عقود التجارة الالكترونية و حجية التوقيع الالكتروني

د. أحمد بولمكاحل
أستاذ محاضر أ
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة1

سكماكجي هبة فاطمة الزهراء
طالبة الدكتوراه
جامعة الإخوة منتوري– قسنطينة1

ملخص

إن أول ما أثير في ميدان عقود التجارة الإلكترونية مدى حجية هذه العقود التي لا تتضمن توقيعا ماديا عليها من قبل أطرافها أو مصدريها ، وكحل يتفق مع الطبيعة التقنية لأنشطة التجارة الالكترونية ، استخدمت تقنيات التواقيع الالكترونية ، إما كصور تناظرية، أو رموز رقمية ، لذا كان لزاما وضع مجموعة من القواعد التي تكفل قبول هذه التوقيعات وتضمن حجيتها وقوتها القانونية في الإثبات ، وأمام قواعد الإثبات بوجه عام ، التي لا تقبل بالنسبة للمستندات غير المستندات الرسمية بدون حاجة دعوة منظمها للشهادة ، والمستندات العرفية الموقعة المبرزة عبر منظمها.و تثير عقود التجارة الالكترونية تحديا آخر ، يتمثل بالعقود النموذجية للتعاقد الموجودة أصلا على الموقع ، ويمكن أن نضيف إليها ، رخص الاستخدام المتعلقة بالمنتجات ذات الحقوق المعنوية لأصحابها ، ففي كثير من الحالات تكون شروط التعاقد موجودة على موقع النشاط التجاري على الشبكة.

يتضح بأن المشرع الجزائري جاء ببعض النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ، و كان آخرها القانون 18-05 المنظم للتجارة الالكترونية ، و هذا على غرار باقي التشريعات التي نظمت عملية التوقيع الإلكتروني و أقرت بحجية هذا الأخير في الإثبات توازي الحجية المعترف بها للتوقيع التقليدي، شريطة أن ينشأ بواسطة وسائل خاصة بالشخص الموقع وخاضعة لسيطرته وحده دون غيره.و نرى أنه يتعين على المشرع إصدار مزيد من القوانين التي تنظم المعاملات الإلكترونية وخاصة التوقيع الإلكتروني باعتباره مصدرا للعديد من المنازعات التي تثور بين الأطراف، بالإضافة إلى أنه إذا كان التوقيع التقليدي هو المهيمن على المعاملات بين أفراد المجتمع حاليا، فإنه سيعرف تقلصا ملحوظا على حساب لتوقيع الإلكتروني الذي سيصبح هو السائد مستقبلا.

Résumé:

Les commandes d'achat de biens et de services se faisant en ligne, soit en accédant au site concerné par l'utilisateur, soit par courrier électronique, et depuis la conclusion du contrat sur le réseau, le premier a soulevé dans ce domaine l'importance de l'autorité de ces documents et des contrats ne comportant pas de signature physique Soit sous forme d'images analogiques, soit sous forme de symboles numériques, il était donc nécessaire d'établir un ensemble de règles garantissant l'acceptation de ces signatures et leur validité juridique, ainsi que leur validité à l'égard des preuves et des règles de preuve En général, les documents autres que les documents officiels ne sont pas acceptés sans l'invitation de l'organisation à témoigner et les documents habituels signés par l'organisation. Les contrats de commerce électronique posent un autre défi: les contrats types déjà présents sur le site, auxquels nous pouvons ajouter les licences d'utilisation des produits avec les droits moraux de leurs

propriétaires. Dans de nombreux cas, les termes du contrat figurent sur le site Web professionnel.

Il est clair que le législateur algérien a introduit certaines dispositions légales relatives aux transactions électroniques, dont la dernière en date est la loi 18-05 réglementant le commerce électronique, conformément à l'autre législation organisant le processus de signature électronique et reconnaissant le pouvoir de ce dernier de prouver qu'il est équivalent au système traditionnel. Est créé par des moyens spécifiques à la personne concernée et sous son contrôle exclusif.

مقدمة:

لما كانت طلبيات شراء السلع والخدمات تتم عبر الشبكة ، إما بالدخول إلى الموقع المعني من قبل المستخدم أو عبر تقنية البريد الإلكتروني ، ولما كان إبرام العقد يتم على الشبكة ، فان أول ما أثير في هذا الميدان مدى حجية هذه المحررات والعقود التي لا تتضمن توقيعا ماديا عليها من قبل أطرافها أو مصدريها وكحل يتفق مع الطبيعة التقنية لأنشطة التجارة الالكترونية ، استخدمت تقنيات التواقيع الالكترونية ، إما كصور تناظرية ، أو رموز رقمية ، لذا كان لزاما وضع مجموعة من القواعد التي تكفل قبول هذه التوقيعات وتضمن حجيتها وقوتها القانونية في الإثبات وأمام قواعد الإثبات بوجه عام ، التي لا تقبل بالنسبة للمستندات غير المستندات الرسمية بدون حاجة دعوة منظمها للشهادة ، والمستندات العرفية الموقعة المبرزة عبر منظمها ، ولا تقبل المستندات غير الموقعة إلا كمبدأ ثبوت بالكتابة يستلزم بينة أخرى إذا ما اعترف بها كمبدأ ثبوت بالكتابة ابتداء – بحسب نوع النزاع – فان قبول القضاء للتعاقدات الالكترونية ، يتطلب إقرار حجية العقود الالكترونية والمراسلات الالكترونية (البريد الالكتروني مثلا) والتواقيع الالكترونية وموثوقيتها كبينة في المنازعات القضائية ، وكذلك سنت التشريعات في الدول المتقدمة ، قواعد تقضي بالمساواة في القيمة ما بين التعاقدات التقليدية والتواقيع العادية وبين رسائل البيانات الالكترونية والعقد الالكتروني والتوقيع الالكتروني الرقمي ، وقررت عدد من التشريعات معايير للحجية تقوم على إثبات حصول الاتصال وموثوقية الموقعين المتصلين ، كما أجازت بعضها عمليات التشفير التي تكفل حماية التوقيع من الالتقاط غير المصرح به) .

و تثير عقود التجارة الالكترونية تحديا آخر ، يتمثل بالعقود النموذجية للتعاقد الموجودة أصلا على الموقع ويمكن أن نضيف إليها ، رخص الاستخدام المتعلقة بالمنتجات ذات الحقوق المعنوية لأصحابها ، ففي كثير من الحالات تكون شروط التعاقد موجودة على موقع النشاط التجاري على الشبكة ، وتتضمن شرطا صريحا بان مجرد طلب البضاعة أو الخدمة يعد قبولا وإقرارا بهذه الشروط ، أي أن القبول مربوط بواقعة مادية خارجة عن تصريح القبول تماما كما هو الحالة في عرض البضاعة مع تحديد سعرها المعروفة في القوانين المدنية السائدة ، مما يؤدي بنا إلى التساؤل حول مدى حجية مثل هذه العقود أو ، هل تعد حجة على الأطراف ، المنتج أو البائع بوصفه مدخلا لها ضمن الواسطة التقنية ، والمستخدم لتحقق القبول من ثبوت واقعة الطلب أو استخدام المنتج ، وبصفة عامة ما هي جميع الإجراءات التي جاء بها المشرع الجزائري من خلال القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية لتنظيم جميع هذه الإشكالات ؟

أولا: مفهوم العقد الإلكتروني :

إن العقد الإلكتروني ، في الواقع ، لا يخرج في بنائه وتركيبة وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق ، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع تنظيماً خاصاً له.

1_ المقصود بالعقد الإلكتروني:

ولما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد، فقد عرفت المادة السادسة من القانون 18-05 بأنه" ذلك العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني" ويذهب بعض الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول علي شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل "[1] ، وهذا التعريف – في رأينا – هو تعريف ناقص حيث أنه لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول ، وهى إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية.

ولما كان العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم، في الغالب، على المستوى الدولي، فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الإلكتروني الدولي بأنه " هو العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الإنترنت ، بهدف إتمام العقد " [2].

كما عرف البعض العقد الإلكتروني بأنه " العقد الذي يتلاقي فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية ". فالعقد الإلكتروني إذن ، هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية ، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات ، بقبول مطابق صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها[3] .

وتشتمل عملية التعاقد الإلكتروني ، بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني ، على العديد من المعاملات الإلكترونية مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات ، وطلبات الشراء الإلكترونية ، والفواتير الإلكترونية وأوامر الدفع الإلكترونية.

2_ خصائص العقد الإلكتروني [4]:

يتضح مما سبق أن العقد الإلكتروني يتميز بعدة سمات تميزه عن العقود التقليدية وتتمثل فيما يلي :

– يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه ، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية ، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي ، ولذلك فهو عقد فوري معاصر ، وقد يكون العقد الإلكتروني غير معاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول ، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد .

---

[1]- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت دار النهضة العربية ، مصر ، 2000، ص39.

[2]- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2002 ، ص68.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2005 ، ص51.

[4]- راجع في شرح واف لخصائص العقد الإلكتروني ، د. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق، ص53 وما بعدها.

_ يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد ، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية .

_ يتصف العقد الإلكتروني غالباً بالطابع التجاري والاستهلاكي ، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود .

ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالباً ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك ومن ثم فإنه يعتبر من قبيل عقود الاستهلاك ولذلك يخضع العقد الإلكتروني ، عادة ، للقواعد الخاصة بحماية المستهلك

_ من حيث الوفاء ، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية ، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات [1].

وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية والأوراق التجارية الإلكترونية ، والنقود الإلكترونية ، والتي تتمثل في نوعين هما ، النقود الرقمية ، والمحفظة الإلكترونية .

_ من حيث الإثبات ، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي ، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات ، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي ، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني ، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد ، فهو المرجع للوقوف على ما أتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية ، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند.

ثانيا: نطاق إبرام العقد الإلكتروني :

رأينا من خلال تعريف العقد الإلكتروني وبيان خصائصه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشئ عقودا جديدة ولم يحدث نظرية جديدة ، بل هو وسيلة تكنولوجية جديدة لإنشاء العقود ، وما دام الأمر كذلك فهل للمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوسيلة الإلكترونية ، أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط ؟ .

1– المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية :

هو حرية الأطراف في التعاقد ، وفي اختيار شكل التعبير عن إرادتهما ، وهو الأصل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني ، فتكون بذلك العقود المبرمة إلكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الإلكترونية التي لا تخضع لأي قيود ، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها وغير المسماة

بالوسائل الإلكترونية ، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون .

2– الاستثناء في إبرام العقود الإلكترونية :

[1]- خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص57.

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

أ_ اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما :

ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضي والمحل والسبب ، تسليم الشيء المادي محل العقد ، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الإلكترونية ، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره [1].

ب _ اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد :

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد (سواء كانت عرفية أو رسمية) فإن التساؤل يثور في هذا الصدد حول ما إذا كان من الممكن استفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية . الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني ولا سيما المادة 323 منه ، المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي [2] ، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق ، الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية ، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل عما إذا كانت الكتابة في الشكل الإلكتروني يمكن أن تكون بديلا عن الكتابة التقليدية ، وبعبارة أخرى فإن التساؤل المطروح الآن هو ما إذا كانت الكتابة بمفهومها الحديث الموسع، بالنظر إلى وجود تعريفها ضمن القواعد المعالجة للإثبات ، لا تزال قاصرة على الكتابة كوسيلة أو أداة للإثبات أو من الممكن أن يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف ؟

إن الفقه الفرنسي كان منقسما بين المفهومين المشار إليهما فيما تقدم إلى قسمين :

_ فقد ذهب فريق للقول إلى أن هذا النص الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لانعقاد العقد، ذلك أن عمومية تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات ، وإنما يشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف أو التي تكون ركنا لانعقاد العقد وبالتالي فالمادة 1316 بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها ، وينتهي هذا الفقه من ذلك بأن الكتابة هي فكرة واحدة ، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد ، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات ، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة ، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الإلكتروني ، وأن يتخذ التوقيع كذلك الشكل الإلكتروني ، كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي في المادة 1320-4 المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري .

_ وفي مقابل هذا الرأي ، ذهب فريق آخر من الفقه إلى القول بأن هذا التدخل التشريعي يجب أن يحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه ، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات ، وحاول أنصار هذا الفقه الاستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230 المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني ، وبالتحديد إلى ما ذكره

---

[1]- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، 1997، ص 56 .

[2] -Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000,P.2968. www.journal-officiel.gouv.fr

مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الوارد بنص المادة 1316 : " لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات و يبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف "[1] .

وفي الأخير حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الأول، إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، ويتم التوقيع على العقد من طرف المحضر أو الموثق بالطرق الإلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني بموجب القانون 05-10 في هذا المجال، فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرا لحداثتها ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختمها بيده ، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهي تكاد تنعدم .

أما وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد ، أو أن يكون التوقيع بخط اليد ، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية [2].

ثالثا: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات :

نص المشرع على الإثبات الإلكتروني أولا ، و التوقيع والتوثيق الإلكتروني ثانيا .

1_ الإثبات الإلكتروني :

تنقسم العقود من حيث الإبرام إلى عقود رضائية التي تنعقد بمجرد تبادل رضاء الطرفين المتعاقدين دون الحاجة إلى صبها في شكل قانوني ، كما لدينا طائفة أخرى من العقود تسمى العقود الشكلية التي تتطلب إفراغها في شكل معين ، وهذه الشكلية قد تكون للانعقاد ، وبالتالي ركن من أركان العقد عند تخلفها يترتب بطلان العقد ، وقد تكون الشكلية فقط للإثبات ، ويقصد بالشكلية هي كتابة العقد ، وأن هذه الأخيرة قد تكون عرفية وقد تكون رسمية [3]. طبقا لنص المادة 333 ق م ج [4] التصرفات القانونية المدنية الغالب فيها هو الكتابة فيما زاد التصرف عن 1000 دج ، والمادة 324 مكرر[5] ق م ج تنص على " زيادة العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية العقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها..." .

---

[1]- محمد حسن قاسم ، لحماية القانونية لحياة العامل الخاصة : في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة ، منشورات الحلبي، 2011، ص 103.

[2]- محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 107.

[3]- المادة 324 القانون 88-14 ل 3 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر 75-58 ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

[4]- الأمر 75-58 ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

[5]- القانون رقم 88-14 السابق الذكر.

لكن بصدور القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري[1] انتقل المشرع من النظام الورقي في الإثبات إلى النظام الإلكتروني ، حيث أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني الجزائري طبقا لنص المادة 323 مكرر مدني جزائري [2] الكتابة في الشكل الإلكتروني ذات التسلسل في أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة الإلكترونية المستعملة ومهما كانت طرق إرسالها.

ويقصد بالوسيلة الإلكترونية المستعملة مثل القرص الصلب أو القرص المرن أو في شكل رسائل إلكترونية وهكذا يتضح مما سبق بأن المشرع الجزائري اعتمد المفهوم الواسع للكتابة المقصود منه سواء الكتابة على الورق أو الكتابة الإلكترونية المثبتة على دعائم غير مادية غير ورقية ، ومن أجل إزالة كل غموض أو نزاع يمكن أن يحدث من الناحية القانونية بشأن تطبيق نص المادة 323 مكرر مدني جزائري ، فيما أثار الإشكال " هل للوثيقة الإلكترونية نفس القيمة القانونية في الإثبات[3] مقارنة مع الوثيقة العادية " ؟

بموجب المادة 323 مكرر جاء المشرع بحل قانوني ، ووفقا للقاعدة الفقهية التي تقول لا اجتهاد في وجود النص القانوني ، فإن المشرع يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد سوى بين الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية من حيث حجية الإثبات.

غير أن نص المادة 323 مكرر جاء مطلق وبالتالي فإن التطبيق المطلق لهذا النص يثير جدال فقهي وقضائي كبير حيث هناك بعض التصرفات ذات أهمية وخطورة من الأفضل أن تبرم في الشكل التقليدي دون الإلكتروني كرهن الفينة والحقوق الواردة على العقار بصفة عامة وعقد الشركة .

كذلك عدم اتصال بعض التصرفات بالمعاملات الإلكترونية وإنما هي تصرفات شخصية أو مدنية بحتة كالزواج والوصية ، غير أن ما يلاحظ على القانون المدني الجزائري أنه لم يتعرض للنظام القانوني التي تحكم العقد الإلكتروني ولم يتنازل تعريفه ، لكن ما هي الوثيقة الإلكترونية ؟

إن الوثيقة الإلكترونية أو المحرر الإلكتروني جاءت نتيجة للاستخدام الوسائل الإلكترونية من خلال شبكة الانترنت وإتمام معظم التصرفات القانونية من خلالها.

2- التوقيع والتوثيق الإلكتروني :

لا يكفي اعتراف المشرع الجزائري بالمحرر الإلكتروني كدليل للإثبات ، وكما لا يكفي الاعتراف للمحرر الإلكتروني بنفس الحجية التي يتمتع بها المحرر الورقي ، لكن يجب أن تتوفر شروط في المحرر الإلكتروني حتى يعتمد عليه في إثبات التصرفات القانونية .

أ- التوقيع الإلكتروني:

---

[1]- الأمر 75-58 السابق الذكر.

[2]- القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

[3]- نفس القانون المذكور سابقا.

اعتمد المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني لأول مرة في نص المادة 2/327 مدني جزائري المعدلة بالقانون 05-10 [1] والتي تنص على " ... يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه.." وذلك من أجل إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية.

أما عن تعريف التوقيع الإلكتروني، فإن القانون الجزائري يميز بين التوقيع الإلكتروني المؤمن وذلك بموجب المادة 3 من المرسوم التنفيذي 07-162 [2] " التوقيع الإلكتروني هو أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر 1 [3] ، فالتوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية :

_ يكون خاصا بالموقع.

_ يتم بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحضرية.

_ يضمن مع الفعل المرتبط به صلة ببحث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

ب- التوثيق الإلكتروني (التصديق الإلكتروني) :

الموثق الإلكتروني هو طرف ثالث محايد يتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة محايدة تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين لتوثيق تعاملاتهم الإلكترونية ، والوظيفة الأساسية للموثق الإلكتروني أو لجهة التوثيق الإلكترونية هي تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذلك جديته وبعده عن الغش والاحتيال ، ويأخذ التوجيه الأوربي رقم 93 سنة 1999 بفكرة الموثق الإلكتروني وأطلق عليه تسمية مقدم خدمات التصديق،وهي نفس التسمية التي جاء بها المشرع الجزائري في المرسوم التنفيذي 07- 162 [4] .

أما بخصوص الطبيعة القانونية لنشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني بموجب المرسوم التنفيذي 07-162 ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني يتطلب الحصول على ترخيص تمنحه سلطة البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية وهذا الترخيص يكون مرفق بدفتر الشروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل ، أما عن الأشخاص الذين يجوز لهم قانونا ممارسة هذا

---

[1]- القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

[2]- عبد الفتاح بيومي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، ص50.

[3]- القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني.

[4]- المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

النشاط، يجب أن تتوفر فيهم نفس الشروط لممارس نشاط تقديم الانترنت في الجزائر[1]. ، حيث أن نشاط مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني نشاطا اقتصاديا يخضع للقيد التجاري طبقا للقانون التجاري ، وبذلك تكون جهة التوثيق الالكتروني مسؤولة عن توثيق العقد الإلكتروني، الأمر الذي يجعل الوضع تطبيقا لمهمة الموثق العادي .

خاتمة:

يتضح بأن المشرع الجزائري جاء ببعض النصوص القانونية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ، و كان آخرها القانون 18-05 المنظم للتجارة الالكترونية ، و هذا على غرار باقي التشريعات التي نظمت عملية التوقيع الإلكتروني و أقرت بحجية هذا الأخير في الإثبات توازي الحجية المعترف بها للتوقيع التقليدي، شريطة أن ينشأ بواسطة وسائل خاصة بالشخص الموقع وخاضعة لسيطرته وحده دون غيره، وارتباطه ببيانات المحرر الإلكتروني بطريقة يكشف بها عن أي تغيير لاحق لبيانات المحرر أو للتوقيع ذاته ،كما يتعين أن يعرف التوقيع الإلكتروني بهوية صاحبه والتعبير عن رضائه بمحتوى المحرر الإلكتروني ، وأخيرا أن يتميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة .

لكن ليس معنى ذلك أن التوقيع الإلكتروني الذي لا يحقق هذه العناصر لا يتمتع بأية حجية ، بل أنه يتمتع بذات حجية التوقيع الإلكتروني الذي يستجمع العناصر السابقة إذا استطاع أن يتمسك به لإقامة الدليل على كفاءة منظومة تشغيل هذا التوقيع ، كما أنه يمكن للأطراف الاتفاق على تنظيم حجية التوقيع الإلكتروني ما لم يرد في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام .

وأخيرا نرى أنه يتعين على المشرع إصدار مزيد من القوانين التي تنظم المعاملات الإلكترونية وخاصة التوقيع الإلكتروني باعتباره مصدرا للعديد من المنازعات التي تثور بين الأطراف ، بالإضافة إلى أنه إذا كان التوقيع التقليدي هو المهيمن على المعاملات بين أفراد المجتمع حاليا، فإنه سيعرف تقلصا ملحوظا على حساب لتوقيع الإلكتروني الذي سيصبح هو السائد مستقبلا.

المصادر والمراجع:

1- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت دار النهضة العربية ، مصر ، 2000.

2- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2002 .

3- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2005 .

4- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، 1997.

[1]- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص295.

5-Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000.

6- محمد حسن قاسم ، لحماية القانونية لحياة العامل الخاصة : في مواجهة بعض مظاهر التكنولوجيا الحديثة ، منشورات الحلبي، 2011.

7- القانون 88-14 لـ 3 ماي 1988 المعدل والمتمم للأمر 75-58 لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري.

8- الأمر 75-58 لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم.

9- القانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

10- عبد الفتاح بيومي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية .

11- المرسوم 07-162 يعدل ويتمم المرسوم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

12- نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.