراجع:

[1] أحمد محمد غنيم، الإدارة الالكترونية آفاق وتطلعات المستقبل، المكتبة المصرية للنشر، المنصورة، 2004، ص 119.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني، الكتاب الأول، النظام القانوني للحوكمة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 426.

[3] نهلة أحمد قنديل، التجارة الالكترونية، المرشد للمدير العصري (رؤية تسويقية)، جامعة قناة السويس، القاهرة، مصر، ص 86-87.

[4] محمد عبد الفتاح الصيرفي، إدارة البنوك، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، ط 1، 2006، ص 168.

[5] نصيرة شبوب، الإدارة البنكية الالكترونية في الجزائر –دراسة ميدانية حول أنظمة النقد الآلي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر 3، 2013/2012، ص 54.

[6] نادر عبد العزيز شافي، المصارف والنقود الالكترونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2007، ص 65.

[7] زهير بشنق، العمليات المالية والمصرفية الالكترونية، اتحاد المصارف العربية، بيروت، 2006، ص 40.

[8] نادر عبد العزيز شافي، مرجع سابق، ص 65.

[9] نصيرة شبوب، مرجع سابق، ص 63.

[10] نهلة أحمد قنديل، مرجع سابق، ص 86.

[11] مريم عثماني، تطبيق الإدارة الالكترونية في مجال الخدمات المصرفية بين ضرورة الانفتاح ومخاطر النجاح، ص 11.

[12] نعيمة بارك، أهمية البنوك الالكترونية في تفعيل وسائل الدفع الالكترونية في الوطن العربي الواقع والآفاق، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 02، 2010، ص 71.

[13] نعيمة بارك، المرجع نفسه، ص 72.

[14] مريم عثماني، تطبيق الإدارة الالكترونية في مجال الخدمات المصرفية، ص 12.

[15] محمد لمين مراكش وفيصل فقاير، الإدارة الإلكترونية وأثرها على اصلاح الخدمات العمومية في الجزائر، مجلة الابداع، العدد 08، جامعة البليدة 02، 2017، ص 185.

[16] Evropean Commission (1998), « Proposal European Parliment and Council Derectives On The to King Up, The Pursuit and The Prudentiacl Supervion of The Business of electronic mony Instution », Brussels, Om (98) 727, PP.W.

[17] Foel Kurtz man, The death of mony, little Brown On Company, Bostonn 1993.

[18] معطي الله خير الدين، بوقموم محمد، المعلوماتية والجهاز البنكي، حتمية تطوير الخدمات المصرفية، أعمال الملتقى الوطني حول منظومة، جامعة الشلف، يومي 14 و 15 ديسمبر 2004، الجزائر، ص 199.

[19] رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1999، ص 13.

[20] نزيهة عالي، السفتجة الالكترونية وقواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري، مجلة العلوم الاجتماعية، العدد 25، 2017، ص 163.

[21] خالد أمين عبد الله وإسماعيل إبراهيم الطراد، إدارة العمليات المصرفية، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2006، ص 158.

[22] أحمد سفر، العمل المصرفي الالكتروني في البلدان العربية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2006، ص 155.

[23] نادر عبد العزيز شافي، مرجع سابق، ص 72.

[24] أحمد سفر، مرجع سابق، ص 157.

[25] نادر عبد العزيز شافي، مرجع سابق، ص 75.

[26] ميادة بلعياش، حياة بن اسماعيل، مشروع الصيرفة الالكترونية في الجزائية، مجلة أبحاث اقتصادية وإدارية، بسكرة، العدد 16، 2014، ص 81.

[27] ميادة بلعياش، نفس المرجع، ص 81.

[28] زبير عياش ونسيم بوكحيل، تطوير وعصرنة الخدمات البنكية في ظل التوجه نحو اقتصاد المعرفة، مجلة ميلاف للبحوث والدراسات، المركز الجامعي، عبد الحفيظ بوصوف، ميلة، العدد 05، جوان 2017، ص 587-588.

[29] تقرير بنك الجزائر، التطور الاقتصادي والنقدي للجزائر، أفريل 2016، ص 12.

[30] ليندة بوزرورة ورابح زوبير، آفاق الصيرفة الالكترونية في المؤسسة الجزائرية، مجلة كلية العلوم الاقتصادية والتسيير والعلوم التجارية، العدد 16، ص 297.

[31] تقرير بنك الجزائر، التطور الاقتصادي والنقدي للجزائر، أفريل 2016، ص 12.

[32] جهيدة العياطي ومحمد بالعزة، تطور الخدمات المصرفية بين وسائل الدفع الحديثة والتقليدية، مجلة البحوث في العلوم المالية والمحاسبة، العدد 03، جامعة المسيلة، 2017، ص 08.

[33] رشيد ادريس، الصيرفة الالكترونية كإستراتيجية لإرساء نظام مصرفي عصري في الجزائر، مجلة علوم الاقتصاد والتسيير والتجارة، العدد 27، 2013، ص 189.

[34] الأمر رقم 03-11 ، المتعلق بقانون النقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003، ج ر العدد 52، المؤرخة في 26 غشت 2003، المعدل والمتمم.

[35] المواد 323 مكرر و 543 مكرر 23 من القانون التجاري.

[36] خليل عبد الرزاق وعادل نقموش، السلطات الاشرافية والعمليات المصرفية الالكترونية، مجلة الاقتصاد الجديد، 2009، ص 38.

[37] مريم بن الشريف، الأعمال المصرفية الالكترونية الرهانات والتحديات، إشكالية الاشراف والرقابة المصرفية، مجلة الاقتصاد الجديد، العدد 02، 2010، ص 159.

[38] علي قابوسة، المصارف الالكترونية الغرض والتحديات – حالة الجزائر-، ص 9.

[39] علي قابوسة، المرجع نفسه، ص 9.

[40] علي قابوسة، المرجع نفسه، ص 9.

المصنفات الرقمية و المسؤولية الجزائية الناشئة عن الإعتداءات الواقعة عليها (دراسة مقارنة)

د. بوكر رشيدة، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر

الملخص:

أثر التقدم المذهل في تكنولوجيا المعلومات على قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية. خاصة بعد انتشار الأنترنت، حيث بدأ الإنتقال من حماية المصنفات التقليدية من كتب ومجلات وغيرها، إلى الإهتمام أكثر بالمصنفات الرقمية من برامج وقواعد بيانات والعديد من المصنفات وليدة التكنولوجيا، لما توفره التكنولوجيا داتها من تسهيلات في الإعتداء عليها، وهو ما خلق سلسلة من التحديات الجديدة في مواجهة إستراتيجية حمايتها، تستوجب سن تشريعات جديدة لحماية هده المصنفات في بيئة الأنترنت.

الكلمات المفتاحية: المصنفات الرقمية، قواعد البيانات، برامج الحاسوب

Abstract:

The impact of breakthrough advances in information technology on intellectual property rights protection laws. Especially after the spread of the Internet, where the transition began from protecting traditional works such as books, magazines and others To pay more attention to digital works, such as programs, databases, and many works that are born of technology, due to the facilities that this technology provides in terms of attacking them.

This created a series of new challenges in the face of the strategy of protecting them in this technology environment, which requires the enactment of new legislation to protect these works in the Internet environment.

Key words : digital works. Databases. Computer Programs

مقدمـــة:

أحدث التطور الكبير الدي شهدته تكنولوجيا المعلومات من وسائل حوسبة واتصال، والإنماج المدهل الدي حصل بينهما ثورة حقيقة في مجال المعلومات، أدت إلى تراكم مدهل في المعرفة وحصيلة هائلة في المعلومات، بما تملكه من دقة وسرعة في معالجتها.

وهو ما أدى في المقابل إلى ظهور صورا جديدة من الإبداعات الفكرية في أشكال مختلفة من المصنفات أطلق عليها بـ "المصنفات الرقمية"، وهي عديدة ومتنوعة فمنها ما يتعلق بالجانب الأدبي أو العلمي أو الترفيهي، ومتى ولدت تلك المصنفات وظهرت فإنها تثبت حقوقا أدبية ومالية لمؤلفها[1].

من الجانب القانوني، تعاملت الدراسات القانونية والقواعد التشريعية مع هده المصنفات الجديدة بوصفها تنتمي إلى "بيئة الكمبيوتر" مدمجة إياها ضمن قانون حقوق المؤلف، كماهو الحال في التشريع الجزائري.

غير أنه ومع تزايد إستخدام تكنولوجيا المعلومات –خاصة الأنترنت– وتطورها المستمر، زادت المخاطر على المصنفات الرقمية، وخلقت سلسلة من التحديات الجديدة في مواجهة إستراتيجية حمايتها في بيئة التقنية داتها التي تعرف زيادة عدد المتدخلين في خدمات الأنترنت من جهة، وما أتاحته من تسهيلات في إرتكاب الإعتداءات عليها بشتى الصور، بعد أن وفرت مدخلا سهلا إلى نظم الحوسبة المرتبطة بها من جهة أخرى.

وعلى هدا الأساس إرتأينا بحث الموضوع من خلال طرح الإشكال التالي: **ما المقصود بالمصنفات الرقمية؟ وماهي حدود المسؤولية الجزائية للمتدخلين في الأنترنت عن الإعتداءات الإلكترونية التي يرتكبها الغير على هده المصنفات خاصة في ظل تسهيلات تكنولوجيا المعلومات ؟**

وللاجابة على هده الإشكالية اعتمدنا منهجا دو بعدين: **وصفي تحليلي**، بهدف الإحاطة بالجوانب المختلفة للمصنفات الرقمية من خلال التشريع الجزائري، مقارنين بينه وبين القوانين الأخرى المنظمة للمصنفات الرقمية خاصة منها القانون الفرنسي والقانون المصري.

ولتحقيق غايات البحث، تم تقسيمه إلى محورين: المحور الأول خصصناه لماهية المصنفات الرقمية متناولين فيه بالدراسة مسألة تعريفها انواعها و مختلف التهديدات التي تواجهها في العصر الرقمي.

اما المحور الثاني خصصناه للمسؤولية الجزائية للمتدخلين في الشبكة، متناولين فيه بالدراسة مسؤولية مستخدم الشبكة ودور وسطاءها في الإعتداءات المنصبة على المصنفات الرقمية، وأخيرا تحديد مسؤوليتهم الجزائية.

[1]– **مختار القاضي**، حق المؤلف، الكتاب الأول، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1958 ، ص 25 .

الحور الأول: ماهية المصنفات الرقمية

لقد أصبحت المصنفات الرقمية محل إهتمام قوانين حماية حقوق الملكية الفكرية التي تأثرت كثيرا بما أفرزه التطور التكنولوجي الحديث، من حيث ضرورة التوسيع من نطاق تطبيقها لتحمي ما أفرزته علوم الحوسبة والإتصال وتبادل المعطيات وشبكات المعلومات من برامج وغيرها من الإفرازات الرقمية التي تتسم مفاهيمها بنوع من الغموض.

وعليه سنحاول من خلال هدا المحور الإحاطة بمفهوم المصنفات الرقمية فضلا عن تبيان التحديات التي تواجهها في ظل إستخدام التكنولوجيا الرقمية والأنترنت من خلال العناصر التالية:

أولا: تعريف المصنفات الرقمية

المصنف **لغة**:: يرجع اصله إلى صنف بمعنى النوع والضرب ، وتصنيف الشيء جعله أصنافا و تمييز بعضها من بعض.[1]

إصطلاحا، فبمطالعة التشريع الجزائري، يتبين أنه قد خلى من وضع تحديد لماهية المصنفات الرقمية، مكتفيا بحصرها في الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة[2] في برامج الحاسوب في المادة 4 منه، معتبرا إياها مصنفات أدبية مكتوبة، و قواعد البيانات في المادة 5من نفس الأمر سواء كانت مستنسخة على دعامة قابلة للإستغلال بواسطة آلة أو باي شكل من الأشكال الأخرى، والتي تتاتى أصالتها من إنتقاء موادها أو ترتيبها.

ومن هنا نخلص أن المصنفات الرقمية في التشريع الجزائري نوعين أساسيين: مصنفات مكتوبة أصلية تتمثل في برامج الحاسوب، ومصنفات مكتوبة مشتقة تتمثل في قواعد البيانات[3]، تاركا مهمة تعريفها للفقه، شأنه شأن غالبية التشريعات في هدا المجال كماهو حال المشرع الفرنسي، حيث إكتفى هدا الأخير بوضع تعريف لقواعد البيانات في المادة L112—3 من قانون الملكية الفكرية[4] فحسب، وكدلك فعل المشرع المصري، حيث لم يطرح هدا الأخير اي تعرف بشانها مكتفيا بالإشارة إلى البرامج وقواعد البيانات ضمن

[1] – راجع: **لسان العرب** لأبن منظور، الجزء الحادي عشر، دار المعارف ، القاهرة، ص 100

[2] –الأمر رقم (03/ 05) المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة, الجريدة الرسمية، العدد 44 ، مؤرخة في 23 جويلية 2003 .

[3] – **عجة الجيلالي** ، حقوق الملكية الفكرية و الحقوق المجاورةدراسة مقارنة، موسوعة حقوق الملكية الفكرية ، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، منشورات الزين الحقوقية و الأدبية، بيروت لبنان، 2015، ص 99 98.

[4] Code de la propriété intellectuelle ; https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006069414/2021-06-08/

المصنفات المشمولة بحماية حق المؤلف المنصوص عليها في الفقرتين 2و 3من المادة 140 من القانون رقم 82لسنة 2002الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية[1].

وبالرجوع للفقه، نجد البعض[2] قد عرفها على أنها " التكتل الرقمي لمصنفات موجودة ومعدة سلفا دون تغيير أو تعديل في النسخة الأصلية للمصنف الموجود، كأن يتم نقل النص المكتوب **"مصنف أدبي"** او الصوت" **"مصنف سمعي"**او الصورة **"مصنف سمعي"** أو الصورة " **مصنف بصري"** أو الصوت والصورة معا **"مصنف سمعي بصري"** من الوسط التقليدي الدي كان عليه إلى وسط تقني رقمي متطور كالأقراص المدمجة، أو الأسطوانات المدمجة الرقمية، أو هي الشكل الرقمي مند البدء لأي نوع من المصنفات، بحيث يكون التثبيت المادي الأول للمصنف وعمل نسخ منه تم على وسط تقني متطور " :

كما إختصرها البعض[3] **وبحق** بقوله" أن المصنف الرقمي هو كل مصنف إبداعي رقمي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات "وفق المفهوم المتطور للأداء التقني وفق إتجاهات تطور التقنية في المستقبل".

فبرنامج الكمبيوتر من حيث البناء والأداء هو مصنف رقمي ، وقاعدة البيانات من حيث آلية ترتيبها وتبويبها والأوامر التي تتحكم بدلك تنتنمى للبيئة التقنية، وكدلك هو الشأن لطبوغرافيا الدوائر المتكاملة وهي كلها مصنفات رقمية وليدة علوم الحوسبة إحدى جناحي التقنية، أما الجناح الآخر ألى وهو الإتصال والدمج الدي حصل بينها وبين الحوسبة خاصة مع ظهور شبكة الأنترنت ظهرت أصنافا جديدة من المصنفات كأسماء النطاق أو الميادين أو الموقع على الشبكة، وعناوين البريد الإلكتروني و قواعد البيانات على الخط التي تضمها مواقع الأنترنت.

وهكدا يتبين لنا مما سبق، أن قانون حق المؤلف في الجزائر وكغيره من القوانين المقارنة، لم يورد تعريفا محددا للمصنف الرقمي، كما أنه لم يضع معيارا ثابتا لتحديد معناه، مكتفيا بالإشارة إليه، لكنه في المقابل إشترط في المصنف شروطا محددة حتى يتمتع بالحماية القانونية، مستقرا في دلك على شرطين أساسيين ألا وهما: **الإبتكار وإفراغ الإنتاج الدهني في صورة مادية.**[4]

---

[1] –قانون رقم 82 لسنة 2002 بإصدار قانون حقوق الملكية الفكرية متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

https://qadaya.net/?p=5292

[2] –**أسامة أحمد بدر**، تداول المصنفات عبر الأنترنت، "مشكلات وحلول"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص 72

[3] – **يونس عرب**، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي النادي الربي للمعلومات. دمشق، متاح على الموقع التالي:

https://www.mohamah.net/law/wp-content/uploads/

[4] – يقصد **بالإبتكار** ان يكون المصنف من انتاج دهني خالص للمؤلف ولم ينقل كلية عن مصنف آخر، أي أن تظهر شخصية المؤلف في التعبير الإبداعي، ولايشترط في المصنف أن يكون جديدا كما هو الأمر بالنسبة لبراءات الإختراع ، أما **افراغ الإنتاج الدهني في صورة مادية** فيقصد به افراغ الأفكار من دهن المؤلف في صورة مادية سواء كان هدا العمل مسطورا في كتاب او نغما عدبا أو لوحة فنية، أو رسومات أو نمادج هندسية

ثانيا: تحديد المصنفات الرقمية

تعاملت القواعد التشريعية عموما مع المصنفات الرقمية على كونها تنتمي إلى بيئة الكمبيوتر وهي على ثلاث أنواع: **البرمجيات، قواعد البيانات، و طبوغرافيا الدوائر المتكاملة**، إلى أن هناك أنواع عديدة من المصنفات الرقمية ظهرت كمولود جديد لشبكات المعلومات والتفاعل والدمج الدي حصل بين الحوسبة والإتصال:

1. بعض المصنفات الرقمية في بيئة الكمبيوتر

1. **برامج الحاسوب:** تعد برامج الحاسوب من أول وأهم المصنفات الرقمية التي حظيت بإهتمام كبير من حيث وجود الإعتراف بها وتوفير الحماية القانونية لها، كما هو الحال في التشريع الجزائري، إلا أن هدا الأخير وبالرغم من إدماجه في الأمر 05/03 برامج الحاسوب ضمن المصنفات المكتوبة الأصلية، إلا أنّه لم يتولى إيراد نص خاص يحدد فيه مفهومها , وهي نقطة تحسب له خصوصا في ظل تطور النظم المعلوماتية واستخداماتها وما صاحب ذلك من تعقد فكرة البرامج ذاتها وتطبيقاتها الذي تزامن مع رضوخ متزايد لهذه البرامج تحت وطأة أنواع من الاعتداءات غير معهودة سابقا. تاركا مهمة دلك للفقه.

وبين الباحثين في مجال التّقنيّة, والباحثين في المجال القانوني، تعددت التعريفات التي قيلت بشأن البرنامج و تباينت, ويرجع ذلك لموضع العلم الذي ينتمي إليه هذا البرنامج, سنتطرق لدراستها كما يلي:

•البرنامج في الاصطلاح العلمي

عرّف البعض البرنامج على أنّه "**مجموعة من التعليمات المتسلسلة التي تخبر الحاسوب ماذا يفعل**"[1] أو أنّه "**مجموعة من الأوامر و الإرشادات و الإيعازات التي تحدد لجهاز الحاسوب العمليات التي يقوم بتنفيذها بتسلسل و خطوات محددة, وتحمل هذه العمليات على وسيط Media معين يمكن قراءته عن طريق الآلة و بعد ذلك يمكن للبرنامج عن طريق معالجة البيانات أنّ يؤدي وظائف معينة و يحقق النتائج المطلوبة منه**"[2].

و تصنف البرامج وفق مفهومها العلمي العام إلى قسمين: برامج النظام وبرامج التطبيقات:

وغيرها من المصنفات المشار إليها في المادة الرابعة من الأمر 05: 03 وهدا يعني أن محل الحماية هو ابداعات الأشكال. أنظر: **مسعودي يوسف**، النظام القانوني لحماية المصنفات الرقمية، مركز البصيرة للبحوث و الإستشارات والخدمات التعليمية، العدد الرابع.، الجزائر، 2009 ، ص 118 وما بعدها.

[1]) **د/ محمد بلال الزعبي, أ.د/ أحمد الشرايعة , د/ منيب قطيشات**, مهارات الحاسوب-الحاسوب و البرمجيات- الطبعة الخامسة, دار وائل للنشر, عمان , 2008, ص36.

[2]) **علي فاروق الحفناوي**, موسوعة قانون الكمبيوتر و نظم المعلومات, قانون البرمجيات_دراسة متعمقة في الأحكام القانونية برمجيات الكمبيوتر, الكتاب الأول, دار الكتاب الحديث , القاهرة, 2003., ص79.

- ✓ **برامج النظام**: وتقوم هذه البرامج بوظيفة إجرائية, حيث تسيطر على العمليات الأساسية للأداء الآلي داخل الحاسوب.[1]

بعض هذه البرمجيات يبنى داخل جهاز الحاسوب و بعضها يخزن على الأقراص الممغنطة ويجب شراؤه بشكل منفصل, ومن هذه البرمجيات لغات البرمجة[2] والمترجمات[3].

- ✓ **برامج التطبيقات**: هي برامج مصممة ومنتجة لتؤدي وظائف معينة تستجيب لاحتياجات العملاء ومتطلباتهم.

والبرامج التطبيقية لا تقع تحت حصر, ومن أمثلتها البرامج المستخدمة في البنوك والمؤسسات المالية لتؤدي وظائف معينة مثل: مسك حسابات العملاء أو الربط بين فروع البنك.[4]

●البرنامج في الاصطلاح القانوني

في الاصطلاح القانوني سار الفقه في تحديد مضمون البرنامج في اتجاهين, أحدهما يعطي له مدلولا واسعا والثاني يعطي له مدلولا ضيقا, فالبرنامج وفقا لمفهومه الضيق هو "مجموعة التعليمات الموجهة من الإنسان إلى الآلة و التي تسمح بتنفيذ مهمة معينة"[5].

لو تأمّلنا قليلا في هذا التعريف لوجدناه يتطابق مع تعريف البرنامج بمفهومه العلمي على النحو المتقدم ذكره.

أمّا المفهوم الواسع للبرنامج فهو يتضمن إضافة إلى المفهوم الضيق وصف البرنامج" *description du programme*" , وهو التقديم الكامل المفصل بصورة كافية للعمليات في شكل شفوي أو خطي أو غيره بغية تحديد مجموعة التعليمات المشكلة لبرنامج الحاسب الإلكتروني وصلة كل منها بالأخرى.

إلى جانب المستندات الملحقة" *documentation auxiliaire* " وهي المستندات الخاصة بإعداد المعطيات وبيان كيفية استخدام البرنامج وتعداد نوعية الحاسبات التي تصلح لها هذه المستندات[1].

---

[1]) **د/ انتصار غريب, د/ انتصار غريب**, أمن الكمبيوتر و القانون, دار الراتب الجامعية, بيروت. د. ت., ص35.

[2] – **البرمجة**: هي عملية كتابة أو وضع البرامج, ولغات البرمجة هي عبارة عن تدوين مجموعة خاصة من العلامات أو الرموز يعبر بها عن البرنامج, فلغات البرمجة هي لغات مصطنعة ولذلك فليس هناك حرية في التعبير كتلك التي تتميّز بها اللغات الإنسانية, وهناك العديد من لغات البرمجة المستخدمة, ويتم تصميم كل منها لحل نوع خاص من المشكلات, ومن أهم لغات البرمجة المعروفة: فورتران fortran و الكوبول cobol و الباسكال pascal و سي c و جافا java , انظر: **علي فاروق الحفناوي**, المرجع السابق, ص97, **د/ محمد بلال الزعبي و آخرون**, المرجع السابق, ص64.

[3] – **المترجمات**: تعد كتابة برنامج نظام المعالجة الآليّة بإحدى لغات البرمجة أيا كان محتواها لا بد من ترجمته من لغته الأصلية المكتوب بها إلى لغة الآلة حتى يتمكن جهاز نظام المعالجة الآليّة من تنفيذه وتسمى هذه العملية بالترجمة. **د/ محمد بلال الزعبي وآخرون**, المرجع نفسه.

[4] – **علي فاروق الحفناوي**, المرجع السابق, ص89.

[5] –**عماد محمد سلامة**, الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي و مشكلة قرصنة البرامج, الطبعة الأولى, دار وائل للنشر, عمان, 2005, ص48.

مما تجدر الإشارة إليه في الأخير، أن برامج الحاسوب محمية من الإعتداءات الواقعة عليها بقانون حق المؤلف متى توفر شرطين أساسين: الإبتكار والإيداع القانوني[2].

2. قواعد البيانات

رغم اعتبار المشرع الجزائري قواعد البيانات مصنفات مشتقة بمقتضى المادة 5من الأمر رقم05/03.إلا أنه لم ينص صراحة على تحديد مفهومها على غرار المشرع المصري بل ومعظم الدول العربية، وعلى خلاف دلك إتجه المشرع الفرنسي بمقتضى المادة L112—3 من قانون الملكية الفكرية على أنها "مجموعات المصنفات أو العناصر الأخرى المستقلة و الموضوعة بطريقة منظمة أو منهجية، و التي يمكن الوصول إليها بواسطة الوسائل الإلكترونية أو بواسطة أي وسيلة أخرى".[3]

3. **طبوغرافيا الدوائر المتكاملة:** ويطلق عليها أيضا بالدوائر المدمجة، وهي رقاقة أوشريحة تتكون من أجزاء إلكترونية مصغرة يمكن دمجها ضمن جهاز الكمبيوتر، وكما سبق القول لا نجد دكرا لهدا المصنف الرقمي في التشريع الجزائري بل وهو الأمر في معظم التشريعات المقارنة كالفرنسي والمصري، هدا وقد عرفتها إتفاقية EPICعلى أن الدائرة المدمجة هي منتج في هيئته النهائية أو الوسيطة يتضمن مكونات أحهما على الأقل عنصرا نشطا وتشكل مع بعض الوصلات أو كلها كيانا متكاملا على قطعة من مادة عازلة بهدف تحقيق وظيفة الكترونية محددة[4].

2 **بعض المصنفات الرقمية في بيئة الأنترنت** :

1) **البريد الإلكتروني:** يعد البريد الإلكتروني دون منازع أحد أهم الوسائل المستحدثة في تكنولوجيا الإتصالات، يستخدم لإنشاء الخطابات و إرسالها إلى شخص ما أو أكثر، ويتم تخزين الرسالة على كمبيوتر خادم حتى يتم فتحها والتعامل معها.[5]هدا وقد عرفه المشرع الجزائري بموجب المادة 2 من المرسوم التنفيدي رقم 98-257 الؤرخ في 25 أغشت 1998، المتعلق بضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات "انترانت" و إستغلالها على أنه" خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين. كما عرفه

---

[1] —انظر في هذا المعنى: **محمد حسام محمود لطفي**, الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني, دار الثقافة للطباعة و النشر, القاهرة, 1987, ص18, , **رشا مصطفى أبو الغيظ**, الحماية القانونية للكيانات المنطقية, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2003, ص8.

[2] **شعران فاطمة**، حماية المصنفات الرقمية في التشريع الجزائري و التشريعات المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، المجلد القاني، جامعة شلف، 2016 ، ص 112

[3] **Article L112-3 Modifié par Loi n°98-536 du 1 juillet 1998 - art. 1 () JORF 2 juillet 1998** On entend par base de données un recueil d'oeuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen

[4] **عجة الجيلالي** ، أزمات حقوق الملكية الفكرية ، أزمة حق أو أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2002 الجزاشر ،ص 301

[5] **بيل جيتس**, المعلوماتية بعد الانترنت, طريق المستقبل, ترجمة عبد السلام رضوان, المجلس الوطني للثقافة و الفنون والآداب, العدد 231, الكويت, 1998 ص 247

المشرع الفرنسي بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم 2004 بشأن الثقة في الإقتصاد الرقمي[1] بأنه "كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصورة أصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للإتصالات و يتم تخزينها على أحد خوادم هده الشبكة أو المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هدا الأخير من إستعادتها.

2) **أسماء النطاق:** اسم النطاق أو الميدان أو الموقع هو في الحقيقة عنوان الأنترنت، فالهاتف له رقم معين والعنوان البريدي له رقم صندوق مميز ورمز منطقة مميز، للأنترنت أيضا عنوان مميز مثل: WWW.JORADP.DZ

فالجزائر مثلا تملك النطاق العلوي dz حسب ترتيبات المنظمة العالمية المانحة لأسماء النطاقات،ايكان ، فضلا عن إسم النطاق "الجزائر " بالحروف العربية الذي صادقت على ملفه منظمة الأيكان، والمقدم من قبل مركز البحث في الإعلام العلمي والتقني cerist، وجاء ذلك في ضوء النمو المتصاعد والأهمية المتعاظمة للعربية التي حازت هذا الامتياز رفقة عدد من اللغات الحية، كالصينية، اليابانية، الروسية، الهندية.ولا شك أن هذا يحسن إمكانات الدخول إلى الأنترنت في الوطن العربي، وفي عدة مناطق من العالم، كما من شأنه المساهمة في دعم المحتوى الشبكي. هذا ويدير مركز أسماء النطاقات كعضو مرخص من الهيئة العالمية أسماء النطاقات المخصصة للجزائر، حيث يمكن الحصول على إسم النطاق تحت الإمتداد. الجزائر لجميع الجهات المتواجدة بالجزائر أو لها تمثيل مقبول في الجزائر أو حاملي وثيقة تبين حقوق ملكية الإسم[2].

3) **الوسائط المتعددة:** يقصد بها وسائل تمثيل المعلومات بإستخدام أكثر من نوع من الوسائط، مثل الصوت والصورة والحركة والمؤثر، ويتميز هدا المصنف بمزج عدة عناصر: نص صورة صوت وتفاعلها معا، عن طريق برنامج من برامج الكبيوتر، وتسوق تجاريا عن طريق دعامة مادية مثل CDأو يتم توزيعها أو إنزالها عن طريق خط الإتصال بشبكة الأنترنت[3].

ثالثا: التحديات التي تواجه المصنفات الرقمية

إدا كانت المصنفات الرقمية على النحو السابق بيانه تتجه في مجملها إلى إشباع الحاجات المشروعة للمعلومات، لكن إستخدام الشبكة العالمية في المقابل أدى الى بروز سلبيات كثيرة، مثل نسخ تلك المصنفات

[1] **Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 – art 9 JORF 22 JUIN 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.**

[2] – **أنظر مؤلفنا:** الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، **الحماية الجزائية للتعاملات الإلكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2020.

[3] – **يونس عرب**، المرجع السابق، ص 16 .

أو إتلافها أو التعديل فيها أو توزيعها على الشبكات دون ترخيص صاحب الحق عليها، دلك ما نحاول بيانه من خلال العناصر التالية:

1. المساس بالحق المعنوي للمؤلف:

وياخد صور عديدة منها:

***الكشف غير المشروع للمصنف الرقمي:** ودلك بوضع العمل في متناول الجمهور بواسطة وسائل سلكية أو لاسلكية بطريقة يمكن بواسطتها لكل فرد أن يلج الى دلك العمل من مكان يختارهما، والإعتداء هنا يكون عندما ينشر البرنامج في وقت غير الوقت الدي يراه ملائما له[1]. وتكمن خطورة نشر المصنفات عبر الشبكة في فتحها المجال أمام الإستعمال الجماعي للمصنفات المحمية[2].

***المساس بسلامة المصنف الرقمي:** ودلك بادخال تعديلات وإضافات غير مرخص بها، والتي يمكن أن تقع على المصنفات المنشورة على الشبكة[3].

2. المساس بالحق المالي للمؤلف: ويأخد صور عديدة منها:

***الإستنساخ غير المشروع للمصنف الرقمي:** ويكون دلك بدون إدن صاحب البرنامج، ودلك باعادة نسخ المصنف لعدة نسخ بأي أسلوب كان، ويعد هدا النوع من النسخ أيضا تقليدا، فالمصنف هنا موجود على شبكة الأنترنت ويستنسخ بعدها على دعامة مادية. ويقصد بالإستنساخ التثبيت المادي للمصنف أو عمل نسخة منه بأية وسيلة تقنية تسمح بنقله إلى الجمهور، فهو إستحداث صورة أو أكثر مطابقة للأصل من مصنف بأي شكل، بما في دلك التخزين الإلكتروني الدائم أو الوقتي للمصنف.

***القرصنة الإلكترونية:** كثر الحديث في وقتنا الحالي عن القرصنة الإلكترونية أو قرصنة البرامج أو القرصنة المعلوماتية، والقرصنة بمعناها الدقيق هي "كل عمل عنف غير مرخص به يرتكب بقصد النهب من قبل سفينة خاصة ضد سفينة أخرى في أعالي البحار"، إلا أن القرصنة في الوقت الحالي تشير إلى نهب المصنفات المنشورة للغير من خلال الحصول على نسخة منها دون الحصول على موافقة مالكها[4]. والتي أصبحت من أهم العقبات التي تواجه مستقبل الصناعات المعلوماتية، حيث تتكبد الشركات العاملة في هدا المجال خسائر مالية كبيرة.

---

[1] – **الياس الشيخاني**، المرجع السابق، ص 20 .

[2] – **حواس فتحية**، حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الأنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2016،ص 80 .

[3] – المرجع نفسه، ص86

[4] **د. عايد رجا الخلايلة**، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009،ص 100

ومن أشهر الطرق التي تتم بها عملية قرصنة البرامج الحاسوبية عبر شبكة الأنترنت: **الإنزال والتحميل، العرض عبر شبكة الأنترنت، التسويق والنشر عبر شبكة الأنترنت**[1].

تجدر الإشارة في الأخير، أن الإعتداءات السابق طرحها تعد من أهم مظاهر العدوان على المصنفات الرقمية، دلك أنه هناك صور عديدة من الإنتهاكات أوجدتها الأنترنت قد تمس النظم المعلوماتية، وهو ما يمس بطبيعة الحال برامج الحاسب الآلي وقواعد البيانات والمصنفات الرقمية بصفة عامة، كإعاقة وتعطيل المصنف الإلكتروني والتلاعب ببيانات معالجة المعلومات الخاصة بالمصنف الإلكتروني[2].

المحور الثاني: المسؤولية الجزائية للمتدخلين في الشبكة عن جرائم الإعتداء على المصنفات الرقمية

أصبحت شبكة الأنترنت وسيلة مفتوحة لإنسياب وتدفق المعلومات، وإن كانت الأفكار المتدفقة عبرها تتجه في مجملها لإشباع الحاجات المشروعة للمعلومات، إلا أن جانبا منها يمكن أن ينطوي على بعض الإنحرافات والإعتداء على المصنفات الرقمية[3].

والواقع مابين انتاج وتاليف وبث المصنفات الرقمية ووصولها إلى مستخدم الأنترنت، توجد أدوار عديدة لمقدمي الخدمات الوسيطة في الأنترنت، فما مدى مسؤولية كل منهم على الأنشطة الإلكترونية المتواصلة عبر الشبكة في حالة تم الإعتداء على هده المصنفات؟ إن نسبة الوضع الإجرامي إلى الشخص الدي إرتكب الجريمة أو ساهم في ارتكابها، يقتضي منا التمييز بين مستخدمي الشبكة من جهة، وتحديد دور وسطاء الشبكة في هده الإعتداءات من جهة أخرى، تم تحديد مسؤوليتهم . ودلك على التفصيل الآتي:

أولا: المسؤولية الجزائية لمستخدمي الشبكة عن جرائم الإعتداء على المصنفات الرقمية

مستخدم الأنترنت هو"دلك الشخص الدي يتصل بموقع من المواقع على شبكة الأنترنت بغية الحصول على المعلومات وإرسالها، أوهو من يتصل بالأنترنت بوساطة مورد خدمة الإتصال بها، إما للحصول على المعلومات منها، أو لإرسال المعلومات عبرها، وهم أهم الأطراف أهمية في الشبكة، لأن هده الأخيرة هي أولا و أخيرا شبكة من المستخدمين[4].

ولايخضع مستخدم الأنترنت باعتباره مستهلكا للمعلومة لأية شروط خاصة في إستخدام المعلومات التي يتلقاها، ويكون حرا في هدا الإستخدام وإن كانت حريته هنا مقيدة بالقواعد العامة المتعلقة بعدم التعسف

---

[1] – **حسين بن سعيد الغافري**، الأنترنت ودرها في قرصنة البرامج الحاسوبية، مقال متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
http://www.abhatoo.net.ma/page-principale/

[2] راجع مؤلفنا : **جرائم الاعتداء على نظم المعالجة الآلية في التشريع الجزائري والمقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية –بيروت- لبنان،2012 .

[3] **محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،، 2003 ، ص 174 وما بعدها

[4] – **د. عايد رجا الخلايلة**، المرجع السابق، ص 310.

في إستعمال هده الحرية، أو إساءة إستخدام حقه في الإتصال بالمعلومة، كما يتقيد بالواجب العام الدي يفرض عليه ضرورة إحترام حقوق الآخرين، وخاصة ضرورة إحترام حقوق المصنفات الرقمية[1].

فإدا ما إقتصر دور مستخدم الأنترنت على مجرد إستخدام المصنفات الرقمية التي تعرض على شبكة الأنترنت، أي أنه ليس له دور إيجابي في وجود هده المعلومة والبرامج المعتدى عليها، فإنه لا تقوم مسؤوليته عن هده الجرائم، أما إدا كان مستخدم الأنترنت هو مورد المعلومة أو قام بالإعتداء على أي مصنف من المصنفات محل الحماية فلم يعد من المستحيل أن يسأل عن جريمته تلك[2].

ومن التطبيقات القضائية الرائدة في هدا الخصوص، والتي حكم فيها بمسؤولية مستخدم الأنترنت عن السماح للغير بزيارة موقع الأنترنت المشترك فيه وأخد صورة للمصنفات المطروحه عليه، وتتلخص وقائع هده القضية في أن طالبين بالمدرسة الوطنية للإتصالات قاما بترقيم أحد المصنفات الموسيقية للمغني جاك بريل، ووضع هدا المصنف على موقعهم على شبكة الأنترنت، دون تصريح من قبل الشركة المتنازل لها عن الحقوق المالية الخاصة بهدا المصنف، بالإضافة إلى إتاحة إستخدام هدا المصنف المحمي بطريق الأنترنت لكل شخص يدخل الشبكة ويزور المواقع والصفحات الخاصة بالطالبين، كما يتسنى له نسخ هدا المصنف بسهولة، وعلى دلك قامت الشركة المتنازل لها عن الحقوق المالية لهدا المصنف بتحريك الدعوى ضد هدين الطالبين. وقضت المحكمة الإبتدائية لأول درجة بباريس بأن .."مجرد طرح المصنف المحمي للتداول عبر الأنترنت يشكل تقليدا للمصنف مادام أنه لا يوجد ترخيص بدلك من المؤلف أو صاحب الحق الإستئتاري بدلك...."[3].

ثانيا: دور وسطاء الشبكة في الإعتداء على المصنفات الرقمية

نظرا لتعدد أدوار الوسطاء الفنيين في الشبكة المعلوماتية، فسنركز على **متعهد الوصول ومتعهد الإيواء** كونهما يلعبان دورا مهما في التعامل مع المصنفات الرقمية.

1. دور متعهد الوصول في الإعتداء على المصنفات الرقمية

عرف المشرع الجزائري متعهد الوصول بموجب الفقرة د من المادة 2 من القانون رقم 09-04 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال ومكافحتها على أنه "أي كيان عام أو خاص يقدم لمستعملي خدماته القدرة على الإتصال بواسطة منظومة معلوماتية و/أو نظام

[1] – **د. حسن إبراهيم**: الحماية الجنائية لحق الملف عبر الأنترنت،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2005، ص 114، **محمد عبد الظاهر** حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 ، ص20

[2] – **أسامة فرج الله محمود الصباغ**، الحماية الجنائية للمصنفات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2011، ص 165

[3] :https://www.lesechos.fr/1996/09/droit-dauteur-et-internet-la-premiere-decision-841750

أنظر كدلك: **أسامة فرج الله محمود الصباغ**، المرجع السابق، ص166

للإتصالات. كما حددته المادة 9 من القانون الفرنسي رقم 2004 -575 المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي على أنه الشخص الذي يؤمن نشاطه خدمة التوصيل بشبكة إتصالات الكترونية[1].

مما تقدم نستنتج أن متعهد الوصول يقوم بدور فني بحث في توصيل العميل إلى شبكة الأنترنت، بمقتضى إتفاق بينهما، فهو لا يقدم المعلومة أو محتوى المواقع الإلكترونية بل تقتصر مهمته على إيصال المستخدم إلى الأنترنت عن طريق أجهزته الخاصة[2].

2. متعهد خدمة الإيواء

عرفه المشرع الجزائري بموجب الفقرة 2/د من المادة 2 من القانون رقم 09-04 المتعلق بالقواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الإتصال ومكافحتها على أنه أي كيان آخر يقوم بمعالجة أو تخزين معطيات معلوماتية لفائدة خدمة الإتصال أو لمستعمليها.

كما حدده المشرع الفرنسي بدوره بموجب المادة 6 من القانون رقم 2004-575 على أنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم -ولو مجانا- خدمات بواسطة وسائل الإتصال عبر الخط: تخزين الرموز والكتابات والصور والأصوات أو الرسائل أيا كانت طبيعتها لفائدة مستعملي هذه الخدمات[3]. يشمل التحديد الأخير جميع الأشخاص الذين يؤمنون التخزين ولو بطريقة ثانوية[4].

فالإستضافة هي عملية تخزين مستمرة للمعلومات على ملقمات المورد المضيفة تؤدي الى جعل المعلومات جاهزة للإسترجاع وبمتناول الأشخاص الذين يرغبون في الإطلاع عليها[5].

ويبدو أن متعهد الإيواء بمثابة مؤجر لمكان على الشبكة، حيث يعرض إيواء صفحات ال WEB على حاسباته الخادمة مقابل أجل، ويكون للمستأجر حرية نشر ما يشاء من نصوص أو صور أو تنظيم مؤتمرات وحلقات مناقشة أو إنشاء مواقع معلوماتية مع المواقع الأخرى[6].

---

[1]- fourniture d'accès à un réseau de communications électroniques, Article L32-3-3 duCode des postes et des communications électroniques, Créé par **Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 – art 9 JORF 22 JUIN 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.**

[2]-**د. عبد الفتاح بيومي حجازي**، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الإتصالات الحديثة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011، ص94.

[3]- Art 6-1-2 du **Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.** Modifié par**LOI n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées**

[4]- **د. اودين سلوم الحايك**، مسؤولية مزودي خدمات الأنترنت التقنية،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،2009، ص42.

[5]- TGI Nanterre, 1ère ch. A, 8 décembre 1999, Lynda Lacoste c. Multimania et autres, disponible à l'adresse suivante : http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/img/tginanterre19991208.htm.

[6]: **أسامة فرج الله محمود الصباغ**، المرجع السابق، ص 159

ثالثا: تحديد المسؤولية الجزائية لوسطاء خدمة الشبكة عن جرائم الإعتداء على المصنفات الرقمية.

نصَّت المادة 6-1-3 من القانون الفرنسي حول "الثقة في الاقتصاد الرقمي: "أن أفعال مقدمي خدمات الإنترنت الخاطئة لا يُمكن أن تدخُل في نطاق التجريم إلاَّ إذا ثبت علمهم الفعلي بالمضمون الإلكتروني غير المشروع، وعلى الرغم من علمهم هذا لم يتخذوا الإجراءات اللازمة لشطبه، أو على الأقل لمنع وصول الجمهور إليه[1]. وهو بهذا جاء متفقاً بهذا الخصوص مع الاتجاه العام للتوجيه الأُوروبي حول "التجارة الإلكترونية"، حيث وضع التوجيه مبدأ عام هو عدم مسؤولية الوسيط الفني إلا في أحوال معينة، وبشروط خاصة، مع إهتمامهً في تحديد مسؤولية متعهدي الوصول والإيواء دون غيرهم من مقدمي خدمات الإنترنت.

فالمادة التاسعة من القانون الفرنسي 2004-575 عالجت الوضع بالنسبة **لمتعهد الوصول**، ونصت على عدم إمكانية مساءلتهم: مدنياً أو جزائياً إلاَّ إذا ثبت أنهم مصدر هذا المضمون الإلكتروني غير المشروع، أو في حال أن بحثوا عنه، أو غيَّروا في محتوياته، وقاموا بإيصاله إلى مستخدمي الشبكة لجذبهم، لما في ذلك من إخلال بالتزامهم بالحياد التام، وبعدم التدخُّل في المضمون المعلوماتي الذي يمُر من خلالهم[2].

أما المادة السادسة من نفس القانون تنص على عدم مسؤولية **متعهد الإيواء** المدنية، أو الجزائية عن المضمون الإلكتروني غير المشروع الذي يأويه إذا لم يثبت علمه بعدم مشروعيته[3]. وقد أعفاه –أيضًا- نص هذه المادة من المسؤولية، إذا قام بمجرَّد علمه بأسباب عدم مشروعية هذا المضمون، أو بالوقائع والظروف التي تُضفي عليه صفة عدم المشروعية، باتخاذ ما يلزم من أجل شطبه، أو منع وصول مستخدمي الشبكة إليه.

أما الوضع في الدول العربية، فلم تتعرض بعض التشريعات لموضوع المسؤولية الجزائية للوسيط الفني في الشبكة عن الجرائم التي تمس بالمصنفات الرقمية، لا بإصدار تشريع جديد ينظم المسألة، و لابتعديل التشريعات القائمة كما هو حال المشرع المصري، أما المشرع الجزائري فنجده أوجب على الوسيط بموجب المادة من 12القانون رقم 09-04 التزامان أساسيان:

---

[1]-Article 6-1-3 du LCEN Modifié parLOI n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées. dispose que "Les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible."

[2]-**Th. VERBIEST et É. WÉRY**, "Le droit de l'internet et de la société d'information", n° 401, p. 219.

مشار إليه لدى: **أحمد قاسم فرح**، النظام القانوني لمقدمي خدمات الأنترنت –دراسة تحليلية مقارنة، -،مجلة المنارة، المجلد 13 ، العدد 09، ، ص365.

[3]-voir : **D. MELISON**, "Responsabilité des hébergeurs: une unité de régime en trompe l'œil", juriscom.net 25 avril 2005, disponible en lingne á l'adresse suivantewww.juriscom.net, p. 3 et s.

الأول: التدخل الفوري لسحب المحتويات التي يتيحون الإطلاع عليها بمجرد العلم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة بمخالفتها للقوانين وتخزينها أو جعل الدخول إليها غير ممكن. وهو نفس النهج الذي سلكه التوجيه الأروبي والمشرع الفرنسي كما سبق بيانه.

الثاني: وضع ترتيبات تقنية تسمح بحصر إمكانية الدخول إلى الموزعات التي تحوي معلومات مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة وإخبار المشتركين لديهم بوجودها.

كما أضاف المادة 394 مكرر 8 بموجب القانون القانون رقم 16-02 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156 والمتضمن قانون العقوبات،و التي نصت على أنه **دون الإخلال بالعقوبات الإدارية المنصوص عليها في التشريع والتنظيم الساري المفعول، يعاقب بالحبس من سنة إلى 3 سنوات و بغرامة من 2000000 دج إلى 10000000دج او باحدى هاتين العقوبتين فقط، مقدم خدمات الأنترنت بمفهوم المادة 2 من القانون رقم 09-04 الذي لا يقوم رغم اعداره من الهئية الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال ومكافحتها او صدور امر او حكم قضائي يلزمه بذلك:**

1-بالتدخل الفوري لسحب او تخزين المحتويات التي يتيح الإطلاع عليها او حعل الدخول اليها غير ممكن عندما تتضمن محتويات تشكل جرائم منصوص عليها قانونا.

2-بوضع ترتيبات تقنية تسمح بسحب او تخزين المحتويات التي تتعلق بالجرائم المنصوص عليها في الفقرة ا او جعل الدخول اليها غير ممكن.

ويتبين من النص السابق مايلي:

أولا: المشرع لم يميز بين مقدمي خدمات الأنترنت المشار اليهم في المادة 2، وسبق أن رأينا أن هذه الأخيرة تناولت بالتعريف كل من متعهد الوصول ومتعهد خدمة الإيواء، وهو ما يعني أن النص يشملهما معا.

ثانيا: لم يقم المشرع مسؤولية مقدم الخدمة إلا اذا لم يحترم الأمر أو الحكم الصادر عن السلطة القضائية أو الإعذار الموجه اليه من الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والإتصال ومكافحتها والقاضي باتخاد الإجراءات اللازمة لمنع الوصول الى المعلومات المتنازع فيها.

خاتمة

من خلال ماسبق يتضح أن المصنفات الرقمية وان جاءت وليدة التقدم المدهل في تكنواوجيا المعلومات، الا انها طرحت جملة من التحديات الجديدة في مواجهة إستراتيجية حمايتها تقنيا وقانونيا.

وتوصلت الدراسة ألى النتائج التالية:

1. **إن المصنف الرقمي** هو كل مصنف إبداعي رقمي ينتمي إلى بيئة تقنية المعلومات "وفق المفهوم المتطور للأداء التقني وفق إتجاهات تطور التقنية في المستقبل.

2. تعاملت التشريعات المختلفة مع المصنفات الرقمية وليدة علوم الحوسبة فحسب من برامج وقواعد بيانات، كما هو حال المشرع الجزائري، دون الإشارة إلى باقي المصنفات الرقمية الأخرى في بيئة الأنترنت.
3. تتعدد الإعتداءات المنصبة على المصنفات الرقمية، منها ماهو تقليدي ومنها ماهو مستحدث.
4. بالنسبة للمسؤولية الجزائية للوسطاء في الشبكة عن الإعتداءات المنصبة على المصنفات الرقمية، تبنت معظم التشريعات نظام "عدم المسؤولية أو المسؤولية المشروطة".

ومن التوصيات التي يمكن اقتراحها في هدا الإطار:

1. على المشرع الجزائري التدخل لتعديل نصوص قانون حقوق المؤلف ليشمل باقي المصنفات الرقمية الأخرى.
2. اتباع اساليب الحماية التقنية للوقاية أو التقليل من المخاطر والتهديدات التي تتعرض لها المصنفات الرقمية كالبرامج المضادة للفيروسات و التشفير.
3. تدريب الكوادر الأمنية و القضائية على مواجهة الجرائم الإلكترونية الخاصة بالإعتداء على المصنفات الرقمية.

قائمة المراجع والمصادر

I. النصوص القانونية

1. قانون العقوبات الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 156/66 المؤرخ في 18 صفر 1386, الموافق لـ8 يونيو 1966, المتضمن قانون العقوبات.
2. الأمر رقم (03/ 05) المؤرخ في 2003/07/19 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة, الجريدة الرسمية، العدد 44 ، مؤرخة في 23 جويلية 2003
3. القانون رقم 09-04 المؤرخ في 14 شعبان 1430 الموافق لـ 5 أوت 2009 المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام و الاتصال و مكافحتها جريدة رسمية، رقم 47، الصادرة في 16 أوت 2009.

II. الكتب

1. **أسامة أحمد بدر**، تداول المصنفات عبر الأنترنت، "مشكلات وحلول"، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
2. **انتصار غريب** أمن الكمبيوتر و القانون, دار الراتب الجامعية, بيروت. د. ت.
3. **أودين سلوم الحايك**، مسؤولية مزودي خدمات الأنترنت التقنية،المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،2009.

4. **بيل جيتس**, المعلوماتية بعد الانترنت, طريق المستقبل, ترجمة عبد السلام رضوان, المجلس الوطني للثقافة و الفنون والآداب, العدد 231, الكويت, 1998 .

5. **رشا مصطفى أبو الغيظ**, الحماية القانونية للكيانات المنطقية, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2003,

6. **عايد رجا الخلايلة**، المسؤولية التقصيرية الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009.

7. **عبد الفتاح بيومي حجازي**، الجرائم المستحدثة في نطاق تكنولوجيا الإتصالات الحديثة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2011.

8. **عجة الجيلالي** ، أزمات حقوق الملكية الفكرية ، أزمة حق أو أزمة قانون أم أزمة وصول إلى المعرفة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع ، 2002 الجزاشر.

9. **علي فاروق الحفناوي**, موسوعة قانون الكمبيوتر و نظم المعلومات, قانون البرمجيات_دراسة متعمقة في الأحكام القانونية برمجيات الكمبيوتر, الكتاب الأول, دار الكتاب الحديث , القاهرة, 2003.

10. **عماد محمد سلامة**, الحماية القانونية لبرامج الحاسب الآلي و مشكلة قرصنة البرامج, الطبعة الأولى, دار وائل للنشر, عمان, 2005,

11. **محمد بلال الزعبي, أ.د/ أحمد الشرايعة , د/ منيب قطيشات**, مهارات الحاسوب-الحاسوب و البرمجيات- الطبعة الخامسة, دار وائل للنشر, عمان , 2008.

12. **محمد حسام محمود لطفي**, الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني, دار الثقافة للطباعة و النشر, القاهرة, 1987,

13. **محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة،، 2003 .

14. **محمد عبد الظاهر حسين**، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002 .

15. **مختار القاضي**، حق المؤلف، الكتاب الأول، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1958 .

III. **الرسائل العلمية**

1. **أسامة فرج الله محمود الصباغ**، الحماية الجنائية للمصنفات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2011.

2. **حسن إبراهيم**: الحماية الجنائية لحق الملف عبر الأنترنت،رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، عين شمس، 2005،.

3. **حواس فتحية**، حماية المصنفات الرقمية وأسماء النطاقات على شبكة الأنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1 ، 2016 .

IV. **الأبحـــاث**

1. **أحمد قاسم فرح**، النظام القانوني لمقدمي خدمات الأنترنت –دراسة تحليلية مقارنة، -،مجلة المنارة، المجلد 13 ، العدد 09.

2. **شعران فاطمة**، حماية المصنفات الرقمية في التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، العدد الثالث، المجلد التاني، جامعة شلف، 2016 .

3. **عجة الجيلالي** ، حقوق الملكية الفكرية و الحقوق المجاورة، دراسة مقارنة، موسوعة حقوق الملكية الفكرية ، الجزء الخامس، الطبعة الأولى، منشورات الزين الحقوقية و الأدبية، بيروت لبنان، 2015

4. **مسعودي يوسف**، النظام القانوني لحماية المصنفات الرقمية، مركز البصيرة للبحوث و الإستشارات والخدمات التعليمية، العدد الرابع.، الجزائر، .2009

V. مواقع الأنترنت

1. حسين بن سعيد الغافري، الأنترنت ودرها في قرصنة البرامج الحاسوبية، مقال متاح على الموقع الإلكتروني التالي:

http://www.abhatoo.net.ma/page-principale/

2. يونس عرب، التدابير التشريعية العربية لحماية المعلومات والمصنفات الرقمية، ورقة عمل مقدمة أمام الندوة العلمية الخامسة حول دور التوثيق والمعلومات في بناء المجتمع العربي النادي الربي للمعلومات. دمشق، متاح على الموقع التالي:

https://www.mohamah.net/law/wp-content/uploads/

3. **D. MELISON**, "Responsabilité des hébergeurs: une unité de régime en trompe l'œil", juriscom.net 25 avril 2005, disponible en lingne á l'adresse suivantewww.juriscom.net, p. 3 et s.

4. https://www.legifrance.gouv.fr/

الأهمية الاقتصادية لعقد الفرنشيز كحق من حقوق الملكية الفكرية.

د. بن زيد فتحي، جامعة سطيف 2 – محمد الأمين دباغين

ملخص:

إنّ انتشار عقد الفرنشيز دفع مختلف الجهات إلى إيضاح مفهومه وإعطاء تعاريف له، فتشكلت اتحادات دولية وإقليمية ووطنية تهتم بدراسة الفرنشيز، كالفدرالية الدولية الفرنشيز، والفدرالية الأوروبية الفرنشيز والفدرالية الفرنسية الفرنشيز ومثيلتها في ألمانيا وإيطاليا وإنجلترا وغيرها، هذه الفدراليات وضعت تعاريف لعقد الفرنشيز وبيّنت التزامات كل طرف من أطرفه، ومنها استلهم مشرّعو مختلف الدول القوانين المتعلقة بهذا العقد وسار الفقه والقضاء في نفس الاتجاه.

كما سعى هؤلاء لإيجاد حلول للتجارة المتعلقة بعقود الفرنشايز، وتجهيز المتلقي بمنظومة كافية من القواعد لجره إلى إبرام عقد فرنشيز مقبول، وحل نزاعات هذا العقد بعيدا عن كل ما يعرقل تنفيذه، وفهم عقد الفرنشايز وأطرافه.

ولم تكن دول المغرب العربي في منأى عن ولوج عقد الفرنشيز إلى بيئتها الاقتصادية وبخاصة منها كل من الجزائر ،المغرب وتونس، غير أن تنظيم هذا العقد كواقع اقتصادي يختلف بين هاته الدول باختلاف النظرة التي يُرى بها هذا العقد من طرف السلطة التنفيذية في كل منها .

الكلمات المفتاحية: عقد الفرنشيز، الاستثمار، الاقتصاد، المؤسسات الصغيرة والمتوسطة، البطالة،

Résumé :

Le contrat de franchise a amené diverses parties à clarifier son concept et à lui donner des définitions: des associations internationales, régionales et nationales concernées par l'étude du français, telles que la Fédération internationale des franchises françaises, la Fédération française de la franchise, la Fédération française de la franchise, etc., en Allemagne, Italie, Angleterre, etc., ont élaboré des définitions du contrat de franchise. Et les législateurs de divers pays se sont inspirés des lois relatives à ce contrat et la jurisprudence et le système judiciaire ont suivi la même voie.

Ils ont également recherché des solutions pour négocier sur des contrats de franchise, doté le destinataire d'un ensemble de règles suffisant pour l'inciter à conclure un contrat français acceptable, résoudre les litiges de ce contrat en dehors de tout obstacle à sa mise en œuvre et comprendre le contrat de franchise et ses parties.

Les pays du Maghreb arabe n'étaient pas à l'abri du contrat de franchise lié à leur environnement économique, en particulier l'Algérie, le Maroc et la Tunisie, mais l'organisation de cette décennie en tant que réalité économique diffère d'un pays à l'autre selon l'avis de l'autorité exécutive de chacun d'eux.

Mots-clés: contrat de franchise, investissement, économie, petites et moyennes entreprises, chômage,

مقدمة:

لعقد الفرنشايز أهمية كبيرة كأداة تساعد على الإنماء الاقتصادي والتجاري، إذ يساهم هذا العقد في توفير فرص عمل للأيدي العاملة المحلية وتطويرها، بالإضافة إلى أن لهذا العقد أهمية كبيرة بالنسبة لأطرافه فهو من جانب يساعد المانح صاحب المشروع;على توسيع دائرة نشاطه من خلال منح الطرف الآخر وهو الممنوح له الحق في استغلال المعرفة الفنية والعلامة التجارية الخاصة بمنتجاته، وبهذا فإن المانح يتغلب على تعقيد عملية إدارة فروع جديدة قد تتطلب إدارتها رأس مال كبير، و بنفس الوقت المحافظة على جودة المنتجات التي ينتجها الممنوح له من خلال الرقابة التي يفرضها المانح ما يضمن له المحافظة على سمعة المنتج الخاص به، بالإضافة إلى الإفادة المادية من المبالغ التي تدفع له من قبل الممنوح له، بالمقابل الممنوح له يستفيد من اسم المانح وشهرته وذلك ما يوفر عليه الجهد والوقت ليضمن فرص نجاح شبه مؤكدة، ولإتمام هاته الدراسة طرحنا إشكالية البحث كالتالي:

واقع عقد الفرنشيز في كل من الجزائر، تونس والمغرب من حيث التنظيم القانوني له وما مدى أهميته الاقتصادية؟

للإجابة على هاته الإشكالية قسمنا بحثنا هذا إلى مبحثين هما:

المحور الأول: التنظيم القانوني لعقد الفرنشيز في كل من الجزائر، تونس والمغرب.

المحور الثاني: أهمية عقد الفرنشيز الاقتصادية وضرورة تنظيمه.

المحور الأول: عقد الفرنشيز في كل من الجزائر- تونس – المغرب:

يعد عقد الفرنشيز من العقود الحديثة التي ظهرت في بدايات هذا القرن، وتحديداً في النصف الثاني منه غير أنه ظل غير واضح المعالم، وذهبت الأَنظمة القانونية لمختلف الدول إلى تفسيره وتطبيقه، بما يتماشى مع الأَحكام الوطنية التابعة لها، ولما كان ذلك، حاولت مؤسسات دولية إيجاد تعريف ونظام قانوني منضبط لهذا العقد لأَهميته البالغة، وبخاصة بعد ظهور منظمة التجارة العالمية، ومن هذه المؤسسات المَعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص التابع للأمم المتحدة، الذي أعد دراسة حول هذا العقد عام 1986[1].

وعلى اعتبار أن عقد الفرنشيز من بين أحدث العقود التي ظهرت في العالم، نتيجة التطور العلمي والتكنولوجي الذي تميز به هذا العصر، الشيء الذي ترتب عنه اختلاف التعاريف التي أعطيت لهذا العقد، فهو أسلوب تجاري يشكا إحدى الاستراتيجيات الحديثة المعتمدة في التسويق الدولي، والتي تقوم على نقل فكرة أو مهرة من بلد إلى أخر[2]، لتحقيق هدف اقتصادي محدد يتمثل في تكوين شبكة تجارية[3]، لقد كان أول ظهور لهذا العقد في الولايات المتحدة الأمريكية حيث سيطرت هذه الدولة على الاقتصاد العالمي واحتلالها المرتبة الأولى عالميا تجاريا وعسكريا تكنولوجيا، الشيء الذي تولد عنه ضغط الجماعات المالية والشركات الكبرى في المطالبة بتحديد مفهوم لهذا العقد.

أولا: مفهوم عقد الفرنشيز وخصائصه

أ- على المستوى التشريعي:

إن تعريف هذا العقد قد تعدد واختلف، والسبب في ذلك يعود إلى أن كل نظام قانوني يقوم بتعريفه حسب التطبيقات العملية لديه، ويتوقف ذلك على العلاقة بين المرخص والمرخص له كما يلي:

المشرع التونسي: عرفه كما يلي بموجب الفصل **14**: <<عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية هو عقد يمنح بمقتضاه صاحب تسمية أو علامة تجارية حق استغلالها لشخص طبيعي أو معنوي يسمى المستغل تحت التسمية الأصلية قصد قيامه بتوزيع منتجات أو إسداء خدمات لقاء مقابل مالي. ويشمل حق استغلال التسمية الأصلية نقل الخبرات المكتسبة والمهارات الفنية واستغلال حقوق الملكية الفكرية[4] >>.

- **المشرع المغربي:** لم يضع تعريفا لهذا العقد في مدونة القانون التجاري المغربي، وإنما ترك مفهومه للقواعد العامة التي تنظم العقود في القانون المدني والتجاري، رغم التطور الملحوظ والكبير في عدد المشاريع التي تقوم على أساس الفرنشيز في المغرب، لذا نجد أن عقد الفرنشيز يخضع لعدة قوانين في أحكامه كالقانون المدني، التجاري وقانون المنافسة.

* المشرع الفرنسي: **قانون دوبان** بموجب المادة L330-3 في فصله الأول إلى تعريف الترخيص التجاري بأنه: << الترخيص التجاري هو أن يضع كل شخص تحت تصرف شخص آخر اسمه التجاري والعلامة والشعار التجاريين تحت شرط قصري أو شبه قصري متبادل من أجل ممارسة النشاط التجاري، مع التزام كل منهما بتقديم جميع الوثائق والمعلومات الأساسية من أجل المصلحة العامة للطرفين>>[5].

* **المشرع الجزائري:** فقد لم يخرج عن هذه القاعدة حيث لم يتناول مفهوم هذا العقد لا في القانون التجاري ولا قانون المنافسة، وإنما تخضع أحكامه لأحكام القانون المدني الجزائري في القواعد المنظمة للعقود.

- على المستوى الفقهي والقضائي:

نظرا لقصر العديد من التشريعات على إعطاء تعريف أو مفهوم لهذا العقد فقد عمل الفقه والقضاء على سد هذا الفراغ من خلال التصدي للنزاعات التي ترفع للمحاكم في قضايا تخص الفرنشيز، وسنقتصر الدراسة على تعريف واحد لكل منهما.

الدكتورة فرحة رزاوي صالح: ترى بأن عقد الفرنشايز يسمح لتاجر مستقل بالحصول على الحق في استغلال نظام التسويق الذي وضعه شخص ما، المعروف لدى الجمهور تحت شكل شعار أو علامة، ويترتب على هذا أن التاجر المستقل يستفيد من وجود عنصر الاتصال بالعملاء مقابل تدخل صاحب الشعار في تسيير مؤسسة التاجر[6].

حكم محكمة استئناف باريس: أنه ذلك العقد الذي تضع بموجبه المؤسسة المانحة اسما تجاريا أو شعارا ومساعدة تجارية تحت تصرف المؤسسة المتلقية لمساعدتها على إنشاء نشاط تجاري وتزويدها بالمعرفة الفنية (حكم 2002/06/04)[7].

ب- خصائص عقد الفرنشيز:

بالرجوع إلى التعاريف السابقة سواء في الإطار التشريعي أو الفقهي أو القضائي، نجد ان لهذا العقد عدة خصائص تميزه باعتباره عقدا جديدا نوردها كما يلي وهي أنه:

1- عقد الفرنشايز عقد غير مسمى: يخضع العقد غير المسمى في تنظيمه للقوا عد العامة في الالتزامات التي تحكم وتخضع لها كافة العقود[8]، والعقد غير المسمى هو الذي لم ينظمه المشرع بقواعد خاصة ولم يضع له اسما خاصا، وإنما تركه للقواعد التي تحكم العقد بشكل عام، وبالتالي فليس المقصود بالعقد غير المسمى أنه لا يكون له اسم معين[9].

2- من العقود الملزمة للجانبين: حسب المادة 55 من القانون المدني الجزائري: " يكون العقد ملزما للجانبين متى تبادل المتعاقدان الالتزام بعضهما بعضا"، فالعقد إذا قائم على تقابل بين التزامات أحد الطرفين

والتزامات الطرف الأخر[10]، وهو الرابطة التي تربط بين شخصين سواء كانا طبيعيان أو معنويين يتمتعان بالاستقلالية المالية والقانونية حيث يلتزم المانح اتجاه نقل المعرفة الفنية وحقوق الملكية الصناعية، المساعدة الفنية والإدارية، كما يلتزم الممنوح له بدفع مستحقات استغلال هاته الحقوق الإتاوات المترتبة عليها إضافة إلى وجوب المحافظة على سرية المعرفة الفنية.

3- من عقود المعاوضة: عقد المعاوضة هو العقد الذي يتلقى فيه كل طرف مقابلا لما يلتزم به في العقد[11]، وحسب المادة 58 من القانون المدني الجزائري " العقد بعوض هو الذي يلزم كل واحد من الطرفين إعطاء أو فعل شيء ما"، ومنه فكل واحد من طرفي العقد المانح والممنوح له أخذ عوضا من الآخر، ذلك أن المانح يمكن الممنوح له من استغلال كل من العلامة التجارية والمعرفــة التقنية أو الفنــية المملوكة له، وبالمقابل فإن المانح يستفيد من مقابل أو رسم محدد يتم دفعه من الطرف الأخر.

4- من عقود الإذعان:

عقد الإذعان هو" العقد الذي لا يتم الاتفاق على شروطه والمساومة بين المتعاقدين، حيث يكون أحد المتعاقدين قوياً من الناحية الاقتصادية، فيفرض إرادته على المتعاقد الآخر، و يفرض عليه شروطاً لا يملك مناقشتها، وعليه أن يتقبلها أَو يرفضها؛ فإذا قبلها يكون ذلك تسليماً بالشروط إلى مشيئته[12]"

وتتمثل قوة مكانة مانح الامتياز في هذا العقد أنه ينقل للممنوح له أساليب وطرق تسيير مشروع ناجح، معرفة فنية، مساعدة تقنية وحقوق الملكية الصناعية، مما يجعله طرفا ممتازا في هاته العلاقة التعاقدية الشيء الذي يجعله يفرض شروطه وسلطانه على الطرف الأخير الذي يعد ضعيفا.

ذلك أن الغالبية العظمى من المرخصين قد عمدوا إلى إنشاء شبكات خاصة بجلب المستثمرين، فكان من نتائج ذلك ظهور فئتين الأولى تتسم بقلة العدد وهي فئة المرخصين وثانية تشكل الغالبية وهي فئة المستثمرين الذين يتهافتون على شركات الامتياز ونظرا لهذا التهافت أصبح التعاقد مع المرخص يخضع لشروطه وأنظمته بما في ذلك تحديد التزامات المرخص له، كما أن المرخص قد يتدخل حتى في تنظيم عمل المرخص له كتحديد طريقة عرض المنتجات وحتى القيام بعمليات تفتيش رقابية.

ويتم تحديد مضمون عقود الامتياز من حيث المبدأ من جانب واحد من قبل مانح الامتياز، ويتجلى ذلك من خلال تحديد مضمون العقد، مثل مبلغ رسم الدخول والرسوم، وشروط أداء العقد - الالتزام بعدم التنافس أو حصرية العرض.

عندها يكون لدى الممنوح له الاختيار بين عدم التعاقد أو الالتزام بجميع الشروط التي يحددها صاحب الامتياز.

وعلى هذا النحو، فإن اتفاق الامتياز هو عقد تتم بموجبه عضوية لدى شبكة الفرنشيز، مما يجعله ضمن فئة العقود المقيدة.[13]

5- عقد الفرنشايز عقد قائم على الاعتبار الشخصي: يقصد بالعقد القائم على الاعتبار الشخصي، ذلك العقد الذي تراعى فيه شخصية المتعاقد عند إبرام العقد وأثناء تنفيذه، فالعقد يعتمد في قيامه وتنفيذه على شخصية المتعاقد ومدى الثقة في سمعته وملاءته[14]، وإن كان لهذه الفكرة مضمونها الخاص في الفرنشايز، ذلك المفهوم الذي يحدد حقيقة المراكز الواقعية للأطراف ومدى اختلاف الاستناد إليها بين المانح والمتلقي.

يترتب على قيام عقد الفرنشيز على الاعتبار الشخصي عدة نتائج؛ فلا يقبل هذا العقد التنازل لمغير جزئيا أو كميا دون موافقة مسبقة من الطرف الآخر[15] كما لا ينتقل العقد إلى الغير ولو كان ناتجا عن الوفاة أو فقدان الأهلية أو أي تغيير يطرأ على وضعية أي من المتعاقدين كالوفاة أو الإفلاس أو حل الشركة، يبرر فسخ العقد من قبل الطرف الآخر.

ثانيا: واقع النظام القانوني للفرنشيز في تونس-الجزائر-المغرب

يمتاز نظام الفرنشيز بأنه أكثر فعالية في دولة المغرب الشقيق، وسط بالنسبة لتونس وضعيف بالنسبة للجزائر، والسبب في ذلك هو التباين الحاصل بين هاته الدول الثلاث والذي يرجع بالأساس إلى البيئة المؤسساتية المرتبطة بنظام الفرنشيز فيها.

أ- مقارنة تطور عقد الفرنشيز في دول المغرب العربي:

وتعرف هاته الدول انتشارا كبيرا وسيطرة للعلامات التجارية الفرنسية وهذا بالنظر للقرب الجغرافي والتقارب الثقافي واللغوي بين هاته الدول وفرنسا، حيث تشير إحصاءات الفيدرالية الفرنسية للفرنشيز حوالي 1477 مشـــروع فرنسي يعمل بنظام الفرنشيز على مستوى الدول الثلاث، لذا فإن نظام الفرنشيز متوقف

على توفر الرغبة المترجمة في الإرادة السياسية في الدولة، القواعد القانونية، الحقوق الجمركية والهياكل القاعدية، تعتبر ضرورة بالنسبة لمانح الامتياز لفهم تطور الفرنشيز لدى الدولة المراد الاستثمار فيها.

ينشط نظام الفرنشيز في دولة المغرب في عديد الولايات المغربية وبخاصة في الولايات الرئيسية منها وكذا العديد من المناطق الداخلية بما يفسر قوة انتشاره، مما جعله نظاما للتسويق متوافقا مع نمو في نمط الحياة التجارية، أما في الجزائر فإن عدد العلامات العاملة وفق هذا النظام لا تتعدى ال 30 علامة وعدد شبكاتها لا يتجاوز ال 50 تتمركز غالبيتها في الجزائر العاصمة، وفي تونس فإن تطوره كانت بدايته من سنة 2009 بصدور قانون منظم لهذا النظام والذي يعرف تطورا ملحوظا.

والجدول التالي يوضح تطور نظام الفرنشيز في الدول الثلاث[16]:

	المغرب	الجزائر	تونس
تاريخ أول فرنشيز	1962	2003	1993 مع MONOPRIX
عدد شبكات الفرنشيز	3200	اقل من 50	؟
الانتشار الجغرافي	46% في المدن الثلاث الكبرى الدار البيضاء 27% الرباط 11% مراكش 8%.	مقصورة على العاصمة بخاصة في الأحياء الراقية	؟
وزن الفرنشيز المحلي	**15%**	ـــــ	؟
أصول الفرنشيز	38% فرنسية، 12% امريكية، 11% ايطاليا، 7 % اسبانيا	ـــــ	؟
مثال عن فرنشيز أجنبي وعدد محلاته	Label'vie 12	YVES ROCHER...	MONOPRIX 71....
قطاع النشاطات	ألبسة 26%، أثاث 7%، أحذية 6%، اطعام6% ، أخرى 56%.	ـــــ	تخلف في نظام فرنشيز الخدمات لصعوبة تحويل الأموال.

وفي الجدول التالي نجد النظام القانوني لنظام الفرنشيز في الدول الثلاث:

	المغرب	الجزائر	تونس
خطر الدول: ترتيب GLOBAL RETAIL DEVELOPMENT .INDEX 2010	المرتبة 15	المرتبة 21 وقد تدحرجت 10 مراتب	المرتبة 11

- حرية حركة رؤوس الأموال. - إمكانية تحويل الأرباح نحو الخارج.	التحويل مسموح به	-سياسة مقيدة بالنسبة للاستثمارات الأجنبية - تحويل الاستثمار بالدينار فقط (غير محول) - تحويل رؤوس الأموال مقيد جدا (تحويل الأرباح ممنوع)	بعد 2009 أصبح ممكنا تحويل الأرباح تحت رقابة البنك المركزي التونسي.
- وجود هياكل عصرية لممارسة التجارة. - موقف السلطات من عصرنة التجارة/ فرنشيز.	مخطط تطوير "رواج"حتى 2020: . الوصول الى 27% من الدخل القومي مصدرها التجارة .الوصول إلى 900 مساحة تجارية كبرى . إنشاء 45 ألف منصب شغل يستهدف المخطط التجارة الجوارية، أسواق الجملة ونقاط التوزيع الكبرى والمتوسطة.	متوسطة على العموم. التفاتة متأخرة حول ضرورة تنظيم عقد الفرنشيز، تشكلت لجنة لهذا الغرض ولم تعرف نتائجها لحد الساعة.	بداية من 2009 رفعت تونس سياسة لتطوير التجارة . سهلت دخول ووجود موزعين أجانب شريطة: تشغيل الشباب التونسي والاعتماد على مواد محلية خام
نصيب سوق التوزيع الكبير	10%	ضعيف جدا وسيطرة السوق الموازية	18%
مؤشر الفاعلية اللوجيستيكية	2.36 في 2003 NC في 2009	2.06 في 2003 2.36 في 2009	2.76 في 2003 2.86 في 2009

إحصاءات الفرنشيز	نعم، دقيقة ومنظمة.	غياب كلي للمعطيات	غياب كلي للمعطيات
تشريع الفرنشيز	لا وجود لتشريع خاص يهتم بنظام الفرنشيز بل(قواعد القانون التجاري، العمل، الملكية الصناعية، المنافسة، ديوان الصرف).	لا وجود لتشريع خاص بنظام الفرنشيز.	بعد 2009 صدر قانون ينظم تجارة التوزيع وتم الإشارة لعقد الفرنشيز. لكن لا وجود لتنظيم يحمي الممنوح له ويحمي المعرفة الفنية
جمعيات او فيدراليات تهتم بنظام الفرنشيز	جمعية الفرنشيز المغربية سنة 1977 ثم تحولت إلى الفيدرالية المغربية للفرنشيز سنة 2002	جمعية الفرنشيز في 2006 عقدت مؤتمرين.	لا توجد منظمات تهتم خاصة به لكن تم تنظيم معرض للفرنشيز في تونس سنة 2009 من طرف غرفة التجارة التونسية.
فلسفة البنوك ورؤيتها للفرنشيز[17]	يقدم التجاري بنك وبنك BCP عروض للراغبين في نشاط الفرنشيز قرض لمدة 7 سنوات يغطي 70% من برنامج الاستثمار وسقف 1 مليون درهم	ـــــ	ـــــ

وتؤكد المقارنة بين البيئات المؤسسية للفرنشيز في البلدان الثلاثة أن أسباب الفوارق التنموية قائمة، أما فيما يتعلق بالمخاطر القطرية، إذا كانت كل من تونس والمغرب مرتبان في تصنيف **(Global Retail Development Index 2010 du cabinet At Kearney)** للمؤشر العالمي لتنمية التجزئة 2010 في ترتيب مماثل، مع ميزة لتونس (11 و 15 على التوالي)، الجزائر بعيدة (المرتبة 21)، مما يشير إل مستوى أقل بكثير من المخاطر للمستثمرين الأجانب من البلدان المجاورة لها.

ب- أهمية وضع تشريع منظم لعقد الفرنشيز: يشكل الجانب التشريعي أو القانوني أحد ركائز نجاح أي مشروع، ويتطلب ذلك العمل المشترك بين الدول التكامل مع الجوانب الأخرى السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، فكان علينا دراسة أهمية وجود تشريع يهتم بنظام الفرنشيز.

إن وجود المناخ التنظيمي سيتيح في الواقع نشر ثقافة وبالتالي صناعة الامتياز التجاري ليشمل العديد من الأنشطة ولا يقتصر فقط على القائم منها في مجال إنتاج السلع الاستهلاكية والوجبات الغذائية السريعة، وإنما يمتد ليشمل قطاع إنتاج عناصر الصناعات الأساسية والمتقدمة، والخدمات بمختلف أنواعها التعليمية والصحية والهندسية وخلافها.

ج- الحاجة إلى نشر ثقافة الفرنشيز وتنظيمه قانونيا:

وفق ما ينسب لمنظمة الامتياز العالمية[18] (IFA) يمكن لأي مشروع عمل أن يدخل مجال أنشطة الامتياز التجاري، فالمنظمة تضم تصنيفاتها أكثر من 75 فئة مختلفة تندرج تحت الأعمال التي يمكن أن تكون مجالاً للامتياز التجاري، بالتالي يتيح ذلك للشركات الصناعية والمؤسسات التعليمية العالية، وكذلك المراكز الطبية، ومراكز الخدمات الهندسية وغيرها ممن تطول بها القائمة أن تسهم في الرفع من مستوى الإنتاج والأداء في توفير الخدمات وبالتالي العائد لدى قطاعات قائمة لدينا يفتقد البعض منها للحد الأدنى من ذلك، وعليه نشير إلى أن نظام الفرنشايز أصبح أساسيا في جميع دول العالم وذلك في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية والتي تهدف إلى فتح الأسواق وإسقاط الحواجز أمام السلع والبضائع ورؤوس الأموال

حيث يوفر تقديم أحدث نظم التسويق والإدارة ونقل التكنولوجيا والخبرات وخلق فرص عمل وذلك في معظم القطاعات الإنتاجية والخدمية يرتكز أساس العمل في هذا الجانب على توحيد التشريعات والأنظمة المتعقلة بمشروع أو موضوع معين، وفي سبيل ذلك يقوم المختصون بإعداد الدراسات المقارنة للقوانين والأنظمة المعمول بها في الدول، وباستثناء المعايير العادلة لحق الامتياز أو الفرنشيز المعدة بواسطة الهيئة الأمريكية لمتعاملي الفرنشيز (AAFD) وبعض الأنظمة المطبقة في بريطانيا وكندا وغيرها من الدول المتقدمة، فقد أوضحت الدراسات والاجتهادات التي تمت في مجال حق الامتياز (الفرنشيز)، أن

الامتياز (الفرنشيز)، وإنما هي مجموعة تشريعات تناولت بعض الجوانب فيه مثل قوانين المنافسة ومنع الاحتكار، مما جعل تلك النصوص غير كافية وغير ملائمة لنجاح الفرنشايز عالميا بالمستوى المرجو أو المطلوب[19].

المحور الثـــاني: أهمية نظـام الفرنشيـز على التنمية الاقتصادية

يعتبر الاستثمار عن طريق نظام الفرنشيز من أهم الطرق الاقتصادية المتبعة من طرف الكثير من الدول وبخاصة المتطورة منها، وذلك نتيجة لما حققته من تنمية كبيرة على المستوى الاقتصادي لهاته الدول على

جميع الأصعدة فكان بحق نظاما ناجحا يرجى من الدول السائرة في طريق النمو وخاصة الجزائر الاعتماد عليه لكثير المزايا الاقتصادية التي تعود على اقتصاد بلادنا.

أولا- توفير مناخ استثماري للمشاريع الصغيرة والمتوسطة

أ- أهمية المشاريع الصغيرة والمتوسطة: تعتبر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة عمود الاقتصاد ومن المحركات الرئيسية للنمو الاقتصادي والتخطيط المستقبلي وتمثل إحدى دعائم التنمية الأساسية في أي دولة في العالم، وتلعب دورا هاما وأساسيا في التنمية الاقتصادية والاجتماعية في مختلف الدول المتقدمة والنامية على حد سواء ويبرز هذا الدور من خلال انتشارها في مختلف قطاعات الاقتصاد الوطني فهي القوة المحركة له والمصدر التقليدي لنموه وتطويره كما أن عددها يشكل نسبة كبيرة بالمقارنة مع عدد المشروعات الكلية.

ويعتبر عقد الفرنشيز من الأهمية بمكان بالنسبة للمشاريع الصغيرة والمتوسطة، فهو من عقود نقل المعرفة التي تعد معلومات سرية، تعطي صاحبها ميزة على منافسيه الذين لا يعرفونها، قد تكون لإنتاج سلعة معينة أو توزيعها تحمل علامة تجارية مشهورة، ولا يقتصر عند هذا الحد بل قد يمتد عقد الفرنشيز لاستغلال بقية عناصر الملكية الصناعية عن طريق استغلال براءة اختراع أو رسوم أو نماذج صناعية، كما قد يكون عقد الفرنشيز لتقديم خدمات مميزة وذلك وفقا لنظام عمل محدد.

وقد أثبتت عقود الفرنشيز جدواها على مستوى العالم ليس على مستوى انتشار العلامات التجارية، بل وحتى على مستوى الفوائد والمزايا العديدة، التي يحققها نظام الامتياز للمانح والممنوح على حد سواء، ولاسيما في حال انضمام المانح والممنوح لهيئات وجمعيات خاصة بحق الامتياز التجاري، التي تمنحهما المزيد من الثقة والعديد من المزايا والفوائد الأخرى.

ومن بين أبرز الفوائد والمزايا التي يجنيها المانح لحق الامتياز التجاري، انتشار علامته التجارية على مستوى العالم بأقل التكاليف الممكنة، باعتبار أن الممنوح له حق الامتياز سيتحمل تكاليف التأسيس والإنشاء وإلى غير ذلك من التكاليف المرتبطة بالتشغيل، وفي المقابل يتحمل الممنوح له حق الامتياز أقل المخاطر المحتملة، وبالذات المخاطر المرتبطة بفشل المشروعات، حيث قد أثبتت التجارب والتطبيقات العملية لحق الامتياز، أن 95% ممن عملوا بنظام حق الامتياز، قد أثبتوا نجاحهم خلال الخمس سنوات الأولى من بداية نشاطهم وذلك طبقا لهيئة الفرنشايز البريطانية(BFA)[20]

ونرى أن حق الفرنشيز، يعد نشاطا وفرصة تجارية ذهبية لرواد الأعمال في الجزائر، وبالذات حين النظر إلى المزايا والفوائد، التي من الممكن أن يحققها رواد الأعمال من هذا النشاط، والتي تتصدرها فائدة بدأ النشاط التجاري من حيث انتهى الآخرون، دون التحمل لمخاطر مباشرة، وبالذات بالنسبة للمخاطر التي ترتبط بالمشروعات الجديدة وتؤدي إلى فشلها خلال سنواتها الأولى،خاصة أن السوق المحلي له قابلية مشاريع

تعتمد عل هذا النظام رغم ضعف نشاط الفرنشايز في الوقت الراهن في الجزائر قياسا بجيراننا في تونس والمغرب.

و هناك أربعة أبعاد لفوائد تطبيق إدارة نظم الفرنشيز بالنسبة للممنوح له وهي فوائد إستراتيجية، فوائد مالية، فوائد تسويقية، فوائد تشغيلية وإدارية[21].

1- الفوائد الإستراتيجية وتتمثل في:

- ✓ حجم مخاطرة استثمارية أقل،
- ✓ فرصة التركيز على المتغيرات السوقية المحلية،
- ✓ حجم منافسة أقل نسبيا،
- ✓ الفرصة للتطوير المستمر للمنتجات و الخدمات،
- ✓ الانضمام إلى شبكة مانحي الامتياز من رجال الأعمال
- ✓ توفر برامج بحث السوق،

2- الفوائد المالية وتتمثل في :

- ✓ استثمار أقل بسبب تفادي عنصر التجربة و الخطأ،
- ✓ الاستفادة من القوة الشرائية لمانح الامتياز،
- ✓ مصروفات تسويقية وتشغيلية مدروسة بعناية،
- ✓ فرصة أكبر لزيادة الأرباح والعائد على الاستثمار.

3 - الفوائد التسويقية وتتمثل في :

- ✓ اسم تجاري أكثر انتشارا ومصداقية ،
- ✓ منتجات وخدمات محل ثقة الجمهور،
- ✓ خطط تسويقية مجربة ومعتمدة،
- ✓ إمكانية إنفاق رسوم التسويق والترويج داخل منطقة الامتياز،
- ✓ الضخ المستمر للأفكار الجديدة للمنتجات والخدمات وطرق ترويجها.

4 - الفوائد التشغيلية والإدارية وتتمثل في :

- ✓ إمكانية التشغيل بهيكل تنظيمي صغير نوعا ما،
- ✓ توفر برامج مراقبة الجودة،
- ✓ توفر برامج تدريب معدة مسبقا،
- ✓ ارتفاع مستوى جودة المنتجات و الخدمات،

- ✓ استمرارية الجودة و توحيد مستوياتها،
- ✓ فرصة وافرة في التحسن المستمر في الأداء.

وتعتبر المشروعات المقامة بنظام الفرنشايز جاذبة للبنوك من حيث التمويل نظرا لما يلى:

- ارتفاع نسبة نجاح هذه المشروعات نظرا لاعتمادها على علامة تجارية عالمية وإنشاء المشروع طبقا لمواصفات الشركة المانحة للامتياز من حيث نظم التسويق والإدارة ونقل التكنولوجيا وخلق فرص العمل.
- العلامة التجارية العالمية للشركة مانحة الامتياز تعتبر مصدر ثقة للبنوك مصدر التمويل لهاته المشروعات الصغيرة والمتوسطة.

على هذا الأساس يعتبر الاستثمار عن طريق نظام الفرنشيز-علامة تجارية من أهم الطرق المتبعة لتمكين هاته المشاريع من الاستفادة من نجاح المشاريع السابقة كون أن العلاقة تجارية ناجحة، بخلاف الاستثمار وفق نموذج أخر حيث تكون المخاطر عالية جدا بما قد يهدد المشروع من أصله أو يكون مؤله الفشل، وفيما يلي مقارنة بين مزايا وعيوب مشروع الفرنشايز مع مشروع خاص:

بافتراض أن هناك مستثمر ما لديه مبلغ من المال ويرغب في إنشاء مشروع خاص، ولديه الخيار في أن يقوم بشراء حق فرنشيز من شركة مطاعم مشهورة على سبيل المثال أو يقوم هو بإنشاء مطعم خاص به يحمل اسمه أو الاسم الذي يرغبه. إذاً فما هي المميزات والعيوب فيما لو قام بالحصول على حق فرنشيز من هذه المطاعم المشهورة أو اختار البديل الثاني وهو إنشاء مطعم خاص به بدون حق فرنشيز، والجدول التالي يبين أهم المزايا والعيوب تحت كل من النظامين:

مميزات نظام حق الامتياز (الفرنشايز) بالمقارنة مع غيره من سبل الاستثمار

مشروع بنظام حق الامتياز (فرنشايز)	مشروع خاص بنظام الاستثمار المباشر
أولاً: مزايا حق الامتياز (الفرنشايز) والمقابل لها في المشروع الخاص:	
1. نشاط مجرب وثبت نجاحه ويحتوي على مخاطر أقل.	نشاط غير مجرب ويحتوي على مخاطر كبيرة.
2. المساندة المستمرة من جانب المانح عند بداية النشاط ، وما بعد البداية.	لا يوجد مساعدة من الخارج.
3. النشاط تم تأسيسه بشكل جيد وتم تطويره	النشاط بحاجة إلى تأسيس جيد ولم يطور بعد.
4. صاحب حق الامتياز (الفرنشيز) لديه خبرة	صاحب النشاط الجديد غالباً ما تنقصه الخبرة

مشروع بنظام حق الامتياز (فرنشايز)	مشروع خاص بنظام الاستثمار المباشر
كافية تزيد من نجاح المشروع.	اللازمة لإدارة النشاط.
5. القدرة على المنافسة في الأسعار وجودة الصنف.	صاحب النشاط الخاص غالبا ما يكون صغير في البداية وغير قادر على المنافسة
6. يحصل على مساعدات فنية وإدارية وتسويقية من المانح.	يقوم بتنمية مهاراته الفنية والإدارية والتسويقية على حسابه الخاص.
7. يمكن الحصول على قرض من البنك بسهولة	قد يواجه بعض المصاعب في الحصول على قرض من البنك.
8. يمكنه التوسع والانتشار بسهولة.	يحتاج بعض الوقت للتوسع والانتشار.
9. السمعة تم اكتسابها من خبرات السنوات الماضية.	بحاجة إلى المزيد من الوقت حتى يكتسب السمعة الجيدة.
10.زيادة العائد بتكلفة أقل.	يحتاج إلى خطط تسويقية مكلفة حتى يستطيع زيادة العائد.
11.الاستفادة من الدراسات والأبحاث.	الدراسات والأبحاث تكون مكلف
ثانياً: عيوب حق الامتياز (الفرنشايز) وما يقابلها في المشروع الخاص:	
1. يقوم بدفع رسوم استغلال حق الملكية - رسوم سنوية - (Royalty Fees) بغض النظر عن الربح والخسارة، هذا بالإضافة إلى رسوم التأسيس (الرسوم المبدئية).	لا يقوم بدفع رسوم مبدئية أو مستمرة.
2. غالباً ما يحصل على المواد الخام من المانح بالأسعار التي يحددها.	يحصل على المواد الخام بطريقته الخاصة حسب سعر السوق.
3. ملتزم بتنفيذ كتيب التشغيل الصادر من المانح.	غير ملتزم بدليل محدد.
4. غالباً ما يتم تحديد الأسعار مسبقاً من المانح	يقوم هو بتحديد الأسعار.
5. يدفع تكلفة الزيارات التدريبية والاستشارية	غالباً لا توجد تكاليف استشارية أو مفاجئة.

مشروع بنظام حق الامتياز (فرنشايز)	مشروع خاص بنظام الاستثمار المباشر
والمفاجئة.	
6. يفرض عليه تكلفة الحملة الإعلانية في حالة إنشاء صندوق للحملة.	تكلفة الحملة الإعلانية غير مفروضة من الخارج.
7. قد لا يستطيع البيع أو التنازل عن المشروع إلا بموافقة المانح.	يمكن البيع أو التنازل في أى وقت.
8. قد يفرض عليه غرامات مالية من المانح في حالة فشل المشروع.	لا يوجد غرامات مالية في حالة الفشل.

مما تقدم أعلاه يمكن القول بأن نظام الفرنشايز نظام يتمتع بالنجاح والسمعة الجيدة وبالتالي فإن قدرته على التوسع والانتشار تكون أكبر بكثير عما هي عليه في نظام المشروع الخاص، ولقد أثبتت التجربة أن هناك فقط مشروع واحد يفشل من بين كل عشرة تتبع نظام الفرنشايز، هذا بالإضافة إلى أن 95% من المشاريع الجديدة ما زالت تعمل بكفاءة خلال الخمس سنوات الأولى من افتتاحها وذلك طبقاً لهيئة الفرنشايز البريطانية (BFA)[22].

هذا وتشير بعض الإحصائيات الصادرة عن الهيئة الوطنية لمحللي التقييم المعتمدين [23] في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن عدد الأنشطة الفاشلة في أمريكا قد بلغ 71.8 مليون نشاط في عام 1998، هذا مقابل 155.1 مليون نشاط بدأت خلال نفس العام. هذا بالإضافة إلى أن عدد حالات الإفلاس قد بلغت 1.39 مليون، و 1.27 مليون حالة إفلاس داخل الولايات المتحدة في عامي 1999، 2000 على التوالي، إن هذا العدد الكبير من حالات الفشل والإفلاس في الولايات المتحدة الأمريكية ربما يشير إلى حد كبير إلى أن الاستثمار عن طريق نظام الفرنشايز قد يكون أحد الطرق ذات المخاطر الأقل. هذا بالإضافة إلى أن عملية التوسع الرأسي والأفقي في مجال الفرنشايز هي إحدى طرق التوسع والانتشار الناجح سواء فيما يتعلق بالمانح أو الممنوح، فالأول يمكنه التوسع عن طريق الانتشار ليس في دولته فقط بل على مستوى العالم طالما أنه يقدم منتج أو خدمة تمت تجربتها وثبت نجاحها، والثاني أيضاً يمكنه التوسع والانتشار عن طريق الحصول على حق امتياز رئيس (ماستر فرنشيز) أو أن يفتح منافذ جديدة تابعة له في نفس منطقته الجغرافية. من هنا يمكن القول بأن نظام الفرنشيز يمتلك عوامل أكثر نجاحاً من حيث التوسع والانتشار عن غيره من نظم الاستثمار.

وعليه يتضح لنا دور الفرنشايز في توطين الوظائف واثر المؤسسات الصغيرة والمتوسطة العاملة بنظام الفرنشايز في دعم الاقتصاد الوطني، إضافة إلى تحديد آليات حق الامتياز التجاري ودور الفرنشيز في توطين

الوظائف، إن حق الفرنشيز يمكن ان يصبح محرك اقتصادي لخلق الثروة من خلال إيجاد المزيد من المنشآت الصغيرة والمتوسطة، وكذلك آليات دعم نظام الفرنشيز في تمويل المنشآت الصغيرة والمتوسطة ودوره في تغطية نسبة من مخاطر جهات التمويل لتشجيعها على منح التمويل اللازم.

ب- أهمية نظام الفرنشيز في تقليص البطالة:

إن للامتياز التجاري أو نظام الفرنشيز فوائد عدة لخدمة وتنمية المجتمع من خلال توظيف هذا المفهوم ذي الأثر الكبير والتي من أهمها فتح قنوات استثمارية كثيرة للشباب، إتاحة الفرص لتشغيل أعداد

كبيرة من الوظائف المهنية المتخصصة، الحد من ظاهرة البطالة، تحقيق الأمن والاستقرار الاجتماعي والاقتصادي، تجنب مراحل التجربة والخطأ في تأسيس وإدارة نشاطه ويحد من نسبة المخاطرة الاستثمارية، فرص كبيرة لتحقيق هامش ربح جيد . تقليل نسبة الخطورة، إضافة إلى العديد من الفوائد الأخرى، ذلك أن تحديات انتشار ونجاح منح الامتياز التجاري له من الفوائد الكثيرة والتي منها الانتشار الجغرافي ونمو الشركات والدول الاقتصادي، خلق الآلاف من الفرص الوظيفية، رفع مستوى المنتجات والخدمات المقدمة من خلال المنافسة الحثيثة وتوفير أفضل قيمة للمستهلك.

لذا فإن نظام الفرنشيز يعتبر أحد المناهج المتبعة اقتصاديا للمحاولة من أجل تنمية اقتصاد الدولة وخلق الثروة وتقليص معدلات البطالة، ذلك أن أحد أبرز ميزات الفرنشيز أنه نظام مثالي ليس فقط للمشروعات الكبيرة الناجحة، وإنما أيضا للشباب الذي يرغب في الالتحاق بقطاع الأعمال ويؤسس مشروعا خاصا ناجحا، حيث يقدم الفرنشايز الأفكار الناجحة والتي تم اختبارها بالفعل إضافة إلى خبرات القائمين عليها وطرق التشغيل والتسويق وحتى أنظمة المحاسبة، وهو ما يعني ضمان نسب عالية جدا للنجاح، وهو ما يتطابق تماما مع مفهوم التشغيل الذاتي ومنه فهو نظام اقتصادي يحقق نتائج مهمة في إطار تشغيل اليد العاملة وتقليص معدلات البطالة.

ففي مصر مثلا التي تعتبر من أهم الدول العربية والأفريقية من حيث تبني نظام الفرنشيز ونجاحه على أرض الواقع اقتصاديا، ووفقا لأخر الإحصائيات فإن هناك 600 نظام من نظم الفرنشيز في مصر، موزعة على عشرات الأنشطة بينها 42 % محلية والنسبة الباقية موزعة على دول العالم بين أمريكا وأوربا وبعض الدول العربية.

وتتنوع أنشطة الفرنشيز بين الأطعمة والمشروبات والملابس والإكسسوار، ولا تتوقف أنشطة الاستثمار وفق نظام الفرنشيز على هاته النشطة بل للعشرات من الأنشطة المختلفة، كما يقدر حجم الاستثمارات في الفرنشيز بأكثر من 60 مليار جنيه، بحجم مبيعات سنوية يفوق 12 مليار جنيها ويوفر الفرنشيز أكثر من 800 ألف فرصة عمل مباشرة[24].

يضاف إلى ذلك زيادة فرص الاستثمار للصناعات المغذية لأنشطة الفرنشيز والتي تعتمد بالدرجة الأولى على الخامات المحلية، وبالتالي فإنه يساهم في تنشيط الصناعة المحلية، ورفع مستوى جودة وكفاءة المنتج المحلي لتتماشى مع مستويات الكفاءة والجودة العالمية بما يؤهلها أيضاً من التصدير للأسواق العالمية.

ج- دور نظام الفرنشيز في تحسين مستوى الاستهلاك:

لا تتوقف أهمية اعتماد نظام الفرنشيز كأسلوب اقتصادي على تقليص معدلات البطالة باعتباره آلية للتوظيف الذاتي، لما له من مزايا نظرا لعجز الدولة على توظيف الأعداد الكبيرة للوافدين إلى عالم الشغل.

ويلبّي الفرنشيز رغبات المستهلك رغم تعقدها. إذ أصبح من السهل، على هذا الأخير، شراء المنتجات العالمية بأسعار وأذواق مناسبة للمجتمع الذي يعيش فيه. كما يعمل الفرنشيز على تحديث جودة الخدمات والمنتجات المقدمة للمستهلكين، وتقليل التكلفة النهائية للمنتج، وحماية المستهلك من تقليد العلامات التجارية وذلك بتوفيرها في الأسواق وتقريبها إليه.

د- نظام الفرنشيز آلية لمكافحة الاقتصاد غير الرسمي:

تعاني دول العالم من ظاهرة تهدد الكثير من اقتصاديات الدول النامية والمتقدمة، تتمثل في ظاهرة الاقتصاد غير الرسمي، والحديث عن هذه الظاهرة ذو أهمية كبيرة خاصة في الآونة الأخيرة بعد التحولات والتغيرات التي عصفت بالدول من كافة النواحي السياسية، الاقتصادية والاجتماعية.

بلغ حجم الاقتصاد غير الرسمي في الجزائر 60 مليار دولار، ما يعادل 30% من الناتج الداخلي الخام نهاية 2011، وبات التوسع المتواصل لحجم الاقتصاد الموازي يمثل تهديدا حقيقيا له. وقال وزير التجارة الجزائري **مصطفى بن بادة**، إن النشاطات الاقتصادية أصبحت تشمل جميع فروع النشاط من الخدمات إلى الصناعة والتحويل والفلاحة والتجارة الخارجية والتوزيع، بسبب التكلفة الباهظة للعمل في إطار القوانين التي تضعها الدولة[25].

ذلك أن الاقتصاد غير الرسمي ظاهرة تقلق صناع السياسة الاقتصادية في أي دولة، وذلك لاقترانها بمجموعة من الظواهر السلبية التي تحيط بها والضرر الذي تتسبب فيه على عدة مستويات، ومن هاته المظاهر ما يلي:

* العمل الخفي؛
* الرشوة؛
* الفساد؛
* تقليد حقوق الملكية الفكرية وانعكاساتها على مالكي الحقوق، المؤسسات والمستهلك.

ويعمل نظام الفرنشيز على تشجيع الاستثمار محليا وأجنبيا، غير أن الاستثمار الأجنبي من أهم العوامل التي تدفع عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية في الدول الأقل نمواً والنامية، وهذه الدول تسعى جاهدة لجذب الاستثمارات ومنحها حوافز جمركية وضرائبية مختلفة، لا غرابة في ذلك، حيث أن الاستثمار يؤمن، من جملة ما يؤمن، إنتاج سلع وخدمات جديدة، تشغيل يد عاملة واستقدام تكنولوجيا جديدة، إذ يندر وجود مشروع استثماري لا يتضمن حد أدنى من العناصر التكنولوجية، وخاصة الاستثمار الأجنبي، فتنص قوانين الاستثمار في الدول الأقل نمواً والنامية، على أن رأسمال المشروع الاستثماري يتألف، من جملة ما يتألف، من تراخيص استغلال حقوق الملكية الفكرية والصناعية، مثل براءات الاختراع، النماذج الصناعية، العلامات التجارية وغيرها، فمعروف أن نقل التكنولوجية يتم عبر منح تراخيص من مالكيها لأشخاص آخرين لاستغلالها، ويتم أيضاً من خلال فتح المالكين لفروع لهم في الأسواق النامية، أو دخولهم في مشاريع مشتركة مع وشركاء محليين، يتم من خلالها استغلال التراخيص المختلفة ونقل التكنولوجيا للبلد النامي[26].

وعليه فوجود مثل هاته الآلية الاقتصادية في الدولة يعمل على دمج أصحاب الشركات العاملة في الاقتصاد غير الرسمي وامتصاصه في إطار اقتصاد رسمي، منظم ومحمي بموجب قوانين الدولة وفقا لأحكام وقواعد المنافسة الشريفة، لذا يعتبر تقنية تلجأ إليها المؤسسات الحديثة النشأة، فتقوم بإبرام هذا العقد رغبة في ربح الوقت ولضمان نجاح مشروعها التجاري، دون تحمل المخاطر التي يتحملها أي متعامل اقتصادي عند بداية نشاط تجاري جديد، فعند بداية نشاط أي مؤسسة تحت علامة تجارية حديثة وغير معروفة، يجب منح المستهلك الوقت الكافي للتعرف على السلع والخدمات التي تعرضها تلك العلامة، ومنحه فرصة التأكد من جودة المنتجات، ومقارنتها مع السلع البديلة المتواجدة في السوق[27].

هـ- أثر نظام الفرنشيز على المستوى التجاري(دوليا وعربيا):

إن نجاح عقد الفرنشيز في دولة ما هو الغاية من اعتماده كآلية اقتصادية للدفع باقتصادها نحو الرقي وتلبية رغبات المستهلكين من خلال إستراتيجية علامة تجارية أثبتت تفوقها على المستوى المحلي والعالمي، غير أن نجاحه مرتبط بتنفيذه في ظروف حسنة وبانضباط، وبما أن عقد الفرنشيز من العقود التجارية فإن نجاحه هو ارتقاء بالتجارة على المستويين العالمي والإقليمي.

يعتبر نظام الفرنشيز أسلوبا اقتصاديا ناجحا على المستوى الدولي، بما دفع العديد من الدول لتبنيه كخيار اقتصادي كونه مرتبط بعلامة تجارية أثبتت وجودها على المستوى الدولي باعتمادها إستراتيجية الجودة وتلبية تطلعات المستهلكين متبوعة بنظام صناعة، تسويق ودعاية ناجحة بما رفع من شهرتها، لذا يمكن الكلام عن فرنشيز دولي عندما يطور مانح الفرنشيز نموذجه في بلد أخر غير موطن شركته.

إن نظام الفرنشيز يحقق الأمن الاجتماعي والاقتصادي ويحسن بنية الاستثمار في الأعمال والمشاريع المتوسطة والصغيرة، بما يوفره من فرص عمل وتطوير اليد العاملة وخلق بيئة تنافسية بين المشاريع، بما يحقق رفاهية المستهلك من خلال التنوع في جودة السلع والخدمات المقدمة، وانخفاض الأسعار نظرا لحدة المنافسة بين المؤسسات، قاصدة بذلك جلب أكبر عدد من الزبائن والترويج لسلعتها وخدماتها لتصل إلى اكبر شريحة منهم.

يحقق نظام الفرنشيز الانفتاح على الحضارات المختلفة على المستوى العالمي والإقليمي، فهو نظام واعد بشكل قوي، يشكل قاعدة من أنجح الأعمال التي سوف تسهم بفاعلية النمو الاقتصادي الوطني، حيث يمكن تحقيق هذا النظام ليس باستيراده فقط بل بتطبيقه على أنشطة قائمة وناجحة سواء في مجال السلع والخدمات .

إن اهتمام الدول العربية بنظام الفرنشيز سواء في إطار عربي موحد أو في إطار ثنائي، سيكون له الأثر الايجابي على تطوير الاقتصاد المحلي بالدرجة الأولى، خاصة من جانب دولة الممنوح له، إذ تسهم في تشغيل اليد العاملة المحلية، بما يخفف عليها حدة البطالة، فنجد أن هذا النظام في بلد كمصر يوفر ما بين 10- 20 ألف منصب شغل سنويا.

لا يقتصر دور نظام الفرنشيز على الجانب الاجتماعي فهو يحد أيضا من حـدة السيولة المهربة للخارج، وزيادة الاستثمار في المشاريع الصغيرة والمتوسطة، بما يحفز الشركات الوطنية لإعادة بناء ذاتها بما يسمح لها مواجهة المنافسة الشرسة، الشيء الذي سينعكس إيجابا على جودة المنتوج أو الخدمة المقدمة للمستهلك، هذا التطور يسهم إلى حد كبير في تطور المنتجات المحلية، للسماح بتداولها محليا عوض الاعتماد على البضائع المستوردة، دون أن ننسى إسهام أنشطة الفرنشيز في تطوير ومهارة اليد العاملة المحلية من خلال التدريب الذي تلقاه بموجب المشاريع المقامة، بما يرفع من نسبة كفاءة القوى البشرية، وهو العامل الذي تعاني منه الجزائر في مؤسساتها الصغيرة والمتوسطة من نقص في الكوادر والإطارات الكفأة، إحجام البنوك على تمويل مشاريعها، لضعف الخبرة والتسيير والإلمام بنظام الفرنشيز.

هذا ويقدر الخبراء قيمة الفرنشيز على مستوى الدول العربية ب 40 مليار دولار[28]، وأكد السفير **محمد الربيع** الأمين العام لمجلس الوحدة الاقتصادية العربية موافقة لجنة تنمية الاستثمار بالمجلس على عدد من المشروعات لزيادة الاستثمارات في الدول العربية[29]، وأن هذه المشروعات الجديدة سوف تقوم الأمانة العامة بعرضها علي مجلس الوزراء العرب للدول الأعضاء بالمجلس في اجتماعاته المقررة في شهر يونيو القادم.

الخاتمة:

بعد ذيوع عقد الفرنشيز والتعامل به وتناميه في أغلب دول العالم بحيث انتشر هذا العقد في ميدان التجارة الدولية لا بل أيضا في ميدان التجارة الداخلية. وما لهذا النشاط من أهمية اقتصادية على صعيد الدول المقدمة لهذا النشاط والدول المتلقية له، للنهوض بالصناعة وتحقيق التنمية الشاملة.

وتكمن الأهمية الاقتصادية والتنموية لهذا النوع من العقود التجارية على المستوى المحلي في توطين السلع والخدمات وتصدير التجارب الناجحة والآخر، وبمقتضى هذا التعاقد، يوافق المانح للممنوح باستخدام حق أو أكثر من حقوق الملكية الفكرية، يطلق عليه بممنوح الامتياز والصناعية أو المعرفة الفنية لإنتاج سلعة أو توزيع منتجاته أو خدماته تحت العلامة التجارية التي ينتجها أو يستخدمها مانح الامتياز وفقا لتعليماته وتحت إشرافه حصريا في منطقة جغرافية محددة ولفترة زمنية محددة. ويلتزم المانح بتقديم المساعدة الفنية والإدارية واللوجيستية للممنوح له الامتياز التجاري نظير مقابل مادي يتقاضاه يحتسب كنسبة من الإيرادات السنوية التي يحققها الممنوح له حق الامتياز التجاري.

كما يلتزم المانح بتقديم المساعدات الفنية والتسويقية خلال الفترات المختلفة لتنفيذ عقد الامتياز. وفي المقابل يلتزم الممنوح له حق الامتياز، بشروط استخدام الحق وفقا للتعاقد، بحيث لا يخل الممنوح له حق الامتياز بأي من التعاملات التي قد تتسبب في الإساءة إلى المنتج أو الخدمة أو إلى الملكية الفكرية التي يمتلكها مانح الامتياز التجاري ويعتبر عقد الامتياز من عقود نقل المعرفة التي تعد معلومات سرية، تعطي صاحبها ميزة على منافسيه الذين لا يعرفونها، قد تكون لإنتاج سلعة معينة عن طريق استغلال براءة اختراع أو رسوم أو نماذج صناعية، كما قد تكون لتوزيع منتجات معينة تحمل علامة تجارية شهيرة أو لتقديم .خدمات مميزة وذلك وفقا لنظام عمل محدد وقد أثبتت عقود الامتياز التجاري جدواها على مستوى العالم ليس على مستوى انتشار العلامات التجارية فحسب، بل وحتى على مستوى الفوائد والمزايا العديدة، التي يحققها نظام الامتياز للمانح والممنوح على حد سواء، ولاسيما في حال انضمام المانح والممنوح لهيئات وجمعيات خاصة .بحق الامتياز التجاري، التي تمنحهما المزيد من الموثوقية والعديد من المزايا والفوائد الأخرى.

ومن بين أبرز الفوائد والمزايا التي يجنيها المانح لحق الامتياز التجاري، انتشار علامته التجارية على مستوى العالم بأقل التكاليف الممكنة، باعتبار أن الممنوح له (حق الامتياز)، سيتحمل تكاليف التأسيس والإنشاء وإلى غير ذلك من التكاليف المرتبطة بالتشغيل. وفي المقابل يتحمل الممنوح له (حق الامتياز) أقل المخاطر المحتملة، وبالذات المخاطر المرتبطة بفشل المشروعات، حيث قد أثبتت التجارب والتطبيقات العملية لحق الامتياز، أن 95 %ممن عملوا بنظام حق الامتياز، قد أثبتوا نجاحهم خلال الخمس سنوات الأولى من بداية نشاطهم وذلك طبقا لهيئة الفرنشايز البريطانية (BFA).

قائمة المراجع:

1- الكندري، محمود احمد: أهم الإشكاليات التي يواجهها عقد الامتياز التجاري. منشور بتاريخ 2006\8\27 .الساعة 7pm، منشور بالموقع: http://www.arablawinfo.com

2- الحمود رضوان، التسويق الدولي، دار وائل للنشر، عمان، 2007، ص10.

3- ياسر سيد الحديدي، النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق عين شمس، دار الفكر العربي، مصر: " يقصد بالشبكة مجموعة المؤسسات التجارية التي لها نفس الشعار وتقوم ببيع أو تقديم المنتجات أو الخدمات ذاتها وفقا لمفهوم إستراتيجية تجارية أو تسويقية محددة، وتحمل علامة واحدة بما يظهرها أمام المستهلك والجمهور بأنها كيان واحد ويرسخ هذا الانطباع من خلال التوحيد في أساليب وتقنيات ممارسة النشاط"، ص47.

4- صدر بالرائد الرسمي عدد 50 بتاريخ 22 جوان 2010 الأمر عدد 1501 لسنة 2010 المؤرخ في 21 جوان 2010، يتعلق بضبط الشروط الدنيا الواجب توفرها في عقد الاستغلال تحت التسمية الأصلية Franchise

5- قانون دوبان، اسم وزير التجارة والحرفيات الفرنسي، هو مهندس هذا القانون والذي حمل اسمه، نشر في الجريدة الرسمية الفرنسية JORF بتاريخ 1992/01/02.

6- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، الحقوق الفكرية، حقوق الملكية الصناعية والتجارية وحقوق الملكية الفنية والأدبية، دار بن خلدون للنشر والتوزيع، ص 106

7-..FRANCOIS LUC SIMON, théorie et pratique du droit de la franchise, delta, liban, 2009, p13

8- رمضان أبو السعود، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام-، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2002، ص25.

9- محسن عبد الحميد إبراهيم - النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، الجزء الأول، مكتبة الجلاء الجديدة، مصر بدون سنة نشر،ص 32.

10- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة، 2000، ص132.

11- جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام- مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1995، ص72.

12--Amandine BOUVIER, REGARDS SUR LE CONTRAT DE FRANCHISE, Université de Montpellier, thèse Doctorat de droit privé, p 65, 2015.

13- حسام الدين خليل فرج محمد، عقد الامتياز التجاري(franchise) وأحكامه في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001، ص72.

14- اقجطال فريدة، النظام القانوني لعقد الفرنشيز في ظل القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير فرع قانون العقود، جامعة البويرة، جوان 2016، ص25.

15- ODILE CHANUT, NEJOUA GHARBI, l'environnement institutionnel comme facteur explicatif de développement de la franchise, p 14, 2011, publié au site : thil-memoirevivante.prd.fr.

16- المكتب الأول للاستشارات الاقتصادية، مركز تنمية المنشآت الصغيرة والمتوسطة ومركز البحوث والدراسات، نظام الفرنشيز كأداة لاستثمارات صغيرة ناجحة (الواقع – المعوقات – مقومات التطوير)، ، مارس2005 .

17- منذ إنشائها في عام 1960، و الاتحاد الدولي للامتياز يمثل ويحمي الفئة العاملة بنظام الفرنشيز وريادة شبكة الأعمال الأميركي. من خلال الانضمام إلى هذا النظام يكون للعضو التمتع بمزايا عالم الأعمال من دون المخاطر، وتهدف العضوية في IFA إلى كل المهنيين في عالم التجارة والاقتصاد .

18- لرقط فريدة و آخرون، " دور المشاريع الصغيرة و المتوسطة في الاقتصاديات النامية و معوقات تنميتها"، و تطورها في العالم، ص 124.

19- حق الامتياز التجاري طريق نجاح ممهد لرواد الأعمال، بحث مقدم لقناة العربية الإخبارية بموقعها الرسمي، http://www.alarabiya.net/ar/aswaq/2016/02/18/

20- مقدمة في إدارة نظم الامتياز التجاري و أثر ذلك في تطور الشركات العربية على الموقع : www.makcci.com

21-(www.nacva.com/index.html) National Association of Certified Valuation Analysts – NACVA.

22- طارق توفيق: مشروعات الفرنشايز فى مصر تحد من البطالة وارتفاع الأسعار، شبكة الإعلام العربية، الأربعاء 2012/10/18.

ماي 2016، منشور بالموقع: http://www.moheet.com

23- مقال منشور بجريدة البيان الاقتصادي الاماراتية، بعنوان: 60 مليار دولار حجم الاقتصاد الموازي في الجزائر، 12 مارس 2012، الموقع: www.elbayan.ae.

24- المنظمة العالمية للملكية الفكرية، ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الصناعية من أجل ريادة الأعمال والتجارة والبحث والتطوير، دمشق، 11 و12 مايو/أيار 2004، ملحق 08.

25- مختور دليلة، تطبيق أحكام قانون المنافسة في إطار عقود التوزيع، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015، ص 148.

26- الحربي، الفرنشايز...الغائب الأكبر في المشهد الاقتصادي السعودي، صحيفة سبق الالكترونية، 2015/12/8، http/sabq.org/EIOgde.

27- الوحدة الاقتصادية وتفعيل نظام الفرنشايز، مجلس الوحدة الاقتصادية العربية" يوصي بتفعيل نظام الفرنشايز كوسيلة لتنمية المنشآت في الوطن العربي، 2015/05/27.

28- أبو ملوح موسى سلمان، شرح مشروع القانون المدني الفلسطيني، ط.1،غير مذكور دار النشر، 2003-2004 ص14