تأثير التقنية الرقمية على إسناد الإرادة والتحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية

الأستاذة: منية نشناش
أستاذة مساعدة (أ)، قسم الحقوق، جامعة جيجل، الجزائر
طالبة دكتوراه، تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية،
جامعة تيزي وزو ، الجزائر

تاريخ إرسال المقال: 25-02-2018
تاريخ قبول المقال: 03-06-2018

ملخص: أصبحت عملية إسناد الإرادة إلى شخص صاحبها، والتأكد من أهليته الشخصية أو الوظيفية التي يتعاقد على أساسها، ومن ثم كمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون لإبرام التصرفاتالقانونية من بين أصعب المسائل القانونية والعملية، في ظل انتشار استخدام التقنية الرقمية كوسيلة للتعبير عن الإرادة في العقود المبرمة في بيئة إلكترونية دولية و لا مادية ، وذلك بعد أن كانت تلك العملية في ظل البيئة التقليدية المادية يسيرة التحقيق، ولذلك جاءت هذه الدراسة بهدف توضيح تأثير التقنية الرقمية على هذه العملية من خلال تبيان ما أثارته هذه التقنية من إشكالات قانونية متعلقة بأهلية وهوية صاحب التعبير عن الإرادة.

وقد انتهت الدراسة إلى نتيجة رئيسية مفادها وجود العديد من الوسائل- فقهية وقانونية وفنية- يمكن للأطراف المتعاقدة الاعتماد عليها في تحقيق عملية إسناد الإرادة و التوثق من الأهلية وتجاوز صعوبتها.

الكلمات المفتاحية: الأهلية الإلكترونية، الإرادة الإلكترونية، إسناد الإرادة، التقنية الرقمية، العقد الإلكتروني.

Résumé: **L**es contrats conclus dans une atmosphère électronique, dématérialisée, internationale et virtuelle sont devenus l'une des plus complexes questions juridiques et pratiques, notamment l'attribution de la volonté à la personne concernée, et sa majorité pour accomplir les actes juridiques. **C**ette étude a pour but de distinguer l'impact de la technologie numérique sur l'attribution de la volonté exigée pour accomplir les actes électroniques, et la garantie de l'identité des contractants.

L'étude minutieuse du sujet permet de conclure qu'on peut faciliter l'attribution de la volonté et l'identification des contractants par des solutions doctrinales, juridiques et techniques.

Mots clés : la capacité électronique, la volonté électronique, L'attribution de la volonté, la technique numérique, le contrat électronique.

مقدمة:

تشترط القواعد التي تحكم النظرية العامة للعقد لصحته توافر الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه لدى طرفيه، وهو الأمر الممكن والسير التأكد منه في العقود المبرمة في بيئة تقليدية، وذلك من خلال سهولة الاطلاع على ما يثبت هوية المتعاقد الشخصية أو الوظيفة التي تعاقد على أساسها، إلا أن مثل هكذا أمر ليس بالهين فيما يتعلق بالعقود المبرمة في بيئة رقمية، في ظل لا مادية هذه البيئة ودوليتها ذات الطابع الخاص بمجلس عقدها الافتراضي، والذي ترتب عنه الانفصال المكاني بين أطراف العقد الإلكتروني، وتعذر علمهم معرفة المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، نتيجة الطابع التقني الخاص للوسائل المستخدمة في إبرام مثل تلك العقود، والتي يمكن من خلالها تبادل التعبير عن الإرادة بين أشخاص من دول وجنسيات وأعمار مختلفة.

هذا الاختلاف سينجر عنه لا محالة اختلاف في الأنظمة القانونية الناظمة للأهلية، كما أنه خلق صعوبات قانونية وعملية جمة مرتبطة بمسألة التأكد من الهوية والأهلية أمام الساعين لإبرام معاملاتهم القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، ورغبتهم في الاستفادة مما أتاحته الأخيرة من اختصار للوقت والتكاليف وغيرها من التسهيلات، في ظل التباعد المكاني بين الأطراف المتعاقدة خاصة وأن مسألة التأكد من وجود الإرادة وسلامتها تعد ضمانة أساسية لتحقيق الثقة في المعاملات الإلكترونية عبر شبكة شكلت سوقا عالمية تتطلب المزيد من الأمن على التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات[1]، ومن هنا تبرز الإشكالية التي جاءت هذه الدراسة لأجل الإجابة عنها، **فكيف يمكن للشخص الذي يتعاقد عبر مواقع شبكة الانترنت مثلا، والذي يقوم بالدخول مباشرة إلى الموقع (le site) التيقن من هوية الطرف الآخر، وما إذا كان يتعامل مع بالغ راشد أم مع قاصر، مع أصيل أم مع وكيل، مع معسر أو مع موسر، مع شخص حقيقي فعلي أم مع مجرد موقع وهمي**؟

ولمعالجة هذه الإشكالية سيتم التطرق من خلال هذه الدراسة أولا إلى عرض مشكلة التثبت من هوية وأهلية الشخص صاحب الإرادة التي ظهرت نتيجة تأثير التقنية الرقمية (عرض المشكلة)في مبحث أول، ثم إلى تقديم بعض الحلول المقترحة لحل هذه المشكلة في مبحث ثاني.

المبحث الأول: استعراض المشكلة

يتطلب استعراض مشكلة تحديد أهلية الأطراف المتعاقدة إلكترونيا والتي ظهرت نتيجة تأثير التقنية الرقمية على عملية إسناد الإرادة والتثبت من الأهلية، تحديد الأهلية المتطلبة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا ابتداء، ومن ثم توضيح مدى صعوبة العملية.

المطلب الأول: الأهلية المتطلبة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا

يقصد بالأهلية في هذا المقام أمرين: الأول صفة الشخص المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، ثم ثانيا ثبوت كمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون[2]، لذلك وفي سبيل تحديد الأهلية المتطلبة للتعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية وجب الرجوع إلى القواعد العامة بشأن الأهلية من خلال تحديد الأصل في أهلية الشخص المتعاقد، ثم حكم التصرفات الإلكترونية المبرمة من قبل ناقص الأهلية.

الفرع الأول: الأصل في أهلية الشخص المتعاقد

تذهب معظم التشريعات المدنية إلى مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون أهلا للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحدّ منها بحكم القانون، وهذا ذات ما قرره المشرّع الجزائري من خلال نص المادة 78 ق م والتي جاء فيها "كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون".

ويتفرع عن هذا الأصل قيام قرينة على توافر الأهلية في شخص المتعاقد من شأنها –هذه القرينة- إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يدعي انعدام الأهلية أو نقصها[3].

وتنقسم الأهلية إلى قسمين:

✓ **أهلية وجوب:** وهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[4]، والأصل في هذه الأهلية أن تكون كاملة وتثبت للشخص بمجرد وجوده طبيعيا كان أو معنويا، إلا أنها يمكن أن تكون ناقصة لسبب أصلي كما هو الحال بالنسبة إلى الجنين حسب أغلب الفقهاء، أو لسبب طارئ كما هو الحال بالنسبة لقاتل مورّثه، ويمكن أن تنعدم تماما كما كان عليه الحال في التشريعات القديمة في إطار ما يعرف بالموت المدني وهو النظام الذي ألغي فيما بعد ولم يعد له وجود[5].

✓ **أهلية أداء:** وهي الصلاحية لمباشرة التصرفات القانونية على نحو يعتد به القانون[6]، أو هي "قدرة الشخص على ترجمة إرادته لإنشاء آثار قانونية، فيباشر بنفسه عملا قانونيا بحق أو التزام[7].

وإذا كان مناط أهلية الوجوب هو الشخصية القانونية، فإن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز، تدور معه وجودا وعدما وتمر بمراحل ثلاث فتكون حسب القانون الجزائري:

- **منعدمة:** بالنسبة لصغير السن الذي لم يبلغ 13 سنة والمجنون والمعتوه حسب المادة 42 ق م.
- **ناقصة:** بالنسبة للصبي المميز الذي بلغ 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة كاملة والسفيه وذي الغفلة حسب المادة 43 ق م.
- **كاملة:** لكل من بلغ 19 سنة دون عارض حسب المادة 40 ق م.

وعليه فنقص الأهلية يرجع لأحد السببين: إما لسبب طبيعي أصلي مرتبط بعامل السن ويدور وجودا أو عدما مع التمييز، أو يرجع لسبب طارئ مرتبط بأمور يمكن أن تصيب الشخص فتؤدي إلى اختلال قواه العقلية، وهي ما تعرف بعوارض الأهلية وهي الجنون أو العته أو الغفلة أو السفه، أو أمور أخرى يمكن أن تصيب الشخص دون أن تخل بقواه العقلية ومع ذلك يصعب عليه القيام بالتصرفات القانونية لوحده دون مساعدة من غيره، وهي ما تعرف بموانع الأهلية سواء منها المادية (الغياب) القانونية (الحكم بعقوبة الجناية أو بشهر الإفلاس)، الطبيعية (العاهة المزدوجة)[8].

وما يهمنا في مجال التعبير عن الإرادة بالكتابة الإلكترونية هو أهلية الأداء باعتبارها شرط لصحة العقد، فصحة هذا الأخير رهن بتمام أو نقصان أهلية صاحب التعبير عن الإرادة، ولما كانت أهلية الأداء تمر بثلاث مراحل فإنها يترتب عنها ثلاث آثار مختلفة على التصرفات التي يمكن أن يأتيها صاحب الأهلية من حيث أنه إذا كان:

1- عديم الأهلية للأسباب المذكورة أعلاه، كانت إرادته المعبر عنها عديمة الأثر ولا يعتد بها قانونا حتى ولو تمخضت عن منفعة محضة له، وذلك حسب ما نصت عليه المادة 82 من قانون الأسرة، التي أحالت عليها المادة 79 من التقنين المدني، وتكون جميع تصرفاته من بينها المبرمة إلكترونيا باطلة بطلانا مطلقا[9].

2- ناقص الأهلية أيضا للأسباب المذكورة أعلاه بشأن نقص الأهلية، ففي هاته الحالة يكون لإرادته أثر ولكن لا يعتد به القانون إلا في حالات معينة، لنا عودة إليها حين الحديث عن حكم التصرفات الإلكترونية التي يبرمها ناقص الأهلية في الفرع الموالي ومن خلالها سيتم تحديد مصير هذه التصرفات بين البطلان والإبطال والصحة.

3- كامل الأهلية وذلك ببلوغ صاحب التعبير عن الإرادة لسن 19 سنة كاملة متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجز عليه حسب نص المادة 40 من القانون المدني و86 من قانون الأسرة، فيكون بتلك الشروط أهلا لمباشرة حقوق المدنية وإبرام مختلف التصرفات القانونية، من بينها العقود الإلكترونية، التي تترتب آثارها كاملة في جانبه متى توافرت باقي شروطها، ويكون في حكمه القاصر المؤذون أو المرشد بالنسبة للتصرفات المالية الداخلة في نطاق الإذن حسب نص المادة 84 ق أ، أو المادة 05 من القانون التجاري.

وعليه يمكن القول أن الأهلية المشترطة للتعبير عن الإرادة الكترونيا لا تختلف عن الأهلية المتطلبة للتعبير عن الإرادة بمناسبة إبرام التصرفات بالطرق التقليدية من حيث أحكامها وشروطها، وما على الشخص سوى الرجوع إلى القواعد العامة بشأنها.

الفرع الثاني: حكم التصرفات الإلكترونية المبرمة من قبل القاصر وناقص الأهلية أو من في حكمهما

عموما يمكن تطبيق القواعد العامة المطبقة في شأن تصرفات ناقص الأهلية على العقود الإلكترونية، وللوقوف على حكم مثل هاته التصرفات وجب الرجوع إلى القواعد العامة المكرّسة في كل من القانون المدني وقانون الأسرة في هذا الصدد، حيث تقضي المادة 79 من القانون المدني بأنه:"**تسري على القصّر وعلى المحجور عليهم وعلى غيرهم من عديمي الأهلية أو ناقصيها قواعد الأهلية المنصوص عليها في قانون الأسرة**".

وتقضي المادة 83 من قانون الأسرة بأنه:"**من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد طبقا للمادة 43 من القانون المدني تكون تصرفاته نافذة إذا كانت نافعة له، وباطلة إذا كانت ضارة به، وتتوقف على إجازة الولي أو الوصي فيما إذا كانت مترددة بين النفع والضرر، وفي حالة النزاع يرفع الأمر إلى القضاء**".

من خلال هذين النصين يتّضح أن المشرّع الجزائري قرّر حماية خاصة للمتعاقد ناقص الأهلية، بأن قسّم تصرفاته القانونية ثلاثة أقسام مختلفة في حكمها بحسب ما يلحق الصبي المميز بسببها من نفع أو ضرر، فإذا كانت تصرفاته:

- **ضارة به ضررا محضا**: كان التصرف باطلا بطلانا مطلقا.
- **نافعة نفعا محضا له**: كان التصرف صحيحا منتجا لجميع آثاره القانونية.

– **دائرة بين النفع والضرر**: كان التصرف قابلا للإبطال لمصلحة القاصر، ويزول حق التمسك بالإبطال بإجازة القاصر للتصرف بنفسه بعد بلوغه سن الرشد أو بإجازة من وليه أو وصيه بحسب الأحوال وفقا للقانون.

وبناء على هاته النصوص والأحكام بشأن القاصر المميز، يمكن القول بأن التصرف الإلكتروني الذي يبرمه ناقص الأهلية إذا كان نافعا نفعا محضا له كأن يكون موهوبا له بدون عوض في عقد هبة تم إبرامه عبر الأنترنت – فإنه يقع صحيحا، أما إذا كان ضارا به ضررا محضا، كان يكون واهبا بدون عوض في عقد هبة عبر الانترنت، فإن تصرفه يقع باطلا بطلانا مطلقا، أما بالنسبة للعقود الإلكترونية الدائرة بين النفع والضرر، فتكون قابلة للإبطال لمصلحة هذا القاصر.

ومن أجل تفادي إشكالية التعاقد مع ناقصي الأهلية أو فاقديها، حرص منتجو السلع ومقدمو الخدمات عبر الشبكة على إيجاد وسائل تساعدهم على تفادي مشاكل التعاقد مع ناقصي الأهلية ومن بين أهم الوسائل غير المباشرة:

أ- نماذج العقود التي توضع على شبكة الأنترنت والتي يمكن أن تحوّل طريقة صياغتها دون تعاقد ناقصي الأهلية وكل الفئات غير المرغوب فيها عبر الشبكة، حيث يمكّن النص صراحة في هذه النماذج على أنه لا يقبل التعاقد مع ناقص الأهلية، وذلك مع ضرورة أن يلفت مزوّد الخدمة أو منتج السلعة انتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة النماذج قبل إبداء رغبته في التعاقد[10].

ب- إلى جانب العقود هناك وسيلة أخرى تتمثل في نموذج بيانات المستخدم حيث يتم وضع تحذيرات على شبكة الاتصال تبيّن طريقة دخول الزبون إلى الموقع ويكون ذلك من خلال تعبئة نموذج البطاقة الشخصية الذي يفصح فيه الشخص المستخدم للشبكة عن بلوغه السن القانونية للتمتع بالأهلية، وعمره وجنسيته ومحل إقامته، ووظيفته وكل البيانات المحددة لهويته، وبهذه الوسيلة يستطيع المستخدم إبرام العقد الإلكتروني الذي يريده[11].

تجدر الإشارة إلى أن إشكالية التعاقد مع ناقصي الأهلية، أو من في حكمهم، وكما تطرح من زاوية الزبون أو المشتري، قد تطرح أيضا من الزاوية المقابلة وهي زاوية منتج السلعة أو مقدم الخدمة، حيث يمكن تصورها في حالة قيام شخص ناقص الأهلية بإنشاء متجر إلكتروني، أو ادّعاء شخص بأنه ممثل لمتجر معين وذلك خلافا للحقيقة، ويمكن القول هنا بأن نفس الأحكام المذكورة سابقا يمكن أن تطبق في الحالة العكسية[12].

المطلب الثاني: صعوبة التثبت من هوية وأهلية الشخص صاحب الإرادة الالكترونية

بالرغم من المشاكل الكثيرة التي يثيرها موضوع التعاقد عبر الإنترنت، غير أن ما يهمنا في موضوعنا هذا هو المشاكل المرتبطة بركن التراضي في إبرام المعاملات وتحديدا فيما يتعلق بمسألة التحقق من وجود إرادة التعاقد وإسنادها إلى المتعاقد في مرحلة أولى ثم التأكد من سلامة أهليته في مرحلة ثانية، خاصة في ظل نيابة الآلة عن الشخص في إصدار الإرادة وبقائها حبيسة أجهزة الحاسوب، وفي مرحلة ثالثة معرفة القانون الواجب التطبيق في حال نشوء نزاع بشأن التصرف الالكتروني.

الفرع الأول: مشكلة التحقق من وجود الإرادة وإسنادها للمتعاقد في ظل التقنية الرقمية

إذا كان الأصل يقضي بأن العقد ينعقد بعمل إرادي يصدر عن المتعاقدين أنفسهم، فتكون حينها الإرادة المعبر عنها إرادتهم و إليهم تنصرف آثارها، فإن ذلك الأصل أصبح في ظل الوسائل الحديثة التي أفرزتها التقنية الرقمية في إبرام التصرفات القانونية غير مطلق، فقد يتم إبرام العقد أو التعبير عن الإرادة عن طريق حواسيب وأجهزة مبرمجة تعمل آليا وتلقائيا دون تدخل إنساني مباشر في إرسال التعبير عن الإرادة أو تلقيه[13]، وذلك عندما يتم برمجتها على إرسال وتسلم رسائل البيانات الإلكترونية المتضمنة للتعبير عن الإرادة لصالح شخص ما، فهذا الأمر مدعاة للتساؤل عن كيفية التحقق من وجود إرادة باتة وجازمة وجدية للتعاقد وهي الإرادة التي يعتد بها القانون عندما ترسل تلك الرسائل أو تستقبل تلقائيا بواسطة تلك الحواسيب فإلى من تنسب في مثل هذه الحالات إرادة التعاقد[14]؟،هل تنسب إلى الشخص الذي بُرمج الجهاز لصالحه أم تنسب إلى الآلة وهذه الأخيرة لا يتقبلها المنطق القانوني،إذ كيف تنسب الإرادة إلى جماد؟.

الفرع الثاني: مشكلة التحقق من أهلية المتعاقد في ظل التقنية الرقمية

لا يحتاج التعبير عن الإرادة إلكترونيا إلى أهلية خاصة به، بل شأنه في ذلك شأن التعبير عن الإرادة بالوسائل التقليدية، بحيث لا يكون التعبير صحيحا ومنتجا لأثره إلا إذا صدر عن شخص تتوفر فيه الأهلية القانونية اللازمة للتعاقد، والأصل العام يقضي حسب نص المادة**78** من القانون المدني بأن كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون[15]، فبمفهوم المخالفة لهذا النص، لا يكون أهلا للتعاقد أو غير كامل الأهلية كل من كان عديم التمييز لصغر في السن (من 0 إلى 13 سنة) حسب نص المواد **42** و**79 من القانون المدني** والمادة **82 قانون الأسرة** أو كان معتوها أو مجنونا، وكل من بلغ سن التمييز (13-19 سنة) ولم يبلغ سن الرشد أو كان سفيها أو ذا غفلة حسب نصوص المواد **43** و**79 من القانون المدني** و**83 قانون الأسرة**.

وليست هناك صعوبة تذكر في التأكد من أهلية المتعاقد إذا كان يجمع الطرفين مجلس عقد واحد (تعاقد بين حاضرين)، إذ يمكن التأكد من ذلك عن طريق المظهر الخارجي للمتعاقد الآخر، بل ويمكن عند الشك أن يطلب المتعاقد إلى الطرف الآخر تقديم ما يثبت هويته عن طريق البطاقة الشخصية وغيرها من الوثائق التي تثبت أهليته الشخصية أو الوظيفية[16].

بيد أن الصعوبات تظهر في الفرض العكسي وهو حالة التعاقد عن بعد بوجه عام والتعاقد عن طريق التقنية الرقمية بشكل خاص، إذ يصعب فيها التحقق من أهلية الطرفين وذلك بسبب التباعد المكاني وعدم وجود المتعاقدين في مجلس عقد واحد، وطبيعة الوسائل المستخدمة في مثل هذا النوع من التعاقد[17]، فكيف يمكن للشخص أن يتأكد أنه يتعاقد مع شخص كامل الأهلية في ظل التباعد المكاني بين الطرفين ولا مادية العالم الافتراضي الذي تبرم فيه المعاملات الإلكترونية.

ولا يعد الحديث في هذا الإشكال القانوني الحقيقي حديثا نظريا فحسب، فقد أثبت الواقع العملي أن عددا لا يستهان به من المتعاملين عبر وسائل الاتصال الحديثة هم من فئة ناقصي الأهلية، وأن العديد منهم يتعمدون باستخدام طرق احتيالية إخفاء نقص أهليتهم، كما ثبت أيضا أن هناك من يدعي خلافا للواقع بأنه ممثل عن شركة معينة وهو غير كذلك، ليس هذا فحسب فالأمر يزداد تعقيدا

عندما يكون أحد أطراف العقد كامل الأهلية حسب قانون دولته، في حين يكون الطرف الآخر ناقص الأهلية حسب قانون جنسية الأول، الأمر الذي يثير التساؤل عما إذا كان من الممكن أن يتمسك من له مصلحة ببطلان العقد بالاعتماد على نقص أهلية الطرف الآخر؟ وعما إذا كانت هناك وسائل ناجعة تمنع ناقص الأهلية أو عديمها من التعاقد أو على الأقل تسمح بالتأكد من أهليته[18]؟

الفرع الثالث: مشكلة اختلاف التشريعات الناظمة للأهلية والقانون الواجب التطبيق عليها

حيث أن التعاقد الإلكتروني يتم عبر وسائل اتصال حديثة في مقدمتها شبكة الانترنت التي تتميز بعالميتها، وبدورها في إلغاء الحواجز الفاصلة بين الدول جغرافيا بكونها غير محاطة بقيود زمنية أو مكانية،وعدم خضوعها لسلطة مراقبة معينة، فقد سهلت هذه الوسائل على الفرد أي كانت صفته تاجرا أم مستهلكا إبرام تصرفات قانونية تتسم بالطابع الدولي، بحيث يتم في أغلب الأحيان إبرام العقود الإلكترونية بين أطراف من دول مختلفة، وهذا الاختلاف في جنسيات الأطراف يستتبعه لا محالة اختلاف في التشريعات والأنظمة القانونية من دولة إلى أخرى، خاصة فيما يتعلق بمسألة الأهلية وفي تحديد سن الرشد.

فاختلاف التشريعات في تنظيمها لمسائل الأهلية قد يترتب عنه حالة تنازع في القوانين، وذلك عندما يكون أحد طرفي العقد كامل الأهلية حسب قانون دولته، ولكنه قاصر حسب قانون دولة الطرف الآخر، أو العكس كأن يبرم شخص جزائري يبلغ من العمر 19 سنة (كامل الأهلية) عقدا مع شخص آخر مصري -مثلا- فحينها يعتبر هذا الشخص بالغا راشدا حسب القانون الجزائري، إلا أنه غير كذلك حسب القانون المصري الذي يحدد سن الرشد بـ21 سنة كاملة.[19]

فإذا ما أثير نزاع حول صحة هذا التصرف أو قابليته للإبطال، فأي القوانين هو الذي سيطبق؟ ومن هنا يمكن أن نلمس إشكالية أثر اختلاف التشريعات على الأهلية في التعاقد الإلكتروني وعلى مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية في حالة اختلاف جنسية طرفي العقد المبرم إلكترونيا وهي الحالة الغالبة في مثل هذه العقود.

المبحث الثاني: الحلول المقترحة لحل مشكلة إسناد الإرادة وتحديد أهلية صاحبها في ظل التقنية الرقمية

تعد مسألة التحقق من أهلية المتعاقدين في العقود المبرمة إلكترونيا، مسألة على درجة بالغة من الأهلية خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود ذات المبالغ الكبيرة التي تتطلب فترة تفاوض وتفكير، أو تلك التي تخضع لاتفاق نموذجي سابق[20]، تلك الأهمية دفعت بعلماء التقنية المتخصصين وفقهاء القانون المهتمين بمجال التعاقد الإلكتروني إلى البحث عن أنجع الوسائل التي يمكن أن تسهم ولو قليلا في إيجاد حلول لتبديد تلك المخاوف وتشجيع التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية، والجدير بالذكر أنه لم يتم التوصل إلى حد الآن إلى وسائل حاسمة ويقينية يمكن أن تساهم في حل الإشكالات المرتبطة بالأهلية الإلكترونية، إلا أن الجهود المبذولة أثمرت في إيجاد وسائل احتياطية وتحذيرية يمكن اعتبارها بمثابة حلول يمكن استخدامها للتحقق من أهلية المتعاقدين[21]، وبالتالي إسناد الإرادة إليهما، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق في حال تنازع التصرف الإلكتروني أكثر من قانونين.

المطلب الأول: الحلول المقترحة لحل مشكلة التثبت من هوية وأهلية الشخص صاحب الإرادة

ويمكن تقسيم هذه الحلول إلى 3 أقسام فقهية، قانونية، فنية سيتم تناول كل منها باختصار من خلال الفروع التالية.

الفرع الأول: الحلول الفقهية للتثبيت من الأهلية وإسناد الإرادة الإلكترونية

نادى بعض الفقه بضرورة الأخذ بنظرية "الوضع الظاهر" لحل مشكلة التثبت من أهلية المتعاقد أو صحة تمثيله لشخص آخر في حالة ما إذا كان الطرف المتعاقد شخصا معنويا، مراعاة للطابع الخاص للعقود الإلكترونية، ويقصد بمبدأ الظاهر ذلك المصطلح القانوني الذي يعني «إتمام تصرف في ظروف من شأنها أن يعتقد أحد أطرافه-على عكس الحقيقة- اعتقادا مبررا بقانونية مركز المتصرف ويترتب على ذلك نفاذ التصرف كما لو كان صادرا عن صاحب مركز قانوني صحيح»[22].

وعليه فإن ناقص الأهلية أو عديمها أو من في حكمهما متى اتخذوا مظهر الشخص البالغ الراشد وكان المتعاقد الآخر عبر الانترنت غير عالم بهذه الحالة، ولم يكن باستطاعته أن يعلم بها ببذل جهد معقول واطمأن لكمال أهلية المتعاقد معه، فإنه ينبغي حينها حماية هذا المتعاقد الحسن النية، وتغليب مصلحته على مصلحة القاصر[23] إعمالا لمبدأ الظاهر وحسن النية، وحفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية بما يوفر الثقة والأمان فيها، وذلك لعدة اعتبارات أولها أنه لا يعقل أن يكافأ عديم الأهلية أو ناقصها على تدليسه وخداعه للطرف الآخر الحسن النية،وثانيها حماية الثقة والأمان لدى المتعاملين عبر الشبكة وحفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية، وأخيرا نظرا للسرعة التي أصبحت تميز هذه العقود، والتي جعلت من مسألة التأكد من هوية وأهلية كل الأشخاص المتعاقدين إلكترونيا ضربا من الخيال[24]، فلا يمكن بأي شكل من الأشكال تحميل المتعاقد مهمة التأكد من أهلية كل شخص يتعاقد معه، والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحميله بما لا يطيق[25].

الفرع الثاني: الحلول القانونية للتثبيت من الأهلية وإسناد الإرادة

يمكن أن نستخلص الحلول القانونية للتثبيت من الأهلية وإسناد الإرادة إلى المتعاقد إلكترونيا، من خلال بعض النصوص القانونية التي أقرتها بعض التشريعات المقارنة، وذلك نظرا لغياب تنظيم مباشر وواضح لهذه المسألة في التشريع الجزائري إذا ما استثنينا النصوص القانونية التالية:

أولا- نص المادة 323 مكرر 1 من ق م والتي تنص على أنه:« **يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها».**

فالملاحظ هنا أن المشرع اشترط قدرة الكتابة الإلكترونية إذا ما أرادت أن تقارع نظيرتها التقليدية في الإثبات، وليس في التعبير عن الإرادة أن تمكن هذه الكتابة من التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها دون بيان من المشرع للكيفية أو الإجراءات التي يجب إتباعها، أو الشروط الواجب توافرها للتأكد من هوية الشخص صاحب الكتابة وأهليته وبالتالي إسناد الإرادة إليه، وذلك على عكس بيانه لإجراءات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، -وهو الشرط الثاني للاعتداد بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات- الذي أصدر بشأنه المرسوم التنفيذي رقم 16-142[26] الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة

الموقعة إلكترونيا، والصادر تطبيقا لنص م 323 مكرر1 من القانون المدني والمادة 04 من القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المطبقة على التوقيع والتصديق الإلكترونيين[27].

ثانيا- نصوص القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، اللذين يعتبران وسيلتين تقنيتين للتعريف بصاحب التعبير عن الإرادة وإسنادها إليه، والتي ستكون لنا عودة إليهما في إطار التطرق إلى الوسائل التقنية المحددة لهوية صاحب الإرادة.

ثالثا- نص المادة11 من قانون التجارة الإلكتروني[28] التي ألزمت بموجب البندين 1 و2 منها المورد الإلكتروني بذكر بعض البيانات الكفيلة بالتعريف به وتحديد هويته، وتشمل هذه البيانات كلا من: رقم تعريفه الجبائي، عناوينه المادية والإلكترونية، ورقم هاتفه، كما يشترط عليه ذكر رقم سجله التجاري إذا كان تاجرا أو رقم بطاقته المهنية إذا كان حرفيا، بالإضافة إلى كل معلومة أو بيان يساهم في تحديد هويته ونفي الجهالة عن شخصه.

وما يمكن قوله بشأن هذا النصوص أنها غير كاف لتوفير الثقة والأمان في التعبير عن الإرادة وإبرام العقد إلكترونيا، لأنها لا تتيح بشكل قاطع للأطراف المتعاقدة التأكد من هوية وأهلية الطرف المزمع التعاقد معه،ومدى جديته في إبرام العقد، لذلك نرى بأنه من الضروري إيراد نصوص قانونية واضحة بشأن تحديد هوية وأهلية صاحب التعبير عن الإرادة، وذلك إما ضمن أحكام التقنين المدني باعتباره يتضمن النظرية العامة للعقد، أو ضمن القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية والذي تعتريه العديد من النقائص.

وإلى ذلك الحين يستطيع المشرع الاقتداء بما توصلت إليه التشريعات المقارنة صاحبة السبق في هذا المجال من أحكام والتي جاءت متوافقة في مجملها فيما بينها والتي سيعرض لها باختصار من خلال الفقرات الموالية:

أولا: حرص قانون اليونسترال[29] النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على تحقيق الثقة والأمان في المعاملات المبرمة إلكترونيا، من خلال نص المادة13 منه المتعلقة بإسناد رسالة البيانات إلى شخص مصدرها بقوة القانون، والتي حددت الحالات التي يتم فيها إسناد رسالة البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة إلى المنشئ و بالتالي تحديد هويته وأهليته، وهو الحل المنشود للإشكال المطروح.

والمستخلص من هذه المادة أن القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية قد وضع مبدأ عاما أو قرنية بسيطة مفادها أن رسالة البيانات -وهي المتضمنة للتعبير عن الإرادة- طالما كانت مرسلة من المرسل ذاته أو من جهاز تحت سيطرته أو من نائبه فإنها تعتبر وكأنها مرسلة من الشخص ذاته بقوة القانون.

ثانيا- سارت في نفس منحى قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية عديد القوانين الداخلية، وأخذت بنفس الأحكام التي جاءت بها المادة 13، وذلك على غرار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 سنة 2001 بموجب المواد 14و15 منه، وقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 سنة 2002 بموجب المادة 15 و16 منه، أما المشرع التونسي فقد ألزم البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية بموجب الفصل 25 من القانون رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات

التجارية الإلكترونية، بأن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد بعض المعلومات في مقدمتها هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات.

ثالثا- كما أكد التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في عقود البيع عن بعد، على ضرورة تحديد كافة عناصر بيان الهوية القانونية خاصة بموجب الفقرة الأولى من المادة 04، التي فرضت على المهنيين إذا كانت تعاملاتهم مع المستهلكين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، تزويدهم بكافة البيانات الضرورية التي تمكن من التعريف بهم وتحديد هويتهم.[30]

ولم يتخلف التوجيه الأوروبي رقم 2000-11 الصادر في 2000/01/08 بشأن التجارة الإلكترونية عن تطلب ذكر جميع البيانات التي من شأنها تحديد الهوية بدقة ووضوح من طرف البائع أو مقدم الخدمة[31].

فمن خلال ما سبق يتضح جليا بأن القوانين المقارنة والخاصة بالتجارة الإلكترونية قد تضمنت بما كرسته من حلول قانونية ما يؤكد على صحة رسالة البيانات المتضمنة للتعبير عن الإرادة، إيجابا كان أو قبولا أو مجرد دعوة إلى التعاقد ومن إسنادها إلى شخص منشئها، والتي تكون ملزمة له بما ورد فيها ومرتبة لجميع آثارها القانونية وهو ما يمكن أن يحول دون إسناد الإرادة بطريق الغش أو الاحتيال أو الخطأ إلى شخص لم تصدر عنه.

الفرع الثالث: الحلول الفنية للتثبيت من الأهلية وإسناد الإرادة الإلكترونية:

وتتمثل هذه الحلول في مجموعة من الوسائل التقنية (أولا) التي أفرزتها التقنية الرقمية، ووسائل أخرى تعتمد على الخصائص البيولوجية للأطراف (ثانيا).

أولا: تعريف صاحب الإرادة من خلال الوسائل التقنية:

وتشمل هذه الوسائل كلا من التوقيع الإلكتروني، جهات التصديق الإلكتروني، البطاقات الذكية (الهوية الإلكترونية)، تقنية الجدار الناري وغيرها، نتطرق إليها بنوع من الإيجاز في النقاط التالية:

1- **التوقيع الإلكتروني:** نظم المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني لأول مرة بموجب نص المادة 327/ 2 من القانون المدني، ليفصل أحكامه بموجب القانون 15-04 المحدد للقواعد المطبقة على التوقيع والتصديق الالكترونيين، وبالرجوع إليه نجد المادة 02 منه بصدد التعريفات تعرف التوقيع الالكتروني على أنه " التوقيع الالكتروني : بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق" ،كما نجد المادة 07 تعطي تعريف لتوقيع الكتروني آخر أطلق عليه المشرع تسمية التوقيع الالكتروني الموصوف بعد أن كان يسميه في المرسوم التنفيذي07-16[32]بالتوقيع الالكتروني المؤمن[33] ، حيث يتضح من مجمل نصوص هاته المواد أن المشرع الجزائري ميز بين نوعين من التوقيعات الإلكترونية: توقيع إلكتروني عادي، وتوقيع إلكتروني موصوف.

وقد أكدت جل القوانين التي تعرضت لتعريف التوقيع الإلكتروني بصورة مباشرة على وظيفة تحديد التوقيع لهوية صاحبه واعتبرتها الأساس في إعطائه حجية قانونية، وقد أصبحت وظيفة التوقيع بتحديد هوية الموقع تتخذ شكلاً آخر يختلف تماماً عما كان عليه الحال في التوقيع التقليدي إذ أن دور هذا الأخير في أداء هذه الوظيفة، كان دوراً ثانوياً وكان التحقق من هوية الموقع يتم من

خلال الإثبات الجسدي، وتقديم وثائق صادرة عن سلطة رسمية، ولا يتم اللجوء إلى إثبات التوقيع إلا في حالات حصول نزاع بين طرفي العلاقة حول التصرف القانوني، وذلك على عكس ما هو عليه في ظل التقنية الرقمية التي تتميز بإبرام التصرفات عن بعد، حيث يكون التوقيع الإلكتروني الدليل الأكبر في تحديد هوية الموقع.

2- **جهات التوثيق الإلكتروني**[34]: وهي عبارة عن هيئات عامة أو خاصة، تلعب دور طرف ثالث محايد ليس لها علاقة بالعقد، مهمتها الرئيسية تنظيم العلاقة بين طرفي التراضي الإلكتروني فتقوم بتحديد هوية الطرفين، وبالتالي أهليتهما القانونية والتعريف بكل طرف إلى الطرف الآخر، وذلك من خلال إصدارها لشهادات تثبت حقائق متعلقة بالتعاقد المبرم إلكترونيا تسمى شهادات التصديق الالكترونية[35]،فهي بذلك تلعب دور همزة وصل بين مرسل التعبير عن الإرادة والمرسل إليه فكل طرف من أطراف التعاقد الإلكتروني يحتاج إلى شخص محل ثقة يؤكد له هوية وأهلية الطرف الآخر المتعاقد معه، وصحة توقيعه، ويضمن له سلامة وجدية المعاملة وبعدها عن الغش والاحتيال.

3- **تقنية الهوية الإلكترونية (البطاقات الذكية):** وتعرف البطاقات الذكية بأنها رقائق إلكترونية يتم تصنيعها من لدائن معالجة بكثافة السليكون، ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، يمكن من خلالها تخزين البيانات الخاصة بصاحبها، مثل الاسم واللقب السن والحالة العائلية ومحل الإقامة والرقم السري الخاص بالبطاقة وغيرها من المعلومات[36].

وتلعب هذه البطاقات بفضل ما يخزن عليها من معلومات خاصة بصاحبها دورا في تحديد الهوية ومنها الأهلية، وهذه الوسيلة وإن كانت فعالة من الناحية النظرية في التحقق من هوية وأهلية المتعاقدين، إلا أنها لم تحقق انتشارا واسعا، بحيث بقي استخدامها محصورا في نطاق ضيق ومحدود يكاد لا يتعدى بعض المؤسسات والهيئات والبنوك[37]، كما أنها بحاجة إلى تنسيق دولي بين الحكومات حتى يمكن نشرها وتعميمها وبخاصة على مستوى الأفراد.

4- **تقنية الجدار الناري أو حاجز النار:** الجدار الناري عبارة عن برمجيات تقنية متطورة لها القدرة على تصميم شبكات صعبة الاختراق، وأنظمة فعالة لكشف عمليات التسلل غير القانوني للأشخاص غير المرخص، إذ تقوم حينها تلك البرمجيات بإرسال رسائل تحذيرية عند اختراق القراصنة للشبكة، كما لها قدرة فائقة على التعرف على هوية المستخدمين أو المتعاملين من خلال كلمات السر أو البطاقات الذكية أو كلاهما[38].

5- **أندية التبادل الإلكتروني للبيانات:** ظهر نظام أندية التبادل الإلكتروني للبيانات والمعروف أيضا باسم "مجال المعاملات بالتبادل الإلكتروني للبيانات" مع بداية السبعينات وكان يتميز باختصاره للوقت والتكاليف في تلبية حاجات التجارة والتسليم في الميعاد، حيث يقوم هذا النظام على أساس قانوني متفق عليه بداية بين أعضائه، يفرض عليهم طريقة معينة أو معايير محددة في شأن البيانات من حيث البنية والمضمون ويوفر خدمات تبادل البيانات بين الأعضاء المستخدمين له فقط، فهو نظام ليس بوسعه تلبية حاجات المعاملات الإلكترونية التي تتم بين غرباء لا توجد بينهم شراكة تجارية.

6- تقنية نماذج العقود الإلكترونية: تعتبر نماذج العقود الإلكترونية من أهم الوسائل غير المباشرة التي يعتمد عليها منتجو السلع ومقدمو الخدمات للكشف عن هوية الزبون أو المتعامل، إذ يتم صياغة هذه النماذج مسبقا ويتم وضعها على صفحة مقدم الخدمة أو منتج السلعة، ويتم تضمينها مجموعة من البيانات التي يتوجب على الزبون تعبئتها إذا ما أراد اقتناء السلعة أو التزود بالخدمة، فمن خلال هذه النماذج يقوم صاحب الموقع بلفت انتباه زائر الموقع إلى ضرورة الإفصاح عن عمره، و من ثم تأكيد أهليته قبل إبداء رغبته في التعاقد وذلك ضمن الشروط العامة للبيع[39]،ومثال على ذلك ما نجده بالنسبة للشروط العامة المطبقة على الأشخاص الراغبين في استعمال خدمات (YAHOO) من أجل شراء بضائع بالمزاد[40].

ثانيا- تحديد هوية صاحب الإرادة من خلال الوسائل البيولوجية:

تعد هذه الوسائل صورة من صور التوقيع الإلكتروني، وهو التوقيع بالخصائص البيولوجية وتشمل:

1- بصمة اليد أو الأصبع: المعروف أن بصمات الأصابع تتكون من نتوءات وتجاويف احتكاكية تميز أصابع الشخص بخطوط متشابكة تختلف من شخص إلى آخر، وتستخدم هذه الطريقة في تحديد هوية الشخص عن طريق وضع الشخص لأصبعه أو يده على ماسح ضوئي صغير يسجل أو يقرأ البصمة باستخدام الموجات فوق الصوتية، أو أية وسيلة أخرى لقراءة الشكل الهندسي للبصمة والذي يكون متصلا -الماسح- بالكمبيوتر الذي يأخذ المعلومات من الماسح ويقوم بتخزينها بغية الرجوع إليها للمطابقة عند الحاجة، وتعبر هذه الطريقة أوسع الطرق انتشارا في مجال التقنيات البيولوجية الحيوية[41].

2- بصمة العين: لكل فرد شكل خاص به متفرد لشبكية العين من خلال سمة بيولوجية تتمثل في شكل الأوردة الدموية لشبكية العين، وهذا الشكل لا يمكن تغييره وهو الذي يمكن من خلاله التعرف على هوية الشخص بعد أخذ البصمة في غضون ثلاث ثواني فقط، فعندما يرغب مستخدم جهاز الحاسوب المخزنة عليه البصمة، والمستخدمة كوسيلة حماية في الوصول إلى قاعدة بيانات الكمبيوتر الداخلية والمستخدم في التعبير عن الإرادة، يجب عليه أولا إدخال كلمة السر، ومن ثم القيام بفحص حدقة العين أو إدخال توقيع العين[42] حتى يسمح له بالدخول وهنا يقوم الجهاز بمضاهاة فحص العين في وقت وجيز فقط مع شكل توقيع العين المخزن عليه والمرتبط بكلمة السر التي سبق إدخالها [43].

فتتم المقارنة بين بصمة العين -حيث يتم تشفير شكل القزحية وتحويلها إلى رموز وبيانات ينفرد بها كل شخص- والبيانات أو الرموز التي خزنت بها في كل مرة يقوم الموقع بالتوقيع-فحص العين- ومحاولة الدخول، فإذا كانت البصمة أو البيانات متطابقة سمح له بالدخول وإن كانت غير كذلك منع من الدخول[44].

3- بصمة الصوت: وتتمثل هذه الطريقة في تحديد هوية الشخص صاحب التعبير عن الإرادة عن طريق تحليل الصفات المميزة لصوته، ويتم التعرف على الصوت إما من خلال وسائل بصرية (الرسم الطيفي للكلام) والتي هي عبارة عن صورة مطبوعة للأشكال الصوتية للكلام، تظهر في نطاق تردد وزمن

معينين، أو من خلال وسائل سمعية، وذلك عن طريق الاستماع والمضاهاة لأصوات المتحدثين لتقرير التماثل أو الاختلاف بين عينة صوت مشكوك فيها وأخرى معروفة ومسجلة مسبقا، بحيث تم تزويد بعض أنظمة الكمبيوتر بأجهزة تعمل على التعرف على صوت مستخدم الجهاز والذي يكون قد تم تسجيله مسبقا في نظام الجهاز-الصوت- فيسمح جهاز الحاسوب للمستخدم عند مطابقة صوته للصوت المخزن بالدخول إلى قاعدة بيانات الكمبيوتر وإجراء الأوامر الإلكترونية إليه[45]، كالتعبير عن الإرادة من خلاله.

4- أنماط الأوعية الدموية: يعتبر تحليل الأوعية الدموية طريقة من طرق تحديد هوية الشخص وتتمثل هذه الطريقة في أن يضع الشخص يده على قارئة للمنحنيات تعتمد على المسح الضوئي بالأشعة تحت الحمراء، ثم تقوم بتحويل تلك المنحنيات إلى أرقام يتم تخزينها على جهاز الحاسوب الآلي للشخص، ويتم مقارنتها مع كل محاولة للدخول إلى الجهاز.

5- تمييز الوجه: ويتم من خلال هذه الطريقة التقاط صور لوجه الشخص المعني، ثم تحديد السمات الخاصة به كطول وعرض الوجه، عمق محجر العينين وحجم الشفتين، طول الأنف والقسمات الأخرى للوجه، كل ذلك عن طريق برنامج خاص بهذا الغرض، ثم تدخل هذه المعلومات رقميا في هيئة توقيع إلكتروني إلى قاعدة بيانات حاسوب الشخص ليتم مطابقتها عند الحاجة[46].

المطلب الثاني: الحلول المقترحة لحل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق على الأهلية الإلكترونية

يؤدي اختلاف التشريعات بشأن الأهلية وتحديد سن الرشد إلى ظهور إشكالية القانون الواجب التطبيق على الأهلية في حال كان طرفي العقد المبرم إلكترونيا من دولتين مختلفتين -وهي الحالة الغالبة في العقود الإلكترونية- يختلف تبعا لاختلافهما سن الرشد وأحكام الأهلية، ما ينتج عنه أن يكون أحد الطرفين كامل الأهلية بالنسبة لقانونه الشخصي وناقصها بالنسبة لقانون الطرف الآخر.

وقد عالج المشرع الجزائري هذه المسألة-ليس بخصوص الأهلية الإلكترونية بذاتها ولكن بخصوص الأهلية بصفة عامة- بموجب المادة 10 من ق م[47]، الذي يتضح من خلاله أن المشرع قرر بأن الأهلية بما فيها الأهلية الإلكترونية تخضع إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته، وتطبق بشأنها أحكامه كمبدأ، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا بل يرد عليه استثناء مفاده خضوع الأهلية إلى القانون الجزائري إذا توافرت الشروط التالية:

1- أن يكون أحد المتعاقدين جزائري الجنسية بالغ سن الرشد.

2- أن يكون التصرف ماليا منعقدا أو مبرما في الجزائر ومنتجا لأثره فيها.

3- أن يكون نقص أهلية الأجنبي راجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الجزائري.

فإذا توافرت هذه الشروط وأمكن توطين العقد الإلكتروني بالجزائر فإن نقص أهلية الأجنبي لا يؤثر في صحة هذا العقد ولا ينال من سلامة تعبير المتعاقد.

وقد أسس الرأي الراجح في الفقه هذا الاستثناء من الناحية القانونية على مبدأ الجهل بالقانون الأجنبي، وذلك في حالة التعاقد مع أجنبي ناقص الأهلية فلا يعقل أن يكلف الشخص بالبحث في قانون حوالي 180 دولة من أجل تجنب التعاقد مع ناقص الأهلية[48].

وتقرر الاستثناء المنوه عنه بشكل صريح في حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية في قضية مواطن مكسيكي، تعرف باسم قضية (LIZARDI)[49]، أين قضت المحكمة بصحة التصرفات التي أبرمها هذا المواطن المكسيكي في فرنسا وبعدم إمكانية إبطالها رغم نقص أهليته حسب قانون جنسيته، وذلك بسبب جهل الفرنسيين بالقانون المكسيكي، ثم أردفت (وبما أنه في مثل هذه الحالة لا يمكن أن يلزم الفرنسي بمعرفة قوانين الدول المختلفة ونصوصها المتعلقة بالقصر والبلوغ، وأنه يكفي إذا لصحة العقد أن يتعاقد الفرنسي عن استحقاق دون علم احتياط وبحسن نية)[50].

وهو الحل ذاته الذي ثم تبنيه بموجب نص المادة 11 من اتفاقية روما بتاريخ 19 جوان 1980 الخاص بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية والمقابلة لنص المادة 10 من التقنين المدني الجزائري.

لكن يبقى هذا الحل قابلا للتطبيق بمناسبة العقود التي تبرم داخل إقليم دولة واحدة بين وطني وأجنبي، ما يثير التساؤل عن العقود التي تتم عبر الشبكة وتتعلق بحوالي 180 جنسية مختلفة، ولا يقيم أطرافها بالضرورة في بلد واحد[51]،وهو ما يرجعنا في النهاية إلى ضرورة تأكد الشخص من هوية وأهلية الطرف الآخر عن طريق مختلف الوسائل التي سبق ذكرها، قبل أن يرسل إليه أو يقبل منه تعبيرا عن الإرادة، فإن فشل في ذلك كان له الرجوع على ناقص الأهلية وفقا لأحكام المسؤولية التقصيرية إن توافرت شروطها.

الخاتمة:

أمام تطور التقنيات المستعملة في إبرام المعاملات القانونية، استدعت عملية إسناد الإرادة و التحقق من أهلية المتعاقدين في ظل التقنية الرقمية؟، تكاثف جهود القانونيين و التقنيين -على حد سواء- المهتمين بهذا المجال بغية التوصل إلى إيجاد وسائل فعالة و موثوقة تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين ومن صحة نسبة الإرادة إليهما، على نحو يدعم استقرار المعاملات الالكترونية ويضفي عليها الأمن المعلوماتي،وقد خلصت الدراسة إلى نتيجتين رئيسيتين:

1-حتى ولو كانت القواعد التي تحكم النظرية العامة للعقد في التشريع الجزائري، ومعظم التشريعات المقارنة تسمح باستيعاب التعبير عن الإرادة عبر التقنية الرقمية، إلا أنها تبقى غير ملائمة وغير كافية لتنظيم وتأطير المعاملات الالكترونية بسبب الخصوصيات والتعقيدات التي يتسم بها هذا النوع من المعاملات و طبيعة الوسائل المستخدمة في إبرامه.

2-رغم عجز القانونيين والتقنيين نسبيا عن التوصل إلى إيجاد وسائل مضمونة ويقينية للتحقق من الأهلية وإسناد الإرادة إلا أن جهودهم أسفرت عن إيجاد وسائل احتياطية وأخرى تحذيرية، يمكن استخدامها أو الاعتماد عليها للتقليل من الوقوع في فخ التعاقد مع ناقصي الأهلية أو عديمها أو من في

حكمهما، وشملت هذه الوسائل: وسائل تقنية ووسائل فقهية وأخرى قانونية،لم يعرض لها المشرع الجزائري، وإنما تناول جانبا منها تمثل في التوقيع والتصديق الالكترونيين فقط.

وعليه نوصي بمايلي:

1-في ظل غياب المعالجة الشاملة لوسائل التحقق من أهلية التعاقد وإسناد الإرادة بصفة خاصة والمعاملات الالكترونية بصفة عامة،أصبح لزاما على المشرع الجزائري إيراد أحكام شاملة تفصيلية للوسائل المتصور استخدامها للتحقق من أهلية التعاقد وتنظيم المعاملات الالكترونية.

2-ضرورة تجسيد وتفعيل جهات التصديق الالكتروني المنشأة بموجب القانون 15-04 المنظم للتوقيع والتصديق الالكترونيين.

3-ضرورة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر،ومبدأ الجهل بالقانون الأجنبي ،بهدف توفير حماية أكبر للمهني حسن النية في مواجهة المتطفلين على العقود الالكترونية.

الهوامش

[1] - PIETTE-COUDOL Thierry, Echanges électroniques certification et sécurité, Edition LITEC, Paris, 2000, p.139.

[2] - دودين محمود بشار، الاطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عملن، ص 153.

[3] -مندي عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني-دراسة مقارنة-ط1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2010، ص169.

[4] - في هذا المعنى: عجة الجيلالي، مدخل للعلوم القانونية، ج2، بيرتي للنشر، الجزائر، 2009، ص 14- محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، ج2، ط1، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص 467.

[5] - عدنان إبراهيم السرحان، ونوري حمد خاطر، شرح القانون المدني: مصادر الحقوق الشخصية – الإلتزامات دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الاردن، ص 110.

[6] - في هذا المعنى: عجة الجيلالي، مرجع سابق، ص 141، عدنان إبراهيم السرحان ونوري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 111، وأمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت،،ط1،دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 218.

[7] - محمد سعيد جعفور، مدخل للعلوم القانونية: دروس في نظرية الحق، مرجع سابق، ص 509.

[8] - لمزيد من التفصيل حول موانع الأهلية وعوارضها: محمد سعيد جعفور، المرجع السابق، ص 559 وما بعدها.

[9] - الأمر رقم 84-11 مؤرخ في 09 رمضان 1404 هـ الموافق لـ 09 فبراير 1984، يتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم،ج رع 24،صادرة بتاريخ 12 يونيو 1984.

[10] - رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، ع4، السنة26، الكويت، ديسمبر 2002، ص 242.

[11]-نفس المرجع، ص110، نقلا عن عيسى لافي حسن الصمادي، عقد نقل التكنولوجيا عبر الأنترنت، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 69.

[12]- عصمت سميح سكري،العقود الالكترونية(دراسة مقارنة في القانون الواجب التطبيق، وتسوية المنازعات الناشئة عنها)، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، غير منشورة،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة بيروت العربية لبنان،2008، ، ص 110.

[13]-في إطار ما توصلت إليه تطبيقات ما يعرف بالذكاء الاصطناعي، هذا الأخير الذي قدمت بشأنه عدة تعريفات منها أن (الذكاء الاصطناعي هو ذلك العلم الذي يبحث في كيفية جعل الحاسب يؤدي الاعمال التي يؤديها البشر بطريقة اقل منهم)، و في تعريف اخر للذكاء الاصطناعي يقدمه (افرون بار وإدوارد فيجنبوم) أن:(الذكاء الاصطناعي هو جزء من علوم الحاسب يهدف الى تصميم انظمة ذكية تعطى نفس الخصائص التي نعرفها بالذكاء في السلوك الانساني)، و الرأي الغالب في هذا الوقت هو تعريف الذكاء الاصطناعي على انه دراسة الملكات العقلية للإنسان باستخدام النماذج الحسابية لإكساب الحاسب بعضا منها، أنظر في هذه التعريفات وغيرها: محمد خالد محمد ربايعة، الذكاء الاصطناعي، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني:
http://doc.abhatoo.net.ma/IMG/doc/22at_3.doc، تم الاطلاع بتاريخ 23 جوان 2018، الساعة 23.00.

[14]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص373.

[15] - أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، ج رع 78 صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975.

[16]- أشرف وفاء محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، المجلية المصرية للقانون الدولي، الجمعية المصرية للقانون الدولي، المجلد 57 2001، ص226.

[17]- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، ط1، الإسكندرية، مصر، 2007، ص100.

[18]- صالح المنزلاوي، مرجع سابق،ص. ص:373 - 380.

[19]- المادة 44 من القانون المدني المصري.

[20]- MAS Florence, La conclusion des contrats de commerce électronique, LGDJ, Paris, 2005, p.181.

[21]- علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية (التراضي-التعبير عن الإرادة) دراسة مقارنة، ط1،دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،2014 ص173.

[22]- حجازي مندي عبد الله محمود، مرجع سابق، 170 هامش رقم 04.

[23]- انظر في هذا المعنى: لزهر بن سعيد،النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،الجزائر،2012، ص98، بشار عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص 108، حمودي ناصر، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت،ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان،2012، ص ص215-216، حجازي مندي عبد الله، مرجع سابق، ص170.

[24] - MAS Florence, op.cit, p.181.

[25]- حمودي ناصر، مرجع سابق، ص215، وآمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، مرجع سابق، ص223.

[26]- مرسوم تنفيذي رقم 16-142 مؤرخ في 27 رجب 1437هـ، الموافق ل 5 ماي 2016، يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج ر ع 28 صادرة بتاريخ 08 ماي 2016، ص12.

[27]- قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فيفري 2015،يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين،ج رع 06 صادرة بتاريخ 10 فيفري 2015.

[28]- قانون 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج رع 28 صادرة بتاريخ 16 ماي 2018.

[29]- اليونسترال: هي لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتسمى باليونسترال اختصار لتسميتها باللغة الإنجليزية:

United Nations Commission of International Trade Law.

[30]-ITEANU Olivier, Internet et le droit Aspects juridiques du commerce électronique, Edition Eyrolles, Paris, 1996, pp.50-54.

[31] GUIGOU Catherine, Les contrats avec les consommateurs: un Outil de développement du commerce électronique, Presses Universitaires d'Aix Marseille, 2002, p.145.

[32]- مرسوم تنفيذي رقم 07-162 مؤرخ في 03 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية،ج رعدد 37.

[33]- وعرفه –التوقيع الالكتروني الموصوف- على أنه " التوقيع الالكتروني الموصوف هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:1- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني موصوفة،2-أن يرتبط بالموقع دون سواه ،3-أن يمكن من تحديد هوية الموقع،4-أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني،5-أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع،6-أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ،بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات "

[34]- وتطلق عليها عدة تسميات أخرى: فتسمى أيضا الطرف الثالث المحايد أو سلطات الإشهار، جهات التصديق الإلكتروني، مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ، وقد عرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 2 من القانون 15-04 وميز بين نوعين من جهات التصديق الإلكتروني معتمدا من المستفيد من الشهادة كمعيار للتمييز بينهما وهما، **الطرف الثالث الموثوق و مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني**.

[35]- عرفها المشرع الجزائري المادتين 02 و15 من القانون 15-04، والملاحظ من هذين النصين أن المشرع ميز بشأن شهادات التصديق أيضا بين نوعين اثنين هما شهادة التصديق الإلكتروني العادية أو البسيطة، وشهادة التصديق الإلكتروني الموصوفة.

[36]- علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص174.

[37]- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، ط2، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، مصر،2002-2003، ص73.

[38]- إسماعيل عبد النبي شاهين، أمن المعلومات في الأنترنت، بحث مقدم في مؤتمر القانون والكمبيوتر والأنترنت، كلية الشريعة والقانون بالتعاون مع مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية ومركز تقنية المعلومات بجامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد من 1-3 ماي سنة 2000، المجلد3، ط3 2004، ص975 وما بعدها.

[39] -MAS Florence, op.cit, p182.

[40]- Accessible à l'adresse: http://auctions.yahoo.com/html/seller/rules.html

[41]- سحر البكباشي، التوقيع الالكتروني، طبعة أولى، منشأة المعارف،مصر،2009، ص44.

[42] وهي مجموعة الإشارات الحية للتعرف على هوية الشخص.

[43]- رافي ماني، بصمة العين، بحث مقدم إلى مؤتمر البحث الجنائي المعاصر، مركز البحوث والدراسات شرطة دبي 1992، تمت ترجمته من طرف محمد أحمد عبد الرحمن، بصمات بلا أصابع، مركز البحوث والدراسات شرطة دبي، طبعة أولى، 1995، ص27 وما بعدها.

[44]- ناصر حمودي، مرجع سابق، ص339.

[45]- عصمت سميح سكري، مرجع سابق، ص124.

[46]- سحر البكباشي، مرجع سابق، ص44.

[47]- تنص المادة 10 الفقرتين 1و2 من القانون المدني على: "تسري القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص و أهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته و في صحة المعاملة".

[48]- MAS Florence, op.cit, pp.181-182.

[49]- تتلخص وقائع القضية في أن شابا مكسيكيا يبلغ من العمر 23 عام عاش في فرنسا عيشة بذخ وترف،واشترى مجوهرات بما قيمته 80 ألف فرنك فرنسي وحرر بها شيكات، فلما طالبه بائع المجوهرات بالثمن دفع الشاب المكسيكي بالبطلان لأنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكي وهو القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الإسناد الفرنسية، إذ يحدد القانون المكسيكي سن الرشد ب 25 سنة، فقررت محكمة الموضوع وأيدتها محكمة النقض في حكمها الصادر في 16 جانفي 1861 استبعاد حكم القانون المكسيكي، وتطبيق القانون الفرنسي الذي كان الشاب المكسيكي أهلا بالنسبة إليه إذ كان يحدد سن الرشد ب21 سنة، وبالتالي إلزامه بدفع المبلغ.

[50]-B.Angel et y. Loquette, Les grands Arrêts de la jurisprudence française de droit internationale privé, paris, édition Dalloz, édition n^{0}5, 1998, pp.34-40 ; D.P. 1861.1.193 ; 5.1861.1-305.Note MASSE.

[51]- MAS Florence, op.cit, p182.