

جامعة 20 أوت 1955 بسكيكدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الشكلية في عقود التجارة الالكترونية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص قانون أعمال

بإشراف: د/عربي أحسن

من تقديم الطالب: دوج جمال

لجنة المناقشة:

أ/بوحديد فارس.....رئيسا

د/عربي أحسن.....مشرفا و مقرا

أ/بوغانغة ياسمينة.....مناقشا

دورة جوان 2015



مجلس إدارة الجامعة

البريد

إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يومه إلا قال
في غده: لو غير هذا لكان أحسن، ولو زيد كذا لكان
يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل، ولو ترك هذا لكان
أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو دليل علي استيلاء
النقص على جملة البشر.

العماد الأصفهاني

الاحمداء

- إلى روح والدتي المشمولة برحمة الله.
 - إلى والدي العزيز، الصبور، أطال الله في عمره.
 - إلى سندي في الحياة زوجتي الكريمة الودودة.
 - إلى لؤلؤتي الغالية ابنتي أسماء.
 - إلى أبنائي، علاء الدين، عبد الرؤوف وأحمد الأمين.
 - إلى الصديق الأخ، بوناب عزيز.
 - إلى إخوتي وأخواتي وحفيداتي، نورة وهدى.
 - إلى كل طلبة الماستر تخصص قانون أعمال دفعة 2015.
- أهدي عملي المتواضع.

شكر و تقدير

- ✓ لله سبحانه و تعالى أولاً عظيم الحمد والشكر أن منَّ الله علي بهذه الدرجة من العلم في مثل هذا العمر.
- ✓ لأستاذي الفاضل الدكتور غربي أحسن الذي شرفني بقبول الإشراف على هذه المذكرة، فجزاه الله كل خير.
- ✓ إلى أساتذتي الذين ساعدوني في إنجاز هذه المذكرة.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
01	مقدمة
08	الفصل الأول: دور الكتابة في إبرام العقد الالكتروني
09	المبحث الأول: الشكلية في مرحلة ما قبل إبرام العقد الالكتروني
10	المطلب الأول: ماهية التفاوض الالكتروني
10	الفرع الأول: مفهوم التفاوض الالكتروني
14	الفرع الثاني: خصائص التفاوض الالكتروني
16	المطلب الثاني: إلزامية الشكلية أثناء التفاوض الالكتروني
17	الفرع الأول: خطاب النوايا الالكتروني
20	الفرع الثاني: البروتوكولات الاتفاقية الالكترونية
22	المبحث الثاني: الشكلية في مرحلة إبرام العقد الالكتروني
23	المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية
24	الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني
28	الفرع الثاني: القبول الالكتروني
32	المطلب الثاني: الشكل الذي تفرغ فيه الإرادة في العقود التجارية الالكترونية
33	الفرع الأول: العقد الالكتروني
38	الفرع الثاني: توقيع العقد
42	خلاصة الفصل الأول
45	الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات
47	المبحث الأول: ماهية المحررات الالكترونية
48	المطلب الأول: تعريف المحررات الالكترونية وخصائصها
49	الفرع الأول: تعريف الكتابة الالكترونية وخصائصها
52	الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني

56	المطلب الثاني: تمييز المحرر الالكتروني عن المحررات الاخرى
56	الفرع الأول: المحرر الالكتروني والمحرر التقليدي
58	الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني والتوقيع اليدوي
62	المبحث الثاني: حجية السندات الالكترونية في الاثبات
63	المطلب الأول: تحديد الاثبات الالكتروني
64	الفرع الأول: مفهوم الإثبات الالكتروني
69	الفرع الثاني: دور السجل الالكتروني في حجية البيانات الالكترونية
74	المطلب الثاني: تقدير واقع الإثبات الالكتروني في التشريع
74	الفرع الأول: مدى انسجام التقنيات الوطنية مع القانون الدولي
79	الفرع الثاني: حجية الوسائل الالكترونية والشروط الواجب توفرها ليعتد بالمحررات الالكترونية في الإثبات
81	خلاصة الفصل الثاني
83	الخاتمة
89	قائمة المراجع

مقدمة:

أصبح الحديث في عصرنا الحالي يدور حول التكنولوجيا الحديثة ووسائل الاتصالات المتطورة والمتجددة، فكل يوم تظالعنا الأخبار بتطوير جديد لإحدى وسائل الاتصال، أو باكتشاف جديد، حيث أصبح لمعظم المحال التجارية والشركات، اتصال واستخدام للإنترنت.

فبدخول الاتصال المجال التجاري، أخذت المعاملات تعرف طريقها عبر هذا الاتصال الحديث، فاستخدام التاجر الكمبيوتر الذي أسفر عنه التطور التكنولوجي بات يلعب دورا مهما وفعالا في تصميم نظام المعلومات الحديثة وبنائها لما يحققه من مزايا الدقة والثقة والصحة والشمول، فضلا عن الكفاءة العالية في الأداء.

وبهذا تكون الشبكة العنكبوتية قد أوجدت طرقا جديدة للتعاقد وذلك من خلال استعمال أدوات وتقنيات حديثة، كالبريد الإلكتروني في إبرام الصفقات التجارية حيث يلتقي طرفي العقد على شبكة الانترنت فيقوم أحد طرفي هذه العلاقة بإرسال المعلومات التي يريد انطلاقا من قاعدة معطيات موجهة إلى عنوان المرسل إليه. هذه المعطيات التي يتم إرسالها على دعامات الكترونية تعرف بالمحركات الإلكترونية، بيد أن التحول الذي حصل للدعامة الورقية المستخدمة في المعاملات المختلفة إلى دعامة رقمية لم يغير الطبيعة القانونية للمعاملات الإلكترونية كما أن الخلافات الناجمة عن تحديد مضمون هذه المحررات ومدى وجودها، واختلاف النظم القانونية حول شرعيتها، أوجب على رجال القانون والقضاء اجتهادات لمنحها القيمة القانونية المرجوة باعتبارها وسائل تمتاز بالسرعة والأمان.¹

¹رياض فخري، طارق مصدق، الاتجاهات الحديثة في قانون الأعمال، الطبعة الأولى، دار نشر المعرفة 2012، المغرب، ص 131.

مقدمة

فإذا كانت وسائل الاتصالات الإلكترونية الحديثة تتيح انجاز المعاملات بين الأفراد والمؤسسات، فيجب أن يترك أثر لتلك التعاملات في شكل معين وذلك لإبراز إرادة أطراف التعاقد من رضا، وحسن نية التي تتطلبها كل العقود وذلك من خلال محررات الكترونية تستعمل للإثبات في حالة نشوب نزاع.

فالشكلية في عقود التجارة الالكترونية تعد وسيلة لإثبات التصرفات القانونية والإقبال على هذه التكنولوجيا الحديثة من عدمه يرجع إلى الثقة الممنوحة لذلك الاستخدام وقبوله من الناحية القانونية في حال عرض النزاع أمام المحكمة، فالخوف من عدم الثقة في تلك الوسائل الحديثة، وكذلك مدى قبول تلك الوسائل هما أمران جوهريان للاستفادة من المميزات الكثيرة التي توفرها تلك التكنولوجيا، فالرغبة في التوثيق والتأكيد على القبول فيما بين المتعاقدين ليس وليد العصر الحديث بل يرجع إلى ما يقارب 340 سنة عندما صدر قانون الاحتيال في إنجلترا عام 1677 م الذي أكد ضرورة وجود اعتراف رسمي بين أطراف العقد في علاقاتهم التعاقدية.

بما أن العقد الالكتروني يتم إبرامه عن بعد فهو يطرح مسألة جد مهمة هي "مجلس العقد" في ضوء هذا الطرح الجديد للتعاقد بوسائل الاتصال الحديثة والتي تتم بصورة فائقة السرعة، وهذا ما تنبأ به العلامة الألماني دي سافيني مند أكثر من 100 عام فقال في هذا الصدد "يتولد بصدد التعاقد ما بين الغائبين شكوك وصعوبات خاصة لا توجد بالنسبة للصور الأخرى للتعبير عن الإرادة".¹

تكون الشكلية في العقود مباشرة أو غير مباشرة. الشكلية المباشرة هي التي يتطلبها القانون لصحة العقد فهي ركن من أركانه تضاف للأركان الموضوعية. أما

¹ محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، مصر،

مقدمة

الشكلية الغير مباشرة هي التي يتطلبها القانون أو العرف ولكن لإثبات التصرف القانوني فالعقد ينتج آثاره حتى ولو تخلفت هذه الشكلية.

فهل الكتابة في عقود التجارة الالكترونية ركن من أركان العقد أم هي للإثبات فقط؟

وهذا الإشكال يقودنا لطرح تساؤلين فرعيين:

- ما هو دور المفاوضات الالكترونية في العقد المبرم؟
- وما هي حجية المحررات الالكترونية في الإثبات؟

إن انتشار الشبكة العنكبوتية واكتساحها لجميع المعاملات سواء التجارية أو المدنية، وما وفرته من جهد ومال ووقت للبشرية، فالتجارة الالكترونية سيطرت على الأسواق العالمية وقضت على التجارة التقليدية، حيث لم يعد هناك حيز جغرافي، ولا عراقيل بيروقراطية ولا حواجز جمركية أو ضريبية تحول دون إبرام صفقات تجارية عن بعد، فقد لا يبرح الشخص مكانه حتى يبيع ويشترى ويحقق أرباح دون تنقل.

فهذا ما حفزني لمعرفة أسرار هذا النوع من التجارة والتعرف على القوانين التي هي في تطور مستمر لمسايرة التطور السريع لهذا النوع من التجارة، وما زاد في عزيمتي هو صدور القانون الجديد 04-15 المتعلق بالتوقيع الالكتروني والمؤرخ في 2015/02/10 المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

إن غالبية الدراسات التي تعرضت للتجارة الالكترونية، تطرق للعقد الالكتروني لكونه تطبيقا للتجارة الالكترونية، فتسقط عليه القواعد العامة المطبقة على العقود التقليدية من رضاء ومحل وسبب، فالدراسات المتعلقة بالشكلية في عقود التجارة الالكترونية لم تكن كافية للإحاطة بالموضوع من كل جوانبه، وهذا ربما للكم الهائل من أنواع عقود التجارة الالكترونية والتطور المذهل في عالم التسوق عبر الإنترنت. العقود

مقدمة

البسيطة لا تستدعي وجود وثائق في كل مرة نظرا لتكرارها. كما أن أصل المعاملات التجارية هي الرضائية، وفي هذا المجال ضمن المشرع الحماية للطرف الضعيف ألا وهو المستهلك.

والشكلية في عقود التجارة الالكترونية سواء كانت مباشرة أو غير مباشرة لا تزال في حاجة للدراسة للوقوف على الثغرات التي جاءت في بعض التقنيات وإبرازها حتى تصحح في التعديلات التي تطرأ على القوانين النافذة، والنقائص توضح حتى يتم إدراجها هي الأخرى في القوانين الجديدة.

لهذا أصبحت دراسة الشكلية في عقود التجارة الالكترونية على قدر كبير من الأهمية لكونها وسيلة إثبات لكل المعاملات التي تتم بين أطراف العقد. فقد يتفق أطراف التعاقد أثناء التفاوض على أن كل الرسائل المتبادلة بينهم هي وسائل إثبات في حالة الخلاف أثناء تنفيذ العقد، وذلك بإدراج بند في العقد النهائي يخص وسائل إثبات الوقائع والتصرفات القانونية، وذلك طبقاً لمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

إن تبادل الرسائل والوثائق قبل وأثناء إبرام العقد ولما للكتابة الالكترونية من خصوصية، فهي قد تكون بلغة الحاسوب فيشوبها غموض نتيجة تشفيرها لحمايتها من السرقة أو المتطفلين، فكل تلك الرسائل والوثائق تعد من محتويات العقد متى تمت بطرق سليمة وموثوقة، فيكون العقد النهائي صحيحاً وناظداً تجاه أطرافه مرتباً لآثره القانونية.

فالهدف العملي من وراء هذه المذكرة هو دراسة مرحلة المفاوضات ومدى تأثيرها في نجاح إبرام العقد النهائي وذلك مما يتخللها من تبادل للإيجاب والقبول للتعبير عن الإرادة وكذلك الشكل الذي تفرغ فيه هذه الإرادة، و زمان و مكان تلاقي الإيجاب بالقبول حتى يبرم العقد.

فكل ذلك يخضع للقواعد العامة الخاصة بالقبول والإيجاب المنصوص عليها في القانون المدني الجزائري إلا أن وسيلة تبادلها فقط تختلف فتكون عبر الإنترنت، وكذا طبيعة مجلس العقد، فهذا ربطنا مجال دراستنا بما ورد في القانون المدني الجزائري وما ورد في بعض التشريعات التي تناولت الإيجاب والقبول الإلكترونيين، أما فيما يخص المحررات الإلكترونية، بعد تعريفها نتطرق لمسألة الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني معتمدين أيضا على القانون المدني الجزائري والقانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/10 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

ونحاول قدر المستطاع إعمال بعض المواد التي جاءت في القانون الجديد، سعيا منا في المساهمة في إبراز بعض تطبيقاته العملية.

سنقدم دراسة قانونية مقارنة بين ما ورد في القانون المدني الجزائري والقانون التجاري الجزائري مع ما ورد في بعض القوانين الأجنبية الأخرى كالقانون المصري والقانون الفرنسي. فالقوانين المدنية العربية لم تتطرق لمرحلة المفاوضات في إبرام العقود، إن قواعد الإثبات الواردة في نصوص القوانين العربية لم ترقى إلى المستوى التي وصلت إليه التجارة الإلكترونية.

أما المنهج الوصفي المستعمل في هذه الدراسة كان الهدف منه اعتماد المعلومات والحقائق التي جاءت في القوانين محل الدراسة ووضعها في إطار معين ومكتمل حتى نعرف ما جاء في كل تقنين أو رأي من آراء الفقهاء في مجال معين.

للإجابة على الإشكالية المطروحة حاولنا تقسيم موضوع الدراسة إلى فصلين، ففي الفصل الأول تم البحث في دور الكتابة في إبرام عقود التجارة الإلكترونية والذي قسم بدوره إلى مبحثين، ففي المبحث الأول تطرقنا للشكالية في مرحلة ما قبل إبرام العقد وفي المبحث الثاني للشكالية في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

مقدمة

ثم خصصنا الفصل الثاني: للمحركات الالكترونية وحجيتها في الاثبات والذي قسم بدوره إلى مبحثين، ففي المبحث الأول تطرقنا لماهية المحركات الالكترونية والمبحث الثاني تطرقنا لحجية السندات الالكترونية في الاثبات.

إن دراسة جزئية صغيرة كجزئية الشكلية في عقود التجارة الالكترونية تصادفك صعوبات كثيرة ترجع أساسا إلى ندرة المراجع المتخصصة التي تدرس هذا الجانب من العقد وذلك لكثرة العقود النموذجية التي تتعلق بكل نوع من أنواع السلع، فكل سلعة وكل سوق له تقاليده وأعرافه تختلف على عقود السلع الأخرى. فيوضع عقد نموذجي خاص بتلك السلعة.

-فالمراجع المتوفرة تتناول العقد الالكتروني من جوانب عدة إلا أنها نادرا تتطرق لجانب الشكلية اللازمة للإثبات.

-كما أن التجارة الإلكترونية في الجزائر تكاد تكون معدومة وما هو موجود لا يحظى بالاهتمام اللازم من طرف الزبائن فهذا يكون غير معروف، ويبقى مرتبط بفترة محدودة.

أما المراجع المصرية والمتوفرة بكثرة في المكتبة تكاد تكون نسخا طبق الأصل من بعضها البعض مما يصعب مسألة التهميش.

-جاء صدور القانون رقم 15-04 المؤرخ في 10/02/2015 متأخرا حيث لا توجد دراسات خاصة به قد توضح وتفسر مواده التي جاء بها فهي تحتوي على مصطلحات تحتاج للتفسير من الفقهاء، فزاد في الصعوبة.

الفصل الأول

دور الكتابة في إبرام العقد

الإلكتروني.

الفصل الأول

دور الكتابة في إبرام العقد الإلكتروني

لا يخضع التعبير عن الإرادة لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تعجبه بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر، فقد يكون التعبير بالكتابة أو الإشارة أو باتخاذ موقف معين إذا كان هذا الموقف كافياً للدلالة عليها دلالة أكيدة. يخضع العقد الإلكتروني في إبرامه وأحكامه للقواعد العامة إلا فيما يخص بعض الأحكام الخاصة به التي تتماشى مع صفته الإلكترونية وكونه يبرم عن بعد وتكاد تنحصر هذه الخصوصية في ركن الرضا، وما يعترضه من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونياً. فالشكلية التي يتطلبها القانون قد تكون مباشرة وتكون في هذه الحالة ركن من أركان العقد. فهي ليست مجال بحثنا.

فالكتابة بمفهومها الحديث الموسع، بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن قواعد المعالجة للإثبات، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات وهذا ما سنتناوله في هذه المذكرة. أما هذا الفصل فقسمناه إلى مبحثين.

تناولنا في المبحث الأول: الشكلية في مرحلة ما قبل إبرام العقد وفي المبحث الثاني تعرضنا للشكلية في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

المبحث الأول:

الشكالية في مرحلة ما قبل إبرام العقد الإلكتروني

إن التطور الذي عرفته البشرية في مجال المعلوماتية لم يسبق له مثيل عبر العصور السابقة في أي مجال من المجالات كالثورة الصناعية مثلا أو ظهور جهاز التلفزيون فقد استغرق مدة طويلة نوعا ما حتى أصبح في متناول عامة الناس أما ظهور الانترنت فانتشر بسرعة فائقة خاصة بعد سنة 2000 م فكل يوم تظهر اكتشافات جديدة وخدمات عبر الشبكة ومن أهمها التسوق عبر الشبكة في متاجر افتراضية في مواقع عبر الواب يمكن لأي شخص الولوج إلى هذه المواقع. وبالتالي الدخول إلى المتاجر والتعرف على السلع المعروضة وانتقاء ما يناسبه وما عليه إلا إبداء رغبته في إبرام العقد لشراء تلك السلعة طبعا وفق إجراءات خاصة يتبعها.

وحتى يبرم العقد تسبقه مرحلة تمهيدية تتمثل في التفاوض ومن ثمة الوصول في النهاية إلى إبرام العقد ولكن كيف توثق المرحلة التمهيدية؟ وماهي قيمتها بالنسبة للعقد الذي ينجم عنها؟ وماهي الآثار التي تتركها على العقد؟ لأن الشكالية التي نقصدها في بحثنا هذا تتكون من الإجراءات المتبعة لإبرام العقد في نهاية المطاف والتي نقصد بها هنا المفاوضات والكتابة الإلكترونية لإبراز إرادة المتعاقدين والرجوع إليها في حالة ما إذا ثار نزاع بين الطرفين. وسندرس هذا في مطلبين.

ففي المطلب الأول نتطرق لماهية التفاوض الإلكتروني وفي المطلب الثاني إلزامية الشكالية أثناء العملية التفاوضية.

المطلب الأول

ماهية التفاوض الإلكتروني

رغم استخدام وسائل اتصال فورية في التعاقد، فإن العقد في الغالب لا يتم بإيجاب وقبول فوري وإنما تسبقه مرحلة تحضيرية، تبدأ بدعوة يوجهها أحد المتعاقدين إلى الآخر للدخول معه في مفاوضات بشأن صفقة ما وخاصة إذا كانت مهمة للطرفين. إن المفاوضات أصبحت علما له تقنياته، فيختار للتفاوض أشخاص لهم مهارات، وفتيات وموهبة وقدرة خلاقية، فبمجرد الاتصال بالطرف الآخر وخاصة إذا كان الاتصال وجها لوجه، فبنظرة خاطفة واستعمال مفردات دقيقة ومعبرة يستتطق بها الطرف الآخر فيكشف خبايا شخصيته ويتعرف على ميوله ومن ثمة يجره بالأخذ والرد في الكلام والمساومة بإيجاب وقبول مع بعض التنازلات والإجراءات حتى يتمكن من الوصول إلى حلول توافقية، فيحصل ما يعرف في القانون بتطابق الإرادتين،¹ فيبرم العقد، وحتى يفهم التفاوض يجب أن نتعرض في هذا المطلب إلى تعريف التفاوض لغة واصطلاحا ثم خصائص التفاوض عندما تكون الوسيلة المستعملة هي الانترنت وذلك من خلال فرعين حيث نتطرق في الفرع الأول إلى مفهوم التفاوض الإلكتروني وفي الفرع الثاني نتطرق إلى خصائص التفاوض الإلكتروني.

الفرع الأول

مفهوم التفاوض الإلكتروني

أولا: تعريف التفاوض لغة واصطلاحا

1. لغة واصطلاحا:

لغة: مشتق من الفعل فَوَّضَ، يقال فَوَّضَ إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه وفأوضه في أمره: أي جاره، وتفاوضوا الحديث: أي أخذوا فيه. وتفاوض القوم في الأمر أي فاض فيه بعضهم بعضا فالمفاوضة هي المساومة والمشاركة.

¹الصالحين محمد العيش، الكتابة الرقمية، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الأردن، 2006، ص97.

أما اصطلاحا فيعرف التفاوض بأنه: «تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات، والتقارير، والدراسات الفنية، بل وحتى الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض».

2. **موقف المشرع:** التفاوض له أهمية كبيرة في الإعداد لإبرام العقد فهو الركيزة الأساسية التي يقوم عليها، فكلما كانت المفاوضات جادة وعميقة وملمة بجوانب العقد ولم تترك أية جزئية إلا وتطرق لها سواء بالتفسير أو التحليل أو إحالة الأمر المتعلق بها سواء إلى قانون أو إلى جهة معينة لإيجاد حلول لما قد يطرأ من سوء فهم أو تفسير لما ورد بشأنها. إلا أن المشرع في أغلب التقنيات المدنية ومنها التقنين المدني الجزائري والفرنسي قد خلت من أي نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية، وتقدير القضاء واستثناء من هذه السياسة التشريعية المتجاهلة لأهمية مرحلة التفاوض فإن هناك بعض التقنيات المدنية الحديثة التي أشارت إلى موضوع التفاوض ومنها التقنين الإيطالي وقانون الموجبات والعقود اللبناني... التي أشارت إشارة صريحة إلى المفاوضات التعاقدية.¹

أما اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع فقد أشارت للمفاوضات في المادة 8 فقرة 3 وقد جاء فيها: "...عندما يتعلق الأمر بتعيين قصد أحد الطرفين أو ما يفهمه شخص سوى الإدراك يجب أن يأخذ في الاعتبار جميع الظروف المتصلة بالحالة، لاسيما المفاوضات التي تكون قد تمت بين الطرفين".²

فإبرام العقد يرتكز في الأساس على مبدأ ثابت نصت عليه المادة 59 من القانون المدني يتمثل في تطابق الإيجاب والقبول.³

فإذا اتفق الأطراف على عناصر العقد الجوهرية وتركوا المسائل الثانوية لاتفاق لاحق⁴ ما لم يتفقوا على أنهما إذا لم يتفقوا على الشروط الثانوية فإن العقد لا يتم فلا يمكن إجبار

¹ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية مصر، 2007، ص 268.

² عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، 2009، ص 363.

³ أنظر المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"

⁴ أنظر نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنه "إذا اتفق طرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد مبرما"

المتعاقدين على إبرام العقد حتى من قبل القضاء بل تكون لإرادة أطرافه كامل الحرية وذلك وفقا لما جاء في المادة 106 من القانون المدني.¹

وهذا المبدأ يمكن تطبيقه على التفاوض الإلكتروني بحيث يمكن تكوين العقد الإلكتروني من اتفاقيات متلاحقة إما عن طريق خطابات النوايا الإلكترونية المتبادلة بين الأطراف أو عن طريق رسائل البريد الإلكتروني.²

وقد تكون تلك الرسائل مشار إليها في العقد النهائي الذي يتوصل إليه الأطراف ويعتبروها ملحقة بالعقد أو ينصوا عليها في بند من بنود العقد على أنهم يرجعون إليها عند الحاجة.

ثانيا: التعريف الفقهي.

لقد اختلف الفقهاء في تعريف المفاوضات فيرى البعض بأنه: "تبادل الاقتراحات والمساومات، والكتابات، والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات".

كما عرفه فقهاء آخرون بأنه "هو التفاوض والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما". يرى فقهاء آخرون بأنه: "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبدل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل.³

والمفاوضات قد تتم شفاهة أو عن طريق تبادل البيانات إلكترونيا عبر البريد الإلكتروني التي أصبحت هي السائدة وخاصة في التجارة الدولية.

ظهرت في أمريكا وكندا في أواخر التسعينيات أول بوادر المعاملات التجارية عبر الانترنت، وبعد ذلك انتقلت إلى أوروبا، حيث صدر القانون الأمريكي للمعاملات التجارية

¹ انظر المادة 106 من القانون المدني الجزائري "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون".

² الياس ناصيف، العقد الإلكتروني، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009، ص 59.

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 266-268.

الإلكترونية سنة 1999¹ الذي أجاز إجراء المفاوضات وكذا إبرام العقود وإنشاء التزامات بطريقة إلكترونية.

وعرفت المادة 2/8 منه ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها هي: "تلك الأعمال التجارية التي تدار بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية، أو بالتسجيل الإلكتروني وهذه الأعمال التجارية تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة من الصفقات التجارية".

ومن خلال قراءتنا للمادة السابقة يمكننا أن نستخلص بأن القانون قد أجاز المفاوضات بطريقة إلكترونية وأن هذه الأعمال موثقة أي تترك لها أثر. وهذا ما كان واضحا في نص المادة سابقة الذكر بقولها "...بالتسجيل الإلكتروني..." ولهذا يمكننا الرجوع إلى المفاوضات كلما استدعت الضرورة في تفسير، أو غموض لما يرد في العقد النهائي. كما أبرز الفقهاء أهمية التفاوض وخاصة بالنسبة للعقود المركبة والمعقدة والتي يتطلب تنفيذها مدة زمنية طويلة تجعلها عرضة للتغيرات، فقد تتطلب الظروف المستجدة مراجعة بعض بنود العقد لإعادة التوازن العقدي² حتى تخفف الأعباء المرهقة للمدين.

في مثل هذا النوع من العقود - العقود الطويلة - يتم إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كل أطراف التعاقد بالرجوع إلى المفاوضات حتى يتم التغلب على الصعوبات، ويسمى هذا النوع من العقود في الفقه الإنجليزي بشرط الصعوبة (HARDSHIP)³ للتعبير عن الأزمنة التي قد يمر بها العقد نتيجة تغير الظروف التي أبرم في ظلها، وهذه الظروف يتفق عليها الأطراف ويحددونها في العقد المبرم بينهم سابقا سواء في العقد نفسه أو في اتفاق مستقل.

إن المفاوضات الإلكترونية أصبحت ذات أهمية كبرى في العقود الإلكترونية وخاصة في العقود المركبة طويلة الأجل ذات استثمارات مالية ضخمة،⁴ فالتفاوض بشأنها قد يستغرق مدة زمنية طويلة، وهذا ما يجعل من المفاوضات وما تم الاتفاق عليه أثناء التفاوض مرتبطا ارتباطا كبيرا بالعقد الأصلي. وهذا ما دفع بغالبية التشريعات الدولية إعطاء عناية

¹ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع نفسه، ص 43.

² عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 165.

³ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع نفسه، ص 270.

⁴ صالح -ص- خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية الدولية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر ص 91.

خاصة للمفاوضات عبر الشبكة العنكبوتية فسنت قوانين تخص تنظيم هذه المرحلة الهامة التي تسبق إبرام العقد حيث ذهب البعض من الفقهاء إلى وجوب التأكيد على أنها جزء لا يتجزأ من العقد النهائي. واعتبرها شرطا أساسيا لإبرام العقد لا مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات والتقلبات، وطبقا لهذا الرأي ففي حالة توصل المتعاقدان لإبرام العقد النهائي، يجب أن يدرجا شرطا في العقد للرجوع إلى المفاوضات في حالة نشوب نزاع حول تفسير العقد.

الفرع الثاني:

خصائص التفاوض الإلكتروني.

يتضمن التفاوض الإلكتروني إعداد بحث كل جوانب العقد المراد إبرامه في النهاية حيث يتم إثراء وبلورة كل الاقتراحات التي تصدر عن أي طرف وتعديلها وتنقيحها حتى يصل الطرفان إلى صيغة ترضيهما معا وأول ما يسعى إليه أطراف التعاقد في مرحلة التفاوض الإلكتروني هو تأمين المفاوضات نفسها لزيادة فرص التوصل إلى العقد النهائي. وذلك بوضع تنظيم اتفاقي للمفاوضات قصد تنظيمها وذلك لتسهيل المفاوضات فيما بعد وإيجاد أرضية مشتركة للتقاهم بين الطرفين. ويتوصل الطرفان في هذه المرحلة التمهيدية لصياغة اتفاق بخصوص المفاوضات تنشأ عنه التزامات عقدية الإخلال بها من أحد الأطراف يرتب عنه مسؤولية عقدية.

تتنوع صور هذه العقود تبعا لتنوع الهدف الذي يرمي إليه الطرفان، فقد يسبق إعداد العقد النهائي إبرام مجموعة من العقود التمهيدية وقد يتطلب من المتعاقدين أو بالأحرى المتفاوضين للحفاظ على حسن سير المفاوضات وضع حلول للمشاكل المتوقعة أو إبرام عقود مؤقتة أو بروتوكولات بهدف تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق كل طرف أثناء مرحلة التفاوض وسنتعرض لهذه العقود والبروتوكولات بشيء من التفصيل لاحقا، وقبل التطرق لخصائص عقد التفاوض يجب تحديد المقصود من عقد التفاوض الإلكتروني.

تتجلى قيمة المفاوضات وتبرز أكثر فأكثر في الحيوية التي يتم من خلالها الإعداد للعقد الإلكتروني وذلك بالبحث في كافة الجوانب القانونية والفنية والتعرف على شخص الطرف الآخر المراد التعاقد معه، كموقعه القانوني، زيادة على ذلك تحديد مضمون التعاقد حتى يبتعد الأطراف عن المنازعات التي قد تحدث في المستقبل وكذلك تحديد القانون

الواجب التطبيق أو الجهة التي يلجئون إليها في حالة إدراج شرط التحكيم وما يتبعه من إجراءات.

وللتفاوض عبر شبكة الانترنت عدة أوجه تعطيها أهمية كبيرة منها: العقد الإلكتروني يبرم عن بعد وهذا قد ينجر عنه غموض أو عدم الدقة في الجانب العملي أثناء تنفيذ العقد فقد تثار الأهلية أو حقيقة شخص المتعاقد أم هو وهمي أو محتال، وكذلك تثار مسألة الضمانات لتحقيق الغاية من العقد وكذا طرق الوفاء بالالتزامات.... رغم الصعوبات التي تعترض مرحلة التفاوض كما رأينا إلا أنها تمتاز بمزايا وإيجابيات كثيرة منها: توفير الوقت، توفير النفقات لأن المفاوضات تتم بوسيلة تبادل رسائل البيانات التي يتبادلها طرفا المفاوضات.¹

إن الفقه الحديث يميز بين نوعين من المفاوضات الأولى هي المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض ويقصد بها التي تتم دون اتفاق صريح ينظمها وهي بذلك مجرد عمل مادي ولا تقوم أية مسؤولية في حالة عدول أحد الأطراف عن المفاوضات أي انسحب منها. إلا أنه إذا ألحق ضررا بالطرف الآخر في حالة ارتكابه خطأ فإنه يسأل عن المسؤولية التقصيرية وذلك وفقا للمادة 124 من القانون المدني،² والثانية هي المفاوضات المصحوبة باتفاق التفاوض وفي الغالب يكون هذا الاتفاق مكتوبا، وفي هذه الحالة تعتبر المفاوضات تصرفا قانونيا لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين فالمسؤولية الناشئة عنها هي مسؤولية تعاقدية.

وعقد التفاوض إن جاز تسميته عقد فهو من العقود الحديثة غير منظم قانونا إلا أنه يخضع للشروط العامة المقررة للعقود بصفة عامة من رضا ومحل وسبب ولقد عرفت محكمة التحكيم بغرفة التجارة الدولية بأنه: "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده".³

¹إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 71.

²تنص المادة 124 من القانون المدني الجزائري "كل فعل أي كان يرتكبه الشخص بخطاه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".

³خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 293.

المطلب الثاني:

إلزامية الشكلية أثناء التفاوض الإلكتروني.

نادى النظام الرأسمالي بمبدأ سلطان الإرادة حيث يترك القانون للأفراد تنظيم معاملاتهم في المجتمع بكل حرية دون تدخل. وبالتالي فإن ما يتفق عليه طرفا العقد يعتبر قانونا يلتزم به أطرافه وظهر مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين".

ولقد تترتب عن مبدأ سلطان الإرادة مبدأ آخر هو "كل شيء قابل للتفاوض".

وحرية التفاوض التي تسبق إبرام العقد النهائي تقودنا إلى اعتبار المفاوضات العقدية هي المعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين يمكن الرجوع إليها لتفسير العقد وهذا ما عبرت عنه المادة 111 من التقنين المدني الجزائري حيث نصت على أنه: "...أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهزاء في ذلك بطبيعة التعامل...".

التفاوض في العقود يعني أن الطرفين متساويين في كل شيء ويتمتع كل منهما بقدر من الحرية في التعاقد سواء عند مناقشة بنود العقد أو عند تحديد مضمونه، فلا يتصور وجود إجبار على التفاوض لأن التفاوض يقوم أساسا على التعاون وحسن النية وهذا يظهر جليا في التجارة بصفة عامة وفي التجارة الإلكترونية بصفة خاصة.¹

ولدراسة هذا المطلب قسمناه إلى فرعين:

الفرع الأول: خطاب النوايا الإلكتروني.

الفرع الثاني: برتوكولات الاتفاقية الإلكترونية.

¹ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع نفسه، ص 271 - 272.

الفرع الأول:

خطاب النوايا الإلكتروني.

المفاوضات هي عملية شاقة ويتطلب من أطراف العقد اللذين يرغبون في إتمام كل الإجراءات اللازمة للوصول إلى إبرام عقد نهائي أن يحضروا تحضيرا جيدا للمفاوضات وخاصة العقود التي تستغرق وقتا طويلا ونفقات طائلة وأول مرحلة في التفاوض هو الاتصال من أجل التفاوض والتشاور وتبادل وجهات النظر حول العملية التعاقدية ومن أبرز وسائل الاتصال خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية، حتى تسهل عملية المفاوضات فيما بعد، ويحرص كل طرف على تدوين ما تم الاتفاق عليه بشأنه من جزئيات العقد في مراحل المفاوضات حفاظا لمصالحهم.

أولا : مفهوم خطاب النوايا.

تتطوي العقود الدولية وخاصة في التجارة الإلكترونية على العديد من المسائل الفنية الدقيقة، التي لا يمكن حسمها في جلسة أو جلستين، بل يجب المرور على مراحل متعاقبة حتى الوصول إلى العقد النهائي، وتتم في هذه المراحل التمهيديّة اتفاقات تحرر في مستندات تحضيرية تتبادل فيها الأطراف الرؤى والمفاهيم حول أمور تتصل بالمفاوضات حول العقد النهائي، وأهمها ما يعرف بخطاب النوايا أو التقاهم، أو اتفاق التفاوض أو الاتفاقات المبدئية.¹

خطاب النية الإلكتروني يصدر في الغالب أثناء المفاوضات والهدف منه تسجيل ما تم الاتفاق بشأنه أثناء المفاوضات أو ذلك الاتفاق الذي يبرمه الأطراف للبدء في المفاوضات وقد يكون في نهاية مفاوضات كوسيلة للتعبير عن إبرام العقد النهائي ويكون في هذه الحالة كتأكيد على إبرام العقد النهائي، ولهذا فإنه يأخذ أسماء أخرى كاتفاقات الشرف، خطابات التقاهم.....

أ. تعريف خطاب النوايا:

لقد وردت بشأنه عدة تعريفات لا يسعنا في هذا المقام التطرق إليها جميعا بل نكتفي ببعض منها. فعرفه بعض الفقهاء بأنه "مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في

¹شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، ط الأولى، منشورات دار الدجلة، الأردن، 2008، ص 401.

التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها "1.

ويستنتج من التعريف أن أي مستند لا يتضمن إبداء الرغبة في التعاقد ولا يشمل النقاط الرئيسية والخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه في المستقبل، ولا يحث الطرف الآخر على التباحث حولها والتفاوض بشأنها معاً، لا يعتبر ذلك المستند خطاباً للنوايا بل مستند آخر يمكن أن تعطى له تسمية أخرى مناسبة.²

خطاب النوايا الإلكتروني له ميزة خاصة تميزه عن خطاب النوايا التقليدي وتتمثل في الوسيلة التي يتم بها وذلك فيما يخص التحرير أو الدعامة التي يحرر عليها، ألا وهي الكمبيوتر، ويرسل عبر شبكة الانترنت، باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني (E-MAIL) وغيرها مما تتيحه شبكة المعلومات والاتصالات الدولية للانترنت أو غيرها من الشبكات الدولية.

يمكننا تعريف خطاب النية الإلكتروني بأنه "محرر الكتروني مكتوب قبل العقد النهائي، ويعكس مقترحات واتفاقات أحد طرفي العقد أو كلاهما بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط الكتروني".³

ب. الأهداف: المفاوضات ما هي إلا عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، ولا يحد من هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية.⁴

فمن أهم الأهداف التي تنشئ خطاب النوايا الإلكترونية هو تحديد الإطار المستقبلي المتعلق بتنظيم المفاوضات الإلكترونية، كمدة التفاوض، تعيين المفاوضين، اللغة المستعملة في التفاوض، تحديد الشروط الرئيسية للعقد النهائي المنشود... وقد يكون خطاب النوايا مجرد استعلام أو طلب معلومات عن العقد، دون أن يعبر عن أي نية للالتزام بالدخول في المفاوضات العقدية.⁵

¹ خالد ممدوح، مرجع سابق، ص 276.

² شيرزاد عزيز سليمان، مرجع سبق ذكره، ص 402.

³ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 276.

⁴ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2007، ص 134.

⁵ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 276.

ثانياً: خصائص وأنواع خطابات النوايا.

أ. **خصائص خطابات النوايا:** خطاب النوايا هو تلك الرسائل التي يتبادلها أطراف العقد فنظراً لخصوصية التجارة الإلكترونية والتي تمتاز بعدم وجود مجلس للعقد فالعقود تبرم عن بعد، فهذا فإن خطاب النوايا يمتاز بالخصائص التالية:

- خطاب النوايا يصدر عن طرف واحد إلا أنه يجب أن يحظى بموافقة الطرف الآخر.
- خطاب النوايا يحرر من قبل أشخاص غير قانونيين مما يجعلهم يقعون في الغموض والتناقض لأنهم لا يدركون المفهوم القانوني لما يستخدمونه من ألفاظ ومصطلحات قانونية، وهذا ما قد يعرض طرفاً من الأطراف إلى تحمل عواقب وخيمة جراء التزامات لم يكن يقصدها، خاصة أن خطاب النوايا يعتبر وسيلة لإثبات الاتفاقات الأولية التي يمكن أن تفصل في العقد النهائي.
- يرى بعض الفقهاء أن أسلوب صياغة خطاب النية الإلكتروني هو الذي يجعله ملزماً أو غير ملزم لمن أصدره، وفي غالب الأحيان من يصدرون خطابات النوايا لا يقصدون وضع التزامات على عاتقهم بل كل ما في الأمر هو وضع الإطار المبدئي للمفاوضات تمهيداً لإبرام العقد النهائي.

إلا أنه قد يكون خطاب النية عبارة عن اتفاق فعندها يصبح ملزم بين الأطراف، وتدل العبارات المكتوبة على الرسالة على النية في إبرام ذلك العقد فعلاً. أما عن موقف القانونين الفرنسي والمصري من القيمة الإلزامية لخطاب النوايا فلقد استقر الوضع فيهما على أنه ليس لخطاب النوايا قوة إلزامية. وذلك أن القضاء يلجأ إلى خطاب النوايا أو بالأحرى إلى مرحلة التفاوض عندما يثور نزاع حول تفسير بند من بنود العقد المبرم فقط، أما القانون الأمريكي فقد أجاز الخروج عن مبدأ عدم الاعتداد بخطاب النوايا، والأخذ بنية أطراف التعاقد وهذا ما ذهب إليه أيضاً المشرع الجزائري كما رأينا سابقاً في نص المادة 111 من القانون المدني الجزائري.

ب. **أنواع خطابات النوايا:** لا تختلف أنواع خطابات النوايا الإلكترونية عن خطابات النوايا التقليدية من حيث الوظيفة إلا أنها تختلف فقط من حيث الدعامة المحررة عليها، فهي تكون على دعائم إلكترونية ومن خلال وسيط إلكتروني والأخرى على دعائم ورقية. وخطاب النوايا تتعدد أنواعه حسب الغرض منه ومعناه، فقد يكون الهدف منه الاستعلام عن شيء معين وقد

يكون دعوة للتفاوض أو أي رغبة أخرى يراها أحد الأطراف سواء قصد الاتفاق أو بقصد الاستعلام.¹

انطلاقاً من مضمون خطاب النوايا يمكننا التمييز بين ثلاثة أنواع من خطابات النوايا الإلكترونية.

1. **النوع الأول:** خطاب دعوة للبدء في التفاوض الإلكتروني وهو خطاب يوجه للطرف الثاني ليعلمه بنيته أو رغبته في التعامل معه وبدعوته للتفاوض في إطار محدد مثل تحديد مدة التفاوض ومكانه. وحتى تعيين من يقوم بالمفاوضات إن لزم الأمر.

2. **النوع الثاني:** وهنا قد يكون خطاب النية عبارة عن اتفاق يلتزم به الطرفان في مرحلة المفاوضات مثل اتفاق بالالتزام بالسرية، والاتفاق على التحكيم والتزام بعدم التفاوض مع الغير، وهذا يعتبر حسب رأي الفقهاء عبارة عن عقد تترتب عليه المسؤولية العقدية على من يخل بالتزام من الالتزامات الواردة في خطاب النية.

3. **النوع الثالث:** وهو خطاب النية الذي يتفق فيه الطرفان على إبرام العقد النهائي وذلك في مرحلة المفاوضات وقبل نهايتها إلا أنه قد يعلق على شرط أو يضاف إلى أجل مثل موافقة السلطات المختصة.²

مما سبق يمكننا أن نقول خطابات النوايا هي محررات تبرم أو تحرر في المرحلة الأولى للمفاوضات وعليه فإنها تشمل بعض عناصر العقد أما عندما يتقدم الأطراف في المفاوضات فهناك نوع آخر من المحررات يسمى البروتوكول الاتفاقي.

الفرع الثاني:

البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية.

1 : تعريفه.

البروتوكولات الاتفاقية هي عقود تبرم أثناء عملية التفاوض وذلك عندما تتقدم المفاوضات، ويلجأ إليها الأطراف خاصة في العقود الكبيرة والمركبة بحيث يسجلون ما تم التوصل إليه أثناء المفاوضات فينتقون على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي

¹ خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 277.

² خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص 277.

تحول هذا الإطار إلى حقوق والتزامات فهي مثل البروتوكولات التقليدية التي تكتب على دعائم ورقية إلا أنها هنا تكون على دعائم الكترونية.

2: التفرقة بين البروتوكولات الاتفاقية وخطابات النوايا.

إن الفرق بينهما جد دقيق حيث يرى بعض الفقهاء أن التفرقة بينهما تتم من خلال معيارين أساسيين:

- معيار الهدف أو المعيار الكمي.

البروتوكول الاتفاقي كما رأينا سابقا يتكون من عناصر العقد النهائي عدا بعض الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد وبيع بعض الشروط الجزائية، ولهذا فالبروتوكولات لا تبرم إلا في مرحلة متقدمة من المفاوضات، في حين خطابات النوايا تتضمن بعض عناصر العقد ولذا نجدها في المراحل الأولى للمفاوضات.

- معيار الشكل.

حيث خطابات النوايا تأخذ الشكل الذي يراه الطرف الذي يبدأ بالتبادل، في حين البروتوكولات لها شكل نموذجي. ويتم تحديد عناصرها بمعرفة الطرفين، ويوقع عليها في نفس الوقت طرفي التعاقد بما أن البروتوكولات الاتفاقية هي عقود نموذجية تضمن بشروط العقد النهائي، وتوقع من قبل أطراف التعاقد وذلك لإبراز رضاهم بما ورد في العقد من شروط. فقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار البروتوكولات أنها عقود حقيقية ملزمة للجانبين، والآثار التي تتولد عن هذا البروتوكول لا تختلف عن آثار أي عقد آخر والمسؤولية الناشئة هنا هي مسؤولية عقدية، وأطراف البروتوكول الاتفاقي ملزمين بالاتفاق عن طريق التفاوض على العناصر المتبقية من العقد والمسؤولية الناشئة كما قلنا سابقا أنها مسؤولية عقدية وتتحقق في حالتين:

حالة النكول عن التفاوض وحالة العدول عن المسائل الجوهرية التي تم الاتفاق عليها أما جانب آخر من الفقه يرى أن هذه البروتوكولات ما هي إلا تصرفات سابقة للعقد، فلا تولد إلا مسؤولية تفسيرية في غياب العقد.

ومهما اختلف الفقهاء في قوتها الملزمة فإن طرفي التفاوض يلجآن إليها لتأكيد الجدية وإبراز النية الحقيقية لهما للوصول إلى العقد النهائي.¹

المبحث الثاني:

الشكلية في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني.

تقليدياً ومنذ القدم، العقد يستمد شرعيته من إرادة أطرافه وفق الالتزامات التي رضوا بها حيث ورد عن الفقيه Gounot التعريف التالي "في التزامات العقديّة الإرادة هي كل شيء: هي العنصر الأهم لتكوينه وهي أيضاً القاعدة الوحيدة لتفسيره، لا التزام بأي فعل قانوني إلاّ إذا رغبت في ذلك وفي حدود ما أريد".²

إن جميع القوانين قد نصت عن الرضاء في قوانينها الداخلية لما له من مكانة في إبرام العقود ففي القانون المدني الجزائري نص عليه المشرع تحت الفصل الثاني العقد وفي القسم الثاني تحت اسم شروط العقد وبدأ بالرضاء من المادة 59 إلى المادة 91 والرضاء يعتبر من الأحكام العامة للعقود حيث يكون خالي من العيوب.

وفي عصرنا الحديث أصبحت كل العقود تقريباً رضائية وخاصة في التجارة إلا ما نص عليه القانون على أن يتخذ شكلاً معيناً. وكثيراً من التشريعات تنص في قوانينها على العقود التي تتطلب الشكلية وعددها قليل يمكن حصره بسهولة أما العقود الرضائية فهي لا تحصى نظراً للتطور المذهل الذي حصل في المعاملات بين الناس.

لقد نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية". والرضاء يجب أن يتوفر بالعقد ولو كان الكترونياً وتتجه إرادة الطرفين لإحداث أثر قانوني.

¹خالد إبراهيم ممدوح، المرجع السابق، ص299

²Vincent Goutrais : le contrat électronique international ;burlyant academia ;Belgique2002;p23.

والقانون لا يهتم بالإرادة إن هي بقيت كامنة تخالج النفس فلا بد أن تخرج النية للعلن عن طريق المظاهر المادية الدالة عليها ولقد نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على مظاهر التعبير عن الإرادة.¹

ونظرا لخصوصية التعاقد في التجارة الإلكترونية، كونها تتم عبر وسيلة الانترنت بواسطة حاسوب مما يجعل مجلس العقد غير مألوف كما هو الحال في العقود التجارية التقليدية، فالطرفين لا يكون لهما حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده فقد تفصل بينهما أميال من الكيلومترات ولكن يجمعهما مجلس عقد حكومي،² ومن أجل هذه الدراسة قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: نتناول فيه طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: نتناول فيه الشكل الذي تفرغ فيه الإرادة في العقود التجارية الإلكترونية.

المطلب الأول:

طرق التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.

كل العقود تخضع للقواعد العامة من رضاء ومحل وسبب والشكلية إن اشترطها القانون، وفي العصر الحديث نظرا لاتساع التعاملات وكثرتها أصبحت تقريبا كل العقود رضائية إلا أنه بالنسبة للتعاقد عبر الشبكة العنكبوتية فإن الرضاء له خصوصية تميزه عن باقي العقود التقليدية لكنه يخضع لتبادل التعبير عن الإرادة وإبراز النية للعلن ويتمثل ذلك بالإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني.

ولتبادل إرادة كل طرف سواء الموجب أو القابل فإنهما يستعملان وسائل الكترونية كجهاز المينيتل وجهاز التلكس، وجهاز الفاكس، والتليفون المرئي، والتلفزيون والكمبيوتر، فجميع هذه الوسائل يمكن من خلالها نقل إرادة طرف إلى الطرف الآخر.³

¹المادة 60 تنص على انه "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه..."

²خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 310.

³لمزيد من المعلومات أنظر، أيمن مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2008، ص ص 83-94.

الفرع الأول

الإيجاب الإلكتروني

لقد عرّفت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع الإيجاب في المادة 14 من الجزء الثاني المتعلق بتكوين العقد على أنه: "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددًا بشكل كافي وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددًا بشكل كاف إذا عيّن البضائع وتضمّن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والتمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها".

الإيجاب يصدر من الطرف الذي يبدأ بعرض التعاقد على الطرف الآخر، إذ أن الإيجاب هو ما صدر أولاً.¹

ولقد أورد المشرع الجزائري في المادة 69 من القانون المدني ذكر الإيجاب.² وما ينطبق على الإيجاب في العقود التي نظمها المشرع بقواعد عامة ينطبق على الإيجاب الإلكتروني ولكن وفق خصوصية العقد الإلكتروني فيعد الإيجاب والقبول الأساس لأي عقد ويتم صدوره في مجلس العقد في العقود المسماة التقليدية أما العقد الإلكتروني لا يمكن تصور التواجد المادي لطرفي العلاقة، فهذا العقد يكون من العقود التي تبرم بين غائبين لا يجتمع أطراف العقد في مجلس واحد وهذا ما ذهب إليه كثير من فقهاء القانون.

عرّف الفقهاء الإيجاب الإلكتروني بأنه تعبير عن الإرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام العقد، ويكون ذا تعبير محدد، وتاما ودالا على نية الملتزم بما لدى القابل.³ لقد عرّف الإيجاب كذلك بأنه إبداء إرادة أحادية الجانب مبينة وجازمة ومجردة من اللبس ...

ويعرّف التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة. ويستبعد في هذه الحالة مجرد الإعلان.

¹دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دار العلوم للنش، عناية، 2004، ص 16.

²أنظر نص المادة 69 من القانون المدني الجزائري

³فواز المطالقة، الوجيز في العقود التجارية الإلكترونية، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 60.

الإيجاب لا يخضع لأية شروط شكلية حيث من الممكن أن يكون شفويا أو مكتوبا أو بأية وسيلة كانت.

وبشأن تحديد الإيجاب تختلف الآراء حيث تعتبر بعض القوانين أن العرض الموجه للجمهور عن طريق الإعلانات مثلا يفقد صفة التحديد وبالتالي لا يعد إيجابيا. وذهب المشرع الفرنسي إلى اعتبار توجيه الإيجاب إلى الكافة يعد إيجابا إلا أنه يعتمد على طريقة العرض، ويعطي أمثلة على ذلك لتوضيح متى يكون الإعلان إيجابا ومتى يكون دعوة للتعاقد.

في المثال الأول أن المنتج يعلن عن السلعة في التلفاز أو الصحف أو الراديو أو عبر صفحة الواب فإن كانت الوسيلة المستعملة هي الانترنت [وهي محل دراستنا] فإن دعا الجمهور إلى شرائها فهذا العرض لا يمثل إيجابا، لأنه غير موجه لشخص معين أو أشخاص معينين أما في المثال الثاني فالمنتج يعرض سلعته واصفا إياها ومحددا مزاياها وثنمها ويعلن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلب شراءها وفق الشروط المبينة في الإعلان، فهنا يعتبر هذا العرض إيجابا صريحا، لأن صاحبه ملتزما بالتعاقد مع من يبدي قبوله.

فالإيجاب يجب إن يكون جازما يعبر عن إرادة جازمة لا رجوع فيها، ويكون باتا فبمجرد قبوله من الطرف الذي وجه إليه ينعقد العقد ويكون الموجب ملزما بالإبقاء على أيجابه طوال المدة المحددة وإذا لم تكن المدة محددة يمكنه الرجوع على إيجابه.¹ وفي هذا تنص المادة 16 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980 على أنه: "يجوز الرجوع عن الإيجاب لحين انعقاد العقد، إذا وصل الرجوع عن الإيجاب إلى المخاطب قبل أن يكون هذا الأخير قد أرسل قبوله".

وفي دراستنا هذه اكتفينا بتوضيح بعض الحالات عن الإيجاب، وما يهمنا هو كيفية إيصال الإيجاب إلكترونيا عبر بيئة الكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أنّ أشهر أنماط التجارة الإلكترونية تنحصر أساسا في طائفتين الأولى من الأعمال إلى الأعمال (business-to-business) والثانية من الأعمال إلى الزبون (business-to-consumer)

¹ انظر نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري.

وهذا هو المفهوم الدارج للتجارة الإلكترونية لدى مستخدمي شبكة الانترنت، والفرق بينهما يتمثل في طرفي العلاقة التعاقدية وفي محل وهدف التبادل الإلكتروني.

في القانون المدني الجزائري يبقى التعبير عن الإرادة (الإيجاب) نافذا في حق من أصدره حتى ولو مات أو فقد أهليته إذا اتصل التعبير بعلم من وجه إليه.¹ ولكن محكمة النقض الفرنسية ذهبت إلى إن الإيجاب يغدوا عديم المفعول بوفاة فاعل الإيجاب وأن ورثته غير مرتبطين بمجرد إيجاب من أنجبهم، وهذا الحل يكون صحيحا في حالة عدم تحديد مدة الإيجاب لكن إذا تعهد الموجب بالحفاظ عليه خلال مدة معينة وكان الإيجاب لا يرتبط بشخص المدين فإن الإيجاب يبقى قائما وينتقل إلى ورثته ولا يجوز الرجوع فيه.

وفي هذا الصدد فإن الإيجاب الإلكتروني إذا احترم مقتضيات الوضوح، كأن يصف البضاعة وصفا دقيقا ومزودا بصورة مجسمة ثلاثية الأبعاد بشأن السلعة المراد بيعها إذا كان عقد بيع وبشأن شرط كون الإيجاب باتا ناجزا، نفرق بين التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني حيث تكون الرسالة في اتجاه واحد في اللحظة الواحدة حيث أن البائع يرسل إجابته إلى جهات محددة، أفرادا كانت أم مؤسسات بحيث يصل الإيجاب إلى البريد الإلكتروني للمرسل إليه والذي يقوم فيما بعد بالرد على الرسالة.²

وعليه أنه إذا كان الإعلان عن السلعة محددا وقاطعا وذلك بتضمنه كافة العناصر الأساسية للتعاقد يعد إيجابا صالحا لأن يقترن به قبول.

ونتطرق للعرض الإلكتروني في صورتين:

أولا: العرض على صفحات الويب web.

الويب هو إحدى الخدمات المعروضة على الانترنت حيث تسمح بالنقل والاستخدام للوثائق متعددة الوسائل الإعلامية عبر الخط.

في هذه الصورة نجد أن التاجر الذي يتعامل عبر وسيلة الانترنت التي هي شبكة اتصال عن بعد سلبي نسبيا، ذلك أنه يحتفظ بمعلومات حول المنتجات أو الخدمات التي

¹ انظر نص المادة 62 من القانون المدني الجزائري.

² نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان الأردن، 2004، ص ص 36-38.

اختارها، فالمستهلك هو الذي يقوم بدور إيجابي من جانبه فيفحص ما هو معروض، فالإنترنت أي المستهلك الإلكتروني هو الذي يتجه نحو الموقع بإرادته، وتسمى هذه الطريقة في مصطلح الإنترنت "pull" والتي يقوم بموجبها المستهلك بالبحث بنفسه عن المعلومة في الموقع وهذا ما هو مطبق في قانون البيع عن بعد.

في قانون المستهلك الفرنسي طبيعة الإيجاب هنا هو إيجاب عام موجه للكافة.

ثانياً: عرض المنتجات أو الخدمات بواسطة المراسلة الإلكترونية.

على العكس من الصورة الأولى نحن أمام نمط يطلق عليه "push" ويتمثل في إمداد المستعمل بالمعلومات التي تهمة مباشرة في علبة الخاصة بالرسائل الإلكترونية وذلك حسب اختياراته واهتماماته التي أبدأها ويتم الحصول على البريد الإلكتروني مجاناً من خلال العديد من المقار الرئيسية على شبكة الإنترنت والتي تتبع عناوين البريد الإلكتروني مجاناً.

فالإيجاب في هذه الحالة يتم بواسطة البريد الإلكتروني مستهدفاً أشخاصاً معينين، يرى التاجر أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم، وهذا يشبه السعي لإبرام العقود، بواسطة البريد

1

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء يميلون إلى اعتبار الإعلان عن السلعة في الموقع الإلكتروني أو في البريد الإلكتروني بأنه ليس إيجاباً باتاً، إنما هو دعوة إلى التعاقد من الطرف الأول وتكون الاستجابة من الطرف الثاني بقبوله الدعوة أو العرض هو الإيجاب الحقيقي الذي إذا لاقى قبولا من الطرف الأول يتم به العقد فعقود التجارة الإلكترونية تكون عادة متضمنة شرطاً صريحاً أو ضمناً هو توافر العدد الكافي من السلعة لدى البائع لأن البائع لن يكون في مقدوره الاستجابة إلى كل طلبات الشراء من كل أنحاء العالم.

ومن ثمة فإن صياغة إعلان الدعوة إلى التعاقد أو العرض يتعين أن تكون في غاية الوضوح والدقة حتى لا تعد إيجاباً ويصبح الموجب مسئولاً عن الإخلال بالعقد إذا تلاقى القبول بالإيجاب.²

¹أيمن مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، مرجع سبق ذكره، ص ص 111-114.

²محمد البنان و آخرون، العقود والاتفاقات في التجارة الإلكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر 2007، ص

وفي الأخير يمكننا استعراض رأي أغلب الفقه المصري والفرنسي أن عرض التعاقد الموجه إلى الجمهور هو إيجاب كامل، فلا يشترط توجيه الإيجاب إلى شخص أو أشخاص معينين بل يصح توجيهه إلى جميع الناس أي إلى الجمهور بشرط أن يكون عرض التعاقد باثً يتضمن جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه وبشرط ألا تكون شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار في العقد المراد إبرامه.

فإذا كانت شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار فلا يعتبر عرض التعاقد إيجاباً وإنما مجرد دعوة للتعاقد، نلاحظ اختلاف صورة الإيجاب في كل صورة إلا أن الرابط الوحيد بينهما عرض التعاقد في كل صورة يحتوى على جميع العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه.¹

الفرع الثاني

القبول الإلكتروني

القبول بصفة عامة هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب، والقبول الإلكتروني لا يخرج عن هذا التعريف سوى أنه يتم التعبير عنه من خلال وسيلة إلكترونية.²

القبول في التعاقد عبر الانترنت لا يختلف عن القبول في أي عقد، فهو التعبير عن الإرادة صادر ممن وجه إليه الإيجاب ولكن الاختلاف يكون في شكل القبول، فالقبول في التعاقد عبر الانترنت يأخذ أشكالاً تختلف عن شكل القبول في التعاقد التقليدي، هذه الأشكال تختلف باختلاف صور التعاقد عبر الانترنت.

شروط القبول في النظرية العامة للالتزامات تنطبق تماماً على شروط القبول في التعاقد عبر الانترنت، إلا أنه تظهر بعض المشكلات المتعلقة بتقنية شبكة الانترنت التي تتم من خلال الموقع وهي مدى اعتبار عقود الويب عقود إذعان، وذلك لأن العقود في هذا النوع من التعاقد تكون معدة سلفاً على صفحة الويب (web) وتسمى أيضاً عقود نموذجية نصت عليها بعض الاتفاقيات الدولية أو بعض القوانين لبعض الدول وما على الراغب في إبرام العقد إلا النقر على الأيقونة المخصصة بالموافقة ولا يمكن للموجب له أن يتفاوض على تلك

¹سماح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص 141.

²أيمن مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 135.

الشروط فإما أن يقبلها كلها أو يرفضها كلها فلا يتعاقد،¹ وتختلف صور القبول باختلاف صور التعاقد عبر الانترنت نفسها.

أولاً: بالنسبة للتعاقد عن طريق التفاعل المباشر فإن القبول يتم شفاهة بين المتعاقدين الذين يجمعهم مجلس عقد حكومي، فهو كالتعاقد من خلال الهاتف، ولا توجد مشكلة في صورة القبول في هذه الحالة.

ثانياً: بالنسبة للتعاقد بالمزاد الإلكتروني، فالقبول يكون بإرساء المزايد على صاحب أكبر عطاء عند انتهاء الوقت المخصص للمزاد.

ويقوم الموقع الخاص بالمزاد بإرسال رسالة إلكترونية للمزايد يعلمه فيها بأنه قد تم إرساء المزايد عليه.

ثالثاً: أما من خلال البريد الإلكتروني، فإن القبول يكون مشابه للتعاقد بالمراسلة ولذلك فإنه يتم في صورة رسالة إلكترونية، يقوم المتعاقد بكتابتها على الحاسوب الخاص به ويرسلها عبر البريد الإلكتروني إلى عنوان البريد الإلكتروني للموجب.

رابعاً: بالنسبة للتعاقد عبر الويب (web) فإن القبول فيها يأخذ شكل الضغط على أيقونة القبول بما أن الموجب قد وضع نموذج للعقد على الصفحة وفي نهايته توجد أيقونة للقبول للضغط عليها.

يرى غالبية الفقه الضغط على تلك الأيقونة هو أسلوب صحيح للتعبير عن الإرادة، ولقد أثار البعض تخوف من أن يتم الضغط على الأيقونة من قبل الموجب له دون تبصر إلا أن هذا التخوف قد تم القضاء عليه وذلك باتخاذ بعض الاحتياطات لضمان رضاء واضح.

وقد اقترح الفقه أن تكون خطوات مرافقة لعملية الضغط على الأيقونة ويطلق عليها القبول على مرحلتين حيث يظهر للموجب له صفحة العقد فيضغط على أيقونة القبول ثم تظهر له بعد ذلك رسالة تتضمن السؤال "هل تقبل بالتأكيد هذا العقد؟" فإذا ضغط على أيقونة القبول مرة أخرى المكتوب عليها نعم فينعقد العقد، وهذا النوع من التأكيد يظهر حتى عند استعمال الكمبيوتر العادي، عند حذف بعض الملفات من على النافذة.

¹سامح عبد الواحد التهامي، مرجع نفسه، ص 174.

نظم القانون المدني الفرنسي مسألة القبول في العقود الإلكترونية وذلك في المادة 1369 أما فيما يخص مسألة القبول فقد أخذ القانون بمبدأ تأكيد القبول أو ما يطلق عليه (double clic) وجاء في المادة المذكورة سابقا على أنه: "حتى يمكن إبرام العقد على نحو صحيح فإن الموجب له يجب أن يكون في استطاعته مراجعة تفاصيل العقد والسعر الإجمالي وتصحيح أي أخطاء محتملة وذلك قبل أن يقوم بتأكيد ذلك حتى يعبر عن قبوله".

يرى بعض الفقه أن المشرع الفرنسي بذلك قد تطلب شكلية في إبرام العقود التي تتم عبر الموقع (web) حيث أنه يتطلب أن يتم القبول بخطوتين مختلفتين وهذه الشكلية لا يكون لها وجود فيما يخص القبول بواسطة البريد الإلكتروني.¹ أما فيما يخص شروط صحة القبول الإلكتروني لقد حدد الفقهاء شرطين:

أ. مطابقة القبول للإيجاب.

ب. أن يصدر القبول والإيجاب قائم.

إن تطابق القبول على جزء مما يتضمنه الإيجاب، أو تضمن القبول تعديل مضمون الإيجاب فهذا يكون القبول غير مطابق للإيجاب فلا ينعقد العقد كما يشترط أن يقترن القبول والإيجاب قائم.

العقود النموذجية الموجودة على صفحة موقع الويب (web) تتضمن بنود العقد إلا أنها قد تخفي الشروط التفصيلية للعقد فتضع لها علامات أو تكتب بسطور بارزة فعلى المتعاقد أن يضع مؤشر الفأرة على العلامة أو السطر البارز حتى ينتقل إلى الشروط التفصيلية المخفية فيطلع عليها قبل قبوله للعقد.

يرى بعض الفقهاء بأن هذا النوع من العقود يشوبه نوع من عدم الرضاء لأن المتعاقد قد لا ينتبه لتلك العلامات ويعلن عن قبوله فينعقد العقد ولكن بعد تنفيذ العقد يفاجئ بتلك الشروط التفصيلية فلو علم بها لما أقدم على إبرام العقد.

ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن يكون الإيجاب واضحا وتاما و كل الشروط بارزة باستطاعة الطرف القابل أن يتعرف عليها بسهولة ويبيدي رأيه بكل وضوح، فيكون بذلك قبوله مطابقا للإيجاب المقدم من الطرف الآخر.

¹سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص ص 175-178.

صدر تقرير من مجلس الدولة الفرنسي بشأن التعاقد عبر وسيلة الانترنت، حيث جاء فيه: "حتى يكون الرضاء صحيحا وكاملا فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية" وذلك لأن الموجب له قد لا ينتبه إلى وجود مثل هذه النصوص المخفية خاصة إذا كان الموجب له غير ماهر في استخدام شبكة الانترنت.

وتجدر الإشارة إلى أن هناك مشكلة أخرى قد تثار في بعض العقود التي تتعقد عبر وسيلة الانترنت كما هو الحال عند شراء بعض البرامج، فإن بعض شروط العقد لا تظهر إلا عند تنفيذ العقد فتظهر شروط استخدام البرنامج، فالموجب لم يعلم بهذه الشروط إلا بعد تثبيت البرنامج على الكمبيوتر الخاص به كأن يشتري مفتاح خاص لفك الشفرة التي تمكنه من استخدام هذا البرنامج فهنا لا يكون تطابق بين الإيجاب والقبول. رغم اتفاق أطراف العقد على المسائل الجوهرية للعقد تبقى بعض المسائل الثانوية تترك للتفاوض أو الاتفاق فيما بعد فالعقد يبرم إذا لم يتفق أطراف العقد على خلاف ذلك.¹

أما بخصوص استعمال الويب (web) في إبرام العقود فلا يمكن تصور اتفاق على مسائل جوهرية وعدم الاتفاق على المسائل الثانوية فهذا النوع من العقود النموذجية التي تحتوي على كل بنود العقد و ما على الطرف الآخر الذي يريد التعاقد عبر هذه الوسيلة إلا قبول العقد كله أو رفضه كله.

أما بخصوص القبول الذي يحمل في طياته شروط جديدة فيعتبر إيجابا جديدا وهذا ما نصت عليه المادة 66 من القانون المدني الجزائري على أنه "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا" فلا ينعقد العقد.

¹ أنظر نص المادة 65 من القانون المدني الجزائري التي تنص على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها. أعتبر العقد مبرما. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها. فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

المطلب الثاني:

الشكل الذي تفرع فيه الإرادة في العقود التجارية الإلكترونية.

إن تبادل البيانات بين أطراف العقد في مرحلة التفاوض سواء عند بداية التفاوض أو في مرحلة متقدمة من التفاوض قد تبرم بين طرفين كما سبق أن رأينا عقود مثل خطابات النوايا والبروتوكولات وغيرها من الاتفاقات المشابهة مما يستوجب إحداث أثر على الطرفين أو التزامات تكون بمثابة التزامات عقدية مما يستوجب توثيقها حتى يمكن الرجوع إليها في حالة ما إذا ثار نزاع أو خلاف حول تلك التفاعلات حتى يتسنى للطرف المضرور إثبات تلك الالتزامات. فتكون تلك العقود محفوظة في دعائم إلكترونية يمكن الرجوع إليها، وتكون إرادة الطرفين مثبتة أيضا وواضحة وتكون كذلك إذا كانت هذه الدعائم التي تحمل تلك الاتفاقات الإلكترونية ممهورة بتوقيعات من أطرافها وذلك يدعم أن ما تحتويه من بيانات والتزامات قد ارتضاها أطراف العقد ومن أجل هذا يمكننا تقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: صيغة العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني: توقيع العقد.

الفرع الأول

صيغة العقد الإلكتروني

كما ورد في القواعد العامة فإن العقد يتم بمجرد تطابق الإرادة المتبادلة بين طرفي التعاقد،¹ ولقد عرفت المادة 60 من القانون المدني الجزائري التعبير عن الإرادة بأنها "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا..." والتعاقد عبر الشبكة العنكبوتية يكون على نوعين إما شفاهة إذا تم التعاقد عبر التليفون المرئي أو عن طريق الكتابة الإلكترونية كما هو الحال عند التعاقد عبر الويب (web) أو البريد الإلكتروني كما هو شائع.

¹ المادة 59 من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني.

لم يتعرض المشرع الجزائري ولا المشرع المصري إلى تعريف العقد الإلكتروني وذلك لأنه لم تصدر قوانين فيما يخص المعاملات الإلكترونية سواء الجزائرية أو المصرية لكن قد تعرضت العديد من الدول العربية في قوانينها ونظمت التعاقد عن بعد ووضع تعريفات للتعاقد الإلكتروني.

أما المشرع الفرنسي ففي القانون الصادر سنة 2004 والخاص بالثقة في المعاملات الرقمية تطرق إلى تعريف التجارة الإلكترونية، ويمكن أن نستخلص من هذا القانون أن العقد الإلكتروني هو عبارة عن العقد الذي ينطوي على السلع والخدمات ويتم إبرامه بوسائل إلكترونية.¹

ولما كانت الإرادة مسألة نفسية وإن كانت أساساً قيام العقد فمن الصعب التعرف عليها مادامت في النفس، لا يعلم بها سوى صاحبها ولذلك كان من اللازم التعبير عنها بوسيلة تدل على وجودها الظاهر. ونص على ذلك القانون المدني الجزائري في المادة 60 المشار إليها سابقاً، فقد عدت صور التعبير عن الإرادة التي يعتد بها قانوناً، وبعد تعداد هذه الصور فتح المشرع المجال إلى صور أخرى قد تظهر في المستقبل أو هي موجودة ولكنه لم يتطرق إليها بالتسمية كما هو الحال بالنسبة للإنترنت، فجعلها كلها وسائل للتعبير عن الإرادة.²

يرى بعض الفقهاء أن تعبير أطراف العقد عن الإيجاب والقبول عن طريق المستند الإلكتروني طريقة مقبولة في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.³

¹ شحاتة غريب شلغامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعية الجديدة، مصر، 2008، ص 21.

² جاء في قانون المعاملات الإلكترونية، الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001 فقد عرف بعض المصطلحات الواردة في المادة 2 منه.

حيث اعتبر العقد هو السجل الإلكتروني أو القيد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أما في الفقرة 8 من نفس المادة فقد عرف العقد على أنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً".

أما في المادة 13 من نفس القانون فقد نصت على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لا بداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

³ عياض راشد المري، تأملات في مشروع قانون التجارة الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، مجلس النشر العلمي الكويت سنة 2006، ص 141.

بعد أن تتم المفاوضات وذلك بتطابق الإرادتين طبقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري يشرع أطراف التعاقد في صياغة العقد النهائي، إن لم يكن من العقود النموذجية المعدة سلفا، أو كان من العقود البسيطة المتعلقة بخدمات متكررة لا تتطلب شكل معين من الصياغة، كما هو الحال بالنسبة للخدمات أو المنتج الذي يقدمه المهني للمستهلك، حيث كفلت جل التشريعات حماية خاصة للمستهلك بصفته الطرف الضعيف في العقد.

أما بخصوص العقود المتعلقة بصفقات كبيرة ومعقدة وذات أهمية كبيرة في الاقتصاد الوطني، كاستيراد التكنولوجيا الحديثة، والقيام بالأشغال العمومية للبنى التحتية، كالطرق والجسور... فتكون الدقة في صياغة العقود أكثر أهمية، وخاصة عندما يتم تنفيذ العقد أكثر من طرف واحد.

تكرر العقد التجاري البسيط بصورة مستمرة بين مورد معين وزبائنه، فالتعاقد يتم على أساس العادات والأعراف التجارية السائدة في السوق، فالمشرع الفرنسي مثلا أصدر قانون خاص بالتسوق عن طريق الانترنت، ووضع ضوابط بحيث مكن المستهلك من إمكانية إرجاع السلعة خلال 7 أيام إذا وجدها لا تتطابق مع الطلبات التي أرسلها للمهني.¹ فمع التزايد المستمر وتعدد عقود الإذعان، وبقصد تجنب ما تتضمنه أحيانا من مغالاة في شروط التعاقد، فرض المشرع الالتزام بالتبصير والإعلام لصالح الطرف الضعيف في هذه العقود وغيرها، يتحمله الطرف القوي.

ولم يكتف المشرع بذلك بل فرض شكلا معيناً لبعض العقود على اعتبار أن الشكل غالبا ما يكون وسيلة حماية وإعلام للمستهلك، مخالفا الأصل في العقود عموما وهو الرضائية التي هي من جوهر هذه العقود دون منازع.²

عقود التجارة الدولية في الغالب أصبحت تبرم بالوسائل الإلكترونية أي بواسطة الحاسب الآلي، في الوقت والمكان اللذين تصبح فيهما رسالة التبادل الإلكتروني للبيانات، التي تشكل قبول الإيجاب، متوفرة في نظام المعلومات الخاص بالمستلم، ما لم يتفق على غير ذلك.

¹ يتوافق مع المادة 13 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش قانون رقم 03/09 مؤرخ في 2009/02/25

² محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، مصر، 2008، ص 17.

وتختلف هذه العقود فيما بينها من حيث موضوع السلع التي تنظمها، حيث تكون في شكل عقود المنتجات الصناعية وعقود المنتجات الزراعية... سنبرز ما ينبغي أن تكون عليه في المقدمة، والمتن.

ثانياً: صيغة العقد الإلكتروني.

1- في المقدمة: تكتب المقدمة بعد دراسة كل كلمة فيها، فكل كلمة لها قيمة كبيرة وقد تكون محل مفاوضات بين أطراف العقد فأطراف التعاقد في حاجة ماسة للمقدمة إلا أنها لا تكون بنداً من بنود العقد فما هو شكل ومضمون مقدمة العقد؟

أ. من حيث الشكل: يبدأ الأطراف عقدهم بالتعريف بأنفسهم وبممثلهم الموقعين على العقد وصلحياتهم في توقيعه، وبعد ذلك نجد مقدمة العقد والتي يمكن أن تكون بدون عنوان أو أنها مسبقة بتسمية "مقدمة" أو "مدخل" وتبدأ فقرات المقدمة غالباً بتعبير " حيث أن:" أو "بما أن" أو "لما كان" وتنتهي المقدمة بجملة وصل تقود الأطراف إلى البدء بمواد العقد، مثل "وبناء عليه، فقد تم الاتفاق على ما يلي..." أو غيرها من جمل الوصل. فقد تكون مقدمة العقد بضعة أسطر أو بضعة صفحات وذلك حسب طبيعة العقد وأهميته.

ب. من حيث الموضوع: يختلف محتوى المقدمة من عقد إلى آخر وتكون في شكل عناوين غير مدونة أي لا تبرز في الكتابة من بين هذه العناوين.

ب1- الأهداف المبتغاة من العقد: فالأهداف قد تكون متعلقة بطرف من أطراف العقد أو جميعهم أو بشخص ثالث لتوضح له بعض النقاط المرتبطة بالعقد. وقد تكون موجهة للمسؤولين السياسيين في الدولة....

ب2- بيان الظروف السابقة لتوقيع العقد: فالمقدمة هي المكان المثالي لأطراف العقد لإبراز الظروف التي سارت عليها المفاوضات وكل الظروف المحيطة بعملية التفاوض. وذلك الإشارة إلى بعض النقاط التي أثرت أثناء المفاوضات والتي ساعدتهم على إبرام العقد أو تعديل بعض البنود وغيرها من المسائل المرتبطة بالعقد.

ب3- إبراز مراحل المفاوضات: يذكر أطراف التعاقد في بعض الأحيان نصاً يشمل جميع المراحل التي مرت بها المفاوضات كأن يذكر مثلاً "...حيث أن العروض المقدمة من الطرف الأول بتاريخ.... حيث أن الرسالة المتبادلة بين الأطراف والتي تحمل التواريخ التالية

..... وحيث أن الطرف الأول قام بتعديل عرضه الأول وذلك بتاريخ....." وبالتالي يمكن للمتعاقدين الرجوع إلى محاضر المفاوضات ومحتوى الرسائل المتبادلة والمحاضر تشكل جزءا ملحقا بالعقد.¹

ب4- تعريف مصطلحات العقد: توضع تعاريف محددة لبعض الكلمات والتعابير المستخدمة في العقد بحيث تكون دقيقة وواضحة لدى طرفي العقد حتى لا يقع اللبس في تفسيرها أثناء تنفيذ العقد كما قد تكون هذه التفسير والتعاريف لبعض المصطلحات في بعض العقود بندا من بنود العقد.

قد يرد في المقدمة نقاط أخرى يرى أطرافه ضرورة ذكرها تسهل عليهم فيما بعد صياغة متن العقد ولا داعي للخوض في كل ما يمكن كتابته في المقدمة نظرا لتشعب وتنوع العقود المركبة والمعقدة وخاصة منها عقود التجارة الإلكترونية.

يجب الإشارة أن للمقدمة نفس المكانة القانونية لمواد العقد ولقد بدأ اتجاه في الظهور بين القانونيين يتبنى إدراج مادة خاصة في بدء العقد تنص على اعتبار المقدمة جزءا لا يتجزأ من العقد بالنص، تعتبر المقدمة المدرجة أعلاه جزءا لا يتجزأ من العقد وبندا من بنوده وهذا رغبة في ترسيخ هذا المبدأ.

2- في متن العقد: تنشئ بنود عقود التجارة الدولية وخاصة الإلكترونية منها حقوق والتزامات صريحة وواضحة بين أطرافها وتكون البنود متدرجة في ترقيمها تقرر العناصر التالية.

- تعرف المصطلحات المتكررة في العقد حتى لا يثور خلاف حولها فيما بعد وخاصة حول التفسير وتكون ذات أهمية كبرى إذا كان المتعاقدان، ينتميان إلى نظم قانونية مختلفة.
- ينص العقد على قواعد انعقاد العقد، كتحديد وقت انعقاده والقيمة القانونية للمراحل السابقة للتعاقد.

- تحديد المبيع من حيث الصنف والصفات والخصائص ودرجة الجودة والمقدار والوزن وعدد الوحدات إذا كنا بصدد عقد بيع.
- قد ينص العقد على طريقة تغليف البضاعة إذا كانت من البضائع الواجب تغليفها وكذلك الطريقة التي يتم بها التغليف ونوعية ومن يتحمل نفقات التغليف.

¹ عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، ص ص 180 - 190.

- ينص العقد على تسليم البضاعة من البائع وتسلمها من قبل المشتري فيحدد زمان ومكان التسليم. وفي هذا الشأن هناك عقود نموذجية تكفلت بكل هذه الجوانب وما على الأطراف إلا اختيار صنف من هذه الأصناف من العقود النموذجية والتي لا تدخل في مجال بحثنا.
- ينص العقد على طريقة الوفاء بالثمن والطريقة التي يتم بها. وهذه المسألة منظمة في بعض عقود التجارة الدولية عن طريقة فتح اعتماد من جانب المشتري أما في عقود التجارة الإلكترونية فطريقة الدفع تكون إلكترونية وهناك عدة أنواع للوفاء نذكر منها على سبيل المثال فقط، التحويل الإلكتروني، الدفع بالنقود الإلكترونية بطاقات الدفع...
 - ينص العقد على المدة اللازمة للمشتري لفحص البضاعة وكذلك المدة الواجب فيها تقديم المطالبات إن وجدت مخالفات في العقد.
 - التنصيص على الضمانات التي تقع على البائع وخاصة في العيوب الخفية التي لا تظهر إلا عند الاستعمال.
 - ينص العقد على أنواع الجزاءات التي يجب إعمالها عند مخالفة شروط العقد، وقد تتمثل هذه الجزاءات في التعويض أو الغرامة التي تفرض على المخالف أو إصلاح المبيع أو استبداله.
 - ينص العقد على تحديد القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحلل أحد أطرافه من التزاماته.
 - ينص العقد على شرط التحكيم لحل النزاعات وطريقة تشكيل هيئة التحكيم والطرق المتبعة لإتمام التحكيم.¹

الفرع الثاني:

توقيع العقد.

التوقيع شرط جوهري للمحرر العرفي لأنه هو الذي ينسب الكتابة إلى صاحب التوقيع، وبعبارة أخرى التوقيع على المحرر (العقد) يعني قبول الموقع لما هو مدون فيه ولقد نصت

¹عمر سعد الله، مرجع سابق، ص 184-185.

المادة 327 من القانون المدني الجزائري على هذا ف جاء فيها "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه... ويعتد بالتوقيع الإلكتروني...".

زيادة على الكتابة والتوقيع فإن بعض القوانين تلزم المتعاقدين بإعداد نسخ مساوية لعدد المتعاقدين كما هو في القانون الفرنسي والقانون اللبناني، والغرض من ذلك هو توفير دليل إثبات لذوي الشأن.¹

فالتوقيع هو العلامة الخطية الخاصة والمميزة التي يضعها الموقع، تتمثل وظيفة التوقيع في تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته باعتبار أنه يصدر من شخص كامل الأهلية. والكتابة لا تصلح أن تكون دليلا إلا إذا كانت موقعة ممن صدرت عنه.² إن التطور الذي عرفته وسائل الاتصال مما جعل منها وسيلة لجل التعاملات التجارية، ونظرا لخصوصية هذه التعاملات وما تتطلبه من ثقة وأمان حتى تنجح هذه المعاملات بصفتها أعمال تجارية فعمدت غالبية التشريعات لسن قوانين لضبط هذه التعاملات حماية للأطراف المتعاقدين.

أولاً: تعريف التشريع للتوقيع الإلكتروني

لقد سارعت الدول المتقدمة إلى سن قوانين تنظم التجارة الإلكترونية حتى تضمن الأمن والثقة للمعاملات وخاصة في ظل الابتكارات الهائلة في مجال المعلوماتية، مما قد يوجد بعض المنحرفين والمحتالين فيؤثرون على هذا النوع من التجارة التي أصبحت مداخيل الدول المتقدمة تزداد عاما بعد عام، فجعل أصحاب القرار يهتمون بتنظيم هذه التعاملات فصدرت قوانين عن المنظمات الدولية.

صدر قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والتوقيعات الإلكترونية³ حيث نصت المادة 7 منه على أنه: "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص...

¹ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 180.

² رياض النعمان، المعجم القانوني، ط الأولى دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013، ص 607.

³ منير محمد الجنبهي، ممدوح محمد الجنبهي، تزوير التوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2006، ص 159.

أ- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات...".

أما القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 فقد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 1 فقرة ج بأنه: "التوقيع الإلكتروني: ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره وهذا ما دفع بغالبية الدول بسن تقنيات خاصة بالتوقيع الإلكتروني، تماشيا مع التطور الحاصل في ميدان التجارة الإلكترونية وما حققته من مداخل خاصة للدول المتقدمة في مجال تكنولوجيا الاتصال.

أما في الجزائر فصدر القانون رقم 15-04 المؤرخ في 10/02/2015 ج ر عدد 6 الصادرة في 08 مارس 2015. جاء في المادة 2 منه " يقصد بما يأتي:
1- التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرقمة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق...".

هذه المادة نصت على كل ما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني سواء الشخص الموقع أو البيانات الواردة في المحرر الإلكتروني الموقع من طرف الشخص الذي صدر عنه أو أنه يوافق عليه بإرادة سليمة.

وجاء في هذه المادة أيضا في الفقرة 3 توضيح لكيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني وكذلك الآلية التي تعتمد لإنشائه وكذلك كيفية التحقق من شخص الموقع. أما المادة 6 من نفس القانون فقد تطرقت إلى وظيفة التوقيع الإلكتروني، فمن خلال التوقيع الإلكتروني يستطيع الطرف المقابل في العقد من التحقق من هوية الموقع وذلك من خلال وسيط آخر يسمى جهة التصديق التي ورد ذكرها في المادة 18 من نفس القانون التي تصدر شهادة التصديق للشخص الموقع. وهذه الشهادة تثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع.

ثانيا: متطلبات التوقيع الإلكتروني.

إن المشرع الجزائري فرض بعض الشروط الواجب توفرها في التوقيع الإلكتروني حتى يكون مماثل للتوقيع التقليدي ولقد ضبط المشرع هذه الشروط في نص المادة 7 من القانون رقم 15-04 خصص المشرع الجزائري 6 شروط حتى يتماثل التوقيع الإلكتروني مع التوقيع التقليدي وهي:

1. يجب أن ينشأ التوقيع عن شهادة تصديق الإلكتروني تمنحها الجهة المكلفة بالتصديق الإلكتروني.
 2. التوقيع يكون مرتبطاً بشخص الموقع أي خاص به فلا يوجد أي تشابه بينه وبين موقع آخر وهذا ما تضمنه الجهة المانحة لشهادة التصديق الإلكتروني.
 3. بيانات هوية الشخص الموقع موجودة لدى الطرف الثالث ويمكن التحقق منها في كل مرة.
 4. التوقيع الإلكتروني يكون مصمماً بآلية خاصة معدة خصيصاً لإنشاء التوقيع الإلكتروني حيث لا يوجد له مثل لدى الغير ويكون مؤمناً حيث يكشف بسهولة عن أي اختراق أو تزوير، أو تقليد، والطرف الثالث هو المسؤول عن الحماية وكذا الشخص الموقع يجب أن يحترز في تقديم البيانات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني ولا يكشف عنها للغير.
 5. البيانات المنشئة للتوقيع تكون حصرياً لدى الموقع مثل الرقم السري وغيرها من البيانات اللازمة.
 6. بيانات التوقيع الإلكتروني التي يحوزها الموقع،¹ والبيانات الخاصة به والموجودة لدى الطرف الثالث يجب أن تكون متطابقة بحيث أن نقص أو زيادة حتى بحرف أو رقم يكشف هذا التغيير، وهذا ما يحدث مثلاً عند إدخال الرقم السري لبطاقة السحب الآلي تنبه صاحبها مرتين إذا أخفق يقوم جهاز السحب الآلي بحجز البطاقة.
- وفي هذا الصدد وردت عدة تعاريفات للتوقيع الإلكتروني نذكر منها على سبيل المثال مايلي:
- ما جاء في قاموس روبير Robert الفرنسي بأن التوقيع هو: علامة شخصية يضعها الموقع باسمه بشكل خاص وثابت ...
 - وذكر الأستاذ (Gerve croze) أن اصطلاح التوقيع له معنيين: الأول أنه عبارة عن علامة أو إشارة تسمح بتمييز شخص الموقع، والثاني هو فعل أو عملية التوقيع ذاتها، بمعنى وضع التوقيع على مستند يحتوي معلومات معينة، والمعنى الأول هو المقصود في نطاق الإثبات كما سنرى في الفصل الثاني من هذا البحث.

¹أنظر المادة 7 من القانون 15 - 04 المؤرخ في 10-02-2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين الجريدة الرسمية رقم 06.

- وعرفته أعمال لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة في القانون الصادر عنها عام 1996 بخصوص التجارة الإلكترونية بأنه: مجموعة من الأرقام تمثل توقيعاً على رسالة معينة. ولا يسعنا في هذا البحث المتواضع أن نغوص في الإجراءات التي تتبع لتكوين التوقيع الرقمي.

التوقيع الإلكتروني يشترط فيه أيضاً أن يترك أثراً متميزاً يبقى ولا يزول، وإذا تم التوقيع الإلكتروني بشكل صحيح فلا يتطرق إليه الشك في تحديد شخصية الموقع ويكون معبراً بوضوح عن إرادة الموقع بما جاء في المحرر الإلكتروني من بيانات.¹

فالتوقيع الإلكتروني يكون بعدة أنواع ولا يسعنا في هذا البحث أن نتطرق لجميع صور التوقيع الإلكتروني بل نكتفي بذكر بعض منها لما لها من ميزات تأهلها أن تضمن الهدف المرجو من الإمضاء بصفة تقليدية وحديثة، والتكنولوجيا الحديثة تسعى دائماً لتطوير تقنيات جديدة و سهلة تمكن الأشخاص من التوقيع على المحررات التي ينشئونها حتى تكون معبرة عن إرادتهم الفعلية، بدون أن تتعرض إلى التحريف أو التزييف ومن بين هذه الأنواع نستطيع أن نذكر:

1. التوقيع البيومترى وهي تقنية جد متطورة تعتمد بصفة أساسية على الخواص الفيزيائية والسلوكية للإنسان مثل بصمة الأصبع، مسح شبكة العين ونبرة الصوت...
2. التوقيع باستخدام نظام التشفير: بدأ استخدام التوقيع باستخدام نظام التشفير في المعاملات المصرفية حيث نجد البطاقات التي تحتوي على رقم سري...
3. التوقيع بالقلم الرقمي: يعتمد هذا النوع من التوقيع على استخدام قلم رقمي حساس، يمكنه الكتابة على شاشة الحاسوب.² لقد اعتبر بعض الفقهاء التوقيع هو الأساس في المحررات، سواء المحررات التقليدية أو الحديثة (المحررات الإلكترونية) فبدون التوقيع لا يكون للسند قيمة يعتد بها في الإثبات فما هي حجية المحررات الإلكترونية؟ وللإجابة على هذا السؤال نتطرق إليه في الفصل الثاني من هذه المذكرة.

¹ عطا عبد العطي السنباطي، الإثبات في العقود الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 216 - 217.

² الصالحين محمد العياش، الكتابة الرقمية، ط الأولى، منشأة المعارف مصر، 2008، ص ص 177 - 183.

خلاصة الفصل الأول:

تكمن أهمية المفاوضات في إبرام عقود التجارة الدولية بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، فهي تعكس مدى حسن النية عند الأطراف وتصميمهم على إنهاء الصفقة، واستعمال العبارات المناسبة المؤدية إلى إبرام العقد النهائي، وتبرز المفاوضات أيضا نية الطرفين المتعاقدين أو ما يسمى بإرادتهما بشأن جزئيات العقد التجاري كتحديد نوع الآلة أو الجهاز المراد بيعه أو شراؤه وكيفية استعماله، أو تركيب المادة أو طريقة التعليب، والتبريد ومزج السوائل وغير ذلك من الأسرار الصناعية قبل إبرام العقد التجاري، كما يتوقف عليها نجاح العقد أو فشله، ولذلك تتطلب من الطرف المفاوض معرفة بفن التفاوض، ومعرفة أسس نجاحها، وبدون ذلك لن يتحقق التوازن العقدي وحسن صياغة العقد، فلا يؤدي إلى حدوث خلافات مستقبلية.

إن التعبير عن إرادة المتعاقدين تتم بواسطة تبادل بيانات عبر وسيلة إلكترونية، والبريد الإلكتروني هو الغالب في المعاملات التجارية الحديثة التي يتم التعاقد فيها عن بعد، فقد تكون الرسائل الإلكترونية المتبادلة مكونة للعقد النهائي أو تلحق به. وقد يتفق الأطراف على اعتبارها عقود تشتمل على حقوق وترتب التزامات خاصة إذا وقّع عليها أطراف العقد، وفي التجارة كل العقود رضائية إلا ما تطلب شكلية معينة للإثبات نظرا لخصوصية طريقة إبرام العقد الإلكتروني حيث يتم عن بعد فلا يكون مجلس عقد الذي تكون فيه الرضائية واضحة فلا يحتاج لإثباتها بالكتابة.

والتعبير عن الإرادة يكون بالإيجاب والقبول عبر وسيلة إلكترونية. تطبق القواعد العامة على الإيجاب والقبول فيما يخص المقصود منهما وكيفية صدورهما، إلا أننا في بحثنا هذا ركزنا على الخصوصية التي تميزهما، فتصديهما يكون بواسطة جهاز الحاسب الآلي، عبر وسيلة اتصالات تسمى الانترنت.

رأينا أن طريقة التعاقد تختلف حسب الوسيلة المستعملة في التعاقد، فإذا كانت وسيلة التعاقد هي موقع الويب (web) فالعقود تكون معدة سلفا وتسمى العقود النموذجية حددت من قبل هيئات دولية متخصصة حسب نوع المبيع، وأما إذا كان التعاقد بطريقة البريد الإلكتروني فصياغة العقد يجب أن تكون دقيقة وناجحة عن مفاوضات طويلة ويكون تطابق الإيجاب والقبول ضروريا لإبرام العقد الذي يجب أن يدل بتوقيع الكتروني يعبر

عن رضاء الأطراف بما ورد من بيانات في العقد. وللتوقيع الإلكتروني عدة أنواع وكل نوع له ميزة خاصة به إلا أنهم يتفقون في الوسيلة المستعملة في التوقيع وهي وسيلة إلكترونية. وتوصلنا إلى أن الإرادة تتجسد في الرسالة المتبادلة والتوقيع الذي يدل على رضاء صاحب الرسالة بما ورد فيها، فما هي قيمة هذه المحررات في الإثبات؟

الفصل الثاني

المحركات الإلكترونية وحجبتها في

الإثبات.

الفصل الثاني:

المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات.

إن وسائل الإثبات جاءت وليدة الواقع العملي وتعبيرا عما تعارف عليه الناس في معاملاتهم، ولم يفرضها المشرع عليهم بل اكتفى بتقريرها وتقنينها، ولقد تعود الناس على الكتابة التقليدية لإثبات تصرفاتهم، لثقتهم فيها كوسيلة تتسم بالثبات ويصعب التلاعب بها أو تزويرها بطرق خفية، حيث يسهل كشف ذلك من خلال النظرة الأولية أو الفحص العلمي.

فالثورة المعلوماتية المصاحبة للتكنولوجيا الإلكترونية خاصة كشفت عن ظهور شكل حديث للكتابة والمحررات والتوقيع وهو الأسلوب الإلكتروني عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها.¹

إن تكنولوجيا المعلومات بما تمتاز به من مستوى فني رفيع، أصبح لها مكانة هامة في مجال الإثبات حيث يتم حفظ ومعالجة المعلومات والبيانات عبر المستند والمحررات المعلوماتية مثل الشرائط الممغنطة، وشرائط الفيديو وشرائط وتسجيلات الحاسب الآلي والمصغرات الفيلمية لمستخرجاته، وتعد الكتابة الإلكترونية ذات خصوصية تميزها عن الكتابة التقليدية سواء من حيث الدعامة التي تسجل عليها أو طبيعة اللغة المستخدمة ذاتها.

عرف المشرع الجزائري الكتابة التي يعتد بها في الإثبات في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري.¹

لم يحدد المشرع المقصود بالكتابة، غير أنه عندما استلزم الإثبات الكتابي للتصرفات القانونية التي تزيد على حد معين فإنه قصد العقد الرسمي وهذا ما ورد في

¹المادة 323 مكرر القانون المدني الجزائري "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.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

نص المادة 334 من القانون المدني الجزائري الفقرة الأولى التي جاء فيها "لا يجوز الإثبات بالشهود ولو لم تزد القيمة على 100000 دج فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه مضمون العقد رسمي..."

ويعرف العقد الرسمي بأنه: "... عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة..."¹

فإذا استوفى العقد الرسمي شروطه القانونية كان حجة بذاته دون حاجة إلى الإقرار به، وإذا تخلف أحد الشروط فالعقد تصبح قيمته كالعقد العرفي بشرط أن يكون موقع من أطراف التعاقد، المشرع هو من تولى تحديد العقود الشكلية التي تضاف إلى الأركان الموضوعية لصحة انعقاد العقد من رضا، ومحل، وسبب ويضاف الشكل، نذكر من بين العقود التي تكون الشكلية ركن من أركان العقد، كعقد الرهن الرسمي المادة 883 من القانون المدني الجزائري،² أو قد تكون الشكلية التي يتطلبها القانون في عقد الشركة تكون الكتابة عرفية، المادة 418 من القانون المدني الجزائري،³ ففي كل الأحوال التي تكون فيها الكتابة مستلزما للإثبات لا يحول عدم استيفائها دون انعقاد العقد حتى وإن كان يمتنع إثباته بالبينة والقرائن القضائية إعمالاً لمبدأ الرضائية في إبرام العقود، ويضلل جازم إثباته بما يقوم مقام الكتابة من إقرار أو يمين.

فإن استلزام القانون أو الاتفاق الكتابة بغير إفصاح عن دلالة تطلبها، للانعقاد أو للإثبات ولم يتوصل إلى تحديد دلالتها بوسائل التفسير المختلفة.

¹ انظر نص المادة 324 من القانون المدني الجزائري "العقد الرسمي عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمات عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً لأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه".

² انظر نص المادة 883 من القانون المدني الجزائري "لا ينعقد الرهن إلا بعقد رسمي أو حكم أو بمقتضى القانون، وتكون مصاريف العقد على الراهن إلا إذا أتفق على غير ذلك.

³ انظر المادة 418 من القانون المدني الجزائري "يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلاً وكذلك يكون باطلاً كلما يدخل على العقد من تعديلاً إذا لم يكن له نفس الشكل الذي يكتسبه ذلك العقد. غير أنه لا يجوز أن يحتاج الشركاء بهذا البطلان قبل الغير ولا يكون له أثر فيما بينهم إلا من اليوم الذي يقوم فيه أحدهم بطلب البطلان.

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات

فسر الشك على تقدير استلزامها للإثبات طبقاً لمبدأ رضائية التصرف، الذي لم يقدّم دليل على ما يغيره.

وفي بحثنا ما يهمنا من الشكلية هو الشكلية المتطلبة للإثبات.¹

فالكتابة تكون على دعائم قد تكون ورقية كما هو في الكتابة التقليدية وقد تكون على دعائم إلكترونية كما هو الحال في الكتابة الرقمية وتكون محررة عبر مخرجات الحاسوب.

مما قد يثير بعض الإشكالات حول طبيعة هذه المحررات الإلكترونية سواء من حيث ماهيتها أو حجيتها في الإثبات، فلماذا قسمنا الفصل إلى مبحثين.

المبحث الأول: ماهية المحررات الإلكترونية.

المبحث الثاني: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات.

المبحث الأول:

ماهية المحررات الإلكترونية.

يعد الإثبات من أهم المعوقات التي تواجه التجارة الإلكترونية وتطورها، وذلك للاختلاف ما بين العقد الإلكتروني والعقد العرفي القائم على المحرر والتوقيع التقليدي كعامل إسناد أولي في الإثبات.

وفي حين تقوم التجارة الإلكترونية على وسائط مختلفة ذات طبيعة الكترونية، فالتقاء القبول والإيجاب يتم في بيئة إلكترونية. فهي بذلك تقدم نوعاً جديداً لم تألفه من الكتابة والتوقيع الإلكتروني حيث يتم التحميل على دعائم غير ورقية داخل أجهزة الاتصال.²

¹ همام محمد محمود زهران: الوجيز في الإثبات المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003 ص 88.

² محمد إبراهيم أبو الهيجاء: عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، ص 58.

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات

ساوى المشرع الجزائري بين المحرر العرفي والمحرر الإلكتروني في الحجية¹، فما هو المحرر الإلكتروني؟ وماهي الخصوصية التي تميزه عن المحررات التقليدية؟

لدراسة المحرر الإلكتروني قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: تعريف المحررات الإلكترونية وخصائصها.

المطلب الثاني: تمييزها عن المحررات التقليدية (الورقية).

المطلب الأول:

مفهوم المحررات الإلكترونية

مع التطور التقني في وسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات، أصبح يتم تبادل بيانات ومعلومات إلكترونية فظهر نوع جديد من المحررات يتكون من كتابة وتوقيع، دعامة وسيط إلكتروني، وتبادل البيانات يتم عبر شبكة الحاسب الآلي، وتحمل على دعامات غير ورقية يمكن تشغيلها عبر الأجهزة الإلكترونية بطريقة التشفير أو التكويد (codé)، ويتم ذلك من خلال تبادل الرسائل عبر بروتوكولات تفهمها تلك الأجهزة، والتي يمكن استرجاعها عبر ورق مكتوب بلغة يمكن قراءتها بالطريقة التقليدية لطرفي الرسالة.²

وبما أن المحرر يتكون من كتابة وتوقيع قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تعريف الكتابة الإلكترونية.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني.

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

² إيهاب فوزي السقا: جريمة التزوير في المحررات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص

الفرع الأول

تعريف الكتابة الإلكترونية وخصائصها

قبل التطرق لتعريف الكتابة يجدر بنا أن نوضح أن المقصود بالكتابة هي المحررات وقد يطلق عليها البعض الآخر المستند وغيرها من المصطلحات لكنها كلها يقصد بها معنى واحد هو الكتابة والتوقيع.

أولاً: التعريف التشريعي والفقهي للكتابة الإلكترونية.

1. تعريف المشرع الجزائري للكتابة: عرف المشرع الجزائري الكتابة التي يعتمد بها في الإثبات في المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري على أن "ينتج الإثبات بالكتابة في تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها."

من خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع لم يحدد الدعامة التي تحمل الكتابة على ورق، أو تكون على دعامة الكترونية أو غيرها فبهذا ترك المشرع الباب مفتوحاً لما قد يستحدث من ابتكارات تكنولوجية.

1. تعريف المشرع المصري للكتابة: إن المشرع المصري عرف المحرر الإلكتروني في القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في المادة الأولى بالفقرة "ب" بأنه "رسالة تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بنية وسيلة أخرى مشابهة".

ويتضح من هذا التعريف أن المشرع قصد بالمحرر الإلكتروني أنه رسالة الكترونية، مدون فيها بيانات ومعلومات، يكون منشؤها أو تخزينها إلكترونياً، كما أنها ترسل وتستقبل عبر وسيلة إلكترونية أو أية وسيلة أخرى مشابهة لها.¹

¹محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي و الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، القاهرة، 2006، ص 273.

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات

إن تعريف المحرر الإلكتروني يعتمد كلية على الوسيلة الإلكترونية التي يتم تخزينها أو إرسالها أو استقبالها من خلالها، ولا ينفي ذلك أن الرسالة الإلكترونية قد تبدأ أو تنتهي غير الكترونية كالمخرجات الورقية من الحاسب الآلي، والتعريف يشمل الاتساع في مدخلات ومخرجات الرسائل الإلكترونية.

ولتحديد طبيعة الرسالة الإلكترونية يتعين معرفة طبيعة عمل الأجهزة الإلكترونية ذاتها، التي تتعامل مع البيانات التي تحملها الرسالة من حيث إدخالها للبيانات وتحويلها واسترجاعها.

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف المحرر الإلكتروني في القانون 04-15 المؤرخ في 2015/02/10 والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني. أما في القانون رقم 03-15 المؤرخ في 2015/02/1 المتعلق بعصرنة العدالة فقد أشار المشرع الجزائري إلى المحرر في المادة 4، فاعتبر الأوراق الصادرة عن قطاع العدالة سواء كانت وثائق أو محررات فأصلها الإلكتروني مضمون بواسطة وسيلة تحقق موثوقة.¹

ثانيا: التعريف الفقهي للمحرر الإلكتروني. عرّف الفقه المحرر الإلكتروني بأنه "كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات أو يكون مشتقا من هذا النوع.² كما ذهب بعض من الفقهاء إلى تعريف المحرر الإلكتروني بأنه "كل جسم منفصل أو يمكن فصله عن نظام المعالجة الآلية للمعلومات، وقد سجلت عليه معلومات معينة، سواء كانت معدة للاستخدام بواسطة نظام المعالجة الآلية للمعلومات أو يكون مشتقا من هذا النوع.³ ومؤدى ذلك أن المحرر الإلكتروني هو الذي يتضمن بيانات معالجة إلكترونية، ومكتوب وموقع عليه بطريقة إلكترونية، وموضوع على

¹ نصت المادة 4 من القانون رقم 03-15 المؤرخ في 2015-02-01 يتعلق بعصرنة العدالة على: "يمكن أن تمهر الوثائق والمحررات القضائية التي تسلمها مصالح وزارة العدل والمؤسسات التابعة لها والجهات القضائية بتوقيع إلكتروني تكون صلته بالمحرر الأصلي مضمونة بواسطة وسيلة تحقق موثوقة."

² إيمان فوزي السقا، مرجع سابق، ص 16.

³ إيمان فوزي السقا، المرجع نفسه، ص 16.

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجبتها في الإثبات

دعامة مادية، مع إمكانية تحويله لمحرر ورقي عن طريق إخراجه من المخرجات الكمبيوترية.

ثانياً: خصائص المحرر الإلكتروني. يختص المحرر الإلكتروني بميزات يمكن إيجازها في النقاط التالية:

1. المحرر أداة للتفاهم وتبادل الأفكار بين الأفراد.
2. أن يكون هذا التعبير وتبادل ما يحمله من أفكار له قيمة قانونية، يمكن التعويل عليها في المعاملات ويرتب أثره وتتم مساءلة من يمس به أو بغير ما يحمله من حقائق.
3. يحمل هذا المحرر الصفة الإلكترونية، بما يعني أن العمليات التي يمر بها هذا المحرر، مثل: كتابته أو ضغطه أو تخزينه أو استرجاعه أو نقله أو نسخه متصلة بتقنية تكنولوجية إلكترونية ولا يمكن استخدامها خارج هذا المحيط.
4. يمكن تحميل المحرر ونقله من جهاز إلكتروني لآخر عن طريق دعامة إلكترونية.
5. يحمل المحرر الطابع المعنوي للأشياء، بما يمكن افتراضها دون وجودها مادياً مادام هو داخل الوسيط الإلكتروني، الذي يحمله.
6. يتم إرسال هذا المحرر عبر شبكات وأجهزة الحاسب الآلي من جهاز لآخر عن طريق تحويله إلى رموز أو نبضات تم تحويله إلى كلمات مفهومة عن طريق بروتوكولات التعامل عبر الأجهزة الإلكترونية.
7. يمكن إرسال واستقبال هذا المحرر إلى أي مكان في العالم في نفس الوقت والحين.

الفرع الثاني:

التوقيع الإلكتروني.

أولاً: التعريف القانوني والفقهي.

1. تعريف المشرع للتوقيع الإلكتروني: عرف المشرع الجزائري التوقيع

الإلكتروني في المادة الثانية من القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني بأنه: "بيانات من شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق".

والتعريف الذي جاء به المشرع الجزائري قريب جداً مما ورد في التوجيه الأوربي رقم 1999/93 وذلك من خلال المادة 2 فقرة 1 التوقيع الإلكتروني بأنه "المعطيات التي تأخذ الشكل الإلكتروني والتي ترتبط بمعطيات أخرى إلكترونية والتي تستخدم كوسيلة لإثبات صحتها".¹ نلاحظ من خلال التعريفين أن التوقيع الإلكتروني هو أداة توثيق أي وسيلة لإثبات البيانات الواردة في المحرر وأنها تنسب لصاحب التوقيع. خصص المشرع الجزائري المادة الثانية لتعريف بعض المصطلحات المرتبطة بالتوقيع الإلكتروني.²

2. تعريف الفقه: عرف بعض الفقهاء التوقيع الإلكتروني بأنه "عبارة عن مجموعة

من الأرقام التي تنجم عن عملية حسابية مفتوحة باستخدام الكود السري الخاص".

أما البعض الآخر من الفقهاء فيرويه بأنه "هو ضغط رسالة (بتشفير هذه الرسالة المضغوطة) برمز سري خاص بموقع الرسالة" أو "هو عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع وتميزه عن

¹ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 70.

² أنظر المادة 02 من قانون رقم 15-04.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

غيره ويتم اعتماده من جهة مختصة". يقصد بالتوقيع الإلكتروني¹ التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما وجوهر التوقيع هو أن يكون شخصيا، لذا فإن فكرة التوقيع الشخصي لا تقتصر فقط على فكرة التوقيع المخطوط باليد وبالتالي فكل توقيع أو علامة مميزة وشخصية تسمح بتمييز من أجزاها يمكن أن يسمى توقيعاً شخصياً.² ومن أجل تعزيز الاعتماد على التوقيعات الالكترونية لتحقيق الأثر القانوني كما هو الحال بالنسبة للتوقيعات المكتوبة باليد. فقد تم وضع تعريف للتوقيع الإلكتروني سواء بالنسبة للدول في تشريعاتها الوطنية أو على مستوى المنظمات الدولية.³ كانت الخطوات الأولى الفعلية لميلاد التوقيع الإلكتروني تشريعياً هي صدور القانون النموذجي لليونسفال للتجارة الإلكترونية الدولية لسنة 1996 حيث جاء في المادة 7 "عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفي ذلك الشرط بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا:

- استخدمت طريقة لتعيين هوية ذلك الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.
- كانت تلك الطريقة جديدة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر". نستشف من خلال التعريف الوارد في المادة 7 من قانون لليونسفال أن التوقيع الإلكتروني يقوم بنفس الدور الذي يلعبه التوقيع اليدوي، من تعبير عن رضا الموقع، وتمييز هوية الموقع، وقد أورد قانون الأونسفال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الصادر عام 2001 في المادة 2 فقرة أ تعريف التوقيع الإلكتروني على أنه "البيانات الإلكترونية الموجودة في رسالة البيانات والمرتبطة

¹ يفصل جانب من الفقه استعمال مصطلح التوقيع في الشكل الإلكتروني وذلك من مصطلح "التوقيع الإلكتروني"

لأن الفارق بين التوقيع التقليدي ومثله الإلكتروني هو في الشكل الذي يتم به.

² إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 248.

³ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 247.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

بها منطقيا، والتي تستخدم للتحقق من شخصية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".¹

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني. تختلف أشكال التوقيع الإلكتروني باختلاف الطريقة المتبعة في إظهاره فقد يتخذ هيئة حروف وأرقام أو أي رموز كانت، يختارها الموقع، كما قد يكون مجرد نسخا للتوقيع العادي أو عبارة عن وحدات ضوئية أو رقمية أو كهرومغناطيسية، وبمراجعة الوسائل الإلكترونية التي تضمنت طرقا تكنولوجية مختلفة نجد أن التوقيع الإلكتروني² يأخذ أشكال مختلفة نذكرها في النقاط التالية:

1- **تحويل التوقيع اليدوي إلى توقيع إلكتروني:** تتلخص فكرة هذا التوقيع في نسخ صورة عن التوقيع بخط اليد باستخدام الماسح الضوئي (scanner) وحفظ هذا التوقيع في جهاز الحاسب الخاص بالموقع، والقيام بعدها بإصدار أمر إلى جهاز الحاسب لنسخ صورة عن التوقيع المخزن للمحرر أو الملف المراد إضافة التوقيع إليه لاستكمالها.

2- **النقر على أحد مفاتيح الحاسب الآلي في التوقيع:** تحتوي العقود الإلكترونية على خانات تضم عبارات تفيد قبول التعاقد أو الرفض بمجرد النقر على مفتاح القبول ينعقد العقد. يتم التحقق من شخصية الموقع عن طريق الطرف الثالث المحايد،

أو بواسطة سلطات الإشهار فهي تعرف بشخص المتعاقدين وتضمن تنفيذ العقد.³

3- **التوقيع البيومترية:** يقوم هذا التوقيع على الخواص الذاتية المميزة للإنسان كالبصمة البيومترية، وبصفة شبكة العين، وبصمة الأصبع رغم الدقة المتناهية في تحديد هوية الشخص الموقع إلا أنه يصعب اللجوء إليه نظرا للتكلفة المالية الباهظة لتحقيقه، فهذا يتناقض مع الغاية من اللجوء إلى التجارة الإلكترونية التي تهدف إلى توفير الجهد والوقت والمال.

¹ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 249-250.

² عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 254.

³ أنظر المادة 11/2 من القانون رقم 04-15

4-التوقيع الرقمي: التوقيع الرقمي هو عبارة عن "أرقام مطبوعة) (empreinte numérique) تسمى (hash) لمحتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها، أي باستخدام الأرقام". يتم الحصول على التوقيع الرقمي عن طريق التشفير (le cryptografic)، وذلك بتحويل المحرر المكتوب والتوقيع الوارد عليه من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وذلك باستخدام مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة، فيتحوّل المستند إلى صورة رسالة رقمية غير مقروءة وغير مفهومة. ولا يمكن فك هذه الشفرة إلا من مالك المفتاح الخاص بفك الشفرة. يتم التشفير باستخدام نظام المفتاحين أحدهما للتشفير ويسمى المفتاح الخاص، ويكون سرّياً لدى صاحبه، والمفتاح الثاني يسمى المفتاح العام وهو يرتبط بالمفتاح الخاص ولكن يتميز عنه بعدم سرّيته حيث يبلغ للمرسل إليه ليفك الشفرة لقراءة الرسالة المشفرة.¹ وهكذا يتضح أن التوقيع الرقمي هو الأفضل بالنسبة لغيره من أنواع التوقيعات المعروفة حتى الآن وكذلك بالنظر إلى الأسلوب التقني الذي يتم به فهو يضمن تحديد هوية أطرافه ويميزهم بدقة، ويعبر بطريقة دقيقة عن النية في الالتزام، كما أن وجود جهة محايدة تعنى بالتوثيق وتتولى التصديق عليه، تضيف درجة أخرى من درجات الأمن والموثوقية في حالات النزاع حوله.² فغالبية الدول أخذت بهذا النوع من التوقيع وقد أخذ المشرع الجزائري بهذا النوع في القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني.³

المطلب الثاني

تمييز المحرر الإلكتروني عن المحررات الأخرى

تتطابق المحررات بما تتضمنه من كتابة وتوقيع فيما بينها سواء كانت عرفية أو إلكترونية إلا أنه توجد فروقات تميزها عن بعضها البعض والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد ساوى بين العقد العرفي والعقد الإلكتروني من حيث مضمون

¹ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 266-267.

² عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 261.

³ قانون رقم 04-15، المتضمن التوقيع الإلكتروني.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجبتها في الإثبات

العقد إذا وقع ممن كتبه وذلك حسب نص المادة 327 ق م ج،¹ وحتى نميز بين المحرر الإلكتروني والمحررات المشابهة له وذلك في فرعين:

الفرع الأول: المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي.

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي.

الفرع الأول:

المحرر الإلكتروني والمحرر التقليدي.

تتميز المحررات الالكترونية عن المحررات التقليدية يمكن إيجازها في عدة نقاط:

أولاً/ من حيث الكتابة: تكون المحررات التقليدية الكتابة بالأحرف الأبجدية للغة المستعملة في إبرام العقد بحيث تكون مفهومة للكافة ويمكن لأي شخص قراءة محتوى المحرر أما اللغة التي تدون بها التصرفات المراد توثيقها فهي تعتمد على أرقام (1،0) عبر الحاسب الآلي الذي يحولها إلى كتابة مقروءة أو كتابة مشفرة فهنا الكتابة تسمى الكتابة الرقمية، إلا أن بعض الفقهاء² أرجع هذا النوع من الكتابة المشفرة لضمان سرية البيانات فقط، كما أنه يسهل قراءتها من خلال شاشة الحاسوب حيث يمكن للشخص من خلال الدخول إلى صفحة الشبكة (web) أن يقرأ ما هو مدون عليها عبر حاسوبه الخاص أو يدخل القرص المدمج ذا ذاكرة القراءة في حاسوبه ويشغله، ففي هذه الحالة يتمكن من الدخول إلى مكونات ومحتويات القرص المدمج وقراءتها عن طريق شاشة جهازه، ويمكن في هذه الحالة العودة إلى الفكرة التقليدية للكتابة من خلال استعمال لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب للكتابة أو إلى الطابعة المتصلة بالحاسوب لطباعة

¹ انظر المادة 327 من القانون المدني الجزائري "يعتبر العقد العرفي صادراً 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 يمينا بأنهم يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق ويعد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 272-273.

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجبتها في الإثبات

ما هو على الشاشة ونقله إلى الورق التقليدي. فهذه الوثيقة الإلكترونية تتميز بميزة لا تتوفر في الوثيقة التقليدية، وهي أن يمكن قراءتها بطريقتين، سواء عن طريق شاشة الحاسوب، أو عن طريق طبعها على ورقة تقليدية، سواء بنسخ القرص المدمج، أو من خلال طبع أكثر من نسخة لها على مكيئة الطباعة.¹

ثانيا/ من حيث الثبات والأمن: إن بيانات التصرف المراد تدوينه على الدعامة الورقية يسهل كشف تعديله أو محو بعض الكلمات أو زيادتها فيمكن لأي شخص كشف التزوير سواء بالعين المجردة للشخص العادي وبواسطة الملاحظة العلمية للخبير المختص في الكتابة اليدوية. أما في المحررات الإلكترونية لا توجد آثار للمحو أو التحشير أو الحذف إلا بصعوبة ومن طرف خبراء الإعلام الآلي بواسطة برامج خاصة تكشف كل تعديل ولو كان بسيط وذلك بتقنيات فائقة الدقة.² ولا يسعنا في هذا البحث التطرق لهذه التقنيات لأنها ليست في مجال دراستنا.

ثالثا/ من حيث أصل المحررات: المحررات الورقية كما يحلو للبعض تسميتها يكون لها أصل ثابت يحوزه أطراف العقد بعد التوقيع عليه من طرفهم ومن طرف الشهود إن كان ذلك لازما، ومن موظف عمومي إذا كان المحرر يستدعي الرسمية.

أما المحرر الإلكتروني فهو يكون على شكل نصوص رقمية مشفرة لفك ثغرتها تحتاج إلى مفتاح خاص سري لدى من أصدر البيانات. يجري العمل على احتفاظ كل طرف في التصرف القانوني بنسخة منه لديه كما هو في العقود التقليدية حتى تسهل المقارنة لاكتشاف أي تعديل أو تناقض. تثار الصعوبة بالنسبة للمحرر الإلكتروني حيث يعد استخراج نسخة منه بمثابة صورة للأصل الموجود على الجهاز. هنا ينبغي ضمان سلامة هذا الأصل، من خلال منع وصول أحد الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الآخر، بغض النظر عن مكان تواجده المادي، ويمكن احتفاظ كل طرف بصورة مطابقة للأخرى ومعتمدة مما يضمن المقارنة وكشف أي تعديل

¹ محمد حسين منصور، المرجع نفسه، ص 272.

² محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 63-66.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

أو تناقض.¹ وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد نص على حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا في شكلها الأصلي أما عن كفاءات حفظها فأحالتها إلى التنظيم² ويتضح من خلال نص المادة 4 من القانون 04-15 أن أصل المحرر الإلكتروني الموقع يتكفل بحفظه جهة ثالثة يحددها التنظيم مما يضمن على أصل المحرر الثقة والأمان. وهذه الميزة تجعل المحرر الإلكتروني أكثر موثوقية من المحرر التقليدي وخاصة إذا كان المحرر التقليدي عرفي، فبين أطراف التعاقد يوجد طرف ثالث يتكفل بضمان ثبات البيانات المدونة في المحرر الإلكتروني فلا يمكن لأي طرف من أطراف العقد تعديل أو إنقاص في محتوى العقد إلا بموافقة الطرفين وبعلم وترخيص من الطرف الثالث حتى يتسنى لهما إضافة أو حذف ما يتفقان عليه بعد إبرام العقد النهائي.

الفرع الثاني:

مقارنة التوقيع الإلكتروني والتوقيع اليدوي.

يختلف التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي من نواحي عدة وجوه اختلافهما يكمن في الوسيط أو الدعامة التي يدونان عليها، فبينما يدون التوقيع التقليدي على وسيط ورقي، نجد أن التوقيع الإلكتروني يدون على وسيط الكتروني من خلال أجهزة الحاسب الآلي، عبر الانترنت وهذا ما يؤدي إلى اختلاف نوعي التوقيع من ناحية الشكل، فالتوقيع التقليدي صورته محددة وهي الإمضاء وأحيانا في بعض التشريعات يضاف إليها، التوقيع بالختم أو التوقيع بالبصمة أو كلاهما كما هو الحال في التشريع المصري. وكذلك المشرع الجزائري نص على أن التوقيع قد يكون ببصمة الأصبع وذلك في نص المادة 327 ق م ج.³

¹ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 276.

² أنظر نص المادة 04 من القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

³ تنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري على: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما ورثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق. ويعد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

أما التوقيع الإلكتروني فله صور عدة فيتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات مدرجة بطريقة ضوئية أو رقمية.¹ وصور التوقيع الإلكتروني تطرقنا إليها في الفرع الثاني من المطالب الأول من الفصل الثاني، ولقد استقر رأي الفقهاء أن التوقيع الإلكتروني يتفوق على التوقيع اليدوي من ناحية الضمان والموثوقية نظرا لعناية مختلف التشريعات و القوانين الدولية بالتوقيع الإلكتروني نظرا لبيئته المملوءة بالمخاطر، قد تجعله عرضة للسرقة أو تعرضه للهجوم من قبل الفيروسات التي تهاجم برامج إنشاءه، فالمشروع الجزائري كبقية التشريعات الأجنبية الأخرى أصدر قانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني ووضح فيه جميع مراحل إنشاء التوقيع الإلكتروني والجهات المخولة قانونا للتصديق ومنح الترخيص وكذا الرقابة والتدقيق. إن المشروع الجزائري من خلال القانون رقم 04-15 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني كان صريحا في المادة الأولى إذ نص على أنّ هذا القانون يهدف إلى تحديد القواعد العامة للتوقيع الإلكتروني والتصديق الإلكتروني، وهذا يعني أنه سوف تصدر مراسيم تنفيذية تنظم كيفية تطبيق بعض المواد وخاصة في الجانب التقني. وفي مجال دراستنا للتوقيع الإلكتروني لا تهملنا آليات وتقنيات إنشاء التوقيع بقدر ما يهملنا تحديد دوره لإعطاء المحرر الإلكتروني القيمة اللازمة للاعتداد به في الإثبات.

ومن أجل الارتقاء بالتوقيع الإلكتروني إلى مرتبة عالية من الأمان والثقة نظرا للبيئة التي يتواجد فيها، والمخاطر التي تحف المعاملات سواء التجارية أو المدنية عبر الشبكة العنكبوتية العالمية. أخضع المشروع عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني إلى متطلبات يجب أن تتوفر في التوقيع² حيث أوكل المشروع الجزائري مهمة التأكد من مطابقة الآلية المؤمنة لإنشاء توقيع، وآلية التحقق من التوقيع ومدى تطبيقهما مع المتطلبات التي اشترطها في نص المادتين 11 و 13 من القانون رقم 04-15 وهذه العناية من المشروع تزيد من الثقة في التوقيع الإلكتروني على عكس التوقيع التقليدي.

¹ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 253.

² أنظر المادة 11 من قانون رقم 04-15.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

فالمشرع ضمن آلية إنشاء التوقيع الإلكتروني وذلك بإنشاء جهات تتكفل بترقية وضمان موثوقية البيانات التي تكشف عن شخص أو هوية الموقع والعمل على تطوير آليات الحماية، وحدد المهام المنوطة بها وذلك في نص المادة 18 من القانون رقم 04-15، وهذه السلطة تنشأ لدى الوزير الأول وهي سلطة إدارية تتمتع بالاستقلالية المالية ولها شخصية معنوية. أما سلطة التصديق الإلكتروني فهي سلطة تنشأ لدى الوزير المكلف بالبريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال، فهي حكومية. من بين مهام هذه السلطة متابعة ومراقبة نشاط التصديق الإلكتروني للأطراف الموثوقة.¹

إن الركيزة الأساسية التي تميز التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي هو وجود طرف ثالث يضمن هوية الموقع ويضمن البيانات الواردة بالمحرر الإلكتروني، بحيث إذا تم التوقيع على العقد من الأطراف المتعاقدة لا يمكن لأحدهم أن ينكر توقيعه كما هو الحال بالنسبة للعقود العرفية وذلك لأن الإجراءات التي يتم بها التوقيع الإلكتروني جدّ دقيقة ومعقدة، وتلك الإجراءات يتكفل بها طرف ثالث موثوق، تسمى هذه العملية التصديق أو التوثيق الإلكتروني وهو وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، حيث يتم نسبه إلى شخص أو كيان معين عبر جهة موثوق بها أو طرف محايد يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو مورد خدمات التوثيق.²

فالتوقيع الإلكتروني له ضوابط خاصة يجب أن يتقيد بها من يريد إنشاء توقيع إلكتروني، فأول خطوة يجب عليه القيام بها هو الحصول على شهادة التصديق الإلكتروني وهذه الشهادة يجب أن تتوفر فيها المتطلبات المنصوص عليها في المادة 15 من القانون 04-15. تمنح شهادة التصديق الإلكتروني من طرف مؤيدي خدمات التصديق الإلكترونية، الذين هم بدورهم يخضعون إلى ترخيص تمنحه السلطة الاقتصادية للتصديق الإلكتروني.

¹ أنظر المادة 28 من القانون رقم 04-15.

² محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 289.

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات

يتضح مما سبق أن المشرع أحاط التوقيع الإلكتروني بسلسلة من الإجراءات لزيادة حماية الغير الذي يتعامل مع الشخص عبر وسائل الاتصال الحديثة حتى لا يترك المجال للمحتالين نظرا لأهمية التعاملات خاصة في التجارة الإلكترونية وألزم أطراف التعاقد بشكلية خاصة لإثبات كل التصرفات القانونية، فمكّن الأطراف من التأكد من هوية بعضهم البعض وكذا ضمان حماية المحرر الذي تدون فيه الوقائع المنشأة للتصرف القانوني بدون أن يتمكن أحد الأطراف إضافة أو حذف بيان من البيانات بدون رضا وعلم الطرف الآخر، وهذه المهمة يتكفل بها طرف ثالث موثوق يسمى مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، مما يرفع ثقة والائتمان فما مدى حجية المحررات الإلكترونية التي اشتملت على هذه البيانات؟

المبحث الثاني:

حجية السندات الإلكترونية في الإثبات.

المحررات التي تتكون من الكتابة والتوقيع وتكون مدونة على دعائم سواء كانت ورقية أو إلكترونية عندما تقدم لإثبات التصرف القانوني المدون بها يمكننا أن نسميها سند، والسند هو ذلك الوثيقة المقدمة للقضاء للاحتجاج بها في مواجهة الخصم. أما الإثبات في اللغة بهزمة القطع مصدر من الفعل أثبت بمعنى البرهان أو البينة. أما الإثبات بهزمة الوصل فهو اسم مشتق من الفعل أثبت بمعنى دام واستقر مكانه. ويقال ثبت الشيء ثباتا وثبوتا، والشيء الثابت هو الشيء الساكن المستقر. في محله وقد يراد به الشيء الصحيح، وفي القانون يراد بالإثبات إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة في القانون على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها وهو تأكيد حق متنازع فيه.¹

¹ عمر خالد زريقات: مرجع سابق، ص 2009

وقد أمرنا الله سبحانه وتعالى في سورة البقرة بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه »¹ وهذا تأكيد على ما توصلت إليه البشرية من أنّ الكتابة توثيق وإثبات. الكتابة هي رموز تعبر عن الفكر والقول، أما الكتابة المستخدمة في الإثبات هي ما يطلق عليها المحرر أو السند، فالإثبات هو إقامة الدليل على تصرف له وجود قانوني² وحسب نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري فإثبات الأعمال التجارية يكون بأية وسيلة حددها المشرع على سبيل المثال لا الحصر ونصت الفقرة 7 من المادة المذكورة على أنه «يثبت كل عقد تجاري:..... بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها».³

المطلب الأول:

تحديد الإثبات الإلكتروني.

يقصد بالكتابة اللازمة للإثبات حسب الفقه هو المستند الأصلي فقد يكون ورقة رسمية أو ورقة عرفية، فالأولى تصدر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ويكون مختصا من حيث الموضوع والمكان. أما الورقة العرفية فهي لا تصدر عن موظف عام بل تصدر عن الأشخاص العاديين كل ما في الأمر أنّها تكون موقعة من أصحابها إذا كان العقد تبادلي أو من الملتزم إذا كان الالتزام من طرف واحد. تجدر الإشارة أنه ليس هناك في القانون أو في اللغة ما يلزم بالاعتقاد في أنّ الكتابة قد لا تكون إلا على الورق، فالمشرع لم يشر إلى دعامة من نوعية معينة. وتأكيدا لما سبق فإنّ الكثير من الاتفاقيات الدولية تتبنى هذا الرأي ومنها على سبيل المثال اتفاقية الأمم

¹ الآية رقم 282 من سورة البقرة.

² همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية و التجارية. دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية مصر ، 2000 ص 130

³ وهو ما يتفق مع غرض التجارة في تحقيق الربح من خلال تداول الثروات بحيث أنه كلما ازدادت حركة تداولها و عدد مرات دوران رأس المال بغير عائق الإعداد لدليل إثباتها كلما تحقق المزيد من الربح. وورد في نفس المعنى في القرآن الكريم في قوله تعالى: «.....إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها.....» سورة البقرة الآية 282. أنظر همام محمد محمود زهران: المرجع السابق، ص 153.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجبتها في الإثبات

المتحدة لسنة 1981 المتعلق بالنقل الدولي للبضائع التي جاء في المادة 13 منها على أنه: «فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا على المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس». وهذا ما يوضح على أنّ الكتابة لا ترتبط بالدعامة أو الوسيط المستخدم في التدوين، كل ما يتطلبه في المحرر ليحتج بمضمونه في مواجهة الآخرين أن يكون مقروءا، ومفهوما لدى الطرف الذي يراد الاحتجاج عليه بهذا المحرر.¹

واعتمادا على ما سبق بخصوص المحررات التقليدية فما مدى استجابة المحررات الإلكترونية لتلك الشروط؟. للإجابة على ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين:
الفرع الأول: مفهوم الإثبات الإلكتروني.

الفرع الثاني: تأثير وسائل المعلوماتية على قواعد الإثبات في التشريعات والقوانين الدولية.

الفرع الأول:

مفهوم الإثبات الإلكتروني.

إنّ وسائل الإثبات وكذا أساليبه جاءت وليدة الواقع العملي وتعبيرا عما تعارف عليه الناس في معاملاتهم فالمشرع قام بتقريبها وتقنينها، فالكتابة التقليدية ألفها الناس لما تتصف به من ثبات يصعب التلاعب بها أو تزويرها دون أن تكتشف، سواء بمجرد النظرة العادية أو الفحص العلمي.

إنّ التطور المعاصر في وسائل الاتصال وتقنيات الإعلام جاء بشكل حديث للكتابة والمحررات والتوقيع، وهو الأسلوب الإلكتروني عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها. إنّ تكنولوجيات المعلومات كشفت عن مستوى فني رفيع

¹مناي فراح:العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص169-

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

أصبح له مكانة في الإثبات. تجلت معالم التوثيق والكتابة والتوقيع الالكتروني في هذا المجال وأصبحت واقعا ملموسا أفزته التعديلات التشريعية، يتم استخدام طرق التقنية العلمية الحديثة كوسيلة للإثبات. بدلا من الكتابة في مجال المواد التجارية عامة والمعاملات البنكية بصفة خاصة كالدفع الالكتروني، وسحب الأموال بالبطاقات البنكية من أجهزة التوزيع الآلي. وذلك دون الحاجة إلى أوراق موقعة¹ وحتى تكون حجة للمحررات الالكترونية في الإثبات يجب أن تتوفر فيها شرطين أساسيين أحدهما يناط برجال التقنية المعلوماتية والدور الآخر يقوم به التشريع لإعطاء الحماية الكافية للمحررات الالكترونية.

أولا: دور التقنية المعلوماتية في حماية المحررات الالكترونية.

إنّ التطور المذهل في التعاملات التجارية عبر الشبكة العالمية للاتصالات أو ما يعرف بالانترنت، لما توفره من سرعة وربح للجهد والمال وعناء التنقل أصبحت الصفقات التجارية تبرم عبر هذه الوسيلة التي حولت العالم إلى قرية صغيرة ولكن استعمال هذه الوسيلة تواجه صعوبات ومخاطر، قد تؤدي إلى سوء استخدام الحاسب الآلي في مجالات مختلفة كالغش، والتزوير والكسب غير مشروع. لذا فعلى رجال التقنية تقديم وسائل تقنية تمنح الأمان والثقة للتعامل عبر هذه الوسيلة حتى يتسنى للمشرع منح المستندات الالكترونية الناتجة عن تلك الوسائل التقنية الحديثة للاتصالات الحجة القانونية للإثبات.²

لكن تلك المخاطر لم تمنع أو تحد من استخدام ذلك التطور التقني، وتزايدت وأهميته، حيث أصبح نتيجة حتمية للتقدم العلمي. فحتى المحررات التقليدية تتعرض بدورها للتلف والتزوير، والإنسان يحاول دائما تأمين الوسائل المستخدمة وتقادي عيوبها.³

¹ محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، المرجع السابق، ص 268.

² إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 195.

³ محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 171.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

وفي سبيل تحقيق الثقة والأمان بالمحرر الالكتروني فقد استحدثت الكثير من إجراءات سلامة وأمن هذه المحررات الالكترونية، حيث تستخرج بعد مرورها بعمليات وإجراءات محددة باستخدام شفرة معينة نظرا لأن استخراج هذه الدعامات يتطلب تدخل شخص صاحب الشفرة وتعامله مع الحاسب الآلي. فإذا تمت هذه العمليات بطريقة صحيحة فإن مخرجات الحاسب الآلي بطريقة قطعية تنسب إلى صاحب الشفرة، وبالتالي تكون قد صدرت منه. أما إذا أرسلت هذه المحررات عبر البريد الالكتروني وبصورة مشفرة فإنه يعهد إلى طرف ثالث¹ تكون مهمته أن يحدّد تاريخ وساعة إرسال المحرر، بالإضافة إلى المهمة الرئيسية المنوطة به وهي التأكد من صحة المحرر والتوقيع المنسوب إلى صاحبه، وذلك بالربط بين المفتاحين العام والخاص، والتأكد من أنهما قد استخدمتا من شخص معين. واستجابة لمقتضيات الأمان والثقة التي يجب أن تتوفر بالتوقيع الالكتروني نجد أن التشريعات التي صدرت تنص جميعا على إنشاء جهة تتكفل باعتماد التوقيع الالكتروني² وهذا ما ذهب إليه المشرع في المادة 15 فقرة 3 من قانون 04-15 على أنه: «...إشارة تدل على أنه تم منح هذه الشهادة على أساس أنها شهادة تصديق الكتروني موصوفة...».

ثانيا: دور التشريع في حماية المحررات الالكترونية.

نص المشرع الجزائري في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة على أنها: «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها و كذا طرق إرسالها». ومثال تلك المعلومات والبيانات التي يمكن إرسالها كالأقراص الصلبة أو المرنة أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الانترنت. فالمشرع الجزائري عرّف الكتابة في هذه المادة التي يمكن استعمالها كوسيلة

¹ انظر نص المادة 11/2 من قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

² ايمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 302

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

إثبات للتصرفات القانونية بصفة عامة. والتصرفات الالكترونية بصفة خاصة تفاديا للجدل الذي قد يثار حول الاعتراف بالكتابة الالكترونية كدليل إثبات.

إنّ مفهوم الكتابة التي جاءت به المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري قابل للتوسع، ويتبع المفهوم إلى كل الدعائم التي تظهر في المستقبل نتيجة التطور التكنولوجي، فيشمل تعريف الكتابة في الشكل الالكتروني التي تكون منقولة عن طريق اليد، وتكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة، الشرط الوحيد الذي اشترطه المشرع في هذه الكتابة أن تكون قابلة للإدراك وللقراءة. كما نصت المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه: «يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها».

عادل المشرع الجزائري بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الدعامات الورقية، ونص المادة 323 مكرر 1 جاء موافقا لنص المادة 6 من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، التي نصت على أنه: «عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات الواردة فيها على نحو يتبع استخدامها بالرجوع إليها لاحقا». المشرع الجزائري وضع شرطين للأخذ بالعقد الالكتروني هما:

- إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي صدرت عنه هذه الكتابة
- أن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.¹

لقد سارت تشريعات جميع الدول في اتجاه المساواة بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية، ومنحها الحجية القانونية الكاملة. ونذكر على سبيل المثال ما ورد في الفقرة الثالثة من المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي على أن «الكتابة على دعامات الكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية».²

¹ منافي فراخ، العقد الالكتروني، دار الهدى، الجزائر، 2000 ص 174-175

² ايمان مأمون أحمد سليمان: المرجع السابق، ص 236

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

أما في مصر فقد أعطى مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري المستند الالكتروني قوة في الإثبات، حيث ورد في المادة 10 من المشروع على أن: «تتمتع المحررات الالكترونية بالحجية المقررة للمحررات العرفية في قانون الإثبات في شأن ما يرد في هذه المحررات من حقوق في اللائحة التنفيذية». وبصدور قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 منح الكتابة الالكترونية الحجية القانونية الكاملة وذلك في المادة 15 من هذا القانون، والتي جاء فيها: « للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون ». والمشرع المصري زاد في تفصيل المحررات الالكترونية التي يعتد بها في الإثبات ولا يقصرها على المحررات الالكترونية الأصلية فقط بل حتى الصور المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني، وذلك عند استيفائها لشروط مطابقتها للأصل، وهذا ما ورد في نص المادة 16 من نفس القانون على أن: « الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك ما دام المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية»¹.

وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع الجزائري إلى حماية المحررات الالكترونية وضمانها وذلك في القانون رقم 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة لقد جاء في المادة 3 من هذا القانون على أنه: « تضمن الحماية التقنية للمعطيات المذكورة في المادة 2 أعلاه، قراءة وكتابة بواسطة برنامج الكتروني يرخص استعمال معطيات المنظومة المركزية». تجدر الإشارة أن المشرع الجزائري بدأ يأخذ بحجية المحررات الالكترونية وخاصة في الفترة الأخيرة بعد التطور الهائل في تكنولوجيا المعلومات، ورغبة من السلطات القائمة في تقريب الإدارة من المواطن والقضاء على البيروقراطية، وتماشيا مع التطور الحاصل في بلدان العالم، بدأت الإدارة تعتد بالوثائق المستخرجة عن طريق

¹ ايمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 237.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

الحاسب عبر شبكة الانترنت. نذكر منها على سبيل المثال التسجيلات وسحب الاستدعاءات بالنسبة لشهادة الباكالوريا فقد أنشئ موقع خاص لهذا الغرض، كذلك سحب شهادة الميلاد بالنسبة للأشخاص الذين لم يولدوا في بلدية إقامتهم أصبح ميسرا لهم أن يستخرجوها من أي مكان وذلك عبر شبكة الانترنت.

وأخيرا ما جاء في القانون رقم 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة، فأعطى المشرع للوثائق والمحررات التي تصدر عن العدالة موثوقية كاملة فلا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير وقد جاء ذلك واضحا في نص المادة 5 من القانون رقم 15-03 التي جاء فيها: «تفترض الموثوقية في وسيلة التصديق إلى غاية إثبات العكس متى أنشئ التوقيع الالكتروني وكانت هوية الموقع أكيدة وسلامة العقد مضمونة».

من خلال قراءة نصوص القانون السابق الذكر نلاحظ أن المشرع الجزائري أعطى كل الضمانات لموثوقية المحررات الصادرة عن وزارة العدل ونص على أن البيانات الواردة في المحررات الصادرة عن الجهات القضائية ومصالح وزارة العدل مضمونة وأن التوقيع الالكتروني متصل بالمحرر الأصلي ويمكن التحقق من هذه الصلة وأهلية الموقع من حيث الاختصاص الوظيفي والزمني مضمونة بوسيلة تحقق موثوقة. تتكفل بها وزارة العدل عن طريق إعطاء شهادة الكترونية موصوفة توضح فيها هوية الموقع ومدة صلاحية التوقيع وكل المعلومات التي يتضمنها.¹

الفرع الثاني

دور السجل الالكتروني في حجية البيانات الالكترونية

يعتبر السجل الالكتروني من الأمور الهامة التي يتعين مراعاتها في مجال التبادل الالكتروني للبيانات خاصة إذا ثار نزاع بين أطراف التعامل به، يمكنهم إقامة دعوى لإثبات الحق بناء على ما سجل من بيانات متبادلة داخل الكمبيوتر.

¹المادة 7 من القانون 15-03. المتعلق بعصرنة العدالة

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

يمكن تشبيه السجل الالكتروني بالدفاتر التجارية التي تثبت فيها التعاملات بين التجار لبيان معاملاتهم التجارية والضريبية.

نصت المادة 120 من القانون التجاري الجزائري على أنه «يجب أن تحفظ الدفاتر والمستندات المشار إليها في المادتين 9 و10 لمدة عشر سنوات، كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة» ونظرا لتطور التجارة الالكترونية في العالم حيث أصبحت تفوق 60 % من المعاملات التجارية، فإن الاتفاقيات الدولية والتشريعات الحديثة بشأن تنظيم التجارة الالكترونية تشترط وجود سجل الكتروني لحفظ المعلومات المتبادلة بين أطراف التعامل وتوثيق البيانات المدونة فيه.¹

أولاً: السجل الالكتروني.

(أ)- **وظائفه:** سبق وأن رأينا أن السجلات الالكترونية هي عبارة عن ملفات للمعلومات خاصة برسائل البيانات الالكترونية المتبادلة بين أطراف التعاقد، ولكل طرف في العملية التجارية السجل الخاص به فهو يحتوي على العديد من البيانات الخاصة بالمعاملات الالكترونية والتي من أهمها البيانات التالية :

- الهوية والبريد الالكتروني لصاحب السجل.
- الاسم والعنوان والبريد الالكتروني للطرف الآخر في العملية.
- تاريخ وزمان إرسال واستلام الرسائل الالكترونية.
- حجم التعامل بين الأطراف كما هو مبين في الرسائل المسلمة.
- نسخة طبق الأصل من السجل يحتفظ بها في الأرشيف.
- بيان البروتوكول والمعايير الخاصة بالتبادل الالكتروني للبيانات. (electronic data interchange) التي تم تسليم الرسائل بموجبها وذلك كصيغة نموذجية يستخدمها الأطراف فيما بينهم بعد ذلك في المعاملات المستقبلية.

¹ إيهاب فوزي السقا، المرجع السابق، ص38.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

- معلومات عن الفواتير أو المستندات الخاصة بالعملية التجارية.
- ملف إضافي يحتوي على أية معلومات أخرى ترتبط بالتعاملات.

وإذا كانت غالبية العقود التقليدية تحتاج إلى وجود وسائل مكتوبة أو سجل مادي ملموس يمكن للأطراف الرجوع إليه في حالة الشك أو الخلاف. فإنه في التعاقد الالكتروني يوجد مثل هذا السجل في شكل رسائل بيانات الكترونية، يحتفظ به مدة معينة ويكون الاطلاع عليه متاحا من خلال نظام معلومات خاص به.¹

(ب)-مزاياه: إن السجلات التقليدية تشغل حيزا كبيرا بالمقارنة مع السجلات الالكترونية التي تحتاج إلى حيز أقل لحفظها بحيث يتم تجميع كميات ضخمة من المعلومات في قرص أو اسطوانة مضغوطة لا تشغل أي حيز يذكر.

- الزيادة الملحة لحفظ السجلات نظرا لما تحتويه من بيانات يرجع إليها أثناء الحاجة فأصبح من الضروري تقليل حجم المكان اللازم لهذه السجلات حيث أن تبادل البيانات يتم بنظام الكتروني فإنه يتم تجميع كميات ضخمة في قرص أو اسطوانة مضغوطة لا تشغل حيز يذكر.

- سجلات الكمبيوتر يصعب تغييرها إذ أن البيانات تكون مشفرة يصعب على أي شخص غير مرخص له أن يصل إليها أو يغير أو يزور المستندات المحفوظة الكترونيا.

- يمكن اعتبار السجل الالكتروني كدليل في الثبات يقدم للمحاكم وذلك في حالة شك أو خلاف بين أطراف التعاقد نجد هذا في القانون الأمريكي الفدرالي حيث جعل السجل الالكتروني المحفوظ به العقد مستندا أصليا وذلك إذا استوفى شروط الحفظ وهي:

✓ أن يعكس السجل بأمانة المعلومات التي يتضمنها العقد.

¹خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص224.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

✓ أن يسمح لأي شخص مصرح له بالدخول قانونا على السجل واستخراج المعلومات المحفوظة فيه.¹

- تقليل المساوئ الناتجة عن مساوئ الحفظ² التقليدية الناتجة عن استخدام السجلات الورقية.

لقد اهتم المشرع المصري بالسجل الالكتروني ونظمه في القوانين الحديثة، في قانون التوثيق الالكتروني رقم 15 لسنة 2004 وقانون الأحوال المدنية رقم 43 لسنة 1994.

يتم حفظ السجل الالكتروني على أوعية الكترونية من خلال الحاسب الآلي وبشكل لا يقبل إلغاءه إلا من خلال أحد مخرجاته.³

ثانيا: حجية السجل الالكتروني.

اعترفت غالبية التشريعات الحديثة المتعلقة بالتجارة الالكترونية الأثر القانوني للسجلات الالكترونية لأنها تؤدي نفس وظائف الدفاتر التجارية الورقية من حيث المقروئية والنسخ حيث يستطيع كل طرف الحصول على نسخة منها، كما تتصف بالدوام والأمان مما يضيف عليها الحجية الكاملة.

أقر القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الالكتروني لسنة 2000 مبدأ التكافؤ بين الرسائل والعقود الالكترونية الحافظة لها، وبين نظائرها الورقية، فأعطاهما الحجية القانونية.

¹ ايمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق ص 199

² من بين مساوئ لنظم الحفظ الورقية التقليدية هي:

* لا يوجد نظام رقابة محكم على الأرشيف.

* تضخم الورق.

* ضياع و نقد بعض الوثائق والعبث بها خلال مرحلة التداول.

* ضياع الوقت في عملية التسليم والمتابعة والمراجعة.

* عدم تحقق الأمن والسرية للوثائق والمستندات، خالد ممدوح إبراهيم: المرجع السابق، ص 231

³ أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013، ص 310.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

- أما قانون دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية اشترط بعض الشروط إن توفرت في السجل الالكتروني حاز على الحجية القانونية وهذه الشروط هي:
- السجل الالكتروني يجب أن يحتوي على نفس المعلومات الأصلية عند إرسالها أو استلامها.
 - إمكانية رجوع الأشخاص المخول لهم الرجوع بسهولة إلى البيانات والمعلومات المحفوظة بالسجل الالكتروني.
 - حفظ المعلومات إن وجدت التي تمكن من استبانة منشأ الرسالة الالكترونية وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.¹

جاء قانون 04-15 المتعلق بالتوقيع الالكتروني خالي من أي إشارة إلى السجل الالكتروني أو اشترط وجوده، كما لا يوجد في القانون التجاري الجزائري إشارة إلى السجل الالكتروني إلا أن المشرع الجزائري في القانون التجاري نص في المادة 9 منه على أنه «كل شخص طبيعي أو معنوي له صفة التاجر ملزم بمسك دفتر لليومية يقيد فيه يوما بيوم عمليات المقاوله أو أن يراجع على الأقل نتائج هذه العمليات شهريا بشرط أن يحتفظ في هذه الحالة بكافة الوثائق التي يمكن معها مراجعة تلك العمليات يوميا» كما نص المشرع الجزائري في المادة 12 من القانون التجاري الجزائري على أنه: «...كما يجب أن ترتب وتحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة».

يلاحظ في هذه المادة أن المشرع لم يحدد شكل المراسلات الواردة ولا نسخ الرسائل ولم يشترط وجود أصل هذه الوثائق والمكاتبات التي يتسلمها التاجر، فيمكن الاحتفاظ بنسخ الوثائق والمستندات والرسائل المرسله أو المستلمة في أي شكل كانت سواء على هيئة ميكروفيلم أو القرص البصري أو من باب أولى على ذاكرة الكمبيوتر وهو ما يتفق وطبيعة المعاملات الالكترونية.

¹المادة 8 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 نصت على أنه: «إذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل.....حفظ المعلومات إن وجدت....إرسالها أو استلامها.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

جاء في نص المادة 4 من قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع الالكتروني ما يشير إلى السجل الالكتروني ولكن ضمناً وأحال ذلك في آخر المادة إلى كيفية حفظ الوثيقة إلى التنظيم.¹

إن المشرع الجزائري في القانون التجاري أعطى الحجية الكاملة في الإثبات للمستندات سواء كانت رسمية أو عرفية وكذا الفاتورة المقبولة وحتى الرسائل ودفاتر التجار إذا كانت منتظمة ومحفوظة بكيفية قانونية و ذلك بين التجار .

تتحقق الحجية المقررة للمحررات الالكترونية إذا توفرت عدة شروط منها، أن يكون متاح فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الالكترونية، وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ الكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه المحررات وهو كما يسمى في القانون رقم 15/04 الطرف الثالث الموثوق المادة2 فقرة11

المطلب الثاني:

تقدير واقع الإثبات الالكتروني في التشريع.

يقوم المحرر الالكتروني بإنجاز المعاملات وإبرام الصفقات والتصرفات التي تقتضيها فكرة التجارة الالكترونية لهذا يجب حماية المحرر الالكتروني وصيانة وعدم المساس به ومنع تزويره، بما يكفل للأفراد الطمأنينة واستقرار المعاملات، كما أنه يؤدي إلى أن يصاغ في النهاية مستندا ودليلا قابلا للإثبات.²

ولقد قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول مدى استفادة التقنيات الوطنية المختلفة من القانون الدولي وفي الفرع الثاني نتطرق إلى حجية الوسائل الالكترونية في الإثبات والشروط الواجب توفرها في المحررات الالكترونية.

¹ انظر المادة 15-04 «تحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا في شكلها الأصلي، ويتم تحديد الكيفيات المتعلقة بحفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا عن طريق التنظيم».

² إيهاب فوزي السقا، المرجع السابق، ص 6.

الفرع الأول:

مدى انسجام التقنيات الوطنية مع القواعد الدولية في مجال الإثبات.

أولا /على المستوى الدولي: بظهور الحاجة إلى التدخل التشريعي لتنظيم الإثبات عن طريق المحرر الالكتروني، اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي مشروع قانون نموذجي بشأن التجارة الالكترونية في 16 ديسمبر 1996، هذا القانون لم يعرف التجارة الالكترونية تاركا ذلك للفقهاء، ولكن الفقرة الأولى من المادة الثانية منه نصت على أن من وسائل الاتصال التي يتم عن طريقها التجارة الالكترونية وذلك على سبيل المثال لا الحصر بخلاف تبادل البيانات الكترونيا، البريد الالكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي ومن تم التجارة الالكترونية ليست قاصرة على شبكة الانترنت فقط بل يمكن أن تتم بتقنيات أخرى كالفاكس، إذ من الممكن مثلا أن يتم الإيجاب عن طريق الانترنت والقبول عن طريق الفاكس.¹ وقد اعترفت المادة 6 من هذا القانون بالكتابة الالكترونية أما المادة 7 منه اعترفت بالتوقيع الالكتروني، كما نصت المادة 9 من نفس القانون على قبول المستندات الالكترونية ومساواتها في الإثبات بالمستندات الكتابية.

كما أكد القانون النموذجي على إمكانية اللجوء إلى طرف ثالث لمنح الثقة للمستند الالكتروني، كما أشار القانون للشروط التي يجب أن تتوفر عند حفظ المستند الالكتروني وهي:

1. إمكانية الاطلاع على المعلومات المخزنة بالمستند بسهولة وإتاحة الفرصة للرجوع إليه كلما دعت الضرورة.
2. الاحتفاظ بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به المستند دون تغيير في المحتوى.

¹خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الالكترونية، دار الجامعية، مصر ص 46.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

3. الاحتفاظ بالمعلومات التي تمكن من استنباط منشأ المستند الإلكتروني وجهة وصوله وتاريخ وزمن إرساله واستلامه.¹

يهدف القانون النموذجي الذي اعتمده الأونسيتال في 2001/07/05 إلى زيادة اليقين القانوني بشأن استخدام التوقيعات الإلكترونية، ويستند هذا القانون للمادة 7 من القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي ذكرناه سابقاً، ليضع معايير للتكافؤ التقني بين التوقيعات الإلكترونية والتوقيعات بخط اليد.

كما يرسى القانون النموذجي قواعد سلوك أساسية يمكن أن تتخذ كمبادئ توجيهية لتقدير المسؤوليات والالتزامات المحتملة للموقع، والطرف المعول والأطراف الثالثة المؤتمنة المتدخلة في عملية التوقيع.

أما اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المعتمدة في 2005/11/23 تهدف إلى تعزيز اليقين القانوني عند استخدام الخطابات الإلكترونية، حيث تنطبق إلى تحديد موقع طرف ما في أي بيئة الكترونية، ووقت ومكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية وكذا استخدام أنظمة الرسائل المؤتمنة² لإنشاء العقود والمعايير المستخدمة لإنشاء مكافئات وظيفية بين الخطابات الإلكترونية والمستندات الورقية الأصلية وكذا بين طرق التوقيع الإلكتروني والتوقيع بخط اليد.³

أما الاتحاد الأوروبي فتدخل المشرع لمواكبة التطور التكنولوجي الذي تولدت عنه التجارة الإلكترونية، فقامت المجموعة الأوروبية بوضع التوجيه الأوروبي الصادر في 1999/12/13 والذي كان يهدف إلى التنسيق بين تشريعات الدول على مستوى أوروبا

¹ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 315.

² أنظر المادة 19/2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي "المعاملات الإلكترونية المؤتمنة: معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا يكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات"

³ عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 80.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

من ناحية، وعلى العالم من ناحية أخرى، بسبب طبيعة التعاقد الإلكتروني وما يؤدي إليه من إبرام التصرفات ذات الطرف الأجنبي، وذلك بشأن قبول المستندات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات. كما اعترف التوجيه الأوربي في المادة 5 منه بالتوقيع الإلكتروني، وألزم دول أعضاء الاتحاد الأوربي بمنح هذا التوقيع ذات الحجية القانونية للتوقيع اليدوي واعتباره دليلا كاملا للإثبات متى توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون.¹ إن الترتيبات التعاقدية ليست كافية لكي تتغلب على الشكوك التي تنشأ من استخدام الرسائل الإلكترونية عبر شبكة الانترنت فكل الأبحاث التي تمت داخل عدد من المنظمات مثل الأونسيترال ولجنة المجتمعات الأوربية، أكدت أن القوانين القائمة والتشريعات الخاصة بالصفقات التجارية ليست ملائمة للتجارة الإلكترونية، ومن المحتمل أن تخلق شكوكا، لا يمكن الحصول على مزايا وفاعلية التجارة الإلكترونية بدون إيجاد إطار تنظيمي ملائم لها. عدم التكيف مع نظام التجارة الجديدة، لضعف وغياب بعض المهارة وفي بعض الأحيان عدم وجود الإطار القانوني والتنظيمي الضروري، سيضر بالأهداف التنموية للدول النامية. فما على هذه الدول إلا الاستفادة من مخزون القوانين واللوائح الموجودة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وينصح بإتباع القوانين العالمية والمقاييس إلى أقصى حد ممكن مثل قانون الأونسيترال. إن أهم مجال يحتاج للتشريع هو موضوع التوقيعات الإلكترونية. التجارة عبر الشبكة المفتوحة وكذا الصفقات الكبيرة تتطلب استخدام أسلوب توقيع الكتروني آمن مثل التوقيع الرقمي، إن العمل المستمر للأونسيترال حول إعداد القواعد المتناسقة للتوقيعات الرقمية سيقدم التوجيه المفيد في هذا الصدد.

ثانيا: التقنيات الأجنبية. أصدرت العديد من الدول تشريعا أو تشريعات وطنية بخصوص التجارة الإلكترونية، سعيا منها للمساهمة في زيادة العائدات المحلية عن طريق الفضاء الإلكتروني، لزيادة فرص التعاقد التجاري.

¹ إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 301.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

ومن بين الدول التي أصدرت تشريعات وطنية في مجال التجارة الإلكترونية، وتمت صياغتها بناء على قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، ومنها القانون التونسي رقم 83 لعام 2000 وكذلك القانون المصري المتعلق بالتوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، فالمشرع المصري لم يغير من قواعد الإثبات في القانون المدني فالقانون يتطلب الكتابة في إثبات بعض التصرفات القانونية. إلا أن المشرع أورد بعض الاستثناءات التي لا يلزم فيها وجود الدليل الكتابي الكامل لإثبات وأخذ بمبدأ الإثبات الحر في مواجهة التجار، في المواد التجارية، وسمح للأطراف استبعاد نظام الإثبات والاتفاق على تنظيم حجية المستندات والوثائق التي يتعاملون بها فقواعد الإثبات قواعد مكملة وليست أمرة، ومن ثمة يجوز للأفراد الاتفاق على خلاف حكمها.

في المواد التجارية يسود مبدأ حرية الإثبات، جاء في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية على أنه: "إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على مئة جنيه، أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز شهادة الشهود...". وحرية الإثبات في المواد التجارية يترتب عليه عدم تطبيق العديد من النصوص القانونية الواردة بشأن الإثبات في المواد المدنية مثل ما نصت عليه المادة 1/61 إثبات مصري من أنه لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد القيمة على 500 جنيها مصريا فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي. "فهذا النص يؤكد الدور الهام الذي يلعبه الدليل الكتابي في الإثبات فالثقة التي تتوافر فيه تجعل من غير المقبول أن يتم إهداره عن طريق دليل آخر أقل منه قوة كشهادة الشهود. فيجب إثبات المكتوب بكتابة أخرى، ونظرا لأن هذه المعاملات التجارية تقوم أصلا على الثقة والسرعة فلا حاجة لإعمال هذا النص.

إن جميع العقود التي تتم بطريق الإيصال الحديث والتي تتم عن بعد مثل الفاكس والتلكس، والانترنت فإنه يمكن إقامة الدليل عليها بكل حرية في مواجهة أطرافها دون

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

حاجة إلى تقديم دليل كتابي.¹ وما يمكن استنتاجه هناك حركة حديثة بين دول العالم في مجال سن القوانين الوطنية أعقبت اعتماد قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وعلى غرار باقي الدول العربية، أصدر المشرع الجزائري قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، إلا أن النصوص التنظيمية التي تنظم تطبيق بعض المواد لم تصدر بعد هذا ما يعطل تطبيق القانون في الواقع.

الفرع الثاني:

حجية الوسائل الإلكترونية والشروط الواجب توفرها ليعتد بالمحررات الإلكترونية في الإثبات.

يلاحظ أن التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية أخذت بالمحررات الالكترونية ومنحتها صراحةً القوة القانونية نفسها التي تتمتع بها المحررات التقليدية في الإثبات، وهذا ما ذكر سابقاً في نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري وكذلك لليونسيتال وفي القانون المدني الفرنسي. كما أكدت التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية القواعد العامة في الإثبات، ما لم يرد نص صريح يقضي بخلاف ذلك.

أولاً: حجية الوسائل الإلكترونية في الإثبات. اختلف الفقهاء في بادئ الأمر حول مدى الحجية القانونية للعقود المبرمة عبر الانترنت في الإثبات يمكن إجمال هذه الآراء في ثلاثة مواقف على النحو التالي:

- **الموقف الأول:** يرى أصحابه أن الطبيعة غير المادية للبيانات الإلكترونية تفقدها أحد متطلبات المحررات الكتابية، فقد تكون عرضة للعبث والتعديل، كما أنه عند تحويل هذه البيانات الإلكترونية، على دعائم ورقية باستخدام الطابعة الملحقة بالحاسوب، فلا يكون لها أصل وبالتالي تفقد عنصر الدليل الكتابي الذي يعتد به فالأصل في المحررات التقليدية ضروري عند إثارة الشك في الصورة بعدم مطابقتها للأصل.

¹ محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 216.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

- بالإضافة إلى أن الحاسوب الذي يقوم بتخزين البيانات والمعلومات المتعلقة بالتصرفات القانونية، تخضع لإرادة مستعمله ويخضع لإشراف هذه الجهة وتوجيهاتها فهي إذن من صنع مستعمله، فلا يجوز له الاحتجاج بها قانونا.
 - **الموقف الثاني:** يرى أنصار هذه النظرية أنه يجب التفريق بين الأنواع المختلفة لمخرجات الحاسوب وتحديد مدى ما تتمتع به من حجية في الإثبات.
 1. **بالنسبة إلى الميكروفيلم** وهو عبارة عن أوعية غير تقليدية للمعلومات تتمثل في دعامات مصنوعة من مادة فيلمية معينة، تستخدم في التصوير المصغر للمحررات الورقية وتتميز هذه المصغرات بإمكانية مشاهدة الصور المسجلة عليها بالبصر وذلك بطبعها بصورة مكبرة على دعامة ورقية، أو تكبيرها مباشرة بواسطة جهاز مكبر يسمى جهاز القراءة، وهو يأخذ مفهوم المحرر التقليدي ومنحه المشرع الفرنسي الحجية القانونية في الإثبات بموجب قانون 525/80 مؤرخ 1980/07/12 الذي تضمن تعديلا جديدا لمفهوم الإثبات.
 2. **بالنسبة إلى الأقراص الممغنطة وذاكرة الحاسوب وما يماثلها** ... فالبيانات تخزن في ذاكرة الحاسوب من دون أن يكون لها أصل مادي مكتوب، إلا بطبعها بواسطة الطابعة الملحقة بالحاسوب أو قراءتها على شاشة الحاسوب عندئذ تتمتع الدعائم الالكترونية المشار إليها بالحجية لأنها تتحول إلى دليل مادي.
 3. **بالنسبة للبريد الإلكتروني:** فهو يتم بنظام مركب ومعقد لأنها تتم عبر شبكة عالمية مفتوحة تكون معرضة لخطر الاطلاع عليها.
- وحتى تتمتع الرسائل الالكترونية بالحجية القانونية في الإثبات يجب أن تكون موقعة إلكترونيا وأن يكون هذا التوقيع مصادقا عليه من إحدى جهات التصديق المرخص لها وتخضع لرقابة الدولة.¹

¹ الياس ناصف، المرجع السابق، ص ص 226-228

الفصل الثاني: المحررات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات

الموقف الثالث: يري أصحاب هذا الموقف أن مخرجات الحاسوب أيا كان نوعها تتمتع بحجية كاملة في الإثبات بشرط أن تتم بوسائل أمان تمنع اختراقها أو تغيير مضمونها وأن تكون موقعة من الأطراف المنسوبة إليهم.

ثانيا: حجية المحرر الإلكتروني. تكمن في طريقة حفظه استمرار منح الحجية القانونية للمحرر الإلكتروني تعتمد بشكل أساسي على عملية حفظ هذا المستند بما يكفل ضمان الحفاظ على محتواه طوال مدة التقادم التي يخضع لها التصرف القانوني المحفوظ. يجب أن تكون الأطراف قادرة على إظهار المستند الإلكتروني المؤيد لاتفاقهم في حالة نشوب نزاع بين أطراف التعاقد، وذلك بإعادة نسخ المستند الموثق إلكترونيا لذا يتعين على مقدمي خدمات التوثيق الإلكتروني أن يقوموا بحفظ المعلومات المتعلقة بشهادات التوثيق الإلكتروني طوال مدة التقادم الخاصة بالتصرف الثابت.¹ وعليه يجب أن تكون الدعائم الإلكترونية تسمح بالتسجيل عليها مرة واحدة حتى يحتج بها في الإثبات. ومن الملاحظ أنه عندما يوجد معيار تقني، فإن استعماله من طرف المختصين يعد قرينة فيها يتعلق بالأمان، إذ لا تتردد المحاكم في اللجوء إليها عند تواجدها. يلزم حفظ الوثائق الإلكترونية الصادرة من خلال جهات التوثيق الإلكتروني خلال المدة اللازمة حتى يتمكن الأطراف من تقديم إثبات موثق أمام القاضي.²

خلاصة الفصل الثاني

تناولنا في هذا الفصل تعريف المحررات الإلكترونية والخصائص التي تتميز بها عن المحررات التقليدية، ورأينا أن المحررات الإلكترونية تشبه المحررات التقليدية من حيث محتواها المتمثل في الكتابة والتوقيع إلا أنها تختلف عنها في الوسيلة، وكذلك خصوصية الكتابة الإلكترونية أنها غير مادية أي لا يمكن قراءتها بالعين المجردة بل يجب الاستعانة بالكمبيوتر حتى تتحول البيانات الرقمية الغير مفهومة إلى أحرف ورموز على شاشة الكمبيوتر يمكن قراءتها.

¹ المادة 11/2 من القانون رقم 04-15.

² إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 340.

الفصل الثاني: المحررات الالكترونية وحجيتها في الإثبات

لقد غيرت الدول التشريعات الخاصة بالإثبات لتتماشى مع الثورة الهائلة في مجال المعلوماتية وبالتالي ظهرت ثورة في عالم التجارة خاصة الدولية وأصبحت تسمى بالتجارة الالكترونية فكل التعاملات تتم عبر وسيلة الانترنت ربحا للوقت والجهد والمال فظهرت العقود الالكترونية وما تحمله من خصوصية وخاصة أنها تيرم عن بعد، مما يتطلب الحيلة والضمانات اللازمة لإبرام تلك العقود.

فالرسائل الإلكترونية متعددة الأنواع والمخرجات أيضا متنوعة فما مدى حجية هذه المخرجات التي تنتج عن وسائل تقنية متطورة؟ ورأينا أن غالبية الدول سارعت لسن قوانين للاعتراف بحجية المحررات من كتابة وتوقيع وساوت بينها وبين المحررات التقليدية.

في بعض الأحيان وضعت شروط يجب احترامها حتى يعتد بالمحرر في الإثبات وفي ما عدا ذلك فإن القواعد العامة للإثبات هي التي تنطبق على المحررات الإلكترونية. إن الدول تسعى دائما لتطوير قوانينها لتواكب التطور على مستوى الأفراد وبالتالي المجتمع وهذا هو دور القانون يجب أن يساير تطور المجتمع ويعمل على حثه على التقدم بحل كل المشاكل التي تتعرض لها العلاقات الاجتماعية وذلك بتنظيم قواعد قانونية تضبط السلوكيات حتى لا تؤدي إلى انحرافات بعض الأفراد وبالتالي عرقلة التطور.

وأخيرا رأينا أن المشرع الجزائري أصدر قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني إلا أن بعض مواده تنتظر صدور مراسيم تنفيذية حتى تفعل.

الخاتمة

نظرا لخصوصية عنوان البحث المتمثل في جزئية صغيرة جدا ألا وهي الشكلية التي هي في حد ذاتها ضيقة فيما يخص كل العقود لأن الغالب في العقود هو الرضائية فهي مبدأ أساسي، والشكلية هي الاستثناء فكل التشريعات حددت العقود التي تتطلب الشكلية وتسمى في هذه الحالة العقود الشكلية التي تكون فيها الشكلية ركن من أركان العقد فبدونها لا ينعقد العقد ويسمى البعض بالشكلية المباشرة.

أما الشكلية موضوع بحثنا فهي الشكلية التي يتطلبها العقد للإثبات وليس ركن من أركانه، وعالجنا بحثنا في فصلين بأن الشكلية في هذه الحالة تكون إجرائية تتمثل في المفاوضات على إبرام العقد وشكلية يفرغ فيها العقد النهائي وتكون معدة للإثبات. وتبدو أهمية التفاوض من انه وسيلة للتقاهم وتقريب وجهات النظر بين الأطراف حيث تلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد والحد من أسباب النزاع في المستقبل.

كذلك قد يتبادل أطراف العقد رسائل يحددون فيه الأشخاص المكلفين بالتفاوض وكذا الصلاحيات الممنوحة لهم في مجال التفاوض فيتبادل الأطراف خطابات النوايا فيعربوا عن حسن نيتهم في التوصل إلى إبرام العقد مع الطرف الآخر، وكذلك يتبادلوا البروتوكولات وهذا في المرحلة المتأخرة من التفاوض أي عند اقتراب التوصل إلى الاتفاق حول العقد.

فالطريقة الحديثة للتفاوض التي تتم عبر وسيلة الانترنت وما تتصف به من خصوصيات حيث لا يكون مجلس عقد بل يكون في مجلس افتراضي، فيكون التفاوض عن بعد عبر شاشة الحاسوب قد يرى الأطراف بعضهم البعض وذلك حسب التقنية المتبعة في الاتصال أو يكون التواصل إما عن طريق الويب (web) أو عن طريق البريد الإلكتروني (e-mail).

رأينا أن البيانات تتم بطريقة إلكترونية وأن الأطراف قد لا يعرفوا بعضهم البعض، وبالتالي يكون هناك خطر الوقوع في أخطاء أو ضحية نصب واحتيال، لكن بعد

الخاتمة

ظهور القوانين الحديثة وخاصة ظهور طرف ثالث موثوق يتكفل بتوثيق البيانات والتأكد من صحة بيانات الموقع فهو بمثابة الضامن لكل المعلومات التي يقدمها الأطراف عن هويتهم. فقد يتفق أطراف التعاقد على اعتبار ما يتم أثناء التفاوض من تبادل للرسائل والتفاهات بأنها تلحق بالعقد النهائي أو يمكن الرجوع إليها في حالة الخلاف حول تفسير العقد أو ما قد يثور من نزاع، إن كثيرا من التشريعات لم تتطرق لمسألة التفاوض ولم تنص عليها في قوانينها، إلا أن التوجه الجديد وما نتج عنه من ظهور عقود مركبة ومعقدة يتطلب إبرامها مدة زمنية طويلة ويستغرق تنفيذها مدة أطول قد تتغير الظروف التي أحاطت بالعقد وتظهر ظروف لم تكن في الحسبان، ولهذا رأينا أن كثيرا من العقود تنص في بند من بنودها على إمكانية الرجوع إلى المفاوضات أثناء تنفيذ العقد في مسائل معينة إذا ظهرت مستجدات أثناء تنفيذ العقد.

والشكلية أثناء المفاوضات تبرز أكثر فأكثر في طريقة الإفصاح عن الإرادة، فالتعاقد يتم عن بعد فلا مجال إذن للملاحظة أو الكلام للتعبير عن القبول والإيجاب ومتى يكون التطابق، فهذه المسائل هي جوهر إبرام العقد الذي يعتمد على الرضا.

فرسائل البيانات المتعلقة بالإيجاب والرسائل المتعلقة بالقبول وكذا زمان ومكان وتاريخ استلام الرسائل هو الذي يحدد تطابق الإيجاب بالقبول وبالتالي يبرم العقد وينشأ أثره القانوني في مواجهة أطراف التعاقد.

ورسائل البريد الإلكتروني وما يصاحبها من تبادل للوثائق هو الذي يكون محتوى العقد النهائي، فالشكلية في مرحلة المفاوضات تتجسد في كل البيانات والمعلومات التي يتبادلها الأطراف وتكون حجة عليهم، وإن كانت المفاوضات لا يترتب عليها لا حقوق ولا التزامات كما رأينا فيمكن لأي طرف أن ينسحب من المفاوضات في أي وقت وهو غير ملزم بإعطاء تبرير لانسحابه كل ما في الأمر هو إخبار الطرف الآخر. فعند إنهاء المفاوضات يبدأ أطراف التعاقد في صياغة العقد و الاتفاق على كل جوانبه، فقد يكون عقد نموذجي إذا كان التعاقد عبر الويب (web) أو يصاغ من طرف

الخاتمة

المتعاقدين، وذلك وفق أنماط معينة كما رأينا، حيث يشتمل على مقدمة ومحتوى يضم بنود العقد المتفق عليها.

ويوقع العقد من أطراف التعاقد بالتوقيع الإلكتروني، كما رأينا أنواعه وشروطه المذكورة في القوانين الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، في هذه الحالة نستطيع تسمية هذا العقد بالمحرر الإلكتروني أو المستند الإلكتروني وهذا ما تناولناه في الفصل الثاني من هذا البحث، فعرفناه، وميزناه عن غيره من المحررات، وتعرضنا للكتابة الإلكترونية وخصوصياتها، والتوقيع الإلكتروني وخصوصيته، وذلك في مختلف التشريعات خاصة الدولية، والقانون الوطني فوجدنا أن المشرع الجزائري خاصة في القانون المدني رقم 58-75، قد ساوى بين الدعائم الورقية والدعائم الإلكترونية واعترف بالكتابة الإلكترونية في الإثبات.

حاولنا المقارنة بما جاء في القواعد العامة للإثبات وما ينطبق على الكتابة الإلكترونية من خصوصية قد تحد من قابليتها في الاعتداد بها في الإثبات أمام الجهات القضائية، إلا أن المشرع الجزائري بإصداره للقانون رقم 04-15 المؤرخ في 2015/02/10 قد عزز حجية المحررات الإلكترونية في مجال الإثبات، وكذلك القانون رقم 03-15 المؤرخ في 2015/02/01 المتعلق بعصرنة العدالة أعطى حجية للمحررات التي تصدر عن قطاع العدالة فلا يطعن فيها إلا بالتزوير.

إن التوقيع له أهمية كبرى بالنسبة للمحرر الإلكتروني فهو يضمن أن إرادة الموقع تتجه إلى الالتزام بمضمون ما وقع عليه، وأن هوية الموقع متطابقة مع البيانات التي أنشئ بموجبها التوقيع، فهو فعلا صاحب التوقيع.

أولا: النتائج المتوصل إليها في البحث

نظرا للتطور المذهل للتجارة الإلكترونية أصبحت كل المعاملات التجارية تقريبا تتم عبر وسيلة الانترنت.

الخاتمة

- وفيما يتعلق بالوسائل المستخدمة في إبرام التعاقد الالكتروني تعرضنا للتبادل الالكتروني للبيانات والرسائل الالكترونية، خاصة في مرحلة المفاوضات وتناولنا الاعتراف برسائل البيانات المنقولة الكترونيا، ومدى حجيتها في الإثبات ومدى استجابة قواعد الإثبات القائمة لمقتضيات المعاملات الالكترونية ولاحظنا أن أغلب التشريعات لا تتطرق لمرحلة التفاوض إلا أنه تبين لنا أن الأطراف يمكنهم الاتفاق علي أن الرسائل الالكترونية المتبادلة بينهم تتمتع بالحجية في الإثبات، والاتفاق يعد صحيحا لأن قواعد الإثبات ليست أمرة بل مكملة لإرادة الأطراف، وأن دليل الإثبات الالكتروني يخضع لتقدير القاضي فهي إذن له حجية نسبية. وفي بحثنا لمدى جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة خلصنا إلى أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني الجزائري أجازت التعبير عن الإرادة الكترونيا متى تحققت شروط صحتها.

- ومن خلال تعرضنا للإيجاب، والقبول الالكترونيين، بينا أنه يمكن التعبير عنهما عبر البريد الالكتروني أو بالضغط علي الزر في حالة الموافقة. فالعقد يبرم في اللحظة التي يصل فيها القبول إلي صندوق البريد الالكتروني، الخاص بالموجب.

- وتعرضنا في متن هذه المذكرة الي توثيق الإرادة الكترونيا، حيث تعرضنا للسجل الالكتروني وخلصنا إلى أنه في حكم الدفاتر التجارية. ووجدنا غالبية التشريعات قد أقرت الحجية القانونية للسجلات الالكترونية.

- كما تعرضنا للتوقيع الالكتروني وبيننا أن الغرض منه التأكد من أن الرسالة الالكترونية قد جاءت من مصدرها دون أن تتعرض لأي تغيير أو تعديل في بياناتها أثناء عملية النقل. وتناولنا بعض النصوص القانونية التي صدرت لتنظيم الاعتراف بالتوقيع الالكتروني سواء علي المستوي الدولي أو القوانين الأجنبية وكذا القانون الوطني رقم 04-15 المؤرخ في 10/02/2015.

- ثانيا: الاقتراحات المقدمة.

- إن الطابع الافتراضي والغير ملموس لإجراء المعاملات التجارية الكترونية بالإضافة إلي السرعة الفائقة في التعاقد، يستلزم تعديل بعض التشريعات القائمة واستحداث قانون جديد لمواجهة وتنظيم ذلك التطور.

- رغم سعي رجال الفقه والقضاء في مختلف دول العالم للتوسع في تفسير النصوص القانونية الموجودة أصلا.كي تشمل المعاملات الالكترونية إلا أنه ظلت النصوص قاصرة علي قصد المشرعين فلم توضع مصطلحات مثل العقد الالكتروني أو التوقيع الالكتروني أو الوكيل الالكتروني أو مقدم خدمة الانترنت، لكونها حديثة العهد في حين وضع القانون المدني أو التجاري منذ عشرات السنين وهو ما يستلزم صدور تشريع ينظم إجراء المعاملات الالكترونية علي نحو آمن ومضمون وذلك بوضع قانون مستقل للمعاملات الالكترونية على غرار الدول المتقدمة.

-إن رجال القضاء والفقه والمتعاملين في مجال العقود الالكترونية ليس لديهم غالبا المعرفة الكافية بتقنيات شبكة الإنترنت واستخدام إمكاناتها مثل البريد الالكتروني وصفحات الويب والبروتوكولات المنظمة لها، وهو ما يتطلب ضرورة عقد دورات تدريبية لرجال القضاء ورجال البحث الجنائي وخبراء وزارة العدل لفهمها واستيعابها.

- وإذا كان الأمر يتطلب استحداث قانون جديد ينظم العقود والمعاملات الالكترونية فيجب أن يرافقه تعديل في بعض التشريعات القائمة مثل قانون الجمارك وقانون الضرائب لتناسب مع التجارة الالكترونية لأنها وضعت لتتعامل مع التجارة التقليدية، كذلك قانون العقوبات للتصحيح بوضوح على جرائم المستندات الالكترونية وتزوير التوقيع الالكتروني، ولا ننسى تعديل قانون البنوك لأنها عصب التجارة الالكترونية وغيرها من القوانين ذات الصلة بالتجارة.

قائمة المراجع

أولاً/الآيات القرآنية

سورة البقرة الآية 282

ثانياً/النصوص القانونية

1-الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني

الجزائري المعدل والمتمم

2-الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون التجاري

الجزائري المعدل والمتمم

3-القانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فبراير سنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك

وقمع الغش

4-قانون رقم 15-03 المؤرخ في 01/02/2015 المتعلق بعصنة العدالة ج ر عدد

6 الصادرة في 08 مارس 2015

5- قانون رقم 15-04 المؤرخ في 10/02/2015 المتعلق بالتوقيع الالكتروني، ج ر

عدد 6 الصادرة في 08 مارس 2015

ثالثاً/الكتب والمؤلفات باللغة العربية:

1-إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد و إثباته ،دار الجامعة الجديدة مصر

2- الصالحي محمد العيش، الكتابة الرقمية الطبعة الأولى منشأة المعارف الأردن

.2006

- 3-الياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان.
- 4-إيهاب فوزي السقا، جريمة التزوير في المحررات الالكترونية، دار الجامعة الجديدة مصر.
- 5-أحمد هندي، التحكيم دراسة إجرائية دار الجامعة الجديدة، مصر، 2013
- 6-خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، الدار الجامعية، مصر.
- 7-خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الالكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2008.
- 8-دريال عبد الرزاق، الوجيز في النظرية العمة للالتزام، دار العلوم للنشر، الجزائر، 2004.
- 9-رياض النعمان، المعجم القانوني، ط 1، دار أسامة للنشر والتوزيع، الأردن، 2013.
- 10-سامح عبد الواحد التوهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر.
- 11-سعد الله عمر، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، ط الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.
- 12-شيرزاد عزيز سليمان، حسن النية في إبرام العقود، منشورات دار الدجلة، الأردن.
- 13-شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، مصر.
- 14-صالح-ص-خالص، في الإعلام التجاري والمفاوضات التجارية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

15- عطا عبد العاطي السنباطي، الإثبات في العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2008.

16- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية عقد البيع، دار الحامد للنشر والتوزيع 2007.

17- فواز المطالقة، الوجيز في العقود التجارية الالكترونية، دار الثقافة، الأردن.

18- مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر.

19- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والالكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006.

20- محمد ابراهيم ابو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، ط 1، دار الثقافة، الأردن.

21- منير محمد الجمبهي، ممدوح محمد الجمبهي، تزوير التوقيع الالكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر.

22- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، مصر، 2008.

23- محمد البنان وآخرون، العقود والاتفاقيات في التجارة الالكترونية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، مصر.

24- نضال اسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، الأردن.

25- همام محمد زهران، الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، مصر.

رابعاً/المقالات والأبحاث العلمية

1- عياض راشد المري، تأملات في مشروع قانون التجارة الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية العدد الثالث الصادرة في 09/2006، الكويت.

خامساً/الكتب والمؤلفات باللغة الأجنبية

1-Vincent Gautrais ,Le contrar electronique international, Belgique
2002