ابرام العقد الإلكتروني بين القانون المدني والقوانين الخاصة

The conclusion of the electronic contract between civil law and special laws

سعيدي إكرام نهال*، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان–
saidinihal97@gmail.com
رايس محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد –تلمسان–
rais2000@hotmail.fr

تاريخ إرسال المقال: 2023/03/25 تاريخ قبول المقال: 2023/04/29 تاريخ نشر المقال: 2023/05/15

الملخص:

في ظل الثورة الرقمية، اللجوء إلى إبرام عقود إلكترونية أصبح أمرا حتميا. تصطدم خصوصية العقد الإلكتروني مع القواعد القانونية التقليدية لنظرية العقد في كافة مراحل التعاقد وخاصة في مرحلة الإبرام. الهدف هنا هو إجراء تفكير في أهم النقاط التي تمثل خصوصية العقد الإلكتروني بذكر النصوص الخاصة التي تنظمه في مرحلة إبرام العقد وكذلك أهم المبادئ العامة لنظرية العقد التي تبقى مهيمنة حتى في هذا النوع من العقود الحديثة وهذا للتقرب من غاية هذا البحث التي هي ليست دراسة العقد الإلكتروني لوحدة وإنما بمقارنته مع النظرية العامة للعقد وذلك للوصول إلى فهم العلاقة بين القوانين واستخراج أهم الثغرات. فهل هناك حقا تكامل بين القانون المدني والقوانين الخاصة في تنظيم العقد الإلكتروني؟ وهل القوانين الخاصة تمس بجوهر العقد من خلال تغييرها لكيفية إبرام العقد الإلكتروني؟

الكلمات المفتاحية: العقد، التحول الرقمي، التعاقد الالكتروني، التوقيع الإلكتروني.

Abstract:

In light of the digital revolution, resorting to the conclusion of electronic contracts has become inevitable. The specificity of the electronic contract collides with the traditional legal rules of the contract theory at all stages of the contract, especially in the conclusion stage. The goal here is to conduct thinking about the most important points that represent the specificity of the electronic contract by mentioning the special texts that are organized in the stage of concluding the contract, as well as the most important general principles of the theory of the contract that remain dominant even in this type of modern contract and this is to draw closer to the goal of this research, which is not the study of the electronic contract for a unit, but by comparing it with the general theory of the contract in order to reach an understanding of the relationship between laws and extracting the most important gaps. Is there really an integration between the civil law and the special laws in organizing the electronic contract? Are the special laws touched on the essence of the contract by changing them, how to conclude the electronic contract?

Key words: Contract, Digital transformation, electronic contracting, electronic signature.

* المؤلف المرسل

المقدمة:

تماشيا مع التطور التكنولوجي والرقمي، شهدت مختلف الأنظمة القانونية المنظمة للمعاملات محاولة تطور لمواكبة المعايير القانونية الدولية في هذا الشأن.

في تعريف المشرع الجزائري للعقد الالكتروني[1]، أحالنا إلى القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية[2] وبالتالي يكون العقد الالكتروني هو كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، ويتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي للأطراف باللجوء لتقنية الاتصال الالكتروني.

العقد الالكتروني كونه عقد من العقود الحديثة يفرض وجوده ببعض الخصوصيات التي لابد من تفسيرها في كل مراحلها وخاصة في مرحلة ابرام العقد التي تعتبر مرحلة أساسية حيث يكتمل فيها نشوء العقد.

الهدف هنا هو الوقوف على أهم التحولات التي وقعت في العقد للتأقلم مع البيئة الرقمية وذلك بمقارنة القواعد القانونية للقانون المدني ومختلف قواعد القوانين الخاصة.

ومنه، فإن أهمية هذه الدراسة تكمن أساسا في توضيح العلاقة التي تنجر من تبني المبادئ العامة المنظمة لنظرية العقد والقواعد القانونية الحديثة التي جاءت لتنظيم نوعا ما هذا النوع الجديد من العقود. وللتفصيل في كل هذا، يفرض بحثنا اتباع منهجين هما المنهج المقارن والمنهج التفسيري.

حيث يثير العقد الإلكتروني من حيث انعقاده إشكالية تتعلق بما مدى كفاية المبادئ العامة في تنظيم العقد الإلكتروني.

وللإجابة على هذه الإشكالية، سنتناول بعض التفصيل في التراضي الالكتروني (1)، ثم في التوقيع الإلكتروني وكذا حجيته (2).

1- خصوصية التراضي الإلكتروني:

العقد الإلكتروني هو فعل قانوني طبيعي وأصلي. من جهة، إنه عقد مثل الآخرين حتى لو كان يعتبر عقدًا خاصًا. ومن جهة أخرى، فإنه يأتي من طريقة اتصال جديدة ويستخدم في هذا العقد وسيلة أخرى من غير الورق. من الناحية القانونية لن يكون هناك شيء جديد من غير الشكلية المرتبطة بانتهاء العقود والطرق الجديدة في تبادل الإرادة[3].

عموما، لا يختلف الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني عن العقد العادي باستثناء الطريقة التي يتم بها التعبير عن الإرادة.

يتجسد مبدأ التراضي بتطابق كل من الإيجاب والقبول بين الطرفين في البيئة الرقمية.

1.1- الإيجاب الإلكتروني:

الإيجاب هو لما الشخص يعبر عن إرادته في التعاقد بموجب عرض يعرضه على شخص أو أشخاص اخرين بنية التعاقد.

ولعل من المفيد أن نؤكد أن الإيجاب الإلكتروني يخضع للقواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي غير أنه لا يخلو من بعض الخصوصيات.

قد عرفه التوجيه الأوربي 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 والمتعلق بحماية المستهلكين كالتالي: " يقصد بالإيجاب كل اتصال عن بعد، يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة..."[4].

كما عرف بأنه: "عرض كامل وجازم للتعاقد وفق شروط معينة تصدر من أحد المتعاقدين لشخص أو أشخاص أخرين"[5].

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري لم يعرف مصطلح الإيجاب واكتفى بذكر كيفية التعبير على الإرادة في المادة 60 من القانون المدني[6].

يرى بعض الفقهاء انه من الصواب عدم تغيير تعريف الإيجاب لأن وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد تم عبر وسيط إلكتروني.

الشروط العامة للإيجاب الإلكتروني

لعل أن تتوافر بعض الشروط في الإيجاب حتى يعد إيجابا صالحا للعقد. تطبيقا للقواعد التقليدية، فيجب:

- أن يكون جازما وواضحا:

يكون العرض موجه لشخص محدد أو جمهور ولا بد أن تتوفر نية جادة في إبرام العقد.

يجب أن يتصف عرض التعاقد بخاصية الحزم وأن يكون واضحا لا غموض فيه وجازما لا يحمل تفسيرات متعددة وأن يكون صادرا عن نية قاطعة في الارتباط بالعقد أي في إقامة العلاقة التعاقدية بصفة باتة ونهائية[7].

- أن يكون الإيجاب كاملا:

أي أن تتوافر فيه العناصر الأساسية أو الجوهرية للعقد المراد ابرامه، بدقة ووضوح بحيث ينعقد العقد بمجرد اقتران القبول به. كما أن الأمر متروك لقاضي الموضوع لإضفاء صبغة الأساسية أو الجوهرية على مسألة من مسائل العقد موضوع التفاوض[8].

الشروط الخاصة للإيجاب الإلكتروني

هناك شروط أخرى خاصة يجب أن تتوفر في الإيجاب الإلكتروني وهي كالتالي:

- تحديد هوية الموجب "العارض"

فرضت المادة (8-121) من تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر بمرسوم رقم 2001/741 في 2001/8/23 على الموجب أو المحترف أن يدلي بكافة البيانات التي تحدد شخصيته بوضوح لا غموض فيها للمستهلك وذلك في إطار مبدأ حسن النية. وأكد ذلك المشرع الفرنسي مرة أخرى في القانون رقم 575-2004 الصادر

في 21 يونيو 2004 لما اشترط الالتزام بتزويد بالمعلومات المتعلقة بالهوية والاسم واللقب وإذا كان شخصا اعتباريا أن يذكر عنوان الشركة وجنسيتها لكل من يتعامل في المعاملات والعقود والتجارة الإلكترونية.

المشرع الجزائري اشترط على المورد وضع رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية ورقم هاتف المورد الإلكتروني في المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[9].

على الرغم من ذلك قد تتشكل إشكالية في التأكد من شخصية المتعاقد وكذلك في تحديد الأهلية في العقد الإلكتروني. فإذا كانت المسألة سهلة التأكد منها في العقود التقليدية لأنها تتم في مجلس واحد. غير أن الأمر يختلف في العقد الإلكتروني، ذلك أن العقد يبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة ودون حضور مادي للمتعاقدين[10].

إن هذه الخصوصية التي يتميز بها العقد الإلكتروني ستولد احتمالية التعاقد مع شخص قاصر، وهذا ما سيؤدي إلى احتمالية بطلان العقد أو قابليته للإبطال، لذلك يجب تكليف أحد منظمي شبكات الإرسال للقيام بتنظيم البيانات والتأكد منها مسبقا[11]، لكن رغم ذلك يبقى الاحتمال قائما.

- وصف المنتوج أو الخدمة محل التعاقد

يتعين على الموجب وصف المنتج أو الخدمة محل العقد وصفا دقيقا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة[12].

وهذا ما أكده المشرع الجزائري بموجب نفس القانون (رقم 18-05) المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 11[13] فأوجب على أن يقدم المورد الإلكتروني العرض متضمنا طبيعة وخصائص أسعار السلع أو الخدمات.

- مدة سريان الإيجاب

نفس المادة من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية تشير إلى وجوب ذكر مدة صلاحية العرض عند الاقتضاء.

وغالبا ما يتم الوفاء بالثمن في العقود الإلكترونية عن بعد باستخدام وسائل الوفاء الإلكترونية مثل بطاقات الوفاء والائتمان المصرفية[14].

تم تقسيم طرق التعبير عن الإيجاب الإلكتروني من طرف الفقه بالإيجاب عبر البريد الإلكتروني، أو التعبير عن طريق عرض السلع والخدمات عبر مواقع الشبكة أو الإيجاب عن طريق المشاهدة والمحادثة عبر الانترنت[15].

على الرغم من عدم اختلاف الإيجاب الإلكتروني عموما عن الإيجاب في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، إلا أنه يتميز بنوع من الخصوصية نظرا لطبيعة الوسائل المستعملة للتعبير عن الإرادة.

بحيث أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد وبالتالي فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد[16]. ولذلك عرف التوجيه الأوربي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بأنه

"كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"[17]

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنيت فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون ان يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، ويقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التليفزيون حيث أنه في الحالتين لا توجد دعامة ورقية[18].

خصوصية الإيجاب الإلكتروني قد تثير إشكالية تتمثل في عدم وجود الأمان القانوني باعتبار الانترنيت أداة للتعبير عن الإيجاب الإلكتروني فهي في الكثير من الحالات لا توفر الحماية اللازمة للبيانات والعروض خاصة عندما تكون غير موثوقة. ومنه فيوجد خطر حقيقي وعادة ما يتعرض المستهلك إلى الاعتداء على خصوصياته وبياناته الشخصية.

2.1– القبول الإلكتروني :

قبل الحديث عن خصوصية القبول في العقد الإلكتروني لابد من إعطاء مفهوم القبول الإلكتروني.

عرف أحد الفقهاء القبول الإلكتروني على أنه التعبير عن رضا لمن وجه إليه الإيجاب بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب والتي تكون عادة ثمرة المفاوضات التمهيدية، لذلك يمكن أن يتم التعبير عن القبول عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة[19].

يحمل التعبير عدة صفات فقد يكون التعبير صريحا، كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني مثلا. تتضمن قبولا صريحا للعرض الذي قدمه الموجب، كما يمكن أن يكون القبول ضمنيا في حالة اتخاذ القابل أي تصرف يفيد موافقته على العرض، ما جعل بعض الفقه يعتبر النقر على أيقونة القبول هو من قبيل القبول الضمني، في حين ذهب فريق اخر إلى اعتباره قبولا صريحا وفق المعيار المتعارف عليه في أسلوب وطريقة التعبير عبر الوساطة الإلكترونية[20].

لا بد من التأكيد أن القبول الإلكتروني يخضع إلى نفس الشروط التي يخضع لها القبول التقليدي.

فيجب أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائما حيث أكد المشرع الجزائري بأنه إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل، ويحدد الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة[21].

يشترط كذلك أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، فنص القانون المدني الجزائري على أن القبول الذي يغير من الإيجاب يعتبر إيجابا جديدا وبالتالي لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابق للإيجاب.

وكما هو الحال في الإيجاب التقليدي، يجب على القبول أن يكون باتا وجازما. فالأصل أن تطابق القبول مع الإيجاب كفيل بحد ذاته لإبرام العقد ويصبح العقد ملزما لكلا الطرفين، استنادا لقاعدة العقد شريعة

المتعاقدين، إلا أن في بعض التشريعات وفي العقود التي تتم عبر الوساطة الالكترونية وبغية حماية المستهلك درجت على إعطاء الحق للمستهلك في العدول عن قبوله وإعادة السلعة إلى البائع[22].

طرق التعبير عن القبول الكترونيا.

تتمثل خصوصية الرضا الإلكتروني في طرق التعبير عن القبول إلكترونيا.

التعبير عن القبول الإلكتروني له أنواع منها الكتابة بما يفيد الموافقة، أو باستخدام الموقع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال خرق المحادثة، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الانترنيت وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل.

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضا النقر بالموافقة على العلامة الخاصة بذلك "الأيقونة " حيث نجد عبارة موافق، وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية في الغالب عبارات تدل على الموافقة بعبارات باللغة الفرنسية أو باللغة الإنجليزية بالنسبة لمواقع الويب باللغة الإنجليزية[23].

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول ان يتم:

-تكرار الضغط على أيقونة القبول عدة مرات للتأكد ألا يكون الضغط الأول خطأ عن غير قصد.

- طرح أسئلة على القابل ليجيب عليها مثلا "تحديد محل الإقامة كتابة، رقم أو نوع البطاقة الائتمانية.

-وضع بيانات خاصة مع الإيجاب يجب على القابل ملأها.

-وجوب إرسال رسالة عن طريق البريد الإلكتروني تؤكد القبول[24].

وبالرجوع إلى القانون المدني، نرى أن التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني يختلف عن التعبير عن الإرادة الذي اعتدنا عليه في العقود التقليدية والتي نص عليها المشرع في المادة 60 من القانون المدني كالتالي:" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"[25].

يرى أحد الفقهاء من ناحية السند المستعمل، أن إمكانيات وقدرات القراءة للوثيقة الإلكترونية -دون أن تكون بالضرورة أفضل أو أسوأ-تختلف بالتأكيد عن القدرات الورقية. فصفات قابلية قراءة الورق تختلف عن الشاشة وهذا يؤثر على الوضوح، كما ان حجم العقود الالكترونية عادة ما تكون طويلة عكس العقود المكتوبة التي تكون قصيرة وهذا يؤثر على المتعاقد أو المستهلك في فهمها. وبالتالي من الصعب على القارء فهم وقراءة العقد بسبب تفاصيل الشاشة والوسائل الالكترونية المستعملة، إلا أن نادر ما التشريعات والفقه يأخذ بعين الاعتبار هذا النوع من السياق الالكتروني[26] رغم أهميته وتأثيره على الإرادة في ابرام العقد وحمايته.

حالة السكوت في التعبير الالكتروني على القبول:

لما كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاء الإيجاب، فإنه على عكس ذلك يصلح أن يكون قبولا[27]. ففي صدد دراسة التعبير الالكتروني على القبول نتساءل عن أحكام السكوت في التعاقد الالكتروني.

نص المشرع الجزائري في المادة68 من القانون المدني في الفقرة الثانية على أنه:" ... ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه"[28].

ومع ذلك نظرا لحداثة التعاقد الالكتروني فيجب أن يكون القبول صريحا.

أما فيما يخص العدول عن القبول الإلكتروني، فيرى الفقه وأغلب التشريعات انه لا بد للمستهلك أن يتمتع بحق العدول وذلك راجع لعدم امكانيته الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل ابرام العقد الالكتروني[29].

وبهذا قد يكون تم توافق الإيجاب بالقبول وتحقق عنصر التراضي الذي يحكمه مبدأ سلطان الإرادة.

ولا مناص من القول إنه لا يمكن للعقد أن ينعقد بدون اتفاق الإرادتين ولا بوجود توقيع الذي يعتبر التعبير الصريح والواضح عن إرادة الموقع في قبول الالتزام بالتصرف القانوني الذي اتفق عليه ذوو الشأن.

2- التوقيع الإلكتروني:

لكي يكون للعقد الإلكتروني قيمة قانونية وفاعلية، يجب أن يتم توقيعه، وإذا كان العقد المبرم بالطريقة التقليدية موقّعًا بالتوقيع أو بالبصمة أو بالختم، فيتم توقيع العقد الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني.

التوقيع هو واحد من تلك الأشياء الصغيرة والعادية التي تبدو غير مهمة والتي ينظر إليها على أنها بعيدة عن المناقشات النظرية. والتي يتم وضعها في خانة المفاهيم المخصصة لعلماء الخط، وجامعي المخطوطات. ومع ذلك، فإن العديد من جوانب التوقيع ضرورية وتصبح ممارستها اجتماعية ذات تحديات وأثار قانونية مهمة[30]. وهذا ما نود إظهاره هنا من خلال النظر في طرق جديدة للتوقيع، والتي ظهرت في أعقاب الثورة الرقمية.

1.2- لغة التوقيع الإلكتروني :

حسب المشرع الجزائري، التوقيع الإلكتروني هو مجموعة من البيانات في شكل إلكتروني مرفقة ببيانات إلكترونية أخرى تستعمل للتوثيق.

قبل التطرق إلى أشكال التوقيع الالكتروني فلا بد من توضيح ماهية التوقيع التقليدي وصوره.

التوقيع التقليدي وأشكاله

تعددت التعريفات للتوقيع التقليدي من بينها تعريف الأستاذ Christophe Devys بأنه:" كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخص الموقع وتكشف عن إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا السند وإقراره له."[31]

من بين صور التوقيع التقليدي وأقدمه هو التوقيع بالختم وهو الأكثر انتقادا لما يحدث من أخطاء وتزوير والتقليد والضياع والسرقة، ولذلك فالتوقيع بالختم لا يعكس الإرادة الحقيقية للمحتج عليه بالورقة الموقعة بالختم[32].

أما التوقيع ببصمة الإصبع فيظهر أنه أكثر أمانا من التوقيع بالختم[33].

التوقيع بالإمضاء هو عبارة عن رسم يقوم به الشخص على ورقة ما وهو كذلك من السهل تزويره. وهو يعتبر شخصيا، أي لا يجوز للغير التوقيع بالإمضاء عن شخص اخر، وإذا وكل شخص للتوقيع بالإمضاء عن صاحب الشأن، فيوقع باسمه وبصفته وكيلا[34].

أشكال التوقيع الالكتروني

تعكثر مفاهيم التوقيع الإلكتروني وذلك راجع لكثرة الأشكال التي يأخذها التوقيع الإلكتروني. أحد الفقهاء تصدى إلى التوقيع الرقمي قائلا إنه يتمثل في مجموعة من الأرقام أو الحروف يختارها صاحب التوقيع ويتم تحديد شخصية صاحبه، يتم تركيبها أو ترتيبها في شكل غير مقروء يتمعن طريقه. بحيث لا يكوم معلوما إلا له فقط[35].

من بين الطرق التوقيع الإلكتروني هو التوقيع بالقلم الإلكتروني، في هذه الطريقة يقوم المتعامل أو مرسل الرسالة بكتابة توقيعه الشخصي باستخدام قلم الكتروني خاص على شاشة جهاز الحاسب الآلي وعن طريق برنامج خاص يتم التحقق من صحة التوقيع بالاستناد على حركة هذا القلم والأشكال التي يتخذها من دوائر أو انحناءات أو التواءات وغير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخاص بالموقع، والذي يمكن قد سبق تخزينه في الحاسب الآلي. و يحتاج التوقيع بالقلم الإلكتروني إلى جهاز حاسب آلي ذي مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشته والتحقق من مطابقته للتوقيع المحفوظ بذاكرتهما أنه يحتاج إلى جهة توثيق إضافية[36].

من بين التوقيعات الإلكترونية الأكثر استعمالا هو التوقيع البيومتري، يتم هذا التوقيع عن طريق استعمال إحدى الخواص الذاتية للشخص (قزحية العين، بصمة الأصبع، بصمة الكف، بصمة الشفاه، بصمة الصوت) التي يتم تخزينها بصورة رقمية مضغوطة حتى لا تحوز مكانا كبيرا في ذاكرة الكمبيوتر ويستطيع العميل استخدامها عن طريق إدخال البطاقة في الصراف الالي وعن طريق المقارنة بين تلك الصفة الذاتية للشخص مع تلك المخزنة في الكمبيوتر[37].

تعددت صور التوقيع الإلكتروني وكلها ضرورية في المعاملات الإلكترونية غير أنها لا تخلو من العيوب، فمن السهل نسخها وهي تفتقد لعنصر الأمن والسرية.

وتماشيا مع ما تم ذكره، فإن التواقيع الإلكترونية المتنوعة المعروضة حاليًا لا يمكن فصلها إلى حد ما عن السند الإلكتروني للعقد. وبالتالي فيتم النظر إلى العلاقة بين الكتابة والتوقيع بصفة مغايرة تماما[38].

إن تبني التوقيع الإلكتروني بأنواعه كألية حديثة في ابرام العلاقات التعاقدية الإلكترونية أدى إلى التساؤل حول حجية هذه الوسيلة.

2.2- حجية التوقيع الإلكتروني :

يعتبر التوقيع الإلكتروني من التطبيقات التي زاد استخدامها، وهو الأمر الذي يؤدي بنا إلى البحث عن نطاق حجية التوقيع الإلكتروني.

سواء كان إلكترونيًا أو مدعومًا ماديًا، لا يعتبر النموذج الكتابي دليلاً كاملاً في الإثبات ما لم يتم التوقيع عليه. التوقيعات هي العنصر الثاني في الأدلة الوثائقية المعدة للإثبات، ويعد هذا شرطًا أساسيًا لصحة المستند، سواء كان إلكترونيًا أو ورقيًا.

حاول الفقه إيجاد حجية لهذه المحررات الإلكترونية وذلك من خلال القواعد العامة، فاعترف المشرع صراحة بالتوقيعات الإلكترونية، مكملاً لاعترافه بالحجية المكتوبة في الشكل الإلكتروني.

ساوى المشرع بين حجية التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني وذلك وفقا للمادة327 فقرة 2 فإنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني.

وللاعتداد بهذا التوقيع، اشترط المشرع الجزائري إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدره وأن يكون معدا ومحفوظا في ظروف تضمن سلامته.

من الصعب استيفاء هذين الشرطين، ما لم يثبت صحة هذا التوقيع، والتأكد من أن مصدره، والتأكد من عدم حدوث أي تلاعب أو تعديل.

بالرجوع إلى القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكتروني[39]، نجد أن المشرع الجزائري قد ميز ما بين التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني الموصوف، وأقر صراحة حجية توقيع هذا الأخير مساويا بينه وبين التوقيع التقليدي وذلك في المادة 8 من نفس القانون حيث جاء فيها "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي"

وحتى يكون التوقيع الإلكتروني موصوفا تطلب فيه المشرع مجموعة من الشروط جاءت بها المادة 7 من نفس القانون تتمثل في: أن ينشأ على أساس شهادة تصديق الكتروني موصوفة أن يرتبط بالموقع دون سواه وأن يمكن من تحديد هويته أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني، أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بها.

بالنسبة لنفي الحجية أو إقرارها فيما يتعلق بالتوقيع الإلكتروني البسيط أو التوقيع الإلكتروني الموصوف الذي لم يستوفي كافة المتطلبات التي ذكرتها المادة 7 سابقا، فقد حسمتها المادة 9 حيث جاء في نصها: " بغض النظر عن أحكام المادة 8 أعاله، لا يمكن تجريد التوقيع الإلكتروني من فعاليته القانونية أو رفضه كدليل أمام القضاء بسبب شكله الإلكتروني، أو انه لا يعتد على شهادة تصديق الكتروني موصوفة أو أنه لم يتم إنشاؤه بواسطة آلية مؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني"[40].

يتضح كذلك من خلال نصوص القوانين المقارنة أن التشريعات قد ساوت في الحجية ما بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، غير أن هذه الحجية ليست مطلقة بل مقيدة بضرورة توافر شروط معينة. وهو نفس الاتجاه الذي سار عليه المشرع الجزائري عند إصداره القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

ولا بد من الإشارة أنه أصبحت حجية التوقيع الإلكتروني لا تكتفي بالجانب القانوني وفقط بل صارت تحتاج إلى الجانب الفني. وفي هذا الصدد، تبنى التوجيه الأوروبي وكذا المشرع الجزائري فكرة الوسيط ومصادقة طرف ثالث [41].

الخاتمة:

بعد البحث فيما يثير العقد الإلكتروني من خصوصيات من حيث إبرامه نسجل بعض النتائج.

بالرغم من غياب نصوص صريحة في القانون المدني المتعلقة بطريقة التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد يعطي للطرفين الحرية في اختيار الطريقة يعبران فيها على إرادتهما.

بخصوص القبول في العقد الإلكتروني فالضغط مرتين على أيقونة القبول أو استعمال وسائل أخرى للتأكيد يعوض القبول التقليدي، وهذا ما يعتبره البعض تطورا في قانون العقود. أما فيما يخص التوقيع الإلكتروني، لوحظ أن كافة أنواع التوقيع الإلكتروني لا تخلو من العيوب وقد تكون غير امنة.

واستخلاصا مما سبق، يمكن القول إن القواعد القانونية التقليدية هي ضرورية بما جاءت من مبادئ والقوانين الخاصة المختلفة تكملها في تنظيم العقد الالكتروني لكنها في بعض الأحيان غير كافية لتبني الأليات الجديدة التي لها لغة وتفاصيل خاصة بها.

نرى أن القوانين الخاصة من جهة بقيت في قالب نظرية العقد التقليدية متخذة مبادئها وهذا ما يوحي لنا أنها لم تمس بجوهر العقد وانما في طريقة التعاقد. ومن جهة أخرى، فإنها أغفلت على التطرق إلى بعض الجزئيات وهذا السهو أدى إلى ظهور إشكالات في تطبيق العقد الإلكتروني.

ومنه فمن الضروري أن يكون نظام قانوني جديد خاص بالعقد الإلكتروني لتنظيم كافة مراحله من نشأته إلى تنفيذه. ولا بد من إيجاد حلول لتوفير حماية أكثر للتعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نذكر منها تقنية البلوكشين.

الهوامش:

[1] المادة 6 من 18-15 المتعلق بالتجارة الالكترونية والمؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل10 مايو 2018 تنص على أن:"...العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسة التجارية، و يتم ابرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن للأطراف باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني..."، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد28، ص5.

[2] قانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد41، ص4.

[3] V.GAUTRAIS, « Le consentement électronique », dans Éric A Caprioli , Les deuxièmes journées internationales du droit du commerce électronique, Litec,2004, p. 71-108.

[4] صبيح نبيل محمد أحمد، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلد32، العدد2، ص382.

[5] حمودي محمد الناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر شبكة الأنترنت، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012، ص218.

[6] أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني، المادة60.

[7] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات في القانون مدني الجزائري، الجزء الأول المصادر الإرادية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2005، ص182 و 183.

[8] بلحاج العربي، المرجع نفسه، ص185.

[9] القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، متعلق بالتجارة الإلكترونية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد28، الصادرة في 16 مايو 2018، ص8.

[10] حمادوش أنيسة، حول إشكالية التحقق من أهلية المتعاقدين في العقد الإلكتروني، مجلة القانون، المجتمع والسلطة، جامعة وهران2 محمح بن احمد، المجلد8، العدد2، 2019، ص57.

[11] عمرو عبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس كلية الحقوق، القاهرة،2008، ص580.

[12] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة 1، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، جمهوري مصر العربية، 2016، ص175.

[13] قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، المرجع نفسه، ص6.

[14] نبيل محمد أحمد صبيح، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء والائتمان المصرفية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، المجلة 27، العدد2، 2003، ص 267.

[15] صلاح الدين بوحملة، خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة العلوم السياسية، المجلد30، العدد3، 2019، ص309.

[16] ممدوح إبراهيم خالد،إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.ص315

[17] La directive du 20 mai 997 relative à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, site officiel de l'union européenne, eur-lex.europa.eu, 10/02/2023.

[18] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص169.

[19] المرجع نفسه، ص187.

[20] نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.ص113.

[21] عقوني محمد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد2، العدد5، ص90.

[22] عقوني محمد، المرجع نفسه، ص91.

[23] ممدوح إبراهيم خالد، المرجع السابق، ص269.

[24] إدريس الحياني وعمر انجوم، إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة وعلى ضوء مشروع قانون التبادل الالكتروني للسياسات القانونية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، المجلد11، العدد14، 2006، ص49.

[25] أمر رقم 75-58 مؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ص11.

[26] V.GAUTRAIS, La couleur du consentement électronique, les cahiers de la propriété intellectuelle, vol16, n1, p69.

[27] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، دار احياء التراث العربي،لبنان، 1952، ص280

[28] أمر رقم 75-58 مؤرخ في رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975 يتضمن القانون المدني، ص13.

[29] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في إطار عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص200.

[30] B.FRAENKEL & D.PONTILLE. La signature au temps de l'électronique, Dans Politix (n° 74), 2006/2.p 103 à 121.

[31] عجابي إلياس، الطبيعة القانونية للتوقيع الالكتروني، مجلة دراسات و أبحاث، المجلد1 ، العدد 1، 2009، ص255.

[32] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص26.

[33] شادي رمضان إبراهيم طنطاوي، النظام القانوني للتعاقد والتوقيع في اطار عقود التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص256.

[34] جلال على العدوى، مبادئ الإثبات في المسائل المدنية و التجارية، الكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، مصر، 1968، ص166.

[35] إبراهيم الدوسقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق اتجاه الغير المتضرر، بحث مقدم لمؤتمرالأعمال المصرفية بين الشريعة و القانون، المنعقدة بدولة الإيمارات المتحدة، غرفة تجارة و صناعة دبي،10 إلى 12 مايو 2003،الجزء الخامس، ص53.

[36] إبراهيم الدوسقي أبو الليل، المرجع نفسه.ص54.

[37] رشيدة بوكرة، التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد1، العدد4، 2016، ص70.

[38] B.FRAENKEL et D.PONTILLE. L'écrit juridique à l'épreuve de la signature électronique, approche pragmatique. Langage et société (n° 104), 2003/2.p 83 à 122

[39] قانون رقم 15-04 مؤرخ في 01 فبراير 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد06 الصادرة في 15/02/10.

[40] رشيدة بوكر، التوقيع الإلكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص71.

[41] رشيدة بوكر، المرجع نفسه ،ص74.