مدى حجية الكتابة والتوقيع الإلكترونيين في إثبات العقد المبرم عبر الإنترنت

(دراسة بين القانون الجزائري والقانون المقارن)

د. بن جديد فتحي(*)

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 كثيرًا عن إثبات العقود التقليدية، حيث تبقى أدلة الإثبات نفسها المعتمدة في القانون مطبّقة على العقود الإلكترونية.

والقضاء على مادية العقود تدريجيًا وزوال الكتابة التقليدية في التصرفات الإلكترونية الحديثة، أدّى إلى بروز مشاكل خاصة عندما يطلب القضاء تقديم دليل للإثبات، وبما أن العقد أُبرم عبر الإنترنت فلا وجود لدليل ورقي مكتوب.

كما أن الكتابة الخطية في صورتها التقليدية ليست هي الوسيلة الوحيدة في الإثبات، بل أصبح يعتدُّ بالكتابة التي تكون على دِعامة 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 بالقانون 10/5، مع العلم أن إبرام العقد الإلكتروني ليس بالضرورة يحتاج للكتابة إلّا في حالة العقود الشكلية بطبيعة الحال (المادة 324 مكرر (1) وما يليها كمثال)[1].

(*) أستاذ مساعد بمعهد الحقوق - المركز الجامعي - غليزان - الجزائر.

وحتى لو 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 القانون المدني الجزائري (ق.م.ج)، وليست بداية الإثبات بالكتابة الذي يشترط فيه المشرع أن تكون الاستحالة تتعلق بطلب الدليل الكتابي وليس بتقديم مع فقدِ الدائن لسنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته، مع كون الحصول على الدليل فيه مشقة[2].

الأمر نفسه كذلك بالنسبة للتوقيع في مواد الإثبات، فقد ظلت فكرة التوقيع التقليدي منذ اعتمادها في أواسط القرن السادس عشر الميلادي، تعد وسيلة لتصديق المعلومات التي تتضمنها المحررات وإقرار هذه المعلومات، وبقيت قائمة إلى أن ظهر هذا التحول الملموس في المعاملات المالية من الواقع المادي إلى الواقع الإلكتروني، وظهر أيضًا توقيع يواكب ما استجد على المعاملات المالية من تطور، سمي «التوقيع في الشكل الإلكتروني»[3].

وهنا يطرح السؤال التالي: «**ما مدى الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وفقًا للقواعد التقليدية المنظمة للإثبات؟**».

وتنقسم الدراسة إلى مبحثين؛ الأول: «مفهوم العقد الإلكتروني»، ويتناول تعريفه القانوني والفقهي، وتمييزه عن غيره من العقود، وخصائصه. والثاني: «إثبات العقد المبرم عبر الإنترنت»، ويتناول حجية المحرَّر الإلكتروني، والتوقيع الإلكتروني.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

إن النتيجة الغالبة على عملية الترويج والإشهار للسلع والمنتجات والخدمات عبر الإنترنت، أو بصفة عامة التجارة الإلكترونية هي التعاقد الإلكتروني، الذي يعد - بحق - القلب النابض للتجارة الإلكترونية[4].

وإن استمدت أركانها من القواعد العامة إلّا أنها تتفاوت في صورها وتتنوع في طبيعتها، على نحو يضفي عليها الكثير من الخصوصية، باعتبار أن هذه العقود تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بُعد، وهي ذات طابع دولي[5].

ولفهم العقد الإلكتروني، لا بد من دراسة العناصر التقليدية الثلاثة في أي دراسة، وهي: التعريف، والتمييز عما يشابهه من نظم وعقود قد توجد في البيئة الإلكترونية، وكذا دراسة خصائصه التي تميزه، مع التركيز على العنصر الإلكتروني في هذا العقد، ومن ثَمَّ دراسة الطريقة والوسيلة التي ينعقد بها.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني:

في البداية أشير إلى أن العقد الإلكتروني لا يوجد له تعريف محدد، سواء في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية[6]، أو في التوجيه الأوروبي[7]، أو في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية للأمم المتحدة[8]، وهذا في ظل غياب تعريف له في القانون الجزائري أيضًا، بل وغياب الأحكام الخاصة التي تنظم العقد الإلكتروني عامة.

الفرع الأول: التعريف القانوني:

البند الأول: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة وفي الوثائق الأوروبية:

لم ينص القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية 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 البيانات إلكترونيًا أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النَّسْخ البرقي»[9].

كذلك عرف تبادل المعلومات الإلكترونية (L'échange des données informatisées) بـ «نقل المعلومات إلكترونيًا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات»[10].

والملحوظ أن التطور التكنولوجي الحالي قد تعدى 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 ما لم يأخذه بعين الاعتبار هذا التعريف.

أما في أوروبا فقد صدر عن البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 7/97 المتعلق بالتعاقد عن بُعد وحماية المستهلكين، ونص في المادة 2 منه على تعريف التعاقد عن بُعد بأنه «كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورّد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بُعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بُعد لإبرام العقد أو تنفيذه»[11].

وعرفت تقنية الاتصال عن بُعد في النص نفسه بأنها «كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه»[12].

لا جدال في أن العقد الإلكتروني يتم عن بُعد، وهو بذلك ينتمي لطائفة العقود عن بُعد، وبالتالي تنطبق عليه قواعد التوجيه الأوروبي، مع الاحتفاظ بخاصيته الإلكترونية. لكن ما يؤخذ على هذا التعريف هو 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 أية وسيلة إلكترونية تستعمل في التعاقد عن بُعد، ولا شك أن إبرام العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يدخل ضمن هذا التعريف.

البند الثاني: التعريف الوارد في التشريع العربي:

لقد أتى على تعريف العقد الإلكتروني في القوانين العربية، كل من المشرع الأردني والمشرع الإماراتي وخالفهما في ذلك التشريع التونسي.

أولًا- التشريع الأردني:

عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[13]، العقد الإلكتروني على أنه «الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية كليًا أو جزئيًا»[14]، وهذا بحسب نوعه فقد يكون إلكترونيًا إبرامًا وتنفيذًا، كما هو الحال في عقود الحصول على المعلومات والبرامج، وقد يكون إلكترونيًا من حيث الانعقاد دون التنفيذ، الذي يتم خارج الشبكة الدولية مثل عقد بيع المنتجات المادية والتي يتم تسلمها بالطرق العادية[15].

وأضافت المادة نفسها من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تعريفًا خاصًا 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 أي دائرة حكومية».

ثانيًا- التشريع الإماراتي:

جاء في تشريع إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية[16]، تعريف المعاملات الإلكترونية بأنها «أي تعامل أو عقد أو اتفاقية، يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي، بواسطة المراسلات الإلكترونية»[17]. والمراسلات الإلكترونية هي «إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية». وتتمثل الرسائل الإلكترونية في «معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أيًا كانت وسيلة استخراجها في مكان المستلمة فيه».

وما يلاحظ على كلا القانونين الأردني والإماراتي، أنهما اعتبرا مجرد استعمال وسيلة إلكترونية في أي مرحلة من مراحل التعاقد، سواء كليًا أو جزئيًا، دون بقية مراحل التعاقد الأخرى كافيًا لإضفاء الصفة الإلكترونية على العقد. وهذا ما يجعل مفهوم العقد الإلكتروني يتوافق مع مفهوم رسالة البيانات المنصوص عليها في قانون أونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث اعترفت أنه يكفي فقط إرسال أو إنشاء أو استلام أو تخزين المعلومات بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو ما شابهها كي تسمى «رسالة 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 معاصر لطرفي العقد، وباستخدام

تقنيـة الاتصـال عن بُعـد من أجل عرض المنتـج من البـائع وأمـر الشراء من المشتري»[18]، هذا التعريف يضع عقد البيع عبر الإنترنت ضمن العقود التي تتم عن بُعد كالتعاقد عن طريق التليفزيون أو الهاتف[19].

وهناك من يعرف العقد الإلكتروني بأنه «اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بُعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل[20] بين الموجب والقابل»[21].

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، أما عن محل العقد فيجوز أن يرد على المنتجات أو الخدمات. ولكن ما يؤخذ على التعريف السابق هو أنه اشترط وسيلة مسموعة ومرئية (audio-visuel)، لكي يعد العقد إلكترونيًا، 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 أو غيرها من الخدمات الأخرى التي لا تجمع بين عنصري السماع والرؤية، وهذا ما أكده قانون أونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية في تعريفه لرسالة البيانات.

لقد أورد الفقه عـدة تعريفات أخرى للعقـد الإلكتروني، أبرزها تلك التي اعتمدت في تعريفه على إحدى وسائل إبرامه، معتبرًا أن « العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنت»[22]. ولكن ما يؤخذ على هذا التعريف هو أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في «شبكة الإنترنت»، متجاهلًا الوسائل الأخرى لإبرامـه مثـل التـلكس والفـاكس، إضـافة إلى المنيتيـل (minitel) في فرنسا[23].

كذلك من الفقهاء مَن يعد العقد إلكترونيًا، بمجرد أن يبرم - ولو جزئيًا - بوسيلة إلكترونية، فـ «العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليًا أو جزئيًا، أصالة أو نيابة»[24]. وهذا ما أخذ به المشرع الإماراتي والمشرع الأردني.

ومن التعاريف ما يشمل جميع الوسائل الإلكترونية، ولكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيًا، أن تكتمل عناصره كافة عبر الوسيلة الإلكترونية، حتى إتمامه، معتبرًا أنه « كل عقد يتم عن بُعد باستعمال وسيلة إلكترونية، وذلك حتى إتمام العقد»[25].

ويظل أفضل تعريف - من وجهة نظري - هو ذلك التعريف الشامل المحدد لمفهوم عقد البيع الإلكتروني، الذي يشمل استعمال أية خدمة إلكترونية تقدمها شبكة الإنترنت، سواء عند إبرام العقد أو تنفيذه أو كلاهما، وسواء كان ذلك كليًا أو جزئيًا - بمعنى آخر التعريف الذي يبقي على خصوصيته، والمتمثلة بصفة أساسية في طريقة انعقاده عن طريق شبكة الإنترنت، وعدم إغفال الطابع الإلكتروني اللامادي له، مع التأكيد على اعتباره من العقود التي تبرم عن بُعد.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود:

لتوضيح العقد الإلكتروني أكثر لا يكفي مجرّد تعريفه، بل علينا أيضًا 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 بُعد، فهو يشترك معها في هذه الميزة، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن العقد الإلكتروني ليس هو العقد الوحيد الذي يظهر لنا بمناسبة التعاقد عبر الإنترنت، أو في البيئة الإلكترونية بصفة عامة، بل هناك عقود أخرى ملازمة له في البيئة نفسها.

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) بأنه «عقد يلتزم بمقتضاه البائع أن ينقل للمشتري ملكية شيء، أو حقًا ماليًا آخر، في مقابل ثمن نقدي»[26].

وعرفه القانون المدني الفرنسي بأنه «عقد بمقتضاه يلتزم شخص بتسليم شيء إلى شخص آخر يدفع له ثمنه »[27].

ويمتاز هذا العقد بأنه من العقود التبادلية، وهو رضائي، ناقل للملكية ومن عقود المعاوضة[28]، وفيه يكون كلا المتعاقدين حاضرًا في مواجهة الآخر عند تبادل التعبير عن الإرادة.

ومن الواضح أن العقد الإلكتروني ليس عقد بيع تقليدي، فهذا الأخير يتسم بصفة رئيسة وهي المواجهة بين المتعاقدين الحاضرين في مجلس العقد، أما العقد الإلكتروني فيقوم بين طرفين بعيدين منفصلين عن بعضهما ويلتقيان بواسطة جهاز إلكتروني، وإن كانت وسيلة الاتصال فورية وحديثة[29].

إضافة إلى الخصوصية الإلكترونية التي تميزه عن البيع التقليدي، مع الإشارة إلى أن عقد البيع التقليدي تعطى له الصفة الإلكترونية لو كان في إحدى مراحله إلكترونيًا[30].

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

عقد البيع عن بُعد (contrat de vente à distance) هو عقد يتم بين غائبين ولا يجمع المتعاقدين فيه مجلسٌ واحد، فهو عقد يتميز بعدم الحضور المادي

المعاصر للمتعاقدين، وينتقل فيه الإيجاب عن بُعد بوسائل مختلفة، مثل إرسال كتالوج أو بالتليفون أو عن طريق التليفزيون، أو بوسيلة اتصال مرئية (vidéotex) أو مسموعة (audiotex)، والشيء نفسه بالنسبة للمشتري[31].

وقد عرفه التوجيه الأوروبي رقم 7/97 الصادر عن البرلمان الأوروبي عليه بأنه «عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة، ينعقد بمبادرة من المحترف دون حضور مادي معاصر للمحترف والمستهلك، وباستخدام تقنية للاتصال عن بُعد، من أجل نقل عرض المحترف وأمر الشراء من المستهلك»[32].

كما جاء قانون حماية المستهلك الفرنسي ليعرف عملية البيع عن بُعد بأنها: «كل بيع لمال أو أداء لخدمة، يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بُعد»[33].

ومما يستوجب الملاحظة أن عقد البيع المبرم عبر الإنترنت هو نوع خاص من العقود المبرمة عن بُعد والتي تتم ما بين غائبين، وفي الوقت نفسه تستخدم أحدث وسائل الاتصال الفورية الحديثة.

ومن أبرز صور التعاقد عن بُعد، عقد البيع بالتليفزيون[34]، المنظم في فرنسا بقانون 88/21 المؤرخ في 1988/1/6، والذي تم إدراج أحكامه ضمن قانون حماية الاستهلاك بالمواد من 16-121 إلى 20-121 L ، الذي يعرفه بأنه عبارة عن «طلب سلعة أو منتج بواسطة التليفون أو منيتيل معروضة على وسائل الاتصال السمعية المرئية»[35].

وما يميزه عن العقد المبرم عبر الإنترنت هو أنه يبث عبر الإذاعة المسموعة والمرئية (التلفزة)، فهو إعلام وقتي يزول سريعًا، ولا يستمر إلّا مدة البث، أما شبكة الإنترنت فالإعلام فيها مستمر بدون انقطاع، إضافة إلى لجوء طالب

التعاقد عبر التلفاز إلى الاتصال بالبائع من أجل مزيد من التفاصيل حول الشيء المبيع، وقد تكفلت مواقع الإنترنت بهذا الأمر في حالة البيع عبرها، بحيث يجد المشتري كل التفاصيل الدقيقة للشيء المبيع.

إضافة إلى أن عقد البيع عبر التليفزيون فيه عنصر البث من طرف واحد ولا توجد فيه إمكانية للتجاوب من الطرف الآخر، على عكس عقد البيع عبر الإنترنت الذي يمتاز بميزة التفاعلية بين طرفيه[36].

كذلك من صور التعاقد عن بُعد التعاقد عن طريق الهاتف الذي يشبه العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الإنترنت في أن كلاهما تعاقد فوري ومباشر ليس لعامل الزمن فيه اعتبار، إلّا أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد شفوي يحتاج إلى تأكيد كتابي يرسله الطرف الآخر، أما التعاقد عبر الإنترنت فلا 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)، والذي يتمثل في دعوة من الجانب المهني لمقابلة المستهلك، من أجل أن يقترح عليه بيع أو شيء أو إيجاره أو تقديم خدمة له، ويكون ذلك إما بتنقل التاجر إلى موطن المستهلك في مسكنه أو أن ينتقل المستهلك لمقابلة التاجر في مكان ليس مخصصًا 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[37].

كذلك يختلف العقد الإلكتروني عن السعي لإبرام العقد؛ كون هذا الأخير يتميز بحضور مادي معاصر للمحترف والمستهلك[38].

وهذا عكس التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، فإن صفة التفاعلية في هذه الشبكة تسمح بحضور افتراضي معاصر (présence virtuelle simultanée) كما تسمح صفة التفاعلية، بتسليم بعض الأشياء وأداء بعض الخدمات فورًا على الشبكة، مثل الحصول على المعلومات أو برنامج الكمبيوتر[39].

خلاصة هذا التمييز أنه إذا كانت الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بُعد تطبق على عقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، إلّا أنه يظل يخضع لأحكام خاصة به، وهذا نظرًا للخصوصية التي تميزه، خاصة حين نعلم أن البعد المكاني بين الموجب والقابل، يظل واقعًا مؤثرًا لا يجوز إنكاره، خاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد، وكذا ضمان العيوب الخفية.

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

المقصود بالعقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية، تلك العقود الخاصة بتجهيز خدمات الإنترنت وتقديمها، 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 أيضًا «عقد الاشتراك في الإنترنت»، وهو العقد التي يحقق الدخول إلى الشبكة من الناحية الفنية وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة

الدخول إلى الإنترنت للعميل، الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة مقابل سداد مبلغ معين يسمى بالاشتراك[40].

وبناء عليه فإن العميل يلتزم في عقد الدخول إلى الإنترنت بالتزام رئيس هو سداد مبلغ معين، وذلك في مقابل الدخول لمدة محددة أو غير محددة لجميع الخدمات التي تقدم على شبكة الإنترنت، وهذا الالتزام الأخير أي التزام المورد هو التزام بتحقيق نتيجة[41].

البند الثاني: عقد الإيجار المعلوماتي:

ويطلق عليه أيضًا عقد الإيواء (contrat d'hébergement)[42]، وهو عقد من عقود تقديم الخدمات، يتمثل موضوعه في التزام مقدم خدمة الإنترنت، بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبًا من إمكانياته الفنية في تحقيق مصالحه، ويتمثل ذلك غالبًا في إتاحة انتفاع الشخص بمساحة على القرص الصلب (espace disque dur) بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين[43].

أو أن يتيح مقدم الخدمة المعلوماتية للمشترك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، فيخصص له حيزًا على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت، حيث يتمكن من التعامل بموقعه الإلكتروني، من خلال هذا الجهاز[44].

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 الإمكانيات 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 مسؤولًا عن الاستعمال الذي يقوم به المشترك أو الأضرار التي يسببها للغير، ما لم يثبت مقدم الخدمة، قد شارك في ذلك أو كان على علم به، أو لم يتخل عن حيازته لإمكانيات أجهزته[45].

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

ويطلق عليه أيضًا عقد المشاركة (le contrat de participation)، وهو العقد المبرم بين المشترك (التاجر) ومقدم خدمة الاشتراك في الإنترنت، أو بين المشترك وصاحب المركز التجاري الافتراضي 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[46].

كما يلتزم المشارك بدفع المقابل المالي، ويتضمن هذا العقد عادة بعض الأحكام التي تنظمه، مثل تحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصل للمنتجات والسلع والخدمات المعروضة، كذلك تحديد اللغة التي يتم العرض بها، وتحديد - كذلك - الأسعار بوضوح، مع بيان الضرائب ونفقات الشحن، ومواعيد التسليم، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية، وتنظيم إبرام العقود مع الأفراد، وطرق الوفاء وغيرها[47].

المطلب الثالث: خصائص العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت[48]:

بما أننا حصرنا وسيلة التعاقد الإلكتروني في الإنترنت، فسوف نركز على أهم الخصائص التي تقدمها هذه الوسيلة للعقد الإلكتروني، فإضافة إلى أن العقد مبرم بوسيلة إلكترونية، وهو من العقود المبرمة عن بُعد، وذو طابع دولي وتجاري،

نجد أن الإيجاب القائم عليه العقد يتسم غالبًا 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 الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية:

الخاصية الإلكترونية[49] هي أهم الخصائص التي تميّز العقد الإلكتروني عن باقي العقود، والتي سبق أن أشرنا إليها، خاصة عقد البيع التقليدي الذي يختلف عنه في استعماله للوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد وتنفيذه، أو في إحدى مراحل العقد.

وشبكة الإنترنت هي واحدة من عدة أنواع من الوسائل الإلكترونية التي يتم التعاقد بها، لكنها هي الغالبة على التعاقد الإلكتروني، فقد سبق الإشارة إلى أن قانون أونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، 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[50].

مع هذا تفوقت شبكة الإنترنت على باقي الوسائل الأخرى في التعاقد، وتفوقت خدمة شبكة المواقع WEB، على باقي الخدمات المعروضة عبر شبكة الإنترنت، فأصبحت هي الجزء الرئيس المكون لها، وهذا راجع لميزاتها التي تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه[51].

وأشير هنا إلى أنه يتم استخدام عدة وسائل إلكترونية في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، أهمها:

أولًا: جهاز الكمبيوتر: وهو أوسع الأجهزة انتشارًا واستخدامًا في التعاقد

عبر الإنترنت وجهاز الكمبيوتر هو «جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقًا 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 بالإنترنت، وسواء أيضًا باستعمال خطوط الهاتف التقليدي، أو الشبكات المحلية اللاسلكية[52].

ثانيًا: التجهيزات الذكية Intelligent Equipements: وهي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول إلى الإنترنت، 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 إلكترونيًا، عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيًا إلى أحد المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الإنترنت، فتتم العملية دون تدخل بشري، وهذا ما يطلق عليه اسم «المعاملات الإلكترونية المؤتمتة».

ثالثًا: الهاتف المحمول: ويسمى كذلك الهاتف النقال أو الهاتف الخلوي[53]، الذي بإمكانه الدخول إلى شبكة الإنترنت وتسمى هذه الخدمة «خدمة (wap)»، حيث تمكن من إبرام العقود والتجارة الإلكترونية الخلوية بصفة عامة، ويرمز لها بـ (M-commerce)[54].

ولا بد من الإشارة إلى حلول وسائل الدفع الإلكتروني في العقد الإلكتروني محل الوسائل التقليدية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد 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 الإلكتروني هو عقد مبرم عن بُعد:

من خصائص العقد الإلكتروني كذلك، أنه من العقود المبرمة عن بُعد، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ويقصد بالعقد المبرم عن بُعد في القانون الفرنسي «العقد الذي يبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد»[55].

فالسمة الأساسية لهذا العقد تتمثل في:

أولًا: عدم الحضور المادي المعاصر لأطرافه، في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجهًا لوجه، في لحظة التقاء إرادتيهما.

ثانيًا: أن إبرام هذا العقد يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بُعد، بما فيها الإنترنت.

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

1- أنه 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 معاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما، فيتعبه القبول من الطرف الآخر.

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

4- توقيع المتعاقدين[56].

والعقد المبرم عبر الإنترنت يمتاز بصفة التفاعلية ما بين أطرافه، وإن لم يكونوا حاضرين في مجلس عقد فعلي، إلّا أنه يعتبر مجلس عقد حكمي افتراضي، ما دام أن هناك حضورًا ماديًا معاصرًا لطرفي العقد، وهذا ما يميزه عن بقية العقود المبرمة عن بُعد.

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني ذو طابع دولي وتجاري:

يتميز عقد البيع الإلكتروني غالبًا 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 دوليًا في حالة اختلاف جنسية المتعاقدين أو اختلاف مركز أعمالهم أو محل إقامتهم، وبه يعدّ البيع دوليًا ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسية واحدة.

أما المعيار الموضوعي فيقتضي توفر إحدى ثلاث 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 بأنه ليس دائمًا ما يقع العقد بين طرفين مختلفي الجنسية أو مختلفي مراكز العمل، أو يقيمان بدولتين مختلفتين، أو يصدر الإيجاب والقبول من دولتين مختلفتين، أو أن يكون محل العقد بحاجة للنقل عبر الحدود، فقد يتعاقد طرفان محليان عبر الإنترنت، وتكون كل عناصر العقد السالفة الذكر وطنية، إلَّا أن وسيلة التعاقد هي شبكة الإنترنت.

إضافة إلى اعتبار العقد الإلكتروني من أهم وسائل التجارة الإلكترونية، حتى أطلق مصطلح (التجارة الإلكترونية) على تلك المعاملات والعلاقات التي تتم بين المتعاملين، من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية.

والتجارة الإلكترونية هي ممارسة تلك الأعمال بواسطة وسائل إلكترونية، ومن هنا يمكن القول: إن عقود التجارة الإلكترونية، لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها ومحترفوها، 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 عملًا تجاريًا أو يبرمها تاجر وتتعلق بشؤون تجارته[57].

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)[58]، فهي عقود ذات صفة مدنية؛ لأنها بعيدة عن النشاط التجاري وتهدف إلى إشباع الحاجات الشخصية من السلع والخدمات المختلفة، وأخرى تتم بين مستهلكين ومحترفين، فهي عقود مختلطة، حيث يعد العقد تجاريًا بالنسبة للمحترف ومدنيًا بالنسبة للمستهلك.

المبحث الثاني

إثبات العقد المبرم عبر الإنترنت

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

تعد الكتابة من أقوى طرق الإثبات المعروفة؛ لما تتوفر عليه من مزايا، وما توفره للأشخاص من ضمانات[59]، وبظهور وسائل اتصال حديثة كالفاكس والبريد الإلكتروني أدى إلى ظهور دعامات غير ورقية ذات طابع إلكتروني تستعمل في الكتابة، ومن ثَمَّ في الإثبات.

وإن كان المرسوم الأوروبي الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بُعد، 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[60].

ويستنبط هذا التأكيد الكتابي للمعلومات محل الإيجاب الإلكتروني أيضًا من نص المادة (L121-27) من قانون الاستهلاك الفرنسي، والتي تحكم البيوع التي تتم في موطن المستهلك، فقد نصت هذه المادة على أنه بمجرد اتصال الشركة تلفونيًا 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[61].

والكتابة الشائعة في الإثبات، رسمية كانت أو عرفية، يصطلح على تسميتها «المحرر أو السند» (Ecrit-acte ou Titre).

والمحرر العرفي هو كل محرر تخلف فيه أحد الشروط الضرورية كي يصبح محررًا رسميًا، وهذه الشروط نصت عليها المادة 324 من (ق.م.ج) [62].

الفرع الأول: مفهوم الكتابة في الشكل الإلكتروني:

لا بد من الإشارة إلى أن المفهوم التقليدي للكتابة كان مرتبطًا 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 مستخدمًا في زمن الرسول ﷺ.

لم يكن القانون يعترف بالكتابة المدونة على دعامة إلكترونية؛ لأنها لا تترك أثرًا ماديًا مدونًا له الأثر نفسه 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).

أولًا- 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 الإنترنت[63].

أو هي كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سجلت عليه معلومات معينة، سواء كان معدًا للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية للمعلومات أم كان مشتقًا 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[64].

وقد سماها المشرع الأردني «السجل الإلكتروني»، وهو «القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية»[65].

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 قابلًا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه»[66].

أما في التشريع الجزائري فقد نصت المادة 323 مكرر من (ق.م.ج) على تعريف جديد للكتابة، هو: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام، أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها»[67].

وبالتالي فإن الكتابة في الشكل الإلكتروني[68] هي ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام، أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم والمكتوبة على دعامات إلكترونية، ومهما كانت طرق إرسالها.

ثانيًا- خصائص التعريف الجديد للكتابة:

يفهم من نص المادة 323 مكرر: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل الحروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها»، أن المشرع قد وسع من مفهوم الكتابة للإثبات، سواء كانت على دعامة ورقية أو إلكترونية أو قرص مضغوط أو على قرص مرن، أو أية دعامة جديدة تظهر في المستقبل[69].

كما اشترط 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[70]، بحيث إن المحتوى المعلوماتي لهذه الكتابة المعبر عنها في الشكل الإلكتروني إن كان مشفرًا، أي لا يمكن إدراك معاينته إلّا من قبل الحاسوب فقط، فإن هذه الكتابة لا تصح لتكون دليل إثبات؛ لأنه لا يمكن للقاضي إدراك محتواها في حالة وجود نزاع[71].

الفرع الثاني: القوة الثبوتية للكتابة في الشكل الإلكتروني (حجية 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.

لهذا نجد أن المادة 323 مكرر (1) من (ق.م.ج) قد ذكرت شرطين ضروريين كي تعطى للمحرر الإلكتروني القوة الثبوتية نفسها التي يتمتع بها المحرر الورقي، أو ما يسمى بمبدأ التعادل الوظيفي[72] بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية، وهذه الشروط هي: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت منه هذه الكتابة، وأن تكون معدَّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها[73].

أولًا- مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق:

مبدأ التعادل الوظيفي (L'équivalent fonctionnel) بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، أي إنهما يؤديان الوظيفة نفسها، وهما في الدرجة نفسها من القوة الثبوتية والحجية القانونية، هو مبدأ كرسه القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية في المادة السادسة منه، التي نصت على أنه

«عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقًا».

واعتمد المبدأ أيضًا في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني في مادته السابعة، ومما جاء فيها «يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجًا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي...».

أما في فرنسا فقد ثار جدل فقهي حول اعتبار الكتابة في صورتها الحديثة في الشكل الإلكتروني، معادلة في حجيتها حجية الكتابة الرسمية على الورق، وطرح الإشكال أول الأمر حين أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2000/230 المؤرخ في 2000/3/13، والمتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني المعدل للقانون المدني الفرنسي في المادة 1-1316، التي جاء فيها «يعتد بالكتابة المتخذة شكلًا إلكترونيًا كدليل، شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية، بشرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تعيين الشخص الذي صدرت منه، وأن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها... يكون للكتابة على دعامة إلكترونية نفس القوة في الإثبات، التي للكتابة على ورق»[74].

فمصطلح «الكتابة على الورق» جعل من الفقه الفرنسي ينقسم إلى فريق يعتبر الكتابة في الشكل الإلكتروني معادلة للكتابة الورقية الرسمية[75]، وآخر يعادلها بالكتابة الورقية العرفية فقط، دون أن ترتقي إلى درجة الوثيقة الورقية الرسمية نفسها.

ونجد أن الرأي الأول فسر أحكام المادة 1316 (ق.م.ف) في أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي؛ نظرًا لعمومية تعريف الكتابة

الواردة في نص المادة السالفة الذكر، وتقابلها في التشريع الجزائري المادة 323 مكرر(ق.م.ج)، الموجودة ضمن الباب المخصص بإثبات الالتزام في الفصل الأول الخاص بالإثبات بالكتابة.

بينما ذهب الفريق الثاني[76] للقول: إن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله في العقود العرفية والأوراق العرفية فقط[77]، وبالتالي فإن الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلّا 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 أن يحضر إذا ما تعلق الأمر بالكتابة الإلكترونية.

أما في الجزائر فيدعم الرأي الأول اعتراف المادة 323 مكرر (1) 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 الفعالية نفسها من حيث الحجية وصحة الإثبات، دون أن يبين نوعية الكتابة أو درجتها.

أما الرأي الثاني فمدعم بالشروط التي نصت عليها المادة 324 (ق.م.ج) حين اشترطت حضور الضابط العمومي والحضور المادي لأطراف العقد أمامه لصحته وإعطاء الصفة الرسمية له[78]، وبالتالي فإن الكتابة الإلكترونية لا يمكن إلّا أن تكون عرفية؛ لعدم حضور ضابط عمومي فيها، وما يدعم هذا الطرح أيضًا هو أن المشرع نص على التوقيع الإلكتروني الذي هو مرادف للكتابة الإلكترونية حين تعريفه للعقد العرفي وليس للعقد الرسمي في المادة 327 (ق.م.ج).

لذلك - من وجهة نظري - فإن الأحكام المتعلقة بالكتابة العرفية هي التي تطبق على الكتابة التي تكون في الشكل الإلكتروني على الأقل في هذه المرحلة؛

نظرًا لغياب جهة توثيق رسمية خاصة بالوثائق والتواقيع الإلكترونية تعطي الصفة الرسمية لها، لذا يمكن إثبات العقود والتصرفات القانونية التي لا تفوق قيمتها مائة ألف دينار بالكتابة المبرمة في الشكل الإلكتروني، تطبيقًا 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 تهدم الدليل الثابت الإلكتروني في الشكل العرفي.

ولكي نخرج من هذا الإشكال برمته، فقد أقرت جميع التشريعات المقارنة خدمة التوثيق الإلكتروني ومعادلتها لعملية التصديق والتوثيق العادية، فيعطى للمحرر في الشكل الإلكتروني القيمة والميزة الرسمية بعد تسجيله من طرف جهة التوثيق المعتمدة في الدولة، وهي عبارة عن كل مقدم خدمة توثيق، كما أن عدم وجود مجلس واحد يجمع طرفي العقد والموثق المتمثل في مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني، لا يحول دون اعتبار الشهادة المسلَّمة والخاصة بطرفي العقد شهادة مصدَّقة وموثَّقة يحتج بها طرفا العقد وأيضًا الغير، هذا إذا توفرت شروطها القانونية، بالرغم من وجودها السابق على عملية التعاقد، حيث نجد أنه يقدم الأشخاص على تقديم بياناتهم الشخصية مذيَّلة بتواقيعهم إلى جهات التوثيق الإلكتروني وتسلم لهم شهادات بذلك قبل إظهار رغبتهم في التعاقد، ويستعملون تلك الشهادات من أجل إبرام العقود، وبالتالي لا يمنع هذا من الاحتجاج بها كوثيقة رسمية صادرة عن جهة معتمدة في الدولة.

وقد أقر المشرع الفرنسي بإمكانية تنظيم الوثيقة الرسمية بوسيلة إلكترونية، بشرط أن يتم وضعها وحفظها وفق شروط تحدد بمراسيم تصدر عن مجلس الشورى الفرنسي، وهذا يتجاوب مع مفهوم الحكومة الإلكترونية الذي بدأ يظهر في دول العالم[79].

ثانيًا- شروط قبول الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات:

بما أن طبيعة المعاملات التي تبرم عبر الإنترنت ذات خاصيّة إلكترونية، وتتم في محيط يصعب فيه التعرف على هوية أطراف العلاقة العقدية؛ كونه محيطًا افتراضيًّا وليس محسوسًا، مع احتمال تعرض الكتابة الإلكترونية التي تثبت العقد للتغيير، من دون أن يترك هذا التغيير أثرًا ملموسًا.

لهذا فقد وضع المشرع لقبول الكتابة الإلكترونية للإثبات شرطين، هما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدَّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. هذا ما أكدته التشريعات التي اعترفت صراحة بالإثبات بالكتابة الإلكترونية، فقد نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه «يستمد السجل الإلكتروني أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية، إذا توافرت فيه مجتمعةً 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 إنشاؤه أو إرساله 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 مَن ينشئه أو يتسلمه، وتاريخ ووقت إرساله وتسلمه...»[80].

البند الأول: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها:

إمكانية تأكد المتعاقد من هوية الطرف الآخر، وتوثُّقه من أن الشخص الذي يخاطبه هو - بالفعل - 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 حجية 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[81]، أو وسائل التعريف البيولوجية للمستخدم كبصمات الأصابع المنقولة رقميًا أو تناظريًا أو حدقة العين أو سمات الصوت.

هذه الوسائل وإن كانت فيها ثغرات أمنية وغير كافية، إلّا أنها تساعد على ضمان إثبات هوية الشخص الذي أصدر الوثيقة الإلكترونية من جهة، وتأكيد الاتصال من جهة أخرى[82].

وهذا ما استدعى اللجوء إلى فكرة الشخص الوسيط في العلاقة العقدية أو ما يسمى (السلطات الموثوقية)[83]، وهي عبارة عن أشخاص وشركات ناشطة في ميدان الخدمات التقنية تقدم شهادات تتضمن تأكيدًا من شخصية المخاطب، وتأكيدًا على أن الطلب أو الجواب قد صدر من الموقع المعين، وتحدد تاريخ صدور الطلب أو الجواب، وتستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءًا بكلمة السر وانتهاء بتقنيات التشفير، وقد سماها قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي بـ (مزود خدمات التصديق)، فقد تكون أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها، تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتواقيع الإلكترونية[84]، وبعد أن تقوم بالتحقق من إجراءات التوثيق، تسلم شهادة التوثيق، وهي «الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استنادًا إلى إجراءات توثيق معتمدة»[85].

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 «هيئة خدمات التصديق» (Prestataire de service de certification)، وكذلك القانون الأردني الذي أنشأ سلطات التوثيق[86]، والقانون التونسي سماها «الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية»[87].

أما في الجزائر فقد سماها بخدمة التصديق والقائم عليها يسمى بمؤدي خدمات التصديق الإلكتروني وقد عرفه المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي رقم 162/7 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 3/2000 والذي يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني[88]، والشهادة الإلكترونية هي وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع[89].

كما أعطى المشرع الجزائري القيمة نفسها التي للشهادات التي يتسلمها مؤدي خدمات تصديق إلكتروني مقيم في بلد أجنبي، بشرط أن يكون هذا الأخير يتصرف في إطار اتفاقية للاعتراف المتبادل، تبرمها سلطة ضبط البريد والمراسلات السلكية واللاسلكية الجزائرية.

كما أن هناك من الفقهاء مَن يقترح إنشاء خدمة الأرشيف (Service d'archivage)، وهي جهة 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 تنفيذًا لتعليمات الشخص الذي يخزنها، فإن هذه المعلومات التي سوف تقدم كدليل إثبات يمكن أن تكون من صنع هذا المستعمل، فهي - إذًا - صادرة عنه ولا يجوز له أن يحتج بها كدليل إثبات، تطبيقًا لمبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلًا لنفسه، ومن هنا تظهر القيمة القانونية لوجود الوسيط لحفظ هذه الوثائق[90].

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

الإفرازات التقنية المستحدثة في كل حين، تجعل من الصعب ضمان وجود وسائط إلكترونية لازمة لقراءة الكتابة الإلكترونية الموضوعة على دعامات قديمة، أو لم يعد من الإمكان استعمالها[91]، حتى لو حفظت في ظروف ملائمة، وهنا يكمن الاختلاف بين الدعامة المادية الورقية والدعامة الإلكترونية غير الملموسة.

لهذا يشرط أن يمتاز الحامل الإلكتروني الذي تُحفظ عليه الوثيقة الإلكترونية، بخاصية إمكانية الاطلاع على الوثيقة الإلكترونية طيلة مدة صلاحيتها، وذلك أن هذه الوثيقة كالوثيقة المكتوبة تمامًا لها فترة صلاحية، وإذا ما انتهت هذه الصلاحية يكون من المتعذر استرجاع البيانات المدونة بها والاستفادة منها، وهذا ما يقتضي أن يكون للحامل صفة القابلية للاستمرار[92].

وهذا نظرًا 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.

ويمكن حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يسمى الوسيط، وهو وسيلة قابلة للتخزين وحفظ المعلومات واسترجاعها 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 الإنترنت، أو أي حامل إلكتروني تتم صناعته في المستقبل.

كذلك أن يتم حفظ المعلومات المتعلقة بالجهة التي صدرت عنها الوثيقة الإلكترونية، سواء كانت شخصًا طبيعيًّا أو اعتباريًا، وكذلك الجهة المرسلة إليها، كما يجب حفظ الوثيقة الإلكترونية في شكلها النهائي طوال مدة صلاحيتها، بحيث يمكن الرجوع دائمًا لهذا الشكل النهائي عند الحاجة إليها، وأخيرًا حفظ المعلومات المتعلقة بتاريخ إرسال الوثيقة واستقبالها ومكان ذلك؛ وذلك لأن هذه المعلومات ترتب آثارًا قانونية في حق طرفي الوثيقة متى تعلقت بعقد إلكتروني، إذ يمكن عن طريق هذه البيانات تحديد مكان انعقاد العقد وزمانه، وما إذا كان طرفا العقد قد جمعهما مجلس عقد واحد أم لا.

وأضاف كل من المشرع الإماراتي والمشرع الأردني والمشرع التونسي[93] التزامًا على المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل ذاته الذي أرسلها به، حتى تكون حجة عليه متى تعلق حق للغير بهذه الوثيقة، فإذا ادعى خلاف ذلك، كانت الصورة المسلَّمة إليه، حجة عليه وحجة للطرف الآخر الذي يتمسك ضده بهذه الوثيقة الإلكترونية[94]، إضافة إلى ذلك وجب عليه أن يقدم نسخة خطيّة للمرسل إليه، أو أن يضمن قدرة المرسل إليه على طباعة تلك المعلومات وتخزينها[95].

ثالثًا- التنازع بين الكتابة الإلكترونية والكتابة على الورق في الإثبات:

لم يكن القانون المدني يعترف قبل صدور الأمر 10/5 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 قانونًا، فالمحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات، فالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات.

إلّا أنه بظهور الكتابة الإلكترونية التي تختلف في طبيعتها عن الكتابة الورقية وتوازيها معها في الوقت نفسه في قوتها الثبوتية، أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينهما، فلو وقع نزاع حول تنفيذ عقد ما وكان مبرمًا بطريقة إلكترونية إلّا أنه كتب على دعامتين ورقية وإلكترونية، مع اختلاف فيما بينهما، وتمسك كل طرف بأحد الوثيقتين المعدَّة 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 في 2000/3/13، والمتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني، وتحديدًا في المادة 1316-2 التي جاء فيها «عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك اتفاق متكافئ في إثبات الالتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد الأكثر مصداقية، أيًا كانت دعامته، وذلك عن طريق استخدام الطرق كافة المتوفرة لديه»[1].

فقد أعطت هذه المادة للقاضي صلاحية البت في النزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد الدعامة الأكثر مصداقية، وله كذلك سلطة تقديرية واسعة في عملية التحديد، فهو الذي يرجح وسيلة إثبات دون أخرى، بغض

النظـر إن كانت الدعامـة ورقيـة أو إلكترونية[97]، مع إمكانية وضـع اتفـاق بين المتعاقدين يخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي[98].

الأمر نفسه نصت عليه القوانين العربية المقارنة، ففي القانون الإماراتي والقانون الأردني، نجد أن السجل الإلكتروني له الأثر القانوني نفسه الذي يعطى للنسخة الأصلية، إذا توفر على جميع الشروط القانونية المنصوص عليها[99]، ما لم يوجد نص قانوني صريح يمنع ذلك.

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، إلّا 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 اتجاه فقهي يرى عكس ذلك، إلّا أنه لا بد من التفرقة بين قواعد الإثبات الموضوعية والإجراءات الخاصة بالإثبات.

فيجوز الاتفاق حول الأولى، باعتبارها حقوق ترجع إلى الخصوم وأن من حقهم التنازل عنها، ويمنع الاتفاق حول الثانية؛ لأنها تصنف ضمن قواعد النظـام العـام[100]، ولذلك يمنع الاتفاق عـلى تحديد إجراءات قواعد الإثبـات وشروطها والشكليات المقررة في ذلك، وقيمة تلك القواعد والحجج التي ينبغي أن تعطى لها[101].

المطلب الثاني: التوقيع الإلكتروني:

حتى يكون المستند دليلًا كافيًا على الإثبات، لا بد أن يشتمل على توقيع ممن صدر منه، كي ينسب ما كتب في المستند إلى الموقِّع[102]، فالتوقيع عبارة عن التعبير عن قبول ما كتب على الدعامة؛ ورقية كانت أو إلكترونية.

ويتمثل التوقيع في علامة شخصية خاصة ومميزة يضعها الشخص باسمه، أو بأية وسيلة أخرى على مستند لإقراره والالتزام بمضمونه[103].

وبحسب المادة 1/327 من (ق.م.ج)، فإن التوقيع يقتصر على الإمضاء، وهو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر منه، ويشمل الاسم كاملًا أو مختصرًا، كما يشمل كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور المحرر منه، والموافقة على ما ورد فيه ثم الالتزام به[104].

وقد اعترف المشرع الجزائري في المادة 2/327من (ق.م.ج)، صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالًا لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، وذلك تماشيًا 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[105].

أولًا- تعريف التوقيع الإلكتروني:

اختلفت 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 ما جمع بين الوظائف والوسائل في الوقت نفسه.

فقد عرفت لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية من القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية «توقيع إلكتروني يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيًّا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات»[106].

كما نصت التعليمات الأوروبية المؤرخة في 1999/12/13 في المادة 2 منه في تعريفها للتوقيع الإلكتروني، على أنه عبارة عن «معلومات أو معطيات في شكل إلكتروني، ترتبط منطقيًّا بمعطيات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها»[107].

كما عرفه مجلس الدولة الفرنسي في تقريره، بأنه «التوقيع يعرف بالموقع ويظهر رضاه وقبوله لمحتوى العقد الموقّع وللالتزامات الناتجة عنه»، وفي القانون الفرنسي نصت عليه المادة 4-1316 (ق.م.ف) بأنه «التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالتزامات ناشئة عنه»[108].

يوصف هذا التعريف بأنه تعريف جامع لكل أصناف التواقيع، سواء كان توقيعًا خطيًّا أو إلكترونيًّا، أو أي شكل آخر محتمل ظهوره في المستقبل.

وفي التشريعات العربية، نصّ القانون الإماراتي في المادة الثانية منه على تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه «توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيًّا برسالة إلكترونية وممهورة بنيَّة توثيق أو اعتماد تلك الرسالة»[109].

وعرفه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه «البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي، أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقّعها، ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغض النظر عن الموافقة على مضمونه»[110].

نستنتج من خلال هذه التعاريف المنصوص عليها في القوانين المقارنة، أن التوقيع الإلكتروني إما أن يكون تعريفه بالوسائل التي تستخدم فيه، وإما أن يكون بالوظائف والأدوار التي يقوم بها التوقيع، ومن التعاريف من يجمع بين الوظائف والأدوار والوسائل في الوقت نفسه، وعلى ذلك نتبين مما سبق أن التوقيع يتمثل في علامة خاصة ومميزة يضعها الشخص باسمه أو بصمته، أو بأية وسيلة أخرى على محرر لإقراره والالتزام بمضمونه.

وقد نص المرسوم التنفيذي رقم 162/7 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 مكرر (1) من القانون المدني»[111].

وقد عرف التوقيع الإلكتروني فقهيًا بأنه «أي علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع تسمح بتحديد شخصيته، والتعرف عليها بسهولة بشكل يظهر إرادته الصريحة المعبرة عن الرضا بالعقد»[112].

كما عرفه البعض بأنه «اتباع مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية المحددة التي تؤدي في النهاية، إلى نتيجة معينة معروفة مقدمًا»[113].

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

ثانيًا- خصائص التوقيع الإلكتروني:

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

أولًا: 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 جزءًا صغيرًا من بيانات تلك الوثيقة أو الرسالة، بحيث يتم التوثق من صحة صدور الرسالة أو الوثيقة من الشخص عند فك شيفرة التوقيع الإلكتروني[114].

ثانيًا: لا يتم التوقيع الإلكتروني عبر وسيط مادي أو أية دعامة ورقية تذيل به الكتابة، كما هو الحال بالنسبة للتوقيع الكتابي على الدعامة الورقية، وإنما يتم كليًا أو جزئيًا عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الكمبيوتر، أو عبر الإنترنت، بحيث يكون التوقيع الإلكتروني مذيلًا على كتابة إلكترونية في دعامة إلكترونية[115].

ثالثًا: إضافة إلى تمييز الشخص صاحب التوقيع الإلكتروني وتحديد هويته؛ كي يتم التأكد من صحة رضاه في أثناء التعاقد، فإن هذا التوقيع له وظيفة أساسية تتمثل في التوثق من مضمون المحرر (الكتابة الإلكترونية)، وحمايته من أي تعديل أو تبديل، ما دام أن الالتزامات والحقوق المنصوص عليها في هذا المحرَر مذيّلة بالتوقيع الإلكتروني[116].

رابعًا: يسمح التوقيع الإلكتروني بوجود طرف ثالث يقوم بدور الوسيط بين أطراف العقد، حيث استلزمت ضرورة الأمن القانوني وجوب استخدام تقنية آمنة في التوقيع الإلكتروني تسمح بالتعريف على شخصية الموقع[117].

ثالثًا- صور التوقيع الإلكتروني:

البند الأول: التوقيع الرقمي (La signature numérique):

هو آلية كتابية مشفَّرة هدفها كمال وأصلية المعلومات الرقمية[118]، ويطلق عليه اسم «التوقيع الكودي»، هذا لأنه يقوم بتزويد الوثيقة الإلكترونية بتوقيع مشفَّر 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 لكل شخص مهتم بقراءة رسالة البيانات عبر الإنترنت، دون أن يتمكن من تعديلها، ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه ويمكنه من وضع توقيعه على رسالة البيانات إذا رضي بمضمونها وقبل الالتزام بها.

ويمكن بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك الشفرة (الرسالة) إلَّا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، وبعد التوقيع على المحرر أو رسالة البيانات تغلق، إضافة إلى تسجيل التوقيع الرقمي بشكل رسمي عند جهات تعرف بسلطات التوثيق[119].

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

وللتوقيع الرقمي سلبيات، منها احتمال تعرض الرقم السري أو الكودي للسرقة أو الضياع أو التقليد، مما يجعل صاحبه ملزمًا بسرية رقمه، وفي حالة تسرب الرقم للآخرين فيعدّ هو المسؤول عن الآثار المترتبة على ذلك، طالما أنه لم يراع قواعد الحيطة والحذر، إلّا 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[120]، فكما أن للفرد عدة خواص فيزيائية وطبيعية تختلف عن غيره، فإن لهذا التوقيع أيضًا عدة طرق بحسب تلك الخواص، وأبرز هذه الطرق استعمال البصمة الشخصية (L'empreinte digitale)، وبصمة 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، وفي أثناء 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، وإلّا ألغيت عملية التعاقد.

هذا النوع من التوقيع يعد وسيلة آمنة وموثوقًا بها لتمييز الشخص وتحديد هويته، خاصة إذا تم تذييله في الكتابة الإلكترونية، فتصبح لها حجية مطلقة في الإثبات، وفي تحديد أطراف العقد بدقّة شديدة.

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 تذييله بالتوقيع.

هذا النوع من التواقيع يمتاز بسهولة الاستعمال؛ لأنه يتحول من توقيع تقليدي إلى توقيع في شكل إلكتروني، فهو يعتمد على تحديد نمط خاص تتحرك به يد الشخص الموقع في أثناء التوقيع؛ إذ يتم توصيل قلم إلكتروني بجهاز الكمبيوتر، ويقوم الشخص بالتوقيع باستخدام هذا القلم الذي يسجل حركات يد الشخص في أثناء التوقيع كسمة مميزة له، أخذًا في الاعتبار بأن لكل شخص سلوكًا معينًا في أثناء التوقيع[121].

ويتم التحقق من صحة هذا التوقيع عن طريق قيام البرنامج نفسه الذي تم التوقيع بواسطته، بفك رموز الشفرة البيومترية، ومقارنة المعلومات مع التوقيع المخزن، ثم إرسالها إلى برنامج كمبيوتر يعطي الإشارة عما إذا إن كان التوقيع صحيحًا أم لا[122].

الفرع الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات:

اعترفت المادة التاسعة من قانون أونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بالمستندات الإلكترونية، وأعطت لها الحجية القانونية نفسها في الإثبات، ثم جاء القانون النموذجي للتوقيع الإلكتروني في مادته السادسة[123] ليضع الشروط الضرورية للتوقيع الإلكتروني المعد للإثبات.

وحدث الأمر نفسه في الاتحاد الأوروبي، الذي أصدر تعليمات تلزم الدول الأعضاء بمنح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية ذاتها التي تمنح للتوقيع الخطي، طالما توفرت فيه الشروط القانونية التي يتطلبها القانون[124].

وقد نصت المادة الثانية من هذه التعليمات الأوروبية على مراعاة شروط معينة؛ كي يكون للتوقيع حجية في الإثبات أو ما يسمى بالتوقيع المحمي، وهي:

- أن يكون مرتبطًا 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»[125].

أما في القانون الإماراتي فقد نصت المادة العاشرة منه على أن للتوقيع الإلكتروني حجية في الإثبات، طالما أنه محمي[126]، ولا يكون كذلك إلا إذا توفرت في التوقيع الشروط المنصوص عليها في المادة (20) منه مجتمعة، وهي كالتالي:

- أن ينفرد بالتوقيع الشخص الذي استخدمه.

- أن يكون من الممكن أن يثبت هوية من استخدمه.

- أن يكون تحت سيطرته التامة وقت إنشائه واستعماله.

- أن يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة[127].

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

- أن يتميز بشكل فريد ويرتبط بصاحبه.

- أن يكون كافيًا للتعرف على صاحبه.

- أن يتم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

- أن يرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه[128].

أما في الجزائر فقد أسماه المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 162/7 في مادته الثالثة بالتوقيع الإلكتروني المؤمَّن، وهو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية: يكون خاصًا بالموقع - يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية - يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلًا للكشف عنه.

كما نصت فقد نصت المادة 2/327 (ق.م.ج) على أنه: «يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقًا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر (1) أعلاه»، وهذه الشروط هي: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدر التوقيع، وأن يكون معدًّا ومحفوظًا في ظروف تضمن سلامته.

ونلحظ مما سبق أنه اتفقت 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 قابلًا للتحقق من صحته، إضافة إلى ارتباطه بالرسالة التي يثبتها، فإن تحققت هذه الشروط أصبح التوقيع موثقًا ومحميًا ومؤمنًا فتعطى له الحجية الكاملة للإثبات، ويفترض فيه أنه صادر عن

الشخص المنسوب إليه، وأنه قد وضع من قبله للتدليل على موافقته على مضمون المستند[129].

فإذا توفرت هذه الشروط، يتساوى التوقيع التقليدي مع التوقيع الإلكتروني في حجيّة الإثبات؛ لأن هذا الأخير يمكنه أن يقوم بالوظائف ذاتها التي يقوم بها التوقيع التقليدي في تحديده لهوية صاحبه وإقراره بمضمون التعامل الموقع أسفله[130]، وهذا ما يسمى «التعادل الوظيفي»[131].

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 الإنترنت.

لكن لا بد من التذكير أنه لا يمكن أن يحدث ذلك التعادل الوظيفي، ولا يمكن أن تتحقق الشروط الضرورية للازمة للتوقيع الإلكتروني، إلّا بوجود جهة وسيطة، وهي هيئة إقرار، تضمن أن صدور التوقيع كان من الشخص المنسوب إليه، فتبين اسمه وعنوانه، وإن كان شخصًا معنويًا تحدد سلطاته ورقمه السريّ، وتأكد أنه لم يحدث أي تحريف أو تعديل في التوقيع، وهذا ما يسمى «خدمة التصديق»، والقائم عليها يسمى «مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني»[132].

وخدمات التصديق الإلكتروني تخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ويكون الترخيص مرفقًا بدفتر شروط يحدد حقوق مؤدي الخدمات والمستعمل وواجباتهما[133].

هذا وأشير في الأخير إلى أن مسألة حجية التوقيع الإلكتروني، تثير عدة انشغالات قانونية، منها:

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

خاصة أن هذا التوقيع يتعرض لعدة مخاطر، منها القرصنة والاختراق والفيروسات[134] الموجود في بيئة الإنترنت[135]، ما يجعل من التعرف على صاحب التوقيع أمرًا بالغ الصعوبة، وهذا يؤدي إلى زعزعة الثقة والأمان في البيع عبر الإنترنت بصفة خاصة والمعاملات الإلكترونية بصفة عامة.

2- تعارض بعض صور التوقيع الإلكتروني مع مبادئ قانون الإثبات، منها مبدأ أساسي وهو عدم جواز اصطناع الشخص دليلًا لنفسه، خاصة في التعاملات التي تستخدم البطاقات المصرفية[136] 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 تسجيلًا للعمليات التي تتم بواسطة الجهاز الصراف، وهذا الأخير يخضع لسيطرة المؤسسة المصرفية[137].

غير أن محكمة النقض الفرنسية اعترفت بالتوقيع الإلكتروني الذي يصاحب عملية السحب بحجيته الكاملة، واكتفت بالأدلة التي قدمها البنك من التسجيلات التي يقوم بها الجهاز الصراف، بالرغم من سيطرة المؤسسة المالية عليه[138].

الخاتمة:

لاحظنا مما سبق تناوله في هذا البحث أن إمكانية التعاقد عبر الإنترنت في الجزائر بشكل خاص وعبر وسائل الاتصال الإلكترونية بشكل عام، أبرز مشكلة القيمة القانونية لتلك الوسائل والحجية الناجمة عن مستخرجاتها متمثلة في وثائق العقود وما تحتويه من توقيعات إلكترونية.

كما اتضح لنا كذلك أنه لا بد من الإقرار بالمساواة بين الكتابة الإلكترونية والورقية وذلك بإعطاء الكتابة على الدعامة الإلكترونية القيمة القانونية نفسها التي للكتابة على الدعامة الورقية الرسمية وليس العرفية، وأن يعطى للتوقيع الإلكتروني أيضًا 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 الإنترنت، أو تتم جزئيًا.

ولاحظنا اشتراط المشرع شرطين في المادة 323 مكرر (1) من القانون المدني الجزائري؛ كي تعطى القوة الثبوتية للكتابة في شكل إلكتروني وهما: إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

لهذا كان لا بد من تدخل طرف ثالث محايد يمنح الأطراف الثقة، ويتحمل المسؤولية مع الموقعين بقيامه بالتحقق من المعلومات التي يعتمد عليها كلا طرفي العقد، وتقديم خدمة التصديق الإلكترونية على المعلومات، فهذا الطرف له سلطة التصديق، كما له أن يصدر العديد من الشهادات التي تتضمن قاعدة بيانات إلكترونية، توفر جميع المعلومات الضرورية للموقع والغير.

ويتمثل هذا الطرف الثالث المحايد في شخص طبيعي أو اعتباري أو مؤسسات عمومية أو جهات محايدة ومستقلة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية والتصديق عليها تسمى «سلطات التوثيق أو التصديق»، وقد أعطت المادة السابعة من قانون أونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية للدولة وحدها حرية تحديد الجهة التي توثق التواقيع، وفق المعايير الدولية.

كما برزت مشكلة الحفاظ على سلامة الوثيقة الإلكترونية بعد مرور مدة زمنية معينة، وهو ما استلزم ظهور خدمة الأرشيف الإلكتروني.

وبينا في هذا البحث أن التوقيع الإلكتروني ما هو في حقيقة الأمر إلّا امتدادًا للتوقيع الخطي، فهو يهدف إلى التعبير عن رضا الموقع بما احتواه المحرر الإلكتروني، ومنح هذه الوثيقة صفة الأصل، كما يسعى إلى الحفاظ على نزاهة الوثيقة الإلكترونية وسلامتها من التعديل.

ولتحديد هوية الموقِّع في التوقيع الإلكتروني لا بد من وجود شهادة التصديق الإلكتروني، التي تحدد هوية الموقِّع بشكل دقيق، بحيث تحتوي على كل البيانات المتعلقة بالموقِّع، 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 طرفًا فعالًا في التجارة الإلكترونية، ولن يتسنى لنا ذلك إلّا إذا أصدرت قوانين خاصة بالتجارة الإلكترونية والتعاقد عبر الإنترنت والنظام الخاص بخدمة التوثيق الإلكتروني والتي يجب أن تبرز على الخصوص ما يلي:

- أحكام عمليات التعاقد عبر الإنترنت، بشتى أنواعها.

- المساواة بين الكتابة على الورق، وفي الشكل الإلكتروني، وشروط صحتها.

- شروط استخدام 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.

*

الهـوامش

(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 ركنًا من أركان العقد، وهنا لا بد من التمييز بين الكتابة التي تكون كوسيلة للإثبات والكتابة التي تعتبر شرطًا للانعقاد؛ فقد نصت المادة 324 مكرر (1) من القانون المدني الجزائري 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 للانعقاد.

(2) المادة 336 (ق.م.ج).

(3) التوقيع في الشكل الإلكتروني هو المصطلح الصحيح؛ لأنه غير شكله، ولم يغير طبيعته وآثاره القانونية، وإن كنت سأستعمل مصطلح التوقيع الإلكتروني لتسهيل العبارة.

(4) BOCHURBERG LIONEL "INTERNET ET COMMERCE ELECTRONIQUE". DELMAS. 2Edition. 2001. p.121.

(5) د. أسامة أبو الحسن مجاهد (التعاقد عبر الإنترنت)، دار الكتب القانونية، مصر، ط 2005، ص 40.

(6) العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين والذي تم اعتماده من غرفة التجارة والصناعة الفرنسية في 1998/4/30، واعتمد أيضًا من اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الإلكترونية في 1998/5/4، وتمت صياغته وفقًا لأحكام القانون الفرنسي الصادر في 1978/1/6 والخاص بالمعلوماتية والحريات.

(7) التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في التعاقد عن بُعد والمعتمد من البرلمان والمجلس الأوروبي في 1997/5/20، والذي يضع الحد الأدنى الإلزامي للدول الأوروبية في مجال حماية المستهلكين.

(8) صدر القانون في 1996/6/12 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي Commission on International Trade Law Uncitral: The United Nations أو بالفرنسية CNUDCI: La Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International. وتم إقراره بناء على توصية صادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 في 1996/12/16، ويتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين: الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فيكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16، 17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابًا 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 إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها.

وتكمن مزاياه في توجيه القواعد القانونية المعمول بها في التجارة الإلكترونية، ينظر الموقع:
www.uncitral.org

(9) المادة 1/2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة أونسيترال حول التجارة الإلكترونية.

(10) المادة 2/2 من القانون النموذجي للأمم المتحدة أونسيترال حول التجارة الإلكترونية

(11) 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.

(12) "Technique de communication à distance: toute moyen qui, sans présence physique et simultanée du fournisseur et du consommateur, peut être utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties". 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, p.19.

(13) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم85 الصادر في 2001/12/31. وهذا القانون مستند إلى قانون أونسيترال، ويتكون من 41 مادة موزعة على سبعة فصول: المادتان الأولى والثانية مخصصتان لتعريف بعض المصطلحات والمفاهيم القانونية، الفصل الأول بعنوان «أحكام عامة» من المادة 3 إلى 6. الفصل الثاني تحت عنوان «السجل والعقد والرسالة والتوقيع الإلكتروني»، ويضم المواد من 7 إلى 18.

(14) المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع نفسه، كما أن هذا القانون عرف مصطلح «إلكتروني» بأنه «تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها».

(15) Lamy "Droit de l'informatique", no 5238, p.1488.

(16) أصدرت إمارة دبي قانونًا خاصًا بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم2 الصادر في 2002/2/12، ويضم 39 مادة مقسمة إلى ثمانية فصول، نجد في الفصل الأول ست مواد مخصصة لتعريف بعض المفاهيم القانونية، وتحديد أهداف هذا القانون ومجال تطبيقه، وكذا الاستثناءات من تطبيقه؛ أما الفصل الثاني فيشتمل على المواد من (7-12)، التي تتضمن المتطلبات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، وجاء في الفصل الثالث تنظيم إبرام العقود وصحتها من المادة (13- 18).

(17) المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع نفسه.

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

(19) الهاتف هو جهاز يستخدم لنقل المكالمات بين شخصين أحدهما المرسل والآخر المستقبل، وذلك عن طريق تحويل الذبذبات إلى موجات مغناطيسية تمر عبر أسلاك لتصل إلى المستقبل بعد أن تتحول إلى ذبذبات صوتية، والهاتف سواء كان سلكيًا أو خلويًا أو عاديًا أو مرئيًا، 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 الإنترنت)، دار الثقافة، الأردن، طبعة 2006، ص49.

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

(21) "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, p.76.

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

(23) 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.

(24) أ. أحمد خالد العجلوني (التعاقد عبر الإنترنت)، الدار العلمية الدولية الأردن. ط 2002، ص123.

(25) د. عبد الفتاح بيومي حجازي (النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية)، دار الفكر الجامعي، مصر، ط 2002، ص17.

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

(27) 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".

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

(29) ينظر كل من: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص48 ؛ أ. بشار محمود دودين، المرجع السابق، 67.

(30) Lamy "Droit de l'informatique", no 5238, p. 1488.

(31) ينظر كل من: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص49 ؛ د. بودالي محمد، أطروحة دكتوراه بعنوان «الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر»، ج1، جامعة سيدي بلعباس، الجزائر، 2003/2002، ص132.

(32) "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.

(33) 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.

(34) Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat".

ظهر البيع عن طريق التليفزيون 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 التليفزيوني للمنافسة وحماية المستهلك 1992، ثم انتقلت هذه التجربة إلى كندا وأوروبا ثم فرنسا عام1987 وسمي بـ(le télé-achat)، والعقد إيجاب 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 الإنترنت)، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط2007.

(35) د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص68.

(36) ينظر كل من: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص40 ؛ أ. يشار محمود دودين، المرجع السابق، ص68.

(37) أ. محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص49.

(38) د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط 2005، ص100.

(39) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص53.

(40) 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.

(41) Marino loure "les clauses abusives dans les contrats d'accès à l'internet". Revue lamy droit civil. n°21. 2005. p.55.

(42) د. محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص27.

(43) د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص59.

(44) متعهد الإيواء هو شخص طبيعي أو معنوي يسمح بالوصول إلى الموقع من خلال شبكة الإنترنت، وغالبًا 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.

(45) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص28.

(46) Gostes(l) "transactions en ligne, paiement électroniques". lamy droit de l'informatique n°97. novembre. 1997. p.5.

(47) د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص31.

(48) أذكر هنا أن المقصود بالعقد الإلكتروني في هذا البحث هو - فقط - عقد البيع المبرم عن طريق الإنترنت.

(49) 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 قانون 2002/2 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق.
أو هو «تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها» المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 2001/85، المرجع السابق.

(50) ينظر المادة الثانية من قانون 162/51 الخاص بالتجارة الإلكترونية.

(51) أ. بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص75.

(52) د. شامل زكريا، التحوال اللاسلكي في الإنترنت، مقال منشور بمجلة العربي، وزارة الإعلام، الكويت، العدد 550، لسنة 2004، ص156 وما بعدها.

(53) للاطلاع على نشأة الهاتف النقال ينظر د. حسن عماد مكاوي، تكنولوجيا الاتصال الحديثة في عصر المعلومات، الدار المصرية اللبنانية، ط 2003، ص222 وما بعدها.

(54) أ. يونس عرب، البنوك والتجارة والمعطيات الخلوية، ثورة جديدة تنبأ بانطلاق عصر ما بعد المعلومات، يوم 2005/12/11، www.arablaw.org

(55) L'article L121-16du code de la consommation français. op. cit.

(56) أ. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص41.

(57) أ. بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص74.

(58) أي بين المستهلكين (Consumer to Consumer)، وهناك التجارة الإلكترونية التي تربط بين الأعمال (Businessto Business) وبين رجال الأعمال والمستهلكين (Business to Consumer)، لتوضيح أكثر ينظر: BOCHURBERG (1) op.cit.p12

(59) قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكْتُبُوهُۚ وَلْيَكْتُب بَّيْنَكُمْ كَاتِبُۢ بِٱلْعَدْلِۚ﴾ إلى قوله: ﴿وَلَا تَسْـَٔمُوٓاْ أَن تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَىٰٓ أَجَلِهِۦ﴾ [سورة البقرة: 282].

(60) 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.

(61) قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93/949 الصادر في 1993/07/26.
Article L121-27: "A la suite d'un démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable, le professionnel doit adresser au consommateur une confirmation de l'offre qu'il a faite. Le consommateur n'est engagé que par sa signature. Il bénéficie alors des dispositions prévues aux articles L. 121-18, L. 121-19, L. 121-20, L. 121-20-1 et L. 121-20-3" (Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 art. 24 Journal Officiel du 22 juin 2004) sur le sit http://lexinter.net/Legislation/pratiques_commerciales_reglementees.htm jour 12/01/2009.

(62) نصت المادة 324 على أن «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص

مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقًا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه». ونستخرج من هذه المادة شروط العقد الرسمي وهي: صدور العقد الرسمي (أو المحرر) من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، اختصاص هذا الموظف أو الضابط العمومي بهذا العقد، وأن يراعي في توثيق العقد الأشكال والأوضاع التي قررها القانون.

(63) أ. محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص170.

(64) د. عبد الرحمن بن عبد الله السند، حجية الوثيقة الإلكترونية، مقال منشور بمجلة العدل السعودية، العدد 24 سنة 2007.

(65) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 2001/85 المرجع السابق.

(66) قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني الإماراتي رقم2002/2 المرجع السابق.

(67) 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).

(68) سأستعمل في هذه الدراسة مصطلح «الكتابة الإلكترونية» بدلًا من «الكتابة في الشكل الإلكتروني» تبسيطًا 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

(69) هذا 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 media".

وهو المبدأ نفسه الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 9 منه، والمادة 1316-L من (ق.م.ف) - التي تقابلها المادة 323 مكرر (1) من (ق.م.ج)، والمادة 7 قانون المعاملات الإلكترونية الأردني - التي جاء فيها «يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجًا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي، بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات»، ينظر كذلك للمادة 12 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

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

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

(72) مبدأ التعادل الوظيفي (L'équivalent fonctionnel) وهو المبدأ نفسه الذي كرسه القانون النموذجي للأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية في المادة 6 منه التي تنص على أنه «عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقًا». ينظر كذلك المادة L-1316 من (ق.م.ف) - التي تقابلها المادة 323 مكرر (1) من (ق.م.ج)، والمادة السابعة من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني.

(73) نصت 323 مكرر1 من (ق.م.ج) على أنه «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها».

(74) Article 1316-1: "L'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier,sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité".

Article 1316-3: "L'écrit sur support électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier".

(75) Huet Jérôme. Op. cit. p.6.

(76) Eric Caprioli. op. cit.

(77) نص المشرع الفرنسي في المادتين 1325 و 1326 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 فلا بد أن يكتب مقدار الالتزام بالحروف لا بالأرقام، وأخيرًا شرط التوقيع.

(78) نصت المادة 324 (ق.م.ج) على أن «العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقًا للأشكال القانونية، وفي حدود سلطته واختصاصه».

(79) Article 1317-2 "Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat".

ثم صدر المرسومان اللذان يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني.

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

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

(80) المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المقابلة لها المادة 8 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع السابق.

(81) المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المرجع نفسه.

(82) 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 للمادة 323 مكرر (1) من (ق.م.ج) يقصد بها في الحقيقة (L'imputabilité à l'auteur). لمزيد من التفصيل ينظر: Eric Caprioli, Op cit

(83) Autorité de certification ou Prestataire de service de certification électronique

(84) المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، كما نص هذا القانون على الأحكام المتصلة بالشهادة وخدمات التصديق في الفصل الخامس منه بدءًا من المادة 23 إلى 26، وفي القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية في الباب الرابع منه بدءًا بالمادة 11 منه.

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

(86) نصت المادة 34 من القانون الأردني على أن «شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف، لا تكون معتمدة إلّا 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 قانونًا، صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها».

(87) المادة 8 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°77du31/2001 page2070 www.journalOfficiel.gouv.fr

(88) نصت المادة 8/8 من قانون 03/2000، المؤرخ في 5 أوت 2000، والمحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، على تعريف موفر الخدمات بأنه «كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات، مستعملًا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية» (ج ر) رقم 48.

(89) المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي رقم 162/07، المرجع السابق.

(90) أكد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أونسيترال في مادته 3، إمكانية اللجوء إلى المختص كوسيلة لإضفاء الجدية على الوثيقة الإلكترونية، إلا أنه أشار إلى بعض الشروط التي يجب توافرها عند حفظ الوثيقة الإلكترونية، وهي:

- تيسر الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح الرجوع إليها لاحقًا.
- الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به.
- الاحتفاظ بالمعلومات - إن وجدت - التي تمكن من استبانة الرسالة ووجهة وصولها وتاريخ ووقت استلامها ووصولها.

(91) مثال ذلك التجديد المستمر لبرامج الكتابة، مثل برنامج (word 97, 98, 2003)، وكذلك برنامج (Adobe Reader PDF).

(92) لذلك فقد استثنى التوجيه الأوروبي رقم 97-7 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد مواقع الإنترنت 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 2 من هذا التوجيه «كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيًا على نحو يمكن معه الرجوع إليها بسهولة مستقبلًا 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».

(93) المادة الثامنة من القانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، المادة 8 والمادة 11 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المادة 4 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

(94) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص149.

(95) المادتان 9 و 11 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(96) 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

(97) Eric Caprioli, Op cit.

(98) 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 10 إلى 2003/5/12 بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، جزء أول، ص403.

(99) فيما يخص شروط السجل الإلكتروني ينظر المادة 8 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني السالفة الذكر، والمادة 11 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، السالف الذكر، ويكون السجل موثقًا من تاريخ التحقق منه من طرف من أطراف العقد أو المحكمة في حالة وجود نزاع كما نصت المادة 30 من القانون الأردني والمادة 19 من القانون الإماراتي على إجراءات التوثيق.

(100) قررت محكمة النقض الفرنسية بأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ما دام أنها متعلقة بالمصالح الخاصة للأفراد، وهذا لأن القواعد القانونية المتعلقة بالدعوى قد ورد النص عليها في المادتين 1134 و1341 من القانون المدني، وهما تجيزان للأفراد الاتفاق على مخالفة حكمهما.

إذا هما تعلقا بقواعد مكملة، وليست آمرة، يجوز الاتفاق على مخالفة حكمها، ومن ثم فإن الاتفاق على قواعد الإثبات جائز ومشروع Bull civ.III.N°993.P300 ; Civ.3éme,16/12/1977.

(101) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط الإثبات آثار الالتزام، منشورات الحلبي، لبنان 1998، ص94؛ أ. يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، ص52 وما يليها.

(102) يعد أول ظهور للتوقيع في المحررات الرسمية في الإسلام في السنة السادسة للهجرة النبوية، حين خاطب رسول الله ﷺ ملوك الدول المجاورة برسائل موقع عليها بختمه الشريف.
يعتبر التوقيع بالختم في الشريعة الإسلامية جائزًا. ينظر: محمد بن عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، لبنان ج4، ص160.

(103) أ. يحيى بكوش، المرجع السابق، ص56.

(104) نصت المادة 327 من (ق.م.ج) على أنه: «يعتبر العقد العرفي صادرًا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه، ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يمينًا بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر (1) أعلاه.

(105) 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.

(106) 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.

(107) "Signature électronique une donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification;" http://www.ladocumentationfrancaise.fr/dossiers/internet-monde/commerce-electronique.shtml 15/11/2011

(108) 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

(109) قانون رقم 2002/2 للمعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي والمرجع السابق.

(110) قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، المرجع السابق.

(111) المرسوم التنفيذي رقم 162/7 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/1، المؤرخ في 9 ماي 2001، والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية (ج ر) رقم 37.

(112) أ. بشار محمود دويدين، المرجع السابق، ص241.

(113) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص182.

(114) التشفير (Cryptographique) هو عملية تغيير البيانات بحيث لا يمكن قراءتها إلّا 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»، المادة 2 من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية.

(115) د. بودالي محمد، المرجع السابق، ص57.

(116) التذييل هو وضع التوقيع أو وضع الختم في آخر الكتابة، كما جرت عليه العادة، وهو بهذا الشكل يعتبر تصديقًا لما نصت عليه الكتابة.

(117) د. بودالي محمد، المرجع السابق، ص57.

(118) "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.

(119) طريقة 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 إلّا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص، ويجب في هذا الصدد عدم الخلط بين التوقيع الإلكتروني وبين تشفير الرسالة الإلكترونية chiffrement du message ، فصحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة، ولكنْ هناك فرق، وهو أن تشفير الرسالة يشملها بأكملها، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة، بحيث إنه يمكن أن يكون مرتبطًا برسالة غير مشفرة. Eric Caprioli, Op cit.

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

(121) أ. يونس عرب، المرجع السابق؛ د. سميحة القليوبي، الأوراق التجارية، المرجع السابق، ص570.

(122) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص199.

(123) نصت المادة السادسة من قانون أونسيترال للتوقيع الإلكتروني على أنه «حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الاشتراط مستوفى بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيعًا إلكترونيًا موثوقًا به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة...

يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقًا به لغرض الوفاء بالاشتراط 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 قابلًا للاكتشاف.
- كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونًا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع...».

(124) التعليمات الأوروبية رقم 1999/93 الصادرة عن الاتحاد الأوروبي، المؤرخة في 1999/12/13، والمتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية.

(125) Article2 "signature électronique avancée" une signature électronique qui satisfait aux exigences suivantes:
a) être liée uniquement au signataire;
b) permettre d'identifier le signataire;
c) être créée par des moyens que le signataire puisse garder sous son contrôle exclusif et
d) être liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit detectable".

(126) التوقيع الإلكتروني المحمي: نصت المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي على أن التوقيع المحمي هو التوقيع الإلكتروني المستوفي لشروط المادة 20 من هذا القانون، والمقابلة لها المادة 31 من القانون الأردني، المرجع السابق.
ونصت المادة 10 على ما يلي: «إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند 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 أن يستوفي ذلك الشرط...».

(127) ينظر المادة 20 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي، وتقابلها المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.

(128) سمى المشرع الأردني التوقيع المحمي أي المسجل لدى سلطة التوثيق، بالتوقيع الموثق، ينظر المادة 31 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

(129) المادة 32 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المقابلة لها المادة 2/20 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي.

(130) للإمام ابن القيم كلام مختصر في هذا الأمر، نصه: «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 اشتباه الخطوط، وذلك كما يفرض من اشتباه الصور والأصوات». نقلًا 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.

(131) د. سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، ط2004، ص54.

(132) نصت المادة 8/8 من قانون 3/2000، المؤرخ في 5 أوت 2000، والمحدد للقواعد العامة

المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، على تعريف موفر الخدمات بأنه «كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات، مستعملًا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية»، (ج ر) رقم 48.

(133) المادة 6/3 من المرسوم التنفيذي رقم162/07 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 123/01 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.
كما أصدر المشرع الفرنسي مرسومًا تنظيميًا يحدد كيفية تطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الذي أنشأ هيئة التوثيق، ونظم هذه المهنة بشكل دقيق، وأحاط بالجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني.
Décret 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

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

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

(136) 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 السري. لمزيد من التفصيل ينظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص111.

(137) د. ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص404.

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

● ○ ●