

جامعة مولود معمري - تيزي وزو
كلية الحقوق
مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي و العلوم السياسية

الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية

رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع : القانون الدولي للأعمال

تحت إشراف الأستاذ:
د/ إقلولي محمد

من إعداد الطالبة:
طمين سهيلة

لجنة المناقشة:

د/ معاشو عمار ، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيساً
د/ إقلولي محمد، أستاذ محاضر أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفاً ومقرراً
د/ إسعد حورية، أستاذة محاضرة أ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2011/11/03

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

....سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم ﴿

(سورة البقرة الآية 32)

إهداء

إلى منبع الحب وصدر الحنان... التي ربت وكافحت وسهرت ... المعطاءة بلا
انتهاء... إلى طعم السكر وعبق الريحان...

****أمي الحبيبة****

إلى الشمعة المحترقة من أجلنا... بوتقة التجربة... ونبراس الحكمة الذي تنحني
هامتي له خجلا...

****أبي العزيز****

إلى من ركعت وصلت وأيديها إلى السماء رفعت... بالتوفيق والنجاح لي دعت...

****جدتي الحنونة****

إلى من أشد بهم أزمي... ومدوا لي يد العون والمساعدة لإتمام دراستي...

****إخواني وأخواتي****

إلى من كان مشجعا لي مغنويا وماديا... منذ أن عرفتني به الحياة...

****زوجي العزيز****

إلى كل من عرفتني بهم الدراسة... وكانوا أنسا لي في دربي...

****أصدقائي وصديقاتي****

إلى كهوف المعرفة... ولواء العلم... الذين كانوا لي قدوة...

****كل أساتذتي****

إلى كل من ساهم في إتمام دراستي من بعيد أو من قريب...

أهدي ثمرة جهدي المتواضع...

?

طمين سهيلة

شكر

إلى...

أستاذي المشرف الدكتور محمد إقنولي,,, تقديرا لمجهوداته
الجبارة و توجيهاته القيمة,,, تثمينا لعطائه الدائم وقبوله الإشراف
على هذا العمل رغم انشغالاته والتزاماته,,, فملاحظاته كانت سراجا
أنارت دربي للبحث والتقصي,,,

لك أستاذي الفاضل...

...كل عبارات الشكر والتقدير.

?

طمين سهيلة

قائمة أهم المختصرات

- د س ن : دون سنة النشر
- ق ت ج : القانون التجاري الجزائري
- ق م ج : القانون المدني الجزائري
- ق م ف : القانون المدني الفرنسي
- ق م م : القانون المدني المصري
- ق ع ج : قانون العقوبات الجزائري
- و م أ : الولايات المتحدة الأمريكية

باللغة الأجنبية

- **APIIQ** : Association Professionnelle des Informaticiens et Informaticiennes du Québec.
- **IMO** : International Maritime Organisation
- **OCDE**: Organisation de Coopération et de Développement Économique

مقدمة

مقدمة

أدى التطور المتسارع والهائل الذي يشهده العالم اليوم في تكنولوجيا عالم الاتصالات، إلى ظهور تقنيات حديثة في شبكات النقل، وعلى رأسها الإنترنت بعد التلفون والفاكس والتلكس، حتى أصبح العالم قرية صغيرة، أو كما يطلق عليها البعض قرية واحدة إلكترونية¹، وقد ألقى هذا التقدم بظلاله على النشاط التجاري الدولي على نحو أدى إلى خلق أنشطة تجارية عالمية تتم وتنفذ دون الحضور المادي لأطرافها، وهكذا أصبحت الوسائل الإلكترونية للاتصال ذات أثر فعال ودور هام في إبرام العقود وانتقال السلع والخدمات ورؤوس الأموال، فضلا عن النظم والأفكار بين الدول². والحقيقة أنه مع اختراع جهاز الحاسوب أو الحاسب الإلكتروني وانتشاره، واستعماله في مختلف مناحي الحياة، وعلى كافة الأصعدة ودمجه وتزاوجه بشبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت)، ولدت ثورة حقيقية أطلق عليها اسم ثورة المعلومات، حيث بدأ الحديث معها عن مجتمع المعلوماتية، وما رافقه من مصطلحات جديدة، ومنها: الأرشفة الإلكترونية، معلوماتية الإدارة، المعالجة عن بعد، الحكومة الإلكترونية، المحكمة الإلكترونية، التحكيم الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، التجارة الإلكترونية والشكلية الإلكترونية... الخ³.

ظهرت الإنترنت لأول مرة في أمريكا عام 1968 زمن الحرب الباردة، حيث اعتمدت وزارة الدفاع الأمريكية (البنتاغون) فكرة التواصل الدائم والغير المنقطع بين القيادة العسكرية وجهاز "داربا"⁴، التي تطورت فيما بعد إلى خارج حدود الحكومات والجامعات، لترتبط بين العديد

¹ ROGER Larry-Miller and GQYLOURD A-Gentz, Law for electronic commerce, THOMSON LEARNING, New-York, 2000, p 7.

² محمد إبراهيم موسى، انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2007، ص 6.

³ ناصيف إلياس، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص 5.

⁴ -DARPA : « Advanced Research Project Agency » créé par le grand argentier de la recherche militaire américaine, وهو جهاز تمويل مالي لقطاع الأبحاث العسكرية الأمريكية، والذي قرر تمويل برنامج أو مشروع أطلقت عليه تسمية: آربا - نات Arpanet كان الهدف إلى إنشاء شبكة عسكرية تستطيع أن تنقل المعلومات العسكرية والاتصال بالجنود على نطاق الولايات الأمريكية المختلفة، وأن تحمل المعلومات العسكرية والحكومية، ثم اتسعت هذه الشبكة لتغطي معظم الجامعات الأمريكية عام 1972، لمزيد من التفاصيل حول نشأة الإنترنت، راجع:

من دول العالم، حيث أصبحت تسمى شبكة الشبكات¹، وقد عرفها البعض بأنها شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات، وتتيح الاتصال على شكل تبادل للمعلومات في إطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسيب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم، والتي تعمل بلغات متنوعة².

شاع في هذا العصر الرقمي مصطلح التجارة الإلكترونية E-commerce، التي لا يقصد بها تلك التجارة في الأجهزة الإلكترونية، بل التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل إلكترونية مثل الإنترنت وغيرها، كما يقصد بها الفضاء الذي يشمل جميع العلاقات التجارية وجميع التقنيات الرقمية، ويقصد بها كذلك، كل عمليات البيع والشراء وتبادل السلع والبضائع والخدمات باستعمال وسائل ومعدات إلكترونية منها الإنترنت، البريد الإلكتروني، البرق، الفاكس وتبادل البيانات الإلكترونية³ "EDI"، وقد عرفتها المنظمة العالمية للتجارة بأنها: "عمليات عقد الصفقات وتأسيس الروابط التجارية، وإنتاج وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات عبر

=- OCDE, « The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce : Preliminary Findings And Research Agenda », disponible sur le site :

http://www.onlineaustralia.net.au/publications/other/OECD/ottawa98/e_simpact.pdf, et : **CAÏDI Stéphane**, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (L.L.M.), Université de Montréal, 2002, p 2, disponible sur le site : <http://www.signelec.com/content/download/memoire/memoire-s-caidi-llm-montreal.pdf>.

¹- www : world Wild web, voir : **A-KOTECH Lama**, La loi applicable aux contrats du commerce électronique, mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'étude approfondies en droit interne et international des affaires, Faculté de droit et des sciences politiques et Administratives, Université Libanaise, 2005, p 06, disponible sur le site : <http://www.lb.refer.org/mémoires/347518Lama%20Koteiche.pdf>.

²- **BOUCHURBERG Lionel**, internet et commerce électronique, DELMAS, Paris, 2001, P 9. Voir aussi : **BETOUZET Christine**, Le commerce électronique : création de valeur pour l'entreprise, HERMES Science Publications, Paris, 1999, p 10. Et : **ERIC A- Caprioli**, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition LITEC, Paris, 2002, p 12, voir aussi : **LANCE Loeb**, your right in the on- line, world, OSBORNE Mc GRAW-HALL , New-York, U S A, 1995, p17, et : **LANGLOIS Marc** et **GASCH Stephae**, le commerce électronique B2B, de L'EDI a internet, 2édition, DULOD, Paris, 2001, p 12.

³- «EDI » : Electronic Data Interchange. En français : échange des données informatisées.

شبكات الاتصال"، وهو تعريف يتناسب مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي لا تختلف كثيرا عن التجارة التقليدية إلا من حيث استخدامها لوسيط إلكتروني لإتمام المعاملات التجارية، وهذا ما أدى إلى اتساع نطاقها وسريانها في بيئة رقمية تمتاز بتعدد الوسائط الإلكترونية.

تمارس التجارة الإلكترونية عن طريق إبرام العقود، التي هي — العقود — جمع لكلمة عقد، وهو -العقد- على حد قول معظم فقهاء القانون بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني¹، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام، نقله، تعديله أو إنهائه، وقد عرفه القانون المدني الجزائري² في المادة 54 منه بنصها: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما". وقد أجمع الفقه على أن العقد يتم بمجرد أن يتم تبادل الإرادتين المتطابقتين بين الأطراف المتعاقدة، ونلاحظ أن المشرع الجزائري قد ساير الفقه، وأكد ذلك في المادة 59 من ق م ج التي تنص على: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

الأصل في العقود هو الرضائية — قاعدة كفاية التراضي لانعقاد العقد — وهذا حتما ينطبق على عقود التجارة الإلكترونية، الذي لا يمكن تبادل الإرادة فيه، إلا بطريق إرسال رسائل البيانات بين الأطراف أو عن طريق البريد الإلكتروني، وبدون ذلك لا يمكن التأكد من رضا الطرف الآخر وعن رغبته في إبرام العقد، هذا دون أن يشترط القانون وجود شكل معين من أجل صحة العقد أو إجراءات خاصة لإبرامه، بالرغم من أن الأطراف عادة ما تتفق على شكلية معينة، كالاتفاق على وضع صيغة معينة للعقد، أو على طريقة يتم بها التعبير عن إرادتهما، أو وضع توقيعاتهما على وثيقة العقد... الخ، غير أنه في حالة نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة حول العقد، وجب على الأطراف إثبات وجود العقد أولا، وما نعرفه عن القواعد العامة في

¹. السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1931، ص 50.

². أمر رقم 75 - 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05 - 10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر عدد 2005/44.

الإثبات هو الكتابة، أي أن يكون الدليل في صيغة محرر مكتوب مهمور بتوقيع الأطراف، ومصادق عليه من طرف موثق أو محرر العقود، كي يمنحها القانون قوة ثبوتية، أي تنور مسألة الرسمية هنا.

تعتبر الشكلية من أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، وبمقتضاها لا تكفي الإرادة وحدها لإبرام العقد، بل يلزم صياغتها في شكل معين، وهي مجموعة الإجراءات القانونية الواجبة الإلتباع عند إبرام العقود، حتى يعتبر صحيحاً، وهذه الإجراءات عادة ما يكون القانون هو الذي يفرضها أو يشترطها، مثل الشكلية في إبرام عقود بيع العقارات، وكذلك تلك التي يشترطها القانون في إبرام عقود الشركات... الخ، ومن ثم تنقسم صور الشكلية إلى شكلية مباشرة، وهي المتطلبة لانعقاد، أي تلك التي يتطلبها القانون لإبرام التصرف استثناء من قاعدة كفاية التراخي لإنشاء العقد، وشكلية غير مباشرة لم يتطلبها القانون لانعقاد العقد وإنما تطلبها لنفاذه و لسريانه أو لإثباته في حالة نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة¹.

تعتبر الرسمية من أهم صور الشكلية، حيث يتم التصرف بورقة رسمية يقوم بتحريرها وختمها وتوقيعها موظف عام، بعد أن يوقع عليها أطرافها، وبذلك تكتسب الحجية القانونية المطلقة في مواجهة أطرافها والغير.

يختلف المحرر عن التصرف القانوني الذي يشهد عليه، فهو يعد وسيلة لإثبات التصرف القانوني، وبالتالي ينبغي أن نفرق بين التصرف القانوني و وسيلة إثباته، فالتصرف القانوني هو كيان قانوني جوهره الإرادة وهي أمر معنوي، في حين أن المحرر كوسيلة إثبات هو أمر مادي، إلا أنه من المحتم لأن يكون التصرف القانوني باطلا مع استيفاء المحرر الذي يثبتها

¹ - أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمنتدى الأبحاث القانونية، سوريا، يوم 5 ماي 2010، ص 1، متوفرة على الموقع: <http://www.hawassdroit.ibda3.org/t1125-topic>

للشروط التي يتطلبها القانون، والعكس صحيح، إذ يمكن إثبات التصرف القانوني الصحيح من دون المحرر الذي لم يستوفي الشروط القانونية بوسائل أخرى¹.

العقد الشكلي هو العقد الذي لا ينعقد إلا باستيفائه الشكلية التي حددها القانون ، ويكون بذلك الشكل ركنا لا يتم العقد بدونه، والشكلية هنا، هي شكلية الانعقاد وليس شكلية الإثبات، فالعقد إما أن يكون عقدا مكتوبا يتبع في إنشائه إجراءات معينة كتسجيل عقود بيع العقار في المحافظة العقارية، رغم ذلك فإن الجدل الفقهي يبقى قائما بخصوص رسمية المحرر الإلكتروني، فهناك دائما اتجاه يقر بتوفر الرسمية في المحررات الإلكترونية²، ويستند في ذلك إلى أن مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني طالما يخضعون للتنظيم التشريعي للدولة فهم يرقون إلى درجة الموظف العام، وبالمقابل هنا كاتجاه آخر يقول بأن مهمة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني تنحصر في تقديم الشهادات الإلكترونية فقط، وبالتالي يكون لهذه الشهادات وظيفة إثبات فقط، وهي بمثابة السندات العادية المعدة للإثبات.

أمام هذا الوضع القانوني نتساءل فيما إن كانت الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد؟ أم أنها وسيلة إثبات؟

لبيان ما إن كانت الكتابة على الشكل الإلكتروني تعتبر وسيلة تعاقد أم أنها وسيلة إثبات. ارتأينا تقسيم الدراسة إلى فصلين، نتناول فيهما موضوعي: الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد (الفصل الأول)، وموضوع الكتابة الإلكترونية وسيلة إثبات (الفصل الثاني)، متبعين في ذلك المنهج المقارن تارة، والمنهج التحليلي النقدي تارة أخرى.

¹. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 252.

². رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2008، ص 90.

الفصل الأول

الكتابة الإلكترونية وسيلة

تعاقد

الفصل الأول

الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد

التجارة الإلكترونية مثلها مثل التجارة التقليدية، تقوم على تبادل القيم، من سلع وخدمات في مقابل نقدي أو عيني. غير أن ما يميز التجارة الإلكترونية أنها تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في إطار إلكتروني من خلال شبكة من شبكات المعلومات والاتصالات، مثل الإنترنت، وبالتالي فإن عقودها يتم إبرامها في هذا الإطار أيضا.

نلاحظ أن معظم التشريعات أو القوانين التي تحكم عقود التجارة الإلكترونية- الدولية والدولالية¹- جاءت خالية من ذكر أي شرط، أو أن تلزم المتعاقدين التجار أو غيرهم، بإتباع أية إجراءات أثناء إبرام عقودهم في هذا الفضاء، إلا ما ذكر فيها على أن التعاقد يتم عن طريق إرسال أو تبادل رسائل بيانات إلكترونية بين الموجب والقابل.

نعيب على المشرع الجزائري خلو كل القوانين الوطنية من أحكام تنظم وتضبط معاملات التجارة الإلكترونية، إلا ما تم النص عليه في المادة 323 مكرر 1 ق م ج: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، المتعلقة بالإثبات بالمستندات الإلكترونية.

أمام هذا الوضع نتساءل عن مدى توفر الكتابة الإلكترونية أثناء إبرام عقود التجارة الإلكترونية؟

للإجابة عن التساؤل المطروح نتطرق إلى مفهوم عقود التجارة الإلكترونية (المبحث الأول)، ثم نبحث في مسألة توفر الكتابة الإلكترونية عند إبرام هذه العقود (المبحث الثاني).

¹- القوانين الدولية يقصد بها القوانين الداخلية للدول.

المبحث الأول

مفهوم عقود التجارة الإلكترونية

تشهد عقود التجارة الإلكترونية نموا متزايدا، كونها تمثل العمود الفقري لقيام التجارة الإلكترونية، حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وبصفة خاصة في دول الشمال حيث التطور التكنولوجي الهائل، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام مثل هذه العقود، حيث نجد المؤسسات التجارية العالمية الكبرى أصبحت ترفض التعامل أحيانا مع عملاء جدد لا يستخدمون أسلوب التعاقد الإلكتروني أو التبادل الإلكتروني للبيانات¹.

تحتاج هذه العقود إلى درجة كبيرة من الدقة والوضوح، من أجل بيان تعريفها سواء بالنسبة للطريقة التي تتعقد بها أو باعتبارها من العقود المبرمة عن بعد، وذكر خصوصياتها التي تميزها عن باقي العقود، كما أن تمييزها عن غيرها من العقود أمر ضروري، سواء كان هذا التمييز بالنسبة للطريقة التي تبرم بها، أو بالنسبة لباقي عقود البيئة الإلكترونية. ولذلك سوف ندرس هذه النقاط في مطلبين، نتناول في (المطلب الأول) التعريف بعقود التجارة الإلكترونية، ونتناول في (المطلب الثاني) تمييزها عن بعض العقود الأخرى.

المطلب الأول

التعريف بعقود التجارة الإلكترونية

يتم يوميا إبرام عدد غير محدود من العقود، شفوية كانت أم كتابية، عادية أم إلكترونية، فمن يقوم مثلا بشراء قلم أو جريدة أو أي سلعة أو خدمة أخرى، يكون قد أبرم عقد. كذلك

¹ - أنظر في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص

الأمر بالنسبة للذي يقوم باستئجار أو شراء موديوم¹، يكون أبرم عقد، وكل هذه العقود منفردة ومختلفة عن بعضها البعض، إلا أنها تتشابه في كونها تتم دائما بين طرفين (الموجب والقابل)، وتتم في مجلس عقد. سواء كان انعقاد هذا المجلس بالحضور المادي لطرفي العلاقة العقدية في مكان واحد، أو بواسطة وسائل اتصال إلكترونية ساعدت على انعقاده، وهذه تعتبر أهم خصوصية تتميز بها عقود التجارة الإلكترونية. عليه، سنحاول بيان تعريف عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نتطرق لذكر خصوصياتها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف عقود التجارة الإلكترونية

من بين أدوات تبادل الأعمال، التعاقدات الإلكترونية التي تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في إطار فضاء إلكتروني، من خلال شبكة من شبكات المعلومات والاتصالات مثل الإنترنت، وبالتالي فإن العقد الإلكتروني يتم إبرامه في هذا الإطار أيضا، وقد اختلفت تعريفات عقود التجارة الإلكترونية، سواء الفقهية، القانونية، وهو ما سنحاول تبيان من خلال النقطتين التاليتين:

أولا: التعريف الفقهي لعقود التجارة الإلكترونية:

اختلف الفقهاء في تعريفهم لعقود التجارة الإلكترونية، فمنهم من استند في ذلك إلى صفة الأطراف المتعاقدة تبعا لتصنيفهم لأنواع التجارة الإلكترونية، ومنهم من ركز على الصفة الدولية للعقد محاولا تركيزه مكانيا، غير أن غالبية الفقه انقسم إلى اتجاهين، أحدهما ركز على الوسيلة التي ينعقد بها وهي الوسيلة الإلكترونية مثل الإنترنت، والتلكس والفاكس... الخ،

¹. الموديم هو جهاز إلكتروني يستخدم في الربط بين جهاز الحاسوب وشبكة الإنترنت، ليقوم بتحويل الإشارات المرسل من خلال الشبكة الموجودة بالشكل الذي يتم مشاهدته على شاشة الحاسب الآلي وتبادل البيانات من خلالها عبر هذه المراسلات، أنظر ذلك في هامش:- محمد فواز محمد المطالفة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 21.

والآخر على اعتباره عقدا من طائفة العقود المبرمة عن بعد، لذلك سنحاول أن نتناول في النقطتين التاليتين على التوالي:

1/ تعريف عقود التجارة الإلكترونية بحسب الوسيلة التي تنعقد بها:

أصحاب هذا الرأي من الفقه اختلفوا هم أيضا فيما بينهم في تعريفهم لهذه العقود، وقد أوردوا عدة تعريفات نذكر منها:

يعرفه جانب منهم بأنه: "هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنت". يعاب على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الإنترنت، متجاهلا الوسائل الإلكترونية الأخرى مثل التلكس والفاكس¹.

يعرف عند البعض بأنه: "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل". يعاب على هذا التعريف أيضا اشتراطه لوسيلة مسموعة مرئية حتى يعتبر العقد إلكترونيًا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال هذه الوسائل مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا إلكترونيًا.

هناك من اكتفى لاعتبار العقد إلكترونيًا، أن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسيلة إلكترونية، وجاء هذا الجانب من الفقه بتعريف للعقد الإلكتروني بأنه: "العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كليًا أو جزئيا أصالة أو نيابة"، وهذا هو التعريف الذي أخذ به المشرع الأردني.

كما عرف اتجاه آخر العقد الإلكتروني شمل فيه جميع الوسائل الإلكترونية، لكنه اشترط كي يعتبر العقد إلكترونيًا، أن تكتمل كافة عناصره عبر وسيلة إلكترونية، من إبرامه حتى تنفيذه، معتبرا أنه: "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"، وهو نفس التعريف الذي انتهجته اللجنة المصرية التي شكلت في مصر لتنظيم التجارة الإلكترونية، إذ

¹- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع السابق، ص 73.

عرفت عقود التجارة الإلكترونية بأنها: "تنفيذ كل و بعض المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي يتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال"¹.

2/ تعريف عقود التجارة الإلكترونية باعتبارها من العقود المبرمة عن بعد:

يرى أنصار هذا الاتجاه، أنه يجب التركيز في تعريف العقد الإلكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، ومن دون إغفال صفة هامة فيه باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد. ولقد اختلف أنصار هذا الفريق من الفقه في تعريفهم لعقود التجارة الإلكترونية أيضا، وسوف نتطرق إلى اتجاهين فقط، وهما الفقه الأمريكي والفقه اللاتيني على التوالي:

أ - تعريفها لدى الفقه الأمريكي:

يعرف الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني بأنه: "ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشئ التزامات تعاقدية"².

ب - تعريفها لدى الفقه اللاتيني:

يعرف الفقه اللاتيني العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال علن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل"³.

يؤخذ على هذا التعريف بأنه جاء ناقص، حيث لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية. وبما أن العقد الإلكتروني يتميز بأنه يتم في الغالب على المستوى الدولي، فقد ذهب بعض من الفقه إلى تعريفه بأنه: "العقد

¹. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص ص 22-23.

². خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 73.

³. ناصيف إلياس، المرجع سابق، ص 36.

الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى، وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة والمختلفة، ومنها شبكة الإنترنت بهدف إتمام العقد¹، وهو الاتجاه الذي نؤيده.

ثانيا: التعريف القانوني لعقود التجارة الإلكترونية:

العقد أول مصادر الالتزام وأهمها، لذلك يحظى بتنظيم تشريعي في تشريعات مختلف بلدان العالم، وما يعاب على التشريع الجزائري غياب نصوص قانونية تنظم أحكامه، رغم التواجد العملي والواقعي لهذه العقود. ومع غياب تعريف للعقد الإلكتروني في القانون الجزائري، ينبغي علينا العودة إلى التعاريف التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال.

1 - تعريف عقود التجارة الإلكترونية في المواثيق الدولية:

يعتبر قانون الأونسيترال² النموذج الأساسي الذي تتبعه الدول أثناء قيامها بسن قوانينها الداخلية بشأن التجارة الإلكترونية أو إحدى مجالاتها، لذلك يعتبر هذا القانون المرجع الأساسي لكل القوانين الوضعية التي سنت في هذا المجال، سواء على مستوى القوانين الداخلية للدول أو على مستوى مواثيق المنظمات الإقليمية مثل قانون التوجيه الأوروبي، سنبين موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من مسألة تعريف عقود التجارة الإلكترونية، ثم نتناول موقف قانون التوجيه الأوروبي من المسألة أيضا.

أ - تعريف القانون النموذجي لعقود التجارة الإلكترونية:

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (الأونسيترال)³ في مادته الثانية فقرة (ب) بتعريف تبادل رسائل البيانات حيث نصت: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"،

¹ - أنظر: - مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 24.

² - قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي تبنته لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة لسنة 1996.

³ - الأونسيترال: هي لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة، وتضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية، وغرضها الأساسي هو تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية النازمة للتجارة الإلكترونية، وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع مسائل التجارة الإلكترونية، وقد حققت الأونسيترال العديد من الانجازات في الميدان، أشهرها اتفاقية فيينا عقود البيع الدولية لسنة 1980، والاتفاقيات الخاصة بالتحكيم التجاري الدولي وغيرها.

² - يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم

نلاحظ أن هذا التعريف ينصرف إلى استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني المحدد في المادة الثانية فقرة (ب) من قانون الأونسيترال هو الذي يبرم بتبادل البيانات الإلكترونية، أي باستخدام الوسيلة الإلكترونية. ويرى أغلب الفقه أن الإنترنت ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد والتجارة الإلكترونية، بل شاركها وسائل أخرى مثل جهازي الفاكس والتلكس¹.

ب - تعريف التوجيه الأوروبي لعقود التجارة الإلكترونية:

عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه: "عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام العقد"، ولما كان العقد الإلكتروني يتم بواسطة الاتصالات الإلكترونية عن بعد، فقد عرفها هذا التوجيه بأنها أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك دون التواجد المادي والمتزامن لها، وذلك حتى إتمام التعاقد.

2 - تعريف عقود التجارة الإلكترونية في القوانين الداخلية للدول:

عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني² العقد الإلكتروني بأنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كلياً أم جزئياً"، وأضافت نفس المادة تعريفاً خاصاً للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنه: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

حدد المشرع الليبي أحكام العقد الإلكتروني في المواد (89-163) من القانون المدني، إلا أنه رغم ذلك لم يورد تعريفاً للعقد الإلكتروني.

¹ - يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2007، ص 16، متوفرة على الموقع:

<http://www.najah.fr/memoire/contened/236/207.pdf>

² - قانون رقم 85-2000 مؤرخ في 11 ديسمبر 2001، والمتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني.

أما المشرع التونسي فقد وضع تعريف للعقد الإلكتروني بطريقة غير مباشرة عندما نص في الفصل الأول من القانون رقم 83 لسنة 2000¹ أن: "العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع هذا القانون"، وقد أراد المشرع التونسي أن يحدد لنا أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد الكتابي أو التقليدي، فهو أيضا عبارة عن اتفاق بين طرفين أو تلاقي إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين، وكل ما في الأمر أن وسيلة التعاقد هي التي تختلف، فوسيلة التعاقد عبر شبكات الإنترنت هي الشبكة العالمية للمعلومات (الإنترنت).

من جهته، تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري تعريفا للعقد، في مادته 122 التي نصت على أن: "العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهاؤها"، وقد قصدت مجموعة الأعمال التحضيرية بهذا التعريف نفي التفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئا واحدا، إلا أن هذا التعريف حذف في المشروع النهائي تجنباً للتعريفات التي تعتبر من أعمال الفقه، وفي هذا الصدد لابد من الإشارة إلى التفرقة التي ينادي بها الفقه الفرنسي بين العقد والاتفاق، حيث يعتبرون الاتفاق أعم وأشمل من العقد استناداً إلى نص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي، يخلص في الأخير إلى أن العقد هو نوع خاص من الاتفاق، غير أن هذا الاتجاه لم يصادف قبولا عند غالبية الفقه نظرا لكون هذه التفرقة لفظية لا يترتب عليها أي نتائج أو آثار قانونية.

الفرع الثاني

خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية

لا تختلف عقود التجارة الإلكترونية عن عقود التجارة التقليدية إلا من حيث الوسيلة التي تتم أو تبرم بها، حيث أن عقود التجارة تكتسب وصف الإلكترونية بمجرد استخدام الوسائل أو الوسائط الإلكترونية في إحدى أو كل مراحل إبرامها، غير أن هذا لم يمنعها من أن تتفرد ببعض السمات أو الخصائص التي ترجع أساساً إلى خصائص التقنية المستعملة في انعقادها، وهذه

¹- قانون رقم 83-2000 مؤرخ في 09 أوت 2000، الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 11 أوت 2000.

الخصائص تعتبر هي نفسها تقريباً خصائص العقود الإلكترونية بصفة عامة، وسنتطرق لدراسة هذه الخصائص من خلال النقاط التالية:

أولاً: خصائص عقود التجارة الإلكترونية من حيث طريقة إبرامها:

يبرم العقد الإلكتروني دون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية له، أنه يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، حيث يتم بعدة وسائل اتصال حديثة وتكنولوجية، وهذه تعد من أهم أوجه الخصوصية في العقد الإلكتروني.

1/ هي عقود تبرم عن بعد:

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية من طائفة العقود عن بعد، لأنها تبرم باستخدام وسائل الاتصال عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول فيها عبر الإنترنت، فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكومي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعا صر¹. وقد عرفت المادة 1/02 من القانون الفرنسي²، الاتصال عن بعد بأنه: "كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو أصوات أو معلومات، أيًا كانت طبيعتها، بواسطة ألياف بصرية أو طاقة لاسلكية، أو أية أنظمة إلكترومغناطيسية أخرى"، أو أنها: "مجموعة من الإجراءات الفنية - المسموعة والمرئية - لإرسال واستقبال المعلومات عن بعد"³، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد⁴،

¹ - ANDROW D - Murray, entering into contracts électronically, USA, 2002, p23.

² - القانون الفرنسي لسنة 1986، يتعلق بتنظيم حرية الاتصال، يمكن الحصول على النسخة الكاملة له عبر الموقع: <http://www.justice-gov.fr>.

³ - أنظر: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 39، و: آمانج رحيم أحمد، التراضي في عقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2006، ص 75. وكذلك: حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 69.

⁴ - أنظر: أسامة أحمد بدر، الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن، ص 95، أنظر كذلك هامش: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 75.

الأمر الذي يجعل من هذا النوع من العقود يعد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، وهو نوع جديد من مجالس العقد التي يمكن تسميتها بالمجالس الافتراضية¹.

2/ هي عقود تبرم عن طريق استخدام الوسائط الإلكترونية:

يتم إبرام العقد الإلكتروني باستخدام الوسائط الإلكترونية، التي هي أساس هذا العقد من حيث 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 إلكترونية².

ثانياً: خصوصية عقود التجارة الإلكترونية من حيث نطاقها:

يتميز الفقه بين العقود المحلية والعقود الدولية، بمقتضى المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، فبمقتضى المعيار القانوني يكون للعقد طابع دولي، إذا كان المتعاقدون يتواجدون أو ينتمون إلى دول مختلفة، أما بمقتضى المعيار الاقتصادي، فإن العقد الإلكتروني يكون ذو طابع دولي إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، عن طريق استيراد السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود، وهناك جدال فقهي حول نطاق عقد التجارة الإلكترونية، فيما إذا كان ذو طابع دولي أو داخلي.

¹- أنظر: حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2009، ص ص 92-93. و: محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 23. وكذلك: محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص 58.

Voir aussi : - GAUTRAIS Vincent, Le contrat électronique, l'encadrement juridique international, thèse de doctorat, faculté des études supérieures, université de Montréal, 1998, p 27.

²- أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 75، و: منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن، ص ص 155-156.

1/ هي خليط بين الدولي والداخلي:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقود الإلكترونية تكون دولية في الحالة التي يمكن فيها إعمال المعيارين - القانوني والاقتصادي - المعروفين في مجال دولية العقود، ونكون بصدد فقط في الحالة التي يكون المتعامل مع الإنترنت مقيم في دولة، ومورد خدمة الاشتراك في دولة ثانية، بينما يكون مقر الشركة التي تعالج البيانات وتدخلها وتحملها عبر شبكات الإنترنت في دولة ثالثة¹، أما إذا تركزت هذه العوامل كلها في دولة واحدة فإن العقد يكون وطنياً. انتقد هذا الرأي لصعوبة توطين العلاقات الافتراضية وفقاً لمعايير ومرتكزات مكانية، وكذا استحالة التعرف على مكان الأشخاص السابقين لانعدام عناوين تمكن من ذلك².

2/ هي عقود دولية دائماً:

أنصار هذا الاتجاه يركزون على أن شبكة الإنترنت تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة، ويستحيل معها توطين العلاقات القانونية، كونها أزلت كل الحدود التقليدية التي كانت تفصل ما بين العقد الداخلي والعقد الدولي، الأمر الذي يجعل من العقود المبرمة من خلالها تتسم بالصفة الدولية حتماً، وأصبحت الصفة الدولية تتوفر حتى في عقد داخلي يبرم بين طرفين ينتميان إلى نفس الدولة، في الحالة التي يكون فيها مورد خدمة الدخول، أو غيره من الوسطاء أو مقدمي خدمات الإنترنت مقيمين في دولة أخرى³.

¹ أحمد محمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العملي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، الفترة 26-28 أبريل 2003، ص 1646، أنظر كذلك:

- OUTELLIER- S et DURINDEL- L, La loi applicable aux contrats conclu sur internet, 2003, sur le site : [http:// www, orleans. Fr/asso/dess-dicom/ memoire/ loi-contrats-internet. PDF.et](http://www.orleans.fr/asso/dess-dicom/memoire/loi-contrats-internet.PDF) VIERBEST Thibault, Droit international privé et commerce électronique : états des lieux, p 1 , sur le site : [http:// www.juriscom.net?pro/2/ce200/01.htm](http://www.juriscom.net/pro/2/ce200/01.htm)

² حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 95، و: الزريقات عمر محمد خالد، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 50-54.

³ المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص ص 36-37، أنظر كذلك: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 44، و: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 77.

يعاب على هذا الاتجاه أنه يمكن أن يكون عقداً داخلياً لما يكون كل من الطرفين يقيمان في نفس الدولة¹.

ثالثاً: خصوصية عقود التجارة الإلكترونية من حيث طبيعتها القانونية:

تسبق العقود الدولية عادة، مرحلة طويلة من المفاوضات من أجل الوصول إلى اتفاق بين الأطراف، لكن في العقود الإلكترونية عادة ما نجد الموجب ينفرد بوضع شروطها، وما على القابل سوى القبول أو الرفض. فهل يجعل ذلك من عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان أم عقود رضائية؟²

وجد جدل فقهي انقسم إلى ثلاثة اتجاهات: الأول يرى بأنها عقود إذعان دوماً، والثاني يراها عقود رضائية، أما الثالث فقد اتخذ موقفاً وسطاً، وهو ما سنحاول تبياناه في النقاط التالية:

1/ هي عقود إذعان:

يرى الفقه الفرنسي أنها تكون من قبيل عقود الإذعان إذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر، حيث لا يكون أمام العميل (المشتري المحتمل) إلا أن يقبلها جميعاً فينعقد العقد، أو لا يقبلها فلا يتعاقد³، كما يرى الفقه المصري أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة المنتج أو مواصفات الخدمة المطلوبة، وإن توفرت له هذه الفرصة فستكون مكلفة جداً⁴، ولهذا هي عقود إذعان بالنسبة إلى المستهلك (المشتري) نظراً لظروفه الاقتصادية، بوصفه الطرف الضعيف في العقد، كون أن عادة ما تكون الشركات التي تقدم الخدمة قد تكون محتكرة

¹ - شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 41.

² - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 96.

³ - آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 82.

⁴ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 19، و: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص ص 45-46.

للسلعة أو الخدمة عن طريق شبكة الإنترنت، والمستهلك يكون محتاجا إليها، فيقبل التعاقد معها دون أن يتدخل في وضع بنود العقد، فيكون بذلك العقد عقد إذعان¹.

2/ هي عقود رضائية:

جاء هذا الاتجاه رداً على الاتجاه القائل بأن عقود التجارة الإلكترونية هي عقود إذعان، أخذاً عليه تجاهله لأمر مهم جداً في هذه العقود، وهو أن هذه الأخيرة تعد رضائية بالرغم من انعدام الإفصاح الصريح عن ذلك، كون التفاوض قائم في هذا النوع من العقود، خاصة إذا أبرمت عن طريق البريد الإلكتروني الذي يمكن من تبادل العروض والمساومات بشأنها، وبالتالي يرى هذا الاتجاه بأن العقد الإلكتروني عقد رضائي².

3/ الموقف الراجح:

أخذ هذا الاتجاه موقف وسط، حيث اعتبر العقود التي تقوم الشركة بتحديد كل شروط التعاقد فيها عقود إذعان، ويكون ذلك في العقود البسيطة مثل عقود التسوق اليومية (شراء الألعاب، الأجهزة الإلكترونية...الخ)، بينما اعتبر العقود التي لا تقوم فيها الشركة بتحديد هذه الشروط، فيتم التفاوض فيها بين المتعاقدين فإن العقد يعتبر رضائياً، وهذا يكون عادة في العقود المتعلقة بالاستثمارات والعقود المركبة المرتفعة القيمة، وهذا هو الموقف الذي نرجحه.

رابعاً: خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية من حيث آثارها:

لقد أدى استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام عقود التجارة الإلكترونية إلى تغير وسائل إثبات هذه الأخيرة، ولم يتوقف أثر استخدام هذه الوسائل على تغيير وسائل الإثبات وحسب، بل أدت إلى تغير وسائل الوفاء في هذه العقود أيضاً، وهو ما سنحاول شرحه في الفقرتين التاليتين:

1/ من حيث الإثبات:

¹ - محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 238، و: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 96-97، راجع كذلك: -THOMYRE Lionel, L'échange des consentements dans le commerce électronique, Edition Montréal, Canada, 1999, p15.

² - راجع: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 55، و: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 63، و: آماتج أحمد رحيم، المرجع السابق، ص 83، وكذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 97-98.

الدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما عقد التجارة الإلكترونية فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني الموقع توقيعاً إلكترونياً، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد¹، فهو المرجع للوقوف على ما إتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي الحجية على هذا المستند²، إضافة إلى توفر شرط توثيقه.

2/ من حيث الوفاء:

لقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية في التعاقد الإلكتروني محل النقود الورقية (العادية)، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات، حيث تتضمن عدة وسائل منها: البطاقات البنكية³ والأوراق التجارية الإلكترونية⁴، والنقود الإلكترونية⁵، إضافة إلى الوسائط الإلكترونية الجديدة التي ظهرت حديثاً مثل الذهب الإلكتروني⁶، والشيك الإلكتروني، وتتم عملية

¹ HANSE Oliver and SUSAN Dionne, The New Virtual Money-Law and Practice, Kluwer Law International Press, New York, 1999, p 159.

² خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 79، وكذلك: أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، الفترة من 10-12 ماي 2003، ص 484 وما بعدها.

³ البطاقات البنكية هي البطاقات البلاستيكية أو النقود البلاستيكية التي تصدرها البنوك أو الشركات المتخصصة لعملائها كوسيلة بديلة للنقد، والتي من أمثلتها: بطاقة الفيزا، بطاقة الماستر، بطاقة الكاربير، ومن أنواع هذه البطاقات نجد: بطاقة الإئتمان، بطاقة الصراف الآلي، كذلك البطاقات الذكية، والتي أحدثت نوعاً جديداً وهي بطاقة الموندكس، راجع في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 77.

⁴ الأوراق التجارية الإلكترونية هي وسائل دفع الكترونية، وهي نوعان: السفتجة الإلكترونية والسند الإذني الإلكتروني.

⁵ النقود الإلكترونية في حقيقة الأمر هي نقود افتراضية، تقوم مقام النقود الورقية والمعدنية، وهي تتميز بعدم وجود أي علامات خاصة بها ولكنها تتميز بأنها ذات طبيعة مستقلة ودولية، وهي تتمثل في نوعين هما: النقود النقدية والمحفظة الإلكترونية. راجع في ذلك:

- PAUL Timmers, Electronic Commerce : strategies & models for Business to Business Trading, New- York, 2000, p 178. And: HANSE Oliver & DIONNE Susan, op cit, pp 136-137.

⁶ الذهب الإلكتروني عبارة عن مخزون من الذهب الحقيقي لدى أحد البنوك، يتم تحويله إلى أرقام تضاف من حساب عميل إلى حساب عميل آخر، يجوز استخدامه كبديل للنقد.

تحويل الأموال إلكترونياً بين المتعاملين، بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك، أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك والتي تسمى بمشروع بوليرو¹.

3/ من حيث التنفيذ:

يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بأنه يمكن أن يبرم وينفذ عبر الإنترنت دون حاجة إلى الوجود المادي الخارجي، إذ بفضل شبكة الإنترنت أصبح هناك إمكانية تسليم بعض المنتجات والخدمات إلكترونياً، أي التسليم المعنوي للمنتجات، مثل برامج الحاسب، التسجيلات الموسيقية، الكتب، إلى جانب بعض الخدمات مثل الاستشارات الطبية والقانونية، حيث يقوم العميل بنسخ البرنامج على شبكة الإنترنت عن طريق الإنزال².

4/ هو عقد مقترن بحق العدول right to repent:

من المقرر وفقاً للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد أن أيًا من طرفي التعاقد لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد، لكن نظراً لكون المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، لأن التعاقد يتم عن بعد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول وقد تقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة 12 فقرة 26 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بعد التعديل الجديد في أكتوبر 2011.

المطلب الثاني

تميز عقود التجارة الإلكترونية عن بعض العقود الأخرى

تعتبر الآلية التي تبرم بها عقود التجارة الإلكترونية، من مرحلة التفاوض إلى مرحلة إبرامه، وتبادل الإيجاب والقبول، وأنها تنتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد. كل هذا يمثل أهم أوجه الخصوصية لهذا العقد والتي تميزه عن غيره من العقود.

¹- ظهر نظام بوليرو إلى الوجود لأول مرة عام 1992 وهو مشروع مشترك مملوك لشبكة سويفت، ونادي النقل المباشر، وشبكة سويفت هي شبكة اتصال مالية بين البنوك على مستوى العالم، ويهدف نظام بوليرو إلى توفير برنامج لضمان تبادل مأمون لمستندات التجارة الإلكترونية عن طريق تطبيق مركزي للبيانات.

²- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 79.

العقد الإلكتروني، ليس الوحيد الذي يتم إبرامه في البيئة الإلكترونية، فهناك عقوداً أخرى تبرم في بيئته، ومن الممكن أن تكون محيطة بعقد التجارة الإلكترونية ومتلازمة معه، لأنه من الممكن أن تكون هي الأساس الذي يتركز عليه العقد الإلكتروني¹، بدونها لا يمكن إتمام المعاملات الإلكترونية، وسنحاول بيان ما يميز عقود التجارة الإلكترونية عنها.

الفرع الأول

تميز عقود التجارة الإلكترونية بحسب الطريقة التي تتعقد بها

يتشابه التعاقد الإلكتروني مع سبل التعاقد الحديثة عن بعد، إلا أنه يتميز بكونه يتم من خلال إحدى شبكات الاتصال الدولية، ومن أهمها الإنترنت، كما أنه تختفي فيه المستندات الورقية لتحل بدلا منها المستندات الإلكترونية، ومن ثم نتفرغ لبحث هذه المسألة من خلال النقاط التالية:

أولاً: التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي:

يتفق التعاقد الإلكتروني مع التعاقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين، أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن النوع الثاني من التعاقد يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس عقد واحد، أي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد² وذلك لا يتحقق في التعاقد الإلكتروني، الذي يتم إبرامه بين متعاقدين موجودين في مكانين منفصلين، أي انتفاء عنصر الواجهة في مجلس العقد الإلكتروني، ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الإلكتروني يجعل منه تعاقد ذو طبيعة خاصة، أي تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

¹ - محمد فواز المطلقة، المرجع السابق، ص 31.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 92.

ثانيا: التعاقد الإلكتروني والتعاقد بالتلفون أو الهاتف:

يتشابه كلا العقدين في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر، حيث يتلشى عنصر الزمن فيهما، كما أن كلاهما تعاقد بين غائبين من حيث المكان، إلا أن ما يميز بينهما هو:

- أن التعاقد بالتلفون هو تعاقد شفوي، قد يتطلب صدور تأكيد كتابي، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر في 1986/06/23، نظرا لصعوبة إثبات مثل هذا النوع من التعاقد¹، أما في التعاقد الإلكتروني فلا يحتاج في إبرام العقد إلى إصدار تأكيد كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد قبول المتعاقد الآخر بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر.

- في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة المرسلّة على جهاز الحاسب الآلي، وبالتالي طباعتها والحصول على نسخة منها، كما يمكن تخزينها والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية².

- العرض الموجه عبر الإنترنت موجه في العادة لعامة الناس، بينما في الهاتف هو عرض موجه لشخص محدد³.

ولكن يثور التساؤل حول التعاقد عن طريق التلفون المزود بكاميرا، حيث ينقل صوت وصورة المتكلم، كما هو الحال في التعاقد من خلال جهاز كمبيوتر مزود بكاميرا الكترونية، ولا يختلف الوضع حيث يكون التعاقد شفويا أيضا، بينما في التعاقد الإلكتروني يتم كتابة الاتفاق على مستند الكتروني.

¹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 103.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 93.

³ - أنظر: - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 103.

- voir aussi : **HERVIER Guy**, Le commerce électronique, vendre en ligne et optimiser ses achats, Edition d'organisation, Paris, 2001, pp 35-36.

ثالثاً: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التي تبرم عن طريق الفاكس والتلكس:

يختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس، في أن هذا الأخير يتميز بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، ولذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر، وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين أن التعاقد الإلكتروني يتميز بالطبيعة غير المادية. حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف، بل تكون مثبتة على دعامة إلكترونية¹. ومن جهة أخرى فإنه من السهل التأكد من أصل وصحة رسائل الفاكس عن الرسائل الإلكترونية لكون الأصل ثابت على دعائم ورقية²، كما يستطيع مكتب التلغراف، على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل.

رابعاً: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التي تبرم عن طريق الكتالوج:

التعاقد عن طريق الكتالوج³ أو ما يسمى التعاقد عن طريق المراسلة، نوعاً من التعاقد بين غائبين، حيث يقوم الموجب بعرض منتجاته وبيان مواصفاتها وأثمانها ليقوم بتوزيعه على العملاء، لذلك فهو يتشابه مع التعاقد الإلكتروني في تخلف مجلس عقد واحد. لكن في التعاقد عن طريق الكتالوج نجد الفاصل الزمني ما بين صدور الإيجاب وصدور القبول، كما أنهما يختلفان في طريقة التعبير عن القبول، حيث يتم بملاً الطلبية أو الاستمارة المرفقة من قبل القابل، ليتم تسليمها فيما بعد يدوياً أو ترسل عن طريق البريد العادي، بينما يتم القبول في

¹ أنظر: الأباصيري فاروق، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 44، وكذلك: - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 95.

² - MICHAEL S-Baun & HENRY H- Perritt, Electronic contracting Publishing And EDI Law, WILEY LAW Publication, New-York, 2000, p 28.

³ الكتالوج هو وسيلة هامة من وسائل إبرام عقود البيع باعتباره نموذجاً ورقياً محتوياً على كتابات ورسومات وصور توضيحية للمنتجات المعروضة للبيع، كما قد يكون في صورة شريط فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة، أو على شكل إلكتروني معروض على مواقع شبكة الإنترنت. راجع في ذلك:

- ACHILLEAS Philippe, La télévision par satellite : aspects juridiques internationaux, perspectives internationales, n° 7, Montchrestien, 1995, pp 31-32.

التعاقد الإلكتروني بطريقة إلكترونية، الأمر الذي قد يلغي أيضا الفاصل الزمني ما بين الإيجاب والقبول¹.

الفرع الثاني

تميز عقود التجارة الإلكترونية عن بعض العقود المبرمة في بيئتها

عقد التجارة الإلكترونية ليس الوحيد الذي يتم إبرامه في البيئة الإلكترونية، فهناك عقود أخرى تبرم في محيط البيئة الإلكترونية ومن الممكن أن تكون محيطة به ومتلازمة معه، لأنها تكون هي الأساس الذي يرتكز عليه العقد الإلكتروني، ولو لاه لما تمت المعاملات الإلكترونية، لذا سنتناول تمييزه عن عقد استخدام الشبكة وعن عقد إنشاء موقع، ثم عن عقد الإيجار المعلوماتي على التوالي:

أولاً: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقد استخدام الشبكة:

عقد استخدام الشبكة أو ما يسمى بعقد الدخول إلى الشبكة هو: تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية (الموجب والقابل) يكون محله السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الإنترنت، من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتحول بها وإجراء التصفح للمواقع والتعامل مع هذه المواقع²، وبالتالي فإن عقد استخدام الشبكة هو الأساس في تواجد العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، حيث أنه إذا لم يكن هناك إمكانية استخدام شبكة الإنترنت، فكيف يمكن أن نقوم بإبرام العقود عبر الإنترنت، وكافة التصرفات التي يتم القيام بها خلال مراحلها.

عقد استخدام الشبكة هو أصل كافة العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، ذلك لأنه يمكننا من استخدام شبكة الإنترنت والتحول عبر المواقع المتوافرة، والبحث عن السلع التي

¹ - راجع حول ذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 104-105.

² - محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 37.

يرغب بها المستخدم، تمهيداً لإبرام العقود من خلال الشبكة، كما أن هذا العقد من المتوقع أن يكون أحد العقود المبرمة من خلال الإنترنت، إذا تمت المراسلات وتبادل البيانات من خلال شبكة الانترنت لإبرام هذا العقد¹.

ثانياً: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقد إنشاء موقع على الشبكة:

موقع الويب هو: "خدمة تقدم عبر شبكات الاتصال المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات والمعالجة بلغة كمبيوتر خاصة تسمى لغة HTML²، والموضوعة تحت تصرف مستخدم الشبكة"، وعقد إنشاء موقع على الشبكة هو العقد الذي يتم بين مقدم الخدمة والعميل، حيث يطلب العميل إنشاء موقع خاص به أو من خلال موقع آخر، وذلك عن طريق جهاز الحاسب الآلي الذي يملكه مقدم الخدمة، المتصل بشبكة الإنترنت، والموقع عبارة عن مكان ثابت للعميل يتمكن من خلاله عرض منتجاته وسلعه وخدماته، والعميل عندما يطلب إنشاء هذا الموقع من خلال موقع آخر مملوك للغير، يحقق الاستقرار والاستقلال للعميل³.

ثالثاً: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقد الإيجار المعلوماتي:

يعتبر عقد الإيجار المعلوماتي نوع من عقود تقديم الخدمات، ويمكن تعريفه بأنه: "التقاء إرادتين على إبرام عقد محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمين هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت، تقليدية أو إلكترونية"⁴، وبذلك هو من العقود الأساسية لتوافر استخدام شبكة الإنترنت، فمن خلاله تتوفر آلية الإتصال والموديوم، وبرامج الإنترنت، فمتى توفرت هذه المواد كان استخدام شبكة الإنترنت سهلاً وفي متناول الجميع، ويتم إجراء كافة

¹. محمد حسام لطفي، عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 88.

². اختصار لكلمات: Hyper Text Mark up Language

³. مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، مرجع سابق، ص 35.

⁴. محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 39.

التصرفات المباحة خلال الشبكة، كإبرام العقود الإلكترونية، والتجول في المواقع، التسوق، والتصفح... الخ من التصرفات.

عقد الإيجار المعلوماتي يمكن أن يكون من العقود الإلكترونية إذا أبرم كلياً أو تمت أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية، فهو يوفر الغاية التي نرغب بها من خلال قنوات المعلومات التي تزودنا بما نسعى إليه من استخدامنا لشبكة الإنترنت¹.

المبحث الثاني

الجوانب الشكلية في تكوين عقود التجارة الإلكترونية

تمر العقود في إبرامها بعدة مراحل، فمن مرحلة التفاوض إلى تبادل التراضي بين عاقدين، ثم إلى توثيق الإرادة في العقود التي يشترط القانون الشكلية لصحتها، وهذه المراحل تتم من خلال إتباع إجراءات، قد يكون القانون هو الذي ينص عليها أو جرت العادة على إتباعها، لكن هذه العقود لا تكون ملزمة إلا إذا كانت موقع عليها من قبل أطرافها، وهذا الشرط قد يكون القانون هو الذي يشترطه أو يكون باتفاق من الأطراف لإضفاء نوع من الجدية لتعاقداتهم، لذلك نتناول إجراءات إبرام عقود التجارة الإلكترونية (المطلب الأول)، ثم نتناول توثيق الإرادة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

إجراءات إبرام عقود التجارة الإلكترونية

يمر إبرام العقد الإلكتروني بالعديد من العمليات التي تتم من خلال أطراف العقد أو من يمثلونهم، بواسطة الحواسيب الآلية المرتبطة بالشبكة العالمية للمعلومات، أو ما يوجد بها-

¹ - مدحت محمد عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 138-139.

الإنترنت - ما يسمى بصندوق البريد الإلكتروني¹، حيث تتم إجراءات التعاقد عبر هذه الحواسيب أو ملف البريد الإلكتروني، ويسبق التعاقد بعض العمليات التي يطلق عليها تسمية المرحلة قبل التعاقدية، لذا سنتناول دراسة مراحل تكوين عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، وبما أن العقود تتم بمجرد تبادل الإرادة بين الأطراف المتعاقدة، حيث يتم تبادلها باستخدام وسائل إلكترونية، فإننا سنتناول استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مراحل تكوين عقود التجارة الإلكترونية

إذا صح القول - مجازاً - أن للعقد حياة، فإن حياته تتجسد في ثلاثة مراحل، المرحلة الأولى تتمثل بالتمهيد لإبرام العقد، ويندرج تحتها كل ما يتعلق بالمفاوضات العقدية والوعد بالتعاقد، وكذلك التعاقد بالعربون، ثم تأتي مرحلة التعبير عن الإرادة، والتي يتم فيها انعقاد العقد بشكل عملي من خلال ارتباط الإيجاب بالقبول، وفي النهاية تأتي مرحلة تنفيذ العقد المنعقد بين طرفيه عبر قيامهما بأداء التزاماتهما كل في مواجهة الآخر، لكن ما يهمنا هو دراسة المرحلتين الأولى والثانية، وهو ما سنقوم به في النقطتين التاليتين:

أولاً: مرحلة ما قبل التعاقد (مرحلة التفاوض):

كان التعاقد فيما مضى يتم بسرعة، حيث يتوجه أحد الطرفين للطرف الآخر بإيجاب بسيط، ثم يقبل هذا الأخير، فينعقد العقد وينتهي الأمر.

تغير هذا الحال، لأن هذه الطريقة لا تتناسب العقود المركبة والمعقدة التي أوجدتها الأساليب الحديثة في التعامل، ذلك لأنها ترد على مشروعات عملاقة ومتعددة الجنسيات، وبذلك أصبح من الضروري أن تسبق مرحلة إبرام العقد، مرحلة شاقة من المفاوضات، قد تستغرق

¹ متولي وهدان رضا، المرجع السابق، ص ص 15-16.

الكثير من الجهد، كونها مرحلة تعتبر الأهم والأكثر خطورة في مراحل إبرام عقود التجارة الإلكترونية، ارتأينا أن نتناول هذه المسألة بشيء من التفصيل على النحو التالي:

1/ ماهية التفاوض الإلكتروني: La négociation électronique

تزداد أهمية التفاوض في مجال العقود الإلكترونية التي أسفرت عنها التطورات التكنولوجية الحديثة، حيث أصبحت الطريقة التقليدية غير قادرة على مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية ووسائل التسويق عبر الإنترنت¹.

أ/ تعريف التفاوض الإلكتروني: يعرف التفاوض الإلكتروني بأنه: "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات 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 لطرفيه".

ب/ تنظيم التفاوض الإلكتروني: يميز الاتجاه المعاصر من الفقه بين صورتين من صور المفاوضات، الأولى هي المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض، والثانية هي المفاوضات المصحوبة باتفاق بين الطرفين.

ب¹/ المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض: ويقصد بها تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها بين الأطراف، وهي تعتبر مجرد عمل مادي، لا تقوم مسؤولية المتفاوض في حالة العدول عنها إلا على أساس المسؤولية التقصيرية إذا اقترن عدوله بخطأ مستقل ألحق ضرراً بالطرف الآخر².

ب²/ المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض: أي تلك المفاوضات التي تتم بناءً على اتفاق صريح بين الطرفين، وفي الغالب يكون هذا الاتفاق مكتوباً، وتعتبر هذه المفاوضات تصرفاً قانونياً لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين، ومن ثم تكون المسؤولية الناشئة عنها مسؤولية تعاقدية.

¹ - أنظر حول ذلك: - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 264، و: رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد - دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2000، ص 36.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 292-293.

يطلق على الصورة الأخيرة اسم عقد التفاوض، لأنه بمجرد الرضاء بالدخول في التفاوض يكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما اتفاقا تمهيديا، الذي يعرف على أنه: "عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعة من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده"¹، وهو تعريف لا يختلف عن عقد التفاوض الإلكتروني، إلا من حيث الوسيلة، حيث يتم عبر شبكة الاتصالات والمعلومات، أو عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونية باستخدام البريد الإلكتروني E-mail، أو من خلال كاميرات الفيديو المتصلة بشبكات الاتصالات الدولية vidéo-Conférence، أو المحادثة عبر الإنترنت Chatting.

2/ الجوانب الشكلية لمرحلة التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية:

تتجلى الجوانب الشكلية لمرحلة التفاوض الإلكتروني، في إجراءات الاتصال بين أطراف العلاقة العقدية، والتي من أهمها خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية، ويتم اللجوء إلى هاتين الصورتين لتسهيل مهمة التفاوض، حيث يحرص الأطراف على تدوين ما تم الاتفاق بشأنه من جزئيات العقد، حفاظا على المصالح المختلفة للأطراف المتعاقدة. نظرا لأهمية خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية الإلكترونيين في التمهيد لإبرام العقود الإلكترونية، ارتأينا تناول هاتين النقطتين على النحو التالي:

أ/ تعريف خطابات النوايا الإلكترونية: يصدر خطاب النية الإلكتروني — غالبا — أثناء المفاوضات، بغرض تسجيل الالتزام بها أو تسجيل ما تم التوصل إليه من اتفاقات سابقة على التعاقد من خلالها، وقد نجده أيضا في نهاية المفاوضات للتعبير عن إبرام العقد النهائي، وهو بهذه الحالة يعتبر أداة لتأكيد انعقاد العقد، لهذا السبب يسمى أيضا: خطاب التأكيد²، واتفاقيات الشرف وخطابات التفاهم، والاتفاقات الأساسية، وخطابات الثقة والاتفاق على الاتفاق³.

¹. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 97.

². جمال مصطفى، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2001، ص 408.

³. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 275.

أ1 - المقصود بكتاب النوايا الإلكترونية Electronic letter of intention :

يعرف البعض كتاب النية بأنه: "مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف الآخر يعرب فيه عن رغبته تلك، وي طرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"¹، إذن أي مستند لا ينطوي على إبداء الرغبة في التعاقد ولا يتضمن بياناً للنقاط الرئيسية والجوهرية للعقد المنشود، ولا يشمل على دعوة للتفاوض لا يمكن اعتباره كتاباً للنوايا بل مجرد مستند عادي.

لا يختلف كتاب النوايا الإلكترونية في مضمونه وبناءه والغرض منه عن كتاب النوايا التقليدي، إلا في أدوات إرساله، وبذلك يمكننا تعريف كتاب النوايا الإلكترونية بأنه: "محرر إلكتروني مكتوب قبل العقد النهائي، ويعكس اقتراحات واتفاقات أحد طرفي العقد أو كليهما بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط إلكتروني".

أ2/ خصائص كتابات النوايا الإلكترونية:

يتم التفاوض بين أطراف العلاقة العقدية عادة عن طريق تبادل كتابات النوايا، التي يجب أن تتوفر فيها ثلاثة خصائص هي:

- بيان الاحتياجات الأساسية: بمعنى أن يبين العميل بكل دقة ووضوح احتياجاته والغاية التي يسعى إليها، ليتم التفاوض بناءً عليها.

- التفاوض من خلال صفحة البيانات: التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسوب، ومتضمنة الشروط التي يرغب كل من الطرفين توافرها في موضوع التزامه، لتحديد رغباته وأهدافه بدقة، وتحديد السبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية منه، وإلا تحمل المدين المورد المسؤولية المترتبة على عدم توضيح البيانات، خاصة إذا كان سيء النية².

- إرسال كتابات النوايا إلكترونياً: والمتضمنة لعروض التفاوض التي يتم من خلالها التفاوض إلى حين الإنهاء من إبرام العقد.

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 34.

² - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص ص 71-72.

أ3 - أنواع خطابات النوايا الإلكترونية:

تتعدد أنواع خطابات النوايا بتعدد أغراضها، فقد يكون الهدف منها مجرد التعبير عن اهتمام منشئها الاستعلام عن شيء معين، دون الدخول في أية تفاصيل قانونية، وقد يتضمن دعوة للتفاوض أو تحديد الالتزامات التي يجب على الطرفين الالتزام بها خلال مرحلة المفاوضات، وقد تتجاوز خطابات النوايا ذلك كله لتعبر مباشرة عن إرادة نهائية وباتة لإبرام عقد¹.

يتضح مما سبق، وبالنظر إلى اختلاف مضمون خطابات النوايا أنه يمكن التمييز بين ثلاثة أنواع من خطابات النوايا الإلكترونية:

- **خطاب دعوة للبدء في التفاوض الإلكتروني:** وهو خطاب يوجه لطرف آخر، يتضمن نية مصدره عن رغبته في التعامل معه، محدداً به العناصر الرئيسية المقترحة ودعوته لوضع إطار عملية التفاوض واتفاقهما بشأن عملية التفاوض، مثل تحديد مدة التفاوض ومكانه.
- **خطاب اتفاق الطرفين على الالتزامات:** وهو الخطاب الذي يوجهه محرره إلى الطرف الآخر أثناء المفاوضات، يثبت فيه اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات، مثل الالتزام بالسرية والتحكيم، والالتزام على عدم التفاوض مع الغير أثناء المفاوضات الجارية.
- **الخطاب المتضمن كل تفاصيل العقد:** وهو الخطاب الذي يتضمن كل تفاصيل المعاملة محل التعاقد، غير أن العقد معلق على شرط أو مضاف إلى أجل، مثل موافقة السلطات المختصة².

لا تختلف أنواع خطابات النوايا الإلكترونية عن خطابات النوايا التقليدية من حيث الوظيفة، حيث تستخدم في مرحلة التفاوض، ولكنها تختلف من حيث الدعامة المثبتة عليها،

¹ - الجبال مصطفى، المرجع السابق، ص 402.

² - الجبال مصطفى، المرجع السابق، ص 421 وما بعدها.

حيث تكون خطابات النوايا التقليدية محمولة على دعائم ورقية، بينما خطابات النوايا الإلكترونية عبر دعائم إلكترونية ومن خلال وسيط إلكتروني¹.

ب/ البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية:

يلجأ الطرفان عادة إلى إبرام البروتوكولات الاتفاقية خلال مرحلة التفاوض على العقود الكبيرة والمركبة.

ب¹- تعريف البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية:

تعرف البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية بأنها: "محررات يكتفي فيها الطرفان المتفاوضان بتسجيل اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكملة"²، وإذا كانت تكتب على دعائم ورقية فلا مانع من أن تكتب على دعائم إلكترونية.

ب²- تمييز البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية عن خطابات النوايا الإلكترونية:

تدق التفرقة أحياناً بين البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية وخطابات النوايا الإلكترونية، حيث يرى البعض أن التفرقة بينهما من خلال معيارين أساسيين هما:

- **معيار الهدف أو المعيار الكمي:** يفرق جانب من الفقه بينهما على أساس معيار الهدف أو المعيار الكمي، حيث أن البروتوكول الاتفاقي الإلكتروني يتضمن عادة أغلب عناصر العقد الإلكتروني النهائي، عدا بعض الشروط المتعلقة بتنفيذ العقد وبالشروط الجزئية، لذلك فهي لا تبرم إلا في مرحلة متقدمة من المفاوضات، في حين يحتوي خطاب النوايا الإلكتروني على بعض عناصر العقد الإلكتروني، ولذلك نجده في المراحل الأولى أو الأخيرة للمفاوضات.

- **المعيار الشكلي:** أنصار هذا المعيار من الفقه يرى بأن التفرقة بين كل من البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية وخطابات النوايا الإلكترونية، تكمن على أساس الشكل الذي يأخذه كل منهما، حيث تأخذ خطابات النوايا الإلكترونية الشكل الذي يراه الطرف الذي يبدأ بالتبادل، في

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 277 - 278.

² - الجمال مصطفى، المرجع السابق، ص 313 وما بعدها.

حين أن البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية لها شكل نموذجي، ويتم تحديد عناصرها بمعرفة الطرفين ويوقع عليها في وقت واحد من قبل طرفي العقد¹.

أهم العقود التي يتم التفاوض عليها في اتفاقات مرحلية، نجد عقود نقل التكنولوجيا، وعقود تصنيع برامج الكمبيوتر، وعقود توريد بيانات من أحد بنوك المعلومات عبر شبكة الإنترنت².

ثانياً: مرحلة التعاقد:

يقوم عقد التجارة الإلكترونية على مبدأ الرضا، حيث يلزم لانعقاده ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على انعقاد العقد، وهما لفظان - الإيجاب والقبول - مستعملان عرفاً لإنشاء العقد. التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المعهودة عرفاً، أو بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وفي ذلك يعتقد البعض أن التعبير عن الإرادة عبر الحاسوب يمكن إدراجه تحت تصنيف التعبير بالكتابة، لكنها كتابة من نوع خاص فهي ليست كتابة على الورق، إنما كتابة إلكترونية يمكن قراءتها من قبل الإنسان بعد تحويلها من لغة الآلة إلى لغته³، وأن التعبير الصريح عنها يتم بالكتابة إما بالفاكس، بالتلكس أو بواسطة الإنترنت.

1/ التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية:

الإرادة عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه، فهي لا تتخذ مظهرها الاجتماعي، لذا لا يعتد بها القانون إلا بالتعبير والإفصاح عنها manifestation de volonté، والأصل في العقود الرضائية، لا يشترط القانون مظهر خاص أو طريقة خاصة يتعين أن يتم بها تعبير الشخص عن إرادته، فيكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً، أو باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالة على حقيقة مقصود صاحبه⁴.

¹ - قريب من ذلك: - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 299.

² - LINANT de Bellefond, contrats informatiques et télématique, DELMAS, Paris, 1992, p45.

³ - نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 50.

⁴ - المادة 60 من القانون رقم 05-10، القانون السابق، ص 60.

التعبير عن الإرادة يتم عن طريق إرسال رسائل من خلال شبكات الاتصال الخارجي، وتتضمن إما عرضا للتعاقد أو إيجابا وقبولا، ووفقا للمادة 1/11 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية فإنه: "وفي سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

2/ تلاقي الإرادتين في عقود التجارة الإلكترونية:

إذا كانت البيئة الرقمية قد أثرت على ركن التراضي في العقود وطريقة إبرامها، إلا أنها لم تستطع التأثير في تكوين هذه العقود، حيث مازال التراضي في العقود الإلكترونية يتحلل إلى عنصرين، هما أيضا يتصفان بالصفة الإلكترونية وهما الإيجاب والقبول الإلكترونيين.

أ/ الإيجاب الإلكتروني L'offre électronique:

يحب أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين، حتى تتعقد العقود مهما كان نوعها، ويلقى قبول يتطابق ويقترن معه من المتعاقد الآخر، حتى ولو كان مجلس العقد بين غائبين.

أ- تعريف الإيجاب وتحديد شروطه: جل الأنظمة القانونية الوطنية لم تتطرق لتعريف الإيجاب، لذلك تصدى الفقه والقضاء لهذه المسألة¹، فقد أعطيا له العديد من التعاريف التي من خلالها يمكن استنتاج مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر حتى تعد الإرادة المعبر عنها إيجابا، لذا سنتناول تعريفه في نقطة أولى ونحدد الشروط التي يجب أن تتوفر فيه في نقطة ثانية:

¹ راجع في ذلك: آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص ص 142-143، و: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 101-102.

- **تعريف الإيجاب:** في غياب تعريف قانوني للإيجاب، يمكننا القول بأن الإيجاب فقها يعد عرضا كاملا وجازما للتعاقد وفق شروط معينة يصدر من أحد المتعاقدين لشخص أو لعدة أشخاص آخرين¹.

أما التعريف القضائي، فإن محكمة النقض المصرية عرفت بأنه: "العرض الصادر من شخص يعبر على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد"²، كما نجد محكمة النقض الفرنسية الغرفة التجارية في تاريخ 1990/03/06، قضت بأن الإيجاب: "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين حيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"³.

تعرف اتفاقية فيينا للإيجاب بنصها: "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف، وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل كاف، إذا عين البضائع، وتضمن صراحة أو ضمنا، تحديدا للكمية والتمن، أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها"⁴، بالتالي لا يعد العرض الموجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة للإيجاب، إلا إذا بين الشخص بوضوح اتجاه إرادته إلى خلاف ذلك.

- **شروط الإيجاب:** من خلال التعاريف السابقة المقدمة للإيجاب يمكننا أن نستنتج بأن الإيجاب يجب أن يكون عرضا جازما وكاملا يعبر عن إرادة صاحبه، التي تكون مصممة وعازمة نهائيا على التعاقد إذا ما صادفت قبولا لذلك⁵، ويجب أن يتضمن كافة العناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه، كتحديد المبيع والتمن في عقد البيع، وأن يتصل بمن وجه إليه.

¹ - أنظر حول هذه التعاريف: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 145، و: سلطان أنور، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للطباعة و النشر، عمان، 2002، ص 54.

² - مشار إليه لدى: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 146.

³ - مشار إليه لدى: الجمال سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 102، و: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 146، وكذا: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 77.

⁴ - المادة 14 من إتفاقية فيينا لسنة 1980، بشأن عقود البيع الدولية.

⁵ - أنظر في ذلك: لببيب شنب، الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 107، و سعداوي سليم، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 39.

أ²/ تعريف الإيجاب الإلكتروني: لم تتعرض القوانين المدنية الوطنية الحديثة لتعريف الإيجاب الإلكتروني¹، لذا سوف نتعرض إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني في بعض القوانين الدولية، ثم إلى بعض الآراء الفقهية في ذلك:

- تعريف الإيجاب الإلكتروني في القوانين الدولية: نصت المادة 1/11 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"، وقد تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي يلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدة أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوحه عام ما لم يشير إلى غير ذلك"²، أما التوجيه الأوروبي³ فقد أورد نصا يفيد بأن الإيجاب هو: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"⁴.

نستنتج من خلال هذه التعاريف المقدمة للإيجاب الإلكتروني أنها اشترطت فيه أن يكون معبرا عنه عن طريق رسائل البيانات المرسله بالطريق الإلكتروني، وكذا أن تكون موجهة إلى شخص أو أشخاص محددين، وعلى أن تحض بقبول من وجهت إليه.

- تعريف الفقه للإيجاب الإلكتروني: يرى جانب من الفقه أن الإيجاب في العقد الإلكتروني هو: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة

¹ - آمانج رحيم، المرجع السابق، ص 142.

² - أنظر: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 147-148، و: الجمال سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 104، و: أبو الحسن مجاهد، خصوصيات التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 63، و: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 78.

³ - التوجيه الأوروبي رقم: 97-7 الصادر بتاريخ 20 آيار 1997، المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد.

⁴ - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 79، و: الجمال سامر حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 104، و: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 81.

مسموعة مرئية، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"¹، في حين عرفه البعض بأن: "تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال - سواءا كانت مسموعة أو مرئية أو كليهما - ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول"²، بالتالي يمكن تعريفه بأنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، من خلال شبكة الاتصالات الدولية بوسيلة مسموعة مرئية، إذن الخلاف الموجود بين الإيجاب الإلكتروني والإيجاب العادي تكمن فقط في الوسيلة التي يوجه بها.

ب/ القبول الإلكتروني L'acceptation électronique:

مكنك وسائل الاتصال الحديثة من التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية، والتي يسميها البعض: "التعبير عن الإرادة عن طريق الآلة"³، سنحاول أن نعرف ما نعنيه بالقبول الإلكتروني.

ب1/ تعريف القبول الإلكتروني: القبول هو التعبير عن إرادة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد، وحتى ينتج القبول أثره في انعقاد العقد لا بد أن يتطابق تماما مع الإيجاب، وإذا كان هناك اختلاف بين القبول والإيجاب اعتبر ذلك إيجابا جديدا وليس قبولا، ومفهوم القبول الإلكتروني لا يخرج عن هذا الإطار سوى أنه يتم عن بعد عبر استخدام وسائل إلكترونية، شأنه شأن الإيجاب الإلكتروني، وأن وجه الخصوصية فيه تكمن في طبيعة الوسيلة التي تم توجيهه عبرها، وأن يصدر والإيجاب مازال قائما وأن يكون مطابقا له⁴.

لا يشترط في القبول شكل معين، إلا أن هناك تشريعات اشترطت أن يتم توجيهه بنفس الطريقة التي استعملت في توجيه الإيجاب، ومنها القانون التجاري الأمريكي الموحد في مادته

¹ - أنظر حول ذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 148، و: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 79، و: محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 67.

² - محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص 67.

³ - « consentement échangé avec la machine »

⁴ - BOCHURBERG Lionel, op cit , p115.

2/206 التي نصت على أنه: "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب"¹، وبالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر موقع الويب فيجب على القابل أن يعبر عن إرادته في حالة القبول بذات الطريقة، أما إذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فطبقاً للقانون النموذجي فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب، والذي يكون عادة صندوق البريد الإلكتروني الخاص به، أو إرسال القبول بذات الطريقة التي أرسل بها الإيجاب².

ب2/ الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني: أهم ما يشترط في القبول أن يصدر والإيجاب مازال قائماً وسارياً، وأن يتطابق معه تطابقاً تاماً، غير معدلاً فيه بالزيادة أو بالنقصان، وإلا عد إيجاباً جديداً، وبذلك يكون أساساً في تحقيق ركن التراضي المتطلب لانعقاد العقد، وبالتالي فإن أهم الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني حتى ينتج آثاره هما شرط أن يكون هذا القبول صريح وواضح صادر عن وعي وإدراك، وأن يكون غير مشروط يتطابق مع الإيجاب في كل المسائل التي تضمنها نقطة بنقطة، شرط بشرط، أي نفس شروط القبول التقليدي³.

الفرع الثاني

استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة

الأصل في العقود حرية الأطراف في اختيار شكل أو طريقة أو وسيلة التعبير عن إرادتهم، وهو ما نصت عليه المادة 59 من ق م ج، التي تنص على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، حيث لم تشترط أي شكل أو طريق

¹ - راجع حول ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 341، و: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 168.

² - BENSOUSSAN Alain, op cit, p121.

³ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 175.

للتعبير عن الإرادة، لكن كما يقول الفقهاء لكل قاعدة استثناء، فقد يشترط القانون على الأطراف إفراغ إرادتهما على شكل معين لأجل اعتبار التصرف القانوني - العقد - منتج لآثاره¹.

إذا كانت الكتابة مطلوبة كركن في العقد (سواء كانت عرفية أو رسمية)، فإننا نتساءل في هذا الصدد، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية أي مكتوبة في دعامات إلكترونية؟

تتص القوانين على إمكانية إفراغ الإرادة في قالب كتابي - رسائل البيانات - عند إبرام عقود التجارة الإلكترونية، فإننا سوف نحاول أن نبين وسائل إبرام هذه العقود من خلال ما يلي:

أولاً: تبادل رسائل البيانات الإلكترونية:

تعتمد التجارة الإلكترونية بصفة أساسية على تكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات EDI، التي يقصد بها تبادل البيانات المتعلقة بالأعمال التجارية في صيغ نمطية بين أجهزة الكمبيوتر للأطراف المتعاملة من خلال شبكة اتصالات إلكترونية، الإنترنت دون حاجة لاستخدام مستندات ورقية، إذن تبادل البيانات المعالجة بلغة الكمبيوتر، هي الوسيلة الفنية لإبرام العقود الإلكترونية، سوف نتناول دراسة هذا العنصر من خلال النقاط التالية:

1/ التعريف بنظام تبادل رسائل البيانات الإلكترونية:

قبل التعرض لتعريف نظام التبادل الإلكتروني للبيانات، علينا أن نعرف أولاً المقصود من رسالة البيانات.

أ/ تعريف رسالة البيانات الإلكترونية:

جاء تعريف رسالة البيانات في المادة 02 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بأنها: المعلومات² التي يتم إنشاءها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، أو ضوئية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي، إذن هي تقوم أساساً على

¹ - قريب من ذلك: - مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 69.

² - المعلومة: كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأي وسيلة كانت، وهي تتكون من عنصرين، هما: الصياغة والنقل، وسبب وجودها هو قابليتها للنقل للغير.

المعلومات، وهذا أدى بالتشريعات إلى تعريفها، ونذكر على سبيل المثال المشرع الأمريكي الذي عرّف المقصود بالمعلومات في المادة 10/02 من قانون المعاملات التجارية الإلكترونية¹ بأنها: "تشمل البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات وما شابه ذلك"، حيث جاء النص باللغة الأصلية له كآتي:

“Information: means data, images, sounds, codes, computer programs, software, databases, or the like”

كما أن المشرع الأمريكي أضاف عبارة "أو ما شابه ذلك" تحسبا لما قد يظهر من أشكال جديدة لها².

ب/ تعريف التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات:

يستخدم نظام تبادل رسائل البيانات في الكثير من العمليات، مثل إجراء التفاوض بين الأطراف، إبرام العقود والاستعلامات وطلبات الشراء، ومواعيد الشحن والتسليم وبيانات الإنتاج... الخ، وهناك تعريفين لرسائل البيانات، الأول قانوني، والثاني فقهي، سنحاول دراستهما كآتي:

ب1- تعريف تبادل البيانات قانونا: يعرفه قانون الأونسيترال في المادة 02/02 منه بأنه: "نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، غير أن بعض شرّاح القانون يرون أن عبارة نقل المعلومات من كمبيوتر إلى كمبيوتر هي عبارة حصرية إلى حد ما، لأنه يمكن إنتاج المعلومات في كمبيوتر، ثم يتم تخزينها في شكل رقمي (في قرص مضغوط مثلا)، وبعد ذلك يتم نقلها يدويا، لتسترجع فيما بعد في كمبيوتر آخر³.

¹ قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي الصادر سنة 1999.

² SYED MAHBUBUR Rahman, Electronic Commerce Opportunity and Challenges, IDEA Group Publishing, USA, 2000, p p 234-235.

³ أنظر في هذا المعنى: ممدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 66، راجع كذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 125.

كما عرف النظام بأنه: "إرسال بيانات المعاملات التجارية والإدارية من جهاز كمبيوتر إلى آخر باستعمال نموذج معد سلفا لنقل تلك البيانات"¹.

تناول المشرع الجزائري نظام التبادل الإلكتروني في المادة 3/414 من ق ت ج، حين تناولت موضوع تقديم السفتجة للإطلاع عليها أو للدفع، بنصها على أنه: "...يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما". وهو نفس الحكم الذي تناولته المادة 502 من نفس القانون²، بنصها على: "يعد التقديم للشيك إلى إحدى غرف المقاصة بمثابة تقديم للوفاء. يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا، بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما". وهو بمثابة اعتراف بالسندات التجارية الإلكترونية في التشريع التجاري الجزائري، وبالتالي إمكانية إبرام التصرفات التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية.

ب2- تعريف تبادل البيانات فقها: يعرف جانب من الفقه تبادل البيانات إلكترونيا بأنه "مجموعة من القواعد والعمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم إلكترونيا"، يرى أنصار هذا الرأي أنها عملية تحويل المعلومات الخاصة بالأعمال التجارية، والتي كانت تنتقل بصورة تقليدية على الورق، إلى صيغ إلكترونية ودون أي تدخل من العنصر البشري.

بينما يعرفها جانب آخر من الفقه الأمريكي بأنها: "عملية تبادل البيانات والمعلومات بين أطراف محددة بطريقة إلكترونية من خلال الكمبيوتر"³.

2/ جهود المؤسسات الدولية لتوحيد قواعد التبادل الإلكتروني للبيانات:

أدى النمو المطرد للتبادل الإلكتروني للبيانات، وازدياد المتعاملين في التجارة الإلكترونية إلى وجود لغة إلكترونية موحدة، تفادي سوء الفهم والاختلاف في التفسير، المتعلق بالحقوق

¹ - وثيقة الأونكتاد الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة، والمنسوخة باللغة العربية رقم:

UNCTD, TD /B/C328 ,item10.

² - أمر رقم 75-59 مؤرخ في 1975/06/29، يتضمن القانون التجاري الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-02، مؤرخ في 2005/02/06، ج ر ع 11 صادر في 2005/02/09.

³ - JILOVEC Nihad, The A to Z of EDI and its Role in E-Commerce, 2nded, Published by Loveland, New-York, 2001, p 12.

والالتزامات لكل من طرفي العقد الإلكتروني¹، وفيما يلي نتناول جهود بعض المؤسسات الدولية من أجل توحيد قواعد التبادل الإلكتروني للبيانات.

أ/ جهود غرفة التجارة الدولية:

كانت أول محاولة دولية لإحداث التناسق في الممارسات المتعلقة بهذا الصدد، هي إعداد قواعد السلوك الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات التجارية، بواسطة الإرسال عن بعد سنة 1987، تحت رعاية غرفة التجارة الدولية، بهدف التوصل إلى نموذج نمطي لاتفاقات أو أنظمة بهذا الصدد، تختار الأطراف المعنية من نصوصها ما تراه أوفى بتحقيق أهداف علاقتهم².

ب/ جهود اللجنة الاقتصادية لأوروبا Economic Commission for Europe:

هذه اللجنة قامت بوضع القواعد المتعلقة بتبادل البيانات إلكترونياً في مجال³ الإدارة والنقل ، قصد توحيد لغة التبادل بين أطراف التعامل في الدول المختلفة.

ج/ جهود المنظمة البحرية الدولية IMO⁴:

قامت المنظمة البحرية الدولية باعتماد القواعد المنظمة للإرسال الإلكتروني لسندات الشحن الإلكترونية لسنة 1990، تتمثل أهم هذه القواعد في السماح بالتحويل المتتابع لملكية البضاعة أثناء الرحلة البحرية عن طريق الرسائل الإلكترونية، حيث يستطيع الشاحن تعيين شخص ما لاستلام البضاعة، ويخطر الناقل بذلك فيؤكد الناقل وصول هذا الإخطار إليه، وتجري التحويل عن طريق ما يعرف بالمفتاح الخاص Private Key، الذي يعطيه الناقل لمن يحدده الشاحن كصاحب حق في استلام البضاعة.

¹ - BENJAMIN Wright & JANE K. Winn, The law of electronic commerce, third edition, A division Of Aspen Publishing- INC, New York, USA, 2000, p 7.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 126.

³ - JILOVEC Nihad, op cit, p 39.

⁴ - International Maritime Organisation.

د/ جهود الغرفة الدولية للنقل البحري:

وضعت الغرفة الدولية للنقل البحري، قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية عن بعد، تهدف بذلك إلى التوصل لنموذج نمطي لاتفاقات تبادل البيانات إلكترونياً، تختار الأطراف المعنية من نصوصه ما تراه مناسباً لتحقيق أهدافها.

ه/ منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية:

ساهمت في هذا المجال منظمة الأمم المتحدة للتجارة والتنمية، حيث ابتكرت هذه الأخيرة عدة أنظمة تقوم على أساس التبادل الإلكتروني للبيانات، مثل النظام المقدم لمعلومات البضائع، والنظام الآلي للبيانات الجمركية، والبرنامج المحوسب المتعدد الجوانب في مجال النقل¹.

و/ المنظمة العالمية للملكية الفكرية:

ساهمت هذه الأخيرة في هذا المجال عن طريق وضع نظام لتسوية طائفة من منازعات التجارة الإلكترونية، وهي تلك المتعلقة بأسماء النطاق أو الحقول الإلكترونية².

ثانياً: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني:

يعتبر البريد الإلكتروني E-mail، أهم وسيلة للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، لذا سنحاول التعرف على البريد الإلكتروني أولاً، ثم نتعرض لإجراءات التعبير عن الإرادة عبر هذا الوسيط، لنتناول في الأخير الوسيلة التي يتم بها التعبير عن الإرادة عبر هذا الأخير.

1/ تعريف البريد الإلكتروني:

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، وينظر عادة إليه على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي، وبذلك يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 127-128.

² - خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص 128.

عليه، لأنه عندما تضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد الإلكتروني فإنك تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استردادها، فذلك الخال بالنسبة للبريد الإلكتروني¹.

2/ إجراءات التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني:

تتم عملية إرسال رسائل عبر البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص، بمعرفة عنوانه، ويتكون عنوان البريد الإلكتروني من ثلاثة أجزاء، الأول هو اسم الدخول Login name، والثاني هو علامة أروبار @، أما الثالث فهو اسم الحقل Domain name لذلك الشخص، وتتم عملية التعبير عن الإرادة من خلاله، عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك في شبكة الإنترنت، بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة بيانات إليه، ويقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج Send، وحينئذ يقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص به، بإرسال الرسالة الخادم Mail-Server، وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم، يقوم هذا الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه، فتخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يسمى الوارد Inbox، ويستطيع هذا الأخير عند فتحه قراءة الرسائل التي وصلت إليه والرد عليها عن طريق زر الرد على الرسالة Reply².

3/ وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني:

وسيلة التعبير الإلكتروني عن الإرادة هي الكتابة، ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت، فإذا كانت الكتابة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بواسطة القلم، وكما كان القلم اختراعا عظيما في زمن تاريخي معين، فإن الكمبيوتر لا يزيد عن اعتباره آلة طابعة بشكل حديث يتم نقر الأصابع عليها بدلا من الإمساك بالقلم، كل ما هناك أن التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم إلكترونية³.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص 268.

² - راجع : العجلوني أحمد خالد، التعاقد عن طريق الإنترنت - دراسة مقارنة - دار الثقافة، القاهرة، 2002، ص 48.

³ - راجع: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 169.

المطلب الثاني

توثيق الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

سبق لنا التأكيد أن العقود تبرم بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين، وإذا أراد أحد الأطراف التأكد من جدية الطرف الآخر المتعاقد معه عن ارتضائه الالتزام بما تم تبادل الإرادة بشأنه، يجب عليهما وضع توقيعاتهما على رسائل البيانات التي تم تبادلها بينهما، والتي تحمل في مضمونها إرادة الأطراف.

سنتناول دراسة مسألة توقيع عقود التجارة الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم التطرق لصور هذا التوقيع ووظيفة العقد الموقع عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

توقيع عقود التجارة الإلكترونية

عقود التجارة الإلكترونية كسائر العقود عامة، لا تلزم المتعاقدين إلا إذا كان ممهور بتوقيعاتهما، وبالنظر إلى طبيعتها الإلكترونية، يتعذر التوقيع عليها بالطريق المألوفة في العقود التقليدية¹، كون أن طبيعة التوقيع تتفق عادة مع طبيعة العقد، أو التصرف أو المستند الذي يحمله، كما أن جدال فقهي قد ثار بشأن طبيعة الكتابة التي تكون ممهورة بهذا التوقيع، فيما إن كانت تعتبر شرط لإثبات العقود، أم أنها تعتبر ركن لانعقاد العقد وصحته، سوف نتناول هاتين النقطتين على التوالي:

أولاً: التعريف بالتوقيع الإلكتروني La signature électronique:

يكون للعقد الإلكتروني قيمة قانونية ودرجة عالية من الإلزام، إذا تم التوقيع عليه من أطرافه، التوقيع بشكل عام — تقليدي أو إلكتروني — هو وسيلة يعبر بها أحد الأشخاص عن

¹ - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 233.

إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين، وقد يحصل إما بالإمضاء أو ببصمة الأصبع أو ببصمة الختم.

لقد كان الفقه سابقا لتعريف التوقيع الإلكتروني، ثم جاء فيما بعد القانون والقضاء في وضع تعاريف لهذا الأخير، وسوف نتناول في هذه النقطة مختلف التعاريف التي قيلت في شأن التوقيع الإلكتروني، بادئين أولا بالتعريف القانوني، ثم الفقهي فالقضائي على التوالي:

1/ تعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني:

أصدرت لجنة الأمم المتحدة للتجارة "الأونسيترال" قانونا خاصا بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001، تصدت من خلاله لتعريف هذا التوقيع، وكيفية استخدامه والقواعد الخاصة به، وذلك مساعدة من اللجنة للدول في وضع قواعد خاصة به، حيث عرفت المادة (1/2) من هذا القانون¹ التوقيع الإلكتروني بأنه: "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها ومرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"، ويأخذ على هذا التعريف أنه لم يتم بتحديد أنواع التوقيع الإلكتروني المستخدم، تاركا للدول إصدار تشريعات خاصة بتحديد أنواع التوقيع وكيفية استخدامه للدلالة على شخصية الموقع والتزامه بالمحرر أو المستند الإلكتروني، إضافة إلى أن هذا التعريف قام بتحديد الوظائف التي يقوم بها التوقيع وهي: تعيين هوية الموقع على رسالة البيانات، ودلالته على التزامه وموافقته على المعلومات الواردة فيها، وهي نفس الوظائف التي يقوم بها التوقيع العادي².

نجد أيضا على مستوى المنظمات الدولية، أول نص أوروبي يتعلق بموضوع التوقيع الإلكتروني، هو التوجيه الأوروبي رقم 1993/99 الخاص بالتوقيع الإلكتروني، والذي نص في المادة 1/02 بأن التوقيع: "عبارة عن معطيات ذات شكل إلكتروني مرتبطة أو مدرجة بمعطيات إلكترونية

¹ - قواعد الأونسيترال الموحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، المنشور باللغتين العربية والإنجليزية على الموقع: <http://www.uncitral.org.stabl/ml-elecsig-a.pdf>.

² - لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 244.

أخرى التي يمكنها أن تقوم بوظيفة التعريف"، تضمن نوعين من التوقعات، الأول هو التوقيع الإلكتروني العام، يتم بأي طريقة أو إجراء إلكتروني، والثاني هو التوقيع المتقدم أو المعزز، والذي يكون محررا بشكل يجعل من أي تعديلات لاحقة عليه يمكن تبيينها¹، ويأخذ على هذا التعريف أنه لم يتطرق لمسألة رضا الموقع على خلاف قانون الأونسيترال المذكور أعلاه².

على مستوى القوانين الداخلية للدول، نص القانون الفيدرالي الأمريكي، على: "يقصد بالتوقيع الإلكتروني أي رمز أو وسيلة بصرف النظر عن التقنية المستخدمة إذا ما تم نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند"³، كما أننا نجد قانون المعاملات الإلكترونية الأردني قام بتعريف التوقيع الإلكتروني في المادة 02 منه التي عرفت به بأنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه"⁴.

يلاحظ أن جميع التعريفات التي جاءت بها قوانين المعاملات الصادرة في الدول العربية لم تقم بتحديد أنواع التوقيع الإلكتروني على سبيل الحصر وإنما ذكرتها على سبيل المثال⁵، كي

¹ - « liée aux données auxquelles elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure des données soit détectable », art 2.2 de la directive 1999/93/CE du parlement Européen et du conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques.

² - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 289.

³ - أنظر حول ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 244 و 245.

⁴ - أنظر في ذلك: خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص 245، وكذا: لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 125، وكذا: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 289-295.

⁵ - عرف قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي التوقيع الإلكتروني في المادة الثانية منه بأنه: "توقيع مكون من حروف وأرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"، كما أورد نفس القانون تعريف التوقيع الإلكتروني المحمي بأنه: "التوقيع الذي المستوفي لشروط المادة (20) من هذا القانون"، حيث تبين هذه المادة الشروط الواجب توفرها في هذا التوقيع إضافة لبيان وظائفه من حيث ارتباطه بالمحرر الإلكتروني وبيان شخصية الموقع والتزامه بما ورد في هذا المحرر وسيطرة الموقع على هذا التوقيع، كما نجد المشرع المصري قد قام بإصدار قانون خاص بالتوقيع الإلكتروني، حيث قام بتعريف التوقيع الإلكتروني في المادة (1/أ) منه بأنه: "ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد

تستوعب التطورات التكنولوجية كما قلنا سابقا، إضافة لتركيزها على الوظائف التي يقوم بها في مجال التجارة الإلكترونية، والذي يعد إزالة للعقبات التي تعترضها والتي تفرض أن يكون المحرر موقعا عليه بخط اليد من قبل الملتمزم به.

2/ التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

تختلف التعاريف التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني باختلاف النظرة إليه، فهناك من يعرفه بناء على رسائل البيانات التي يتم بها، أو بحسب الوظيفة أو الدور الذي يؤديه التوقيع، أو بناء على التطبيقات العملية للتوقيع، وبالرغم من اختلاف هذه التعريفات إلا أننا نقسمها إلى طائفتين هما:

أ/ الطائفة الأولى: ارتكزت في تعريفها له على الكيفية والطريقة التي ينشأ من خلالها، حيث ركزت على أنه ينشأ من إجراءات غير تقليدية أو معادلات خوارزمية، إضافة لعدم بيانها لدور أو الوظيفة التي يقوم بها التوقيع الإلكتروني، وهي تحديد هوية الشخص وبيان موافقته التزامه بما جاء بمضمون المحرر، ومن هذه التعريفات، نذكر: "التوقيع الناتج عن إتباع إجراءات محددة تؤدي في النهاية إلى نتيجة معينة معروفة مقدما، فيكون مجموع هذه الإجراءات هو البديل للتوقيع التقليدي"¹، وعرف أيضا بأنه: "كل توقيع يتم بطريقة غير تقليدية أي أنه يتم بطريقة إلكترونية"، كما عرف بأنه: "استخدام معادلات خوارزمية متناسقة يتم معالجتها من خلال الحاسب الآلي تنتج شكلا معينا يدل على شخصية صاحب التوقيع"².

يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره". راجع حول ذلك: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني

الجزائري، مرجع سابق، ص 188-190، وكذا: لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 125-128، و: سداوي سليم، المرجع السابق، ص 70.

¹ - لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 127.

² - يقصد بالتوقيع الإلكتروني الرمز المصدري أو الرقم السري الذي يتم إدخاله في جهاز الحاسب عن طريق وسائل الإدخال، ليتم من خلاله إنجاز بعض المعاملات بإتباع إجراءات محددة متفق عليها بين أطراف الالتزام وضمن الحدود التي تم الاتفاق عليها بين طرفي العلاقة القانونية، راجع حول ذلك: ابن مقلان محمد، وظائف التوقيع الإلكتروني، مقال منشور على الموقع:

E-mail : nailto.moglen@ columbia.edu.

ب/ **الطائفة الثانية:** ركزت على كيفية إنشاء التوقيع الإلكتروني، على اعتبار أنه مجموعة من الإجراءات التقنية، دون تحديد وظائف لهذه الإجراءات، تاركا المجال لأي إجراءات قد تستجد وتكون ذات كفاءة على تحقيق وظائف التوقيع، إضافة إلى إبراز الوظيفة التي يقوم بها التوقيع وهي تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته الموافقة على مضمون المحرر الإلكتروني الذي تم وضع التوقيع عليه، ومن هذه التعريفات أيضا، تعريفه بأنه: "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات، وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبةه"، هذا التعريف يعتبر الأقرب من حيث الوضوح، في كيفية تكوين التوقيع، حيث أنه أبرز كيفية قيام التوقيع تاركا للتشريعات القيام بتحديد الصور المختلفة له وفتاحا المجال للتطورات التكنولوجية التي يمكن ظهورها مستقبلا، إضافة لإبرازه للوظيفة التي يقوم بها هذا النوع من التوقيعات، وهو التعريف المختار من قبل أغلب التشريعات¹.

عرف بعض الفقه التوقيع الإلكتروني بأنه: "توقيع يقوم على مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتاح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام ليتم إخراجها على شكل رسالة إلكترونية تتضمن علامات مميزة للموقع من غيره ومشفرة بإحدى طرق التشفير، ويتم تداول الرسالة إلكترونيا من خلال الوسائل الإلكترونية"².

3/ التعريف القضائي للتوقيع الإلكتروني:

اتبعت محكمة النقض الفرنسية في تعريفها للتوقيع الإلكتروني مسلك تعريفها للتوقيع التقليدي، فبعدما عرفت هذا الأخير بأنه: "شهادة بخط اليد تكشف عن رضا الموقع بهذا التصرف وتمكن من التحقق من إسناد التوقيع لصاحب الوثيقة"، قررت بأن: "هذه الطريقة الحديثة (التوقيع الإلكتروني) تقدم نفس الضمانات اليدوية الذي يمكن أن يكون مقلدا، بينما الرمز السري لا يمكن أن يكون إلا لصاحب الكارت فقط"³، ثم كرس القضاء بعد ذلك، هذا النوع الجديد من التوقيعات باعتباره

¹ - ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 236.

² - كما عرف أيضا بأنه: مجموعة من الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع من أجله، أنظر في ذلك: محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 173.

³ - « ce procédé moderne présente les même garanties que la signature manuscrite la quelle peut être imitée tandis que le code secret n'est connu que du seul titulaire de le carte »

توقيع صحيح معترف به قانوناً على أنه: كل رمز خطي مميز وخاص يسمح بتحديد وتشخيص صاحبه بدون لبس ولا غموض، وانصراف إرادته الصريحة للالتزام بمحتوى ما تم التوقيع عليه¹، وقد أقرت محكمة النقض المصرية هذا الاتجاه في حكمها الصادر بتاريخ 1989/11/08، بخصوص قبول التوقيع الرقمي في حالات الوفاء بالبطاقة البنكية، تطبيقاً لحكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق المشهور بقضية "كريدكاس"²، أين أسست حكمها على أن قواعد الإثبات المنصوص عليها في المادتين 1134 و 1341 من التقنين المدني الفرنسي³ اللتان تجيزان للأفراد مخالفة أحكامهما باعتبارهما قاعدتين مكملتين، وهو ما أخذت به محكمة استئناف مونتيلييه في قرارها الصادر بـ: 1987/04/09، حيث اعترفت به المحكمة، وجاء في حيثيات الحكم: "طالما أن صاحب البطاقة هو الذي قام باستخدامها، وهو الذي قام أيضاً بإدخال الرقم السري في نفس الوقت، فإنه يكون قد عبر عن رضاه وقبوله سحب هذا المبلغ المسجل، وبناءً عليه فإن شركة crédicas، قد قدمت دليل كافي على ديونها بواسطة تسجيل الآلة لتلك العملية والتي كان يتعذر قبولها لو لم يكن استخدام البطاقة متزامناً مع إدخال الرقم السري"، غير أن محكمة النقض الفرنسية تراجعَت في قرارها هذا بعض الشيء، وهذا راجع لحاجات الدقة والفعالية والأمن، حيث قضت على أنه بناءً على نص المادة 130 من التقنين التجاري الفرنسي، التوقيع الصادر من الشخص الذي يدعي صحته وصلاحيته لا يتم بمجرد ذكر الرقم السري في النص المرسل بواسطة التلكس، إذ أن هذا الرقم لا يعدو أن يكون المفتاح السري⁴.

مشار له لدى: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 287.

¹ - « constitue une signature valable, toute marque distinctive et personnelle manuscrite permettant d'individualiser son auteur son doute possible, et traduisant la volonté non équivoque de celui-ci de consentir à l'acte »

مشار إليه لدى: نفس المرجع، ص 287.

² - راجع تفاصيل قضية "كريدكاس" باللغة الفرنسية والحكم الصادر بشأنها على الموقع:

<http://www.credicas.onlineau.fr/memoire/1820.pdf>

³ - Loi n° 2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O. du 14 mars 2000, (ci-après appelée la loi n° 2000-230).

⁴ - محمد السعيد رشدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقاً للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1996، ص ص 54-55.

ثانياً: شروط التوقيع الإلكتروني:

بعد تعريفنا للتوقيع الإلكتروني، توصلنا إلى أنه مشابه للتوقيع التقليدي من حيث القيمة القانونية، واعتباره شكلاً جديداً من أشكال التوقيع، فإن هذا الأمر يتطلب منا دراسة الشروط التي يتوجب توافرها في هذا التوقيع ليكون منتجاً لكافة آثاره.

نجد تشريعات — الخاصة بالتجارة الإلكترونية عامة وبالتوقيع الإلكتروني خاصة —، ذكرت الشروط الواجب توافرها في التوقيع بشكل مباشر، بينما لم تقم بذلك تشريعات أخرى، لكن يمكن استنتاجها هذه الشروط من مضمون نصوصها، وفيما يلي الشروط التي يتوجب توافرها في التوقيع الإلكتروني:

1/ أن يكون التوقيع الإلكتروني علامة مميزة للموقع:

يصدر عن أي شخص توقيع إن تبلور على شكل مادي، وهذا الشكل هو الذي يكون مميزاً لشخص الموقع عن غيره ومحدداً هويته، لأن التوقيع يكون عائداً إلى الموقع نفسه ويسأل عن كافة التصرفات التي تبرم من خلال الإشارة عليه بالتوقيع¹، لأنه مهما كان شكله الذي تبلور فيه، يتم الاعتراف به كعلامة مميزة للموقع دون غيره، سواء تم ذكر الاسم أسفل التوقيع أم لم يذكر، ويفضل إدراج الاسم أسفل التوقيع.

يعد التوقيع الإلكتروني من العلامات المميزة للموقع دون غيره، ولا يمكن توافر عدة نسخ له، لأنه عندما يتم إصدار التوقيع فلا يتوقع إصدار نفس التوقيع لشخص آخر، مما يؤدي إلى إهدار حقوق الغير وإلغاء السمة الأساسية التي يمتاز بها التوقيع الإلكتروني، وهي توفير الأمان لمستخدمي العقود الإلكترونية، بإتمامها من خلال التوقيع الذي يتم إدراجه، لأنه من خلاله يتم تحديد شخص الموقع والمعلومات الأساسية عنه، ومركزه، وفي حال إنشاء توقيع فإنه يتضمن علامات تميزه عن غيره، لأنه قائم على الخصائص الذاتية، فلا يمكن مثلاً التشابه في قزحية

¹ - أنظر: سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، الدار الجامعية للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 51.

العين أو بصمة الأصبع، فلا يتصور أن يكون هناك تشابه، لأن الله عزّ و جل لم يخلق أي تشابه أو تطابق في بصمات الأصبع أو في قزحية العين¹.

2/ التعبير عن إرادة صاحب التوقيع:

يعني هذا الشرط وجوب أن يعكس التوقيع رضا الموقع وإقراره بالتصرف الذي وقع عليه أياً كان شكل التوقيع، وقد سبق وأن تم الاعتراف بتحقيق هذا الشرط بخصوص استخدام الأرقام السرية لبطاقات الائتمان المصرفية في أجهزة الحاسب الآلي، ويعد ذلك بمثابة تعبير صريح عن إرادة الارتضاء بالتصرف²، نفس الشرط يتحقق مع كل أشكال التوقيعات الإلكترونية الأخرى، التي أصبحت تعتمد على تكنولوجيات فاقت بكثير تكنولوجية البطاقات المصرفية، وهو ما أثر على التشريعات وجعلها تعترف بحجيته وإعطائه نفس القيمة القانونية الممنوحة للتوقيع التقليدي، باعتباره يعكس إرادة صاحبه دون أدنى شك خاصة مع تقنيات التشفير وإجراءات الأمان المتبعة في ذلك، بل وبشكل أفضل من التوقيع التقليدي³.

3/ ارتباط التوقيع بالمحرر الإلكتروني ارتباطاً وثيقاً:

ينتج عن التوقيع العادي على السند العادي، تحقق اتصال التوقيع بالسند، اتصالاً مادياً وكيميائياً ملازماً وممكناً، بحيث لا يمكن معه فصل أحدهما عن الآخر، ما لم يجر إتلاف السند، أو إحداث تعديل في التركيب الكيميائي للحبر ومادة الورق المستخدمة، أما في التوقيع الإلكتروني، وبما أنه لا يوجد ورقة أو سند مادي، كما لا يوجد توقيع مادي، فإن الاتصال بين

¹ نجد أن أغلب التوقيعات الإلكترونية تقوم بناءاً على الأساسيات التي تستمد من جسم الإنسان، لتكون أكثر أمناً لمستخدمي شبكة الإنترنت، كذلك الحال بالنسبة إلى الرقم السري، فلا يتصور أن يتم تكرار أو تشابه في الرقم السري داخل النظام الواحد، فهذا الرقم الذي يمنح إلى العميل يميز كل عميل عن الآخر، فلا يستطيع أحد معرفة أو استخدام الرقم السري الخاص بعميل آخر، إلا إذا تم الحصول عليه من العميل بنفسه بناءاً عن رغبته أو نتيجة لإهماله في الحفاظ على الرقم الخاص به، أنظر: محمد فواز المطابقة، المرجع السابق، ص 176، وكذا: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 247، و: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 302.

² محمود ثابت محمود، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة المحاماة، العدد الثاني لسنة 2002، ص 622.

³ بالرغم من أننا نجد بعض الفقه، يرى بأن التوقيع الإلكتروني لا يمكن أن يؤدي وظيفة تحديد هوية الشخص وإفصاحه عن إرادته والتزامه بمضمون المستند كونه يقوم على وسيط غير مادي، راجع في ذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 302، وكذا: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 247 و 248.

التوقيع والسند يبدو واهياً، وعرضة للتلاعب من جراء إمكان إحداث تعديل، وإدخال بيانات أخرى تتفق مع مصالح مستعمل جهاز الحاسوب، من دون أن يترك ذلك أي أثر مادي يمكن أن يستدل عليه¹، غير أن ارتباطه بمضمون السند من الأمور التي ترتبط ارتباطاً أساسياً به، ولا يمكن فصله عنه، ويعود ذلك إلى كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر الإلكتروني، ومن أهم التقنيات المستخدمة في استمرار الارتباط هو استخدام مفتاحي التشفير العام والخاص، بحيث لا يستطيع الغير الإطلاع على مضمون رسالة البيانات المرسلّة، لأن هذا النص يكون غير مفهوم وغير واضح للآخرين، كونه عبارة عن رموز وإشارات لا يمكن فهمها دون استخدام مفتاح التشفير الخاص الذي يحول النص المشفر إلى الوضع الأصلي الذي تتم قراءته بشكل واضح ومفهوم².

يزيل توفر هذه الشروط كل شك بخصوص قيام التوقيع الإلكتروني بنفس وظائف التوقيع التقليدي، بل وأكثر من ذلك خاصة مع التوقيع المتقدم³ الذي تسهر عليه جهات محايدة⁴، وبالتالي لا مجال للتراجع عن استعمال التوقيع الإلكتروني بعد أن تجسد استعمال المحررات الإلكترونية، التي لا تقبل إلا إذا كانت ممهورة بهذا النوع الجديد من التوقيع.

¹ - رد على هذا الرأي أن هذا الإشكال يمكن التغلب عليه في ظل التطور التقني في مجال نظم المعلومات والاتصالات، وما يبذله المختصون في هذا المجال من جهود لتوفير أكبر قدر ممكن من الأمان والحماية والسرية في هذه المعلومات، كما هو الأمر في تسجيل البيانات الإلكترونية وحفظها على دعائم إلكترونية غير قابلة للتعديل، يمكن استرجاعها عند الضرورة، وتتيح التوقيع عليها بوسائل مشفرة يصعب الوصول إليها. كما يمكن الاستعانة بجهات التوثيق الإلكتروني، التي يمكن أن تحفظ التصرفات الإلكترونية بطريقة سرية وآمنة.

² - أنظر في ذلك: محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 178، و: حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 178.

³ - وهو نوع من التوقيع الإلكتروني يوفر حماية فائقة للتصرفات الإلكترونية التي يوضع عليها.

⁴ - هي جهات التصديق الإلكتروني.

الفرع الثاني

صور التوقيع الإلكتروني ووظيفة العقود الموقع عليها

للتوقيع الإلكتروني عدد لا يحصى من التطبيقات، كونه في تطور وتجدد مستمر، وفيما يلي سنحاول بيان بعض أنواع التوقيع الإلكتروني التي تم التوصل إليها إلى غاية هذا الوقت، وهذا ما سنتناوله في النقطة الأولى.

عند إبرام العقود، قد تضع الأطراف المتعاقدة توقعاتها على وثيقة العقد، وهذا لأجل إضفاء نوع من جدية على ارتضاءها الالتزام به، ناهيك عن الدور الإثباتي الذي يؤديه التوقيع، لذلك سنحاول بيان وظيفة العقد الموقع عليها إلكترونياً في النقطة الثانية.

أولاً: صور التوقيع الإلكتروني:

كما للتوقيع العادي عدة أشكال، سواء أكان توقيعاً بالإمضاء، أم بالختم، أو ببصمة الأصبع، فإن للتوقيع الإلكتروني عدة أشكال مختلفة ومتعددة منها: التوقيع بالقلم الإلكتروني، أو التوقيع بالبصمة الإلكترونية، والتي تتم قراءتها إلكترونياً، أو التوقيع الرقمي، ولنتمكن من توضيح تطبيقات وأشكال التوقيع الإلكتروني سوف نبينها على النحو التالي:

1/ التوقيع الرقمي (الكودي) Digital signature¹:

يعتبر التوقيع الرقمي أهم صور التوقيع الإلكتروني، وهو عبارة عن رقم سري أو رمز، ينشئه صاحبه باستخدام برنامج حاسب ويسمى الترميز²، والذي يقوم على تحويل الرسالة إلى صيغ غير مفهومة ثم إعادتها إلى صيغتها الأصلية، حيث يقوم هذا النوع من التوقيع على استخدام مفتاح الترميز العمومي، والذي ينشئ مفتاحين مختلفين³، ولكنهما مترابطان رياضياً،

¹ - ou la signature numérique.

² - الترميز هو التشفير، وهو عملية تحويل المعلومات إلى رموز غير مفهومة من العامة، بحيث لا يستطيع الأشخاص غير المرخص لهم الإطلاع على المعلومات أو فهمها. ويطلق عليها باللغة الفرنسية مصطلح: Cryptographie.

³ - ثمة نوعين من المفاتيح:

يتم الحصول عليهما باستخدام سلسلة من الصيغ الرياضية أو الخوارزميات غير المتناظرة¹، وهو تقريباً التعريف الذي تبنته المادة 04 من مشروع القواعد الموحدة للتوقيعات الإلكترونية للجنة القانون التجاري الدولي، حيث نصت على: "قيمة عددية تصمم بها رسالة البيانات بحيث تجعل من الممكن، باستخدام إجراء رياضي معروف يقترن بمفتاح الترميز الخاص بمنشئ الرسالة القطع بأن هذه القيمة العددية قد تم الحصول عليها باستخدام ذلك المفتاح".

أقر القضاء الفرنسي واعترف بصلاحية التوقيع الرقمي، الذي يتم بواسطة شخص من خلال الرقم الخاص المستخدم في بطاقات الدفع، وهذا بالنسبة للاتفاقات المتعلقة بإثبات التصرفات².

2/ التوقيع البيومتري La signature biométrique³:

يعرف هذا التوقيع بالتوقيع بالخصائص الذاتية، مفاده أن لكل إنسان خصائص ذاتية تسمح بتمييزه عن غيره بشكل موثوق به، وهو ما يتيح استخدامه من خلال توقيع يدل على شخصية صاحبه، ويمكن أن يكون التوقيع عن طريق استخدام بصمة الأصبع Fingerprinting، أو خواص اليد البشرية Hand Giometry، أو التحقق من نبرة الصوت VoiceRecognition، أو التعرف على الوجه البشرية Facial Recognition، أو مسح العين البشرية Inis & Retina.

= مفتاح عام: يسمح لكل شخص القيام بقراءة رسالة البيانات عبر الأنترنت، ولكن من دون أن يتمكن من إدخال أي تعديل عليها.

— مفتاح خاص: لا يملكه إلا صاحب التوقيع الرقمي، حيث لا يمكن لأي عميل أو تاجر إجراء أي تعديل على الرقم، لأنه لا يملك المفتاح الخاص بصاحب التوقيع، بمعنى أنه يوضع التوقيع على رسالة البيانات، سواء كانت عقداً أو محرراً، وتتعلق الرسالة تماماً ولا يستطيع أي طرف المساس بها، أو التعديل فيها باستخدام المفاتيح معاً، الخاصين برسالة البيانات وبصاحب التوقيع. أنظر: ناصيف إلياس، المرجع السابق، ص 242.

¹ أنظر: بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 254 و 255، وكذا: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 253 و 254، و: محمد فواز المطابقة، المرجع السابق، ص 180 و 181.

² مشار إليه لدى: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 253.

³ حيث أنه في تاريخ 2000/08/14 قامت شركة Litronic بإدخال نظام توقيع يعتمد على الخصائص البيولوجية للإنسان، فعندما

Scanning¹، وغني عن البيان أن ارتباط هذه الخصائص الذاتية بالإنسان، تسمح بأن تميزه عنغيره بشكل موثوق به إلى أقصى الحدود، وهو ما يتيح استخدامها في التوقيع على التصرفات المبرمة عن الوسائط الإلكترونية وغيرها من التعاملات.

يتم التحقق من شخصية المستخدم أو التعامل مع الرق البيومترية عن طريق أجهزة إدخال المعلومات إلى الحاسب الآلي مثل الفأرة Mouse، ولوحة المفاتيح Keyboard، التي تقوم (من خلال تقنيات أو أجهزة معينة) بالنقاط صورة – أو عدة صور – دقيقة لعين المستخدم، أو يده، أو بصمته الشخصية، ثم تسجيله بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب الآلي، ليقوم هذا الأخير بعد ذلك بمطابقة صفات المستخدم مع هذه الصفات المخزنة، ولا يسمح له بالتعامل إلا في حالة المطابقة².

يأخذ على هذا النوع من التوقيع أن اللجوء إليه قد يواجه صعوبات، مثل تآكل بصمات الأصابع عبر الزمن أو بسبب ممارسة العمل في بعض المهن، وتطابق وجه التوائم، وصعوبة الاستخدام في شبكة مفتوحة كالإنترنت، مثلاً جعل تطبيق هذا النوع من التوقيع في شبكة الإنترنت قاصراً على استخدامات محددة³.

3/ التوقيع بالقلم الإلكتروني Pen-Op:

تتمثل هذه الطريقة في كتابة التوقيع الخطي بواسطة قلم إلكتروني خاص على لوحة معدنية حساسة مرفقة بجهاز الحاسوب، فيظهر التوقيع الخطي على شاشة الحاسوب، ويتم

= يقوم شخص بتوقيع مستند إلكتروني يتم التحقق من هويته عبر تلك الخصائص. أنظر: مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 120.

¹ راجع حول التوقيع البيومتري: محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 195.

² _ الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المضرور، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع غرفة التجارة وصناعة دبي، في الفترة ما بين 10 و 12 ماي 2003، المجلد الخامس، ص 1856، متوفر

على الإنترنت على الموقع: <http://www.unue.banque.com/imirat/arab/12/3398.pdf>

³ أنظر: محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 196.

تخزينه، ومن ثم يقوم برنامج خاص بالتحقق من صحة هذا التوقيع في كل مرة يعاد فيه كتابته، بالاستناد إلى حركة هذا القلم والأشكال التي يتخذها من دوائر وإتواءات، وغير ذلك من سمات خاصة بالتوقيع الخطي الذي سبق تخزينه.

ميزة هذا التوقيع إذن، تكمن في أنه يتم التحقق من صحته كل مرة يتم فيها، ولكن يؤخذ عليه أنه يحتاج إلى أجهزة مرفقة بجهاز الحاسوب، وهي غير متوفرة دائماً، كما أن استخدامه عبر شبكة الإنترنت سيحتاج إلى وجود جهة توثيق تضمن عدم التلاعب به أو تزويره¹.

4/ تحويل التوقيع اليدوي (بخط اليد) إلى توقيع إلكتروني:

يقوم الشخص في هذه الصورة من التوقيع بنقل توقيع الخطي (اليدوي) عن طريق تصويره بالماسح الضوئي Scanner إلى الملف المراد إضافة التوقيع الخطي إليه لمنحه الحجية القانونية، ثم يخزن التوقيع الخطي على أحد مفاتيح لوحة الحاسوب، وعلى الشاشة وحمائته برقم سري²، بحيث يتم نقل هذا التوقيع إلى ملف أو عقد على شبكة الإنترنت، على الرغم من سهولة استخدام هذا النوع من التوقيع، فإنه لا يتمتع بأي درجة من الأمان التي يمكن أن تحقق الثقة في التوقيع، وتمنحه الحجية القانونية. لأن المرسل إليه يستطيع أن يحتفظ بنسخة من صورة التوقيع ويعيد لصقها على أي وثيقة أخرى محررة على دعامة إلكترونية، لذلك من المنطق أن لا يعتد بهذا النوع من التوقيع الإلكتروني في استكمال الدليل الكتابي³.

5/ التوقيع بالرقم السري في البطاقات الممغنطة:

أكثر المجالات التي انتشر فيها استخدام هذه البطاقات هو القطاع المصرفي، وأصبح لدى معظم البنوك إن لم يكن جميعها، خدمة الصراف الآلي، التي تعتمد أساساً على وسائل تقنية حديثة تستخدم من أجل سحب وإيداع النقود فيها ببطاقات ممغنطة، وهذه البطاقات تحتوي على بيانات خاصة بشخص معين (صاحب البطاقة أو العميل)، وهذه البيانات موجودة في دائرة

¹ - أنظر، محمود عبد الرحيم الشريقات، نفس المرجع، ص 197.

² - نصيرات علاء، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة آل البيت، 2003، ص 13.

³ - راجع: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 191.

إلكترونية مغلقة مثبتة على البطاقة، يتم إدخال البطاقة داخل الصراف الآلي، ثم كتابة الرقم السري وهو هنا بمثابة التوقيع فيتعرف الجهاز على صاحب البطاقة، مما يفسح المجال أمامه لإصدار الأمر لتتم العملية المطلوبة من سحب أو إيداع ثمن إذا استخدم الجهاز في المتاجر. ويمكن استخدام مثل هذه البطاقة في شبكة الإنترنت، عبر بطاقات الائتمان المعروفة عالمياً، مثل American، Mastercard، وVisa، حيث يحدد لصاحب البطاقة رقم سري، يستعمله كتوقيع إلكتروني في عمليات الدفع الإلكتروني، ولابد هنا من تشفير الرقم السري عند استعماله في عمليات الدفع عبر الشبكة، فلا يمكن بالتالي معرفته حتى لو تم اعتراضه¹.

ثانياً: طبيعة رسائل البيانات الإلكترونية الموقع عليها:

عدلت الدول قوانينها بما يتماشى ومتطلبات التطور العلمي والتكنولوجي، حيث أصبح تعريف الكتابة واسع لا يشمل الكتابة على الورق فقط، إنما يشمل كذلك الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية²، وأدى النص عن الكتابة الإلكترونية ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل: عما إذا الكتابة بمفهومها الحديث الموسع، من الممكن أن يتسع نطاقها، بحيث تشمل الكتابة كركن لانعقاد أول صحة التصرف؟

انقسم الفقه في هذا الشأن إلى فريقين، الأول: يقول بأن التدخل التشريعي يجب أن يقتصر على الإثبات، بينما يرى الفريق الثاني بأن التعديل الجديد يتسع نطاقه ليشمل أيضاً الكتابة المتصلة كركن لانعقاد العقد، وهو ما سنحاول بيانه في النقطة الأولى، لنبين موقف المشرع الجزائري من هذه المسألة في النقطة الثانية.

1/ موقف الفقه من طبيعة الكتابة المتطلبة:

انقسم الفقه الفرنسي إلى فريقين، فريق يرى بأن الكتابة تعتبر شرط للإثبات، بينما يرى الفريق الثاني بأنها شرط لصحة التصرف.

¹ - راجع حول هذا الموضوع: محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 194 و 195، محمد فواز المطالفة، المرجع السابق، ص 183، و: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، 149.

² - أنظر مضمون المادة 323 من ق م ج، القانون السابق، ص 58، المقابلة للمادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي.

أ/ **الكتابة المتطلبة شرط للإثبات:** يرى أنصار هذا الفريق من الفقه بأن التعديل التشريعي الجديد يجب أن ينحصر مجال إعماله فيما ورد بشأنه، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات، وحاول أنصار هذا الفريق من الفقه الاستناد إلى ما ورد في الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 2000-230¹، وبالتحديد إلى ما ذكره مقرر هذا المشروع من أن تعريف الكتابة الواردة بنص المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي: "لا يتعلق إلا بالكتابة كأداة للإثبات ويبقى دون أثر بالنسبة للكتابة المتطلبة لصحة التصرف"².

ب/ **الكتابة المتطلبة ركن لانعقاد العقد:** ذهب أنصار هذا الفريق للقول بأن هذا التعريف يتسع نطاقه ليشمل إلى جانب الكتابة كشرط للإثبات، أيضا الكتابة المشترطة كركن لانعقاد العقد، ذلك أن تعريف الكتابة بمقتضى نص المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي بصياغتها، يقتضي القول بأن الكتابة المقصودة لم تعد تقتصر على الكتابة كدليل إثبات، وإنما تشمل أيضا الكتابة المتصلة لصحة التصرف، أو التي تكون ركن لانعقاد العقد، وبالتالي المادة 1316 من التقنين المدني الفرنسي بصياغتها الجديدة هي التي يجب الرجوع إليها في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة، كونها النص الوحيد الذي تضمن تعريفا لها، وينتهي هذا الفريق من الفقه بأن الكتابة هي فكرة واحد، فما دام القانون لا يفرض شكلا خاصا لهذه الكتابة كطلب الكتابة بخط اليد مثلا، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كذلك 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، كون أن المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الإلكتروني وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي³.

حسم المشرع الفرنسي هذا الخلاف لصالح الرأي الثاني، بإصداره لمرسومين بتاريخ 10 أوت 2005، الأول يعدل ويتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين، والثاني يعدل

¹ - المتعلق بإصلاح قانون الإثبات لتكنولوجيات المعلومات والتوقيع الإلكتروني الفرنسي.

² - قريب من ذلك: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات جديدة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 71-72.

³ - وهو ما نصت عليه المادة 1320 من القانون الفرنسي، والتي تقابلها المادة 327 فقرة 2 من ق م ج.

ويتم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين، واللذان دخلا حيز النفاذ ابتداء من 01 فيفري 2006، إذ يكون بالإمكان إبرام العقود التي تطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية، على أن يتم إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن¹.

2/ موقف المشرع الجزائري من طبيعة عقود التجارة الإلكترونية الموقع عليها:

تطور النقاش بشأن التعديلات التي طرأت على القانون المدني الجزائري بموجب القانون رقم 10-05، إذ يعتقد البعض أنه لا يمكن إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري إلكترونيا، كون أن هذه الأخيرة تشترط أن يشهد على إبرامها الضابط العمومي وأن يوقعها ويختتمها بيده، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فقط، فهي تكاد تكون منعدمة في القانون الجزائري.

تجدر الإشارة إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد، أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية، يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، وأن تكون موقعة بخط اليد، فإن الكتابة في هذه الحالات لا يمكن أن تكون إلكترونية، ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الإلكترونية، كون المشرع ألزم أن تكون الكتابة يدوية.

أما المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 من ق م ج قصد من الكتابة تلك الكتابة الإلكترونية المعدة للإثبات². وقد تأكد قبول المشرع الجزائري لهذه الوسيلة الإلكترونية من خلال استقراء نص المادة 414 من ق ت ج التي جاء نصها: "يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما". ونجد المادة 2/502 من ق ت ج

¹ راجع حول ذلك: - مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص ص 71-72، و - الصالحين محمد أبو بكر العيش، الشكلية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، مقال مقدم للأسبوع الثقافي حول المجتمع الإلكتروني، بكلية القانون، جامعة قاريونس، الفترة من 18 إلى 22 فيفري 2007، ص ص 12-13 على الموقع: <http://www.univ-kar-youness.com/content/download.mémoire.pdf>.

² القاضي يرني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 2003 - 2006، ص ص 16 و 15.

اعترف فيها المشرع الجزائري بإمكانية تبادل الشيك وتقديمه للوفاء عن عبر الوسائط الإلكترونية: "... يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا، بأية وسيلة تبادل إلكترونية مجددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما".

خلاصة الفصل الأول

تعتبر عقود التجارة الإلكترونية تجسيد عملي لإجراء معاملات التجارة الإلكترونية، وهي كسائر العقود حضت بتنظيم تشريعي، سواء على مستوى المنظمات العالمية الخاصة بالتجارة الدولية، أو على المستوى القوانين الداخلية للدول، فكما رأينا تبني هيئة الأمم المتحدة مشروع خاص بتنظيم التجارة الإلكترونية، وكذا منظمة الاتحاد الأوروبي، وهناك من المنظمات العالمية التي اعترفت باستخدام الوسائل الإلكترونية أثناء قيامها بمهامها.

تبرم هذه العقود بمجرد تبادل الإيجاب والقبول، لكن نظرا للبعد المكاني بين الموجب والقابل وصعوبة إثبات هوية وأهلية المتعاقدين، وغيرها من العراقيل التي تعترضها، حاول الأطراف إضفاء بعض الجدية على تصرفاتهم وجعلها ملزمة لمن وافق على إبرامها، وذلك بوضع توقيعاتهم على المحرر الذي يحوي التصرف، وبذلك يصبح دور المحرر الإلكتروني الموقع عليه من طرف الأطراف يفيد موافقة هذه الأطراف الالتزام على محتواه. وقد اعترفت عدة قوانين بهذا الإجراء، مثل المشرع المصري والأردني، الذين اعترفا بأن للمحرر الموقع وظيفة إثبات صحة التصرف.

نظرا لغياب السندات الورقية في إبرام العقود الإلكترونية، فإن التوقيع الذي يتم على التصرف أو العقد، يكون في نفس الفضاء الذي تم فيه إبرامه، أي على دعامة إلكترونية أيضا، والذي يؤدي نفس وظائف التوقيع العادي، لكن رغم أن التوقيع الذي يضعه المتعاقدين على تصرفاتهم الإلكترونية، تفيد حقا ارتضاء أصحابها الالتزام بمضمونها، إلا أن القيمة القانونية التي تتمتع بها هذه السندات، التي تحوي فقط على توقيعات أطرافها، دون استكمال إجراء آخر ذو أهمية بالغة من أجل الاعتراف بالقوة القانونية لهذه المحررات. وهذا الإجراء الذي تشترطه القوانين المختلفة هو إجراء توثيق هذه السندات أمام جهات التوثيق الإلكترونية، خاصة بعد إنشاء جهات محايدة تقوم بعملية توثيق الوثائق الإلكترونية، وبذلك تصبح السندات الإلكترونية معدة للإثبات، وهو موضوع بحثنا في (الفصل الثاني).

الفصل الثاني

الكتابة الإلكترونية وسيلة

إثبات

الفصل الثاني

الكتابة الإلكترونية وسيلة إثبات

سمح مبدأ حرية التعاقد ورضائية العقود بتسهيل عملية إبرام التصرفات القانونية على الأفراد، غير أنه حمل في طياته سلبيات كثيرة تتعلق بكيفية إثبات هذه التصرفات القانونية عند نشوب أي نزاع بشأن تحديد مضمونها أو وجودها، الأمر الذي أدى إلى نشوب خلافات بين الأنظمة القانونية حول تحديد موقفها من إثبات هذه التصرفات، فمنها من تبنت مبدأ الإثبات الحر. وأخرى تبنت مبدأ الإثبات المقيد، والذي أخذ به المشرع الجزائري في شأن التصرفات القانونية المدنية خاصة إذا زادت قيمتها عن 100000 دينار هو وجوب إثباتها عن طريق الكتابة¹. أما التصرفات في المواد التجارية فقد أخضعها لمبدأ حرية الإثبات.

نتيجة لما أتاحه الحاسب الآلي من سرعة في الاتصال وإبرام العقود من خلال شبكات الإنترنت التي جمعت في نفس الوقت بين إمكانية كتابة العقود وقراءة بنودها، واتخاذ القرارات بشأنها في نفس الوقت، أدى إلى ظهور مشكلات أهمها إثبات العقود التي تتم بوسائل إلكترونية، حيث يثور التساؤل حول مدى اعتبار ما يتم إدخاله من بيانات على هذه الوسائط من قبيل الكتابة التي يعتد بها للإثبات في حالة ما إن تمسك أحد الأطراف المتعاقدة بهذه المحررات أو السندات كدليل كامل في الإثبات؟

هذا يدفعنا لدراسة ماهية السندات الإلكترونية (المبحث الأول)، وكذا قيمتها القانونية (المبحث الثاني).

¹ - أنظر: المادة 1/333 من ق م ج السابق الذكر التي تنص: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 10000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو انقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

المبحث الأول

النظام القانوني للسندات الإلكترونية

الكتابة تعني أية رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط استنادها لوسيط معين، فقد يكون ورقا أو خشبا أو جلدا، أو أي وسيط آخر قادر على نقل رموزها، كما يمكن أن يتم بأية وسيلة وبأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة ما دامت مفهومة من الطرفين، كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره¹.

نصت إتفاقية فيينا في مادتها 13 على أنه: "يشمل مصطلح (كتابة) في حكم هذه الاتفاقية: الرسائل البرقية والتلكس" وهو نفس الاتجاه الذي أخذت به اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972. هذا يثبت لنا عدم اهتمام نصوص الاتفاقات الدولية بشكل ونوع الوسيط الحامل للبيانات، فالعبرة فقط في قدرته على الاحتفاظ بما دونّ عليه للاعتراف له بالقيمة القانونية في الإثبات، هذا ما أكدّه قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 بنصها: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"².

سنتناول بيان مفهوم السندات الإلكترونية (المطلب الأول)، وللشروط الواجب توفرها للاعتداد بها في الإثبات (المطلب الثاني).

¹ - أنظر: أسامة أحمد شوقي المليجي، استخدام مخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 79، أنظر كذلك:

SHANDI Youcef, op cit, p 274-278

² - المادة 06 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، السابق الذكر.

المطلب الأول

مفهوم السندات الإلكترونية

يعتبر الإثبات تأكيد للحق بالبيّنة، والبيّنة اسم لما يبين الحق، فالدليل هو قوام الحق ومعقل النفع فيه، لذلك يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل عليه في نظر القانون. فالدليل القانوني جوهري بالنسبة للحق إن لم نقل أنه ركن أو جزء منه، ذلك لأن الحق بدونه عدم، فالدليل وحده يظهره ويجعل صاحبه يستفيد منه¹.

يعتبر الدليل الكتابي من أهم الأدلة القانونية في الإثبات وهو يقوم على عدة أفكار أساسية: فكرة المحرر أو السند هو الأداة الأساسية للإثبات، والفكرة الثانية هي أن يحتوي هذا الأخير على كتابة مفهومة ومقروءة...الخ من الشروط، وأخيرا هو أن يكون هذا المحرر موقع من الأطراف التي أبرمت التصرف.

لذلك نتطرق لتعريف المحرر أو السند الإلكتروني (الفرع الأول)، ولخصائصه (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التعريف بالسندات الإلكترونية

كان من نتيجة التطورات الهائلة في تكنولوجيا التبادل الإلكتروني للبيانات، ظهور الحاجة إلى البحث عن وسيلة لحفظ وتوثيق وتخزين هذه البيانات والمعلومات، مما أدى إلى ظهور السند أو السجل الإلكتروني. وقد ارتأينا أن نتناول أولا التعريف القانوني لهذه السندات، ثم التعريف الفقهي لها.

¹ - أنظر: بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 224.

أولاً: التعريف القانوني السندات الإلكترونية:

عرف قانون الأونسيتال النموذجي السند الإلكتروني من خلال تعريفه لرسالة البيانات، وذلك بنصه على أنه¹: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي"، وهو نفسه التعريف الذي تبناه المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية².

أما قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي فعرف السند الإلكتروني من خلال نصه مباشرة عليه في مادتها (02) بأنه: "المستند الإلكتروني : سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراج أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"³.

كما نجد المشرع المصري عرف المحرر بأنه: "المحرر الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة".

هذه التعاريف وإن اختلفت من حيث تسميتها للسند الإلكتروني، إلا أنها كانت تقصد شيء واحد هو المستند الإلكتروني.

نجد كذلك القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية عرف السند الإلكتروني في المادة (7/2) بأنه: "السجل الذي يتم إنشاؤه أو تكوينه أو إرساله أو استلامه أو تخزينه بوسائل إلكترونية"⁴. أما

¹ - المادة الأولى من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

² - عرفت المادة (02) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني السند الإلكتروني بأنه: "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"، أنظر حول ذلك: لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 77.

³ - المادة (02) من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي.

⁴ - "Electronic record: means a record created, generated, sent, communicated, received by electronic means", look: **BNJAMIN Wright & JANE K. Winn**, op cit, p 12-14.

قانون المعاملات الإلكترونية الموحد لولاية كونيتيكت الأمريكية لسنة 2002، فقد وسعت في تعريف السجل الإلكتروني ليشمل كافة الوسائل الإلكترونية الأخرى مثل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني والرسائل التي تتم عبر الإنترنت¹.

نجد أيضا القانون المدني التونسي المعدل جاء بتعريف للوثيقة الإلكترونية بأنها: "الوثيقة المكونة من مجموعة أحرف أو أرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"².

ثانيا: التعريف الفقهي للسندات الإلكترونية:

عرّف بعض الفقه السندات الإلكترونية بأنها: "ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات سواء كانت ورقا أم غيره ذلك من الوسائل الإلكترونية"، بينما ذهب فريق آخر إلى تعريفها من خلال رسائل البيانات الإلكترونية بأنه: "معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسائل استخراجها في المكان المستلمة فيه"، وهذا التعريف أعطى السند الإلكتروني مجالا واسعا حيث لم يقصره على ما تم تبادله عبر شبكة الإنترنت وحسب، بل أجاز ذلك بوسائل إلكترونية أخرى مثل: الفاكس والتلكس أو أية وسيلة تقنية متاحة في المستقبل³.

الفرع الثاني

خصائص السندات الإلكترونية

تتسم السندات الإلكترونية سواء كانت مستخرجة من الإنترنت أو عبر وسائل الاتصال الفوري الأخرى كالتلكس والفاكس، وغيرها من الوسائل بخصائص ومزايا عديدة لمن يريد استخدامها في إثبات التصرفات القانونية، ومن هذه الخصائص: أنها سندات تتصف بالسرعة

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 227.

² - الفصل 453 مكرر من القانون المدني التونسي رقم 57-2000.

³ - محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 205.

في إبرام التعاقد، وضمان الأمن القانوني لها، فضلا عن أنها غير تقليدية تمتاز بالاتفاق والوضوح وبتخفيضها لتكاليف النقل والخزن، وسوف نتناول دراسة هذه الخصوصيات على النحو التالي:

أولاً: السرعة في إبرام التعاقد:

حيث يستطيع الشخص الذي يبرم التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفورية، تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الآخر الذي يبرم التعاقد معه في أي بلد كان، والحصول على جواب مباشرة بالقبول أو بالرفض خلال بضع ثوان، وبهذا توفير واختصار للوقت بشكل كبير وهو ما ساعده على تنمية التجارة الإلكترونية¹.

تجدر الإشارة إلى أن كل وسيلة من وسائل الاتصال الفوري الحديثة لها مزاياها الخاصة في السرعة في التعاقد، غير أن السندات المرسلة عن طريق الإنترنت تعد من أكثر الوسائل في تأمين السرعة في إبرام التعاقد.

ثانياً: السرية وضمان الأمن القانوني للعقود:

تتسم السندات الإلكترونية بالسرية لأنه لا يعرف ما دون فيها من معلومات إلا من أرسلها أو من خول له ذلك، خلافاً للبرقية العادية التي تفقد الكثير من سريتها، حيث يتداولها عدة أشخاص حتى تصل إلى المرسل إليه، فالسندات الإلكترونية مستخرجة من تقنيات متطورة، ويكون فيها المحافظة على سريتها مضمونا. وكذلك انعدام احتمال ضياعها سيما تلك المستخرجة من الإنترنت والفاكسميل، ذلك أن هذه التقنيات توفر درجة عالية من الأمن عن

¹ - أنظر: العبودي عباس، تحديثات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 40، وكذا: لنفس المؤلف، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2004، ص 27-30.

طريق استخدام نظامي التشفير والكاتب العدل الإلكتروني الذي يقوم بالتصديق على هذه السندات.

ثالثاً: السندات الإلكترونية غير تقليدية أدت إلى ظهور الإثبات الإلكتروني:

السندات الإلكترونية أدلة جديدة، فرضت نفسها في التعامل، وهي غير تقليدية للمعلومات تستخرج من وسائل خزن إلكترونية، أدت إلى ظهور ما يسمى بالإثبات الإلكتروني، الذي يقصد به قبول السندات الإلكترونية ضمن أدلة الإثبات، بوصفها دليلاً كاملاً، أدى ظهورها إلى اهتزاز الأدلة الكتابية التقليدية سيما في مجال المعاملات التجارية، كونها- السندات الإلكترونية - تلبي الحاجة الاقتصادية وهي السرعة والسرية والأمان وكذا قطع الحواجز¹.

رابعاً: السندات الإلكترونية تخفف تكاليف النقل والخزن:

أدى تزايد مشكلة خزن الأوراق المكتوبة إلى ظهور الحاجة إلى استخدام الحاسب الآلي لحل هذه المشكلة، كونه يستطيع حفظ قدر كبير جداً من المعلومات دون حاجة إلى حيز كبير أو خزانات الأرشفة، فما يحتاجه فقط هو ذلك الحيز الصغير الذي يشغله الكمبيوتر.

إن التعامل بالسندات الإلكترونية خفف كثيراً من حدة مشكلة خزن الورق المكتوب، لكنه لا يخلو من المشكلات، كمسألة أصل السند الإلكتروني المستخرج من وسائل الاتصال الفوري، خاصة عندما تجرى عمليات الإدخال والتوقيع والتخزين والاسترجاع إلكترونياً، وهذه المشكلة لا تظهر في السندات المستخرجة من التلكس والفاكس، كونها تستخرج بطباعتها على الورق².

¹ _ العبودي عباس، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، مرجع سابق، ص 44 و 45.

² _ العبودي عباس، نفس المرجع، ص 48.

المطلب الثاني

شروط الاعتراف بالسندات الإلكترونية وصورها

أصبحت السندات الإلكترونية تزاخم أدلة الإثبات التقليدية، خاصة بعد أن حُضت باعتراف قانوني، حيث ساوى بينها وبين السندات التقليدية، لكنها لن تكون ذات قيمة قانونية، إلا إذا توفرت فيها بعض الشروط التي ينص عليها القانون.

أدى التطور التدرجي في تقنيات إجراء المعاملات الإلكترونية إلى تطور صور السندات التي تتم بها معها، وبذلك نتجت عنها ظهور عدة صور من السندات الإلكترونية.

سوف نبين شروط الاعتراف بالسندات الإلكترونية (الفرع الأول)، ثم نذكر صور السندات الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

شروط الاعتراف بالسندات الإلكترونية للإثبات

يكون للمحرر الحجية في الإثبات إذا استجمع جملة من الشروط، وبالتالي يكون وسيلة ثقة وأمان بين متعاملي التجارة الإلكترونية، ووسيلة تدليل على صحة التصرفات القانونية ومضمونها، لكن الإشكال يثور فيما إن كانت السندات الإلكترونية تستجمع هذه الشروط؟ وهو ما سنحاول بحثه من خلال النقاط التالية:

أولاً: أن تكون مكتوبة:

تعتبر الكتابة الشرط الأساسي والأهم في المستندات - تقليدية وإلكترونية - للاعتداد بها في الإثبات، نظراً لما توفره من تسهيل لعمليات التعاقد وإثبات العقود وإحاطة طرفيه بما لهما من حقوق وما عليهما من التزامات¹.

1/ تعريف الكتابة الإلكترونية:

لم يشمل المشرع تعريف الكتابة إلا بعد اعتماده الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات، ولعل إغفال المشرع لهذه المسألة يعود لكون الكتابة أمر مألوف ومعروف لدى العام والخاص، ليس هناك مفهوم قريب من الكتابة مما يستدعي حينئذ البحث عن مميزاتها².

الكتابة عموماً تعني: أية رموز تعبر عن الفكر والقول دون اشتراط استنادها لوسيط معين، فقد يكون ورق أو حجر أو خشب أو جلد أو أي وسيط آخر قادر على نقل رموزها، كما يمكن أن تتم بأية وسيلة وبأية لغة سواء كانت محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره³.

تبنّت اتفاقية فيينا هذا الاتجاه حين نصت في مادتها 13 على أن: "يشمل مصطلح (كتابة) في حكم هذه الاتفاقية: الرسائل البرقية والتلكس"، وهو أيضاً نفس اتجاه اتفاقية نيويورك بشأن التقادم في

¹ - راجع حول ذلك: حسن عبد الباسط جميعي، عقود برامج الحاسب الآلي - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 114، وكذا:

ALIXANDRE Raymond, La signature électronique : une révolution fondamentale du droit de la preuve, presses universitaire d'Aix-Marseille, 2002, p 156-159.

² - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار هومة للنشر، الجزائر، 2008، ص 294، أنظر في تعريف الكتابة أيضاً: **CAPRIOLI Eric et CANTERO Anne**, Aspects légaux et réglementaire de la signature électronique, disponible sur le site : www.cprioli-avocats.com.

³ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 191، وكذا: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 234 و 235، و: لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2011، ص 26.

البيوع الدولية للبضائع لسنة 1972، حيث نصت المادة 09 منها: "مصطلح كتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلکس"، وما نلاحظه في هذه النصوص هو عدم اهتمامها بشكل ونوع الوسيط الحامل للبيانات، فالعبرة في قدرته على الاحتفاظ بما دونّ عليه للاعتراف له بالقيمة القانونية، وهو ما أكدته المادة 06 من قانون الأونسيترال النموذجي بنصها: "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقاً".

كما نص المشرع المصري في المشروع التمهيدي للقانون المدني، أن الكتابة لفظ ينصرف إلى أوسع معانيه، فهو يشمل كل ما يحرر دون اشتراط شكل ما أو وجود توقيع¹.

غير أن القانون المدني الفرنسي وفقا لآخر تعديلاته، كان واضحا في تحديد معنى الكتابة حيث تنص المادة 1316 منه: "أن معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات والأرقام أو أية إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة، أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره"²، إذن هذا المعنى ينصرف إلى الكتابة التقليدية والإلكترونية كونه لم يفرق بين أنواع الدعامات التي تتم عليها الكتابة، المهم هو أن تكون الكتابة واضحة المفهوم، وكفاءة التقنية المستخدمة لذلك³.

كما نجد القانون اللبناني في أصول المحاكمات المدنية كان أكثر القوانين وضوحا في تحديد معنى الكتابة، عندما نص في المادة 142 مكرر منه أن الكتابة: "تسلسل أحرف أو أشكال أو أية رموز، أو إشارات تشكل معنى قابلا للقراءة، ذلك أيا تكن الركائز والوسائل المستخدمة كسند لها أو لنقلها"⁴.

¹ - أنظر: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 235.

² « La preuve littérale ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soit leur support et leurs modalités de transmission », loi n° 2000-230 du 13/03/2000.

³ - SHANDI Youcef , op cit, pp 299et 300.

⁴ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 238.

واكب المشرع الجزائري في مجال الإثبات هذا التطور وعرف الكتابة الإلكترونية في المادة 323 مكرر¹ بنصها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"².

فالمقصود بالكتابة في الشكل الإلكتروني حسب هذا النص، ذلك التسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامة أو رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة إلكترونية ومهما كانت طرق إرسالها مثل: تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الأقراص الصلبة أو المرنة، أو تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكمبيوتر وإرسالها أو نشرها على شبكة الإنترنت.

أما الكتابة الموجودة على المحرر الإلكتروني فهي على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب، والتي تتم من خلال تغذية الجهاز بهذه المعلومات عن طريق وحدات الإدخال والتي تتبلور في لوحة المفاتيح أو استرجاع المعلومات المخزنة في وحدة المعالجة المركزية، وبعد الفراغ من المعالجة، يتم كتابتها على أجهزة الإخراج (شاشة الحاسب، طباعتها على الطابعة، الأقراص الممغنطة أو أي وسيلة تخزين البيانات)³.

2/ شروط الكتابة الإلكترونية:

من خلال التعاريف السابقة للكتابة بنوعيتها وللسندات الإلكترونية، نستنتج الشروط الواجب توافرها في الكتابة وبالتالي في المحررات الإلكترونية حتى يعتد بها في الإثبات، لذلك سنتناول مختلف هذه الشروط في النقاط التالية:

¹ - قانون رقم 05 - 10، السابق الذكر.

² - تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري استعمل في تعريف الكتابة عبارة: "أيًا كانت الوسيلة التي تتضمنها"، والصحيح هو: "أيًا كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص: « *quels que soient leur supports...* »، واستعمل كذلك مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون أنه شكل الكتابة هو الذي يعبر وليس طبيعتها، راجع حول ذلك: برني ندير، المرجع السابق، ص 47، و: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات جديدة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص 172 و 173، وكذا: لملوم كريم، المرجع السابق، ص 35.

³ - لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 81.

أ/ أن تكون الكتابة مقروءة:

يجب أن تكون الكتابة المدونة على المستند المراد الاحتجاج به مفهومة، ولا يعيب المحرر الإلكتروني أنه لا يمكن قراءته إلا عبر الوسيط الإلكتروني ومساعدته، هذا بالنسبة إلى طريقة تدوي المحرر الإلكتروني، الذي يتم عبر وسائط إلكترونية بلغة الآلة المكونة من توافق وتبادل بين رقم الصفر ورقم الواحد، مما يعجز معه الإنسان في فهم هذه اللغة اللوغارتمية المعقدة. حيث أن قد تم إيجاد برامج خاصة يجري تحميلها على جهاز الحاسب لتقوم بترجمة لغة الآلة إلى لغة الإنسان، من خلال تحويل رموز الآلة إلى حروف مقروءة وواضحة، فإن شرط القراءة قد تحقق بذلك في المستندات الإلكترونية¹، هذا ما أكدته المنظمة العالمية للمواصفات العالمية (iso) في تعريفها لمصطلح المحرر (...حيث أنه يسهل قراءتها مباشرة عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك)².

كما أشار المشرع الفرنسي صراحة إلى هذه الشروط في المادة 1316 من القانون رقم 230/2000 بشأن التوقيع الإلكتروني، والتي بمقتضاها أصبح الإثبات الخطي، أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع الحروف، والأرقام، ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أيا كان دعامتها وشكل إرسالها³.

ونجد هذا الشرط أيضا قد تضمنه القانون المدني الجزائري في نص المادة 232 مكرر التي نصت على أنه: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم"، ويقصد المشرع من عبارة معنى مفهوم إمكانية قراءته لأنه لا فهم دون قراءة⁴.

¹ - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004، ص 72.

² - مشار إليه لدى: الزريقات عمر خالد، المرجع السابق، ص 216.

³ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 200.

⁴ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 242.

ب/ شرط استمرارية الكتابة ودوامها:

يشترط للاعتداد بالكتابة في الإثبات أن يتم تدوينها على وسيط يسمح بثبات واستمرار بقاء الكتابة عليه، ذلك ليتسنى الرجوع إلى المحرر في حال نشوب خلاف يتم عرضه على القضاء، فيتم عند ذلك مراجعة أي بند من بنود العقد و وهذا يتحقق في الكتابة على الوسائط العادية. لكن الحال يختلف في حالة استخدام الوسيط الإلكتروني بسبب خصائصه المادية والتي تكون عقبة أمام تحقق هذا الشرط، ويرجع ذلك إلى حساسية الشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في عملية التعاقد الإلكتروني، حيث تكون معرضة للتلف السريع عند أدنى اختلاف في قوة التيار الكهربائي أو الاختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط¹. إلا أنه قد تم التغلب على هذه الصعوبات الفنية وتم تجاوزها وذلك عن طريق استخدام أجهزة متطورة ووسائط أكثر قدرة على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة قد تفوق قدرة الأوراق العادية التي قد تتأثر بدورها بعوامل الزمن². كما أنه يمكن لمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات والمعلومات الإلكترونية المتعلقة بشهادات التوثيق التي يصدرونها، وذلك لمدة مناسبة تتلاءم مع مدة تقادم التصرف الثابت بشهادة التوثيق، بالتالي فإن هذه الطريقة من شأنها أن تضي على الكتابة الإلكترونية درجة عالية من الأمان، وتمكن من الاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة. وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة 1/10 ب من قانون الأونسيترال في معرض حديثها عن المستند الإلكتروني وشروط الاستناد إليه³، فقوة المحرر في الإثبات تنقرر بمدى سلامته من أي عيب يؤثر في شكلها لخارجي.

¹ - مشار إليه لدى: بن غرابي سمية، عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، جامعة مولود معمري، كلية، جامعة تيزي وزو، 2009، ص6، و: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 76.

² - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 230، و: لموم كريم، المرجع السابق، ص 38.

³ - تنص المادة 1/10 ب من قانون الأونسيترال :

- "عندما يقتضي القانون الاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة مراعاة الشروط التالية:

ج/ عدم قابلية الكتابة للتعديل:

يعرف أيضا بشرط سلامة المحتوى وعدم حصول التغيير فيه، حيث أن السلامة المادية هي عدم المحو أو التحشير أو إدخال تعديلات، وهذه مسألة تفتقر لها المحررات الإلكترونية، فالكتابة على الأقراص والشرائط الممغنطة تسمح بإجراء أي تعديل دون ترك أثر، وهو ما يوفر بالمقابل للمتعاقدين ميزة إجراء أي تعديل على اتفاقهم دون إلحاق ضرر بالمحرر المكتوب¹، وبالتالي افتقار الكتابة والمحرر الإلكتروني لشرط يتصل بوظيفة المحرر الكتابي في الإثبات. ومع ذلك، فإن التطور التكنولوجي المعلوماتي تغلب على هذه المشكلة عن طريق استخدام برامج حاسب إلكتروني تسمح بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة غير قابلة للتعديل أو المحو².

أكدت أغلب القوانين على وجوب حفظ المحرر من أي تعديل، آخذة في الحسبان العمل على عدم الإنقاص من قيمته، ومن هذه القوانين قانون الإثبات المصري في المادة 28 والتي جاء فيها: "للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها...".

بهذا كله يمكننا القول بثبات وتوفر الشروط القانوني على الكتابة الإلكترونية، وبالتالي يمكن الاعتماد بها في الإثبات.

= - الاحتفاظ برسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت"

¹ - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 84.

² - يعرف هذا النظام بـ: Document Image Processing، كما تم ابتكار طريقة أخرى لحفظ البيانات في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التعديل أو التبديل وهي صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص تقوم عليه جهات معتمدة من قبل الدولة (سلطات الإشراف - Authentication Authority - العامة الخاصة)، حيث تؤدي أي محاولة لتعديل الوثيقة الإلكترونية إلى إتلاف فحواها تماما، أنظر في ذلك: الجميعي حسن عبد الباسط، المرجع السابق، ص 24، و: محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 76.

ثانيا: أن تكون موقعة:

حتى يكون للمحرر الحجية في الإثبات لابد أن يشتمل على توقيع من صدر عنه، فالتوقيع هو الشرط الجوهري في المحرر الذي يقصد به إقرار الموقع لما هو موجود أو مدون في المحرر، ولم تورد التشريعات العربية في قوانين الإثبات التوقيع الإلكتروني ضمن أنواع التوقيع¹.

معظم التشريعات في العالم ساوت بين المحرر التقليدي والإلكتروني في الإثبات إذا توفرت فيه الشروط القانونية²، فكما اشترط في المحرر التقليدي التوقيع من صاحبه، اشترط ذلك أيضا في المحرر الإلكتروني حتى ينتج آثاره القانونية، هذا ما نص عليه قانون الأونسيتال النموذجي في المادة 07 منه، أين اعتبر أن التوقيع الإلكتروني يفي بالشروط في حالة اشتراط القانون وجود توقيع على رسالة بيانات والتي تمثل المحرر الإلكتروني. ونجد إهمال المشرع الجزائري لهذه المسألة، حيث نجد غياب نص قانوني ينظمها.

ثالثا: أن توثق السندات الإلكترونية:

للتحقق من صحة السندات الإلكترونية، لابد من توثيقها، يتم ذلك بتدخل طرف ثالث محايد مراقب من قبل الدولة، يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو جهة التوثيق-certification Authority، تقوم بتسليم شهادات مصادقة إلكترونية للأطراف المتعاقدة.

¹ _ أنظر: العبودي عباس، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات، مرجع سابق، ص 238- 240.

² _ تنص المادة 10 من قانون إمارة دبي الإلكتروني على أنه: "1- إذا اشترط القانون وجود توقيع على مستند أو نص على ترتيب نتائج معينة في غياب ذلك، فإن التوقيع الإلكتروني الذي يعول عليه في إطار المعنى الوارد في المادة 21 من هذا القانون يستوفي ذلك الشرط"، كما تنص المادة 232 مكرر 1 من ق م ج على أنه: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"، وهذين الشرطين يتحققان بوجود التوقيع على المحرر الإلكتروني.

سوف نقوم بتعريف جهة التوثيق الإلكتروني، ثم نعرف شهادة مصادقة الإلكترونية على التوالي:

1/ تعريف جهة التوثيق الإلكتروني¹:

جهة التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمات التصديق Certification service provider: هي جهة معينة من قبل سلطات الدولة أو من قبل الأفراد، أو من جهات خاصة أخرى لغاية تأمين المعاملات الإلكترونية والتعامل بالتوقيع الإلكتروني، بحيث تعمل على إنشاء وإصدار شهادات تثبت صحته وتقوم بحفظها²، وقد عرف قانون الأونسيترال مقدم خدمات التصديق بأنه: "شخصاً يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".

أما المشرع الجزائري فقد تناولها بصفة عرضية في المادة 03 من المرسوم رقم: 07-162³، بالنص: "...مؤدى خدمات التصديق الإلكتروني: كل شخص في مفهوم المادة 8/8 من القانون رقم: 03-2000⁴، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني". وبذلك يقوم مقدمو خدمات التصديق بدور هام وفعال في ضمان التوقيعات الإلكترونية وبالتالي السندات الإلكترونية والاعتراف بها قانوناً.

¹ - تعددت تسميتها في القوانين المقارنة بين "سلطات التصديق" أو "الغير مصدق" أو "الغير الموثوق" أو "الغير موثق" وهي جهات تعمل على ضمان الدخول القانوني لمنظومة التشفير لأجل تأمين سرية المعلومات.

² - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 193.

³ - مرسوم تنفيذي رقم: 07-162 مؤرخ في 2007/05/30، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم: 01-123 مؤرخ في 2001/05/09، ج ر ج عدد 27 صادر بتاريخ 2001/05/13.

⁴ - قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 2000/08/05، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية.

2/ تعريف شهادة التصديق الإلكترونية:

هي الشهادة التي تصدر من جهة التوثيق الإلكترونية لشخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة، يقصد من الحصول عليها تأكيد نسبة السند الإلكتروني أو العقد الإلكتروني إلى مصدره، وأن التوقيع الموجود عليه صحيح وصادر ممن نسب إليه، وقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري في المادة الأولى منه المخصصة للتعريفات، شهادة التصديق الإلكتروني بأنها: "الشهادة التي تصدر من الجهة المرخص لها بالتصديق وتثبت الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع"، وقد أحال القانون في شأن البيانات التي يجب أن تشتمل عليها شهادة التصديق الإلكترونية إلى اللائحة التنفيذية للقانون (المادة 20)، كما عرفها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة 02 منه أنها: "الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة".

عرفها المشرع الجزائري في المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 01-123، بأنها: وثيقة يثبت من خلالها بأنه يقدم خدمات متطابقة لمتطلبات نوعية خاصة- دون تحديد هذه المتطلبات - ، ونصت المادة 04 منه على المساواة بين الشهادات التي يقدمها مقدمي خدمات التصديق وتلك التي يقدمها مؤدي خدمات تصديق يقيم في بلد أجنبي، وهذا يساعد على تطور التجارة الإلكترونية المتصفة عادة بالطابع الدولي¹.

الفرع الثاني

صور السندات الإلكترونية

تتنوع السندات الإلكترونية بحسب وسيلة الاتصال التقنية المستخدمة في التعاقد الإلكتروني، وكذا وسيلة حفظها، أي أنها تتأثر وتتغير بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد،

¹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 310.

وهذه السندات قد تكون صوتية إذا تم التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثلها، وقد تكون محررات ورقية متى تم التعاقد عن طريق الفاكس وما يماثلها. كما قد تكون محررات ذات طبيعة معلوماتية مخزنة على ذاكرة الحاسب الآلي أو على دعائم إلكترونية إذا تم التعاقد عن طريق الإنترنت¹ وما يماثلها.

لا يمكننا الإحاطة بكل أشكال الدعامات الإلكترونية، كون أن التكنولوجيا في تقدم مستمر، لذلك سنتعرض لأهم هذه الصور وهي على النحو التالي:

أولاً: التسجيل الصوتي والمصغرات الفيلمية:

يعد التسجيل الصوتي والمصغرات الفيلمية من الوسائل العلمية الحديثة التي دخلت حديثاً في مجال الإثبات المدني، وسنتعرض لهما على النحو التالي:

1/ التسجيل الصوتي:

عبارة عن عملية ترجمة للتغيرات المؤقتة لموجات الصوت الخاصة بالكلام أو الموسيقى إلى نوع آخر من الموجات أو التغيرات الدائمة، يتم التسجيل عادة بواسطة آلة تترجم الموجات الصوتية إلى اهتزازات خاصة، ويسجل عادة على الشريط المستخدم في جهاز التسجيل بواسطة مغناطيسية².

أما التعاقد بالهاتف فهو تعاقد شفوي يتعذر إثباته، لأن طبيعة إجراءات التعاقد عن طريقه لا تستدعي الكتابة أو الشهادة لإثبات هذه المخاطبة، حتى في الحالات التي يتم فيها التعاقد به ويعقبها دليل كتابي -إفراغه في وثيقة ورقية- فإن هذا الدليل الكتابي هو الذي يثبت التعاقد

¹. أنظر: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص256.

². ويتم بذلك ترجمة الصوت إلى موجات مغناطيسية يتم حفظها على دعامة إلكترونية، كشريط الكاسيت أو القرص المرن أو غيرها من الدعامات الإلكترونية التي من شأنها أن تحفظ الصوت وتمكن من إعادة سماعه عند الحاجة، أنظر: عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مرجع سابق، ص220.

وليست المخاطبة الهاتفية، لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم إعطاء أية قيمة للمخاطبة الهاتفية في الإثبات، وأيدها القضاء في العديد من قراراته¹.

غير أن الدليل المستمد من التسجيل الصوتي منتقد، حيث أنه لا يوجد ما يؤكد عمليا بأن هذا الدليل يعود إلى من نسب إليه، ذلك أن الأصوات قد تتشابه في بعض الحالات، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية في قرارها رقم 98 بتاريخ 13/05/1974، إذ جاء فيه: "أن من المعروف أن الأصوات تتشابه، وأن إمكان الصنعة الدخيلة على التسجيل أمر لا نستبعده عن اعتقادها"²، إضافة إلى احتمال وقوع تزوير التسجيل³.

اختلفت القوانين في إعطاءها للقيمة القانونية للتسجيل الصوتي في الإثبات، هناك من أدخله ضمن الإسناد العادية، مثل قانون الإثبات السوداني الذي نص في المادة 1/37 منه على أن: "المستندات هي البيانات المسجلة بطريقة الكتابة أو الصورة أو الصوت"، ونصت المادة 2/44 من ذات القانون أن: "تشمل المستندات العادية البينة المسجلة بطريق الصورة أو الصوت"⁴، كما اعتبر قانون الإثبات الإنجليزي لسنة 1968، المستند الصوتي دليل تنطبق عليه أحكام السند العادي، حيث أعطت المادة 10 منه مفهوما واسعا للمستند المقبول في الإثبات، يشمل إضافة إلى المستندات المكتوبة الأدلة المسجلة بطريقة الصورة أو الصوت⁵.

¹ - نقض مدني مصري رقم 98 بتاريخ 13/05/1974، مشار إليه لدى: صقر نبيل ومكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 253.

² - مشار إليه لدى: صقر نبيل ومكاري نزيهة، نفس المرجع، ص 253.

³ - يتم ذلك إما بتقليد أصوات معينة لأنه من السهل تقليد الإنسان في صوته وفي نبراته وسكاته ومقاطعة، أو بنقل أجزاء معينة من صوت مسجل من شريط آخر، بحيث يبدو لمن يسمعه بأنه شريط متكامل، وتقاديا لذلك يجب أن يكون الصوت المسجل قد جسد الواقعة بدقة، بحيث لا يفتح مجالا للشك لدى القاضي الذي يستعين برأي خبير الأصوات لتقديم الاستشارة طبقا لقواعد الإثبات، راجع: لملموم كريم، المرجع السابق، ص 59.

⁴ - قانون الإثبات السوداني لسنة 1983، يمكن الحصول على النص الكامل له عبر الموقع:

<http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?=574>

⁵ - يشير الأستاذان كروس وويلكسن إلى أنه لا توجد قاعدة في قانون الإثبات الإنجليزي تمنع الأخذ بشريط التسجيل عندما يكون سرد الأقوال المسجلة قد تم بواسطة شاهد أو في شكل مستندي، وأنه في حالات أخرى يجوز أن يقبل في إطار الاستثناءات الواردة على قاعدة رفض قبول الشهادة بالنقل (الشهادة السماعية)، كما نجد إحدى المحاكم الإنجليزية في قضية 1972 R.V

اتجه القضاء المدني في الو م أ إلى الأخذ بالدليل المستمد من التسجيل الصوتي بوصفه مماثلاً لمبدأ الثبوت بالكتابة، وهو ما نجده في المادة 217 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد¹، التي تجيز للقاضي بأن يستخلص الإقرار غير القضائي من تصريح الخصم المسجل بعلمه على شريط مغناطيسي، وفي حالة إنكار الخصم التصريح المنسوب إليه يجوز للقاضي اللجوء إلى تدقيق الصوت بواسطة خبير، كما أجاز قانون الإثبات العراقي² في المادة 104 استخدام الأدلة المستخلصة من وسائل التقدم العلمي كقرائن قضائية، بنصها: "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي بوصفها قرائن قضائية".

2/المصغرات الفيلمية³:

عبارة عن أوعية غير تقليدية لحفظ المعلومات، تعتمد على مبدأ تصغير حجم الوثائق وطبعها في أفلام صغيرة قصد الرجوع إليها بسهولة ويسر عند الحاجة بعد تكبيرها إلى حجمها العادي بصورة فورية. يتم صنع هذه المصغرات الفيلمية أو الميكرو فيلم⁴ من مادة فيلمية معينة تستخدم في التصوير المصغر للأدلة الورقية⁵، ولذلك إذا أرادت الشركة (أ) إرسال معلومة معينة إلى البنك أو الشركة (ب)، فإنها ترسله في صورة شريط مغناطيسي يظهر على شاشة

=Robson اعتبر شريط الكاسيت من المستندات الكتابية، مشار إليها لدى: لموم كريم، المرجع السابق، ص 60، و: صقر نبيل ومكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 254، وكذا: عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مرجع سابق، ص 229.

¹ - قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد لسنة 1983.

² - أنظر: عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، نفس المرجع، ص 229.

³ - تنقسم المصغرات الفيلمية إلى ثلاثة أنواع رئيسية، وهي أفلام الفضة التقليدية، وأفلام الفضة الجافة، والأفلام القابلة للتحديث.

⁴ - الميكرو فيلم COM اختصار للمصطلح الانجليزي computer output microfilm ، لمزيد من التفاصيل راجع: صقر نبيل ومكاري نزيهة، المرجع السابق، ص 256.

⁵ - هذه الطريقة تحقق فوائد عديدة أهمها تقليص أمكنة الحفظ في المخازن والأرشيف، كما تفيد كذلك وبشكل جيد، في تسهيل المعاملات الاقتصادية والتقليص من الكتلة الورقية المجسدة لهذه التعاملات، ذلك أن كثرة تبادل المعلومات بين الشركات أو البنوك أو الأفراد باستخدام الحاسب الآلي، أدى لانتشار ظاهرة تبادل المعلومات عن طريق الشريط المغناطيسي (الميكرو فيلم) مستفيدين من اختزال الوقت والتكلفة لهذه العملية.

الحاسوب لدى الشركة المستقبلية أو البنك، وإذا أرادت هذه الشركة الحصول على نسخة مادية من معلومات هذا الشريط تقوم بطبع المعلومات على طابعة¹.

أوصى المشتركون في المؤتمر العربي الأول للوثائق والميكروفيلم الذي عقد بالقاهرة عام 1974 بضرورة إصدار التشريع اللازم حتى يكون للمصغرات الفيلمية حجية معينة يؤخذ بها أمام السلطة القضائية بوصفها وثيقة تقوم مقام الوثيقة الأصلية، وقد أجاز القانون الألماني الاتحادي لسنة 1976 الاحتفاظ بكل المستندات المالية والمحاسبية في شكل صور ميكروفيلمية بشروط خاصة وهي: أن تعمل المصغرات الفيلمية وفقا للمعايير المحاسبية المعتادة للأصل الورقي، وأن تتطابق الصورة مع الأصل، وتظل مقروءة طوال مدة الحفظ المنصوص عليها للأصل الورقي. وهو نفس الاتجاه الذي تبناه كذلك المشرع العراقي من خلال قانون الحفاظ على الوثائق².

ثانيا: رسائل الفاكس والتلكس:

تعتبر رسائل الفاكس والتلكس أسبق إلى الوجود من الرسائل الإلكترونية الحديثة المعروفة في تعاملات التجارة الإلكترونية، وسنتطرق إلى رسائل الفاكس أولا، ثم نتعرض إلى رسائل التلكس، على النحو التالي:

1- رسائل الفاكس:

يطلق على جهاز الفاكس جهاز الاستنساخ عن بعد، أو نقل الصورة عن بعد³، يعمل باستخدام شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية، حيث يمكن بواسطته نقل

¹ - توجد في فرنسا خدمة تابعة للبريد تقوم بنقل مثل هذه الرسائل الإلكترونية تسمى «postadex»، أنظر: عايص راشد عايص المرئ، المرجع السابق، ص39.

² - قانون الحفاظ على الوثائق العراقي رقم 80 لسنة 1983، لكن استخدام المصغرات الفيلمية عرفت راجعا بسبب ظهور الأقراص الليزرية للحاسوب لتحل الاسطوانات الممغنطة والسندات الرقمية المحفوظة على أسطوانات ضوئية رقمية أو أقراص ممغنطة محل المصغرات الفيلمية، أنظر: نادر عبد العزيز، الإثبات الإلكتروني بين الواقع والقانون، مجلة الجيش الملكي، العدد

233 لسنة 2004، منشورة على الموقع: <http://www.lebamy.gov.lb/article.asp>

³ - أنظر: نبيل صقر ومكاري مزبها، المرجع السابق، ص258.

الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المستقبل¹. بالتالي السندات التي يتسلمها المرسل إليه هي صور حرفية مستنسخة طبقا لأصل السندات المرسل، التي تبقى لدى المرسل إذا كان لديه عقد إيجار لجهاز نقل الصورة بالفاكس، أو لدى دائرة البريد التي تحتفظ بأصل السند العادي للمرسل إذا كان السند مرسلا عن طريق البريد الإلكتروني.

لم تأخذ غالبية التشريعات بالمفهوم المتطور لرسائل الفاكس الذي اعتمدته الاتفاقيات الدولية المعاصرة، بل تركتها مهمشة ولم تمنحها أية حجية للإثبات، ومنها القانون المدني الفرنسي الذي لم يساويها بالسند العادي في الإثبات، وأجاز لمن نسبت إليه إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، لأن واقعة الإرسال مادية، قد تكون فيها نقاط ضعف تقنية².

بالرغم من نقاط الضعف التي قد تشوب التراسل باستخدام الفاكس، فقد صدر عن محكمة استئناف باريس بتاريخ 1995/02/17 قرارا اعتبرت فيه أن عقد تنظيم رحلة إلى الخارج قد نشأ برسالة فاكس عبّر مضمونها عن اتفاق الأطراف، وفي قرار آخر صدر عن المحكمة ذاتها أقرت فيه صحة الرجوع أو التراجع عن عرض وعد بالتنازل عن أسهم³، بالتالي اعترفت صراحة أن تبادل نسخ الفاكس كافل لإلزام الأطراف.

2- رسائل التلكس:

تعني كلمة (Téle) برقية، و (X) تعني تبادل، وبذلك فإن كلمة التلكس تعني تبادل البرقيات، والتلكس هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على

¹. أنظر: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص15.

² - منها احتمال حصول خطأ في عملية الإرسال والاستقبال، فضلا عن ذلك، أن إشعار إرسال رسائل الفاكس الذي تصدر هذه الآلة لا يؤكد استلام مضمونه من قبل المرسل إليه، بل يفيد المرسل فقط.

³ - صقر نبيل ومكاري نزيهة، المرجع السابق، ص260.

المعلومات لحظة إرسالها¹، ولا يمكن إرسال الرسالة إلا إذا تم تسليم رمز النداء من الجهاز المرسل إليه، ويعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية، ليقوم تسليمها جهاز التسليم الذي تنعكس فيه العملية إلى طبع الحرف المرسل²، وهي السمة الأساسية التي يتسم بها التلكس، كونه يترك أثرا ماديا مكتوبا باستخدام الطابعة التي تحول السن دمن الطبيعة الإلكترونية إلى الطبيعة الورقية³، وقد اعتبرت إتفاقية فينا⁴ في مادتها ، أن المراسلات بالتلكس وسيلة إثبات، وذلك بنصها: "ينصرف مصطلح الكتابة إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس".

ثالثا: مخرجات الحاسب الآلي ورسائل البريد الإلكتروني:

يتمتع الحاسوب بأهمية كبيرة كونه يفتح آفاق جديدة أمام الفكر الإنساني في مجال تخزين واسترجاع السندات، وترك بصمات واضحة على طبيعة المعاملات التجارية الإلكترونية ووسائل إثباتها، فأصبح الاعتماد عليه كبيرا وواسعا في جميع مجالات الحياة خاصة في المجال القانوني⁵.

1/ مخرجات الحاسب الآلي:

إن الوثائق الإلكترونية التي يتم التعامل بها باستخدام الحاسوب، إما أن تكون مكتوبة على وحدة الطباعة، أو تكون مثقبة على وحدة تثقيب البطاقات أو الأشرطة، أو تسجل على وحدة أشرطة ممغنطة، أو على شكل ميكرو فيلم Com، حيث تقوم شاشة العرض المرئي المتصلة بالحاسب الآلي بإخراج المعلومات من الحاسب الإلكتروني، ولكنها لا تقدم لنا دليلا ماديا يمكننا

¹ - محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص15.

² - يتمتع التلكس بجهاز طباعة إلكتروني مبرق متصل ببذالة، يستطيع المشترك فيها الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يملك نفس الجهاز والتعاقد معه وتسلم رده، سواء كان داخل القطر أم خارجه، فتظهر البيانات مكتوبة بسرعة عالية، في خلال ثوان في كلا الجهازين.

³ - لملوم كريم، المرجع السابق، ص64.

⁴ - اتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.

⁵ - نبيل صقر ومكري نزيهة، المرجع السابق، ص262، و: لملوم كريم، المرجع السابق، ص 65.

لاحتفاظ به و استخدامه عند الحاجة. لذلك يتم توصيل الحاسوب بطابعة تقوم بطبع المعلومات المخزنة داخل الحاسوب على وسيط مادي يمكن الاحتفاظ به، وتكون عندئذ ذات طبيعة ورقية، كما قد تكون ذات طبيعة غير ورقية، إذا تم ترجمة البيانات الموجودة داخل الحاسوب في حوامل مثقبة، قد تكون في شكل بطاقات مثقبة أو شرائط مثقبة، ويتم حفظ المعلومات والبيانات المحوسبة على حوامل ممغنطة قد تظهر على شكل ميكروفيلم أو على هيئة شريط مغناطيسي¹.

2/رسائل البريد الإلكتروني:

يعرف البريد الإلكتروني بأنه طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات، أو مكنة التبادل الإلكتروني غير المترامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي، ويعرف أيضا بأنه: تلك المستندات التي يتم إرسالها وتسلمها بواسطة نظام اتصالات بريدي إلكتروني، وتتضمن ملحوظات مختصرة ذات طابع شكلي حقيقي باستصحاب مرفقات به، مثل معالجة الكلمات وأية مستندات أخرى يتم إرسالها وفقا للرسالة ذاتها². وقد حل محل البريد العادي عند نسبة كبيرة من المتعاملين، وبواسطته يمكن إرسال الرسائل والوثائق والصور والصوت عبر مختلف بقاع العالم في وقت وجيز، يعتمد في عمله على العناوين الإلكترونية.

رابعاً: رسائل الانترنت:

يصف الأستاذ "إيستر دايسون" الإنترنت بأنه مثل الهواء، أي أنها ضرورية مثل الهواء، وأخطر ما ينطوي عليه الانترنت، أنها توفر حرية استخدام فوضوية غير منضبطة تؤدي لحدوث جرائم ومخالفات قانونية. غير أن بيئة الإنترنت ليست الوحيدة التي تحدث فيها الجرائم، لأن الجريمة ظاهرة موجودة في كل مكان، لكن المشكلة تكمن في عدم وجود قوانين دائمة وراعية تحمي مستخدميها، لذلك تحرص الدول المعاصرة على تنظيم هذا الفضاء وإخضاعه للتنظيم القانوني، حفاظاً على الأمن في تبادل البيانات بين الأفراد، ولتلافي هذه المشكلة تم استخدام تقنيات التشفير والبصمة الإلكترونية، ولتلافي المشكلة أكثر يتم الاحتفاظ برسائل

¹. عايص راشد عايص المري، نفس المرجع، ص29.

². خالد ممدوح إبراهيم، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008، ص55.

احتياطية لاسترجاع البيانات المفقودة في حال تعرضها للضرر أو في حال تعطل الشبكة أثناء عملية نقل البيانات¹.

عرفت المنظمة الدولية للمواصفات العالمية ISO، بخصوص المواصفات الخاصة بالمحركات أنه: "مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية...، يسهل قراءتها عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"².

استخدام الوسائط الإلكترونية يثير اللبس، ذلك أن التكوين المادي والميكانيكي للشرائح المغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عبر الانترنت يتميز بقدر من الحساسية، مما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، أو الاختلاف الشديد في درجة الحرارة، وهي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة. لكن أمكن التغلب على هذه المشكلة الفنية، باستخدام أجهزة ووسائط أكثر قدرة وبالتالي يمكنها الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة ربما تفوق قدرة الأوراق العادية، التي تتأثر هي الأخرى بعوامل الزمن وقد تتآكل بفعل الرطوبة نتيجة لسوء التخزين، وهذا يعني أن المحرر الإلكتروني يستوفي شرط الدوام، إضافة لذلك فإن البيانات المدونة على المحرر الإلكتروني يجب أن تكون غير قابلة للتعديل إلا بإتلاف المحرر أو ترك أثر مادي عليه، وهذا متوفر في المحررات الورقية بحيث يمكن كشف التعديلات والتلاعبات مباشرة، في حين تفتقد المحررات الإلكترونية لهذه الميزة، مما أدى إلى عزوف الأفراد والقانونيين عنها نتيجة التخوفات من التزوير والغش المعلوماتي، وقد نص المشرع الجزائري عليها في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر³.

¹. نبيل صقر ومكري نزيهة، المرجع السابق، ص 266.

². عاصم عبد الجبار سعد، الإثبات في قانون المعاملات الإلكترونية و قانون المعاملات المدنية و التجارية، مقال منشور عبر الموقع: <http://www.barary.com/forum>

³. قانون رقم 06 - 23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتم الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 جوان 1966، المنضمين قانون العقوبات، ج ر عدد 84 صادر بتاريخ 20 ديسمبر 2006، وهذا يمثل حماية وإقرار من المشرع الجزائري بالمحررات والنظم المعلوماتية التي قد تكون عرضة لانتهاكات قد يكون في شكل النقاط غير مشروع للبيانات بالتجسس المعلوماتي أو الخداع أو الاعتداء على البيانات داخل نظام المعالجة الآلية، أو بإدخال معلومات وهمية أو مزورة، أو التدخل في الكيان

الأصل في المحررات الإلكترونية قدرة كل طرف على تعديل مضمون المحرر وإعادة تنسيقه بالإضافة أو التعديل أو المحو دون أن يظهر أي أثر مادي ملموس، وهذا يؤدي إلى زعزعة الثقة في المحررات الإلكترونية لاعتمادها كأدلة إثبات. لكن التطور التكنولوجي والتقني قام بحل هذا الإشكال عن طريق استخدام برنامج حاسب آلي يقوم بتحويل النص الذي يمكن التعديل فيه إلى صورة ثابتة لا يمكن التدخل فيها أو تعديلها، ويعرف هذا النظام باسم: **Document image processing**¹، يمكن حفظ المحررات الإلكترونية في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التعديل، من خلال حفظها في صناديق إلكترونية لا يمكن فتحها إلا بمفتاح خاص، تهيمن عليه جهات معتمدة من قبل الدولة، بحيث تؤدي محاولة الأطراف المتعاملة تعديل الوثيقة إلى إتلافها أو محوها تماماً².

المبحث الثاني

القيمة القانونية للسندات الإلكترونية

يتطلب التحول من مرحلة المعاملات الورقية إلى مرحلة المعاملات الإلكترونية، مناخ قانوني مناسب للتقنيات الحديثة لتبادل المعلومات وإبرام العقود، حيث لا يكفي لضمان استقرار المعاملات وعدم عرقلة نمو التجارة الإلكترونية، توصل الفقه إلى انطباق شروط السندات التقليدية في السندات الإلكترونية. وتغير المفاهيم التقليدية للكتابة والسندات التي حلت محلها

=المنطقي (logiciel) وغيرها من صور الغش، لتفاصيل أكثر راجع: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 334-338، راجع كذلك: محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 166/169، أنظر كذلك: قانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47 صادر بتاريخ 2009/08/16.

¹ أنظر عاصم عبد الجبار سعد، المرجع السابق، ص 63، وأنظر كذلك: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 202.

² -لملوم كريم، المرجع السابق، ص 69.

مفاهيم حديثة، بل يجب الاعتراف بها قانوناً وإضفاء القيمة القانونية عليها في الإثبات، وهو ما قامت به فعلاً مختلف القوانين، سواء التشريعات الدولية أو التشريعات الوطنية للدول، وذلك إما بإحداث تشريعات خاصة أو مجرد تعديل لنصوص قوانين الإثبات التقليدية.

لذا سنحاول التطرق لموضوع القيمة القانونية للسندات الإلكترونية في ظل القوانين التقليدية للإثبات (المطلب الأول)، ثم نتناول حجيتها وفقاً للقوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

حجية السندات الإلكترونية في القوانين التقليدية للإثبات

كان الفقه سابقاً لبحث مسألة حجية السندات الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية مع وسائل الاتصال التي سبقت في وجودها الإنترنت، حيث كان غالبية الفقه يرى بأنه لا يوجد ما يحول دون تطبيق نصوص الإثبات التقليدية على التعاقد الإلكتروني، وهذا استناداً لفكرتين هما: الأولى على أساس ما ورد من استثناءات على القواعد العامة للإثبات (الفرع الأول)، أما الثانية فعلى أساس ما ساد قواعد الإثبات مع وسائل الاتصال التي سبق وأن استعملت في التعاقد قبل ظهور الإنترنت، وكان القانون قد اعترف بها (الفرع الثاني).

الفرع الأول

السندات الإلكترونية واستثناءات قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي

أوردت قوانين الإثبات التقليدية عدة استثناءات تعفي المتعاقدين من وجوب الإثبات بالدليل الكتابي، والتي يمكن للمتعاملين في التجارة الإلكترونية استغلالها في الإثبات بالسندات الإلكترونية، سنتناول هذه الاستثناءات بنوع من التفصيل من خلال النقاط التالية:

أولاً: حجية السندات الإلكترونية باعتبارها صورة لمحرر رسمي:

تنص المادة 325 من ق م ج على أنه: "إذا كان أصل الورقة الرسمية موجوداً، فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتكون الصورة مطابقة للأصل ما لم ينزع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل"¹، أي أنه في حالة وجود الأصل يمكن اعتبار النسخة الإلكترونية نسخة منه ما لم ينزع بصفة جدية وصريحة أحد الطرفين في ذلك. وفي حالة عدم وجود الأصل يمكن اعتبار السندات الإلكترونية ذات حجية قانونية في الإثبات مع فارق وحيد هو عدم إمكانية المطالبة بالمطابقة مع الأصل لأنه لا وجود ورق له، ولأن الأصل بدوره إلكتروني، وبذلك جميع السندات تعد صوراً وليست أصولاً².

تنص المادة 1348³ من التقنين المدني الفرنسي قبل التعديل⁴ على أنه يستثنى من إعداد الدليل الكتابي أحد الأطراف أو المودع لديه إذا كان لم يحتفظ بالسند الأصلي، وبالتالي يقدم نسخة أو صورة منه، شرط أن يتوافر فيها شرطان هما: التطابق التام مع الأصل شكلاً ومضموناً، والدوام أي ثبات واستمرارية الدعامة⁵.

نستنتج من خلال ما سبق، أنه إذا كان الأصل غير موجود واستوفت الصورة شرطي التطابق مع الأصل والدوام (الثبات والاستمرارية)، كان لها حجية في الإثبات لكنها أقل من مرتبة الكتابة، لأنه يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات.

¹ - هذه المادة تقابلها حرفياً نص المادة 12 من قانون الإثبات المصري، وهو نفس اتجاه التقنين المدني الفرنسي قبل تعديل أحكام الإثبات فيه.

² - أنظر: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 262، وكذا: لملوم كريم، المرجع السابق، ص 81.

³ - « elles reçoivent aussi exception lorsqu'une partie ou le dépositaire n'a pas conservé le titre original et présente une copie qui en est la reproduction non seulement fidèle mais aussi durable, est réputée durable toute reproduction indélébile de l'original qui entraîne une modification irrépressible du support ».

⁴ - قانون رقم 80-525 صادر بتاريخ 12/07/1980، يتضمن التقنين المدني الفرنسي.

⁵ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 263.

ثانياً: حجية السندات الإلكترونية باعتبارها مبدأثبوت بالكتابة:

تنص المادة 335 من ق م ج التيتقابلها حرفيا المادة 62 من قانون الإثبات المصري، والمادة 1347 من التقنين المدني الفرنسي¹، على أنه: "يجوز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة". من خلال المادة ، يجب توافر ثلاثة شروط للاستفادة من هذا الاستثناء هي:

1/ وجود كتابة: حتى يكون مبدأ ثبوت بالكتابة، يجب أن تكون هناك دعامة مكتوبة، بصرف النظر عن لغتها أو شكلها أو الغرض الذي حررت لأجله، وهو ما جاء في المادة "...وكل كتابة..."، أي كل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة²، ولا يكفي مجرد الأقوال الشفوية لذلك.

2/ صدور الكتابة من الخصم: استقر الفقه على ضرورة صدور الكتابة من الخصم أو من ممثله القانوني، سواء كانت هذه الكتابة بخط يده أو عن طريق إملاءه على غيره معا انصراف إرادته إلى إصدارها.

3/ أن تجعل الكتابة التصرف المدعي به قريب الاحتمال: مفاده أن تقوم الكتابة بوصف الواقعة بشكل لا يدع أي مجال للشك في صحتها.

انقسم الفقه فيما يخص تطبيق هذا الاستثناء على عقود التجارة الإلكترونية إلى اتجاهين: الأول يرى بأنهم في الدول التي لا توجد بها قوانين تعترف بالحجية لهذه السندات، فإن صدورها

¹ أنظر: عايص راشد عايص المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، ص 136.

² إيهاد محمد عارف عطا سده، مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 104 و 105.

يعد قرينة على صدور كتابة من المدعى عليه، يمكن تكملتها بشهادة الشهود لتصبح دليل كامل¹. أما **الاتجاه الثاني** وهو نفس اتجاه محكمة النقض الفرنسية²، بأن السندات الإلكترونية لا تعد مبدأً ثبوت بالكتابة، لأن الآلة الإلكترونية لا تخرج عنها أية مستندات أو نسخ أصلية يمكن تمييزها عن النسخ المستخدمة التي يمكن تكرارها بعدد غير محدود.

غير أننا نعيب على الاتجاه الأول أن عملية الحصول على شهود في عقود التجارة الإلكترونية مسألة قد تكون غير ممكنة، في ظل التخوف حتى من عدم وجود المتعاقد الثاني، كون أن أطرافه غير واثقين أصلاً من بعضهم البعض، فما بالنا البحث عن شهود.

ثالثاً: قبول السندات الإلكترونية في حالة عدم إمكانية الحصول على دليل كتابي:

تنص المادة 336 ق.م.ج على هذه الحالات: "... يجوز الإثبات بالشهود أيضاً فيما يجب إثباته بالكتابة:

— إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي.

— إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي خارج عن إرادته"³.

إن عدم إمكانية الحصول على دليل كتابي قد يكون لفقدان السند، أو لوجود مانع يحول دون ذلك، وهو ما سنتطرق إليه على التوالي في النقطتين التاليتين:

1/ حالة فقدان الدليل الكتابي: يتضح من نص المادة 336 من ق م ج السابقة الذكر أنه لقيام هذا الاستثناء يجب توافر شرطين هما: سبق وجود سند كتابي لدى من يطلب الإثبات بغيره، وأن يكون فقدان هذا السند بسبب أجنبي لا يد للمدعي فيه¹.

¹ - HANCE Olivier, op cit, p 221.

نجد كذلك حكم محكمة النقض المصرية رقم 2308 بتاريخ 1991/12/16، يقر جواز تكملة مبدأ الثبوت بالكتابة بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية حتى يكون لهما للكتابة من قوة في الإثبات، مشار إليه لدى: **معوض عبد التواب**، المستحدث في القضاء التجاري، أحكام النقض في 20 عاماً (1974-1994)، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 16.

² - أنظر في ذلك: **عايش راشد عايص المري**، المرجع السابق، ص 142.

³ - تنص المادة 63 من قانون الإثبات المصري على أنه: "يجوز أن يثبت بجميع طرق الإثبات، ما كان يجب إثباته بالكتابة: 1- إذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبه فيه. 2- إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال دون الحصول على دليل كتابي"، تقابلها المادة 30 من قانون البيئات الأردني والمادة 1348 من ق م ف.

إذا أخذنا بالتفسير الضيق للمادة، فإنه لا يمكن تطبيق هذا الاستثناء في هذه الحالة، وذلك لافتقار السندات الإلكترونية لشروط الدليل الكتابي². أما إذا أخذنا بالمفهوم الواسع في تفسير هذه النصوص، فإن جانب من الفقه الفرنسي ذهب إلى إمكانية الاستناد إلى هذا السندات في إثبات عقود التجارة الإلكترونية التي تختفي فيها المعلومات المدونة على الدعامات الورقية التقليدية³.

2/ حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابي: يقصد بالمانع هنا، استحالة الحصول على دليل كتابي وقت التعاقد، سواء كانت مقصورة على شخص معين أم ترجع إلى الظروف الخاصة التي يتم فيها التعاقد، أي استحالة نسبية عارضة أو شخصية⁴، والمانع قد يكون مادي أو أدبي⁵، أو مانع بحكم العادة⁶.

فيما يخص عقود التجارة الإلكترونية فإنه يسهل تطبيق الاستحالة المادية، نظرا لاستخدام الوسائط الإلكترونية التي يستحيل معها إبرامها بالشكل المتطلب في القواعد التقليدية، أما بالنسبة للاستحالة المعنوية فإنها تكاد تنتفي باعتبارها عادة ما تكون عقود دولية.

¹ _ السنهوري أحمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 610.

² _ FERAL-SCUHUHL Christian, Cyber droit : le droit à l'épreuve de l'internet, DALLOZ , Paris, 1999 , p 154.

³ _ محمد حسام لطفي، الحجة القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1988، ص 11-15، وكذا: لنفس المؤلف، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1993، ص 22، وكذلك: العبودي عباس، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، مرجع سابق، ص ص 73 و 74، أنظر كذلك:

FERAL-SCUHUHL Christian, op cit , p 155.

⁴ _ العبودي عباس، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، مرجع سابق، ص 76-75.

⁵ _ المانع المادي: يتوفر كلما وجدت ظروف خارجية دفعت الشخص إلى إبرام تصرف قانوني معين تمنعه من الحصول على دليل كتابي، يعود تقديره إلى القاضي وحده. أما المانع الأدبي فيتحقق كلما وجدت بعض الاعتبارات المعنوية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي، كوجود صلة القرابة أو نسب أو علاقة زوجية أو صداقة... الخ، أنظر حول ذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 264.

⁶ _ المانع بحكم العادة يتوفر في الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على دليل كتابي بحكم العرف بين فئة من الفئات، مثل التجار حين إرسالهم السلع لمنازل عملائهم دون تحرير كتابة في هذا الشأن، أنظر بعض أحكام القضاء المصري والفرنسي بهذا الموضوع، مشار إليها لدى: عايص راشد عايص المري، المرجع السابق، ص 151.

رابعاً: حالة الغش نحو القانون¹:

إرساء لمبدأ حسن النية الذي يعتبر مبدأً أساسياً في التصرفات القانونية، أقر القانون استثناء إثبات الغش نحو القانون بكافة طرق الإثبات بغض النظر عن قيمة التصرف². وفي المجال المعلوماتي فإن القاضي يستمد اقتناعه من أي دليل يتوصل إليه حتى لو كان باستخدام وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات³.

خامساً: قبول السندات الإلكترونية في حالة وجود اتفاق أو قانون يجيز الإثبات بغير الكتابة:

يقوم الأفراد أحياناً بالاتفاق فيما بينهم على مخالفة القواعد العامة في الإثبات أثناء إبرامهم لعقود التجارة الإلكترونية، خاصة فيما يتعلق بالتخلص من قيد الإثبات بالكتابة وإحلال مبدأ الإثبات الحر محله⁴، فما مدى مشروعية هذه الاتفاقات على الإثبات بالسندات الإلكترونية؟ كما قد نجد قوانين تنص على منح الأفراد الحرية في الإثبات، وذلك تماشياً مع مبدأ السرعة والائتمان في المجال التجاري.

1/ قبول السندات الإلكترونية في حالة وجود اتفاق خاص بين المتعاملين: يلجأ المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية إلى عقد اتفاقات خاصة فيما بينهم تتضمن الشروط الواجب مراعاتها، والوسائل التي يعتمد عليها لإثبات تصرفاتهم وإعطائها قوة ثبوتية، تفادياً لعدم قبولها من طرف القضاء لعدم النص عليها في القوانين، وبذلك تسد هذه الاتفاقات نقائص قواعد الإثبات.

¹ - الغش نحو القانون هي الحالة التي يثبت فيها وجود غش أو تحايل نحو القانون بتواطؤ المتعاقدين على مخالفة قاعدة قانونية تعد من النظام العام.

² - السنهاوري محمد عبد الرزاق، المرجع السابق، ص 706، و: أسامة أحمد المليجي، المرجع السابق، ص 130.

³ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 269 و 270.

⁴ - جميعي عبد الباسط، المرجع السابق، ص 73.

تنقسم قواعد الإثبات إلى قواعد إجرائية تتعلق بإجراءات التقاضي، وهي من النظام العام لا يجوز مخالفتها، وقواعد موضوعية اتفق الفقه على أنها ليست من النظام العام، بالتالي يمكن الاتفاق على مخالفتها، فيها يتحدد نطاق هذه الاتفاقات التي يجب أن تتضمن إما: تحديد الأدلة في الإثبات، أو تحديد حجية هذه الأدلة، أو تحديد عبء الإثبات¹.

2/ قبول السندات الإلكترونية استنادا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية: نظرا للطبيعة الخاصة للعنصرين الذين تقوم عليهما التجارة، وهما عنصري السرعة والثقة المتبادلة بين التجار، فإن قواعد الإثبات المدنية لا تسري على المواد التجارية، وهو ما راعاه المشرع الجزائري، حيث تبنى مبدأ الإثبات الحر في هذا المجال، شرط أن يكون أطراف العلاقة تجارا، وأن تتصل بتجارتهن، وهو ما نصت عليه صراحة المادة 30 من ق ت ج² القربية من المادة 330 من ق م ج³، وهذا يسهل إثبات التصرفات التجارية التي تتم بوسائل إلكترونية بأية قرينة على أن يترك تقديرها لقاضي الموضوع، وبالتالي العقود التجارية التي تتم إلكترونيا قابلة للإثبات بالسندات الإلكترونية.

غير أنه في المواد المختلطة⁴، يجب التقيد بقواعد الإثبات العامة في مواجهة غير التاجر. أما الطرف المدين فله حرية الإثبات ضد التاجر، وهو ما يسهل إثبات عقود التجارة الإلكترونية باستخدام السندات الإلكترونية، حتى لو لم تكن القوانين الوطنية قد اعترفت بها للإثبات.

¹- لمزيد من التفاصيل حول هذه الاتفاقات راجع: لملوم كريم، المرجع السابق، ص 88 - 91، و: العبودي عباس، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، مرجع سابق، ص 72- 74، وكذا: لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 91- 108.

²- أمر رقم 59-75 مؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون التجاري الجزائري معدل ومتمم، السابق الذكر.

³- تقابله المادة 1/69 من قانون التجارة المصري الجديد، والمادة 109 من ق ت ج ف، أنظر: سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 36، عايص راشد عايص المري، المرجع السابق، ص 6، وكذا: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 270- 273، وأيضا: لملوم كريم، المرجع السابق، ص 62 و 63.

⁴- المواد المختلطة يكون فيها أحد أطراف العلاقة التعاقدية تاجرا والثاني مدنيا.

الفرع الثاني

حجية السندات الإلكترونية قياساً بوسائل الاتصال السابقة لظهور الإنترنت

في الوقت الذي برز فيه التعامل عبر الوسائط الإلكترونية وأصبح ذا أثر وقيمة اقتصادية، وحيث أضحت العقود المبرمة عبرها تشكل عبئاً ثقيلاً على كاهل القانونيين في ظل غياب تشريعي يعترف لهذه الوسائل المبتكرة بقدرتها على إنجاز المعاملات الاقتصادية. كان لابد من قيام الفقه والقضاء باجتهادات لمنح هذه الوسائط القيمة المرجوة، كوسائل تمتاز بالسرعة والأمان من جهة، وبالقبول لدى المتعاملين بها من جهة أخرى. وبالفعل وقبل أن يعلن المشرع موقفه، كان الفقه والقضاء قد بذل في كثير من الدول اجتهادات نعرض لها على النحو التالي:

أولاً: حجية السندات الإلكترونية قياساً بمخرجات الهاتف:

يمثل الهاتف الكثير من الأجهزة التي استعملت في إبرام العقود، كالبرق الإذاعي والتلفزيوني لاشتراكهما في نقل الصوت — والصورة إن كان هاتفاً مرئياً —، وهو ما أثار الفقه تساؤلاً حول حجية الصوت والصورة في الإثبات، ومدى اكتسابهما صفة المحرر على النحو الذي حدده المشرع؟

يرى جانب من الفقه أن لفظ المحرر يفيد بالضرورة الكتابة، ولا يطلق على الأقوال الشفهية، وهو ما تبناه المشرع المصري في قانون الإثبات لسنة 1968 باعتبار الصوت ليس محرراً¹، في حين نجد جانب آخر من الفقه يعتبر الصوت كمحرر، وقال بأن الإقرار باللسان كالإقرار بالكتابة، وهو ما أخذت به قوانين عدة دول منها: القانون السوداني لعام 1983، قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 الذي سمح باستخدام الأصوات لإجراء التوقيع، وكذا قانون أصول المحاكمات اللبناني لسنة 1983 الذي اشترط لقبول التسجيل المغناطيسي أن

¹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 273.

يتم بعلم الخصم¹، وهو ما نجده في المادة 1326 من ق م ف التي اعترفت بالتسجيل الصوتي على الأسطوانات².

يمكن لنا القول أنه يمكن إثبات عقود التجارة الإلكترونية بالسندات الإلكترونية في الدول التي لم تفرد قانونا خاصا يعترف بها، وهذا قياسا بالنصوص التي تعترف بالهاتف إن كانت من بين الدول التي عالجت المسألة.

ثانيا: حجية السندات الإلكترونية قياسا برسائل التلكس والفاكس:

أخذت الرسائل المتبادلة عبر التلكس والفاكس باعا طويلا من النقاش والبحث الفقهي والقضائي، وذلك لتقدير مدى قبولها كإسناد كافية في إثبات عقود التجارة الإلكترونية.

في البداية كان الفقه يرى أنها لا توفر الأمان الكامل للمتعاقدين كونها لا تمكن من التعرف على هوية مرسل الفاكس ولا المرسل إليه، وأنها عرضة للعبث بمحتوياتها وإمكانية تزويرها وإنكارها وعمل نسخ غير متطابقة³. ثم ميز اتجاه آخر بين رسائل الفاكس ورسائل التلكس، حيث جعل من الأولى مجرد قرينة للاستئناس كونها لا توفر الأمان⁴. أما الثانية منح لها حجية كاملة في الإثبات لوجود جهة محايدة تعمل كوسيط ضامن لصحتها⁵، وأخيرا جاء اتجاه ثالث يرى بأن كل من رسائل الفاكس والتلكس لها حجية كاملة في الإثبات ما لم يشترط القانون شكل

¹- راجع تفصيلا في ذلك: **الجمال سمير حامد عبد العزيز**، المرجع السابق، ص ص 257 و 258.

²- كما نجد القانون الإنجليزي الذي جعل من المحررات الصوتية وشرائط الفيديو والصور الفوتوغرافية بنفس قيمة المحررات المكتوبة، وهو نفس اتجاه قانون التجارة الإلكترونية الأمريكي الصادر بتاريخ 2000/06/30 الذي أجاز استخدام الأصوات في إجراء التوقيع الإلكتروني، لمزيد من التفاصيل راجع: **المليجي أحمد شوقي**، المرجع السابق، ص ص 47 و 48، وكذا: **ثروت عبد الحميد**، المرجع السابق، ص ص 47 و 48، و: **الجمال سمير حامد عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 259.

³- وهو ما تبناه القضاء اللبناني، راجع تفصيلا في ذلك: **محمد حسام محمود لطفي**، الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، مرجع سابق، ص 35.

⁴- **HEUT Jerome**, La valeur juridique de la télécopie(ou fax), comparée au télex, Recueil sierey, DALLOZ, Paris, 1993, p 33.

⁵- **الجمال سمير حامد عبد العزيز**، المرجع السابق، ص 264.

معين في التصرف، خاصة في مجال التجارة أين يسود مبدأ حرية الإثبات أو في الأحوال المدنية التي عندما لا يتجاوز قيمة التصرف مبلغا محددا قانونا¹.

حظيت رسائل الفاكس والتلكس بقبول القضاء أيضا، ومن ذلك إصدار المحاكم الفرنسية بمختلف درجاتها للعديد من القرارات التي اعترفت فيها لهذه الرسائل بالحجية الكاملة في الإثبات، واعتبرت أن حجيتها تقترب من حجية العقد المكتوب²، كما حظي التعامل بالتلكس قبولاً قاطعاً لدى القضاء البريطاني، الذي اعتبر أن التعاقد بالتلكس كالتعاقد بالتلفون³.

أما من الناحية القانونية، فنجد قانون البيانات الأردني قد اعترفت صراحة بالحجية القانونية لرسائل الفاكس والتلكس بالرغم من تنظيمه للمحررات الإلكترونية المتعلقة بالإنترنت، إلا أنه شمل باقي الوسائل الأخرى في المادة 3/13 منه: "تكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه حجة على كل منهما". وقد اعترف المشرع المصري بالتلكس والفاكس ووسائل الاتصال الحديثة، قصد تبسيط الإجراءات في بعض الحالات، حيث نصفي المادة 58 من قانون التجارة على أنه: "يكون اعذار المدين أو إخطاره في المواد التجارية... ببرقية أو تلكس أو فاكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال السريعة"⁴.

قياساً على ما سبق لنا بيانه بالنسبة لرسائل التلكس والفاكس، ونظراً لقدرة الوسائل الإلكترونية الحديثة مثل الإنترنت، على توفير الكثير من شروط الأمن والاستقرار سواء من الناحية الفنية أو من الناحية التشغيلية، وقدرتها على القيام بدور قريب إلى حد بعيد وبتفوق كبير على جهاز الفاكس وبمستوى يوازي أو يزيد على إمكانيات التلكس. يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة منح الرسائل المتبادلة عبر شبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني والمستخرجة من جهاز

¹ - محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 31.

² - أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية: تكوين العقد وإثباته، مكتبة درا النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 234، و: محمد السعيد رشدي، حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، مرجع سابق، ص 22 وما بعدها، زريقات خالد عمر، المرجع السابق، ص 221.

³ - BENJAMIN Wright & JANEK Winn, op cit, p 213

⁴ - إياد محمد عارف عطا سده، المرجع السابق، ص 111-115.

الكمبيوتر الحجية القانونية اللازمة في الإثبات، وهو بالفعل ما قامت به مختلف التشريعات في العالم، سواء على مستوى القوانين والمنظمات الدولية، أو على مستوى القوانين الداخلية للدول، وهو ما سيكون موضوع دراستنا في (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

حجية السندات الإلكترونية وفقا للقوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية

برزت هناك دعوتان، تتادي الأولى بعدم وجود حاجة إلى أي تعديل تشريعي، على اعتبار أن ما يوجد في ثانيا قوانين الإثبات الحالية وقواعدها التقليدية يكفي لحكم كافة الأشكال المستحدثة ومنها السندات الإلكترونية، وذلك بالإشارة إلى الاجتهادات الفقهية السابق ذكرها، وتدعو الثانية بأن لا يبقى الوضع على ما هو عليه، وبالتالي يجب على المشرع سرعة الاستجابة لتنظيم هذه الظاهرة الاجتماعية، فلا يمكن الاكتفاء بالتوسع في الاستثناءات الواردة على مبدأ الإثبات بالكتابة. لما ينطوي على ذلك من فقدانه القدرة على توفير الثقة في شأن انتسابه لمصدره، وفي شأن صحة ما ورد به من بيانات، وبين هاتين الدعوتين نبحت حقيقة الموقف في التشريعات الدولية (الفرع الأول)، وفي التشريعات الداخلية للدول (الفرع الثاني).

الفرع الأول

الاعتراف بحجية السندات الإلكترونية في القوانين الدولية

إن اختلاف القوانين الداخلية حول القيمة الثبوتية للسندات الإلكترونية يشكل عائقا أمام انسياب التجارة الإلكترونية، وهذا ما حث على ضرورة تكاتف الجهود الدولية من أجل التغلب على هذه المشكلة، وبذلت في هذا المجال جهود عظيمة، منها جهود لجنة القانون التجاري لمنظمة الأمم المتحدة التي اعتمدت القانون الأونسيترال النموذجي لسنة 1996¹، وجهود

¹- يمكن مراجعة النسخة العربية لهذا القانون على الموقع : www.un.or.at/uncitral/

المجلس الأوروبي الذي أصدر التوجيه رقم 93-1999 بشأن التوقيع الإلكتروني، وهو ما سنتناوله تباعاً في النقطتين التاليتين:

أولاً: قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية:

من المنطلقات الأولى التي تؤكد جميعها على ضرورة الاحتواء التشريعي لتنظيم الإثبات بالسندات الإلكترونية وعدم ترك المسألة للاجتهاد، نجد القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي تبنته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، حيث عرضته على الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16/12/1996 التي وافقت عليه، يؤكد القانون في مطلعه: "أن الجمعية العامة للأمم المتحدة إذ تلاحظ أن عددا متزايدا من المعاملات في التجارة الدولية يتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات... وإذا تشير إلى التوصية التي اعتمدتها اللجنة... وذلك بغية تأمين الضمان القانوني في سياق استخدام التجهيز الآلي للبيانات... واقتناعاً منها بأن وضع قانون نموذجي ييسر استخدام التجارة الإلكترونية ويكون مقبولا لدى الدول ذات الأنظمة القانونية والاجتماعية والاقتصادية المختلفة ويمكن أن يساهم على نحو هام في تنمية علاقات اقتصادية دولية منسجمة... وإذ تؤمن بأن اعتماد اللجنة للقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية سيساعد على نحو هام جميع الدول في تعزيز تشريعاتها التي تنظم بدائل للأشكال الورقية... وتوصي بأن تولي جميع الدول اعتبارها لهذا القانون عندما تقوم بسن قوانينها أو تعديلها". كما تضمنت المادة 2/09 من القانون النموذجي النص التالي: "يعطى للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات ما تستحقه من حجية في الإثبات..."¹.

تضمن القانون النموذجي في مادته 17 بشكل صريح إرساء مبدأ حجية استخدام تبادل البيانات إلكترونياً في إبرام عقود التجارة الإلكترونية وقبولها في الإثبات²، وأرست المادة 05 من ذات القانون مبدأ: "عدم التفريق بين الوثائق الورقية والإلكترونية"، وقام في نصوص أخرى بتعريف كل من الكتابة والتوقيع تعريفاً موسعاً يمكن أن يستوعب الوسائل الحديثة التي قد تستجد. وأعطى في المادة 1/06 منه مفهوماً للكتابة، يسمح باستيعاب كل الأشكال الحديثة والتي قد تستجد، حتى لا يكون التعريف عائقاً في وجه ما قد تسفر عنه التكنولوجيا الحديثة.

¹- زريقات عمر خالد، المرجع السابق، ص 234.

²- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 247.

صدر كذلك عن ذات اللجنة، قانون نموذجي خاص بالتوقيعات الإلكترونية سنة 2001، بهدف تعريف التوقيع الإلكتروني وإعطائه الحجية القانونية الكاملة لمسايرة مستجدات التجارة الإلكترونية، كما تبنت قواعد موحد للتوقيع الإلكتروني.

رغم أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ساوى بين السندات الإلكترونية والورقية، إلا أنه لم يشترط توفر كل شروط المحررات التقليدية في المحررات الإلكترونية، لكنه نص على شروط أخرى مثل وجوب استتساخ وقراءة رسالة البيانات، وأن تكون في المتناول، بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة مع عدم قابليتها للتحريف، وهذا وفقا لنص المادة السادسة من هذا القانون¹.

تجدر الإشارة إلى أنه يجب مراعاة بعض القواعد الأخرى — لا تتوفر في السندات التقليدية— التي ترمي إلى إضفاء الثقة في التعامل بها، ومن أهم هذه القواعد ما نصت عليه المادتين 13 و 14 من القانون النموذجي حول إسناد رسائل البيانات والإقرار باستلامها، نذكرها:

— تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ — المرسل — وبالتالي يعد ملزما بها متى ثبت أنه هو من أرسلها أو من شخص له صلاحية التصرف نيابة عنه، أو حتى من نظام معلوماتي مبرمج من طرفه أو من ينوب عنه للعمل تلقائيا.

— يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا:
أ/ طبق المرسل إليه تطبيقا سليما، من أجل التأكد أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، أو سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.

ب/ كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة فعلا عنه².

¹ - راجع تفصيلا في ذلك: لموم كريم، المرجع السابق، ص 99 و 100.

² - المادة 1/13 / 2/ 3/ من قانون الأونسيترال السابق الذكر.

غير أنه لا يمكن للمرسل إليه التمسك بصور رسالة البيانات من المنشئ، متى تسلم إشعاراً من المنشئ يفيد أن رسالة البيانات لم تصدر عنه، أو أن المرسل إليه علم بذلك، أو كان عليه أن يعلم لو بذل العناية المعقولة¹.

— تعتبر كل رسالة بيانات يتسلمها المرسل إليه رسالة بيانات مستقلة، ويكون للمرسل إليه التصرف على أساس هذا الافتراض، ومع ذلك يمكن اعتبارها نسخة ثانية من رسالة بيانات أخرى إذا عرف المرسل إليه ذلك، أو كان عليه أن يعرف إذا بذل العناية المعقولة، أو استخدم أي إجراء متفق عليه يفهم منه أن رسالة البيانات كانت نسخة ثانية.

— يعتد بشكل الإقرار باستلام رسالة البيانات من المرسل إليه باتفاق الطرفين، فإن لم يتفقا جاز أن يتم الإقرار بأي بلاغ من جانب المرسل إليه، وبأية وسيلة آلية أو غيرها، أو بأي سلوك من جانب المرسل إليه يفيد استلام رسالة البيانات².

من خلال نصوص هذه المواد، والقواعد التي أرستها، يمكن القول بأن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي، قد اعترف بحجية السندات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات.

ثانياً: توجيه الاتحاد الأوروبي رقم 93-1999:

تلا قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، قيام المجموعة الأوروبية بإصدار التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 بتاريخ: 1999/12/31 بشأن التوقيع الإلكتروني³، بهدف تنسيق التدخل التشريعي في الدول الأعضاء بشأن قبول السندات الإلكترونية كدليل كامل في الإثبات، واستلهم المشرع الأوروبي الإطار العام للتدخل التشريعي في شأن تنظيم الإثبات في هذا المجال من القانون النموذجي الموحد للتجارة الإلكترونية السالف الذكر، الذي جاء على أساس التساوي الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والأدلة الكتابية الكاملة، إذا كان التوقيع موثق

¹ - المادة 4/13 من قانون الأونسيترال السابق الذكر.

² - المادة 14 من نفس القانون.

³ - يمكن مراجعة جهود المجلس الأوروبي لأجل وضع هذا التوجيه على الموقع: www.europa.eu.Int/Directives

به وكان المحرر يتميز بالشروط السابق ذكرها¹، أي أن هذا السند الإلكتروني يعتبر قرينة قانونية بسيطة في الإثبات، كي يتم قبوله دليلاً كاملاً يشترط أن يتم اعتماده بشهادة متخصصة². بذلك يكون التوجيه الأوروبي قد اعترف بحجية السندات الإلكترونية، واعتبارها دليل كامل في الإثبات في حال ما توفرت فيه الشروط القانونية التي نص عليها التوجيه.

الفرع الثاني

حجية السندات الإلكترونية في القوانين الداخلية للدول

اجتهد القضاء كثيراً لمنح الحجية القانونية للسندات الإلكترونية في الإثبات، غير أن هذا لم يزل تخوف الأفراد — خاصة منهم التجار — من احتمال ضياع حقوقهم، نتيجة عدم اعتراف القانون بهذه الوسائل الحديثة في الإثبات. كل هذا أدى إلى عرقلة نمو واتساع مجال التجارة الإلكترونية، مما جعل الدول تعترف بهذه الوسائل الحديثة، سواء كان ذلك بإصدار قوانين خاصة بها، أو بتعديل قوانينها الخاصة بالإثبات، وسوف نتناول (أولاً) اعتراف قوانين الدول الغربية بالسندات الإلكترونية، و(ثانياً) اعتراف قوانين الدول العربية بهذه الأخيرة.

أولاً: في قوانين الدول الغربية:

بادرت العديد من الدول الغربية إلى إصدار تشريعات تعطي الحجية القانونية للإثبات بالوسائل التكنولوجية الحديثة، نذكر أهمها:

1/ في ظل التشريع الفرنسي:

كان السبق للمشرع الفرنسي الذي نشط في هذا المجال واتخذ العديد من المبادرات، وذلك منذ أن كلفت الحكومة مجلس الدولة الفرنسي بإعداد تقرير في شأن تنظيم الإثبات عن طريق المحررات الإلكترونية، وبعد صدور هذا التقرير كلف مجلس الوزراء لجنة من كبار أساتذة

¹ - زريقات عمر خالد، المرجع السابق، ص 234.

² - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 248.

القانون في فرنسا بإعداد مشروع قانون معدل لنصوص التقنين المدني المتعلقة بالإثبات، من أجل استيعاب التقنيات الحديثة في مجال تدوين المحررات الإلكترونية والتعامل بها¹. وبالفعل صدر القانون الفرنسي رقم 230-2000 في 13 مارس 2000 ليدخل تعديلا جوهريا على التقنين المدني الفرنسي بشأن المحررات الإلكترونية على المواد 1316 بفقراتها 1، 2، 3، 4، والمادة 1317، والمادة 1326². حيث نصت المادة 1/1316 بأنه يعتد بالكتابة كدليل في الإثبات، أيا كانت الدعامة التي تحويها، وأيا كانت طريقة نقلها، يشترط فيها فقط إمكانية تعيين مرسلها وأن تعد وتحفظ في ظروف تضمن سلامتها.

تنص المادة 3/1316 على أنه: "يكون للكتابة على دعامة إلكترونية نفس القوة في الإثبات التي للكتابة على ورق".

يمكننا القول أن المشرع الفرنسي أندمج بسرعة إلى نهج الإثبات المعلوماتي الذي دعا إليه كل من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وكذا قانون التوجيه الأوروبي.

2/ في القانون الإنجليزي:

ورد في قانون الإثبات المدني البريطاني الجديد، الصادر في 1996، حيث احتوى النص على تعريف السند بأنه: "يشمل أي شيء فيه تسجيل لشرح أو وصف لأية معلومات"³. من خلال النص اعتراف بالسندات الإلكترونية واعتبارها من الوسائل الكافية والمقبولة في الإثبات.

¹ - مرّ اعتراف المشرع الفرنسي بالسندات الإلكترونية بمراحل، أولا قام بتنظيمها وقبولها في حالات خاصة، وفي بعض قطاعات الدولة الحيوية، حيث أصدر في 12/06/1980 قانون بشأن قبول الميكروفيلم في الإثبات، ثم أصدر قانون رقم 83-353 والذي تسمح المادة 8 منه، باستخدام الوسائط الإلكترونية في تدوين حسابات التجار والشركات، ومنحها نفس حجية المحررات الورقية في الإثبات، كما عدل قانون الضرائب بموجب قانون رقم 99-337، ليسمح باستخدام الوسائط الإلكترونية في التعامل الفرنسي ومنحها الحجية القانونية في الإثبات، يمكن مراجعة مراحل المشروع وصيغته النهائية على الموقع: www.leg/france-gouv.fr/citoyen/actualite/preparation/exp

² - يمكن مراجعة النصوص الأصلية باللغة الفرنسية في الجريدة الرسمية رقم 62 صادرة في 14/03/2000، أو على موقع وزارة العدل الفرنسية عبر الإنترنت: www.justice.gouv.fr

³ - "Document means any thing in which information of any description is recorded"

يمكن مراجعة نصوص هذا القانون على الموقع: www.barkerinfo.com/apec/uk.eu.legal-guide/uk

كما نجد قانون الاتصالات الإلكترونية البريطاني الصادر في 2000/05/25¹، الذي وإن كان لا يعنى بالإثبات، إلا أنه اعترف بأدوات ووسائل التوثيق المأمونة، وفق هذا القانون كي يأخذ بالسند الإلكتروني يجب إثبات مصدره وكيفية إنشائه وهوية صاحبه، مع عدم الإخلال بما هو مقرر بشأن صلاحية القاضي في تقدير مدى قبوله، وبذلك يكون منح السندات الإلكترونية حجية في الإثبات، وفق هذا القانون يتوقف على مدى توثيقها².

3/ في القانون الأمريكي:

صدر في الـ: و م أ، قانون الإثبات الفيدرالي³ الذي يهدف إلى توحيد قواعد الإثبات، حيث تضمن في المادة 1/101 منه نصا صريحا يؤكد على اعتبار كل التسجيلات الإلكترونية وأي شكل آخر يستخدم في جمع البيانات بمثابة صيغة خطية، ونصت الفقرة الثالثة من نفس المادة أن: "كل طباعة ورقية للتسجيلات الإلكترونية تؤلف صيغة أصلية بشرط أن تنقل عنها بشكل أمين". من هذا النص يتبين أنه لا يوجد ما يمنع من قبول الإثبات إذا حصل بواسطة نسخ مطبوعة لبيانات إلكترونية مأخوذة من خلال البريد الإلكتروني، أو عن طريق مواقع الويب مباشرة، وقد استكمل الاعتراف بهذه السندات في الإثبات بصور قانون فيدرالي خاص بالتوقيع الإلكتروني سنة 2000، الذي منح للسندات الإلكترونية نفس القيمة القانونية التي هي للكتابة والتوقيع التقليديين تسهيلا لعمليات التجار الإلكترونية⁴.

4/ القانون الكندي:

لا يختلف الوضع في القانون الكندي عما هو في الأمر في القانون الفرنسي — خاصة قانون مقاطعة الكيبك⁵ — حيث ساوى المشرع الكندي بين البيانات المسجلة على دعائم إلكترونية أو معلوماتية أو ممغنطة والمحركات التقليدية في الإثبات، شرط أن تكون قد توافرت

¹ - يسمى هذا القانون بـ: Electronic communication Act 2000، يمكن الرجوع إلى نصوصه على الموقع: www.droit-technologie.org

² - زريقات عمر خالد، المرجع السابق، ص ص 236 و 237.

³ - يمكن مراجعة نصوص هذا القانون على الموقع: <http://library.whithouse.gov.us> أو: www.law.indiana.edu/glsj

⁴ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 254.

⁵ - APIIQ, La loi uniforme sur la preuve électronique, mémoire présenté à la conférence pour l'harmonisation des lois au Canada par la comité d'évaluation des critères d'expertises de l'Association, Mai 1997, p18, disponible sur le site : <http://www.crim.ca/APIIQ>.

لديها الضمانات التي تحمل على الثقة فيها، وكانت محمية من التلف والتغيير، مع منح السلطة التقديرية للمحكمة في تقدير مدى كفاية هذه الضمانات، مما يمكن من المنازعة في حجية هذه الأدلة بكافة طرق الإثبات، وعادة ما يرى الفقه بأن هذه الضمانات تتحقق إذا تدخل شخص من الغير معتمد ومحايد ويكون دوره متمثلاً في:

— السهر على تقديم خدمة مشابهة لتلك المعروفة في مجال البريد الموصى عليه.

— أن يضمن الحفاظ على السندات الإلكترونية لمدة معينة عادة ما تكون محددة بنص قانوني¹.

ثانياً: في قوانين الدول العربية:

قامت بعض الدول العربية بإصدار قوانين تخص تنظيم التجارة الإلكترونية أو بتعديل قوانينها من أجل احتواء هذه المسألة، وهذا تأثراً بقانون الأونسيترال النموذجي أو بالتوجيهات الأوروبية، وكذا بقوانين الدول الغربية، ومن أهم هذه الدول نجد تونس، مصر، الأردن، الإمارات العربية المتحدة، كما نجد الجزائر بموجب التعديل الجديد للقانون المدني، وسنتناول ذكر أهم هذه القوانين:

1/ في القانون التونسي:

يعد قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83-2000 الصادر بتاريخ 2000/08/02، من أول التشريعات العربية التي نظمت أحكام التجارة والمعاملات الإلكترونية، وقد ساوى هذا القانون السندات الإلكترونية بالسندات الكتابية في الإثبات. حيث نص الفصل الأول منه على أنه: "يجرى على العقود الإلكترونية، نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

كما أكد القانون على المساواة بين الوثيقة الإلكترونية والإمضاء في شكلها الإلكتروني مع نظائرها من الوثائق والإمضاءات الكتابية، فنص في المادة 04 منه على أنه: "يعتمد قانوناً حفظ الوثيقة الإلكترونية كما تحفظ الوثيقة الكتابية..."².

¹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 253.

² - العبودي عباس، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، مرجع سابق، ص 132.

من خلال استعراض هاتين المادتين، نجد أن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي أقر حجية السندات الإلكترونية في الإثبات وسأوها بالأدلة الكتابية التقليدية.

2/ في القانون الأردني:

شكل صدور قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85-2001، نقطة تحول في مجال الإثبات في الأردن، لاحتوائه الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود وإعطاء المحررات الإلكترونية ذات الحجية التي هي للمحررات التقليدية الورقية¹. وقد عرفت المادة 02 منه رسالة البيانات، السجل الإلكتروني، العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، واعتبر في المادة 07 منه أن: "السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزاميتها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات". وتناول في المادة 08/أ على الشروط التي يجب توفرها في السجل الإلكتروني حتى ينتج أثره، وهي: إمكانية الاحتفاظ به بالشكل الذي أنشئ به أو أرسل أو تسلمه، ودلالة المعلومات الواردة فيه حتى يسهل الرجوع إليه.

كما نصت المادة 6-72 من قانون الأوراق المالية المؤقت²، على جواز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب، أو تسجيلات الهاتف ومراسلات التلكس والفاكسميل، إضافة لذلك نجد المادة 7/ج من قانون براءات الاختراع³، تنص على حجية البيانات والوثائق المستخرجة من الحاسوب لتسجيل البراءات وبياناتها. كما نصت المادة 3 من قانون المعاملات التجارية⁴ على أنه: تكون للبيانات والوثائق المستخرجة من الحاسوب والمصدقة من السجل حجة على الكافة. ونصت المادة 6/3/ج من قانون الرسوم والنماذج الصناعية⁵، على أنه: "يجوز استعمال الحاسوب لتسجيل التصاميم والبيانات المتعلقة بها، وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من السجل حجة على

¹- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 114.

²- قانون رقم 23-1997، يتضمن قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت.

³- قانون رقم 23-1999، يتضمن قانون براءة الاختراع الأردني.

⁴- قانون رقم 34-1999، يتضمن قانون المعاملات التجارية الأردني.

⁵- قانون رقم 14-2000، يتضمن قانون الرسوم والنماذج الصناعية الأردني.

الكافة مالم يثبت صاحب الشأن عكسها". كما أنه وفقا لنص المادة 92 من قانون البنوك الأردني¹، فإنه يجوز إثبات القضايا المصرفية باستخدام البيانات الالكترونية بما في ذلك مخرجات الحاسوب ورسائل التلكس، وكافة الرسائل الالكترونية الأخرى، كما اشترطت المادة 06 من قانون البيانات الأردني²، تعدل المادة 13 من القانون الأصلي رقم 30-1952، اشترطت في المحرر الالكتروني نسبته لصاحبه³.

من خلال استقراء النصوص السابقة، نجد أن المشرع الأردني منح قوة الإسناد العادية في الإثبات للسندات، دون تمييز بين الحوامل والدعامات المحملة عليها تلك المحررات، سواء كانت ورقية أم إلكترونية.

3/ في قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية:

اشترط قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في مادته 08، كي يكون للسجل الإلكتروني ورسائل البيانات والمعلومات المتبادلة إلكترونية حجية، أن يتم حفظ السجل بطريقة إلكترونية وغير تقليدية⁴- حسب الأصل الذي أنشأ فيه - يمكن الرجوع إليه بسهولة، وأن يتم توثيق السجل الإلكتروني بالطريقة المنصوص عليها في هذا القانون، أو معقولة تجاريا ومتفق عليها بين الأطراف.

إذا ما توافرت الشروط الثلاثة السابقة، قامت قرينة قانونية على صحة السجل الإلكتروني، ولكنها قرينة يمكن إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، أي أن المشرع الأردني لم يعترف بالمساواة الوظيفية بين السندات الإلكترونية والسندات الكتابية التقليدية في الإثبات.

4/ في القانون المصري:

جاء مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري خاليا من أي تعريف للسند الإلكتروني أو اشتراط وجوده، كما جاء قانون التجارة رقم 17-1999، خاليا كذلك من أية مادة تتعلق به، غير

¹- قانون رقم 28-2000، يتضمن قانون البنوك الأردني.

²- قانون رقم 37-2001 يعدل القانون رقم 30-1952، يتضمن قانون البيانات الأردني.

³- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 244/243، و: لموم كريم، المرجع السابق، ص 103 و104.

⁴- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 235.

أنه مع صدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15-2004¹، نص في مادته الأولى فقرة (أ) على تعريف للكتابة الإلكترونية، ونص في البند (ب) من نفس المادة على أن المحرر الإلكتروني هو: "كل رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة"، ونص على المساواة الوظيفية بين المحررات الإلكترونية والمحررات التقليدية في المادة 15 منه. كما تضمن نص المادة 17 منه أنه: "تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد نص في هذا القانون أو في لائحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية". نجد أيضاً المادة 18 من هذا القانون اشترطت ثلاثة شروط لإضفاء الحجية على المحرر الإلكتروني، وهي أن يرتبط بصاحبه ويكون تحت سيطرته، وشرط ضمان التكامل، حيث يمكن من كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر².

بالتالي منح المشرع المصري الحجية القانونية الكاملة للمحررات أو السندات الإلكترونية متى توفرت فيها الشروط المذكورة سابقاً.

5/ موقف المشرع الجزائري:

ذكرنا سابقاً، أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، قد اعترف بالحجية القانونية الكاملة للمحررات الإلكترونية في الإثبات، ويشترط للاعتداد بها، إمكانية تحديد هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون صادرة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، كما أن المشرع الجزائري قد أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين السندات الإلكترونية والسندات التقليدية من حيث الأثر والحجية في الإثبات.

اعترف المشرع الجزائري أيضاً بإمكانية تبادل رسائل البيانات في الق ت ج بعد تعديل 2005 في المادتين 502 و 414، حيث نصت المادة 502 على إمكانية تقديم الشيك للوفاء عن

¹- قانون رقم 15-2004، خاص بقانون التوقيع الإلكتروني المصري، يمكن مراجعته على الموقع: http://www.gn4me.com/etesalat/article/art_id=4967.

²- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 255 و 256.

طريق وسائل التبادل الإلكتروني، وجاء نصها: "...يمكن أن يتم هذا التقديم أيضا، بأية وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما"، أما المادة 414 من نفس القانون فقد تناولت موضوع تقديم السفتجة للوفاء، وقد سمحت أن يتم ذلك بالطريق الإلكتروني، وهذا يعتبر قبول للسندات التجارية الإلكترونية في إثبات التصرفات التجارية وتشجيع منه لإقبال المتعاملين الإقتصاديين على هذا النوع من المعاملات، وهذه تعتبر قفزة نوعية من جانب المشرع الجزائري.

خلاصة الفصل الثاني

تطور التجارة الإلكترونية، صاحبه تطور ونمو حجم استخدام الوسائل الإلكترونية، كما صاحبها أيضا تغير مفهوم عدة مصطلحات في هذا المجال، مثل مفهوم الكتابة من كتابة تقليدية إلى كتابة إلكترونية. وكذا تغير طبيعة الوسائط التي تحملها وتحفظها، حيث بعدما كان العقد يدون على دعامة ورقية، اختفت هذه الدعامات مع التجارة الإلكترونية، وأصبحت العقود تدون على دعامات إلكترونية، تسمى بالسندات أو المحررات الإلكترونية، التي أصبحت بديلا للسندات التقليدية، خاصة بعد ظهور الأرشيف الإلكتروني، الذي أصبحت قدراته تفوق قدرات الأرشيف التقليدي، من حيث حفظ وضمان عدم زوال السندات الإلكترونية لمدة قد تفوق المدة التي يوفرها الأرشيف التقليدي، وفي حيز مكاني صغير جدا مقارنة بذلك الذي تشغله السندات الورقية. كما أنه قد تم التغلب على إمكانية تغيير مضمون السندات الإلكترونية دون ترك أي أثر، وذلك عبر تقنيتي التوقيع والتشفير الإلكترونيين.

سبق لنا أن قلنا، أن التجارة الإلكترونية تمارس عن طريق العقود، هذه العقود عادة ما تنثور بشأنها نزاعات، كذلك التي تخص تنفيذ أو تحديد التزامات الأطراف المتعاقدة، إثبات وجود التصرف القانوني المنشأ لهذه الالتزامات ألا وهو العقد الإلكتروني، كل هذا شجع على خلق مناخ قانوني من أجل خلق الثقة في نفوس المتعاملين فيها، خاصة في أهم مسألة تثيرها العقود، وهي ضمان حقوق الأفراد من الضياع، أي ما يسمى بالإثبات الإلكتروني. وهذا لن يتحقق إلا بإعطاء السندات الإلكترونية قيمة قانونية فعالة في الإثبات، وهو ما قامت به مختلف التشريعات العالمية - الدولية والداخلية للدول- ، بدءا بقانوني الأونسيترال الذين صدرا عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، الأول بشأن التجارة الإلكترونية سنة 1996، والثاني بشأن توحيد القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2001. وكذا في نفس المجال نجد التوجيه الأوروبي المؤرخ في 1999/12/13، هذه القوانين أعطت للسندات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني نفس قيمة السندات العادية والتوقيع العادي في الإثبات، بعد أن نصت على

ضرورة توفر بعض الشروط، كأن يكون مؤمن ومشهود عليه بشهادة مسلمة من الغير المصدق. واتبعت هذا النهج العديد من الدول الغربية والعربية، كل هذا ساعد على تبديد المخاوف التي ترى أن التجارة والعقود الإلكترونية يعتريها فراغ قانوني، وهي بذلك مجردة من المادية.

كل هذا يعزز قولنا بأن للسندات الإلكترونية قيمة قانونية في الإثبات، بعد أن حظيت باعتراف العديد من التشريعات الدولية والداخلية للدول ومن بين هذه القوانين الداخلية للدول، نجد المشرع الجزائري الذي ساوى بين المحررات الإلكترونية و المحررات العادية في المادة 323 مكرر من ق م ج.

خاتمة

خاتمة

تناولنا في بحثنا هذا موضوع الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، الذي يعتبر من أهم مواضيع التجارة الإلكترونية، وكذا أهم مسألة تشغل كتابات رجال القانون نظرا لخصوصيتها، كونها تبرم في فضاء إلكتروني افتراضي تتعدم فيه الماديات، فيتم إخراج هذه التصرفات إلى العالم المادي الواقعي في شكل مادي (كتابي) ملموس، حتى يبعث الأمن والثقة في نفوس المتعاملين فيها. وبما أن العقد يتم بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين بين أطرافه، فإنه يتم تبادلها في هذا الفضاء أيضا، عن طريق رسائل البيانات المرسلة بوسائط إلكترونية، سواء عبر البريد الإلكتروني أو عبر الإنترنت... الخ، والشكلية في العقود تعني أمرين:

الأول أن يشترط لصحة التصرفات القانونية والتي من بينها العقود إتباع إجراءات قانونية معينة، حتى يعتبر التصرف صحيحا منتجا لآثاره — وهو ما تناولناه في الفصل الأول —، وبالتالي هي ركن لانعقاد العقد، وبالرغم من أن معظم فقهاء القانون يرون بأن رسالة البيانات التي يتم تبادل الإرادة بها في مجال عقود التجارة الإلكترونية، تعتبر من مظاهر الشكلية في إبرام العقود، كون أن هذه الرسائل عادة ما تحتوي على كتابة تعبر عن إرادة المتعاقدين، ويمكن قراءتها عن طريق الآلة، كما يمكن الاحتفاظ بها لمدة قد تفوق بكثير المدة التي تحفظها السندات الورقية، حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، وهو ما ذهب إليه جانب من الفقه الفرنسي في تفسيره للمادة 1316 من ق م ف، الذي فسّر مفهوم الكتابة المذكورة في هذه المادة تفسيراً موسعاً، حيث شمل إلى جانب الكتابة كشرط إثبات التصرفات القانونية، الكتابة المشترطة لصحتها. لكن ما كان يقصد بمضمون هذه المادة هو مسألة الرسمية، أي إمكانية توثيق هذه الإرادة. وقد توصلنا في بحثنا هذا أنه بالفعل يمكن توثيق هذه الإرادة عن طريق التوقيع الإلكتروني، الذي يضمن سلامة السند الموقع عليه من أي تغيير أو تزوير لمضمونه، لكننا لاحظنا أنه رغم إمكانية توثيق الإرادة الإلكترونية لم نلمس جانب الرسمية في إبرامها،

كونها توثق عن طريق توقيع أطرافها على السند دون حاجة إلى طرف ثالث يمهرها بختمه وتوقيعه.

يقصد بها أيضا، الكتابة التي يشترطها القانون لإثبات التصرفات القانونية، أي أن عدم اتباع الإجراءات القانونية المنصوص عليها قانونا لإبرامها لا تمس بصحتها، بل يعتبر صحيحا ومنتجا لكل آثاره، لكن في حالة نشوب نزاع بين أطرافه، فإنه يشترط لإثبات الواقعة القانونية وجود دليل، وهذا الأخير يجب أن يحمل شكل قانوني معين — سند مكتوب — وممهور بخاتم وتوقيع موظف عام مكلف بتوثيقها قانونا، سواء كان القانون من اشترطه أم الأطراف هم الذين اتفقوا على إضفاء شكل معين عليه، وهو ما دفعنا للبحث في مجال المعاملات الإلكترونية أين تتم كل العقود في عالم افتراضي لا مادي، تتعدى فيه الدعائم المادية الورقية، عن مدى توفر هذه الخدمة وعن مدى حجية الشهادة التي تقدمها للمتعاملين الإلكترونيين.

الإثبات هو السبيل الوحيد لضمان أمن وسلامة الحق والدفاع عنه أمام القضاء، وهو ما دفع العديد من المنظمات الدولية والإقليمية إلى إصدار قوانين تنظم هذا الفضاء، خاصة منه ما يعنى بالمجال التجاري، تشجيعا منها الدول وحثها على إصدار قوانين جديدة تنظم التجارة الإلكترونية وتضمن للأفراد المتعاملين فيها الدفاع عن حقوقهم قانونا، ومن بين هذه القوانين الدولية التي ساهمت في نمو التجارة الإلكترونية كما ذكرنا، قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 1996، وعلى المستوى الإقليمي نجد التوجيه الأوروبي الذي صدر عن المجلس الأوروبي عام 1999 الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

اقتداء بجهود المنظمات الدولية، استلهمت مختلف قوانين الدول الغربية والعربية أحكامها من هذين القانونين — القانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية والتوجيه الأوروبي —، حيث هناك من قامت بإصدار قوانين جديدة خاصة بالتجارة الإلكترونية أو بأحد مجالاتها، خاصة ما يتعلق بالسندات الإلكترونية، حيث رأينا أن معظم القوانين المعاصرة قد اعترفت لها

بالحجية القانونية، ومنحت لها نفس القيمة التي هي للسندات الورقية، ومن بين هذه الدول كما رأينا، فرنسا، ألمانيا، بريطانيا... الخ، وهناك دول أخرى لم تقم بذلك لكنها عدلت من قوانينها الخاصة بالإثبات أو بالتجارة ككل، ومن بين الدول التي عدلت قوانينها الداخلية تماشيا مع العصر الرقمي، نجد المشرع الجزائري بتعديله لأحكام الإثبات في القانون المدني عام 2005، حيث أدخل المحررات الإلكترونية ضمن وسائل الإثبات، وأعطى لها نفس القيمة مع المحررات العادية إذا توفرت فيها الشروط السابقة الذكر، وهذا يعتبر خطوة نحو تقدم التجارة الإلكترونية في الجزائر.

اعترفت جل القوانين — إن لم نقل كلها — بالكتابة الإلكترونية كوسيلة إثبات جديدة، دخلت ميدان الإثبات، فكما رأينا كان الفقه أول من دعا للاعتراف لها بالحجية، ثم تلاه جهود القضاء، وأخيرا حظيت باعتراف قانوني، وأصبحت تزامم وسائل الإثبات العادية، خاصة بعد أن سلوت القوانين بينها وبين السندات التقليدية من حيث القيمة القانونية.

وبذلك نكون قد توصلنا إلى أن الكتابة الإلكترونية حسب القوانين الدولية والدولية تعتبر وسيلة إثبات وليست وسيلة تعاقد، وهذا في انتظار تطور تكنولوجي أكثر يسمح من اعتماد هذه الكتابة كوسيلة تعاقد، لكن هذا لن يتحقق إلا بتوفير أمن قانوني وتقني أكبر لهذه المعاملات، يفوق تقنيتي التشفير والتوثيق الإلكترونيين، وبذلك يحول دون عزوف المتعاملين التجاريين عن التعاقد إلكترونيا.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية

1/ الكتب:

- 1- أحسن بوسقيعة: الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هوم، الجزائر، 2005.
- 2- أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية: تكوين العقد وإثباته، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 3- أحمد عبد الكريم سلامة: القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني- السياحي- البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 4- أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 5- أسامة أحمد بدر: الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، دس ن.
- 6- أسامة أحمد شوقي المليجي: استخدام مخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثره على قواعد الإثبات المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 7- آمانج رحيم أحمد: التراضي في عقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الأردن، 2006.
- 8- الأباصيري فاروق: عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- 9- الجمال مصطفى: السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، سوريا، 2001.
- 10- السنهوري عبد الرزاق: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.

- 11-**العبودي عباس**: تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.
- 12- _____: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، دار الثقافة، عمان، 2004.
- 13-**العجلوني أحمد خالد**: التعاقد عن طريق الإنترنت — دراسة مقارنة — دار الثقافة، القاهرة، 2002.
- 14-**المنزلاوي صالح**: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006.
- 15-**بشار محمود دودين**: الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 16-**حامد عبد العزيز الجمال**: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 17-**حسن عبد الباسط جميعي**: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- 18- _____: عقود برامج الحاسب الآلي — دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
- 19-**خالد ممدوح إبراهيم**: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 20- _____: أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008.
- 21- **زريقات عمر خالد**: عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

- 22-سعداوي سليم:عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 23-سعيد السيد قنديل: التوقيع الإلكتروني، الدار الجامعية للنشر،الإسكندرية، 2004.
- 24-سلطان أنور: مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني: دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة للطباعة و النشر، عمان، 2002.
- 25-سمير حامد عبد العزيز الجمال:التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 26- شحاتة غريب محمد شلقامي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية - دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- 27- صقر نبيل ومكاري نزيهة: الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 28-علي فيلالي: الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار هومة للنشر، الجزائر، 2008.
- 29 -متولي وهدان رضا: النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن التعاقدات الإلكترونية، دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الأونسيترال النموذجي والفقه الإسلامي، دار الفكر والقانون، القاهرة، 2008.
- 30-محمد إبراهيم موسى: انعكاسات العولمة على عقود التجارة الدولية، دار الجامعة الجديد للنشر، الإسكندرية، 2007.
- 31 -محمد السعيد رشدي: الإثبات في المواد المدنية والتجارية وفقا للقانون المصري والكويتي، مؤسسة دار الكتاب، الكويت، 1996.
- 32-—————:حجية وسائل الاتصال الحديثة في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
- 33 -محمد أمين أحمد الشوابكة: جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.

- 34- محمد أمين الرومي: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2004.
- 35- محمد حسام لطفي: الحجية القانونية للمصغرات الفيلمية في إثبات المواد المدنية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1988.
- 36- _____: استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة، 1993.
- 37- _____: عقود خدمات المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- 38- محمد حسين منصور: أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 39- محمد فواز محمد المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 40- محمود عبد الرحيم الشريقات: التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 41- مدحت محمد عبد العال: الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001.
- 42- معوض عبد التواب: المستحدث في القضاء التجاري، أحكام النقص في 20 عاما (1974-1994)، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.
- 43- مناني فراح: أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.
- 44- _____: العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.
- 45- منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي: الطبعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن.

46- **ليبيب شنب:** الوجيز في مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، د س ن.

47- **لورنس محمد عبيدات:** إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة لنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

48- **ناصر إبياس:** العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.

2/ الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ/ رسائل الدكتوراه:

1- **حمودي ناصر:** النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص: القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

2 **رجب كريم عبد الله:** التفاوض على العقد - دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2000.

3 **عايش راشد عايش المرى:** مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998.

4 **محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء:** القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.

ب/ مذكرات الماجستير:

1- **إياد محمد عارف عطا سده:** مدى حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات: دراسة مقارنة، أطروحة استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

- 2- بن غرابي سمية: عقود التجارة الإلكترونية و منهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
- 3- لملوم كريم: الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية و الدولية، مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون فرع " قانونالتعاون الدولي"، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2011.
- 4- نصيرات علاء: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة آل البيت، 2003.
- 5- يحيى يوسف فلاح حسن: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، أطروحة إستكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، فلسطين، 2007، متوفرة على الموقع: <http://www.najah.fr/mémoire/contened/236/207.pdf>

3/ المقالات والبحوث العلمية:

- 1- ابن مقلان محمد، وظائف التوقيع الإلكتروني، مقال منشور على الموقع:
[E-mail : nailto.moglen@columbia.edu](mailto:nailto.moglen@columbia.edu).
- 2- أشرف توفيق شمس الدين: الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، دبي، الفترة من 10-12 ماي 2003.
- 3- أحمد محمد الهواري: عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العملي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، مركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، الفترة 26-28 أبريل 2003.

4-الدسوقي أبو الليل: توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المضرور، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، الذي نظّمته كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة، بالتعاون مع غرفة التجارة وصناعة دبي، في الفترة ما بين 10 و 12 ماي 2003، المجلد الخامس، متوفر على

الموقع: <http://www.unue.banque.com/imarat/arab/12/3398.pdf>

5- الصالحين محمد أبو بكر العيش: الشكالية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، مقال مقدم للأسبوع الثقافي حول المجتمع الإلكتروني، بكلية القانون، جامعة قاريونس، الفترة من 18 إلى 22 فيفري 2007، متوفرة على الموقع:

<http://www.univ-kar-youness.com/content/download.mémoire.pdf>.

6- خالد ممدوح إبراهيم: الشكالية في عقود الإنترنت والتجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمنتدى الأبحاث القانونية، سوريا، يوم 5 ماي 2010، متوفرة على الموقع: <http://www.hawassdroit.ibda3.org/t1125-topic>

7- محمود ثابت محمود: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، مجلة المحاماة، العدد الثاني لسنة 2002.

8-عاصم عبد الجبار سعد: الإثبات في قانون المعاملات الإلكترونية و قانون المعاملات المدنية و التجارية، مقال منشور عبر الموقع: <http://www.barary.com/forom>

9-نادر عبد العزيز: الإثبات الإلكتروني بين الواقع والقانون، مجلة الجيش الملكي، العدد 233، 2004، منشورة على الموقع: <http://www.lebamy.gov.lb/article.asp>

4/النصوص القانونية:

أ/ المواثيق الدولية:

- 1 -اتفاقية فيينا لسنة 1980، المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع.
- 2 - قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، متوفر على الموقع: <http://www.uncitral.org>

3- قواعد الأونسيترال الموحدة بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، المنشور باللغتين العربية والإنجليزية على الموقع: <http://www.uncitral.org.stabl/ml-elecsig-a.pdf>

ب/ النصوص التشريعية:

ب1/ النصوص التشريعية الوطنية:

- 1- أمر رقم 75- 58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن التقنين المدني الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج رع 2005/44.
- 2- أمر رقم 75- 59 مؤرخ في 29/06/1975، يتضمن القانون التجاري الجزائري، معدل ومتمم بموجب القانون رقم 05-02، مؤرخ في 06/02/2005، ج رع 11 صادر بتاريخ 09/02/2005.
- 3- قانون رقم 06-23 مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات، ج ر عدد 84 صادر بتاريخ 20 ديسمبر 2006.
- 4- قانون رقم 09-04 مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من جرائم تكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر عدد 47 صادر بتاريخ 16/08/2009.

ب2/ النصوص التشريعية للدول الأجنبية:

- 1- قانون رقم 80-525 صادر بتاريخ 12/07/1980، يتضمن التقنين المدني الفرنسي.
- 2- قانون الإثبات السوداني لسنة 1983، يمكن الحصول على النص الكامله عبر الموقع: <http://www.justice-lawhome.com/vb/showthread.php?=574>
- 3- قانون الحفاظ على الوثائق العراقي رقم 80 لسنة 1983.

- 4- قانون رقم 84- 131 مؤرخ في 16 جويلية 1984، يتضمن القانون المدني المصري معدل ومتمم.
- 5- قانون فرنسا لسنة 1986، يتعلق بتنظيم حرية الاتصال، النسخة الكاملة له منشورة عبر الموقع: <http://www.justice-gov.fr>
- 6- قانون الإثبات المدني البريطاني الجديد لسنة 1996، متوفر على الموقع: www.barkerinfo.com/apec/uk.eu.legal-guide/uk
- 7- قانون رقم 23-1997، يتضمن قانون الأوراق المالية الأردني المؤقت.
- 8- قانون رقم 23- 1999، يتضمن قانون براءة الاختراع الأردني.
- 9- قانون رقم 34- 1999، يتضمن قانون المعاملات التجارية الأردني.
- 10- قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي الصادر سنة 1999.
- 11- قانون رقم 03-2000 مؤرخ في 2000/08/05، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية.
- 12- قانون الاتصالات الإلكترونية البريطاني الصادر في 2000/05/25، متوفرة على الموقع: www.droit-technologie.org.
- 13- قانون رقم 14- 2000، يتضمن قانون الرسوم والنماذج الصناعية الأردني.
- 14- قانون رقم 28- 2000، يتضمن قانون البنوك الأردني.
- 15- قانون رقم 85-2000 مؤرخ في 11 ديسمبر 2001، والمتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني.
- 16- قانون رقم 83- 2000 مؤرخ في 09 أوت 2000، الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 11 أوت 2000.
- 17- قانون رقم 37- 2001، يعدل القانون رقم 30- 1952، يتضمن قانون البيانات الأردني.
- 18- قانون رقم 15-2004، خاص بالتوقيع الإلكتروني المصري، متوفر على الموقع: http://www.gn4me.com/etesalat/article/art_id=4967

19- قانون الإثبات الفيدرالي الأمريكي، متوفر على الموقعين: <http://library.whithouse.gov.us>

و: www.law.indiana.edu/glsj

ج/ المرسوم التنظيمي:

-مرسوم تنفيذي رقم 162-07 مؤرخ في 2007/05/30، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 123-01 مؤرخ في 2001/05/09، ج ر ج عدد 27 صادر في 2001./05/13

5/ الوثائق:

1 -القاضي يرني نذير: العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاة، الجزائر، دفعة 2003 – 2006.

2- قضية" كريديكاس" باللغة الفرنسية والحكم الصادر بشأنها على الموقع:

<http://www.credicas.onlineau.fr/memoire/1820.pdf>

3- هود المجلس الأوروبي لأجل وضع التوجيه الأوروبي، متوفر على الموقع:

www.europa.eu.Int/Directives

4- مراحل وضع مشروع قانون معدل لنصوص التقنين المدني الفرنسي، المتعلقة بالإثبات من أجل استيعاب التقنيات الحديثة في مجال تدوين المحررات الإلكترونية والتعامل بها، على

الموقع: www.leg/france-gouv.fu/citoyen/actualite/preparation/exp

ثانيا: باللغات الأجنبية:

1/ OUVRAGES:

- 1- **ACHILLEAS Philippe**, La télévision par satellite : aspects juridiques internationaux, perspectives internationales, n° 7, Montchrestien, 1995.
- 2- **ALIXANDRE Raymond**, La signature électronique : une révolution fondamentale du droit de la preuve, presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- 3- **ANDROW D-Murray**, Entering into contracts electronically, USA, 2002.
- 4- **BENJAMIN Wright & JANE K. Winn**, The law of electronic commerce, third edition, A division Of Aspen Publishing-INC, New York, USA, 2000.
- 5- **BETOUZET Christine**, Le commerce électronique : création de valeur pour l'entreprise, HERMES Science Publications, Paris, 1999.
- 6- **BOUCHURBERG Lionel**, Internet et commerce électronique, DELMAS, Paris, 2001.
- 7- **ERIC A- Caprioli**, Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique, édition LITEC, Paris, 2002.
- 8- **FERAL-SCUHUHL Christian**, Cyber droit : le droit à l'épreuve de l'internet, DALLOZ , Paris, 1999.
- 9- **GAUTRAIS Vincent**, Le contrat électronique, l'encadrement juridique international, thèse de doctorat, faculté des études supérieures, université de Montréal, Canada, 1998.
- 10- **HANSE Oliver and SUSAN Dionne**, The New Virtual Money-Law and Practice, Kluwer Law International Press, New York, 1999.

- 11- **HERVIER Guy**, Le commerce électronique, vendre en ligne et optimiser ses achat, EDITION D'ORGANISATION, Paris, 2001.
- 12- **HEUT Jerome**, La valeur juridique de la télécopie (au fax), comparée au télex, Recueil Sirey, DALLOZ, Paris,1993.
- 13-**JILOVEC Nihad**, The A to Z of EDI and its Role in E-Commerce, 2nded, Published by Loveland, New-York, 2001.
- 14- **LANCE Loeb**, Your right in the on- line, world, OSBORNE Mc GRAW-HALL, New-York, U S A, 1995.
- 15- **LINANT de Bellefond**, Contrats informatiques et télématique, DELMAS, Paris, 1992.
- 16-**LANGLOIS Marc** et **GASCH Stephae**, Le commerce électronique B2B, de L'EDI a internet,2edition, DULOD, Paris,2001.
- 17- **MICHAEL S-Baun&HENRY H- Perritt**, Electronic contracting Publishing And EDI Law, WILEY LAW Publication, New-York, 2000.
- 18- **PAUL Timmers**, Electronic Commerce: strategies & models for Business to Business Trading, New- York, 2000.
- 19- **ROGER Larry-Miller** and **GQYLOURD A-Gentz**, Law for electronic commerce, THOMSON LEARMING,New-York,2000.
- 20- **THOMYRE Lionel**, L'échange des consentements dans le commerce électronique, université de Montréal, Canada, 1999.

2/ THESES ET MEMOIRES :

- 1- **A-KOTECH Lima**, La Loi Applicable aux Contrats Du Commerce Electronique, mémoire pour l'obtention d'un diplôme d'étude approfondie en droit interne et international des affaires, Faculté de droit et des sciences politiques et Administratives, Filière Francophone, Université Libanaise,2005, p 06,

disponible sure le site :
<http://www.lb.refer.org/mémoires/347518Lama%20Koteiche.pdf>

2- **CAÏDI Stéphane**, La preuve et la conservation de l'écrit dans la société de l'information, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade Maîtrise en droit (L.L.M.), Université de, France, 2002, disponible sur le site :
<http://www.signelec.com/content/download/memoire/memoire-s-caidi-llm-montreal.pdf>

3/ ARTICLES :

1- **CAPRIOLI Eric et CANTERO Anne**, Aspects légaux et réglementaire de la signature électronique, disponible sur le site : www.cprioli-avocats.com

2- **OUTELLIER- S et DURINDEL- L** , La loi applicable aux contrats conclu sur internet, 2003, sur le site : <http://www.orleans.fr/asso/dess-dicom/mémoire/loi-contrats-internet.PDF>

3 **VIERBEST-Thibault**, Droit international privé et commerce électronique : états des lieux, sur le site :
<http://www.juriscom.net?pro/2/ce200/01.htm>

4/ LOI :

- Loi n° 2000-230 du 13 Mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O n° 62, du 14 mars 2000, sur le site : www.justice.gouv.fr

5/ DOCUMENTS :

- 1-APIIQ, La loi uniforme sur la preuve électronique, mémoire présenté à la conférence pour l'harmonisation des lois au Canada par la comité d'évaluation des critères d'expertises de l'Association, Mai 1997, disponible sur le site : <http://www.crim.ca/APIIQ>.
- 2- OCDE, « The Economic and Social Impacts of Electronic Commerce : Preliminary Findings And Research Agenda », disponiblesur le site :http://www.onlineaustralia.net.au/publications/other/OECD/ottawa98/e_simpact.pdf

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

1.....	مقدمة
7.....	الفصل الأول: الكتابة الإلكترونية وسيلة تعاقد
8.....	المبحث الأول: مفهوم عقود التجارة الإلكترونية
9.....	المطلب الأول: التعريف بعقود التجارة الإلكترونية
9.....	الفرع الأول: تعريف عقود التجارة الإلكترونية
10.....	أولاً: التعريف الفقهي لعقود التجارة الإلكترونية
10.....	1/ تعريف عقود التجارة الإلكترونية بسحب الوسيلة التي تتعقد بها
11.....	2/ تعريف عقود التجارة الإلكترونية باعتبارها من العقود المبرمة عن بعد
12.....	ثانياً: التعريف القانوني لعقود التجارة الإلكترونية
12.....	1/ تعريف عقود التجارة الإلكترونية في المواثيق الدولية
13.....	2/ تعريف عقود التجارة الإلكترونية في القوانين الداخلية للدول
15.....	الفرع الثاني: خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية
15.....	أولاً: خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية من حيث طريقة إبرامها
16.....	ثانياً: خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية من حيث نطاقها
18.....	ثالثاً: خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية من حيث طبيعتها القانونية
19.....	رابعاً: خصوصيات عقود التجارة الإلكترونية من حيث آثارها
21.....	المطلب الثاني: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن بعض العقود الأخرى
22.....	الفرع الأول: تمييز عقود التجارة الإلكترونية بحسب الطريقة التي تتعقد بها
22.....	أولاً: التعاقد الإلكتروني والتعاقد التقليدي
23.....	ثانياً: التعاقد الإلكتروني والتعاقد بالهاتف أو الهاتف

- ثالثا: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التي تبرم عن طريق الفاكس والتلكس.....24
- رابعا: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن العقود التي تبرم عن طريق الكتالوج....24
- الفرع الثاني: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن بعض العقود المبرمة في بيئتها.....25
- أولا: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقد استخدام الشبكة.....25
- ثانيا: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقد إنشاء موقع على الشبكة26
- ثالثا: تمييز عقود التجارة الإلكترونية عن عقد الإيجار المعلوماتي.....26
- المبحث الثاني: الجوانب الشكلية في تكوين عقود التجارة الإلكترونية.....27**
- المطلب الأول: إجراءات إبرام عقود التجارة الإلكترونية.....27
- الفرع الأول: مراحل تكوين عقود التجارة الإلكترونية.....28
- أولا: مرحلة ما قبل التعاقد (مرحلة التفاوض).....28
- 1/ ماهية التفاوض الإلكتروني.....29
- 2/ الجوانب الشكلية لمرحلة التفاوض في عقود التجارة الإلكترونية.....30
- ثانيا: مرحلة التعاقد.....34
- 1/ التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.....34
- 2/ تلاقي الإرادتين في عقود التجارة الإلكترونية.....35
- الفرع الثاني: استخدام وسائل إلكترونية للتعبير عن الإرادة.....39
- أولا: تبادل رسائل البيانات الإلكترونية.....40
- 1/ التعريف بنظام تبادل رسائل البيانات الإلكترونية.....40
- 2/ جهود المؤسسات الدولية لتوحيد قواعد التبادل الإلكتروني للبيانات.....42
- ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني.....44
- 1/ تعريف البريد الإلكتروني.....44

- 2/ إجراءات التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني.....44
- 3/ وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني.....45
- المطلب الثاني: توثيق الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية.....45
- الفرع الأول: توقيع رسائل البيانات الإلكترونية.....46
- أولاً: التعريف بالتوقيع الإلكتروني.....46
- 1/ التعريف القانوني للتوقيع الإلكتروني.....46
- 2/ التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني.....48
- 3/ التعريف القضائي للتوقيع الإلكتروني.....50
- ثانياً: شروط التوقيع الإلكتروني.....51
- الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني ووظيفة العقود الموقع عليها.....54
- أولاً: صور التوقيع الإلكتروني.....55
- 1/ التوقيع الرقمي.....55
- 2/ التوقيع البيومتري.....56
- 3/ التوقيع بالقلم الإلكتروني.....57
- 4/ تحويل التوقيع اليدوي (بخط اليد) إلى توقيع إلكتروني.....57
- 5/ التوقيع بالرقم السري في البطاقات الممغنطة.....58
- ثانياً: طبيعة رسائل البيانات الإلكترونية الموقع عليها.....59
- 1/ موقف الفقه من طبيعة الكتابة المتطلبة.....59
- 2/ موقف المشرع الجزائري من طبيعة التجارة الإلكترونية الموقع عليها.....61
- خلاصة الفصل الأول.....62
- الفصل الثاني: الكتابة الإلكترونية وسيلة إثبات**.....64
- المبحث الأول: النظام القانوني للسندات الإلكترونية**.....65

- 66.....المطلب الأول: مفهوم السندات الإلكترونية.
- 67.....الفرع الأول: التعريف بالسندات الإلكترونية.
- 67.....أولاً: التعريف القانوني للسندات الإلكترونية.
- 68.....ثانياً: التعريف الفقهي للسندات الإلكترونية.
- 69.....الفرع الثاني: خصائص السندات الإلكترونية.
- 69.....أولاً: السرعة في إبرام العقود.
- 70.....ثانياً: السرية وضمان الأمن القانوني للعقود.
- 70.....ثالثاً: السندات الإلكترونية غير تقليدية أدت إلى ظهور الإثبات الإلكتروني.
- 71.....رابعاً: السندات الإلكترونية تخفض تكاليف النقل والخزن.
- 71.....المطلب الثاني: شروط الإعتداد بالسندات الإلكترونية وصورها.
- 72.....الفرع الأول: شروط الإعتداد بالسندات الإلكترونية.
- 72.....أولاً: أن تكون مكتوبة.
- 73.....1/ تعريف الكتابة الإلكترونية.
- 75.....2/ شروط الكتابة الإلكترونية.
- 78.....ثانياً: أن تكون موقعة.
- 79.....ثالثاً: أن توثق السندات الإلكترونية.
- 79.....1/ تعريف جهة التوثيق الإلكتروني.
- 80.....2/ تعريف شهادة التوثيق الإلكتروني.
- 81.....الفرع الثاني: صور السندات الإلكترونية.
- 81.....أولاً: التسجيل الصوتي والمصغرات الفيلمية.
- 81.....1/ التسجيل الصوتي.
- 83.....2/ المصغرات الفيلمية.

- 85.....ثانيا: رسائل الفاكس والتلكس.....
- 85.....1/ رسائل الفاكس.....
- 86.....2/ رسائل التلكس.....
- 86.....ثالثا: مخرجات الحاسب الآلي ورسائل البريد الإلكتروني.....
- 87.....1/ مخرجات الحاسب الآلي.....
- 87.....2/ رسائل البريد الإلكتروني.....
- 88.....رابعا: رسائل الإنترنت.....
- 90.....المبحث الثاني: القيمة القانونية للسندات الإلكترونية.....
- 90.....المطلب الأول: حجية السندات الإلكترونية في ظل القوانين التقليدية للإثبات.....
- 91.....الفرع الأول: السندات الإلكترونية واستثناءات قاعدة وجوب الإثبات بالدليل الكتابي...91
- 91.....أولا: حجية السندات الإلكترونية باعتبارها صورة لمحرر رسمي.....91
- 92.....ثانيا: حجية السندات الإلكترونية باعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة.....92
- 93.....ثالثا: قبول السندات الإلكترونية في حالة عدم إمكانية الحصول على دليل كتابي.....93
- 94.....1/ حالة فقدان الدليل الكتابي.....94
- 94.....2/ حالة وجود مانع من الحصول على دليل كتابي.....94
- 95.....رابعا: حالة الغش نحو القانون.....95
- 96.....خامسا: قبول السندات الإلكترونية في حالة وجود اتفاق أو قانون يجيز الإثبات بغير الكتابة.....96
- 96.....1/ قبول السندات الإلكترونية في حالة وجود اتفاق بين الطرفين.....96
- 96.....2/ قبول السندات الإلكترونية استنادا لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.....96
- 97.....الفرع الثاني: حجية السندات الإلكترونية قياسا بالوسائل السابقة لظهور الإنترنت....97
- 98.....أولا: حجية السندات الإلكترونية قياسا بمخرجات الهاتف.....98

100.....	ثانيا: حجية السندات الإلكترونية قياساً برسائل الفاكس والتلكس
100.....	المطلب الثاني: حجية السندات الإلكترونية وفقاً للقوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية
101.....	الفرع الأول: الاعتراف بحجية السندات الإلكترونية في القوانين الدولية
101.....	أولاً: قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية
104.....	ثانيا: توجيه الإتحاد الأوروبي رقم 93-1999
105.....	الفرع الثاني: حجية السندات الإلكترونية في ظل القوانين الداخلية للدول
105.....	أولاً: في قوانين الدول الغربية
105.....	1/ في ظل التشريع الفرنسي
106.....	2/ في القانون الإنجليزي
107.....	3/ في القانون الأمريكي
107.....	4/ في القانون الكندي
108.....	ثانيا: في قوانين الدول العربية
108.....	1/ في القانون التونسي
109.....	2/ في القانون الأردني
110.....	3/ في قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية
110.....	4/ في القانون المصري
111.....	5/ موقف المشرع الجزائري
112.....	خلاصة الفصل الثاني
115.....	خاتمة
119.....	قائمة المراجع
133.....	فهرس الموضوعات

ملخص:

الشكلية في العقود تعني أمرين: الأول أن يشترط لصحة التصرفات القانونية والتي من بينها العقود إتباع إجراءات قانونية معينة حتى يعتبر التصرف صحيحا منتجا لآثاره ، وبالتالي هي ركن لانعقاد العقد.

أما الأمر الثاني فيقصد بها اشتراط القانون إضفاء صيغة معينة للعقد من أجل قبوله في الإثبات، ويكون حجة على أطرافه والغير في حالة نشوب نزاع. وبما أن عقود التجارة الإلكترونية يتم إبرامها في بيئة إلكترونية، فإن جدال فقهي قد ثار حول الطبيعة القانونية للكتابة الإلكترونية، بين من يعتبرها وسيلة تعاقد، وبين من يعتبرها وسيلة إثبات، ومن أجل إزالة الغموض على طبيعة هذه الكتابة كان لنا هذه الدراسة.

Résumé :

La forme dans les contrats veut dire deux choses : d'abord d'exiger pour que les contrats soient correctes, de suivre certaines procédures légales pour être considéré comme un véritable acte de son produit, et donc c'est à l'angle du contrat.

La deuxième chose est destinée par l'exigence de la loi pour donner une formule du contrat pour leur acceptation en preuve et sont contraignantes pour ses parties et le tiers en cas de litige. Est comme les contrats de commerce électroniques concluent dans un environnement virtuelle, une controverse doctrinale surgit sur la nature juridique de l'écriture électronique, entre ceux qui y voient un moyen de contrat, et ceux qui y voient un moyen de preuve.

Afin d'éliminer l'incertitude sur la nature de ce type nous avons cette étude.