مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت

أ/ بن جديد فتحي
أستاذ مساعد معهد الحقوق
المركز الجامعي غليزان

الملخص:

حاولت في هذا البحث طرح الإشكال التالي:

بما أن العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت لا يحتاج للشكلية للإنعقاد، كما أن الكتابة الخطية في صورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة لإثباته، بل أصبح يعتد بالكتابة التي تكون على دعامة غير ورقية، ما دامت هذه الدعامة تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، ففي أي صنف يمكن إدخال هذه الكتابة الحديثة في الإثبات ؟

وما مدى الإعتراف بحجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في الإثبات وفقا للقواعد التقليدية المنظمة للإثبات؟

وإيجاد إجابة للمسائل التالية:

- **أولا**: مفهوم العقد الإلكتروني كتمهيد لا بد منه، ويشمل:

1- التعريف القانوني والفقهي للعقد الإلكتروني.

2- وضع تمييز معتبر بين العقد الإلكتروني وما يشابهه من عقود خاصة العقود الموجودة في البيئة الإلكترونية.

3- خصائص العقد الإلكتروني .

- **ثانيا**: دراسة تحليلية ومقارنة لمسألة إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت، من خلال شرح مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي الكتابة على الدعامة غير الورقية وتحديد شروطها وخصائصها الجديدة كليا عن الكتابة الورقية وكيفية حفظها، ثم دراسة ودورها في الإثبات بمعنى قيمتها القانونية كوسيلة لإثبات العقد، ومدى قوتها الثبوتية للتصرفات القانونية الإلكترونية (حجية المحرّر الإلكتروني)

وكذلك حالة التنازع بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق في الإثبات ووضع حل قانوني وهو مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق، لكن أي الكتابة نقصد الرسمية أم يكون التعادل على مستوى الكتابة العرفية فقط.

- **ثالثا**: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني من خلال تعريفه وذكر أنواعه وكيفية حدوثه، وخصائصه.

مع التطرق لأهم الشروط الواجب توفرها فيه كي تكون له القيمة القانونية كوسيلة إثبات، ولكي تعطى له نفس القوة القانونية الخاصة بالتوقيع التقليدي، (التعادل الوظيفي في الإثبات)

خاتمة: تضم إقتراحات لترقية العمل بالأنترنت في مجال التعاقد الإلكتروني.

ملاحظة: حاولت في هذا البحث الإلتزام بشروط قواعد النشر المعلن عنها في الدورية

مقدمة:

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجود واقعة قانونية متنازع فيها بين الخصوم، وذلك بالطرق التي حددها القانون وإثبات العقود الإلكترونية لا يختلف كثيرا عن إثبات العقود التقليدية، حيث تبقى نفس أدلة الإثبات المعتمدة في القانون مطبقة على العقود الإلكترونية.

وبالقضاء على مادية العقود وزوال الكتابة التقليدية في التصرفات الإلكترونية الحديثة، أدّى إلى بروز مشاكل خاصة عندما يطلب القضاء تقديم دليل للإثبات، وبما أن العقد أبرم عبر الانترنت فلا وجود لدليل مكتوب.

كما أن الكتابة الخطية في صورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات، بل أصبح يعتد بالكتابة التي تكون على دعامة غير ورقية، ما دامت هذه الدعامة تسمح بحفظ الكتابة وقراءتها، وهذا ما كرسه المشرع الجزائري من خلال تعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني بقانون 10/05 مع العلم أن إبرام العقد الإلكتروني ليس بالضرورة يحتاج للكتابة إلاّ في حالة العقود الشكلية بطبيعة الحال (المادة 324 مكرر واحد وما يليها كمثال)[1].

[1] إذا كانت الشريعة الإسلامية أكدت على أهمية الكتابة في تدوين المعاملات، فإن القوانين الحديثة جعلتها من جهة أداة إثبات أساسية في العقود ومن جهة أخرى ركنا من أركان العقد، وهنا لابد من التمييز بين الكتابة التي تكون كوسيلة للإثبات والكتابة التي تعتبر شرطا للانعقاد فقد نصت المادة 324 مكرر1 على أنه"زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فإن العقود التي تتضمن نقل العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها. أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي.."فهذه المجالات المذكورة تفرض الكتابة للإنعقاد.

وحتى ولو كان القانون التجاري يقوم على حرية الإثبات المادة 30(ق.ت.ج) ففي أي صنف يمكن إدخال هذه الكتابة الحديثة في الإثبات ؟

فهي ليست نسخة لأصل غير موجود كما نصت عليه المادة 326 من (ق.م.ج)، وليست بداية الإثبات بالكتابة الذي يشترط فيه المشرع أن تكون الإستحالة تتعلق بطلب الدليل الكتابي وليس بتقديم مع فقدِ الدائن لسنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته، مع كون الحصول على الدليل فيه مشقة[1].

الأمر نفسه كذلك بالنسبة للتوقيع في مواد الإثبات، فقد ظلت فكرة التوقيع التقليدي منذ اعتمادها في أواسط القرن السادس عشر الميلادي، تعتبر وسيلة لتصديق وإقرار المعلومات التي تتضمنها المحررّات، وبقيت قائمة إلى أن ظهر هذا التحول الملموس في المعاملات المالية من الواقع المادي إلى الواقع الإلكتروني، وظهر أيضا توقيع يواكب ما أستجدى على المعاملات المالية من تطور، سمى بالتوقيع في الشكل الإلكتروني[2].

وهنا يطرح السؤال عن ما مدى الإعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وفقا للقواعد التقليدية المنظمة للإثبات؟

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني:

إن النتيجة الغالبة على عملية الترويج والإشهار للسلع والمنتجات والخدمات عبر الأنترنت، أو بصفة عامة التجارة الإلكترونية هي التعاقد الإلكتروني، الذي يعتبر بحق القلب النابض للتجارة الإلكترونية [3].

وإن استمدت أركانها من القواعد العامة إلاّ أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها، على نحو يضفي عليها الكثير من الخصوصية، باعتبار أن هذه العقود تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد وذات طابع دولي[4]

ولفهم العقد الإلكتروني، لابد من دراسة العناصر التقليدية الثلاثة في أي دراسة وهي التعريف والتمييز عمّا يشابهه من نظم وعقود، قد توجد في البيئة الإلكترونية وكذا دراسة

---

[1] المادة 336(ق.م.ج).

[2] التوقيع في الشكل الإلكتروني هو المصطلح الصحيح، لانه غير شكله ولم يغير طبيعته وآثاره القانونية وإن كنت سأستعمل مصطلح التوقيع الإلكتروني لتسهيل العبارة.

[3] bochurberg lionel «internet et commerce electronique ». delmas. 2édition .2001.p121.

[4] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد (التعاقد عبر الانترنت)، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2005 ص40.

خصائصه التي تميّزه، مع التركيز حول العنصر الإلكتروني، في هذا العقد ومن ثم دراسة الطريقة والوسيلة التي ينعقد بها .

المطلب الأوّل: تعريف العقد الإلكتروني:

في البداية أشير إلى أن العقد الإلكتروني لا يوجد له تعريف محدد سواء في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية[1] أو في التوجيه الأوروبي[2] أو في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية للأمم المتحدة[3]، وهذا في ظل غياب تعريف له في القانون الجزائري أيضا، بل وغياب الأحكام الخاصة التي تنظم العقد الإلكتروني عامة.

الفرع الأوّل: التعريف القانوني:

البند الأوّل: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة وفي الوثائق الأوربية:

لم ينص القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية على تعريف واضح للتعاقد الإلكتروني، لكنه أتى على تعريف مصطلح شبيه بالعقد وهو رسالة البيانات حيث جاء في المادة الثانية منه« رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل

---

[1] العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين والذي تم إعتماده من غرفة التجارة والصناعة الفرنسية في 1998/4/30 واعتمد أيضا من اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في1998/5/4 وتمت صياغته وفقا لأحكام القانون الفرنسي الصادر في 1978/1/6 والخاص بالمعلوماتية والحريات.

[2] التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد والمعتمد من البرلمان والمجلس الأوروبي في1997/5/20، والذي يضع الحد الأدنى الإلزامي للدول الأوروبية في مجال حماية المستهلكين.

[3] صدر القانون في 1996/6/12 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

«uncitral :the united nations commission on international trade law»

أو بالفرنسية «cnudci:la commission des nations unies pour le droit commercial international»

وتم إقراره بناء على توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم162/51في1996/12/16،يتكون هذا القانون من 17مادة قابلة للزيادة في المستقبل وهذه المواد مقسمة إلى بابين،الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1إلى10أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين16،17 منه،ويلحق هذاالقانون ملحق داخلي يوجه خطاباً للدول الأعضاء لكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقوانين وأخرى مكملة لا تطبق على المستخدمين إلاّ في حالة عدم وجود إتفاق يخالفها وتكمن مزاياه في توجيه القواعد القانونية المعمول بها في التجارة الإلكترونية، **ينظر** الموقع : www.uncitral.org

البيانات إلكترونيا أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي»[1] كذلك عرّف تبادل المعلومات الإلكترونية (l'échange des données informatisées) بـ «نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات»[2]، الملاحظ أن التطور التكنولوجي الحالي قد تعدّ تبادل البيانات الإلكترونية بين الحواسيب فقط إلى نقل وتبادل البيانات بين الحاسب والهاتف النقال أو بين الهواتف النقالة فيما بينها خاصة تلك التي تتوفر على خدمة الويب،وهذا مالم يأخذه بعين الاعتبار هذا التعريف.

أما في أوروبا فقد صدر عن البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 07/97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين نص في المادة 02 منه على تعريف التعاقد عن بعد بأنه «كل عقد يتعلق بالبضائع أوالخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظّمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه»[3].

وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها «كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه».

لا جدال في أن العقد الإلكتروني يتم عن بعد ، و هو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بعد وبالتالي تنطبق عليه، قواعد التوجيه الأوروبي، مع الاحتفاظ بخاصيته الإلكترونية لكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه حصر مجال العقد الإلكتروني بين الموردين أي المحترفين من جهة والمستهلكين من جهة أخرى دون باقي العقود الإلكترونية الأخرى كالتي تتم بين الموردين فيما بينهم أو بين المستهلكين والحكومة وغيرها من الأنواع الأخرى.

كما أنه من جهة أخرى وسّع من مجال التعاقد ليشمل أي وسيلة إلكترونية تستعمل في التعاقد عن بعد ، ولاشك أن إبرام العقد الإلكتروني عبر الانترنت يدخل ضمن هذا التعريف.

---

[1] المادة 1/2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة أونسترال حول التجارة الإلكترونية.

[2] المادة 2/2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة أونسترال حول التجارة الإلكترونية

[3] «contrat à distance tout contrat concernent des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur, qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle même » la directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance .n°97-07 ce du 20 mai 1997 jo ce 4/6/1997.n°l144, p19.

البند الثاني: التعريف الوارد في التشريع العربي:

لقد أتى على تعريف العقد الإلكتروني في القوانين العربية، كلّ من المشرّع الأردني والإماراتي وخالفهم في ذلك التشريع التونسي.

أولا: التشريع الأردني:

عرّف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[1]، العقد الإلكتروني على أنّه«الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليا أو جزئيا »[2]،وهذا بحسب نوعه فقد يكون إلكترونيا إبراما وتنفيذا كما هو الحال في عقود الحصول على المعلومات والبرامج، وقد يكون إلكترونيا من حيث الإنعقاد دون التنفيذ، الذي يتم خارج الشبكة الدولية مثل عقد بيع المنتجات المادية والتي يتم تسلمها بالطرق العادية [3].

أضافت نفس المادة من قانون المعاملات الالكترونية الأردني تعريفا خاصا بالمعاملات بأنها «إجراء أو مجموعة من الإجراءات يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية، بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أيّ دائرة حكومية ».

ثانيا: التشريع الإماراتي:

جاء في تشريع إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية[4]، تعريف المعاملات الإلكترونية بأنها« أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي

---

[1] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم85 الصادر في 2001/12/31،هذا القانون مستند إلى قانون أونسيترال، ويتكون من 41 مادة موزعة على سبعة فصول المادة الاولى والثانية مخصصة لتعريف بعض المصطلحات والمفاهيم القانونية،الفصل الأول بعنوان أحكام عامة من المادة3إلى6،الفصل الثاني تحت عنوان السجل والعقد والرسالة والتوقيع الإلكتروني ويضم المواد من7إلى18

[2] المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونيةالأردني، المرجع نفسه، كما أن هذا القانون عرف مصطلح إلكتروني بأنه « تقنية إستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهه في تبادل المعلومات وتخزينها »

[3] lamy « droit de l'informatique »,no 5238,p,1488.

[4] أصدرت إمارة دبي قانون خاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم2 الصادر في 2002/2/12، ويضم39 مقسمة إلى ثمانية فصول،نجد في الفصل الأول ستة مواد مخصصة لتعريف بعض المفاهيم القانونية ولتحديد أهداف هذا القانون ومجال تطبيقه وكذا الإستثناءات من تطبيقه أما الفصل الثاني من المادة7إلى12تضم المتطلبات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، وجاء في الفصل الثالث تنظيم إبرام العقود وصحتها من المادة13إلى18

بواسطة المراسلات الإلكترونية»[1] والمراسلات الإلكترونية هي«إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية» وتتمثل الرسائل الإلكترونية في« معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها في مكان المستلمة فيه» .

و ما يلاحظ على كلا القانونين الأردني والإماراتي، أنهما اعتبرا مجرد استعمال وسيلة إلكترونية في أيّ مرحلة من مراحل التعاقد سواء كليا أو جزئيا دون بقية مراحل التعاقد الأخرى كافيا لإضفاء الصفة الإلكترونية على العقد وهذا ما يجعل مفهوم العقد الإلكتروني، يتوافق مع مفهوم رسالة البيانات المنصوص عليها في قانون أونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث اعترفت أنه يكفي فقط إرسال أو إنشاء أو إستلام أو تخزين المعلومات بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو ما شابهها كي تسمى برسالة البيانات .

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني:

يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه «عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة وينعقد بمبادرة من البائع دون حضور مادي متعاصر لطرفي العقد ،وباستخدام تقنية الاتصال عن بعد من أجل عرض المنتج من البائع وأمر الشراء من المشتري»[2] ، هذا التعريف يضع عقد البيع عبر الأنترنت ضمن العقود التي تتم عن بعد كالتعاقد عن طريق التليفزيون أو الهاتف[3].

وهناك من يعرف العقد الإلكتروني بأنه « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل[4]بين الموجب والقابل »[5]

---

(1) المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي، المرجع نفسه.

(2) د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص52.

(3) **الهاتف** هو جهاز يستخدم لنقل المكالمات بين شخصين أحدهما المرسل والأخر المستقبل،وذلك عن طريق تحويل الذبذبات إلى موجات مغناطيسية تمر عبر أسلاك لتصل إلى المستقبل بعد أن تتحول إلى ذبذبات صوتية، والهاتف سواء كان سلكيا أو خلويا أو عاديا أو مرئيّاً يعتبر أفضل وسيلة لنقل صوت المتحدث بدقة والتعاقد عبر الهاتف هو تعاقد بين حاضرين،لا يوجد فاصل زمني بينهما. **ينظر أ/** بشار محمود دويدين(الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت)،دار الثقافة الاردن،طبعة 2006،ص49.

(4) **التفاعل** هو «إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة للرؤية»،د/أسامة أبو الحسن مجاهد،المرجع السابق،ص39.

(5) «une convention par laquelle une offre et une acceptation rencontrent sur une réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audiovisuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant ».beaure d'augères, pierre breese et stéphanie thuilier «paiement numérique sur internet, état de l'art, aspects juridiques»,thomson publishing,1997,p76.

المشار إليه من طرف د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص39

من هذا التعريف نجد أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن أي عقد آخر، فأطرافه بائعون أو مقدمو خدمات محترفون، كما قد يكون أطرافه بين مستهلكين أو بين محترفين، أمّا عن محل العقد فيجوز أن يرد على المنتجات أو الخدمات ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف السابق أنه إشترط وسيلة مسموعة ومرئية(audio-visuel)، لكي يعتبر العقد إلكترونيا وهذا غير صحيح، حيث يمكن إبرام العقد الإلكتروني، بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون التعبير فيه عن الإرادة بواسطة الكتابة أو التعاقد عبر خدمة الويب أوغيرها من الخدمات الأخرى التي لا تجمع بين عنصري السماع والرؤية، وهذا ما أكده قانون أنسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية في تعريفه لرسالة البيانات.

قد أورد الفقه عدة تعريفات أخرى للعقد الإلكتروني، أبرزها تلك التي اعتمدت في تعريفه على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن « العقد الإلكتروني، هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت»[1] ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف أنه قصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس، إضافة إلى المنيتيل (minitel) في فرنسا [2].

كذلك من الفقهاء من يعتبر العقد إلكترونيا، بمجرد أن يبرم ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية «العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا أصالة أو نيابة»[3] و هذا ما أخذ به المشرع الإماراتي والأردني ومن التعاريف ما يشمل جميع الوسائل الإلكترونية، ولكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا، أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية، حتى إتمامه معتبرا أنه « كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد»[4].

ويظل أفضل تعريف في نظري هو ذلك التعريف الشامل المحدد لمفهوم عقد البيع الإلكتروني، فيشمل إستعمال أي خدمة إلكترونية تقدمها شبكة الأنترنت سواء عند إبرام

---

(1) د/ محمد حسين منصور، (المسؤولية الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط.2003، ص18.

(2) لاكتشاف جهاز المنيتيل minitel والتعرف عليه أكثر ينظر فرانسيس بال وجرار إيميري(وسائط الإعلام الجديدة)، ترجمة فريد أنطونيوس دار عويدات.بيروت لبنان، ص62 وما بعدها.

(3) أ/ أحمد خالد العجلوني (التعاقد عبر الانترنت)، الدار العلمية الدولية الاردن.ط.2002، ص123.

(4) د/عبد الفتاح بيومي حجازي(النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية)، دار الفكر الجامعي، مصر، ط2002 ص17.

العقد أو تنفيذه أو كلاهما وسواء كان ذلك كليا أو جزئيا، بمعنى آخر التعريف الذي يبقي على خصوصيته، والمتمثلة بصفة أساسية في طريقة إنعقاده عن طريق شبكة الأنترنت، و عدم إغفال الطابع الإلكتروني اللامادي له مع التأكيد على إعتباره من العقود التي تبرم عن بعد.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود:

لتوضيح العقد الإلكتروني أكثر لا يكفي مجرّد تعريفه، بل علينا أيضا البحث عن أهم المميزات التي يختلف بها عن غيره من العقود والتي قد تتشابه معه خاصة تلك العقود التي تنتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، فهو يشترك معها في هذه الميزة، هذا من ناحية، أما من ناحية أخرى، فإن العقد الإلكتروني ليس هو العقد الوحيد الذي يظهر لنا بمناسبة التعاقد عبر الانترنت، أو في البيئة الإلكترونية بصفة عامة، بل هناك عقود أخرى ملازمة له في نفس البيئة.

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود بالنظر إلى طريقة التعاقد وعن غيره من العقود عن بعد:

البند الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد البيع التقليدي:

جاء تعريف عقد البيع في المادة 51 من (ق.م.ج) بأنّه «عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقا ماليا آخر في مقابل ثمن نقدي »[1]

وعرفه القانون المدني الفرنسي بأنّه «عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه »[2]

ويمتاز هذا العقد أنه من العقود التبادلية وهو رضائي، ناقل للملكية ومن عقود المعاوضة[3] وفيه يكون كلا المتعاقدين حاضرا في مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادة.

ومن الواضح أن العقد الإلكتروني ليس عقد بيع تقليدي فهذا الأخير يتسّم بصفة رئيسية وهي المواجهة بين المتعاقدين الحاضرين في مجلس العقد، أما العقد الإلكتروني فيقوم بين

---

(1) أمر 58/75 المؤرخ في 1975/9/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم.

(2) l'article n°1582«la vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer »

(3) د/ عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني)، ج4، دار النهضة العربية، ط2.ص25.

طرفين بعيدين منفصلين عن بعضهما ويلتقيان بواسطة جهاز إلكتروني، وإن كانت وسيلة الإتصال فورية وحديثة [1]

إضافة إلى الخصوصية الإلكترونية التي تميزه عن البيع التقليدي، مع الإشارة إلى أن عقد البيع التقليدي تعطى له الصفة الإلكترونية لو كان في أحد مراحله إلكترونياً[2]

البند الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيع عن بعد:

عقد البيع عن بعد(contrat de vente à distance) هو عقد يتم بين غائبين ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلس واحد، فهو عقد يتميز بعدم الحضور المادي المتعاصر للمتعاقدين، و ينتقل فيه الإيجاب عن بعد بوسائل مختلفة مثل إرسال كاتالوج أو بالتليفون أو عن طريق التلفزيون أو بوسيلة إتصال مرئية(vidéotex) أو مسموعة (audiotex)، ونفس الشيء بالنسبة للمشتري[3].

وقد عرفه التوجيه الأوروبي رقم97/07 الصادر عن البرلمان الأوروبي عليه بأنه« عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة ينعقد بمبادرة من المحترف دون حضور مادي متعاصر للمحترف والمستهلك، وباستخدام تقنية للاتصال عن بعد، من أجل نقل عرض المحترف وأمر الشراء من المستهلك »[4]

كما جاء قانون حماية المستهلك الفرنسي يعرف عملية البيع عن بعد بأنه «كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد»[5].

---

[1] **ينظر إلى كلا من**: د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص48. **أ/** بشار محمود دودين، المرجع السابق، 67.

[2] lamy « droit de l'informatique »,no 5238,p,1488.

[3] **ينظر إلى كلا من**: د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص49.

د/ بودالي محمد، أطروحة دكتوراه(الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر)، ج1، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2003/2002، ص 132

[4] «contrat concernant un produit ou un service, conclu après sollicitation du fournisseur, sans présence physique simultanée du fournisseur et du consommateur et en utilisant une technique de communication à distance pour la transmission de la sollicitation de contractes et de la commande»directive n°97/07 ce du 20/5/1997.jo ce 4/6/1997.n°1-44.p19.

[5] l'article l121-16du code de la consommation stipule que les disposition de la présente section s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue ,sans la présence physique .simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat ,utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance » ,www.journal-officiel.fr.□

ومما يستوجب الملاحظة أن عقد البيع المبرم عبر الأنترنت هو نوع خاص من العقود المبرمة عن بعد والتي تتم ما بين غائبين، وفي نفس الوقت تستخدم أحدث وسائل الإتصال الفورية الحديثة.

أبرز صور التعاقد عن بعد، عقد البيع بالتلفزيون[1] المنظم في فرنسا بقانون88/21 المؤرخ في1988/01/06، والذي تم إدراج أحكامه ضمن قانون حماية الاستهلاك بالمواد من 16- 121 إلى 20- 121 L يعرف بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتج بواسطة التليفون أو المنيتيل المعروضة على وسائل الإتصال السمعية المرئية[2] وما يميزه عن العقد المبرم عبر الأنترنت أنه يبث عبر الإذاعة المسموعة والمرئية(التلفزة) فهو إعلام وقتي يزول سريعا، ولا يستمر إلاّ مدة البث، أما الأنترنت فالإعلام فيها مستمر بدون إنقطاع، إضافة إلى لجوء طالب التعاقد عبر التلفاز إلى الإتصال بالبائع من أجل مزيد من التفاصيل حول الشيء المبيع، وقد تكفلت مواقع الأنترنت بهذا الأمر في حالة البيع عبرها بحيث يجد المشتري كل التفاصيل الدقيقة للشيء المبيع.

إضافة إلى أن عقد البيع عبر التلفزيون فيه عنصر البث من طرف واحد ولا توجد فيه إمكانية للتجاوب من الطرف الآخر، على عكس عقد البيع عبر الأنترنت الذي يمتاز بميزة التفاعلية بين طرفيه[3].

كذلك من صور التعاقد عن بعد التعاقد عن طريق الهاتف الذي يشبه العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الأنترنت في أن كلاهما تعاقد فوري ومباشر ليس لعامل الزمن فيه إعتبار، إلاّ أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد شفوي يحتاج إلى تأكيد كتابي يرسله الطرف الآخر، أما

---

(1) ظهر البيع عن طريق التلفزيون في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1978 بمناسبة بيوع المزادات المبرمجة على محطة الراديو المحلي بولاية فلوريدا، ثم ظهر نظام الكابل وأصدر المشرع الأمريكي قانون الكابل التلفيزيوني للمنافسة وحماية المستهلك 1992ثم إنتقلت هذه التجربة إلى كندا وأروبا ثم فرنسا عام1987 وسمي ب(le télé-achat) والعقدإيجاب موجه للجمهور.ينظر:د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، ط2006، ص68. أ/محمد حسن رفاعي العطار(البيع عبر شبكة الانترنت)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط2007

(2) د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص68.

(3) **ينظر إلى كلا من** د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص40. أ/ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص68.

التعاقد عبر الأنترنت لا يحتاج الموجب فيه إلى الكتابة لأن التعبير عن إرادة الطرف القابل يكون من خلال الضغط على زر خاص بالموافقة، أو طباعة الرسالة الإلكترونية الموجودة عبر موقع البائع أو المرسلة إلى البريد الإلكتروني الخاص بالمشتري.

البند الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد البيع في الموطن:

أو ما يسمى بالسعي لإبرام العقود(démarchage)،و الذي يتمثل في دعوة من الجانب المهني لمقابلة المستهلك، من أجل أن يقترح عليه بيع أو إيجار شيء أو تقديم خدمة له، و يكون ذلك إما بتنقل التاجر إلى موطن المستهلك في مسكنه أو أن ينتقل المستهلك لمقابلة التاجر في مكان ليس مخصصا للتجارة ويظهر التقارب بين عقد البيع الإلكتروني والسعي لإبرام العقود، إذا تم هذا الأخير بواسطة التليفون، فنكون أمام إيجاب موجه لشخص معين، ويكون هذا الاتصال بمبادرة من البائع، في حين أن الاتصال يكون بمبادرة من المشتري (العميل) في حالة عقد البيع الإلكتروني[1].

كذلك يختلف العقد الإلكتروني عن السعي لإبرام العقد، كون هذا الأخير يتميز بحضور مادي معاصر للمحترف والمستهلك[2].

وهذا عكس التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، فإن صفة التفاعلية في هذه الشبكة تسمح بحضور إفتراضي معاصر (présence virtuelle simultanée) كما تسمح صفة التفاعلية، بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، مثل الحصول على المعلومات أو برنامج الكمبيوتر[3].

خلاصة هذا التمييز أنه إذا كانت الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بعد تطبق على عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، إلاّ أنّه يظلّ يخضع لأحكام خاصة به، وهذا نظرا للخصوصية التي تميزه، خاصة حين نعلم أن البعد المكاني بين الموجب والقابل، يظل واقعا مؤثرا لا يجوز إنكاره، خاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد وكذا ضمان العيوب الخفية.

---

[1] أ/ محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق،ص49.

[2] د/ أسامة أحمد بدر، (حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني)، دراسة مقارنة ن، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2005ص100.

[3] د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص53.

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية:

المقصود بالعقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية، تلك العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم الخدمات والمستفيدين منها.

وسأشير إلى بعض هذه العقود القريبة من العقد الإلكتروني والتي ترتبط به أو اللازمة لوجوده في الغالب.

البند الأول: عقد الدخول إلى الشبكة Le contrat d'accès au réseau:

يطلق عليه أيضا عقد الاشتراك في الانترنت، وهو العقد التي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل، الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة مقابل سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك [1].

وبناء عليه فإن العميل يلتزم في عقد الدخول إلى الانترنت بالتزام رئيسي هو سداد مبلغ معين وذلك في مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدم على شبكة الأنترنت وهذا الالتزام الأخير أي إلتزام المورد هو إلتزام بتحقيق نتيجة[2].

البند الثاني : عقد الإيجار المعلوماتي:

ويطلق عليه أيضا عقد الإيواء (contrat d'hébergement)[3] وهو عقد من عقود تقديم الخدمات، يتمثل موضوعه في التزام مقدم خدمة الانترنت، بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية في تحقيق مصالحه، ويتمثل ذلك غالبا في إتاحة انتفاع الشخص بمساحة على القرص الصلب (espace disque dur) بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين[4].

---

[1] د/ محمد حسين منصور، (المسؤولية الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، ط.2003، ص26.

- Le tourneau (ph) «contrat informatique et électronique ».dalloz.2éd. 2002. p151.

[2] Marino loure « les clauses abusives dans les contrats d'accès à l'internet ».Revue lamy droit civil .n°21.2005.p.55.

[3] د/محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص27.

[4] د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص59.

أو أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، فيخصّص له حيزا على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الانترنت حيث يتمكن من التعامل بموقعه الإلكتروني، من خلال هذا الجهاز[1].

يتضح من هذا أن عقد الإيجار المعلوماتي أقرب في طبيعته القانونية إلى عقد إيجار الأشياء من عقد البيع، حيث يتمثل في أن يتيح مقدم الخدمة لعميله الانتفاع بأجهزته، مع احتفاظه بملكيتها، ويتنازل له عن حيازته لبعض الإمكانات التي توفرها الأجهزة .

فيستتبع ذلك نقل المسؤولية عن سوء الاستعمال على عاتق المشترك، وتثور المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة، في حالة عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أو تقديمها بصورة ناقصة أو معيبة.

ولا يكون مسؤولا عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك أو الأضرار التي يسّببها للغير ما لم يثبت مقدم الخدمة، قد شارك في ذلك أو كان على علم به، أو لم يتخل عن حيازته لإمكانات أجهزته [2]

البند الثالث: عقد إنشاء المتجر الافتراضي La réalisation de la boutique virtuelle:

ويطلق عليه أيضا عقد المشاركة(le contrat de participation)، وهو العقد المبرم بين المشترك (التاجر) ومقدم خدمة الإشتراك في الأنترنت، أو بين المشترك وصاحب المركز التجاري الإفتراضي على الشبكة، بحيث يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز التجاري بتخصيص موقع على الشبكة، ويضم المركز التجاري عدة مشاركين تحت عنوان معين في مكان واحد[3].

كما يلتزم المشارك بدفع المقابل المالي، ويتضمن هذا العقد عادة بعض الأحكام التي تنظمه مثل تحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصّل للمنتجات والسلع والخدمات المعروضة، كذلك تحديد اللغة التي يتم العرض بها، وتحديد كذلك الأسعار

---

[1] **متعهد الإيواء** هو شخص طبيعي أو معنوي يسمح بالوصول إلى الموقع من خلال شبكة الأنترنت،وغالبا ما يكون شركة تجارية أو أحد أشخاص القانون العام كالجامعات والمؤسسات العامة بغرض إيواء صفحات الويب على حاسباته الخاصة ويتم ذلك مقابل أجر من خلال عقد إيجار،ينظر **د/عبد الفتاح بيومي حجازي**(النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية)دار الفكر الجامعي، مصر،ط 2002 ص81 وما يليها.

[2] د/محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص28.

[3] gostes(l) «transactions en ligne, paiement électroniques »,lamy droit de l'informatique n°97 .novembre.1997.p5

المشار إليه من قبل د/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص62.

بوضوح، مع بيان الضرائب ونفقات الشحن، مواعد التسليم، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية وتنظيم إبرام العقود مع الأفراد وطرق الوفاء وغيرها[1].

المطلب الثالث: خصائص العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت[2]:

بما أننا قد حصرنا وسيلة التعاقد الالكتروني في الأنترنت، فسوف نركز على أهم الخصائص التي تقدمها هذه الوسيلة للعقد الالكتروني، فإضافة إلى أن العقد مبرم بوسيلة إلكترونية، وهو من العقود المبرمة عن بعد، وذو طابع دولي وتجاري، نجد أن الإيجاب القائم عليه العقد يتّسم غالبا بالعمومية فهو موجه للجمهور كافة كما أنه يخضع لقواعد ووسائل إثبات خاصة منها الوثائق الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، وسآتي على شرحها في حينها.

الفرع الأول: العقد الالكتروني هو عقد مبرم بوسيلة الكترونية:

الخاصية الإلكترونية[3] هي أهم الخصائص التي تميّز العقد الإلكتروني عن باقي العقود والتي سبق وأن أشرنا إليها، خاصة عقد البيع التقليدي الذي يختلف عنه في إستعماله لوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد وتنفيذه أو في أحد مراحل العقد.

وشبكة الأنترنت هي واحدة من عدة أنواع من الوسائل الالكترونية التي يتم التعاقد بها، لكنها هي الغالبة على التعاقد الإلكتروني، فقد سبق الإشارة إلى أن قانون أونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية، قد أشار في تعريفه لرسالة البيانات إلى ذكر عدّة وسائل وجعلها على سبيل المثال لا الحصر كالبرق أو التلكس أو النسخ البرقي (الفاكس) أو غيرها[4]

مع هذا تفوقت شبكة الأنترنت على باقي الوسائل الأخرى في التعاقد، وتفوقت خدمة شبكة المواقع WEB، على باقي الخدمات المعروضة عبر شبكة الانترنت، فأصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لها، وهذا راجع لمميزاتها التي تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه[5].

---

[1] د/ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص31.

[2] أذكر هنا أن المقصود بالعقد الالكتروني في هذا البحث هو فقط عقد البيع المبرم عن طريق الانترنت.

[3] **إلكتروني**« هو ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك» المادة الثانية من قانون2002/2 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق.

أو هو« تقنية استخدام وسائل كهروبائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها» المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الإردني رقم2001/85، المرجع السابق.

[4] **ينظر** المادة الثانية من قانون 162/51 الخاص بالتجارة الإلكترونية

[5] أ/ بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص75.

وأشير هنا إلى أنه يتم استخدام عدة وسائل إلكترونية في التعاقد الالكتروني عبر الأنترنت أهمها:

أولا: جهاز الكمبيوتر:

وهو أوسع الأجهزة انتشاراً واستخداماً في التعاقد عبر الانترنت وجهاز الكمبيوتر هو« جهاز الكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين وله القدرة على التعامل مع عدد هائل من البيانات وكذلك تخزينها واستخراجها عند الحاجة إليها».

وجهاز الكمبيوتر سواء كان الثابت أو المحمول، فكلاهما يستخدمان في عملية الاتصال بالانترنت، وسواء أيضا باستعمال خطوط الهاتف التقليدي، أو الشبكات المحلية اللاسلكية [1].

ثانيا: التجهيزات الذكية: Intelligent Equipements

وهي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول إلى الانترنت، وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وتنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، إذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية الكترونيا، عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء الكترونيا إلى أحد المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنت، فتتم العملية دون تدخل بشري، وهذا ما يطلق عليه إسم المعاملات الالكترونية المؤتمتة.

ثالثا: الهاتف المحمول:

ويسمى كذلك الهاتف النقال أو الهاتف الخلوي[2]، الذي بإمكانه الدخول إلى شبكة الأنترنت وتسمى هذه الخدمة بخدمة(wap)، حيث تمكن من إبرام العقود والتجارة الالكترونية الخلوية بصفة عامة، ويرمزلها ب(M-commerce)[3]

---

[1] د/شامل زكريا(التجوال اللاسلكي في الأنترنت)، مقال منشور في مجلة العربي، وزارة الإعلام، الكويت، العدد 550، لسنة 2004، ص156 وما بعدها.

[2] للإطلاع على نشأة الهاتف النقال **ينظر** د/حسن عماد مكاوي، (تكنولوجيا الاتصال الحديثة في عصر المعلومات)، الدار المصرية اللبنانية، ط 2003، ص222 وما بعدها.

[3] أ/يونس عرب(البنوك والتجارة والمعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبأ بانطلاق عصرمابعد المعلومات) يوم2005/12/11، www.arablaw.org

ولا من الإشارة إلى حلول وسائل الدفع الإلكتروني في العقد الإلكتروني محل الوسائل التقليدية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وإزدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب حديث لدفع الثمن.

ومن هذه الوسائل الإلكترونية البطاقات المصرفية الإلكترونية والأوراق التجارية الإلكترونية والنقود الإلكترونية بنوعيها النقود الرقمية والمحفظة الإلكترونية، إضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة مثل عمليات التحويل الإلكتروني للأموال والوسيط الإلكتروني.

الفرع الثاني: العقد الالكتروني هو عقد مبرم عن بعد:

من خصائص العقد الالكتروني، كذلك أنه من العقود المبرمة عن بعد، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويقصد بالعقد المبرم عن بعد في القانون الفرنسي « العقد الذي يبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد»[1]

فالسمة الأساسية لهذا العقد تتمثل في :

– **أولا** :عدم الحضور المادي المتعاصر لإطرافه، في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه، في لحظة التقاء أرادتيهما .

– **ثانيا**: إن إبرام هذا العقد يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، بما فيها الانترنت.

واعتبار العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد، يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة، التي لا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، وإن كانت هذه الأخيرة تسمح بضمان بعض المسائل القانونية وأهمها:

1- باستطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد، والتحقق من مكان إبرام العقد.

2- التحقق من تلاقي الإرادتين، إذا تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما، فيتعبه القبول من الطرف الآخر .

3- الإعداد المسبق لأدلة الاثبات مع التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات المقدمة.

4- توقيع المتعاقدين[2]

---

[1] L'article L121-16du code de la consommation.

[2] أ/أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص41.

والعقد المبرم عبر الأنترنت يمتاز بصفة التفاعلية ما بين أطرافه وإن لم يكونوا حاضرين في مجلس عقد فعلي، إلاّ أنه يعتبر مجلس عقد حكميّ إفتراضي، ما دام أن هناك حضور مادي متعاصر لطرفي العقد وهذا ما يميزه عن بقية العقود المبرمة عن بعد.

الفرع الثالث:العقد الالكتروني ذو طابع دولي وتجاري:

يتميز عقد البيع الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي، حيث تبرم أغلب العقود بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة مما يثير التساؤل حول القانون الواجب التطبيق وكذا القضاء المختص.

ولتحديد متى تكون الصفة الدولية للعقد قائمة نحتاج لتطبيق إحدى المعيارين الشخصي والموضوعي، فالأول به يعتبر العقد دوليا في حالة إختلاف جنسية المتعاقدين أو إختلاف مركز أعمالهم أو محل إقامتهم، وبه يعدّ البيع دوليا ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة.

أما المعيار الموضوعي فيقتضي توفر إحدى ثلاثة مسائل وهي صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين أو وقوع البيع على سلعة تحتاج للنقل من دولة إلى أخرى، أو تسليمها في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب أو القبول.

لكن لا بد من التذكير أنه ليس دائما يقع العقد بين طرفين مختلفي الجنسية أو مختلفي مراكز العمل أو يقيمان أو يصدر الإيجاب والقبول من دولتين مختلفتين، أو أن يكون محل العقد بحاجة للنقل عبر الحدود، فقد يتعاقد طرفان محليان عبر الأنترنت، وتكون كل عناصر العقد السالفة الذكر وطنية، إلاّ أن وسيلة التعاقد هي شبكة الأنترنت.

إضافة إلى إعتبار العقد الالكتروني من أهم وسائل التجارة الالكترونية، حتى أطلق مصطلح (التجارة الالكترونية) على تلك المعاملات والعلاقات التي تتم بين المتعاملين، من خلال إستخدام أجهزة ووسائل الكترونية .

والتجارة الالكترونية هي ممارسة تلك الأعمال بواسطة وسائل إلكترونية، ومن هنا يمكن القول أن عقود التجارة الالكترونية، لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفيها، أما وجهة الخصوصية فتتمثل في وسائل مباشرتها ووسائل تنفيذها وهي وسائل إلكترونية،ومع هذا تصنف العقود الإلكترونية ضمن عقود التجارية لأن العقود التي ينظمها القانون المدني هي نفسها العقود التجارية، بشرط أن لا يكون محلها عملا تجاريا أو يبرمها تاجر وتتعلق بشؤون تجارته[1]

[1] أ/ بشار محمود دودين،المرجع السابق،ص74.

وإذا بحثنا في أنواع عقود التجارة الإلكترونية نجد أن منها العقود التي تبرم بين المحترفين في التجارة، فهي عقود ذات صفة تجارية إذا كان الغرض منها إشباع حاجات مهنية، وأخرى عقود تتم بين المستهلكين عبر الشبكة يرمز لها (C2C)[1]، فهي عقود ذات صفة مدنية لأنها بعيدة عن النشاط التجاري وتهدف لإشباع الحاجات الشخصية من السلع والخدمات المختلفة، وأخرى تتم بين مستهلكين ومحترفين فهي عقود مختلطة، حيث يعد العقد تجاريا بالنسبة للمحترف ومدنيا بالنسبة للمستهلك.

المبحث الثاني: إثبات العقد المبرم عبر الأنترنت:

المطلب الأول: الكتابة في الشكل الإلكتروني ودورها في الإثبات(حجية المحرر الإلكتروني):

تعتبر الكتابة من أقوى طرق الإثبات المعروفة، لما تتوفر عليه الكتابة من مزايا، وما توفره للأشخاص من ضمانات[2]، وبظهور وسائل اتصال حديثة كالفاكس والبريد الإلكتروني أدى إلى ظهور دعامات غير ورقية ذات طابع إلكتروني تستعمل في الكتابة ومن ثم في الإثبات.

وإن كان المرسوم الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، في مادته الخامسة، قد فرض على المحترف المقدم لعرضه للمستهلك أن يؤكد بالكتابة المعلومات التي جاءت في عرضه، لأن هذه المعلومات تتميز بخاصية التأقيت (éphémère) وهي سريعة الزوال لا تثبت على شاشة الحاسوب الآلي[3].

يستنبط هذا التأكيد الكتابي للمعلومات محل الإيجاب الإلكتروني أيضاً من نص المادة (L121 -27) من قانون الاستهلاك الفرنسي[4]، والتي تحكم البيوع التي تتم في موطن

---

[1] أي بين المستهلكين(Consumer toConsumer) وهناك التجارة الإلكترونية التي تربط بين الأعمال(BusinesstoBusiness) وبين رجال الأعمال والمستهلكين (Business toConsumer) لتوضيح أكثر **ينظر**.BOCHURBERG **(l)** op.cit.p12.

[2] قال **الله** تعالى ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُۚ وَلۡيَكۡتُب بَّيۡنَكُمۡ كَاتِۢبُۢ بِٱلۡعَدۡلِۚ ﴾ إلى أن قال ﴿ وَلَا تَسۡـَٔمُوٓاْ أَن تَكۡتُبُوهُ صَغِيرًا أَوۡ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦۚ ﴾ الآية 282سورة البقرة.

[3] La directive concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Dir. N°97/7/CE, 20 mai 1997, JOCE, 4 juin1997, N°2144, p19.

المشار إليه كلا من: د/ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 44. ود/ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 217.

[4] قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26.

المستهلك، فقد نصت المادة أنه بمجرد اتصال الشركة تلفونيا أو بأية وسيلة تقنية مماثلة يجب عليها أن ترسل إلى المستهلك معلومات عن الإيجاب الخاص بالعقد المراد إبرامه كتابة والوسيلة التقنية تشمل الفاكس والرسالة الإلكترونية.

والكتابة الشائعة في الإثبات رسمية كانت أو عرفية يصطلح على تسميتها بالمحرّر أو السند(Ecrit-acte ou Titre)

والمحررّ العرفي هو كل محرر تخلف فيه أحد الشروط الضرورية كي يصبح محررا رسمياً، وهذه الشروط نصت عليها المادة324من(ق.م.ج)[1]

الفرع الأول: مفهوم الكتابة في شكل الإلكتروني:

لا بدّ من الإشارة إلى أنّ المفهوم التقليدي للكتابة كان مرتبطا بشكل وثيق بالدعامة الورقية التي توضع عليه إلى درجة عدم إمكانية الفصل بين الكتابة والورق، وإن كان الأصل جواز تحرير الكتابة على الخشب أو الحجر أو الجلود أو الرمال أو غير ذلك مما كان مستخدماً في زمن الرسول صلى الله عليه وسلّم.

لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية لأنها لا تترك أثرا ماديا مدونا له نفس الأثر المكتوب على الورق في الإثبات، ثم تغير موقف المشرع فاعترف بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات للتصرفات القانونية أول مرة في المادة 323 مكرر من (ق.م.ج).

أولا: تعريف الكتابة الإلكترونية:

يقصد بالكتابة الإلكترونية تلك الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أية وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك،وتستخدم في رسائل البيانات التي ترسل وتستقبل بطريقة إلكترونية أو رقمية في مجال التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت [2].

أو هي كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سجلت عليه معلومات معينة، سواء كان معدا للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية

---

[1] نصت المادة 324« العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاص» ،من هذه المادة نستخرج شروط العقد الرسمي وهي:

صدور العقد الرسمي(أو المحرر) من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، إختصاص هذا الموظف أو الضابط العمومي بهذا العقد، وأن يراعي في توثيق العقد الأشكال والأوضاع التي قررّها القانون.

[2] أ/ محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق،ص170.

للمعلومات أم كان مشتقا منه،وتشمل الكتابة الإلكترونية السجل الإلكتروني وهو بيانات إلكترونية، تنشأ بواسطة منظومة بيانات إلكترونية تكون قابلة للاسترجاع أو الحصول عليها في شكل يمكن فهمها، وتستخدم في المعاملات الإلكترونية[1].

وقد سماها المشرع الأردني بالسجل الإلكتروني وهو« القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية »[2]

كما جاء في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني الإماراتي تعريف له بأنه « سجل أو سند إلكتروني يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه»[3]

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 323 مكرر من (ق.م.ج) على تعريف جديد للكتابة بأنها :« ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا الطرق إرسالها»[4]

وبالتالي الكتابة في الشكل الإلكتروني[5] هي ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم والمكتوبة على دعامات إلكترونية، ومهما كانت طرق إرسالها.

---

[1] د/عبد الرحمان بن عبد الله السند، (حجية الوثيقة الإلكترونية)، مقال منشور في مجلة العدل السعودية، العدد 24 سنة2007.

[2] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم85/2001المرجع السابق.

[3] قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني الإماراتي رقم2/2002 المرجع السابق.

[4] استعمل المشرع في تعريف الكتابة عبارة:(مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها) والصحيح هو (مهما كانت الدعامة التي تتضمنها) حسب الترجمة الفرنسية للنص (Quel que soient leur supports).

[5] سأستعمل في هذه الدراسة مصطلح الكتابة الإلكترونية بدلاً من الكتابة في الشكل الإلكتروني تبسيطا للعبارة وإن كان المصطلح الأخير هو الصحيح لأن الكتابة لم تغير طبيعتها وإنما غيرت شكلها من ورقي إلى إلكتروني، وفي هذا الشأن يقول الأستاذ Eric Caprioli :

«Nous préférons également l'expression écrit sous forme électronique à celle d'écrit électronique car ce ne sont que les formes 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». www.caprioli-avocats.com

ثانيا: خصائص التعريف الجديد للكتابة:

يفهم من عبارة نص المادة 323 مكرر« ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنه» ،أن المشرع قد وسع من مفهوم الكتابة للإثبات، فسواء كانت على دعامة ورقية أو إلكترونية أو قرص مضغوط أو على قرص مرن، أو أي دعامة جديدة تظهر في المستقبل[1].

كما إشترط المشرع أن تكون هذه الكتابة مفهومة (Signification Intelligible)، فتكون هذه الأحرف أو الأرقام أو الأشكال أو الإشارات أو الرموز لها دلالة قابلة للإدراك وللقراءة والفهم[2]، بحيث أن المحتوى المعلوماتي لهذه الكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني إن كان مشفرا ، أي لا يمكن إدراك معاينته إلاّ من قبل الحاسوب فقط، فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات، لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة وجود نزاع[3].

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني (حجيّة المحرر الإلكتروني):

الفصل بين مضمون الكتابة والشكل الذي ترد فيه يثير مسألة الثقة في هذا النوع من الكتابة، فالكتابة الإلكترونية على خلاف الكتابة التقليدية معرضة للتبديل وللتحوير اللاحق مما يمس قوتها الثبوتية.

---

(1) وهذا المبدأ الذي أخذ به المشرع الجزائري في عدم التفرقة بين الدعامات الإلكترونية بشتى أنواعها والورقية سماه الفقيه Caprioli

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

وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة9 منه والمادة1316- L من(ق.م.ف) الذي تقابلها المادة323مكرر1من (ق.م.ج) والمادة 7قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، جاء فيها« يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للأثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من جيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات» ،**ينظر** كذلك للمادة12 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

(2) Huet Jérôme « Le code civil et les contrats électroniques » ; journée d'étude à l'université de paris 2 .2004. p5.

(3) Eric Caprioli.op.cit.jour 11/12/2005

لهذا نجد أن المادة 323 مكرر1 من(ق.م.ج) قد ذكرت شرطين ضروريين كي تعطى للمحرّرالإلكتروني نفس القوة الثبوتية للمحرر الورقي،أو ما يسمى بمبدأ التعادل الوظيفي[1] بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية وهذه الشروط هي إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه هذه الكتابة، وثانيا أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[2].

أولا: مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق:

ثار جدل فقهي حول اعتبار الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الالكتروني معادلة في حجيتها حجية الكتابة الرسمية على الورق، وطرحت المادة L1316(ق.م.ف) هذا الإشكال أول الأمر في فرنسا.

فهل يمكن إثبات العقود التي يتطلب القانون في إثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة في الشكل الإلكتروني ؟

انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى فريقين، ذهب جانب منه[3] في تفسير أحكام هذه المادة في أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة في نص المادة1316- L (ق.م.ف)، المقابلة لها للمادة 323 مكرر(ق.م.ج)، الموجودة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة، كما اعترفت المادة 323 مكرر1 من (ق.م.ج) بالكتابة الإلكترونية في إثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلتها معادلة في حجيتها للكتابة على دعامة ورقية من جهة أخرى، أي لهما نفس الفعالية من حيث الحجية وصحة الإثبات.

---

[1] مبدأ التعادل الوظيفي (L'équivalent fonctionnel) وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية في المادة6 منه التي تنص« عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا» **ينظر** كذلك المادة1316- L من (ق.م.ف) الذي تقابلها المادة323 مكرر1من (ق.م.ج) والمادة السابعة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

[2] نصت 323 مكرر1من (ق.م.ج) «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»

[3] Huet Jérôme. Op.cit. p6

بينما ذهب الفريق الثاني[1] للقول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية[2]، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلاّ عرفية، لأن المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي يشترط لصحتها حضور الضابط العمومي وتوقيعه، وهذا الأخير هو الذي يمنحها رسميتها، والذي لا يمكن حضوره إذا ما تعلق الأمر بالكتابة الإلكترونية.

يدعم هذا الرأي الثاني في الجزائر وجود المادة 324(ق.م.ج) التي تشترط حضور الضابط العمومي والحضور المادي لإطراف العقد أمامه لصحته[3] وبالتالي فان الكتابة الالكترونية لا يمكن إلاّ أن تكون عرفية لعدم حضور ضابط عمومي فيها، وما يدعم هذا الطرح أيضا أن المشرع نص على التوقيع الإلكتروني الذي هو مرادف للكتابة الإلكترونية حين تعريفه للعقد العرفي في المادة327(ق.م.ج)[4]

لذلك فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقا لنص المادة 333 (ق.م.ج) من جهة، ولا يمكن معارضة الكتابة في الشكل الإلكتروني بشهادة الشهود من جهة أخرى، غير أن اليمين الحاسمة قد تقوض الدليل الثابت الإلكتروني في الشكل العرفي.

ثانيا: شروط قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

بما أن طبيعة المعاملات التي تبرم عبر الأنترنت ذات خاصيّة إلكترونية، وتتم في محيط يصعب فيه التعرف على هوية أطراف العلاقة العقديّة، كونه محيط افتراضي وليس محسوس، مع احتمال تعرض الكتابة الإلكترونية التي تثبت العقد للتغيير من دون أن يترك هذا التغيير أثرا ملموسا.

---

(1) Eric Caprioli.op.cit.

(2) نص المشرع الفرنسي في المادتين 1326.1325 على ثلاثة شروط لا بد من توفرها لصحة الورقة العرفية، ففي العقود الملزمة لطرفين لا بد من تعدد نسخها بقدر تعدد أطراف العقد ذوي المصالح المستقلة، أما بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد لابد أن يكتب مقدار الإلتزام بالحروف لا بالأرقام وأخيرا شرط التوقيع

(3) نصت المادة324 (ق.م.ج)« العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ماتم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونيةوفيي حدود سلطته واختصاصه »

(4) أما في فرنسا فقد حسم في هذه الإشكالية بصدور المرسومين اللذين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني.

Décret N°2005-972modifiant le décret N°56-222 relatifs au statut des huissiers de justice

Décret N°2005-973modifiant le décret N°71-941relatifs aux actes établis par les notaires.

لهذا فقد وضع المشرع لقبول الكتابة الإلكترونية للإثبات شرطين، وهما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، هذا ما أكدته التشريعات التي إعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة الإلكترونية، فقد نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ذلك« يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه مجتمعة الشروط التالية:

1- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.

2- إمكانية الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به انشاؤه أو ارساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه

3- دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشأه أو يتسلمه وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه.....» [1].

البند الأول إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها:

إمكانية تأكد المتعاقد من هوية الطرف الآخر وتوثقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو فعلا ذلك الذي قدم له اسمه وعنوان بريده الإلكتروني، وغير ذلك من المعلومات، هو أمر صعب في بيئة إلكترونية.

وربما تمتد هذه الصعوبة في حالة وجود نزاع حول حجيّة العقد الإلكتروني، فما الذي يضمن للقاضي أن الوثيقة الإلكترونية المقدمة له كدليل إثبات صادرة أو متعلقة بذلك الشخص؟

هناك عدة وسائل أوجدها التقنيون لحل هذه المشكلة، منها استعمال تعريف الشخصية عبر كلمة السر، وكذا وسائل التشفير أو ما يعرف بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص أو رمز التعريف[2]، أو وسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصابع المنقولة رقميا أو تناظريا أو حدقة العين أوسمات الصوت.

---

[1] المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المقابلة لها المادة8 أيضا من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق.

[2] المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع نفسه.

هذه الوسائل وإن كانت فيها ثغرات أمنية وغير كافية إلاّ أنها تساعد على ضمان إثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة، وتأكيد الإتصال من جهة أخرى[1].

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط في العلاقة العقدية أو ما يسمى (السلطات الموثوقية)[2] وهي عبارة عن أشخاص وشركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية تقدم شهادات تضمن تأكيداً من شخصية المخاطب، وتتضمن تأكيداً بأن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعين وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وتستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير، وقد سماها قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي ب(مزود خدمات التصديق)، فقد تكون أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم باصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتواقيع الإلكترونية[3]، وبعد أن تقوم بالتحقق من إجراءات التوثيق، تسلم شهادةالتوثيق وهي «الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين إستنادا إلى إجراءات توثيق معتمدة »[4]

وقد أخذت معظم التشريعات التي اعترفت بحجية الكتابة الإلكترونية في الإثبات بهذه الوسيلة للتأكد من هوية الشخص الذي صدر منه الإيجاب أو القبول، ومنها القانون الفرنسي الذي أنشأ ما يسمى بهيئة خدمات التصديق (Prestataire de service de certification)، وكذلك

---

[1] رغم ما يمكن أن يعتري ذلك من نقائص، فإذا تمكن الشخص من سرقة المفتاح السري الخاص بشخص آخر فإنه يستطيع سرقة هويته فينتحل شخصيته في إبرام العقود، فتكون الكتابة أو الوثيقة الإلكترونية المحتج بها أمام القضاء صادرة باسم صاحب المفتاح، ولذلك يرى الأستاذ Caprioli بأن مصطلح (Identification de la personne dont l'écrit émane) الوارد في المادة 1316- 2 من (ق.م.ف) المقابلة للمادة323 مكرر1من (ق.م.ج) يقصد بها في الحقيقة (L'imputabilité à l'auteur). لمزيد من التفصيل ينظر: Eric Caprioli, Op cit

[2] Autorité de certification ou Prestataire de service de certification électronique

[3] المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، كما نص هذا القانون على الأحكام المتصلة بالشهادة وخدمات التصديق في الفصل الخامس منه بدءا من المادة23إلى26وفي القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية في الباب الرابع منه بدءا بالمادة11منه

[4] المادة الثانية من قانون المعاملات الأردني، كما عرفها قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي في المادة الثانية بأنها« شهادة يصدرها مزود خدمات التصديق يفيد فيها تأكيد هوية الشخص أو الجهة الحائزة على أداة توقيع معينة »

القانون الأردني الذي أنشأ سلطات التوثيق[1]، والقانون التونسي سماها الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية[2].

أما في الجزائر فقد سماها بخدمة التصديق والقائم عليها يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وقد عرفه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم162/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية في مادته الثالثة بأنه كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من قانون رقم 03/2000والذي يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني[3]، والشهادة الإلكترونية هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع[4].

كما أعطى المشرع الجزائري نفس القيمة للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق إلكتروني مقيم في بلد أجنبي بشرط أن يكون هذا الأخير يتصرف في إطار إتفاقية للإعتراف المتبادل تبرمها سلطة ضبط البريد والمواسلات السلكية واللاسلكية الجزائرية.

كما أن هناك من الفقهاء من يقترح إنشاء خدمة الأرشيف(Service d'archivage)، وهي جهات ثالثة تضمن سلامة الوثائق الإلكترونية، لأن تخزين المعلومات في الكمبيوتر الخاص بأحد المتعاقدين يمكن أن يعرضها للتبديل أو التحريف،كون هذا الجهاز يخضع لإرادة وإشراف وتوجهيات مستعمليه، وإذا كان هذا الكمبيوتر يؤدي مهمته تنفيذا للتعليمات الشخص الذي يخزنها فإن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي إذن صادرة عنه ولا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقا لمبدأ

---

[1] نصت المادة34من القانون الأردني على أن « شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف،لا تكون معتمدة إلاّ في الحالات التالية: صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة، أو صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها، صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوضة قانونا، صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها» .

[2] المادة08 وما بعدها من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 2000/83 المؤرخ في 2000/8/9.

Décret N°2001-272du30Mars2001pris pour l'application de l'article1316-4du code civil français et relatif à la signature électronique, JO N°77du31/2001page2070 www.journalOfficiel.gouv.fr

[3] نصت المادة 8/8 من قانون 03/2000 المؤوخ في05أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية على تعريف موفر الخدمات بأنه(كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية)ج ر رقم 48

[4] المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 المرجع السابق.

عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق[1].

البند الثاني: أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها:

الإفرازات التقنية المستحدثة في كلّ حين، تجعل من الصعب ضمان وجود وسائط إلكترونية لازمة لقراءة الكتابة الإلكترونية الموضوعة على دعامات قديمة، أو لم يعد من الإمكان استعمالها[2]، حتى ولو حفظت في ظروف ملائمة وهنا يكمن الاختلاف بين الدعامة المادية الورقية والدعامة الإلكترونية غير الملموسة.

لهذا يشرط أن يمتاز الحامل الإلكتروني الذي تحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية، بخاصية إمكانية الإطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها وذلك أن هذه الوثيقة كالوثيقة المكتوبة تماما لها فترة صلاحية، وإذا ما إنتهت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار[3]

وهذا نظرا لتعرض الدعامات الإلكترونية التي تحمل الكتابة للتلف والضياع، مثل الدعامة الورقية، لذلك أوجب المشرع ضرورة حفظ الوثيقة الإلكترونية من أجل الحفاظ على حقوق الأفراد الذين يتعاملون بها.

---

[1] أكد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أونيسترال في مادته03إمكانية اللجوء إلى المختص كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الإلكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية وهي: - تيسر الإطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الرجوع إليها لاحقا.- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشأت أو أرسلت أو استلمت به.- الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت، التي تمكن من إستبانة الرسالة ووجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها.

[2] مثال ذلك التجديد المستمر لبرامج الكتابة معلوماتية مثل برنامج (word97, 98, 2003)، وكذلك برنامج (Adobe Reader PDF)

[3] لذلك فقد إستثنى التوجيه الأوروبي رقم97- 07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد مواقع الأنترنت من الدعامات القابلة للاستمرار كونها دعامة تفتقر إلى هذه الخاصية، ماعدا تلك التي تستجيب للمعايير المبينة بشأن تعريف الدعامة التي لها قابلية الاستمرار وهو التعريف الذي جاءت به المادة 02 من هذا التوجيه« 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 من أجلها تم توجيه أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات، وتسمح بإعادة نسخ هذه المعلومات نسخة مطابقة لتلك التي تم تخزينها » .

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يسمى الوسيط، وهو وسيلة قابلة للتخزين وحفظ واسترجاع المعلومات بطريقة إلكترونية مثل ذاكرة الحاسوب في أسطواناته الصلبة (Disques durs) أو في قرص مدمج (CD-ROM) أو قرص مرن أو قرص فيديو رقمي (DVD) أو على الموقع في شبكة الأنترنت، أو أي حامل إلكتروني تتم صناعته في المستقبل.

كذلك أن يتم حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وكذلك الجهة المرسلة إليها، كما يجب حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحياتها، بحيث يمكن الرجوع دائما لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها، وأخيرا حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ ومكان إرسال الوثيقة واستقبالها، وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارا قانونية في حق طرفي الوثيقة متى تعلقت بعقد إلكتروني، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا.

وأضاف كل من المشرع الإماراتي والأردني والمشرع التونسي[1] التزاماً على المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في ذات الشكل الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[2]، إضافة إلى ذلك وجب عليه أن يقدم نسخة خطيّة للمرسل إليه، أو أن يضمن قدرة المرسل إليه على طباعة تلك المعلومات وتخزينها[3].

ثالثا: التنازع بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق في الإثبات:

لم يكن يعترف القانون المدني قبل صدور الأمر10/05 الذي أقر بحجية الكتابة الإلكترونية في إثبات العقود والتصرفات القانونية بالكتابة على دعامة إلكترونية، ولم تطرح مسألة تنازع أدلة الإثبات المكتوبة على الورق وعلى دعامات إلكترونية، وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا، فالمحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

---

[1] المادة الثامنة من القانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المادة8و11من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة 4من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

[2] د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق ص 149.

[3] المادة9 و11من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

إلاّ أنه بظهور الكتابة الإلكترونية التي تختلف في طبيعتها عن الكتابة الورقية وتوازيها معها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية، أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينهما، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد ما وكان مبرما بطريقة إلكترونية إلاّ أنه كتب على دعامتين ورقية وإلكترونية مع إختلاف فيما بينهما، وتمسك كل طرف بأحد الوثيقتين المعدة للإثبات،فأي الدليلين يرجح القاضي؟

لم يفصل المشرع في مسألة تنازع أدلة الإثبات في التعديل الأخير للقانون المدني عندما أدخل الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، وهذا عكس القانون الفرنسي الذي عالج هذه النقطة بمناسبة تعديله للقانون المدني بموجب القانون 230- 200 المؤرخ في2000/03/13 المتعلق باصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدا في المادة1316- 2 التي جاء فيها« عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبث القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام كافة الطرق المتوفرة لديه»[1].

فقد أعطت هذه المادة للقاضي صلاحية البث في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد الدعامة الأكثر مصداقية، و له كذلك سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد فهو الذي يرجح وسيلة إثبات دون أخرى، بغض النظر إن كانت الدعامة ورقية أو إلكترونية[2]، مع إمكانية وضع اتفاق بين المتعاقدين يخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي[3].

الأمر نفسه نصت عليه القوانين العربية المقارنة، ففي القانون الإماراتي والأردني نجد أن السجل الإلكتروني له نفس الأثر القانوني الذي يعطى للنسخة الأصلية، إذا توفر على جميع الشروط القانونية المنصوص عليها[4]، مالم يوجد نص قانوني صريح يمنع ذلك.

---

(1) L'article1316-2 « lorsque la loi n'a pas fixé d'autres principes et à défaut de convention valable entre les parties, le juge règle les conflits de preuves littérales en déterminant par tous les moyens le titre le plus vraisemblable quel qu'en soit le support». www.journal-officiel.gouv.fr

(2)Eric Caprioli, Op cit.

(3) د/ثروت عبد الحميد« مدى حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات على ضوء القواعد التقليدية للإثبات»، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون من 10إلى2003/5/12بكلية الشريعة والقانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة،جزء أول،ص403

(4)فيما يخص شروط السجل الإلكتروني ينظرالمادة8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني السالفة الذكر، والمادة11 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي،السالف الذكر، ويكون السجل موثقا من تاريخ التحقق منه من طرف أطراف العقد أو المحكمة في حالة وجود نزاع كما نصت المادة30من القانون الأردني والمادة 19من القانون الإماراتي على إجراءات التوثيق.

هذه الأحكام التي نصّ عليها القانون الفرنسي والقوانين العربية يمكن الاستعانة بها في الجزائر لأنها لا تخرج عن القواعد العامة المتعلقة بالإثبات، فالقاضي الجزائري في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه استعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على غيرها، كما في حالة ما إذا عرض عليه محرران عرفيان ورقيان، إلاّ إذا اتفق طرفا العقد على ترجيح إحدى الوثائق على الأخرى، كأن يتفقا على ترجيح وثيقة إلكترونية على الوثيقة الورقية، وهذا الاتفاق جائز لأن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام، وإن كان هناك إتجاه فقهي يرى عكس ذلك، إلاّ أنه لا بد من التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية والإجراءات الخاصة بالإثبات.

فيجوز الإتفاق حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم وأن من حقهم التنازل عنها، ويمنع الاتفاق حول الثانية لإنها تصنف ضمن قواعد النظام العام[1] ولذلك يمنع الإتفاق على تحديد إجراءات وشروط قواعد الإثبات والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها[2].

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني:

حتى يكون المستند دليلاً كافيا على الإثبات لا بد أن يشتمل على توقيع ممن صدر منه، كي ينسب ما كتب في المستند إلى االموقِّع[3]، فالتوقيع عبارة عن التعبير عن قبول ما كتب على الدعامة، ورقية كانت أو إلكترونية.

---

[1] قررت محكمة النقض الفرنسية بأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ما دام أنها متعلقة بالمصالح الخاصة للأفراد وهذا إن القواعد القانونية المتعلقة بالدعوى قد ورد النص عليها في المادتين1134و1341 من القانون المدني، وهما تجيزان للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمهما، إذا هما تعلّقا بقواعد مكملة، وليست آمرة، يجوز الإتفاق على مخالفة حكمها، ومن ثم فإن الإتفاق على قواعد الإثبات جائز ومشروع»

Civ.3éme,16/12/1977 ; Bull civ.III.N°993.P300 **نقلا عن** د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص62.

[2] **د/**عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط الإثبات آثار الإلتزام)، منشورات الحلبي، لبنان1998.ص94. **أ/** يحيى بكوش، (أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي)، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص 52 وما يليها.

[3] يعدّ أول ظهور للتوقيع في المحررات الرسمية في الإسلام في السنة السادسة للهجرة النبوية، حين خاطب رسول الله صلى الله عليه وسلم ملوك الدول المجاورة برسائل موقع عليها بختمه الشريف.

يعتبر التوقيع بالختم في الشريعة الإسلامية جائز ينظر محمد بن عرفة الدسوقي، (حاشية الدسوقي على الشرح الكبير)، دار الفكر، لبنان ج4، ص160

ويتمثل التوقيع في علامة شخصية خاصة ومميزة يضعها الشخص باسمه، أو بأي وسيلة أخرى على مستند لإقراره والإلتزام بمضمونه[1].

وبحسب للمادة1/327 من (ق.م.ج)، فإن التوقيع يقتصر على الإمضاء، وهو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، ويشمل الإسم كاملاً أو مختصراً، كما يشمل كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور المحرر منه، والموافقة على ما ورد فيه ثم الإلتزام به[2].

وقد إعترف المشرع الجزائري في المادة 2/327من (ق.م.ج)، صراحة بالتوقيع الإلكتروني إستكمالا لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشيا مع التطورات الحاصلة في مجال التعاقد، حيث أصبح التوقيع الكتابي التقليدي غير ملائم للإثبات بعد أن صار التعبير عن الالتزام العقدي يتم عن طريق إدخال أرقام أو كلمة سر أو شفرة معينة في جهاز الحاسوب الآلي.

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني:

مفهوم التوقيع الإلكتروني قد تطور من مجرد إمضاء كتابي أو التوقيع ببصمة الأصابع أو الختم، إلى ما هو حديث ويتماشى مع التطور الهائل للتكنولوجيا الحديثة[3]

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني:

إختلفت التعاريف القانونية التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني، حيث ركز بعضها في التعريف على ذكر الوسائل التي تستخدم فيه، وبعضها الآخر بالأدوار التي يقوم بها التوقيع، ومنها من جمع بين الوظائف والوسائل في نفس الوقت.

فقد عرفت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة التوقيع الالكتروني في المادة الثانية من القانون نموذجي للتوقيعات الالكترونية« توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل

---

[1] أ/ يحيى بكوش، المرجع السابق، ص 56.

[2] نصت المادة 327 من (ق.م.ج) على أنه:« يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة أصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق.
ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه » .

[3] Nataf(Ph) et Lighiburn(J) « La loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information »JCP ; Entreprise et affaires ،n°21-22.2000, p836.

لإلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات» [1] كما نصت التعليمة الأوروبية المؤرخة في1999/12/13 في المادة2 منه تعريفا للتوقيع الإلكتروني بأنه عبارة عن«معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط منطقيا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها» [2]

كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره «التوقيع يعرف بالموقع ويظهر رضاه وقبوله لمحتوى العقد الموقع وللالتزامات الناتجة عنه» وفي القانون الفرنسي فقد نصت عليه المادة 1316-4(ق.م.ف) بأنه« التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالتزامات الناشئة عنه» [3]

يوصف هذا التعريف بأنه تعريف جامع لكل أصناف التواقيع، سواء كان توقيعا خطيا أو الكترونيا أو أي شكل آخر محتمل ظهوره في المستقبل.

وفي التشريعات العربية، نصّ القانون الإماراتي في المادة الثانية منه على تعريف التوقيع الإلكتروني« توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة لإلكترونية وممهورة بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة» [4]

وعرفه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني« البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغض الموافقة على مضمونه » [5]

---

[1] قانون أونسيترال النموذجي للتوقيعات الإلكترونية، الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، المنعقدة في دورتها الرابعة والثلاثون في فيينا، من 25جوان إلى13جويلية 2001، المكون من13مادة.

[2] «une donnée sous forme électronique qui jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui serre de méthode d'authentification »..ص55، نفس المرجع السابق، د/بودالي محمد، **ينظر:**

[3] L'article1316-4 « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifié celui qui l'oppose, elle manifeste le consentement des parties aux obligations qui en découlent de cet acte » www.journal-officiel.gouv.fr

أو ينظر د/ بودالي محمد، (التوقيع الإلكتروني)، مجلة الإدارة، العدد رقم 2، لسنة2003، ص55

[4] قانون رقم2002/2 للمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي والمرجع السابق.

[5] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، المرجع السابق.

نستنتج من خلال هذا التعاريف المنصوص عليها في القوانين المقارنة ،أن التوقيع الإلكتروني إما تم تعريفه بالوسائل التي تستخدم فيه، وإما بالوظائف والأدوار التي يقوم بها التوقيع، ومن التعاريف من يجمع بين الوظائف والأدوار والوسائل في نفس الوقت، وعلى ذلك نتبين ممّا سبق أن التوقيع يتمثل في علامة خاصّة ومميّزة يضعها الشخص باسمه أو بصمته أو بأيّ وسيلة أخرى على محررّ لإقراره والإلتزام بمضمونه.

وقد نص المرسوم التنفيذي رقم162/07 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية في مادته الثالثة على تعريف للتوقيع الإلكتروني بأنه معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين323 مكرر و323 مكرر1 من القانون المدني[1]

وقد عرف التوقيع الإلكتروني فقهيّا بأنه« أيّ علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة بشكل يظهر إرادته الصريحة المعبرة عن الرضا بالعقد »[2]

كما عرفه البعض بأنه «إتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية المحددة التي تؤدي في النهاية، إلى نتيجة معينة معروفة مقدما»[3]

فالتوقيع الإلكتروني يتحقق من خلال إتباع بعض الإجراءات الحسابية المرتبطة بمفتاح رقمي خاص بالشخص المرسِل، ثم الضغط على هذه الرقم الخاص، أثناء الإتصال المباشر عبر الأنترنت، ويمكن أن يتم تحديد هذه الرقم الخاص من خلال اتفاقيات جماعية لمستخدمي الأنترنت في المعاملات التجارية أو من خلال عقد مبرم بين الطرفين يحدد الرقم السري الخاص بكليهما، بحيث إن اقتران الرسالة المرسلة بهذا الرقم، يستطيع الشخص أن يحدد شخص المتعاقد الذي أرسل الرسالة.

---

[1] المرسوم التنفيذي رقم162/07 المؤرخ في 30ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المؤرخ في 9ماي 2001 المتعلق بنظام الأستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية (ج ر) رقم 37

[2] أ/بشار محمود دويدين، المرجع السابق، ص241.

[3] د/ عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 182.

ثانيا: خصائص التوقيع الإلكتروني:

يمتاز التوقيع الإلكتروني بخصائص تميّزه عن التوقيع الكتابي التقليدي، وهي:

- **أولا**: التوقيع الإلكتروني لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة الأصابع كما في التوقيع التقليدي، بل يشمل الرموز والإشارات والحروف والأرقام والصور والأصوات، وغيرها من النماذج، بشرط أن تكون ذات طابع فردي، يسمح بتمييز الشخص صاحب التوقيع وتحديد هويته، وإظهار رغبته في التعاقد.

فالتوقيع الإلكتروني يتم بتشفيره وإرساله مع الرسالة أو الوثيقة باعتباره جزء صغير من بيانات تلك الوثيقة أو الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة أو الوثيقة من الشخص عند فك شيفرة التوقيع الإلكتروني[1].

- **ثانيا:** لا يتم التوقيع الإلكتروني عبر وسيط مادي أو أي دعامة ورقية تذيل به الكتابة كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي على الدعامة الورقية، وإنما يتم كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكبيوتر، أو عبر الأنترنت، بحيث يكون التوقيع الإلكتروني مذيّل على كتابة إلكترونية فيى دعامة إلكترونية[2].

- **ثالثا**: إضافة إلى تمييز الشخص صاحب التوقيع الإلكتروني وتحديد هويته، كي يتم التأكد من صحة رضاه أثناء التعاقد، فأن هذا التوقيع له وظيفة أساسية تتمثل في التوثق من مضمون المحرر (الكتابة) الإلكترونية، وحمايته من أي تعديل أو تبديل، ما دام أن الإلتزامات والحقوق المنصوص عليها في هذا المحرّر مذيّلة بالتوقيع الإلكتروني[3].

---

[1] التشفير(Cryptographique) هو عملية تغيير البيانات بحيث لا يمكن قراءتها إلاّ من قبل الشخص المستخدم لمفتاح فك التشفير.

Eric Caprioli, Op ci - **ينظر إلى كل من: أ/** يونس عرب، المرجع السابق. **أ/**بشار محمود دودين،المرجع السابق،ص247.

«إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها» ،المادة2من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية.

[2] د/ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 57.

[3] **التذيّيل** هو وضع التوقيع أو وضع الختم في آخر الكتابة، كما جرت عليه العادة، وهو بهذا الشكل يعتبر تصديقا لما نصت عليه الكتابة.

- **رابعا:** يسمح التوقيع الإلكتروني بوجود طرف ثالث يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث إستلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعريف على شخصية الموقع[1].

ثالثا: صور التوقيع الإلكتروني:

البند الأول: التوقيع الرقمي:(La signature numérique)

هو آلية كتابية مشفرة هدفها كمال وأصلية المعلومات الرقمية[2]ويطلق عليه إسم التوقيع الكودي، هذا لأنه يقوم بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفر يمكن من خلاله تحديد الشخص الذي قام بتوقيعها، والوقت الذي قام فيه بتوقيعها، إضافة لمعلومات أخرى خاصة بصاحب التوقيع.

ويتم هذا التوقيع بوجود مفتاحين، مفتاح عام وهو معروف للعامة ويسمح لكلّ شخص مهتم بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنت دون أن يتمكن من تعديلها، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه ويمكنه من وضع توقيعه على رسالة البيانات إذا رضي بمضمونها وقبل الإلتزام بها.

ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك الشفرة الرسالة إلاّ الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، وبعد التوقيع على المحرر أو رسالة البانات تغلق، إضافة إلى تسجيل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق[3].

---

[1] د/ بودالي محمد، المرجع السابق، ص 57.

[2]« La signature numérique est un mécanisme cryptographique dont le but est de garantir l'intégrité et l'origine de données numériques ». Elle est définie dans la norme française NF ISO.74982-2 de 1990.

[3] وطريقة عمل هذا التوقيع تتمثل في وجود مفتاحين، المفتاح العام(Clé publique) هو معروف للعامة، ومفتاح خاص (Clé privé) يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه، ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسالة المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شفرتها إلاّ الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين التشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكن هناك فرق وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة بحيث أنه يمكن أن يكون مرتبطا برسالة غير مشفرة.

Eric Caprioli, Op cit -**ينظر إلى كل من : أ/** يونس عرب، المرجع السابق. **د/**إبراهيم الدسوقي أبو اللّيل، المرجع السابق، ص56.

هذا التوقيع يحقق أعلى درجات الثقة والأمان في الدعامة الإلكترونية، وتضمن سلطات التوثيق هوية الموقّع، كما نجد هذا التوقيع أكثر استخداما في التعاملات البنكية وأبرز مثال على ذلك بطاقة الإئتمان التي تتضمن رقما سريا لا يعرفه إلا الزبون الذي يدخل بطاقته في آلة السحب عندما يطلب الإستعلام عن حسابه أو يرغب في صرف جزء من رصيده.

وللتوقيع الرقمي سلبيات منها إحتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزما بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعدّ هو المسؤول عن الآثار المترتبة على ذلك طالما أنه لم يراع قواعد الحيطة والحذر، إلاّ إذا قام بالإبلاغ عن سرقته أو فقدانه إلى سلطات التوثيق أو البنك.

البند الثاني: التوقيع البيومتري:(Signature biométriques)

هو التوقيع باستخدام الخواص الذاتية والصفات والخصائص الجسدية والسلوكية للشخص[1]، فكما أن للفرد عدة خواص فيزيائية وطبيعية تختلف عن غيره، فإن لهذا التوقيع أيضا عدة طرق بحسب تلك الخواص، وأبرز هذه الطرق إستعمال البصمة الشخصيّة(L'empreinte digitale)، و بصمة العين والبصمة الصوتية، وبصمة الشفاه أو خواص الوجه أو اليد وكلّها تتم بعملية المسح الضوئي، وأخذ صورة دقيقة لليد أو للوجه أو لشبكية العين، ثم يتم تخزينها وحفظها بصورة مشفّرة داخل الحاسوب، واستخدامها كتوقيع في أي تصرف قانوني، حيث يتم تخزين الصورة من خلال مجموعة أرقام أو خانات رقمية في ذاكرة الحاسوب، وأثناء التعاقد تلتقط للشخص بواسطة جهاز خاص بصمة يده أو عينه وغيرها من صفاته الفيزيولوجية المخزنة في ذاكرة الحاسوب، فإن تمت المطابقة بين تلك الصورة مع السجل الرقمي الموجود في الحاسوب، فإنه يتم تنفيذ العقد، وإلاّ ألغيت عملية التعاقد.

هذا النوع من التوقيع يعتبر وسيلة آمنة وموثوق بها لتمييز الشخص وتحديد هويته، خاصة إذا تم تذيّله في الكتابة الإلكترونية فتصبح لها حجية مطلقة في الإثبات، و في تحديد أطراف العقد بدقّة شديدة.

---

[1] أ.د/إبراهيم الدسوقي أبو الليل(إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن)،دار الجامعة الجديدة، مصر،ط 2003،ص55.

البند الثالث: التوقيع بالقلم الإلكتروني:

هو كذلك توقيع بيومتري، لكنه يتمثل في نقل التوقيع المحرّر بخطّ اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (Scanner)، ثم يتم تخزينه في جهاز الحاسوب، وبعد ذلك تنقل صورته إلى الملف أو العقد قصد تذيّله بالتوقيع.

هذا النوع من التواقيع يمتاز بسهولة الإستعمال، لأنه يتحول من توقيع تقليدي إلى توقيع في شكل إلكتروني، فهو يعتمد على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع أثناء التوقيع إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز الكمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص أثناء التوقيع كسمة مميزة له أخذا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوك معين أثناء التوقيع[1].

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 صحيحا أم لا[2].

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

إعترفت المادة التاسعة من قانون أونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بالمستندات الإلكترونية، وأعطت لها نفس الحجية القانونية في الإثبات، ثم جاء القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني في مادته السادسة[3] ليضع الشروط الضرورية للتوقيع الإلكتروني المعد للإثبات.

---

[1] أ/يونس عرب، المرجع السابق. **د/**سميحة القليوبي الأوراق التجارية، المرجع السابق.ص.570

[2] د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 199.

[3] نصت المادة السادسة من قانون أونسيترال للتوقيع الإلكتروني «حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الإشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي إتفاق ذي صلة...

يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقا به لغرض الوفاء بالإشتراط المشار إليه في الفقرة الأولى إذا: - كانت بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة ..بالموقع دون أيّ شخص آخر.

- كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع

- كان أي تغيير في التوقيع يجرى بعد حدوث التوقيع قابلاً للإكتشاف

- كان الغرض من إشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع..... »

وحدث الأمر نفسه في الإتحاد الأوروبي، الذي أصدر تعليمة تلزم الدول الأعضاء بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية ذاتها التي تمنح للتوقيع الخطيّ، طالما توفرت فيه الشروط القانونية التي يتطلبها القانون[1].

وقد نصت المادة الثانية من هذه التعليمة الأوروبية على مراعاة شروط معينة كي يكون للتوقيع حجية في الإثبات أو ما يسمى بالتوقيع المحمي وهي:« أن يكون مرتبطا فقط بالموقع

- أن يتم إنشاؤه بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري

- ارتباطه بمعطيات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل تعديلات لاحقة على هذه المعطيات »

أما في القانون الإماراتي فقد نصت المادة العاشرة منه على أن للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات طالما أنه محمي[2]، ولا يكون كذلك إلاّ إذا توفرت في التوقيع الشروط المنصوص عليها في المادة عشرين منه مجتمعة، وهي كالتالي:

- أن ينفرد بالتوقيع الشخص الذي إستخدمه.
- أن يكون من الممكن أن يثبت هويّة من إستخدمه.
- أن يكون تحت سيطرته التامة وقت إنشائه واستعماله.
- أن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة[3]

الأمر نفسه في التشريع الأردني، فلا يعطى للتوقيع الإلكتروني حجيّته في الإثبات، إلاّ بعد أن يوثق، وهذا يستلزم توفر شروط وهي على النحو التالي:

- أن يتميز بشكل فريد ويرتبط بصاحبه.
- أن يكون كافيا للتعرف على صاحبه.
- أن يتم أنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

---

[1] التعليمة الأوروبية رقم1999/93الصادرة عن الإتحاد الأوروبي المؤرخة في 1999/12/13، المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية.

[2] **التوقيع الإلكتروني المحمي:** نصت المادة2من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي على أن التوقيع المحمي هو التوقيع الإلكتروني المستوفي لشروط المادة20من هذا القانون، والمقابلة لها المادة31من القانون الأردني، المرجع السابق.

ونصت المادة10على ما يلي« إذا إشترط القانون وجود توقيع على مسند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن للتوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 20 من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط.... »

[3] **ينظر** المادة 20من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، **وتقابلها** المادة 7من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

- أن يرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح باجراء تعديل على القيد بعد توقيعه[1].

أما في الجزائر فقد أسماه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم162/07 في مادته الثالثة بالتوقيع الإلكتروني المؤمن وهو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: يكون خاصا بالموقع - يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية - يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابل للكشف عنه.

كما نصت فقد نصت المادة 02/327 (ق.م.ج)على أنه:« يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر1 أعلاه»، وهذه الشروط هي: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرالتوقيع، وأن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

وكما نلاحظ مما سبق ذكره، فقد إتفقت جميع التشريعات لدول عدة بما فيها الجزائر والتي أعطت للتوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات،على ضرورة توفر شروط معينة، يمكن جمعها على النحو التالي أن يقتصر التوقيع على صاحبه، وأن يخضع لسلطته المطلقة، وأن يكون قابلاً للتحقق من صحته، إضافة إلى إرتباطه بالرسالة التي يثبتها، فإن هي تحققت هذه الشروط أصبح التوقيع موثقا ومحميا ومؤمنا فتعطى له الحجية الكاملة للإثبات، ويفترض فيه أنه صادر عن الشخص المنسوب إليه، وأنه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته على مضمون المستند[2].

فإذا توفرت هذه الشروط، يتساوى التوقيع التقليدي مع التوقيع الإلكتروني في حجيّة الإثبات، لأن هذا الأخير يمكنه أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع التـــقليدي في تحديده لهوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الموقع أسفله[3]، وهذا ما يسمى بالتعادل الوظيفي[4].

---

[1] سمى المشرع الأردني التوقيع المحمي أي المسجل لدى سلطة التوثيق، بالتوقيع الموثق،ينظر المادة 31من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

[2] المادة 32من قانون المعاملات الإلكترونية الإلكترونية الأردني، المقابلة لها المادة2/20من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

[3] للإمام ابن القيم كلام مختصر جميل في هذا الأمر« إن القصد حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه فإن عرف ذلك وتيقن كان كالعلم بنسبة اللّفظ إليه، فإن الخط دال على اللّفظ، واللّفظ دال على القصد والإرادة وغاية ما يقدر إشتباه الخطوط وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات » **نقلا** عن د/عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر،(العقود الإلكترونية،دراسة فقهية تطبيقية مقارنة)،بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون المنظم بكلية الشريعة والقانون،جامعة الإمارات العربية المتحدة من 10إلى 12 ماي 2003 بغرفة تجارة وصناعة دبي،المجلد الخامس، ص2148

[4] د/ سعيد السيد قنديل. التوقيع الالكتروني. دار الجامعة الجديدة .مصر. ط.2004. ص.54

فإرسال الرسالة الإلكترونية مقترنة بالتوقيع الإلكتروني يؤكد نسبتها لشخص محدد من جهة، وأنه لم يحدث تلاعب أو تحريف أو تعديل في الرسالة من جهة أخرى، وهذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة في التعامل الذي يتم عبر شبكة الأنترنت.

لكن لا بد من التذكير أنه لا يمكن أن يحدث ذلك التعادل الوظيفي،ولايمكن أن تتحقق الشروط الضرورية للازمة للتوقيع الإلكتروني، إلاّ بوجود جهة وسيطة وهي هيئة إقرار، تضمن أن صدور التوقيع كان من الشخص المنسوب إليه فتبين إسمه وعنوانه، وإن كان شخصا معنويّا تحدد سلطاته ورقمه السريّ، وتأكد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل في التوقيع، وهذا ما يسمى بخدمة التصديق، والقائم عليها يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني[1].

وخدمات التصديق الإلكتروني تخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية ويكون الترخيص مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل[2]

هذا وأشير في الأخير إلى أنّ مسألة حجية التوقيع الإلكتروني، تثير عدة إنشغالات قانونية منها:

1 - ما مدى توفر التوقيع الإلكتروني على جميع شروطه الضرورية والتي يتطلبها القانون حتى يمنح المحرّر حجية في الإثبات؟

---

[1] نصت المادة 8/8 من قانون 03/2000 المؤوخ في 05أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية على تعريف موفر الخدمات بأنه (كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية)، (ج ر) رقم 48

[2] المادة 6/3 من المرسوم التنفيذي رقم162/07 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المتعلق بنظام الأستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

كما أصدر المشرع الفرنسي مرسوما تنظيميّا يحدد كيفية تطبيق المادة1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، و نظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني

Dérect n°2001-272 du30/3/2001 pris pour l'application de l'article1316-4du code civil et relatif à la signature électronique, JO n°77du31/3/2001.p2070.www.journal-officiel.gouv.fr

خاصة وأن هذا التوقيع يتعرض لعدة مخاطر منها القرصنة والإختراق والفيروسات[1] الموجود في بيئة الأنترنت[2]

ما يجعل من التعرف على صاحب التوقيع أمر بالغ الصعوبة، وهذا يؤدي إلى زعزعة الثقة والأمان في البيع عبر الأنترنت بصفة خاصة والمعاملات الإلكترونية بصفة عامة.

2- تعارض بعض صور التوقيع الإلكتروني مع مبادئ قانون الإثبات، منها مبدأ أساسي وهو عدم جواز إصطناع الشخص دليلاً لنفسه، خاصة في التعاملات التي تستخدم البطاقات المصرفية[3] في سحب النقود من أجهزة الصرّاف الآلي، ففي حالة قيام نزاع بين البنك والعميل حول مقدار المبلغ المسحوب، فإنه يكفي المؤسسة المصرفية لإثبات حقها أن تقدم تسجيلاً للعمليات التي تتم بواسطة الجهاز الصرّاف، وهذا الأخير يخضع لسيطرة المؤسسة المصرفية[4].

غير أن محكمة النقض الفرنسية إعترفت بالتوقيع الإلكتروني الذي يصاحب عملية السحب بحجيته الكاملة، وإكتفت بالأدلّة التي قدمها البنك من التسجيلات التي يقوم بها الجهاز الصرّاف، بالرغم من سيطرة المؤسسة المالية عليه[5].

الخاتمة:

يلاحظ مما سبق تناوله في هذا البحث أن إمكانية التعاقد عبر الأنترنت بشكل خاص وعبر وسائل الإتصال الإلكترونية بشكل عام أبرز مشكلة القيمة القانونية لتلك الوسائل

---

[1] **الفيروس المعلوماتي:** هو مرض يصيب الحاسوب الآلي وشبكة الأنترنت، وهو عبارة عن برنامج صغير يتم تسجيله أو زرعه على أسطوانات الحاسوب، فيظل خاملا لفترة معينة، ثم ينشط فجأة في توقيت معين ليدمر البرامج والمعلومات المخزنة، أو يتلفها جزئيا. **ينظر:** د/عبد الفتاح بيومي حجازي، (النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية)، دار الفكر الجامعي، مصر، الطبعة الأولى 2003، ص39.

[2] هناك عدة أنظمة متخصصّة في مجال الحماية المعلوماتية، منها تقنية الجدار الناري، وهو برنامج يفصل شبكة المعلومات الداخلية للمستخدم عن شبكة الأنترنت، وهناك كذلك تقنية تعرف بـ (SPA :Secure Payement Application)، وهي مخصصة لمعاملات الدفع التي تتم عبر الأنترنت بواسطة بطاقة الإئتمان وبطاقة السحب بين حاملي هذه البطاقة والمؤسسات المالية .

[3] **بطاقة السحب الآلي:** هي بطاقة مخصصة لسحب مبالغ نقدية من الحساب، بحد أقصى متفق عليه، من خلال أجهزة خاصة، بعد إدخال البطاقة فيها وإدخال الرقم السريّ. لمزيد من التفصيل **ينظر:** د/عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص111.

[4] د/ ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص404.

[5] Com. 2/12/1997:JCP. Ed E 1998, n°5.P178, note Bonneau (T)

نقلا عن د/بودالي محمد، المرجع السابق، ص61 .

والحجية الناجمة عن مستخرجاتها متمثلة في وثائق العقود وما تحتويه من توقيعات إلكترونية، لقد إتضح لنا كذلك أنه لابد من الإقرار بالمساواة بين الكتابة الإلكترونية والورقية وذلك بإعطاء الكتابة على الدعامة الإلكترونية نفس القيمة القانونية للكتابة على الداعمة الورقية الرسمية وليس العرفية، وأن يعطى للتوقيع الإلكتروني أيضا نفس حجية التوقيع الخطي في مجال الإثبات.

فالتطور السريع للتجارة الإلكترونية ألزم الدول على ضرورة أن تكون الكتابة والتوقيع الإلكتروني وسيلة آمنة وسريعة في إتمام العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت، أو تتم جزئيا.

ولاحظنا إشتراط المشرع لشرطين في المادة323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري كي تعطى نفس القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني وهما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

كما برز مشكل الحفاظ على سلامة الوثيقة الإلكترونية بعد مرور مدة زمنية معينة، وهو ما إستلزم ظهور خدمة الأرشيف الإلكتروني.

و بينا في هذا البحث أن التوقيع الإلكتروني ما هو في حقيقة الأمر إلاّ امتداد للتوقيع الخطي، فهو يهدف إلى التعبير عن رضا الموقع بما إحتواه المحرر الإلكتروني ومنح هذه الوثيقة صفة الأصل، كما يسعى إلى الحفاظ على نزاهة وسلامة الوثيقة الإلكترونية من التعديل.

ولتحديد هوية الموقع في التوقيع الإلكتروني لابد من وجود شهادة التصديق الإلكتروني، التي تحدد هوية الموقع بشكل دقيق بحيث تحتوي على كل البيانات المتعلقة بالموقع كالاسم واللقب والمهنة والعنوان.

وبالاعتراف بشهادات التصديق الأجنبية يصبح التوقيع الإلكتروني أداة ذات طابع دولي لا تعترف بالحدود الوطنية على هذا الأساس فإن على الجزائر كي تكون طرفا فعالاً في التجارة الإلكترونية - ولن يتسنى لنا ذلك - إلاّ إذا أصدرت قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية والتعاقد عبر الأنترنت والنظام الخاص بخدمة التوثيق الإلكتروني والتي يجب أن تبرز على الخصوص ما يلي:

- أحكام عمليات التعاقد عبر الأنترنت، بشتى أنواعها.
- المساواة بين الكتابة على الورق وفي الشكل الإلكتروني وشروط صحتها.
- شروط إستخدام التوقيع الإلكتروني.

- توضيح المركز القانوني لمزودي الخدمات، إذ يجب أن تبين هيئة ضبط الاتصالات السلكية واللاسلكية الشروط الخاصة لمنح هذا الترخيص، ووضع أحكام المسؤولية المدنية والجنائية لمزود الخدمات.

- تنظيم شهادة التصديق الإلكتروني وبيان حالات تعليقها وإلغائها.

- يمكن أن ينص القانون على إمكانية تولي مزود الخدمات القيام بمهام أخرى مثل الأرشفة الإلكترونية.