

النظام القانوني للعقد الإلكتروني

بوعيس يوسف / طالب دكتوراه بجامعة سعيدة

تحت إشراف د/ بن أحمد الحاج ، جامعة سعيدة

تاريخ إيداع المقال: 2018/01/16 ----- تاريخ قبول المقال: 2018/05/06

ملخص :

العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم عن بعد بطريقة إلكترونية، وفي هذا العقد يتعهد التاجر بتقديم سلعة أو خدمة إلى طرف آخر معين، أو جمهور من الناس مقابل ثمن معلوم، وبدون هذا النوع من العقود لن يكون هنالك وجود للتجارة الإلكترونية. مثل أي نشاط تجاري، فإن العقود الإلكترونية تتطلب وجود دعائم خاصة بهكذا نوع من العقود تسبقها عروض تجارية إلكترونية في المجال. يتوجب على العروض التجارية للمؤسسات التي تتم عبر وسائط إلكترونية عن طريق الانترنت أن تحترم الإجراءات التي تفرضها القوانين الوطنية الداخلية (القوانين الخاصة بالمستهلك والتقنين المدني) وكذا القوانين الدولية (التوجيهات واللوائح الدولية) الكلمات المفتاحية : العقد؛ الإلكتروني؛ التجارة؛ الدولية؛ التوقيع الإلكتروني، التصديق الإلكتروني.

Résumé :

Le contrat électronique est un contrat conclu à distance sous forme électronique par lequel un commerçant ou un

prestataire de services propose à un destinataire identifié ou au public un bien ou un service déterminé moyennant un prix. Sans ce type de contrat, le commerce électronique serait inexistant.

Comme toute activité économique, le commerce électronique exige le support d'un contrat précédé d'une offre commerciale électronique.

Les offres commerciales des entreprises, effectuées par voie électronique (via Internet), doivent respecter des obligations imposées tant par le droit national (Code de la consommation et le code civile) que par le droit communautaire (directives, règlements).

Mots clés : contrat ; électronique; commerce; internationale;signature électronique;certification électronique;

مقدمة :

يعتبر العقد الإلكتروني عقدا حديث النشأة ، حيث تزامن ظهور مصطلح العقد الإلكتروني مع تحرير الإقتصاد وانتهاج مايعرف باقتصاد السوق وترك المبادرة للأفراد في تحديد السلع والأسعار حسب مايعرف بقانون العرض والطلب،ومع انحسار دور الدولة في التدخل في السياسة الإقتصادية ظهر نوع من الفراغ القانوني في أنواع عديدة من عقود التجارة الدولية كعقود التأمين البحري والبيوع

مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة و / مولاي طاهر بسعيدة -الجزائر-

البحرية وغيرها من العقود التجارية الدولية ولعل أحدثها العقود الإلكترونية، لذلك كان من الضروري وضع ضوابط من أجل تفادي أي إشكال قد ينتج عن هذه العقود الغير تقليدية وتوفير الحماية اللازمة لمختلف الأطراف الفاعلة في هذه العقود.

فبعد أن كان الشخص ملزما بالتنقل لمسافات طويلة من أجل تلبية حاجياته اليومية أصبح بإمكانه وبكبسة زر ودون أن يتحرك من منزله فعل كل ذلك.

كل هذه التطورات أدت إلى ظهور نوع جديد من التعاقدات لم يكن معروفا من قبل وهو ما يسمى بالعقود الإلكترونية، وما ساهم أكثر في انتشار هذه العقود هو ظهور الأنترنت وانتشاره الواسع فبعد أن كان حكرا على فئة معينة من أصحاب النخبة تم حاليا ديمقطة الأنترنت بين الجميع.

ويكفي ذكر رقم واحد لنبين مدى ضخامة التعاملات الإلكترونية في العالم فوفقا لتقديرات الأمم المتحدة فإن حجم التجارة الإلكترونية سيبلغ سنة 2020 أربعة تريليون دولار.

كل هذه التحولات و التقلبات كان لها الأثر البالغ في التأثير سواء بالإيجاب أو السلب على حقوق الأطراف المتعاملة في مجال التجارة الإلكترونية، حيث أن جل التشريعات لم تخص هذا النوع من العقود بتشريعات كفيلة برأب الصدع الموجود بين المحترف والمستهلك، وفي ظل غياب النصوص القانونية المتخصصة فإنه يتم اللجوء في العديد من الأحيان إلى النصوص العامة التي تحكم العقود التجارية التقليدية لمحاولة تدراك العجز الناتج من التطور المتسارع للعقود الإلكترونية فوجه الاختلاف بين العقود الإلكترونية والعقود التقليدية هي أن التعاقد بطريق الأنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان إلا إذا وجد فاصل طويل فإنه يكون بين غائبين زمانا ومكانا . لذا وجب وضع أطر قانونية لحمايته.

و قبل محاولة تشريع القوانين التي تحكم وتنظم العقود الإلكترونية، يتوجب أولا الاتفاق على تعريف جامع ومانع للعقد الإلكتروني ، فقد ثار جدال فقهي وقانوني حول ذلك.

فالعقود الإلكترونية قد تتم من البداية إلى النهاية عبر الأنترنت، وقد تتم في جزء منها عبر الانترنت وفي جزء آخر عبر الطرق التقليدية.

وبالتالي فقد ثارت عدة تساؤلات عن العقود التي تدخل ضمن نطاق التعاقدات الإلكترونية والتي تخرج عن ذلك النطاق وعن القوانين الخاضعة إليها، كما ثار خلاف حول حجية الكتابة الإلكترونية و دورها في الإثبات .

ومن أجل الإجابة عن هذه التساؤلات، قسمنا بحثنا هذا إلى قسمين، حيث سنتحدث في الجزء الأول منه عن مفهوم العقد الإلكتروني (مبحث أول)، بينما نتطرق في القسم الثاني إلى حجية الكتابة الإلكترونية (مبحث ثاني)

المبحث الأول : مفهوم العقد الإلكتروني

لقد سبقت عدة تعاريف للعقود الإلكترونية، وتوافقت في مجملها على مفهوم واحد إلا أن هناك بعض الاختلافات حسب التشريعات وكذا الفقه، فهناك من يعتبر العقود الإلكترونية تتم بوسائل مسموعة ومرئية وهذا مردود عليه بعدة انتقادات وهذا ما سنلاحظه لاحقا، ضف إلى ذلك فإن البعض الآخر يرى أن المجال الوحيد للعقود الإلكترونية هو الانترنت فقط وهذا الأمر منتقد بشدة من بعض الفقهاء فيقولون أنه صحيح أن المجال الخصب للعقود الإلكترونية هو الانترنت إلا أنه ليس المجال الوحيد.

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني.

اختلف الفقه والمشرع حول أعطاء تعريف مانع وشامل للعقد الإلكتروني، حيث يرى البعض أنه يكفي لإضفاء الصبغة الإلكترونية على عقد ما إبرامه ولو جزئيا بطريقة إلكترونية، بينما يتجه طرف آخر إلى ضرورة إبرامه كليا عبر وسائل إلكترونية.

أولاً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

العقد لغة هو العهد، والجمع عقود أي عهود، فيقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا، ألزمته ذلك، والمعاهدة هي المعاهدة، فالمعاهدة إذا هي الإلزام باستيثاق.¹

ويذهب بعض الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول بشأن الأموال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصالات عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، فتتيح التفاعل الحوارى بين الموجب والقابل".²

وهذا التعريف منتقد من بعض الفقه لسببين اثنين:

فالسبب الأول، هو أن هذا التعريف لم يشر إلى النتيجة المترتبة عن التقاء الإيجاب والقبول وهي إحداث أثر قانونى وإنشاء التزامات تعاقدية.³

والسبب الثانى، هو أنه حصر التعاقد الإلكتروني عبر وسائل مسموعة ومرئية فقط، مما يستبعد بعض العقود التي تعقد بوسائل أخرى كالتعاقد عبر البريد الإلكتروني مثلاً.

ولقد عرف بعض من الفقه الأمريكى العقد الإلكتروني بأنه: "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشئ التزامات تعاقدية".

وهناك بعض التعريفات الفقهية الأخرى للعقود الإلكترونية إلا أنها جاءت ناقصة بعض الشيء مثل التعريف الذي ينص على أن: "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت"

ومما يعاب على هذا التعريف هو أنه حصر العقد الإلكتروني على العقود التي تبرم عبر الانترنت، مما يستثني بعض الوسائل الأخرى كالتيلكس والفاكس والمينتل في فرنسا.

¹ معجم لسان العرب. كوم. www.LesAnarab.com

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

³ د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 52.

كما أن هناك بعض التعاريف للعقود الإلكءرونفة لا ءشءرء أن فءم العءء كلفا بواءة الوساءل الإلكءرونفة وإنما ءكءفف بضرورة أن فكون العءء مبرما ولو جزئفا بواءة وسفلة إلكءرونفة ءءى فءلق علفه الصفة الإلكءرونفة، ءفء فعرف العءء الإلكءرونف بهذا المفهوم بكونه: " هو الاءفاق الءف فءم انعقاده بوسفلة إلكءرونفة كلفا أو جزئفا أصالة أو ففابة".¹

وباسءقاء كل هذه التعرففاء الفقهفة فمكن الءءروج بءءرف واحد وهو الساءء لءى معظم فقهاء القانوء، وهو ءءرف ءاص عموما بالعقود وبنص علف أن: " العءء ءوافق إراءءفن أو أكثر علف إءءاء أءر قانوفف سواء كان هذا الأءر هو إنشاء ءءام أو نقله أو ءءدلفه أو إنءائه "

بناء علف ما ءءدم فءضء أنه لوءوء العءء لابء من ءلاقف إراءءفن و اءءاههما إلى إءءاء أءر قانوفف. وفف الأءفر فبغف ءءاكفء إلى أن العءء الإلكءرونف فف ءقفقة الأمر ءسب رأف الفقهاء لا فءءر فف مضمونه عن العقود ءءلفدفة سؤف فف الكفففة ءف فم إبرامه بها، ولءلك فهو فف الأصل فءضء فف ءنظفمه للأءكام الوارءة فف النظرفة العامة للعءء، وهو من العقود العفر مسماة ءفء لم فضع المءشر ءنظفما ءاصا له، فالمءشر لم فءصها بءءرف أو ءنظفم معفن ولم ففرء لها اسما ءاصا وبءءالف ءءبق علفها القواءء العامة.²

لا فمكن إنكار أن البفئة الءصبة للعقود الإلكءرونفة هف الاءءرنء، ومن الصور الأكثر شفوعا للءعاقء عبر الاءءرنء هف صورة **Click Wrap Contract** ولكن هذا لا فنفف كما سبق القول ووءوء ءالاء أءرى للءعاقء ءون المءرور علف الاءءرنء.

وعءء **Click Wrap Contract** فءءءل بوءوء مطبوعة علف الموقع ءءمل ءقوق وءءاماء الطرففن، وفف أسفل المطبوعة مءرؤك مكان لءباعة عبارة أقبل أو الضغط علف عبارة القبول أو عءم

¹ الأستاذة منافف فرآء، العءء الإلكءرونف وسفلة إءباء ءءفءة فف القانوء المءءف الجزائرف، ءار الهءف، الجزائر 2009، ص 23.

² عبء الرزاق السنهورف، الوسفء فف شرح القانوء المءءف، الجزء الأول، مصادر الاءءام، ءار النهضة العربفة، 1981، ص 230.

القبول, وترجع تسمية العقد بهذا الاسم إلى حقيقة أن العقد يتم إبرامه بالضغط على أداة الماوس أو الفأرة(Click).¹

و هو نفس التعريف الذي نصت عليه وزارة المالية والتنمية النيوزيلندية، حيث عرفته كما يلي :

Definition from Min. of Economic Development New Zealand:

A licence concerning the use of a copyright work, usually a software product, that includes pre-drafted terms and conditions of sale that consumers are required to agree to before being able the work. These terms and conditions are usually non-negotiable. A consumer is required to mouse "click" on an "agree" button before being able to load or use the program

ثانيا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني.

عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربية الصادرة في 20 ماي 1997 والمتعلقة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد عن بعد **Remote Contract** بأنه "أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع

¹ د.أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد واثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 18.

عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الإتصال الإلكترونية **Temote Communication**, حتى إتمام التعاقد¹.
وبما أن العقود الإلكترونية تتم عن بعد بواسطة الاتصالات الإلكترونية فقد عرفها ذات التوجيه الأوربي ب:

"Any means which without the physical and simultameous presence of the supplier and consumer my be used for closing a contract betwen parties"

ومن هذا التعريف يتضح أن التعاقد الإلكتروني حسب التوجيهية يتم دون التواجد المادي والمتزامن لطرفي العقد.

ويعرف المشرع الكندي في القانون الخاص بولاية الكيبك **Quebec** لحماية المستهلك التعاقد عن بعد بأنه: "تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواءا في حالة الإيجاب او القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين".

وجاء التعريف الأمريكي للمستهلك في نفس السياق حيث يعرف جانب منه العقد الإلكتروني بأنه: "هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشئ التزامات تعاقدية".

وقد تم تعريف العقد الإلكتروني بمجلة المستهلك الفرنسي طبقا للفصل 121، الفقرة 16 منه على أنه:

¹ Directive 97/7/CE of may 1997.

"Tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service concure,sans la présence physique simultanée des parties entre un consommateur et un professionnel qui pour la conclusion du contrat utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication a distance".

ولقد وضع المشرع التونسي تعريفا للعقد الإلكتروني ولكن ليس بطريقة صريحة, حيث نص في الفصل الأول من القانون رقم 83 لسنة 2000 على أن: "العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع هذا القانون".

ويتضح من هذا التعريف أن المشرع التونسي لم يعرف بوضوح العقود الإلكترونية وإنما وضح أنه يسري عليها ما يسري على العقود الأخرى.

ومن بين كل المشرعين العرب كان المشرع الأردني هو من اهتم بوضوح بالعقود الالكترونية , حيث نصت المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 على ما يلي : " يكون للكلمات والعبارات التالية حينما وردت في هذا القانون المعاني المخصصة لها أدناه ما لم تدل قرينة على غير ذلك:

العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً".

كما لم يغفل المشرع الأردني عن ذكر الوسائل الإلكترونية المقصودة ليضيف في نفس المادة تعريفا لتلك الوسائل بوصفها : " أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".¹

¹ قانون المعاملات الإلكترونية, رقم 85-2001, الجريدة الرسمية 4524 الصادرة ب 31-12-2001.

وفيما يخص القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (CNUDCI)، فإنه لم يعطي تعريفا للعقود الإلكترونية ولكنه بالمقابل قام بتعريف لما يعرف بتبادل البيانات الإلكترونية *L'échange de données informatisées*، حيث نصت المادة الثانية منه على ما يلي: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

وفي الأخير ينبغي التنويه إلى أن المشرع الجزائري لم يعطي تعريفا للعقد الإلكتروني، وفي غياب ذلك فإنه ينبغي العودة إلى التعاريف التي جاءت بها القوانين المقارنة كالقانون الأردني، بالإضافة إلى أنه يمكن تطبيق القواعد العامة للعقود واعتبار العقد الإلكتروني من قبيل العقود الغير مسماة.

المطلب الثاني : خصائص العقد الإلكتروني.

في حقيقة الأمر فإن العقد الإلكتروني لا يعدوا أن يكون سوى نوع من العقود العامة، ولا يختلف عن تلك العقود العامة سوى في طبيعة العقد وبعض مميزاته دون الإخلال بالقواعد العامة كالإيجاب والقبول والضمان وما إلى ذلك.

وسنحاول فيما يلي ذكر أهم الخصائص التي تتميز بها العقود الإلكترونية عن سواها من العقود.

أولا: العقد الإلكتروني عقد يبرم بواسطة وسائل إلكترونية.

أهم خاصية تمتاز بها العقود الإلكترونية هي الوسيلة التي يتم بها الانعقاد¹، فهو غالبا ما يتم بواسطة الانترنت بالإضافة إلى الوسائل الأخرى كالفاكس والتيليكس والمينيتل وأجهزة المحادثة الحديثة.

¹ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص 19.

ولذلك فإن الوسيلة التي يتم من خلالها التعاقد هي جوهر الاختلاف بين العقود الإلكترونية والعقود التقليدية، فما عدا ذلك فلا يوجد فرق يذكر، ف كلا الطرفين اللذين يتعاقدان في العقود التقليدية يمكنهما التعاقد إلكترونيا، من بائع ومشتري ومستهلك ومستأجر.... ومحل العقد في العقود التقليدية هو نفسه المحل في العقود الإلكترونية.

ثانيا: غالبية السمة التجارية على العقد الإلكتروني .

أغلبية العقود الإلكترونية هي عقود تجارية، وهو ما يعرف لدى محترفي هذا المجال ب

E-Commerce اختصارا ل Commerce électronique .

ويقصد بهذه العقود "تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات، التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات".¹

وينبغي التنويه أن المقصود بالتجارة الإلكترونية ليس تلك التجارة التي تكون في مجال

الإلكترونيات (أجهزة تلفاز، إلكترونيات،...) بل تشمل جميع السلع التي تتم بواسطة وسائل إلكترونية.

والمشرع الجزائري لم يعرف العقود التجارية ولا العقود الإلكترونية، ولكنه عرف العمل

التجاري في المواد 2، 3، 4 من القانون التجاري² وقياسا على ما هو معروف في تعريف العقود فلا

تكون عقود التجارة الإلكترونية سوى تلك العقود التي ترد على الأعمال التي ذكرها المشرع في القانون

التجاري وتتم بواسطة الوسائل الإلكترونية.

¹ Gatsi, la protection des consommateurs en matière de contrats a distance, dalloz affaires.n.42/1997.

² الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية 101، ص 1306.

ومهما طغت السمة التجارية على العقود الإلكترونية فإن ذلك لا ينفي وجود عقود أخرى تبرم بين الأفراد العاديين وإن كانت نادرة، لأنه غالباً ما يكون أحد طرفي العقد تاجراً.

ثالثاً: أغلبية العقود الإلكترونية هي عقود إستهلاك.

أغلب العقود التي تتم بوسائل إلكترونية تكون من قبيل عقود الاستهلاك **Contrats de consommation**, تتم بين محترف من جهة وشخص عادي من جهة أخرى يريد إشباع حاجياته الشخصية والفردية أو حتى مهني يتعامل لأموال شخصية خارج نطاق اختصاصه. ولكن ليس كل العقود الإلكترونية تعد من قبيل العقود التجارية كما سبق القول آنفاً وليست كلها عقود استهلاك، فإذا تم بين الافراد العاديين أو تم بين التجار والمحترفين فلا يعد من قبيل عقود الاستهلاك وإن كان يعد من العقود التجارية في الحالة الثانية¹ (العقد الذي يتم بين التجار والمهنيين). ولتكيف العقد أهمية بالغة في تطبيق الأحكام والقوانين وكذا تحديد جهة الاختصاص، فالاختصاص في العقود التجارية يختلف عن العقود الأخرى، كما أن المستهلك تفرد له حماية خاصة وأكبر من المحترفين كونه الطرف الضعيف في الحلقة.

رابعاً: أغلبية العقود الإلكترونية ذات طابع دولي.

قد تكون بعض العقود الإلكترونية داخلية، أي تتم في نفس الدولة، وهنا لا تطرح تلك العقود أي إشكال يذكر.

ولكن مكمّن الإشكال يكون لما يتم التعاقد بين أشخاص ينتمون ويتواجدون في دول مختلفة، وهذا ما يكون الأمر عليه في أغلب الأحيان في العقود الإلكترونية دون الحديث عن التشعب الموجود في

¹ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 21.

الوسائل الإلكترونية أصلا، حيث يكون المستخدم **Internet user-Internaute** مقيم في دولة ومورد أو مقدم خدمات الاشتراك **Fournisseur d'accées** في الشبكة من دولة ثانية، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة **Provider,le serveur** **internet service** من دولة أخرى، وهذا كله إن دل على شيء إنما يدل على عالمية العقود الإلكترونية، وهذا ما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بصدد المنازعات الناشئة عنه، أي ما يسمى بتنازع الاختصاص والقوانين،¹ كما يطرح الإشكال حول مسائل أهلية المتعاقد.

خامسا: العقد الإلكتروني عقد يتم إبرامه عن بعد.

ما يميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هو طريقة الإبرام التي تكون عن بعد، ورغم ذلك فإن العقد الإلكتروني عقد فوري متعاصر رغم تمامه عن بعد، فهو عقد يتم بين غائبين في المكان ولكن حاضرين في الزمان، والعبرة في تحديد مكان انعقاد العقد هي بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك وهذا ما ذهبت إليه المادة 67 من القانون المدني الجزائري.²

ورغم أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد إلا أن تنفيذ هذه العقود يمكن أن يتم إما بنفس الطريقة أي عن بعد ويتم مباشرة دون الحاجة إلى التقاء الأطراف، ويكون ذلك مثلا في حالات عقود الخدمات المصرفية، والمحاسبة، وعقود الاستشارات القانونية، أو بيع برامج إلكترونية مثلا.

¹ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 22.

² الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78 ص 990.

وإما يتم تنفيذ العقد خارج الشبكة شأنه شأن العقود التقليدية، وذلك عندما تكون السلعة مادية يستحيل تقديمها داخل الشبكة، فلا تكون الشبكة في هذه الحالة سوى وسيلة للتعاقد.

سادسا: خصوصية الإثبات والوفاء للعقود الإلكترونية .

الدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يسمح بإثبات العقود الإلكترونية وهو الذي يضفي حجية على العقد.

وفيما يخص وسائل الوفاء الإلكتروني **Electronic Payment System** فقد شهدت تطورا متسارعا مع انتشار التجارة الإلكترونية خاصة ما يعرف بالبطاقات البنكية (**Master card**) (**Visa card**)، والنقود الإلكترونية...¹

سابعا: العقد الإلكتروني عقد مقترن بحق العدول .

الأصل أنه متى تم إلتقاء الإيجاب والقبول وتم العقد فإنه يصبح متمتعا بقوة إلزامية لا يستطيع لأي من طرفي العقد الرجوع عنه، ولكن وبما أن العقود الإلكترونية هي عقود تتم عن بعد وبالتالي فإن معاينة السلعة تكون صعبة للمستهلك قبل التعاقد، لذا فإن القوانين والتشريعات اعترفت له بحق العدول.²

فالمستهلك الذي يتعامل مع محترف عن بعد له الحق في العدول في أجل 07 أيام، وفي حالة العدول فالمستهلك غير ملزم بـ:

● إعطاء أسباب العدول والتبرير .

¹ الأستاذة مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 46.

² المادة 26/12 من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

- دفع مصاريف إضافية، إلا ما تعلق بمصاريف إرجاع السلعة لو تم استلامها.
- وهذه المدة هي المدة القانونية الدنيا، وبإمكان المحترف إعطاء مدة أكبر (15 يوم، 21 يوم، ...).
- كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن حق العدول يمكن أن يرد على السلع التي تخضع لتخفيضات **Prouduits Soldés, d'ocasion ou déstockés**.
- ويجب التنويه إلى أن حق العدول ليس حقا مطلقا، فهناك بعض العقود لا يسري عليها هذا الحق، فحق العدول لا يسري على عقود التوريد، كما لا يسري على:
 - الخدمات التي بدأ تنفيذها بموافقة المستهلك قبل نفاذ مدة العدول.
 - الخدمات أو السلع التي يتغير سعرها وفقا لتقلبات الأسواق.
 - السلع التي يتم تحضيرها وصناعتها وفق خصائص محددة من قبل المستهلك (كالأثاث المصنوع حسب الطلب والمقاييس مثلا).
 - السلع التي حسب طبيعتها لا يمكن إعادة إنتاجها، أو السلع السريعة التلف كالمواد الغذائية مثلا.
 - أشرطة الفيديو (DVD-CD) أو برامج الكمبيوتر التي تم فتحها من قبل المستهلك.
 - الجرائد والدوريات والمجلات.
 - خدمات المراهنة واليناصيب المرخص لها.
- كما أن حق العدول لا يرد على العقود التي تخص:
 - توريد السلع ذات الاستهلاك اليومي إلى محل إقامة أو عمل المستهلك من قبل بائع يقوم بجولات متعددة ومنتظمة.
 - الخدمات الخاصة بالإيواء والنقل والمطاعم والترفيه التي تقدم بتواريخ وفترات محددة (تذاكر القطارات، الطائرات، أو حفلات، كراء السيارات، حجز الفنادق، ...).
 - ويتم حساب الأجل الخاص بالعدول حسب ما هو موضح أدناه، كما يلي :

- بالنسبة للسلع من تاريخ استلامها
 - أما فيما يخص الخدمات من تاريخ قبول العرض.
- وتجدر الإشارة أنه لو أن المحترف لم يقدم بعض المعلومات الأساسية على الأكثر يوم التسليم فإن المستهلك يستفيد من 03 أشهر للعدول، ولكن لو أن المحترف أبلغه بالمعلومات في ظل 03 اشهر فإن الأجل يصبح من جديد 07 أيام يتم احتسابها ابتداءً من إخبار المستهلك بالمعلومات.
- وفي حالة نزاع، فإن المستهلك ملزم بإثبات أنه احترام الآجال الخاصة بالعدول وتقديم أي دليل على أن عدوله كان في الآجال (رسالة موصى عليها، أو إعادة السلعة عبر البريد،...).
- وإذا كان المحترف قد وضع إمكانية ممارسة حق العدول عبر الهاتف، فإنه يمنع عليه وضع خطوط هاتفية ذات تسعيرة مرتفعة (إذ يجب أن تكون التسعيرة هي التسعيرة المحلية).
- لا يمكن للمحترف أن يجبر المستهلك على دفع إتاوات ورسوم على حق العدول (كحقوق الملف مثلاً)، فالمستهلك غير ملزم سوى بدفع حقوق الإرجاع فقط.
- ويمكن للمحترف أن يعرض على المستهلك تغيير سلعته أو تعويضه بسلعة أخرى، والمستهلك له حق القبول أو الرفض والتمسك بتعويضه نقداً.¹
- المبحث الثاني : حجية الكتابة الإلكترونية.**
- الأصل في العقود هو الرضائية، إذ يكفي لانعقاد العقد في شكله الإلكتروني مثله مثل العقود التقليدية تطابق الإيجاب بالقبول إلا أنم هناك عقود تشترط شكلية معينة للانعقاد، ولا يكفي لذلك الإيجاب والقبول فقط.

¹ www.vosdroits.service.public.fr الموقع الرسمي للإدارة الفرنسية.

المطلب الأول : دور الكتابة الإلكترونية في الإثبات.

سنحاول في هذا المطلب توضيح إمكانية الإثبات عن طريق الكتابة الإلكترونية وما إذا كان لهذه الكتابة نس الدور الذي تلعبه الكتابة العادية.

أولاً- المبدأ في إبرام العقود :

الأصل هو حرية الأطراف في التعاقد، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني¹ ، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونياً كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة بالوسائل الإلكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ثانياً- الاستثناء في إبرام العقود :

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة، وأهم صورها هي :

01- اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما : ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب، تسليم الشيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية .

¹ القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44، المؤرخة في 20 جوان 2005.

02- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد: فإذا كانت الكتابة مطلوبة كركن في العقد (سواء كانت عرفية أو رسمية) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية أي مكتوبة على دعامات إلكترونية.

فالأصل العام أنه لا يشترط إجراء معين لانعقاد العقد إلا أنه هناك بعض العقود تتطلب إجراءات شكلية كالكتابة من أجل الانعقاد، والسؤال الذي يتبادر إلى الأذهان، هو هل يمكن إبرام العقود التقليدية التي تتطلب الشكلية إلكترونياً مع احترام هذه الشكلية وتكييفها إلكترونياً، خصوصاً بعد التعديلات التي طرأت مؤخراً على القانون المدني الجزائري مثلاً.

بعد صدور القانون رقم 05-10 وخصوصاً في مادتيه 323 مكرر و 323 مكرر 1 أصبح للكتابة الإلكترونية حجية خاصة لا يمكن نكرانها في الإثبات.¹

ثالثاً- الكتابة في الشكل الإلكتروني وحجيتها في الإثبات.

لقد أورد المشرع في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفاً للكتابة بالنص على أنها: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها، ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الأنترنت.

الملاحظ أن نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، يعتبر أول نص عرف من خلاله المشرع الكتابة التي يمكن استعمالها كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية

¹ الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

بصفة خاصة، وذلك لتفادي الجدل الذي قد يثور حول الإعراف بالكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، كون الكتابة بمفهومها " التقليدي " كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة المادية أو الورقة، إلى درجة عدم إمكانية الفصل بينهما، وبالتالي لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية افتراضية، والتي لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات.

إن مفهوم الكتابة الذي جاءت به المادة 323 مكرر قابل للتوسع، ذلك أن صياغتها بالنص على أنه " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" يفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء كانت على الورق أو على القرص المضغوط أو على القرص المرن، ويتسع المفهوم إلى كل الدعائم التي يمكن أن تفرز عنها التطورات التكنولوجية في المستقبل، وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعائم الإلكترونية سماه الفقيه **Caprioli** بـ:

« : Principe de neutralité technique et de non discrimination à l'encontre d'un support ou d'un média

ويعتد المشرع أيضا في مفهوم الكتابة بأية وسيلة من وسائل نقلها، فيشمل بذلك تعريف الكتابة في الشكل الإلكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الإتصال المختلفة.

ولكي تشكل هذه الكتابة دليلا للإثبات وجب أن تكون قابلة للقراءة من قبل الإنسان العادي بمعنى أن لا تكون مشفرة لا يمكن فهم محتواها إلا باستعمال برامج كمبيوتر خاصة بذلك.

نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

L'équivalent fonctionnel لقد أسس المشرع من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية. غير أنه لم يأخذ به على إطلاقه بل قيده بشرطين هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة.
- أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

لقد اعترفت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية وصحة الإثبات، لكن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد حول نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الإلكتروني؟

وبعنى آخر هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني؟.

تنص المادة 323 مكرر 1 على أنه "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

فبعد صدور هذه المادة أصبح الإثبات بالكتابة نفسه سواء على الورق أو على دعامة إلكترونية، ومن هنا يطرح التساؤل عن إمكانية أن تكون الكتابة الإلكترونية بديلا للكتابة التقليدية.

وحول هذا انقسم الفقه الفرنسي إلى قسمين، فأقر قسم منهم أن الكتابة الإلكترونية يمكن أن تكون ركنا للانعقاد بما أن المشرع قد ساوى بينها وبين الكتابة على الورق فيما يخص إجراءات الإثبات.

وهناك قسم آخر رفض الفكرة بتاتا وأشار إلى أن التوسع في الإثبات ليشمل الدعائم الإلكترونية لا يجب تعميمه على الانعقاد.

فالفريق الأول من الفقه الفرنسي ينص أنه باستقصاء المادة 1316 يتضح أن الكتابة المقصودة لم تعد قاصرة فقط على الإثبات وإنما أيضا للانعقاد، وبالتالي فإنه في حالة اشتراط الكتابة كركن للانعقاد فإنه لا حرج من استعمال الكتابة الإلكترونية كوسيلة للانعقاد.

والفريق الثاني ينكر إمكانية الانعقاد عن طريق الكتابة الإلكترونية وأصر على أن المادة المذكورة آنفا أقرت بإمكانية الإثبات بالكتابة الإلكترونية فقط، لا أكثر ولا أقل فلا يجب إسقاط الأمر على ركن الانعقاد.

وبعد هذا الجدل تدخل المشرع الفرنسي ليحسم الأمر، وأقر بصفة رأي الفريق الأول عندما أصدر مرسومين بتاريخ 10 أوت 2005 المعدلين للمرسومين المتعلقين بنظام المحضرين القضائيين وكذا المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، إذ أصبح بالإمكان فيما يخص العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية من أجل الانعقاد الاعتماد بالكتابة الإلكترونية شريطة أن يوقع على العقد الإلكتروني من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية.¹

أما فيما يخص القانون الجزائري، فلا يمكن القول بنفس ما ذهب إليه القانون الفرنسي، طالما أن الكتابة الرسمية في الجزائر تشترط من أجل صحتها أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختتمها بيده.

ويطرح التعاقد بواسطة وسائل إلكترونية الكثير من الجدل، فهناك من اعتبر ذلك جائز قانونا، بينما رفضه البعض الآخر.

¹ أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002.

أ/ المقرون بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة.

رغم أن القانون المدني لم ينص صراحة على مشروعية التعبير عن الإرادة بواسطة الوسائل الإلكترونية، إلا أن الأصل في التعاقد هو حرية التراضي، كما نصت عليه المادة 60 من القانون المدني. وكذلك قياسا على السماح في القانون المدني بإمكانية الإثبات بالشكل والتوقيع الإلكتروني، فإن ذلك يجعل من إمكانية استعمال الوسائل الإلكترونية للانعقاد ممكنا بالقياس.

وتنص المادة 323 مكرر 1 تنص 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".

وتنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إن صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل".
فعبارة "أي طريق مماثل" يمكن أن تمتد إلى إمكانية التعاقد والتعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية خاصة الانترنت.

كما أن الفقرة الأخيرة من المادة 60 تنص على أنه يجوز: "أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا". فهذه الفقرة يمكن أن تحيل إلى إمكانية التعاقد إلكترونيا.

ب/ الراضون لمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة.

يتحجج الراضون بالاعتراف للوسائل الإلكترونية بأن تكون وسيلة للتعبير عن الإرادة برفضهم التوسع في تفسير المادة 64 من القانون المدني: "بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل" فكان حري بالمشرع النص عليها صراحة إن كانت له الرغبة في ذلك وهو ما لم يفعله.

كما يرى هؤلاء أن التعاقد بتلك الوسائل يجعل من الرضا مهددا في أي لحظة، فالأطراف المتعاقدة لا تعرف مع من تتعاقد مما قد يخل بإرادتها، خصوصا مع إمكانية اختراق الهاكرز لمختلف مواقع الانترنت مثلا.

وحسب هؤلاء دائما فإن اعتراف القانون المدني بالكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات ليس دليلا على أنه يعترف بها كوسيلة للتعبير عن إرادة الطرفين.

وفي الأخير فإن أصحاب الرأي الأول لهم حججهم الدامغة على إمكانية الإقرار بشرعية الوسائل الإلكترونية وصلاحياتها للتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، ولكن لتفادي كل هذه المشاكل كان من الأفضل على القوانين المقارنة أن تعترف صراحة بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة وهذا ما ذهب إليه وحث عليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في مادتيه 11, 12 .

و كان ممكنا أيضا أن تنص هذه القوانين على شرعية هذه الوسائل إذا ما انصرفت إرادة الطرفين إلى ذلك، وهذا ما حذا به القانون التونسي المتعلق بمبادلات التجارة الإلكترونية، حيث تنص المادة 05 من القانون التونسي المتعلق بمبادلات التجارة الإلكترونية على أنه

" تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

لمقاصد هذه المادة لا يعتبر اتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل إلكترونية ملزما لإجراء أخرى بهذه الوسائل".

وكذا القانون الفرنسي المعدل مؤخرا، حيث نصت المادة 1396-1 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالأمر الرئاسي رقم 2005/674 الصادر في 16 جوان 2005 تنص على أنه :

" La voix électronique peut être utilisée pour mettre a disposition des conditions contractuelles ou des information sur des biens ou services".

**Les informations qui sont demandées en "Art 1369-2 :
vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées
au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier
électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce
moyen".**

ومما يعيب عليه الرافضون لشرعية الوسائل الإلكترونية في التعاقد، هو إمكانية التعاقد مع طرف آخر ليس يبشر أصلا، وهو ما يعرف بالوكيل الإلكتروني، فيتم الإيجاب والقبول بصورة أوتوماتيكية وتلقائية بين إنسان وآلة أو بين آلة وآلة أخرى .

المطلب الثاني : التوقيع والتصديق الإلكترونيين في التشريع الجزائري وفق القانون 15-04.

لقد شكل القانون رقم 15-04¹ الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين نقطة تحول في مجال العقود الإلكترونية، إذ بفضلها أصبح للعقد الإلكتروني حجية شبيهة بالعقود التقليدية في حالة ما تم احترام إجراءات التوقيع والتصديق الإلكترونيين.

أولا : مفهوم التوقيع الإلكتروني.

عرفته لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة بأنه " مجموعة أرقام تمثل توقيعاً على رسالة

معينة

معينة

كما أوردت التعليمات الأوربية المؤرخة في 13 ديسمبر 1999 في المادة 2 منه تعريفاً للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن : "معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقياً بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها".

¹ القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية رقم 06، المؤرخة في 10 مارس 2015.

ومن التعاريف التي اقترحها الفقهاء التعريف القائل بأن التوقيع الإلكتروني هو: "اتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتاح استخدامها عن طريق الرمز أو الأرقام أو الشفرات ، بقصد إخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة التي نقلت إلكترونياً".
للتوقيع الإلكتروني صورتان شائعتان إحداهما التوقيع الرقمي وآخر بيومتري.

1- التوقيع الرقمي. La signature numérique.

يطلق عليه أيضاً اسم التوقيع الكودي Key based signature ، تقوم هذه التقنية بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكنه تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، ومعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.
ثم يسجل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق Autorités de certification.

2- التوقيع البيومتري. Signature biométriques.

يعتمد التوقيع البيومتري على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع، إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز كمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له اخذاً في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع .
ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع، عن طريق قيام نفس البرنامج، الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر الذي يعطي الإشارة فيما إن كان التوقيع صحيحاً أم لا.¹
استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هو

¹ القاضي، كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان .

"أيا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص : **quels que soient leur support...**

واستعمل المشرع أيضا مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها¹.

ولتحقيق الحماية المثلى للأطراف المعاهد في العقود الإلكترونية وجب توفير دعامات موثوقة وقابلة للعودة إليها في أي وقت و هذا ما لا توفرها بعد الدعامات الإلكترونية مثلا كمواقع الانترنت فلذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الانترنت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تفتقر إلى هذه الخاصية فيما عدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية للاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه بقولها " كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلا خلال فترة زمنية تتلاءم مع الأغراض التي

¹ في هذا الشأن يقول الأستاذ: Eric Caprioli في موقعه عبر شبكة الانترنت www.caprioli-avocats.com :

" Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les forms de l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de preuve littérale, les écrits, à condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de même nature et d'une force probante équivalente".

Voir Eric Caprioli, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique.

من اجلها تم توجيه هذه المعلومات ، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها¹.

وأكد القانون النموذجي للتجارة الالكترونية² CNUDCI في مادته 03 امكانية اللجوء الى شخص ثالث كوسيلة لاضفاء الجدية على الوثيقة الالكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الالكترونية وهي³:

- تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الرجوع إليها لاحقاً .

- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن اثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت.

- الاحتفاظ بالمعلومات ، ان وجدت، التي تمكن من استبانة رسالة البيانات وجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها.⁴

ثانيا : تعريف المشرع الجزائري للتوقيع الإلكتروني.

عرف المشرع التوقيع الإلكتروني بأنه "بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة للتوثيق".

¹ د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006. مرجع سابق ص 149.

² قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، (CNUDCI) المعتمد يوم 5 تموز/يوليه 2001

³ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (CNUDCI)، المعتمدة في 23 نوفمبر 2005 بنيويورك.

⁴ د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004، ص 343.

شروط التوقيع الإلكتروني :

من خلال استقراء مواد القانون 15-04 يتبين أن المشرع الجزائري قد تناول نوعين من التوقيع الإلكتروني ، توقيع إلكتروني يمكن اعتباره بسيطا أو عاديا و توقيع إلكتروني موصوف ، و قد حدد لكل نوع من هذه التوقيعات شروط معينة ، فالنوع الأول المتعلق بالتوقيع الإلكتروني البسيط لم يعط تعريفا محددًا له ، وانما اكتفى بذكر استعماله كوسيلة لتوثيق هوية الموقع و له حجية في إثبات قبول الموقع بمضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني.

بينما اشترط في التوقيع الإلكتروني الموصوف توافر شروط حددتها المادة 07 من القانون 15-04 السابق الذكر، وهي :

- 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.
- 5- أن يكون تحت التحكم الحصري للموقع.
- 6- أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به.

مما ذكر أعلاه يتبين أنه يجب على التوقيع الإلكتروني أن يمكن من تحديد التوقيع الإلكتروني لهوية شخص الموقع إذ بد أن يبين التوقيع شخصية صاحبه ، و لما كان الأمر يتعلق ببيئة افتراضية يغيب فيها الحضور المادي للأطراف ، حيث لا نستطيع تحديد الطرف الموقع والتعرف عليه ماديا من خلال حضوره و وضع توقيعه الدال على شخصيته ، فقد أصبح ارتباط هذا التوقيع بصاحبه مسألة تقنية تتعلق بوضع التكنولوجيا اللازمة لتأمين المواقع و متابعة رقابية من جهات معتمدة لها القدرة على التوثق من شخصية أصحاب التوقيع

كما يجب أن تتحقق سيطرة الموقع على التوقيع الإلكتروني و ذلك لضمان أن يكون صاحب التوقيع منفردا به

سواء عند التوقيع أو استعماله بأي شكل من الأشكال.

و لضمان هذه السيطرة لابد من بقاء منظومة إحدات ذلك التوقيع سرا لا يطلع عليها أحد حتى لا يساء استعماله من قبل الغير سيما و أن التوقيع يترتب عليه آثار قانونية في حق الموقع و حق الغير .
و تتحقق من الناحية الفنية سيطرة و تحكم الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني المستخدم في تثبيت التوقيع الإلكتروني عن طريق حيازة الموقع لأداة حفظ المفتاح الشفري الخاص متضمنة البطاقة الذكية المؤمنة و الرقم السري المقترن بها مثلا .

أهم أشكال التوقيع الإلكتروني : نذكر بعض أهم أشكال التوقيع الإلكتروني :

1- التوقيع بالقلم الإلكتروني : من صور التوقيع الإلكتروني التي يمكن استخدامها في توثيق التصرفات القانونية الإلكترونية التوقيع باستخدام القلم الإلكتروني وهو عبارة عن قلم إلكتروني حسابي يمكن باستخدامه من الكتابة على شاشة الحاسب الآلي الخاص بالموقع .

2- التوقيع الإلكتروني البيومتري : يعتمد هذا النظام على الصفات المميزة للإنسان و خصائصه الطبيعية و السلوكية التي تختلف من شخص إلى آخر ، كبصمة الأصابع و بصمة شبكة العين و نبرة الصوت....

3- التوقيع الرقمي: هو أهمها و قد جاء التوقيع الرقمي من خلال فكرة الرموز السرية و المفاتيح المتماثلة و غير المتماثلة ، من حيث اعتماده على اللوغاريتمات و المعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية وبدأ استخدام هذا النوع من التشفير من البنوك في بطاقات الإئتمان وما يعاب عليه هو إمكانية قرصنتها .

ثانيا : التصديق الإلكتروني .

أثارت المعاملات الإلكترونية العديد من المشاكل القانونية التي تدور حول إثباتها ، ونتيجة لذلك ظهرت الحاجة إلى التأكد من صدور المعاملة الإلكترونية ممن تنسب إليه دون تعديل أو تحريف ، وهذا ما تقوم به في الوقت الحالي جهات متخصصة يطلق عليها تسمية جهات التصديق الإلكتروني و التي تمنح شهادة التصديق الإلكتروني .

وقد عرف المشرع الجزائري مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني من خلال المادة 02 الفقرة 12 من القانون 04-15 بأنه أي شخص طبيعي أو معنوي يقوم بمنح شهادات تصديق إلكتروني موصوفة و قد يقدم خدمات أخرى في مجال التصديق الإلكتروني.

الشروط الواجب توفرها في مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني :

اشترطت المادة 34 من القانون 04-15 مجموعة من الشروط يجب توافرها في مؤدي خدمة التصديق الإلكتروني هي :

- أن يكون خاضعا للقانون الجزائري للشخص المعنوي أو الجنسية الجزائرية للشخص الطبيعي.
- أن يتمتع بقدره مالية كافية.
- أن يتمتع بمؤهلات وخبرة ثابتة في ميدان تكنولوجيات الإعلام والاتصال.
- أن لا يكون قد سبق الحكم عليه في جناية أو جنحة تنافى مع نشاط تأدية خدمة التصديق الإلكتروني.

و شهادة التصديق الالكترونية هي عبارة عن سجل الكتروني صادر عن سلطة تصديق معتمدة تحتوي على معلومات خاصة بالشخص الذي يحملها ، و الجهة المصدرة و تاريخ صلاحيتها ، و أيضا المفتاح العام للشخص ، فهي بمثابة الهوية التي يصدرها شخص محايد لتعرف بالشخص الذي يحملها ، و تصادق على توقيعه الالكتروني خلال فترة معينة و كذا على المعاملات التي يجريها عبر الشبكات المفتوحة كالانترنت .

خاتمة :

أهم ما يميز العقود الإلكترونية هو تطورها بشكل متسارع، وهذا التطور لم تسايره معظم التشريعات العالمية وخصوصا التشريع الجزائري، حيث أن مجمل التعريفات التي سيقت في هذا المجال شهدت قصورا في إعطاء تعريف دقيق وشامل للعقد الإلكتروني، ناهيك عن حماية الأطراف المتعاقدة في هذا المجال لاسيما الاهتمام بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين..

مما سبق يتضح أن اعتماد العقود الإلكترونية ليس بالأمر الهين على الأقل في الوقت الحالي فالفراغ التشريعي من جهة ونقص ثقافة الاستهلاك الإلكتروني في المجتمع الجزائري جعل أمر رؤية واضحة وهكذا عقود أمر مستبعد على الأقل في المنظور القريب.

فالفقه لما ينص على أن: "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت"، فإنه قد حصر وسائل التعاقد الإلكترونية على الانترنت فقط مستبعدا العديد من الوسائل الأخرى التي بواسطتها يتم التعاقد إلكترونيا مثل التيلكس و الفاكس و المينيتل في فرنسا. وحتى التعاريف التي جاءت من أجل تدارك هذا النقص فكانت بدورها مشوبة بالنقصان حيث يرى جانب من الفقه أن العقد الإلكتروني هو: "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب و القابل"

فمن التعريف المذكور أعلاه يتضح أنه يعتبر عقدا إلكترونيا تلك العقود التي تتم بواسطة وسائل سمعية مرئية، إلا أن القول بهذا الرأي يستبعد الكثير من العقود التي قد تتم بواسطة وسائل أخرى غير سمعية مرئية كالتعاقد عبر البريد الإلكتروني.

ومن أجل تلافى كل هذه الإشكالات فإن بعض التشريعات اكتفت لإضفاء الصبغة الإلكترونية على العقد مجرد كونه يبرم بوسيلة إلكترونية ولو بصفة جزئية النص: "بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة "

وفي الأخير ينبغي التنويه إلى أن هناك بعض العقود لا يمكن إجراؤها عبر الانترنت وقد استثناهما الفقه الإسلامي من التعاقدات الإلكترونية، وذلك لطبيعتها الخاصة كعقد النكاح الذي يستوجب حضور الشهود، وعقد الصرف الذي يشترط فيه عدم وجود فارق زمني وإلا اعتبر ربا النسيئة (التأخير)، ولذلك فإنه لو تمت المقايضة عبر الانترنت وتم تحويل المبالغ محل العقد مباشرة دون أجل وهذا إجراء ممكن جداً مع تطور وسائل الدفع الإلكتروني فهذا جائز.

ومن أجل تدارك كل هذا وجب على المشرع الجزائري اعتماد مجموعة من الإجراءات منها :

- وضع قوانين كافية لاعتماد الوثيقة الإلكترونية والدفع الإلكتروني و التوقيع الكتروني وحماية الشبكات .
- التسريع بإنشاء هيئة تصديق وطنية طبقاً للقانون 15-04، لتوفير الرقابة الكافية على مزودي خدمات التوثيق .
- وضع قوانين خاصة بالأمن المعلوماتي لزيادة الثقة في تكنولوجيا المعلومات .
- إنشاء محكمة تحكيم الكتروني تختص في الفصل في قضايا المعلوماتية بصفة عامة و التعاقدات الإلكترونية بصفة خاصة.

- إنشاء هيئة مقومة وطنية للمصادقة على التوقيعات الالكترونية (تكون على مستوى عاصمة البلاد)، وهو ما تم مؤخرا لكن ليس لها وجود فعلي على الواقع.
- سن قانون موحد يشمل كل ما يتعلق بالمعاملات الالكترونية في بلادنا.

المراجع :

- معجم لسان العرب. كوم. www.LesAnarab.com
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، 2000، ص 39.
- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 52.
- الأستاذة مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر 2009، ص 23.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981، ص 230.
- د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد واثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص 18.
- Directive 97/7/CE of may 1997.
- قانون المعاملات الإلكترونية، رقم 85-2001، الجريدة الرسمية 4524 الصادرة ب 31-12-2001.

- د.محمد حسين منصور،المسؤولية الإلكترونية،دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،2003،ص 19.
- **Gatsi,la protection des consommateurs en matière de contrats a distance,dalloz affaires.n.42/1997**
- الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري،المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية 101،ص 1306.
- د.محمد حسين منصور،المسؤولية الإلكترونية،مرجع سابق،ص 21.
- د.محمد حسين منصور،المسؤولية الإلكترونية،مرجع سابق،ص 22.
- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975،المتضمن القانون المدني،المعدل والمتمم،الجريدة الرسمية رقم 78 الأستاذة مناني فراح،العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري،مرجع سابق،ص 46.
- المادة 26/12 من تقنين الاستهلاك الفرنسي.
- **www.vosdroits.service.public.fr** الموقع الرسمي للإدارة الفرنسية.
- القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني،الجريدة الرسمية رقم 44،المؤرخة في 20 جوان 2005.

- الأمر 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق ل26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية رقم 78، مؤرخة في 30 سبتمبر 1975.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002 .
- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق لأول فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، الجريدة الرسمية رقم 06، المؤرخة في 10 مارس 2015.
- القاضي، كمال العياري، التطور العلمي وقانون الإثبات، ورقة عمل مقدمة في الندوة العالمية حول الإثبات باستعمال وسائل المعلوماتية والتكنولوجية الحديثة، بالمركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، 6-8 يناير 2003، بيروت، لبنان .
- عبد الفتاح بيومي حجازي ، عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006
- قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، (CNUDCI) المعتمد يوم 5 جويلية 2001
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المعتمدة في 23 نوفمبر 2005
- د/ سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني معاناة قاض، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بيروت العربية، الجزء الأول، الجديد في التقنيات المصرفية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، طبعة 2004
- مجلة دولية محكمة تصدرها جامعة و / مولاي طاهر بسعيدة -الجزائر-