



الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

Electronic writing means contracting

بطيمي حسين

جامعة عمار تليجي بالأغواط

btaimihoucine@gmail.com

العطري أحمد *

جامعة عمار تليجي بالأغواط

مخبر بحث الحقوق والعلوم السياسية

Ahmed260371@gmail.com

تاريخ إرسال المقال: 2021/02/28 تاريخ قبول المقال: 2021/03/05 تاريخ نشر المقال: 2021 /03/ 14

الملخص:

تعد التجارة الإلكترونية احد نتائج التطورات الهائلة في مجال تقنيات الاتصال ، حيث أصبح بالإمكان استعمال هذه التقنيات الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها بل وتنفيذها دون الرجوع إلى الوسائل التقليدية المعروفة في القواعد العامة. فأصبح هذا الاستعمال كأداة للتعبير عن الإرادة، وإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية لذلك فقد حظي التعاقد بالوسائل الحديثة أهمية خاصة ، فالكثير من التشريعات الحديثة سواء كانت دولية أو وطنية عرفتته ونظمت أحكامه الكلمات المفتاحية: التجارة الإلكترونية ؛ الإرادة ؛ العقود.

Abstract:

Electronic commerce is one of the results of the tremendous developments in the field of communication technologies, as it has become possible to use these modern technologies in negotiating, concluding and even implementing contracts without referring to the traditional means known in the general rules. This use became a tool for expressing will, concluding contracts and conducting various commercial transactions Therefore, contracting by modern means has gained special importance, as much of the modern legislation, whether international or national, has defined it and regulated its provisions.

Keywords: Electronic commerce; will ; Contracts.

مقدمة :

لقد انعكس التطور المتسارع في مجال تكنولوجيا المعلومات في المجتمعات الحديثة بشكل واضح على العمليات التعاقدية ، حيث أحدث فيها جملة من التغيرات في نظامها ، وبنيتها القانونية ، فظهر نوع جديد من العقود قائم على وسائل الاتصال الحديثة ، وأصبح هذا الأخير محل اهتمام كل العاملين في الميدان القانوني .

ويظهر الطابع التكنولوجي من خلال تغير طريقة الكتابة من تقليدية إلى إلكترونية وبالتالي تغير طبيعة الوسائط والوسائل التي تحملها وتحفظها ، فبعد الاعتماد على الورق في تدوين العقود اختلف هذا وظهر ما يعرف بالسندات والمحركات الإلكترونية ، وظهر كذلك ما يعرف بالأرشفة الإلكترونية الذي يتسم بسعة الاستيعاب العالية بالرغم من صغر الحيز الذي يشغله ، كما أنه يضمن عدم ضياع وزوال السندات الإلكترونية لمدة تفوق التي يوفرها نظيره التقليدي .

ومن خلال هذا البحث سنسعى للإجابة عن الإشكالية التالية :

ما المقصود بالكتابة في العقود الإلكترونية وما هو الدور الذي تلعبه في هذا النوع من العقود ؟ وفي هذا الصدد تم تقسيم البحث إلى بحثين نتكلم فيه عن مفهوم الكتابة في العقود الإلكترونية ، والثاني عن دورها في العقود الإلكترونية .

المبحث الأول : مفهوم الكتابة في العقود الإلكترونية

لقد كانت الكتابة عبر العصور أداة الإنسان في التعبير عن كل ما يدور في ذهنه من أفكار ومفاهيم قابلة للإدراك ، ولذلك نعرفها ونبين شروطها

المطلب الأول تعريف الكتابة في العقود الإلكترونية

أولاً : التعريف اللغوي

إن الكتابة الإلكترونية هي الوسيلة التي يتم بها إبرام العقود الإلكترونية بين الطرفين المتعاقدين . و الكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي كتب ، يكتب ، و كتباً ، كتب الكتابُ : مَعْرُوفٌ ، وَالْجَمْعُ كُتُبٌ وَكُتَبٌ . كَتَبَ الشَّيْءَ يَكْتُبُهُ كِتَابًا وَكِتَابَةً ، وَكَتَبَهُ : خَطَّهُ ؛ قَالَ أَبُو النَّجْمِ : أَقْبَلْتُ مِنْ عِنْدِ زِيَادٍ كَالْخَرْفِ ، ... تَخَطُّ رِجَالِي بِحَطِّ مُخْتَلَفٍ ⁽¹⁾ .

الجمع والضم، يقال : تكتب القوم إذا اجتمعوا، ومنه أخذت كلمة (كتيبة) ⁽²⁾ للجماعة أو الفرقة، ومن

ثم سمي الخط كتابة (لجمع الحروف بعضها إلى بعض)

(1) ابن منظور ، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري الرويفعي ، لسان العرب ، دار صادرة ، بيروت ، 1968 .

ثانيا : التعريف الفقهي

لم يتم تعريف الكتابة في الفقه القديم بشكل واضح ومستقل غير أنهم عبروا عنها بمجموعة من الألفاظ وهي : الصك ، والحجة (3) والسجل(4) ، والمحضر(5) ، والوثيقة(6) ، وتحمل كلها نفس الدلالة وتعد دليلا للإثبات

حيث أن كلها يشتمل على خط معين يوثق الحقوق وما يتصل بها ويمكن الرجوع إليه عند الطلب أو الحاجة(7)

هناك بعض التعاريف الفقهية للكتابة منها :

بأنها نقوش ورموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط أن تكون فوق ورق أو خشب أو جلد أو رمل(8)

أو هي إثبات حق بواسطة دليل كتابي معد مسبقا(9)

وفي المعنى العام هي الخط الذي يتم به توثيق الحقوق وكل ما يتعلق بها ، وبالتالي العودة إليه في حالة الإثبات ، أو الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة(10) .

وتدخل في الكتابة كافة المحررات الرسمية والتي يكون مصدرها الموظف المختص أو الذي يتولى مسؤولية توثيقها كالكاتب العدل ووفقا للصلاحيات الممنوحة له قانونا(11) ، وما تتجه إليه إرادة الأفراد من خلال المحررات العرفية بأي شكل أو لغة أو طريقة تخرج بها هذه المحررات ، فالأمر ذاته إن كانت باللغة العربية أو غيرها من اللغات ، وإن كانت بخط اليد أو باستعمال الآلة الكاتبة .

(2) محمد رواس قلعي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م، ص 377.

(3) الحجة :هي الكتابة التي تبين الواقعة، وتكون علامة القاضي في أعلاه وخط الشاهدين في أسفله، وتعطى للخصم.

(4) السجل : هو الكتاب الذي يتضمن حكم القاضي، أو عبارة أخرى هو نسخ ما حكم به القاضي، وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم في ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية.

(5) المحضر : هو الذي يكتب فيه القاضي ما جرى للمتحاكمين في المجلس.

(6) الوثيقة : ما كتب في الواقعة عند القاضي، وليس عليه خطه.

(7) محمد مصطفى الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطابع مؤسسة الجدة، 1981 م، ص 189.

(8) رضا متولي وهدان، الضرورة العلمية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة، ط 1، دار النهضة العربية، 1977 م، ص 4 وما بعدها.

(9) د .وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 6 ، ص 679 .

(10) د .محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، ج2، ص 417.

(11) قانون الكاتب العدل و تعديلاته الأردني رقم 11 لسنة 52 المنشور على الصفحة 110 من عدد الجريدة الرسمية الأردنية ، رقم 1101 تاريخ 1952/03/10 .

ثالثا : التعريف القانوني

لقد ارتبطت الكتابة بمفهومها التقليدي بشكل واضح بالدعامة المادية أو الورقية ، ذلك أن الكتابة الإلكترونية التي تعتمد على الدعامة الإلكترونية الافتراضية، التي لم يكن لها مكان في القانون إلا مؤخرا ، وتجسد وجودها والاعتراف بها في التشريع الجزائري من خلال نص المادتين 323 مكرر 1 و 27 فقرة 2 من القانون المدني .

حيث جاء في المادة 323 مكرر " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها.. " .
فقد أشار المشرع للكتابة بعبارة أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها وإن كانت الترجمة الصحيحة للنص الفرنسي " que soient leur support quels " هي أيا كانت الدعامة التي تتضمنها ".
وهذا النص جعل المفهوم قابل للتوسع ويتمشى مع كل ما سيحدث من تطورات الكترونية في المستقبل ، أي أن المشرع يعتد بأي دعامة سواء كانت تقليدية أو الكترونية في إثبات التصرفات القانونية ، فالكتابة الإلكترونية المبنية على الرموز والإحصائيات لديها التعبير الإرادي اللازم للتعاقد الإلكتروني⁽¹²⁾
ونجد مفهوم الكتابة أكثر وضوحا وتحديدا في القانون الفرنسي خصوصا في آخر تعديلاته، فهو لا يفرق بين الكتابة التقليدية والإلكترونية، وكل ما يهمه هو الوضوح في المفهوم والكفاءة في التقنية المستخدمة ، وهذا أما أوضحته المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي " إن معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات والأرقام أو أية إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة ، أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها⁽¹³⁾ "

المطلب الثاني : شروط الكتابة الإلكترونية

رغم الاختلاف بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية من حيث وسيلة الإعداد إلا أنه وبمجرد أن تأخذ الكتابة الإلكترونية شكلها النهائي ويتم طبعها على الورقة تختفي جميع الفوارق ونجد أنهما متطابقان في الصيغة والحروف والترابط والجمال والمفهوم والدلالة، وبالتالي لا بد للكتابة الإلكترونية أن تكون ذات دلالة واضحة المعنى وبالتالي قابلة للفهم والإدراك

⁽¹²⁾ مي العبد الله سنور ، الاتصال في عصر العولمة ، دور و تحديات ، دار النهضة العربية، ط2 ، بيروت ، 2001 ، ص 63 .

⁽¹³⁾ « La preuve littérale ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soit leur support et leurs modalités de transmission », loi n° 2000-230 du 13/03/2000.

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

حيث تعالج الكتابة الإلكترونية في شكل معادلات وخوارزميات بواسطة الحاسب الآلي و تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات⁽¹⁴⁾

الشرط الأول : وضوح المعنى المستمد من الكتابة الإلكترونية

ذلك أن الكتابة بشكلها الإلكترونية من خلال الأحرف والأشكال والرموز والأرقام فتكون قابلة للقراءة والإدراك وبالتالي يمكن للإنسان إدراكها بمجرد القراءة، و الاعتماد عليها في الإثبات في حالة النزاع . ونجد بعض التشريعات اشترطت هذا صراحة مثل قانون رقم 15 لسنة 2004 المصري المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني " الكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى ثبت على دعامة إلكترونية رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك¹⁵ . وفي التشريع الفرنسي كذلك تم الإشارة إلى هذا الشرط بصراحة من خلال المادة 1316 من القانون رقم 2000/230 بشأن التوقيع الإلكتروني والتي جعلت الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع حروف مفهومة وواضحة أيا كان دعامتها وشكل وإرسالها⁽¹⁶⁾ .

الشرط الثاني : شرط استمرارية الكتابة ودوامها

يجب وضع الكتابة في وسيط يمكننا من الرجوع إليه في حالة الإثبات ويمكن تقديم هذا المحرر للقضاء في أي وقت للتحقيق في حالة الخلاف ، وهذا ما تحققه الكتابة العادية بصورة مثالية ولكن في حالة الوسيط الإلكتروني في بداية ظهوره كانت الشرائح وأقراص التسجيل المستخدمة في عملية التعاقد الإلكتروني حساسة ، معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط⁽¹⁷⁾ و تم تجاوز هذه الصعوبات الفنية بعد التطور الذي طرأ على هذه الوسائط مما جعلها أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات، قد تفوق حتى الأوراق العادية .

(14) عبد الله حسين الشباب ، التنظيم القانوني لبرنامج الحاسب الآلي في التشريع الأردني ،دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، نوقشت و أجزيت في جامعة ال البيت ، 2005 ، ص 48 .

¹⁵ المادة 1 ، الفقرة أ ،قانون رقم 15 لسنة 2004، المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني و بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ،الجريدة الرسمية المصرية ، العدد 17 تابع (د) ، في 22/ 4/ 2004 .

(16) سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، 2006م. ص 200.

(17) بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة تيزي وزو، 2009، ص6 .

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

كما أن هناك آلية جديدة يمكن اعتمادها من قبل مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني من خلال حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصدرونها ، وذلك لمدة مناسبة كتلاؤم مع مدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التوثيق ، وهذه الآلية تضمن درجة عالية من الأمان ، ويمكن من الاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة

الشرط الثالث : عدم قابلية الكتابة للتعديل

وهذا الشرط يضمن السلامة المادية والتي تتمثل في عدم المحو والتحشير أو إدخال تعديلات ، وهو ما لا يمكن ضمانه في المحررات الإلكترونية ، والتي تمتلك خاصية إجراء أي تعديل دون ترك أثر ، وهو من جهة ميزة تمكن المتعاقدين من إجراء أي تعديل على إتفاقهم دون إلحاق ضرر بالمحرر المكتوب⁽¹⁸⁾ ، ومن جهة أخرى إخلال لقوة المحرر الإلكتروني في الإثبات ، غير أن التطور التكنولوجي للمعلوماتي تغلب على هذه المشكلة من خلال استعمال برامج حاسب الكمبيوتر تسمح بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة غير قابلة للتعديل⁽¹⁹⁾ .

ونجد أن أغلب التشريعات والقوانين حرصت على وجوب حفظ المحرر من أي تعديل مع التأكيد على عدم الإنقاص من قيمته .

ومن بينها قانون الإثبات المصري المادة 28 والتي جاء فيها " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها ... ومن هنا يمكن القول أنه بتوفر الشروط القانونية على الكتابة الإلكترونية ، وبالتالي يمكن الاعتداد بها في الإثبات .

الشرط الرابع : أن تكون موقعة

لضمان الحجية في الإثبات لا بد من وجود توقيع من صدر عنه المحرر لأن في هذا إقرار من قبله لما هو مدون في المحرر ، وإن كانت معظم التشريعات في العالم لم تفرق بين المحرر التقليدي والإلكتروني في الإثبات إذا توفرت الشروط القانونية⁽²⁰⁾

(18) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004، ص 84.

(19) محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع نفسه، ص76.

(20) تنص المادة 232 مكرر 1 من ق م ج على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، وهذين الشرطين يتحققان بوجود التوقيع على المحرر الإلكتروني.

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

وهو ما يقع على التوقيع ذلك أنه وجوبي في المحرر التقليدي والمحرر الإلكتروني لكي ينتج آثاره وهو ما نص عليه قانون الأونسيترال النموذجي في المادة 07 منه .

الشرط الخامس: أن توثق السندات الإلكترونية

وهذا للتحقيق من صحة هذه السندات ويكون من خلال طرف ثالث محايد مراقب من قبل الدولة ، يعرف باسم خدمات التصديق أو جهة التوثيق والذي يقوم بتسليم شهادات مصادقة الكترونية للأطراف المتعاقدة .

المبحث الثاني : دور الكتابة في العقود الإلكترونية

تعتبر الكتابة اللبنة الأساسية في انعقاد العقود لمالها من دور في ناحية الإثبات وتوضيح ما تنصرف إليه إدارة المتعاقدين .

المطلب الأول : وجوب الكتابة لانعقاد العقد

لقد وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسيترال⁽²¹⁾ مجموعة من المبادئ الأساسية أهمها التناظر الوظيفي ومبدأ الحياد التقني اللذين سنحاول تناولهما بالبحث على النحو التالي.

أولاً : مبدأ التناظر الوظيفي

مفهوم الكتابة الإلكترونية يكون على أساس وظيفة الكتابة أو الغرض منها و ليس على نوع الداعمة أو نوع الأخبار ولا بشكل الحروف والرموز المستخدمة ،وهو ما يعرف بمبدأ النظر الوظيفي الذي يقوم على التحليل الدقيق لأغراض القواعد القانونية المنظمة للكتابة الورقية ، ثم البحث في كيفية تحقيق هذه الأغراض أو أداء تلك الوظائف عند استخدام وسائل التقنيات الحديثة للاتصال الإلكتروني⁽²²⁾

فيهتم بتوضيح الوظائف الأساسية لما يشترطه القانون في المحرر الورقي ، والذي له معايير موضوعية محددة ،والبحث بعد ذلك في إمكانية تحقيق إحدى تقنيات الكتابة في الشكل الإلكتروني هاته المعايير⁽²³⁾ ، فما يسعى إليه هو تحقيق اعتراف قانوني بالمساواة بين المحرر على دعامة ورقية والمحرر على دعامة الكترونية

(21) اعتمد هذا القانون في الجلسة العامة 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/12/16، التوصية رقم 162/51 في 1996/7/16م.

(22) القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية" الأونسيترال" عام 1996م ، بند 16، ص20 .

(23) وهو ما اخذ به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عام 1996م، بند 18، 21 .

(رسالة البيانات مصطلح استخدمه القانون النموذجي، حيث جاء في المادة الثانية منه: [بان رسالة البيانات تعنى المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها وتخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

وما تجدر الإشارة له أنه من خلال هذا المبدأ فإن المحررات الإلكترونية تتجاوز تأديتها لكل وظائف المحرر الورقي إلى قدرتها على توفير درجة أكبر من الثقة و السرعة ، وخاصة فيما يتعلق بتحديد مصدر البيانات ومضمونها إذا اشترطت عدد من الاشتراطات القانونية والتقنية .

ثانيا : مبدأ الحياد التقني

لقد تجسد الأخذ بهذا المبدأ في التشريع الفرنسي من خلال التعديلات على نصوص التقنين المدني المتعلقة بالإثبات بالكتابة بمقتضى القانون رقم 230 لسنة 2000 بتاريخ 3113 / 2000م ويسعى هذا المبدأ لعدم التمييز ضد أي نوع من الكتابة انطلاقا من الدعامة التي تقع عليها ويعرف أيضا بمبدأ الحياد بين الوسائط²⁴ وبالتالي يكون لجميع التقنيات التكنولوجيات نفس الفرصة لاستقاء الشروط اللازمة للاعتراف القانوني بها .

كما يقصد بذلك وضع تعريف محايد لها يشمل الكتابة الورقية والكتابة في الشكل الإلكتروني أو غيرها على حد سواء ، بحيث يحرر مفهوم الكتابة من ارتباطه بمستوى معين من التطور التقني⁽²⁵⁾

المطلب الثاني القوة الثبوتية للكتابة الإلكترونية

لقد أصبحت الكتابة التقليدية تمتلك الحجية الكاملة ذلك أنها وسيلة مهمة لإثبات العقود والمعاملات المدنية و التجارية المختلفة ، ومن هنا تبرز قوتها في مجال التقاضي من حيث الأخذ بها وهذا ما يجعل قضية الاعتداد بنظيرتها الإلكترونية في مجال التقاضي أمر ملحا ويظهر هذا من خلال سعي العديد من التشريعات إلى منح الكتابة الإلكترونية الحجية الكاملة في الإثبات ، ومن هنا يتحقق التكافؤ الوظيفي بينها وبين الكتابة التقليدية .

أولا : القوة الثبوتية للكتابة الإلكترونية في التشريعات المقارنة

لقد راهن المشرع الفرنسي بإعطاء نفس الحجية الموجودة في الكتابة التقليدية للكتابة الإلكترونية بوجود تحديد الشخص الذي صدرت عنه وتكون محفوظة في ظروف تضمن كمالها ، ومن هنا جعلها

الالكترونيا أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي] فهي تختلف عن المحرر الورقي ولا تؤدي كل وظائفه واستخدمت كمعيار مرن بالخصوص).

(24) قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001م، بند 67 ، ص 32.

(25) أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، مكتبة دار النهضة العربية ، القاهرة، 2000، ص 311.

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

قابلة للإثبات، ويظهر هذا من خلال المادة 1/1316 من التقنيين المدني الفرنسي المعدلة⁽²⁶⁾ بقانون 230/2000

كما حرص المشرع المصري⁽²⁷⁾ على إعطاء الكتابة الإلكترونية الحجية الكافية للإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا لما ينص عليه القانون ، ويأتي هذا من خلال المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني والتي تنص " الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية و الإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام القانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية ، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون "

كما جاء في المادة 5 من نظام التعاملات الإلكترونية السعودي لعام 2007 م أنه " يكون للتعاملات والسجلات والتوقيعات الإلكترونية حجيتها الملزمة ، ولا يجوز نفي صحتها أو قابليتها للتنفيذ بسبب أنها تمت كليا أو جزئيا ، بشكل الكتروني بحسب الشروط المنصوص عليها في هذا النظام ولا تفقد المعلومات التي تنتج من التعامل الإلكتروني حجيتها ، أو قابليتها للتنفيذ متى كان الإطلاع عليها ونجد أن أغلب التشريعات القانونية⁽²⁸⁾ قد سلكت هذا المسلك وذلك باعتبار أن التعاملات والمحركات الإلكترونية ذات حجية قانونية متى تم حفظها والرجوع إليها في حالة المنازعات اللاحقة لإبرام العقود عن طريق الانترنت .

ثانيا : القوة الثبوتية للكتابة الإلكترونية في التشريع الجزائري

وفي هذا جاءت المادة 323 مكرر الفقرة 01 من القانون المدني التي تنص على أنه " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها "

⁽²⁶⁾ loi n°2000 /230 du 13 mars 2000 partant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique modifié par code civile.

Art 1316/1 « l'écrit sous forme électronique et admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier ; sous réserve que puisse être dument identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et cenervé dens des conditions dans nature à en garantir l'intégrité. »

⁽²⁷⁾ القانون المصري رقم 15 الصادر سنة 2004 ، المتعلق بتنظيم التوقيع وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريد الرسمية العدد 17 الصادر في 22 أبريل 2004.

⁽²⁸⁾ المادة 4 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 م، المادة (2،5) من القانون البحريني رقم 28 لسنة 2002 م، المادة 8 من القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 م، القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 م.

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

وبهذا نجد أن المشرع الجزائري حاول التأسيس لمبدأ التكافؤ الوظيفي(29) بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على دعامة ورقية ولكنه لم يجعل الأمر على الإطلاق وجعله مقيد بشرطين وهما : إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه الكتابة ، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها .

ومن هنا تجدر الإشارة إلى الجدل الفقهي الذي أثاره مضمون المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري والمادة التي تقابلها في القانون المدني الفرنسي المتمثلة في المادة 1316 / 1 وخاصة في فرنسا حيث ظهرت التساؤلات حول ما إذا كانت حول ما إذا كانت الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني تعادل وتوازي في حجيتها الكتابة الرسمية ، وبالتالي يمكن من خلالها إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية .

وهذا التعادل يثير جدلا أيضا في إمكانية إثبات التصرفات والعقود الذي يتطلب القانون في إثباتها شكل الكتابة الرسمية بالطريقة أو بالشكل في الكتابة الإلكترونية .

وفي هذا انقسم الفقه إلى فريقين ، أراد الأول اعتبار أن المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي والتي يقابلها نص المادة 323 مكرر من المدني الجزائري ، مادة واسعة النطاق تشمل الكتابة(30) التي تكون في الشكل الرسمي ، وهذا نظرا لعمومية تعريف الكتابة ، الواردة في نص المادتين المذكورتين أعلاه ، وموقعها ضمن قواعد الإثبات.

وفي الجانب الآخر اعتبر الفريق الثاني أن مجال إعمال ما أدرجه هذا التدخل التشريعي ينحصر في مجال العقود العرفية ، ومن هنا فالكتابة الإلكترونية تعنى بالجانب العرفي فقط ، ذلك أن اشتراط الرسمية في بعض العقود حماية رضا المتعاقدين ، وهو ما لا يمكن تحقيقه في الكتابة بالشكل الإلكتروني .

وهذا الطرح يصب في الاتجاه الذي جاء في نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري التي تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته(31).

(29) - وهو نفس المبدأ الذي كرسه قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية في مادته 90 والقانون المدني الفرنسي في مادته 1316.

(30) محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005 ، ص107.

(31) وقد حسم الأمر في فرنسا في ما يخص هذه الإشكالية بصدور المرسومين الذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني.

خاتمة

لقد فرض واقع الحال الذي نعيشه شكلا جديدا من التعاقد يعرف بالتعاقد الإلكتروني يتمشى مع التطور الإلكتروني الحديث والذي أصفى على التعاملات سهولة سرعة خدمة جميع المجالات ووجوده في القانون الجزائري هو وجود حديث يظهر من خلال التعديلات المطروحة بموجب القانون 10 / 05 والتي لم يتطور النقاش بشأنها بعد ، ذلك أن إبرام العقود غير ممكن بالشكل الإلكتروني بالنسبة للعقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية ، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختتمها بيده .

وفي المقابل يمكن القول أن، العقود التي تتطلب الكتابة العرفية تكاد تكون منعدمة في القانون الجزائري .

ومن هنا وجب التنبيه إلى ضرورة العمل على مواكبة التطورات التي يعرفها العصر وفتح باب النقاش لإثراء القوانين في المجال الإلكتروني مع العمل على ضرورة إنشاء مكاتب توثيق الكترونية تتولى توثيق المعاملات الإلكترونية ، لإضفاء وخلق جو من الثقة والأمان للمتعاملين في المجال الإلكتروني .

قائمة المراجع

أولا: النصوص القانونية

1 - المواثيق الدولية:

1. الجلسة العامة 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16/12/1996، التوصية رقم 162/51 في 16/7/1996م.

2. القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " الأونسيترال " عام 1996م.

3. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001م.

2 - النصوص التشريعية:

أ - النصوص التشريعية الوطنية:

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

1. أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، يتضمن التقنين المدني الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، ج رع 2005/44
ب - النصوص التشريعية للدول الأجنبية:

1. قانون الكاتب العدل و تعديلاته الأردني رقم 11 لسنة 52 المنشور على الصفحة 110 من عدد الجريدة الرسمية الأردنية ، رقم 1101 تاريخ 10/03/1952.

2. القانون المصري رقم 15 الصادر سنة 2004 ، المتعلق بتنظيم التوقيع وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، الجريد الرسمية، العدد 17 ، الصادر في 22 أبريل 2004

ثانيا: الكتب

1. محمد رواس قلنجي، معجم لغة الفقهاء ، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع ، الطبعة الثانية، 1408 هـ - 1988 م.

2. ابن منظور ، ابو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الأنصاري الرويفعي ، لسان العرب ، دار صادرة ، بيروت ، 1968

3. أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

4. رضا متولي وهدان، الضرورة العلمية للإثبات بصور المحررات في ظل تقنيات الاتصال الحديثة، ط 1، دار النهضة العربية، 1977 م.

5. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

6. محمد الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، .

7. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005 .

8. محمد مصطفى الزحيلي، أصول المحاكمات الشرعية والمدنية، مطابع مؤسسة الجدة، 1981م.

9. مي العبد الله سنور ، الاتصال في عصر العولمة ، دور و تحديات ، دار النهضة العربية ، ط2، بيروت ، 2001 .

10. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته.



الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

ثالثا: الرسائل الجامعية

1. محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.
2. عبد الله حسين الشيباب ، التنظيم القانوني لبرنامج الحاسب الآلي في التشريع الأردني، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، نوقشت و أجزيت في جامعة ال البيت ، 2005 .
3. بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولية، جامعة تيزي وزو، 2009 .

رابعا: المراجع الأجنبية

1. loi n°2000 /230 du 13 mars 2000 partant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique modifié par code civile.
2. Décret n° 2005-972 modifiant le décret n° 56-222 relatif au statut des huissiers de justice.
3. Décret n° 2005-973 modifiant le décret n° 71-941 relatif aux actes établis par les notaires.

خامسا : المواقع الإلكترونية

1. قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، وهي متاحة على الانترنت وعلى الموقع التالي:-
www.inforcom.tn/fileadmin/documentation/jnridiqhes/jort-64-11-8m-2000pdf