

العنوان:	دراسة في العقد الإلكتروني
المصدر:	أشغال اليوم الدراسي لتكريم د محمد رياض - أبحاث في الشريعة والقانون
الناشر:	كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بمراكش
المؤلف الرئيسي:	عطار، المختار بن أحمد
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2009
مكان انعقاد المؤتمر:	مراكش
الهيئة المسؤولة:	كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية بمراكش - المغرب
الشهر:	أبريل
الصفحات:	97 - 111
رقم MD:	582666
نوع المحتوى:	بحوث المؤتمرات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	العقود الإلكترونية ، التوقيع الإلكتروني، القوانين و التشريعات ، الأردن
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/582666

دراسة في العقد الإلكتروني

للدكتور المختار عطار

أستاذ التعليم العالي كلية الحقوق

جامعة القاضي عياض مراكش

تمهيد:

منذ ستينيات القرن الماضي ظهر إلى مسرح العقود قانون الفضاء الإلكتروني الذي يستغني عن الكتابة الورقية التي سبقت ظهور المدينة وعاصرتها، هذا القانون الذي لم يستطع التخلص من الضوابط التي تحكم الكتابة الورقية؛ ذلك أن التعبير عن مبدأ سلطان الإرادة المتعاقد يتطلب من المتعاقد أن يكون قادرا على استعمال الأجهزة التي تسخر لهذا التعاقد؛ وأن يكون بمقدوره تأمين سلامتها وتواصلها؛ هذه الوسائل التي قلصت عنصر الزمان والمكان في هذا النوع من التعاقد الذي يغيب فيه التواجد المادي لأطراف العقد؛ لأن الوسيط الإلكتروني يقوم بنقل التعبير عن الإرادة مسموعا ومرئيا.

والقوانين التي تناولت العقد الإلكتروني لم تفرده بأركان وشروط خاصة؛ مما يطرح التساؤل التالي هل يظل العقد الإلكتروني خاضعا للنظرية العامة للعقود أم تحكمه القواعد الخاصة لإبرام العقد الإلكتروني؛ ومن هنا يحظر على عديم الأهلية وفاقدها على سبيل المثال إبرام أي عقد ينظم الخدمات التي يسخرها الأنترنت لعقد لقانون الفضاء الإلكتروني بامتياز، فضلا عن هذا فإن القواعد التقليدية ترسخت منذ مدة طويلة وتطورت إلى أن وقف في وجهها العقود الحديثة غير الورقية التي تعد اليوم من أهم وسائل تداول الثروة فضلا عن اعتمادها لمبدأ سلطان الإرادة الفاعل في الالتزام الورقي والإلكتروني واللذان يجتمعان في وجود الموجب والقابل وحول مبدأ الرضائية بشكل مطلق؛ وإن كانت الدعامة الإلكترونية أزلت الحدود الجغرافية وتتسم بالأمن والسرية المطلقة وتتم في إطار افتراضي واقعي.

كما أن العقود الإلكترونية قد تكون مسماة وعقودا غير مسماة ونذكر من العقود المسماة التي ازدهرت بنتيجة التجارة الإلكترونية عقد الاشتراك للوصول إلى خدمة الأنترنت الذي يتيح للمشارك اعتماد المواقع على الشبكة العنكبوتية

لقاء أداء عوض مالي يصار إلى الاتفاق عليه لمد العميل بخط ساخن يتوفر على درجة عالية من الأمن القانوني والتزام الشركة المزودة إما أن يكون التزاما ببديل السعي وإما أن يكون التزاما بتحقيق النتيجة وعندها تكون الشركة مسؤولة مسؤولية عقدية.

ويوجد إلى جانب هذا العقد عقد الكراء المعلوماتي الذي يمكن المكتري (الزبون أو المشترك) من الاستفادة بمقابل من الموقع بكل ما يتيح على أن يكون للشركة عند انتهاء عقد الكراء أن تسترجع حقوقها وأدواتها. وإذا كانت وسائل التعبير عن الإرادة هي كما نشأت القول والفعل والإشارة والكتابة والسكوت؛ فإن الثورة المعلوماتية جعلت الإنسان يعيش بالأذهان أكثر من اتصاله بالأبدان، وأصبح يعيش معلوماتيا بعد أن كان يعيش مطعوماتيا.

ويلاحظ أن وسائل الاتصال الحديثة تعتبر أداة للتواصل وليست تعبيرا عن الإرادة وفرضت أنواعا كثيرة من التعاقد كالشراء المخطط والشراء العفوي. ذلك أنه بواسطة وسائل الاتصال الحديثة أصبحنا نعيش عصر المعرفة العابرة للقطارات وأصبح بإمكان الإنسان مشاهدة الحركة بشكل يفوق مشاهدته للموضوعات الثابتة فتخطت المعرفة المكتوب لتعاقب المنطوق والمسموع والمرئي وأصبح التاريخ هو تسريع تبادل الأخبار والمعلومات مع ثورة الاتصالات. والعملة التي تزحف علينا تتناول مجال القانون وعلم العقد جزء من هذه المنظومة، وذلك لتواكب المبادئ القانونية المتغيرات المعلوماتية، فإلى عهد قريب لم نكن نحلم باختراع جهاز يمكن من اللمس عن بعد، واليوم بإمكاننا أن نلمس عن بعد بواسطة قفازين للمعطيات أي قفازين لتبادل الإشارات بين شخصين عن بعد الآلاف الكيلومترات، كما اخترعت أجهزة تمكن من اللمس عن بعد الشيء الوحيد الذي يمتنع علينا اليوم هو التذوق عن بعد؛ إذ يستحيل علينا أن نشرب عن بعد، لأن التذوق هو الحاسة الوحيدة التي لا تزال تقاوم الفعل الخارجي عن بعد؛ وسيكون إنسان الانترنت بمقدوره الحضور عن بعد في أية لحظة⁽¹⁾.

(1)د. المختار عطار. قواعد الإثبات في دعاوى التأمين البحري ووسائل الاتصال الحديثة بحث نشر بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن مجلة تصدر عن كل كلية الحقوق جامعة القاضي مراكش. العدد 40 السنة 2003 ص 17 و 18.
- د. المختار عطار. توثيق العقود في ظل العمولة بحث نشر بكتاب توثيق التصرفات العقارية مركز الدراسات القانونية المدنية والعقارية 2005 ص 36 و 37.

والعقود التي تتم عن طريق الانترنت توصف بأنها عقود كلية الطابع لا تقتصر على محو الحدود الجغرافية بين

الدول بل تجعلنا نفكر في جنسية جديدة هي جنسية مواطنة العالم الافتراضي.

ونبسط في هذه الدراسة الدعوة إلى التفاوض على العقد الإلكتروني وإبرامه من خلال الفصول التالية:

الفصل الأول: الدعوة إلى التفاوض على العقد الإلكتروني

إذا كان العقد الذي يتم عبر الانترنت يوصف بأنه عقد كلي الطابع فالمقصود بالدعوة إلى التفاوض وهل تعد إيجابا أو دعوة مجردة لا ترتب أثرا قانونيا.

ينص الفصل 32 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "إقامة المزايدة دعوة للتعاقد، تعتبر المزايدة مقبولة ممن يعرض الثمن الأخير؛ ويلتزم هذا العارض بعرضه إذا قبل البائع الثمن المعروض."

إن مجرد دعوة صاحب المتجر الافتراضي الناس إلى شراء سلعته بواسطة الويب أو عرض بضاعته على موقعه التجاري لا يعد في حد ذاته إيجابا وإنما دعوة إلى التفاوض على العقد المزمع إبرامه.

ويلاحظ عمليا أن بعض أنواع العقود كعقد التأمين على الحياة أو عقد الكراء تتعقد بمجرد الضغط على أيقونة القبول أو بكتابة عبارة تفيد القبول.

ورغم ظاهر الدعوة إلى التفاوض الذي يوحي بأنها لا ترتب المسؤولية فإن الأثر القانوني للتفاوض يرتبه مبدئيا القانون لأن مجال العقد الورقي والعقد الإلكتروني محروس وإن كانت الاتفاقات السابقة على الإيجاب لا تؤسس عمليا للالتزام.

وعمليا يصعب الإجابة عن المراحل التي تقطعها المفاوضات بدءا بمرحلة الإقناع ومرحلة صياغة التفاهم وأخيرا مرحلة التوافق الكامل على العقد فضلا عن الإشكالات التي يطرحها جزاء قطع الدعوة إلى التفاوض؛ بل إن القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية لم يتضمن حكما للمسألة رغم علمه بالفراغ التشريعي في العقد الورقي؛ وهكذا تنص الفقرة الثانية من الفصل 4 - 65 على أن صاحب العرض يظل ملزما سواء طيلة المدة المحددة في العرض أو إن تعذر ذلك طالما ظل ولوج العرض متيسرا بطريقة إلكترونية، بل إنه قرر أن كل عرض لا يتضمن البيانات

الواردة بالفصل المذكور لا يجوز اعتباره عرضا بل يبقى مجرد إشهار ولا يلزم صاحبه (2). وقد يبرر للمشرع موقفه أن بعض الفقه يرى أن العقد الإلكتروني عقد فوري ولا توجد فيه مفاوضات على شروط العقد (3).

وإذا كان العقد الإلكتروني يخضع مبدئيا من حيث التنظيم للأحكام العامة بنظرية العقود فما الذي يميز بين العقدين هو هل يعتبر العقد الإلكتروني عقدا بين حاضرين أو عقدا بين غائبين؟ علما أن العقد الورقي يتم إما بين حاضرين أو بين غائبين.

للإجابة على هذا السؤال سنبحث على التوالي الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني:

(2) القانون رقم 53.05 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 الموافق 6 دجنبر 2007 ص 3380 - 3381.

(3) ذ. لورنس محمد عبيدات إثبات المحرر الإلكتروني 2005 ص 26 و 35.

الفصل الثاني: الإيجاب في العقد الإلكتروني

إن الإيجاب والقبول يتم عن طريق استخدام الحواسيب لانعقاد العقد الإلكتروني اعتماداً على الأنترنت.

وإذا كان البريد العادي يخضع للمراقبة من طرف دائرة البريد؛ فإن البريد الإلكتروني يعتمد السرعة في الالتقاء بين

الموجب والقابل وإن كان يلاحظ أن هناك استعداداً تشريعياً لتقبل حجية العقد الإلكتروني متى توفرت سهولة الاطلاع

على محتوياته وبين حق إعمال خيار الرفض والقبول وحصل التعرف على شخص المتعاقد⁽⁴⁾.

وإذا كان المتعاقدان في العقد الإلكتروني لا يجتمعان بالأبدان على حد تعبير فقهاء الشريعة الإسلامية⁽⁵⁾. وأهم

ما يميزه هو استعمال الوسيط الإلكتروني فإن القانون المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية يتحدث في الفرع

الثاني من القسم الأول منه على العرض الأمر يفيد أنه يحيل فيما يتعلق بحكم الإيجاب في العقد الإلكتروني على

المقتضيات القانونية الواردة بقانون الالتزامات والعقود.

وتعرف الفقرة الأولى من المادة 91 من القانون المدني الأردني الإيجاب والقبول بقولها: "الإيجاب والقبول كل

لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول".

والإيجاب يتم بواسطة المحادثة على شبكة الانترنت أو عبر البريد الإلكتروني أو صفحة الويب وهو ما يصدر لكل

الناس أو لفرد معين⁽⁶⁾.

والموجب إذا لم يتحفظ على إيجابه عد ملزماً له إذا صدر قبول من طرف القابل وهو ما يطلق عليه فقه العقد

الإلكتروني بالاتفاق حول الطابع الجازم للإيجاب من قبل المعلن⁽⁷⁾.

(4) المحامي يونس عرب، العقود الإلكترونية. أنظمة الدفع والسداد الإلكتروني ص 5.

(5) د. المختار عطار الوسيط في القانون المدني. مصادر الالتزامات. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء 1423 هـ 2002 م ص 104.

(6) د. لورنس محمد عبيدات م. س ص 44.

(7) د. لورنس محمد عبيدات م. س ص 44.

لكن هل يجوز توقيت الإيجاب؟

نرى أن الموجب إما أن يحدد مدة لعرضه يظل ملتزما خلالها وإما أن يطلقها، فإذا لم يقيد إرادته فإن صاحب العرض يظل ملزما له، لكن إذا حدده بمدة معينة فإن انصرام الأجل المسمى يجعله في حل من عرضه وعد متحللا من كل التزام.

ولقد حدد مشروع قانون 53.05 ثلاثة صور للإيجاب وذلك كما يلي:

الصورة الأولى: تتعلق بالحالة التي يرغب فيها المتعاقد إبرام عقد من العقود وعقدتها يمكنه اعتماد كل الوسائل الإلكترونية المتاحة.

الصورة الثانية: وهي تلك التي تتمثل في التعبير عن الإرادة إذا رغب صاحب العرض في إبرام عقد من العقود.

الصورة الثالثة وتتمثل في الإيجاب الذي يكون موضوعه معلومات أثناء تنفيذ العقد:

ويتعين لاعتبار العرض أن يوافق من وجه إليه على استعمال البريد الإلكتروني في التعاقد.

وعليه إذا لم يوافق من وجه إليه العرض على استعمال البريد الإلكتروني فإنه يتحلل من عرضه ويشترط في الموافقة

أن تأتي صريحة (الفقرة 3 من الفصل 65 من القانون رقم 53.05).

ويعفى من الموافقة الصريحة لاستعمال البريد الإلكتروني التجار والحرفيون إذا أدلو بعنوانهم الإلكتروني لأن للإدلاء

بالعنوان المذكور دليلا منهم على الموافقة.

ويتعين على التاجر إذا رغب في تدوين المعلومة أو البيان المطلوب في استبيان الكتروني أن يطلب ذلك ممن وجه

إليه العرض وعلى الموجب الذي يحرص توزيع سلع أو تقديم خدمات أو بيع أصول تجارية أو أحد عناصرها أن يضع رهن

إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها (الفصل 4.65).

واعتبر المشرع أن صاحب العرض الذي يتحدث عنه الفصل 4 - 65 يظل ملزما به طالما كان بالإمكان

الاطلاع عليه الكترونيا أو إذا حدد أجلا مسمى لعرضه.

واشترط المشرع الإيجاب ليعتد به قانون الشروط التالية:

الشرط الأول: يتعين أن يتضمن العرض الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المراد

بيعه أو أحد عناصره إذا كان محل عرض للبيع.

الشرط الثاني: يتعين عليه أن يعين شروط بيع البضاعة أو الخدمة المعروضة أو شروط بيع الأصل التجاري أو

أحد عناصره.

الشرط الثالث: تحديد الكيفية التي ينفذ بها أطراف العقد المزمع عقده للالتزامات التبادلية.

الشرط الرابع: كل ما يفيد المتعاقد المحتمل من الاطلاع على الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات

وتصحيحها.

الشرط الخامس: لم يشترط المشرع في العقد أن يحرر باللغة العربية وإنما ترك الحرية لأطراف الالتزام لاستعمال اللغة

التي يرغبان فيها ونعتقد أنه إذا حرر العقد بلغة أجنبية تعين ترجمته إلى اللغة العربية من قبل ترجمان محلف ليتمكن

الاحتجاج به أمام القضاء على اعتبار لغة التقاضي هي اللغة العربية والتي ردت الدعوى بعدم القبول.

الشرط السادس: أن يتضمن العرض أسلوب حفظ العقد وشروط الاطلاع على العقد المزمع عقده إذا لزم الأمر.

الشرط السادس: أن يتضمن الإيجاب الأسلوب الإلكتروني الذي يمكن من معرفة القواعد المهنية والتجارية التي

يروم صاحب العرض الخضوع لها.

وكل اقتراح لا يتضمن البيانات المذكورة يظل مجرد إسهاد لا يلزم صاحبه.

الفصل الثالث: القبول في العقد الإلكتروني

يتعين ليعتبر القبول منتجاً في العقود الورقية أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب مفتوحاً علماً أن المشرع سوى بين العقد الذي يتم بين حاضرين وبين العقد الذي يتم عن طريق الهاتف حين تطلب صدور القبول قبل انقطاع الخط. فإن القبول في العقد الإلكتروني يتم بالتعبير الصريح عن إرادة القابل التي تترجم بالنقر على المكان المخصص لذلك على الحاسوب أو بواسطة التوقيع (8).

وشخص المتعاقد في التعاقد عبر الأنترنت ليس له محل اعتبار، كما انه يكون مجهولاً، وهو في جميع الأحوال يتعين عليه أن يعبر عن إرادته بالقبول بطريقة إلكترونية، لا يكفي الرد بل لا بد من تأكيد الموافقة، وعليه مبدئياً لا يكفي السكوت في العقد الإلكتروني وإن كان القبول قد يأتي ضمناً، كما لو وافق القابل على بنود العقد الموضوعة على الويب (9).

ولقد نظم المشرع في القانون 53.05 القبول الإلكتروني ووضع له من الضوابط التي تنسجم مع القبول في العقد الإلكتروني ولم يعتد بالقبول المجرد متمشياً مع المقتضيات الواردة بالتشريعات التي عاجلت القبول الإلكتروني (10).

ولذا يثبت لمن أرسل إليه الإيجاب قبل التعبير عن إرادته بالقبول أن يكون له مكنة التحقق مما يلي:

- 1- أن يتأكد من تفاصيل القبول الذي سيصدر عنه.
- 2- أن يتحقق من ثمن الإجمالي للشيء محل التعاقد لأن ثمن ركن من أركان العقد الذي لا غنى عنه.
- 3- أن يتمكن من تصحيح الأخطاء التي يمكن أن يقع فيها إذا حصل قبوله والمقصود بالخطأ هنا الخطأ المادي الذي يتسرب إلى التعبير عن إرادته ولكن هذه المكنة لا تسوغ له الرجوع عن قبوله الذي ينعقد به العقد الإلكتروني.

(8) لورنس محمد عبيدات م. س ص 45 وهو يشير إلى حسين عباس العقد والإرادة الظاهرة ص 76.
(9) المحامي يونس عرب البنوك الإلكترونية، الجزء الثاني. مجلة البنوك المجلة 19 العدد 4 أيار 2009. ص 16.
- ذ. رامي محمد علوان. التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني.
(10) انظر الفصل 65.5 من القانون رقم 53.05 / مجلة الحقوق 2002- ص 254.

4- يثبت للقابل على الموجب التزام الأخير بمجرد توصله بالقبول أن يشعر القابل وذلك من باب تأكيد التعاقد.

5- يعتبر العقد الإلكتروني منعقدا فور تسلم الموجب للقبول ولا معنى للقول بأن القابل المفترض بمجرد تسلمه الإيجاب يغدو ملزما له، لان المبدأ هو أن القابل قد يقبل وقد يرفض وهذا تعبير صادق عن مبدأ سلطان الإرادة.

الفصل الثالث: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

يوصف العقد الإلكتروني بأنه من عقود الغائبين، ويتميز بأن طرفيه يفتقران مكانا ويجتمعان زمانا بواسطة المشاهدة أو المحادثة الكتابية.

وتتحكم في العقود بين غائبين عدة مذاهب أشهرها مذهب إعلان القبول ومذهب تصدير القبول ومذهب تسلم القبول ومذهب العلم بالقبول.

أ- مذهب إعلان القبول

إن زمان انعقاد العقد الإلكتروني حسب مذهب الإعلان يرد إلى الوقت الذي يعادل القابل عن قبوله بتحريره إياه وإرساله الكترونيا وذلك بالضغط على المكان المحدد للقبول وعندها يتحدد زمن القبول (ما كان القبول فهو محل وجود القابل).

ب- مذهب تصدير القبول

إن العقد الإلكتروني ينعقد وفق هذا المذهب بمجرد أن يتخلى القابل عن قبوله لأنه بفعله هذا يغدو التعبير عن إرادته ظاهرة اجتماعية انفصلت عنه وإرسال القبول يستوي أن يتم بأية طريق، لكن إذا قام حادث الكتروني كما لو تعطل الجهاز المعتمد في التعبير عن إرادة القابل فإن انعقاد العقد يكون مسرحا لتأويلات تستقر على ذمة من يتحمل مسؤولية انعقاد العقد أو عدم انعقاده.

ج- مذهب تسلم القبول

في هذا المذهب ينعقد الإلكتروني إذا تسلم الموجب رسالة لقبول؛ ويستوي أن يطلع عليها بواسطة النقر أو غيره وسيان أن يطلع على مضمون القبول أو لم يعلم به (11).

ولقد أقر مجمع الفقه الإسلامي أن العقد ينعقد بمجرد وصول الرسالة.

ويرى بعض الفقهاء أن مذهب تسلم القبول هو الأسلوب الواجب الاتباع في انعقاد عقود الويب لأن إرادة القابل تتفق وإرادة الموجب الذي يعلن على عنوانه الإلكتروني ليكون بمقدور المتعامل معه التواصل بهذا الأسلوب. وبمقتضى القانون رقم 53.05 يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن - من التحقيق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

ويجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة الكترونية، ودون تأخير غير مبرر بتسلمه قبول العرض الموجه إليه. ويصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزماً به بشكل لا رجعة فيه. ويعتبر قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسليم متوصلاً به إذا كان بإمكان الأطراف المرسل إليها إليه وهذا يفيد أن المشرع بعد أن أخذ بمذهب الإعلان التي تقرره النظرية الإسلامية في العقود الورقية بين غائبين تحول إلى الأخذ في حقل العقد الإلكتروني بمذهب تسلم القبول (12). وتنص الفقرة الثانية من المادة 12 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 على هذا المذهب بقولها. "يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل إلى الموجب ما يفيد الموافقة، ولا يحدث القبول أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود هذا الشرط ..."

(11) د. المختار عطار. المصادر م . س ص 106 . 105.

(12) المختار عطار م . س ص 105.

د- مذهب العلم بالقبول

وفق فلسفة هذا المذهب إذا قورن بغيره يستوي علم الموجب وعلم القابل، والعقد يتراخى انعقاده إلى لحظة اطلاع الموجب على بريده الإلكتروني.

ويرى بعض الباحثين أن موقع النشاط التجاري يحتوي على شروط التعاقد، ويعتبر مجرد طلب البضاعة في حد ذاته قبولاً؛ لأنه في هذه الفرضية ليس هناك قبول سبقه إيجاب ولو لم يتدارس المتعاقدون بنود العقد ومع ذلك يعتبر العقد منعقداً⁽¹³⁾.

الفصل الرابع: إثبات العقد الإلكتروني

المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية

إن إشكالية إثبات العقود الإلكترونية تفرض نفسها نتيجة عدم تنظيمها تنظيمًا يوازي درجة تطورها، وبذلك يكون إثباتها تحدياً لها ذلك أن الملل الرقمي الذي يتحكم فيها يجعلها عاجزة عن بلورتها لعدم وجود قانون للبنوك الإلكتروني في المغرب.

ويذهب القانون الفرنسي الصادر في مارس 2000 إلى أن الكتابة الإلكترونية تعتبر وسيلة إثبات هذا النوع من العقود.

والكتابة الإلكترونية إما رسمية أو عرفية أو قد تكون نسخة من الوثيقة الإلكترونية.

أولاً: الوثيقة الإلكترونية الرسمية

تنص الفقرة الثابتة من الفصل 2 - 417 من قانون 03 - 53 أن الوثيقة تغدو رسمية إذا وضع التوقيع عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق فضلاً عن الشروط الواردة بالفصل 1 - 417 من القانون المذكور. وعليه لكي تكتسب الوثيقة صفة الرسمية يستلزم أن يضع الموثق علامته على الوثيقة⁽¹⁴⁾. وكل من خول له المشرع منح الوثيقة الصفة الرسمية.

⁽¹³⁾ المحامي يونس عرب م. س ص 3 و 4.

ثانيا: الوثيقة الإلكترونية العرفية

جعل المشرع الوثيقة المحررة على دعامة الكترونية تتمتع بنفس قوة الإثبات الذي تتمتع به الورقة المحررة على الورق. واشترط في هذه الوثيقة إمكانية التعرف عليها، أي أن تصدر عن شخص معين يلتزم بمضمونها قانونا، وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط معينة تضمن تماميتها. فضلا عن هذا أن يكون التوقيع الذي يذيل به معرف به ويفيد في التزام صاحبه بمضمونها.

ثالثا: نسخة الوثيقة الإلكترونية

عالج المشرع نسخة الوثيقة المأخوذة عن أصلها في التعديل الوارد على الفصل 440 من قانون الالتزامات والعقود وقرر أنه تقبل للإثبات بفسخ الوثيقة القانونية الالكترونية متى استوفت الشروط الواردة بالفصل 1 - 417 و 2 - 417 وكانت وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو الولوج إليها. والقانون رقم 53.05 يسوي في الإثبات بين الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية وتلك المحررة على الورق؛ لكن يشترط في الورقة الإلكترونية أن يكون بالإمكان التعرف على مصدرها بصفة قانونية وأن تكون الوثيقة معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها. وتغدو الوثيقة رسمية إذا وضع التوقيع عليها أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق. وهذا يعني أن المشرع وضع عدة شروط للتسوية في الإثبات بين الوثيقة المحررة على الورق وتلك المحررة على دعامة الكترونية ومن هذه الشروط:

الشرط الأول: أن يمكن التعرف قانونا على الشخص مصدر الوثيقة الإلكترونية

وانطلاقا من هذا الشرط فإن المشرع يحمل على أن صاحب الوثيقة هو موقعها كما أنه أحاط التوقيع بعدة ضمانات، ونسب الوثيقة لمن وقعها وهو من يتحمل مسؤوليتها.

(14) راجع في تفصيل هذه النقطة ذ. المختار عطار الوسيط في القانون المدني الجزء الثاني ص 126 وما بعدها.

الشرط الثاني: أن تكون الوثيقة الإلكترونية معدة ومحفوظة وفق شروط تضمن تماميتها

وقصد المشرع من إعداد الوثيقة الإلكترونية وحفظها وتأمينها هو الحيلة دون تغييرها أو تعديل مضمونها وإن كان التوقيع الإلكتروني يمنح الوثيقة ضمانا أكيدة تحول دون تزويرها وإن كنا نرى أن أسلوب تحرير الوثيقة الإلكترونية يطرح إشكالية تغييرها.

ونرى أن المحكمة هي التي لها صلاحية البت في الالتزام الإلكتروني بناء على سلطتها التقديرية.

وفي جميع الأحوال فإنه يتعين استعمال كل وسيلة تفيد في كنه التوقيع الإلكتروني وتضمن ارتباطه بالوثيقة بكيفية وثوقية (الفقرة الأخيرة من الفصل 2.417).

المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني

نعتقد أن التوقيع الإلكتروني سيجعل القوة الثبوتية للعقد الإلكتروني متفقا عليها بين جميع الدول.

واشترط المشرع لقيام التوقيع الإلكتروني المؤمن أن يكون خاصا بالموقع وأن يتم إنشاؤه بطريقة تحتفظ به لصاحبه وأن يضمن الارتباط بالوثيقة المتصلة به وان يتم بألية لإنشاء التوقيع الإلكتروني. وعندما تتيح الوسيلة المستعملة في التوقيع الإلكتروني استخدام توقيع الكتروني مؤمنا ومحما من كل تزوير؛ فإنها تعتبر آمنة إلى أن يثبت العكس.

واشترط المشرع أن يوضع التوقيع بألة إنشاء التوقيع الإلكتروني تثبت صلاحيتها بشهادة المطابقة التي تسلمها السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية على التوقيع الإلكتروني إذا كانت آلية إنشاء التوقيع تضمن أن معطيات إنشاء التوقيع سرية ومضمونة ولا يمكن إعدادها أكثر من مرة؛ وأن هذه المعطيات لا يمكن الوصول إليها عن طريق الاستنباط وأن يكون بالإمكان حمايتها من قبل الموقع؛ وإن تحول المعطيات دون أي تغيير أو تبديل لمحتوى الوثيقة الموقعة واللاتشكل عائقا يحول دون إلام الموقع إلاما تاما بالوثيقة قبل توقيعها (المادة 9 من القانون 53.05).

واعتبر المشرع أن الشهادة الإلكترونية والتي تتمثل في سند يعد إلكترونيا هي التي تثبت العلاقة بين المعطيات التي

تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع (المادة 10).

وهذه الشهادة يجب أن تتضمن رقمها السري وبداية ونهاية مدة صلاحيتها وشروط استخدامها والتوقيع الإلكتروني المؤمن لمقدم خدمة المصادقة الإلكترونية الذي يسلمها.

والشهادة الإلكترونية يمكن أن تكون بسيطة أو مؤمنة إذا سلمها مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمد من لدن السلطة الوطنية؛ وأن تتضمن هوية مقدم خدمة المصادقة واسم الدولة التي بها مقره بالإضافة إلى اسم الموقع الحقيقي أو المستعار على أن يتم التعريف به بهذه الصفة كما أنها يجب أن تتضمن صفة الموقع والمعطيات التي تمكن من التحقق من التوقيع الإلكتروني المؤمن (المادة 11 من القانون 53.05).

يتبع بإذن الله تعالى