

جامعة مولود معمري - تيزي وزو

كلية الحقوق

مدرسة الدكتوراه

الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية
بين التشريعات الوطنية و الدولية

مذكرة لنيل درجة الماجستير في القانون
فرع " قانون التعاون الدولي "

تحت إشراف الأستاذ:

د/ محمد إقلولي

إعداد الطالب:

لملوم كريم

لجنة المناقشة:

د. محمد سعيد جعفرور، أستاذ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....رئيسا

د. إقلولي محمد، أستاذ محاضر (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....مشرفا و مقررا

د. معاشو فطة، أستاذة محاضرة (أ)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو.....ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2011/02/14

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿...وما توفيقي إلا بالله عليه توكلت وإليه أنيب﴾

(سورة هود الآية .88.)

إهداء

إلى

روح والدي رحمة الله

إلى

روح والدي رحمة الله

إلى

كل العائلة الكريمة

إلى

كل موظفي مكتبة الحقوق ببوخالفة وعلى رأسهم السيد نبيل أدرموش

إلى

إلى كل من ساعدني من قريبي أو من بعيد خاصة السيد خريمش مصطفى

إلى

كل أساتذتي

أهدي ثمرة عملي المتواضع

محمد كريم



إلى

الأستاذ المشرف الدكتور محمد إفتولوي، عرفانا وشكرا على توجيهاته القيمة
وتثميننا على عطائه من معلومات، وعلى طول صبره، فرحمه انشغالاته، والتزاماته
الكثيرة، قبل الاشراف على هذا العمل، ومراجعتة من جديد، مع تقديمه
لملاحظات قيمة أنارت لي طريق البحث و التقصي،
فله كل عبارات الشكر و التقدير، عرفانا مني بالجميل.

كريم

قائمة أهم المختصرات:

أولاً: باللغة العربية:

ص ص	: من الصفحة إلى الصفحة.
ج ر	: الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
ق م د	: القانون المدني الجزائري.
ق ت ج	: القانون التجاري الجزائري.
ق ع ج	: قانون العقوبات الجزائري.
د ت	: دون تاريخ
ص	: صفحة
د م ن	: دون مكان النشر.

ثانياً: باللغة الفرنسية:

Art	:Article
CD	:Disque Compact
EDI	:Echange de données informatisée
http	:protocole de transfert de fichier
in	:dans
p	:page
pp	:pages
op cit	:référence précitée

مقدمة

مقدمة

أحدث التقدم العلمي الحديث ثورة رمت بظلالها على شتى مجالات الحياة البشرية، ودخلت في أدق تفاصيلها، فنقلتها من حسن لأحسن، كيف لا، ولا يمر يوم إلا ونسمع بمولود تكنولوجي جديد.

لقد أثرت هذه المفزرات العلمية على كل مجالات الحياة، من التعليم إلى العمل، ومن الترفيه إلى التجارة، التجارة التي تعد من أقدم النشاطات التي مارسها الإنسان، تأثرت بدورها بثورة المعلوماتية، واستفادت منها بشكل كبير، سمح لها باختزال الوقت والجهد مع زيادة حجم المبادلات، خاصة باختراع شبكة الانترنت التي تزامنت مع مفهوم العولمة التي مست النظم السياسية والاجتماعية للدول¹، وامتدت لتؤثر على التجارة أو ما اصطلح على تسميته عولمة التجارة، فقد يخطئ من يظن للوهلة الأولى أن التجارة الالكترونية مرادف للتجارة عبر الانترنت²، ذلك أن الخاصية الالكترونية للتجارة تكتسبها من خلال نوع الوسيط المستعمل في الاتصال بين المتعاملين، فإذا كان الوسيط الالكتروني كانت التجارة الالكترونية. وعليه فإنها تشمل العقود المبرمة بالفاكس أو التلكس أو الهاتف أو الانترنت، وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة.

¹ - امتدت الانترنت إلى درجة استخدامها في إبرام عقود الزواج، ففي هذا الصدد أفتى مفتي مصر نصر فريد ناصر بأن الزواج والطلاق باطل عبر الانترنت بسبب وجود احتمال التزوير عبر الشبكة، إلا أنه يسمح باستخدام كاميرا الانترنت لحسم الأمر، راجع بالتفصيل: خالد محمود طلال حمادنة، عقد الزواج بالكتابة عبر الانترنت، دار النفاس، الأردن، 2002، ص99.

² - في الحقيقة هو مفهوم جديد قديم، ذلك أن التجارة الالكترونية ليست مرتبطة بظهور الانترنت كما يفهم البعض، بل ظهرت مع ظهور وسائل الاتصال الالكترونية، وهو ما سيوضح لاحقا بعد التعرض لتعريف التجارة الالكترونية، وهناك من يرى بأن التجارة الالكترونية لا يعود إلى يومنا هذا من خلال الانترنت، بل هناك ما نسميه فيما مضى بتبادل المعطيات المعلوماتية، فقد وضعت شبكات متعددة منها SITA تستعملها وكالات الأسفار والنقل الجوي تتبادل من خلالها الدول المعلومات الخاصة بهذا المجال وذلك خلال سنوات التسعينات، للمزيد من التفاصيل أنظر:

- Huet Jerom , "la problématique juridique du commerce électronique", Revue de jurisprudence commerciale, le droit des affaires du 21/ siècle, n°01 , 2001, P 17.

لقد أصبحت التجارة الالكترونية تفرض نفسها على الشركات المتعددة الجنسيات، وكذلك على المؤسسات الصغيرة، فراحت تتهافت لأخذ مواقع لها عبر شبكة الانترنت ومواكبة التطور الحاصل بالانفتاح على الأسواق العالمية³.

لا يقتصر مفهوم التجارة الالكترونية على السلع والبضائع المادية فقط، إذ هناك عناصر من التجارة الالكترونية غير تبادلية موجهة لتزويدنا بمعلومات عن المنتجات والخدمات، ويتعداه إلى السلع غير المادية والتي يتوقع أن تكون قطاعات تجارية واعدة، قطاعات مؤسسة على تبادل المعلومات وتقديم المعلومات في الوقت الحقيقي، كحجز تذكرة طائرة، أو الحجز في الفنادق والتعاملات المصرفية⁴.

يمكن للمعاملات الالكترونية أن تتخذ عدة أشكال، فيمكن أن تأخذ شكل عقود تتم بين المشروعات أي بين التجار أو بين مؤسسات الأعمال، كذلك الصفقات المالية التي تتم بين هته الفئات والبنوك، كما يمكن أن تتم بين وحدة الأعمال والمستهلك وهي الأكثر شيوعا واستخداما، يمكن كذلك أن تتم العقود الالكترونية بين الحكومات والمؤسسات كدفع الضرائب ورسوم الجمارك، والتأمينات، كما قد تتم بين المستهلك والحكومة.

كما قد تكون معاملات التجارة الالكترونية ذات طبيعة تجارية محضة، أو ذات طبيعة مختلطة الأمر الذي تتجلى انعكاساته في مرحلة تكييف القانون المطبق والجهة المختصة بالفصل في النزاع، كون المعاملات التجارية تعتمد على مبدأ حرية الإثبات، أما إذا كانت المعاملة ذات طبيعة مختلطة فإن الحرية في الإثبات تكون نسبية.

تتم التجارة الالكترونية عن طريق عملية تبادل المعلومات الخاصة بالعمليات التجارية بين طرفين أو أكثر بدون استخدام المستندات الورقية، حيث يتم تبادل البيانات

³ أنظر: باشي أحمد، واقع وأفاق التجارة الالكترونية ، مجلة إدارة، العدد الثاني، 2003، ص 65.

ونشير هنا لأن استخدام الانترنت كان محل جدل فيما بين الشركات المتعددة الجنسيات على الصعيد الداخلي والدولي، توصلت بعض هذه الشركات في مشاوراتها ضمن منظمة التجارة العالمية إلى حد اعتبار استخدام شبكة الانترنت شرطا أساسيا من شروط الانضمام إلى المنظمة العالمية للتجارة، لذلك يتوجب على الدول الأعضاء في المنظمة التعامل مع التجارة الالكترونية وتطوير قوانينها، وتهيئة أحسن الظروف لنموها وتطورها، للمزيد من التفاصيل راجع: قاسم النعيمي، التجارة الالكترونية بين الواقع والحقيقة

<http://jps-dir.com>

⁴- أنظر: إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية:

<http://www.bbekhti.online.fr>

الالكترونيا* (EDI)، وكذلك إجراء جميع عمليات البيع والشراء والتسوق الكترونيا من خلال شبكة الانترنت، أو أي وسيلة الكترونية أخرى سمعية أو مرئية متضمنا ذلك كل ما يتعلق بهذه العمليات من دفع وتحصيل للأموال، وهو ما يسمى بالتحويل الالكتروني للأموال (FET)، بالتالي يستطيع كل من الأفراد والشركات والهيئات الحكومية انجاز جميع العمليات التجارية والمالية والمعلوماتية فيما بينهم بصورة الكترونية دون الاعتماد بشكل كبير على العنصر البشري.

تكمّن أهمية التجارة الالكترونية في كونها مؤهلة لتصبح ركيزة التجارة الدولية نتيجة لاعتمادها على شبكة الانترنت العالمية، والتي أظهرت نوع جديد ومستحدث للتبادل التجاري بين البائعين والمشتريين من مختلف دول العالم و الذين وجدوا في التجارة الالكترونية عبر الانترنت وسيلة سهلة وغير مكلفة للانتشار والتسويق على مستوى العالم⁵.

تتميز التجارة الالكترونية بخصائص وسمات تميزها عن العمليات التجارية الأخرى أهمها:

1- عدم اعتمادها على المستندات والوثائق الورقية في إجراء المبادلات التجارية و المالية و في أي عمليات تدخل في إطارها، وذلك يعود لكون عملية التفاعل بين طرفي المعاملات تتم بدون استخدام أي مستندات ورقية، إنما تتم الكترونيا من بداية المعاملات إلى نهايتها، بالتالي فالبيانات والمعلومات الالكترونية المتعلقة بالمعاملات التي تتم بين أطراف التعامل، هي الإثبات القانوني الوحيد الذي يتاح لكلا طرفي المعاملة عند حدوث أي نزاع بينهما.

2 - صعوبة تحقيق الإثبات القانوني في المعاملات الداخلة في إطار التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت حتى الآن، و هو أمر محل اهتمام الكثير من الحكومات

* EDI اختصار electronic data interchange

FET اختصار electronic funds transfer

⁵ أنظر: عمر حسن المومني، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2003، ص26.

حالياً،و التي أخذت على عاتقها مهمة وضع صيغ قانونية ملائمة تمكن من إثبات المعاملات التجارية الالكترونية.

3 - تكون العلاقات التي تتم بين الأطراف في العمليات التجارية الداخلة في إطار التجارة الالكترونية غير مباشرة ،أي لا يحدث فيها تلاقي بين طرفي المعاملات، إنما اللقاءات تتم من خلال شبكة الانترنت، وهي إحدى مزايا التجارة الالكترونية، حيث يتم التفاعل بشكل كبير بين أطراف المعاملات من خلال الشبكة⁶.

4 - تتيح إمكانية التفاعل بين أطراف التعامل وبصورة جماعية، بحيث يستطيع أحد أطراف المعاملات أن يقوم بالتعامل والتفاعل مع أكثر من جهة في نفس الوقت، فيكون بالإمكان قيام أحد الأطراف بإرسال رسالة عن طريق البريد الالكتروني عبر شبكة الانترنت إلى عدد كبير من المستقبلين لهذه الرسالة في وقت واحد، وهذا ما لا يتوفر في أية وسيلة أخرى استخدمت من قبل في هذا المجال، إضافة إلى إمكانية قيام أحد الأطراف في المعاملات بتلقي عدد لا منتهي من الرسائل الالكترونية في نفس الوقت ما يؤدي إلى توفير عاملي السرعة والوقت في إنجاز الأعمال المطلوبة.

5 - تمكن من توفير المعلومات بين طرفي المعاملات من خلال التبادل الالكتروني للبيانات، وبالتالي فإنه يكون باستطاعة العملاء في الشركات الدخول لقواعد بياناتها وأخذ المعلومات التي يريدونها دون تدخل العنصر البشري من داخل الشركة في هذا الشأن.

6 - انتهاء دور الوسيط في المعاملات التي تتم من خلال التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، حيث أنه من خلال إمكانية التفاعل المباشر بين طرفي المعاملة دون الحاجة إلى تدخل أي وسيط، و ذلك قد أدى إلى تلاشي دور الوسيط البشري تماماً، ومن ثم سيؤدي ذلك إلى تقليل التكاليف اللازمة لإنجاز الأعمال المطلوبة، وإلى توفير عاملي السرعة والدقة في إنجاز هذه الأعمال.

⁶ راجع مقال التجارة الالكترونية عبر الموقع: <http://www.facultary.ksu.edu....>

7 - إمكانية إجراء المعاملات الالكترونية بصورة كاملة بداية من الإعلان عن السلعة وصولاً إلى تسليمها إلى العملاء، وذلك فيما يتعلق بالسلع غير المادية عن طريق الانترنت، وهذا ما لا يتوفر في الوسائل الأخرى، مثل الفاكس والتلكس والتليفون.

8 - يمكن أن تكون التجارة الالكترونية بسيطة مثل قوائم ونماذج المنتجات، أو تكون متطورة مثل العمليات التي تتم عبر موقع AMAZON لبيع الكتب والمراجع والبرامج.⁷

إن استعمال التقنية في إجراء المعاملات التجارية نجم عنه مشاكل قانونية أثقلت كاهل القانونيين بسبب الخصوصيات التي تتميز بها التجارة الالكترونية، وتميزها عن التجارة التقليدية خاصة في الشق المتعلق بالإثبات، كون وسائل الإثبات الالكترونية تختلف تماماً عن الوسائل التقليدية التي تعتمد على الدليل الكتابي الملموس والشهادة والقرائن واليمين، وهي أمور لا نجدها في المعاملات الالكترونية التي غالباً ما تتم في بيئة افتراضية، فاستدعى الأمر تكاتف الجهود لوضع حد لهذا الإشكال أو التخفيف من حدته، فكان الدور متاحاً للمنظمات الدولية وعلى رأسها منظمة الأمم المتحدة الممثلة في لجنة القانون التجاري الدولي اليونسيترال، والتي بذلت جهوداً جبارة كان لها الأثر البالغ لدى أغلب الدول التي استلهمت منها قوانينها الداخلية التي تعنى بتنظيم التجارة الالكترونية⁸.

⁷- التجارة الالكترونية، مقال منشور عبر الموقع:

www.faculty.rsu.edu.sa/74658/documents

8- تعددت الجهود الدولية الرامية لتنظيم التجارة الالكترونية سواء على الصعيد العالمي أو الإقليمي، فوجد الأمم المتحدة التي تعتبر أهم المنظمات الدولية العامة التي نظمت التجارة الالكترونية بإصدار قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية بتاريخ 16 ديسمبر 1996، إضافة إلى قانون اليونسيترال بشأن التوقيعات الالكترونية في 2001. إضافة إلى اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في إبرام العقود الدولية في 2005/11/23

كذلك منظمة التجارة العالمية OMC، حيث كان لها منذ مطلع عام 1998 دراسات حول التجارة الالكترونية، واعتبرت التجارة الالكترونية من ضمن الأنشطة التي تستوعبها وتطبق عليها اتفاقية (GATS)، وأعلنت على لسان مديرها العام (Ronato Roggiero) في مؤتمر أوتاوا المنعقد في شهر أكتوبر عام 1998 أن المنظمة لا تسعى إلى وضع قواعد جديدة خاصة بالتجارة الالكترونية، وإنما تحاول استخدام التنظيم القانوني القائم لكي يسري على تلك التجارة. = كذلك منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية، والتي كرست أعمالها في عام 1998 بشكل رئيسي للتجارة الالكترونية انطلاقاً من قناعتها بأن التجارة الالكترونية تتطلب حلاً دولياً لتنظيمها على اعتبار اختلاف الأنظمة القانونية المتعلقة بها لا يتفق مع الطبيعة الكونية لهذا النمط من الأعمال، ولأن الاختلاف قد يقيم حدوداً لا تقبلها التجارة الالكترونية.

هذا الاستلزام ليس خيار بل ضرورة ملحة تفرضها هيمنة التكنولوجيا على كل جوانب الحياة المعاصرة، بما فيها الجانب القانوني، فبات من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية وعدم الاقتصار على المحرر الورقي والتوقيع بالأحرف، بل ينبغي استيعاب المحررات الإلكترونية المحملة على دعائم غير ورقية مصحوبة بالتوقيع الإلكتروني⁹. إن تطور التجارة الإلكترونية مرهون بمدى الحماية التي يوفرها القانون لها، كون عزوف الأفراد عن التعامل بها غالباً ما يكون ناجماً عن المخاوف التي تعترهم تجاهها، وخوفهم من عالم مجهول يحتاج إلى تأمين قانوني وتقني حتى لا تضيق فيه حقوق الأطراف وتكون عرضة للنصب والاحتيال، إن حماية الحق إثباته، فكما يقول البعض حق ممكن الإثبات هو حق موجود.

أما على الصعيد الإقليمي فنجد الاتحاد الأوربي والذي كان له دور هام في صياغة قواعد موحدة للتجارة الإلكترونية داخل الاتحاد الأوربي، وأصدر العديد من التوجيهات أهمها: التوجيه رقم 93/1999 بشأن التوقيعات الإلكترونية. والتوجيه رقم 31/2000 حول التجارة الإلكترونية. كذلك منظمة التعاون الآسيوية لمنظمة الباسفيك، والتي قام قادة الدول الأعضاء في هذه المنظمة عام 1997 بوضع خطة عمل للتجارة الإلكترونية تكفل تحقيق تطلعات الدول الأعضاء، وإيجاد إطار قانوني موحد لهذه الغاية، ودعو إلى إطلاق النشاط الإلكتروني وذلك في مؤتمر كوالا لامبور المنعقد عام 1998، وتم حث الدول على إيجاد تشريعات وطنية حول التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والتوثيق الإلكتروني، وحماية مستخدمي الإنترنت، إضافة إلى ذلك نشير إلى جهود غرفة التجارة الدولية، والتي كان لها دور هام في مؤتمر منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية بشأن التجارة الإلكترونية، وقامت بإصدار دليلاً للتجارة الإلكترونية عام 2004، إضافة إلى أدلة أخرى قامت بإصدارها بعد ذلك، كدليل الأنشطة الإعلانية على الإنترنت، ودليل المصطلحات الإلكترونية لعام 2004.

هناك أيضاً جهود المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (uni droit) الذي توصل إلى تحديد بعض قواعد التنازع، وأصدر عدد من القرارات التي تشير إلى قواعد اليونيدروا منها بيانات اليونيلكس (Unilex)، راجع بالتفصيل: إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في عقود منازعات التجارة الإلكترونية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراة، جامعة عين الشمس، مصر، 2006، ص ص 26/16.

راجع كذلك: يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية الذي أقامته منظمة الإسكوا / الأمم المتحدة، الفترة ما بين 8-10 تشرين الثالث، 2000، لبنان، منشور عبر الموقع: <http://www.arab-law.com>

⁹ محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 166..

أنظر كذلك: بودالي محمد، التوقيع الإلكتروني، مجلة إدارة، العدد الثاني، 2003، ص 52.

يعتبر الدليل القانوني حياة الحق، فحق بدون دليل هو العدم سواء، لهذا فالحق الذي ينكره الخصم والذي لا يستطيع صاحبه إثباته ليس له وجود من الناحية العملية، صحيح أن الحق قد يكون له وجوده القانوني لأن الواقعة التي أوجدته موجودة، لكن عدم إقامة الدليل على تلك الواقعة يحول دون حصول صاحب الحق عند التنازع على الحماية القانونية. والإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية و الطرق المحددة قانوناً على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع عليه.¹⁰

عرفت وسائل الإثبات تطورات وتحولات كثيرة على مر التاريخ، وكانت في كل مرة تتأثر بالواقع المعيشي للإنسان والتطورات التي يشهدها في كل حقبة تاريخية، فبداية الإثبات كانت في عهد ما قبل القضاء الذي لم تكن فيه لا شريعة ولا قانون ولا قاضي، أين كان كل شخص يقتض لنفسه والغلبة للأقوى.

تلت هذه المرحلة مرحلة أخرى عرفت بعهد الدليل الإلهي، أين كان المشتكي ضده يعطى السم، فإذا كان بريئاً حماه الله من فعله، أو يؤدي يمينا للآلهة مصحوبة بطلب الشر لنفسه إذا كان كاذباً، تلت هذه المرحلة مرحلة أخرى عرفت بعهد الدليل الإنساني، اعتمد فيها على الشهادة وأخذ الاعتراف ولو بالتعذيب، وبعدها لجأ الإنسان للكتابة التي تبوأ مكانة أهم من الشهادة، ولقد تطورت الكتابة تباعاً فتحوّلت من عرفية إلى رسمية، فزادت قوتها في الإثبات، لنصل اليوم إلى عصر صرنا نسمع فيه بالكتابة الالكترونية، والبيانات الالكترونية، وهو الذي يعد إيداناً لميلاد عهد جديد هو عهد الدليل الالكتروني¹¹، الذي يعتمد على الكتابة الالكترونية والسندات الالكترونية والتوقيع الالكتروني لإثبات المعاملات الداخلة في مجال التجارة الالكترونية، وهي وسائل تلائم إثبات هكذا نوع من المعاملات، باعتبارها حتمية لا خيار، ذلك أن استفادة الإنسان من الانجازات العلمية في حياته وأعماله، تلزمه باستعمال الوسائل الالكترونية وإدراجها ضمن وسائل الإثبات، فلو بقينا متمسكين بالدليل الورقي ووسائل الإثبات التقليدية لبقينا داخل قوقعة الماضي وسبقنا الركب.

¹⁰ -راجع نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود زهران، الإثبات في المواد المدنية و التجارية، مصر، 2001، ص7.
¹¹ - راجع: محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص151.

تطرح طبيعة الأدلة الالكترونية التساؤل حول مدى قبولها كأدلة إثبات مقنعة، كون الخطر يكمن في حالة عدم تدخل الإنسان كما يجب لتنظيم الإثبات الالكتروني وتمسكه بالقواعد التقليدية للإثبات، وفي هذا الصدد تقول الأستاذة الفرنسية (Franchis Chamois): كلما كانت المعلومات غير مادية يضحى التطلب القانوني للكتابة في غير محله، وهو الأمر الذي يستدعي البحث عن حلول بديلة¹².

بالرغم من الجهود الدولية الرامية لتنظيم التجارة الالكترونية بجميع جوانبها بما فيها الإثبات، إلا أن موقف الدول لازال متباينا رغم الإجماع الكلي على كون التجارة الالكترونية هي تجارة المستقبل، فهناك دول أقرت وأصدرت تشريعات منظمة للتجارة الالكترونية، أعطت بموجبها وسائل الإثبات الالكتروني حجية كاملة في الإثبات، على غرار تونس والمغرب، والبحرين، والإمارات العربية المتحدة وسنغافورة، فيما نجد دول اكتفت فقط بتعديل قوانين الإثبات لديها بما يتماشى و وسائل الإثبات الالكتروني، على غرار الجزائر، بينما هناك دول لم تصدر أي قانون وبقيت متمسكة بقواعد الإثبات التقليدية، ولم تأخذ بالتوصيات التي جاءت بها المنظمات الدولية التي أصدرت قوانين كثيرة منها قانون اليونسيفيرال وتوجيهات الإتحاد الأوروبي.

يتعين أن نشير لان الكثير من الدول، خاصة الدول العربية، ترتاب من القانون الالكتروني، فهي لا تتمسك بالقيمة القانونية للسجلات الورقية الصادرة من الحاسب الآلي. ومن مظاهر الشك في هذا القانون عدم وضع قواعد الاستعمال العام في عدد من الدول للمعاملات الالكترونية و استمرار تمسكها بأنواع من المعاملات الخطية، أو تقوم بالنص على عدم إثبات المعاملات الالكترونية في حالة حدوث نزاع إلا بواسطة محرر خطي¹³.

إن التعرض لموضوع الإثبات الالكتروني في التشريعات الوطنية والدولية، وفي ظل المشاكل القانونية التي تعترض هذا الموضوع، خاصة فيما يتعلق بقبول الوسائل الالكترونية في الإثبات، وكذا المشاكل التي ترافق هذه الوسائل خاصة فيما يتعلق بالصفة الرسمية والشكلية في المعاملات الالكترونية، إضافة إلى ضرورة تأمين المبادلات

¹²-مشار إليها لدى: محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص153.

¹³-أنظر: عمر سعد الله، القانون الدولي لحل النزاعات دار هومه، الجزائر، 2008، ص263.

الإلكترونية، يقتضي الوقوف على الحلول القانونية الملائمة للمشاكل التي تمثل إحدى أهم العقبات التي تقف في وجه ازدهار التجارة الإلكترونية، لذلك سوف نحاول الإجابة على الإشكالية التالية:

"كيف يتم إثبات معاملات التجارة الإلكترونية وفقا للتشريعات الوطنية والدولية؟"

إن الإجابة عن الإشكالية المطروحة، تكون بالتعرض لماهية المستندات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات في مختلف التشريعات، (و هو موضوع الفصل الأول) من هذه الدراسة، ولأن التوقيع عامل مهم في إضفاء الحجية القانونية على المستندات الإلكترونية، فإننا خصصنا له الفصل الثاني من هذه الدراسة لتبيان ماهيته وحجيته في الإثبات نظرا للخصائص التي تميزه عن التوقيع التقليدي، وقصد إحاطة أكثر بكل جوانب هذا الموضوع حاولنا قدر الإمكان الرجوع للمواقف الفقهية والسوابق القضائية المتعلقة بهذا الموضوع كونه موضوع في طور الانتشار، وعمدنا إلى مقارنة التوجهات التشريعية المختلفة للدول التي كانت محلا لدراستنا هاته.

الفصل الأول

حجية السندات الإلكترونية

في الإثبات

الفصل الأول

حجية السندات الإلكترونية في الإثبات

تعتبر معظم التشريعات ضمن قواعدها العامة، الدليل الكتابي أنه الوسيلة الأسمى في الإثبات¹⁴، لأن الكتابة إقرار صريح بالموافقة يترتب من اليقين أكثر من غيره من البيانات، لذلك قال الرومان: "الأقوال تطير والكتابة تبقى"، أو ما يعبر عنه في الولايات المتحدة الأمريكية "أن أفضل شاهد هو ورقة مكتوبة"¹⁵. بيد أنها تعتبر من الأفكار القانونية التي يصعب تعريفها، ولقد نظر إليها جانب من الفقه بمنظور تقليدي ضيق بمقتضاه ترتبط الكتابة بالدعامة الورقية المحررة بخط اليد أو الآلة، والتي يفرغ فيها تلاقي الإرادات، وقد ظلت العلاقة بين الكتابة والدعامة الورقية التي تدون عليها علاقة وثيقة لفترة طويلة من الزمن، حيث كان يسود الاعتقاد بأن الكتابة = ورق.

نظرا لكون المعاملات عبر تقنيات الاتصال الحديثة تتم بصورة غير مادية، وفي ظل غياب الدعامة الورقية¹⁶، يرى جانب من الفقه الذي ينشد الإسراع بالإجراءات، أن الشكل الكتابي يكون محققا لدى تبادل البيانات إلكترونيات عبر شبكة الانترنت أو غيرها من وسائل الاتصال المعاصرة، طالما أنها توفر تدوينا أو تسجيلا للاتفاق، على وسائل تسجيل يسهل الرجوع إليها مثل الديسك أو الـCD¹⁷، وهنا يثور الإشكال حول مدى إمكانية الاعتداد بالكتابة في إثبات مثل هذه المعاملات.

¹⁴ - عاصم عبد الجبار سعد، الإثبات في قانون المعاملات المدنية والتجارية، متوفر على الموقع: www.barasy.com

¹⁵ - نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 151.

¹⁶ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص

190.

¹⁷ - عاصم عبد الفتاح مطر، التحكم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص ص 95-96.

و لأننا بصدد دراسة الإثبات في العقود الإلكترونية، أي العقود المبرمة باستخدام وسيط إلكتروني، وتخزن فيها المعلومات على دعامة إلكترونية والتي تعتبر وسيلة جديدة لحفظ للمعلومات، تختلف اختلافا تاما عن الدعامة الورقية التقليدية المعروفة، هذه الدعامة الجديدة أثارت حفيظة الباحثين والدارسين في تقدير مدى اعتبارها بيئة صالحة للكتابة عليها وفي مدى اعتبار مخرجاتها صالحة للإثبات¹⁸.

من خلال دراستنا سوف نتناول أولا الكتابة (بمفهومها التقليدي والحديث) وذلك بالتعرض لتبيان تعريفها والتعرض لأهم خصائصها (مبحث أول).
من ثمة نتناول ثانيا حجية المستندات الإلكترونية في الإثبات وذلك بمحاولة تبيان القوة القانونية والثبوتية لهاته المستندات عبر مختلف الأنظمة القانونية سواء الداخلية أو الدولية وإظهار مدى الثقة التي توفرها لدى المتعاملين و مدى قدرتها على حماية حقوقهم، (مبحث ثان).

¹⁸ - عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الأنترنت، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص ص 211-212.

المبحث الأول:

تطبيقات الكتابة الإلكترونية على المحررات الإلكترونية

أتاح التطور التقني لوسائل الاتصال الحديثة وتقنيات المعلومات فرصة التعامل بنوع جديد من الدعامات، فخلق نوعا جديدا من الكتابة والتوقيع أصبحا يتمان إلكترونيا، ما جعلها تأخذ صورة مختلفة عن تلك المعهودة في العقود التقليدية. الأمر الذي دفع معظم التشريعات سواء الداخلية أو الدولية إلى الخوض في غمار هذه الثورة التقنية التي رمت بإنجازاتها على الحياة التجارية بشكل واسع، نتج عنه عصرنة المعاملات، وبالمقابل كان لزاما على رجال القانون مواكبة هذه المستجدات ودرء كل فراغ قانوني قد ينجم عنه إضاعة لحقوق المتعاملين، أو تعطيل للحركية الاقتصادية نتيجة عزوف المتعاقدين عنها لعدم تمتعها بالحماية القانونية لحقوقهم.

كان الانتقال من الكتابة التقليدية إلى الكتابة الإلكترونية ومن المحررات الورقية إلى المحررات الإلكترونية، الشيء الذي رافقه إما إصدار قوانين معدلة لقوانين الإثبات التقليدية في بعض المواد وتكييفها لتنماشى مع التطورات الحاصلة على غرار المشرع الجزائري في تعديله للقانون المدني سنة 2005¹⁹ والمشرع الفرنسي بإصداره للقانون رقم 2000/230 في 13 مارس 2000²⁰، أو بإصدار قوانين تنظم التجارة الإلكترونية مستلهمين ذلك من التوصيات التي جاء بها الاتحاد الأوروبي أو اليونسيترال على غرار تونس والبحرين.

لذلك سوف نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى:

- التطرق إلى الكتابة الإلكترونية وبيان تعريفها. وظائفها. شروطها وأهميتها في إثبات معاملات التجارة الإلكترونية مع إظهار نوع من المقارنة بالكتابة التقليدية (مطلب أول).

¹⁹- الأمر رقم 10/05، مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتم الأمر رقم 58 /75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

²⁰ - 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, JO, n° 62, du 14 mars 2000.

ثم التطرق إلى المحررات الالكترونية وذلك من خلال إظهار مفهومها ومدى توفر شروط الاعتراف بها في الإثبات (مطلب ثان).

المطلب الأول

تكييف المفهوم التقليدي للكتابة ليشمل الكتابة الالكترونية

لم يشمل المشرع تعريف الكتابة إلا بعد اعتماده الكتابة الالكترونية 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 مميزاتها.²¹ نتناول في هذا المطلب الكتابة التقليدية (فرع أول)، واتساع مفهومها ليشمل الكتابة الالكترونية (فرع ثاني)، بعدها نتعرض للشروط الواجب توفرها في الكتابة (سواء التقليدية أو الالكترونية) للاعتراف بها في الإثبات (فرع ثالث).

الفرع الأول

مفهوم الكتابة التقليدية

أولاً: تعريف الكتابة:

الكتابة لغة مشتقة من الفعل الثلاثي كتب بمعنى خط، فيقال كتب الشيء أي خطه، والكتاب ما كتب فيه، والكتابة هي ما يخطه الإنسان ليثبت به أمر له أو عليه.²² 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

²¹ - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار هومه 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.

²² - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 191.

بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره²³.

يمكن تعريف الكتابة كذلك أنها: "مجموعة الرموز المرئية التي تعبر عن القول أو الفكر"، ويمكن أن تتم الكتابة بأية وسيلة سواء بالرصااص أو المداد، وبأية لغة محلية أو أجنبية²⁴.

ليس هناك في اللغة أو القانون ما يتطلب أن تكون الكتابة على الورق فقط، بل من الجائز أن تكون على الورق أو الخشب، أو الحجر أو الرمال أو الجلد، بل أنها في لغة الشعر جائزة على الماء، قد تتخذ شكل مخطوطة يدوية، أو أي شكل آخر، من ذلك نخلص إلى عدم وجود ارتباط بين فكرة الكتابة والورق. فلا يشترط أن تكون الكتابة على ورق بالمفهوم التقليدي، ما يفتح الباب على مصرعيه أمام قبول كل الدعامات، أيا كانت مادة صنعها في الإثبات²⁵.

لقد حذا على هذا النحو تعريف المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (ISO) لمصطلح المحرر، إذ عرفته بأنه "مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة أو عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"²⁶. نشير في هذا الصدد إلى قول الأستاذ الفرنسي (VANDENBERGHE) و الذي يقول بأن استخدامنا للورق والتوقيع قد لا يكون دائما استجابة للقانون وإنما فقط لاعتيادنا على ذلك²⁷.

²³ - حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي المبرم عبر الأنترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص ص 235 - 236.

²⁴ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 191 - 192.

²⁵ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 193.

²⁶ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 215. أنظر كذلك: عاصم عبد الجبار سعد، المرجع السابق، ص 4.

²⁷ - المرجع نفسه، ص 215.

4- لقد اهدت بلاد الشرق للكتابة منذ الألف الرابعة قبل الميلاد، وكانت الكتابة لا تتخذ شكل الحروف الهجائية، بل كانت كتابة تصويرية أو رمز حيث كان كل رسم أو صورة يدل على ألفاظ متقنة في النطق، وبلغ عدد هذه الصور أو الرموز خمسمائة رمز في مصر، وثلاثمائة رمز في بلاد ما بين النهرين، وبلغت أهمية الكتابة ذروتها في الألف الثالثة قبل الميلاد، ومنذ ذلك التاريخ توالى صدور المدونات القانونية التي حفظها لنا التاريخ بنصوصها الكاملة وبعضها لم يحفظ من التاريخ سوى بعض فقراتها فقط، ولعل أهم تلك المدونات مدونة حمو رابي في بلاد ما بين النهرين ومدونة=

بصفة عامة، وفي غياب تحديد قانوني لمعنى الكتابة التقليدية في أغلب القوانين، يمكن القول بأنها تعني: أية نقوش، أو رموز تعبر عن الفكر أو القول، موضوعة على أية دعامة، قد تكون ورق أو خشب أو جلد أو رمل،²⁸ كون الغاية من تطلب الدعامة أو الوسيط هي قدرته على الاحتفاظ بما دون عليه.

يستخلص من ذلك انعدام أي ارتباط قانوني أو لغوي بين المحرر ووجوب تدوينه على وسيط ورقي، أي أن المقصود بالكتابة يجري بناؤه انطلاقاً من وظيفتها والغرض منها، لا على أساس نوع الوسيط المستخدم. وتتمثل هذه الوظيفة عادة في إمكانية إستمراريتها في إثبات حقوق الطرفين مع حصول كل منهما على نسخة²⁹.

لجأت بعض القوانين ولغرض عدم حصر الدعامة على الورق إلى استعمال عبارة "السجل" مثلما هو عليه الشأن في القانونيين الانجليزي والأمريكي، خاصة وأنه من بين أولى الدول التي تناعت بفكرة "اختناق الورق"، نجد الولايات المتحدة الأمريكية التي جاء على لسان وزير دفاعها وليام كوهن في سنة 1998، ضرورة وجوب الانتقال إلى التعاقد بدون ورق في مجال تجارة الأسلحة بحلول سنة 2000.

كما مهد لذلك القضاء الفرنسي في حكم له صدر بتاريخ 1989/11/08، و الذي قبل فيه الإثبات عن طريق بطاقات الائتمان، وهو حكم نال قبولا فقهيًا كبيرًا، ما شجع القضاء الفرنسي على إصدار حكم آخر حديث له نسبياً سنة 1997، جاء في مضمونه أن الكتابة لم تعد قاصرة فقط على الوثائق الورقية المخطوطة، بل يمكن أن تكون مدونة على دعامات أخرى متعارف عليها في التعامل بين المتخصصين، ما دام بالإمكان نسبته إلى من أنشأه مع إمكانية التحقق منه دون منازعة³⁰.

=بوكخوريس في مصر، ومانو في الهند، أما بلاد الغرب فلم تعرف الكتابة ولم تستعملها إلا منذ القرن العاشر قبل الميلاد، حينما نقل الإغريق الكتابة من الفينيقيين اللذين لهم البشرية باختراع الحروف الهجائية، أنظر: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 191 .

²⁹ - محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 88.

³⁰ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص ص 236-237.

أكد معجم جمعية هنري كابينتان الذي نشر تحت إشراف الأستاذ (Gérard Cornu) أن الكتابة يمكن أن تتخذ شكل مخطوطة يدوية أو أي شكل آخر، وتؤكد هذا المعنى في مرجع Lamy حول قانون المعلوماتية حيث أشار مؤلفه إلى أن المشرع لم يشر إلى دعامة من نوعية معينة عند حديثه عن الكتابة، إضافة إلى الكثير من الاتفاقيات الدولية التي أيدت هذا الرأي، ومثال ذلك نذكر³¹:

1- اتفاقية نيويورك لسنة 1958 بشأن الاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت المادة 2/11 على أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو اتفاق موقع عليه أو في تبادل خطابات أو بقرقيات.

2- اتفاقية روما بشأن التقادم في البيوع الدولية للبضائع حيث تشير هذه الاتفاقية لأن مصطلح الكتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو توكس من خلال المادة 09 من الاتفاقية.

3- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن النقل الدولي للبضائع الموقعة في فيينا عام 1981 حيث تنص المادة 13 من الاتفاقية على أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو توكس³².

ثانيا: وظائف الكتابة:

تمت الإشارة إلى وظائف الكتابة بالتفصيل بموجب التعليق الوارد على المادة السادسة الواردة في القانون النموذجي الصادر في 1996³³ عن لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة وهي:

³¹ - عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص ص 101-104، أنظر كذلك: الإثبات في العقد الإلكتروني، مقال

منشور عبر الموقع: www.baradv.com

³² - عصام عبد الجبار سعد، المرجع السابق، انظر كذلك: احمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الإلكترونية، دم ن، 2003، ص99.

³³ - لدى إعداد قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، وضعت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسيترال) في اعتبارها أن القانون النموذجي سيكون أكثر فعالية للدول المعنية بتحديث تشريعاتها إذا توفرت معلومات خلفية وإيضاحية للأجهزة التنفيذية التابعة للحكومات والهيئات المشرعة تساعدها في استخدام القانون النموذجي، وكانت اللجنة مدركة أيضا لاحتمال استخدام القانون النموذجي في عدد من الدول ذات الاطلاع المحدود على

- 1- ضمان وجود دليل ملموس على نية الالتزام بين الطرفين وعلى طبيعة هذه النية.
- 2- مساعدة الطرفين على إدراك تبعات إبرامها العقد.
- 3- كفالة أن يكون المستند مقروءا للجميع.
- 4- كفالة بقاء المستند بلا تحريف بمرور الزمن وأن يوفر سجلا دائما للمعاملة.
- 5- إتاحة المجال لاستنساخ المستند لكي يحتفظ كل طرف بنسخة من البيانات نفسها.
- 6- إتاحة المجال لتوثيق البيانات بواسطة التوقيع.
- 7- كفالة أن يكون المستند في شكل مقبول لدى السلطات العامة والمحاكم.
- 8- تجسيد قصد محرر "الكتابة" وتوفير سجل بذلك القصد.
- 9- إتاحة المجال لتيسير تخزين البيانات في شكل ملموس.
- 10- تيسير المراقبة والتحقيق اللاحق لأغراض محاسبية أو ضريبية أو تنظيمية.
- 11- إدخال الحقوق والالتزامات القانونية إلى حيز الوجود في الحالات التي تكون فيها الكتابة مطلوبة لأغراض إثبات الصحة³⁴.

ثالثا: أهمية الكتابة في الإثبات:

تحتل الكتابة المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات، إذ تعد من وسائل الإثبات الأكثر استخداما وشيوعا لدى الأفراد، والأفضل لهم من أجل إثبات معاملاتهم المختلفة³⁵.

=نوع تقنيات الاتصال التي يتناولها القانون النموذجي، ولذلك صدرت اللجنة دليل تشريع قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، واستمد هذا الدليل من الأعمال التحضيرية للقانون النموذجي، للمزيد من المعلومات أنظر: وائل أنور بندق، موسوعة القانون الالكتروني وتكنولوجيا الاتصالات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007، ص 33.

³⁴ - فاروق محمد أحمد الإباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص 42.

أنظر كذلك: وائل أنور بندق، المرجع سابق، ص 52.

³⁵ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 192.

يقول البروفيسور (GAUDRAT) بشأن أهمية الكتابة في الإثبات: على الرغم من أن الكتابة واهية كدليل للإثبات نظرا لتعرضها لمخاطر التلف الراجع إلى الحرارة العالية والنار والرطوبة، إلا أنها متغلغلة في فكرنا جميعا كما لو كانت ملكة متوجهة على كل وسائل الإثبات³⁶، ويعود تفضيل الكتابة في الإثبات إلى عدة عوامل منها:

1- عدم الثقة في قدرة الذاكرة الإنسانية بينما تتصف الكتابة بالإثبات.
2- انخفاض الثقة في ذم الشهود التي تقبل التحيز أو الشراء وانخفاض الوازع الديني والأخلاقي عند الأفراد.

3- صعوبة كشف شهادة التزوير مقارنة بكشف التزوير بالكتابة.

4- تمتاز الكتابة بكونها دليل يمكن إعداده مسبقا.

5- خلوها من العيوب التي تعتري طرق الإثبات الأخرى، كالشهادة التي قد تشوبها عيوب قد تنقص من قيمتها، كاحتمال فوات فرصة الاستشهاد بالشاهد بوفاته أو سفره.

لذلك اشترطت التشريعات المدنية المعاصرة وجوب الدليل الكتابي متى زادت قيمة التصرف عن مقدار معين، إلا ما استثناه المشرع، حتى قيل أن الإثبات بالكتابة هو الأصل والقاعدة في الإثبات، أما عداها من الأدلة هو الخلاف والاستثناء³⁷.

لقد اعتمد المشرع الجزائري الكتابة كطريقة للإثبات و الإثبات بالبينة والقرائن واليمين، حيث نص على الإثبات بطريق الكتابة في المواد من 323 إلى 332 من القانون المدني الجزائري.

أما التقنين المدني الفرنسي، فإنه و وفقا لنص المادة 1341 والمكملة بالمرسوم رقم 533/80 الصادر بتاريخ 15 يوليو 1980 ، فكان يشترط الكتابة في المعاملات التي تزيد قيمتها عن 5000 فرنك³⁸.

³⁶ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 215.

³⁷ - نضال إسماعيل برهم، لمرجع السابق، ص 152/151.

³⁸ - BENSOUSSA Alain, Internet, aspect juridique, revue et augmentée, 2eme édition, édition Hermes, Paris, 1998, p125.

الفرع الثاني

المفهوم الحديث للكتابة: الكتابة الإلكترونية

يقصد بالكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك³⁹، وكما سبقت الإشارة إليه لا يشترط في الكتابة شكل خاص فيما يتعلق بالصياغة أو طريقة التدوين، وبالتالي يستوي أن تكون على دعامة مادية كالورق أو دعامة غير مادية كذاكرات أجهزة الحاسوب وغيرها من الأنظمة المعلوماتية، أو طباعة الليزر أو تكون منقولة عبر وسط إلكتروني كالتلكس أو الفاكس.

لقد حرصت أغلب التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على تبني مفهوم الكتابة الإلكترونية ومنحتها القيمة القانونية المقررة للكتابة التقليدية، فقد نصت المادة 6/9 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2005 على أنه: "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني..."⁴⁰

كما تناولها المشرع المصري في قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، حيث تنص المادة 1/أ منه على أنه يقصد بالكتابة الإلكترونية: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك". كذلك وفقا لنص المادة 5 من ذات القانون فإن: "للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص

³⁹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 168.

⁴⁰ - عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات الأجنبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،

2009، ص 197.

عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون⁴¹.

تناول المشرع الفرنسي الكتابة الالكترونية في المادة 1316 من القانون المدني الجديد رقم 230/2000 والصادر بتاريخ 13 مارس 2000 والتي تنص على أن : "الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج من كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رموز أو إشارات ذات دلالة تعبيرية مفهومة وواضحة، أيا ما كانت دعامتها أو وسيلة نقلها"، وفيها توسع المشرع الفرنسي في مفهوم الكتابة ليتلاءم بذلك هذا التعريف مع النوع الجديد من الكتابة الالكترونية ويشمل كل مميزاتها وخصائصها.

كما تنص المادة 1/1316 من ذات القانون على أن: "الكتابة تحت شكل إلكتروني تكون لها نفس القوة في الإثبات الممنوحة للكتابة على دعامة ورقية، شريطة أن يكون في الإمكان تحديد هوية الشخص الذي أصدرها، وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة"، وفي هذه المادة أضفى على الكتابة الالكترونية نفس الحجية مع الكتابة التقليدية وأوضح شروط الاعتداد بها.

يؤكد المشرع الفرنسي على أنه لا يوجد فرق بين المستندات الورقية التقليدية وبين المستندات المعلوماتية الالكترونية من حيث الحجية القانونية في الإثبات، وأن مدلول الكتابة الالكترونية يمتد إلى مفهوم واسع يشمل الأرقام أو الرموز أو الإشارات أو

⁴¹- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 196، ذات التعريف تضمنته اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني بإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات التي صدرت بقرار من وزير الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات المصري الدكتور طارق كمال رقم 109 لسنة 2005، للمزيد من التفاصيل راجع: وائل أنور بندق، موسوعة القانون الالكتروني وتكنولوجيا الاتصالات، المرجع السابق، ص 313-314، ويمكن الحصول على هذا القانون كذلك عبر الموقع: www.cksu.com/vb/uploade/12536.
أنظر كذلك في هذا الشأن:

- REVELLO Lionel, la preuve électronique : www.sain-mag.com.

-FROCHOT Didier, preuve et signature électroniques :

www.les-infostrateges.com/article/050936/preuve-et-signatureélectroniques .

العلامات التي تشكل في مجموعها مدلولاً واضحاً يتيح استعمالها أياً كانت طريقة نقل هذه الكتابة من خلال شاشة أو بقرص ممغنط أو بشريط⁴².

يتضح من النصوص السابقة أن كلا من المشرع المصري والفرنسي قد تبينا مفهوماً موسعاً للكتابة واعترافاً بالكتابة الإلكترونية ومنحها نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات.

أورد للمشرع الجزائري تعريفاً للإثبات بالكتابة في المادة 323 مكرر من القانون المدني على أنها: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

يتضح من هذا التعريف أن الكتابة تتمثل في مجموعة متسلسلة من الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو الرموز... الخ⁴³.

بالتمعن في هذا النص، نجد أنه اتسع ليشمل أيضاً الكتابة الإلكترونية، حيث نص على أن الكتابة تسلسل في الحروف أو الأوصاف أو الأرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم⁴⁴.

⁴² - محمد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الإلكترونية، الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب، 2009، ص 232.

⁴³ - علي فيلاي، المرجع السابق، ص 295.

⁴⁴ - استعمل المشرع الجزائري في تعريف الكتابة عبارة: "أياً كانت الوسيلة التي تتضمنها"، والصحيح هو: "أياً كانت الدعامة التي تتضمنها" حسب الترجمة الفرنسية للنص: « *quel que soient leur supports* », واستعمل كذلك مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني وليس الكتابة الإلكترونية، كون أنه شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها، مشار إليه لدى: برني ندير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006، ص 47.

وفي هذا الصدد يقول الأستاذ: **CAPRIOLI Eric**:

« Nous préférons également l'expression écrite sous forme électronique à celle d'écrit électronique, car se sont quelques formes de l'écrit qui changent et non sa nature, s'il peut exister plusieurs formes de preuves littérale, les écrits, a condition qu'ils remplissent les exigences fixées par le législateur sont de la même nature et d'une force probante équivalente », voir: CAPRIOLI Eric, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de loi de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique : www.caprioli-avocats.com

كما أن التعريف اتسع كذلك ليشمل الدعامة الالكترونية بنصه على: "... **مهما كانت الوسيلة التي تضمنتها وكذا طرق إرسالها**", ومثال ذلك المعلومات التي يتم كتابتها أو إرسالها بواسطة الكمبيوتر وعلى شبكة الإنترنت أو المعلومات التي يتم حفظها في ذاكرة الحاسوب أو أي جهاز إلكتروني له القدرة على حفظ البيانات والمعلومات.⁴⁵

وبالتعمق في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع بتبنيه لهذا المفهوم الواسع للكتابة قد قطع كل مجال للجدل حول الاعتراف بالكتابة الالكترونية كأداة إثبات خاصة وأن المفهوم التقليدي للكتابة يجعلها مرتبطة بالدعامة الورقية لحد بعيد، كما أن المشرع ترك الباب مفتوحاً للأخذ بكل الدعائم التي قد تفرز عنها التكنولوجيا الحديثة في المستقبل، و اشترط إمكانية فهم الكتابة فلو كانت مشفرة أو مبهمه لا يستطيع القاضي قراءتها فلا تصلح كدليل إثبات.

كما جاء في المادة 323 مكرر 1 أنه: **"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"**.

من كل ذلك يظهر جلياً تأكيد المشرع الجزائري على مبدأ المساواة في الإثبات باستعمال الكتابة الورقية والإثبات عن طريق الكتابة الالكترونية، و هو ذات النهج الذي أخذ به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية، وكذا التوجيهات التي أصدرها الإتحاد الأوروبي حول التوقيع الالكتروني، بحيث نجد هاتين الهيئتين أخذتا بمبدأ التعادل الوظيفي في الإثبات، سواء كنا في بيئة التجارة الالكترونية أو البيئة الورقية⁴⁶.

⁴⁵

⁴⁶ -MAZINI Abderzak, les moyens de preuve dans le contexte du commerce électronique: www.condwebzine.hcp.ma/spip.php...

الفرع الثالث:

الشروط الواجب توفرها في الكتابة للاعتداد بها في الإثبات

يشترط في الكتابة عدة شروط حتى تؤدي وظيفتها القانونية في الإثبات وهي أن تكون مقروءة بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني، أو البيانات المدونة في المحرر، وأن تكون مستمرة وذلك بتدوين الكتابة على دعائم تحفظها بصورة مستمرة، بحيث يمكن لأطراف العقد أو أصحاب الشأن الرجوع إليها عند الضرورة. كما يشترط في الكتابة أيضا، أن تضمن عدم التعديل في مضمونها سواء بالإضافة أو بالحذف، حتى تتمتع بالثقة والأمان من جانب المتعاقدين في مجال التجارة الالكترونية⁴⁷، و يكون ذلك كما يلي:

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة:

لا شك أنه ولكي يتسنى الاعتداد بأي مستند في مواجهة الآخرين، لا بد أن يكون المستند ناطقا بما فيه، أي أن يكون مفهوما وواضحا من خلال كتابته بحروف ورموز مفهومة.

يتساوى المحرر الالكتروني والمحرر العرفي في ضرورة توافر هذه الشروط وبالرجوع إلى طريقة تدوين المحرر الالكتروني، نجده يتم عبر وسائط إلكترونية بلغة الآلة المكونة من توافيق وتباديل بين رقم الصفر ورقم الواحد، مما يعجز معه الإنسان في فهم هذه اللغة اللوغارتمية المعقدة، حيث أنه 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 الالكترونية⁴⁸.

⁴⁷ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 199.

⁴⁸ - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004، ص 72.

حيث يمكن قراءة الكتابة الالكترونية باستخدام الحاسوب، مما يعطيها قيمة وحجية قانونية في الإثبات متى أمكن فك هذا التشفير بحيث يصبح في صورة بيانات مقروءة بصورة واضحة ، و بذلك يمكن إدراكها وفهمها بالنسبة للإنسان.

أشار المشرع الفرنسي إلى هذه الشروط صراحة في المادة 1316 من القانون رقم 230/2000 بشأن التوقيع الالكتروني، 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 إرسالها⁴⁹.

ثانيا: استمرارية الكتابة ودوامها:

لكي تحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات، يجب أن تدون على دعامة تحفظها لفترة طويلة من الزمن تمكن من الرجوع إليها عند الحاجة، ويستوي في ذلك أن تكون محفوظة على دعامة ورقية أو دعامة إلكترونية، مثال ذلك: ذاكرة الحاسوب، أو الأقراص الممغنطة (CD-ROM) أو البريد الالكتروني.

قد يبدو لأول وهلة أن هذه الصفة لا تتوفر في الكتابة الالكترونية، نظرا لكون الدعائم الالكترونية التي تحفظ الكتابة تتصف بالحساسية، التي تجعلها عرضة للتلف بسبب سوء التخزين، أو بسبب تغير قوة التيار الكهربائي⁵⁰، لأن الخاصية الكيميائية والمادية التي تتكون منها الشرائح الممغنطة التي يجري تحميل وتخزين البيانات الالكترونية عليها تمتاز بحساسية عالية تجعلها عرضة للتلف السريع، الأمر الذي لا يستوي معه اعتماد هذه الوسائط في الإثبات ما لم يجر العمل على تجاوز هذه العقبة⁵¹.

⁴⁹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 200.

⁵⁰ - المرجع نفسه، ص 200.

⁵¹ - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 73.

بيد أن هذه المشكلة يمكن التغلب عليها باستخدام أجهزة ذات تقنيات متطورة، توفر إمكانية حفظ الكتابة الالكترونية بصفة مستمرة وعلى نحو أفضل من حفظ المستندات الورقية التقليدية.

كما أنه يمكن لمقدمي خدمات التصديق الالكتروني أن يقوموا بعملية حفظ البيانات والمعلومات الالكترونية 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 الالكترونية درجة عالية من الأمان ، وتمكن من الاحتفاظ بالمعلومات المدونة لأطول فترة ممكنة، و بناءا على ذلك ،فإن وظيفة مقدمي خدمات التصديق الالكتروني-التي سنها لاحقا في هذه الدراسة- لا تقتصر فقط على التصديق على المحررات الالكترونية وإنما يمكن أن يخول إليهم -أيضا- وظيفة الاحتفاظ بهذه البيانات والمعلومات لمدة معينة، و يؤكد على ذلك نص المادة 1/6 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية إذ اشترط أن تتم الكتابة الالكترونية على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقا⁵².

أما في القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية فإننا نجد المادة الثامنة منه تشترط في السجل الالكتروني حتى تكون له قيمة قانونية في الإثبات أن تكون المعلومات المدونة في هذا السجل قابلة للاحتفاظ بها، وتخزينها بحيث يمكن الرجوع إليها لاحقا، وأن يكون هذا الحفظ قد تم بالشكل الذي أنشئت به هذه المعلومات، أو أرسلت

⁵²- تنص المادة 1/6 من القانون النموذجي لليونسيف:

- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تـ"ستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا .

أو استلمت به، وأن تكون هذه المعلومات كافية للتحقق من منشأ السجل وجهة استلامه وتاريخ ووقت إرساله واستلامه⁵³.

سارت على نفس النحو المادة الثامنة من القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية

نص القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية، في المادة الرابعة منه على أنه: "يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الإلكترونية في الشكل المرسله به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتيح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصورة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها وحجتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها"⁵⁴.

ثالثاً: أن تكون غير قابلة للتعديل:

يشترط في الكتابة حتى تصلح كدليل في الإثبات أن تكون خالية من أي عيب قد يؤثر في مدى صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من الكشط والمحو والتحشير، فإذا كانت هناك أية علامات تدل على التعديل في بيانات المحرر فإن هذا ينال من قوته في الإثبات⁵⁵. وقد أخذت بهذا الاتجاه المادة 1/10/ب من قانون اليونسيترال في معرض حديثها عن المستند الإلكتروني وشروط الاستناد إليه في: قدرته على الاحتفاظ برسائل البيانات بالشكل الذي أنشئت به أو أرسلت أو استلمت به أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل

⁵³ يمكن مراجعة نصوص هذا القانون عبر الموقع: [http://: www.arabegov.com](http://www.arabegov.com)

تعتبر تونس اول دولة عربية تصدر قانونا حول التجارة الإلكترونية، و هو القانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000، نشر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 64، صادر في 11 اوت 2000، 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 الحقوق، تيزي وزو، 2009، ص6.

⁵⁴ يمكن مراجعة نصوص هذا القانون عبر الموقع: [http://: arabegov.com/news/news.asp](http://arabegov.com/news/news.asp)

⁵⁵ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 201.

بدقة المعلومات التي أنشئت به أو أرسلت أو استلمت"⁵⁶، ففوة المحرر في الإثبات تنقرر بمدى سلامته من أي عيب قد يؤثر في شكله الخارجي.

أكدت اغلب القوانين على وجوب حفظ المحرر من أي تعديل، آخذة في الحسبان العمل على عدم الإنقاص من قيمته، وإسقاطه إذا ما تجاوز التعديل حدا معيناً يتشكك معه في صحة المستند، تاركة تقرير ذلك لمحكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض (التمييز)، 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...".

بمقارنة المحررات الورقية والالكترونية فيما يتعلق بإمكانية التحقق من سلامة المحرر، نجد أنه يسهل كشف أي تعديل في المحرر الورقي من محو أو تحشير أو شطب والمتولد على طبيعة الأوراق والأخبار المستعملة في الكتابة عليها⁵⁷، مما يصعب معه فصلها إلا بإتلاف المحرر أو إحداث تغييرات مادية فيه تظهر بالعين المجردة أو باللجوء للخبرة التقنية.

تفتقر المحررات الالكترونية خاصية الاحتفاظ بما هو مدون على وسائطها دون ترك أثر، 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 المكتوب⁵⁸.

⁵⁶ - تنص المادة 1/10/ب من قانون اليونسترال :

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

- 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"

⁵⁷ - عند استعمال السند الكتابي التقليدي يمكن ملاحظة سهولة أي تغيير طارئ عليه وبالتالي اكتشاف التعديل أو التزوير بسهولة كوجود شطب أو كتابة بين الأسطر أو محو... الخ، وهذا لا ينطبق على السند الالكتروني حيث أنه من الصعب التفريق بين السند الأصلي والسند المزور، أنظر: حابت آمال، استغلال خدمات الانترنت. مذكرة ماجستير في القانون فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2004، ص 93.

⁵⁸ - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 84.

سعيًا وراء تثبيت البيانات الإلكترونية دون إجراء أدنى تعديل غير ملحوظ، تم ابتكار برنامج حاسب يحول دون ذلك، لما يقوم به من تحويل للنص الإلكتروني إلى صورة ثابتة، تحافظ على بقاء النص على الصورة النهائية التي تم تثبيته عليها، ويعرف هذا البرنامج بـ: (Document Image Processing).

كما تم ابتكار طريقة أخرى لحفظ البيانات الإلكترونية دون تعديل، حيث يتم حفظ البيانات في صناديق إلكترونية، يتعذر فتحها إلا باستعمال مفتاح الخاص، والذي تشرف عليه سلطات الإشهار (Authentication Authority) العامة والخاصة، مما ينجم عنه إتلاف الوثيقة المحفوظة أو محوها إذا ما تمت محاولة تعديلها⁵⁹.

يتحقق بذلك شرط الثبات في البيانات الإلكترونية إلى جانب شرطي القراءة والاستمرارية.

المطلب الثاني

ماهية المحررات الإلكترونية

بظهور الكتابة الإلكترونية، ظهرت المحررات الإلكترونية، والتي تمثل انتقالاً من الدعامات التقليدية الورقية إلى دعامات جديدة ذات طبيعة إلكترونية، وكما رأينا بأن الكتابة الإلكترونية لم تغير من طبيعة الكتابة التقليدية. سوف نرى في هذا المطلب مدى تأثير المحررات التقليدية بهذا الانتقال من الدعامات الورقية إلى الدعامات الإلكترونية من خلال التعرض لمفهوم المحرر الإلكتروني وأنواعه وصوره، إضافة إلى مدى توافر الشكلية في المحررات الإلكترونية مقارنة بالمحررات الورقية.

⁵⁹ - المرجع نفسه، ص 75.

الفرع الأول:

مفهوم المحررات الإلكترونية:

لا يزال مفهوم السند الإلكتروني غامضاً وغير محدد بشكل ثابت وأكيد، وقد اعتبر بعض الباحثين، أن السند الإلكتروني يعد مفهوماً طارئاً على النظام القانوني النافذ حالياً، إذ يصعب تكييفه كسند كتابي، واعتبار مضمونه كتابةً، فهذا المضمون لا يظهر إلا باستعمال أجهزة إلكترونية لقراءته، ولقد تطرق البند 3-3 من القواعد النموذجية والإرشادات حول التجارة الدولية (VRGETS) الصادر عن غرفة التجارة الدولية إلى تعريف السند الإلكتروني بأنه محتوى أي اتصال يفترض عملية نقل إلكترونية لمعلومات رقمية عبر شبكات الاتصال المفتوحة للعموم أو المغلقة، أو عبر أية وسيلة اتصال إلكترونية ممكن الوصول إليها، أي قابلة للاستعمال في مراجعات لاحقة⁶⁰.

تنص المادة الأولى من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على أنه: "يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها أو تحويلها 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" كما نصت على ذات التعريف المادة الثانية من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية في بندها الثالث.

يتضح من هذه النصوص أن قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية قد اعترف بالمحررات الإلكترونية، موضحاً أنه في حالة ما إذا اشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة فإنها تستوفي مثل هذه الشروط متى أمكن تخزينها والإطلاع عليها عند الحاجة لذلك.

أما في الإتحاد الأوروبي، فيلاحظ أن التوجيه الأوروبي رقم 97-7 بشأن البيع عن بعد يتضمن تعريفاً للدعامة المستديمة، إلا أنه وفقاً للتوجيه رقم 93/1999 والصادر بتاريخ

⁶⁰ - نادر عبد العزيز، الإثبات الإلكتروني بين الواقع والقانون، مجلة الجيش اللبناني، عدد 233، 2004، منشور عبر

الموقع: www.lebarmy.lb/article.asp

1999/12/13 بشأن التوقيع الإلكتروني⁶¹ فإنه قد تضمن النصوص التي تساوي بين المحرر الإلكتروني والمحرر العرفي من حيث القيمة والحجية في الإثبات، طالما كان التوقيع الممهور به المحرر موثوقا، وكان المحرر متوافر على بعض الشروط وهي: الاستمرارية وعدم القابلية للتعديل، وارتباط التوقيع بالمحرر على نحو لا يقل الانفصال، كما أنه قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على صحة المحرر الإلكتروني، وبالتالي قبوله كدليل كتابي كامل في الإثبات، يشترط أن يتم تقديم شهادة باعتماد المحرر الإلكتروني من جهة متخصصة تخضع في إنشائها وممارستها لعملها لرقابة السلطات المتخصصة في الدولة العضو في الإتحاد الأوروبي⁶².

نجد نص المادة 13 من اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع والتي تنص على أنه: " فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة إلى المراسلة الموجهة في شكل برقية أو تلكس" وهذه الوسائل أوردتها الاتفاقية على سبيل المثال لا الحصر، وبالتالي يمكن أن تنصرف إلى ما يماثلها من تقنيات الاتصال الأخرى، وبالتالي لم تحصر الطرق التي يتم من خلالها التعامل مع المعاملات إلكترونيا، وإنما توحى عبارة (بوسائل مشابهة) أن التعريف يستوعب أية طريقة تستخدم لتبادل البيانات إلكترونيا، كالانترنت والبريد الإلكتروني، والبريد والتلكس... الخ، بالإضافة إلى أية وسيلة قد تفرزها التكنولوجيا العلمية في المستقبل.

أما على الصعيد الوطني الداخلي فإننا نسجل هنا نص المادة الثانية من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية على أن: "يكون للكلمات والعبارات الآتية المعاني المبينة إزاء كل منها ما لم يقتضي سياق النص خلاف ذلك... سجل أو مستند إلكتروني، سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراج أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه"⁶³.

⁶¹ - يمكن الحصول على نصوص هذا القانون عبر الموقع: <http://eur-lex.europa.eu/lex uriserv/...>

⁶² - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 240/241.

⁶³ - عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، المرجع السابق، ص 206.

أما المادة 453 من القانون المدني التونسي تنص على أنه: "يقصد بالمحرر الإلكتروني الوثيقة المكونة من مجموعة أحرف أو أرقام أو أية إشارات أخرى رقمية، بما في ذلك المتبادلة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

كما تنص المادة الرابعة من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المعاملات الإلكترونية بأنه: "يعتمد قانون حفظ الوثيقة الإلكترونية، كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

يتم حفظ الوثيقة الإلكترونية على حامل إلكتروني يتيح الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها، ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها⁶⁴.

أما في القانون الأردني، فنصت المادة 6/72 من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم 23 لسنة 1997 على أنه: "يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب، وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة التلكس والفاكسميل".

كذلك المادة 7/جـ من قانون براءات الاختراع رقم 32 لسنة 1999 نصت على أنه: "يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل البراءات وبياناتها، وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من السجل حجة على كافة".

كما نصت المادة 3 من قانون العلامات التجارية رقم 34 لسنة 1999 على أنه: "يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل العلامات التجارية، وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من السجل حجة على كافة".

وأخذت بهذا النحو المادة 3/جـ من قانون الرسوم والنماذج الصناعية رقم 14 لسنة 2000 على أنه: "يجوز استعمال الحاسوب الآلي لتسجيل التصاميم والبيانات المتعلقة

⁶⁴ - عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، المرجع السابق، ص 243/244.

بها، وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من السجل حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها⁶⁵.

كما ذهبت المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني إلى تعريف السجل الإلكتروني بأنه القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، والعقد كما تعرفه نفس المادة هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً، أما رسالة المعلومات فهي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي، والمعلومات استناداً لنص ذات المادة هي البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز، وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك.

نستخلص مما سبق إلى نتيجة مهمة ، هي أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، قد أقر مبدأ مهما هو أن الوثيقة الإلكترونية أو السجل الإلكتروني يعتبر معادلاً وظيفياً للوثائق الخطية، فالسجل الإلكتروني أو المحرر الإلكتروني في ماهيته عبارة عن وثيقة إلكترونية تنشأ وتستخدم في المقام الأول لإثبات التصرفات الإلكترونية التي تجري بوسائل إلكترونية وعبر شبكة الانترنت على وجه الخصوص، فهي القيد لهذه التصرفات⁶⁶.

بذلك فإن المحرر المكتوب اتسع مفهومه، ليشمل الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، وبمعنى آخر، فكرة المحرر لم تعد قاصرة على ما هو مكتوب على الورقة فقط⁶⁷.

من هذه النصوص يمكن تعريف المحرر الإلكتروني بأنه كل رسالة بيانات تتضمن معلومات يتم إنشاؤها أو دمجها أو تخزينها أو استخراجها أو إرسالها أو استقبالها كلياً أو

⁶⁵ - سمير حامد عبد العزيز الجمال. المرجع السابق، ص 243-244.

⁶⁶ - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص228.

⁶⁷ - محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 122.

جزئياً بوسيلة إلكترونية أو ضوئية أو رقمية أو بأية وسيلة مشابهة على وسيط ملموس أو أي وسيط إلكتروني آخر يكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه⁶⁸.

الفرع الثاني:

أنواع المحررات الإلكترونية:

المحررات التي تقدم كأدلة للإثبات، إما أن تكون محررات رسمية محررة بمعرفة شخص ذو صفة رسمية، أي موظف من موظفي الدولة أو شخص مكلف بخدمة عامة، وإما أن تكون محررات عرفية، أي محررات محررة بمعرفة أشخاص عاديين، ليست لهم هذه الصلة فتسمى لذلك محررات عرفية، وكل من المحرر الرسمي والمحرر العرفي دليل كتابي، له ما لهذا الدليل من قوة بالنسبة للأدلة الأخرى، ولكن يلاحظ أن اشتراك شخص ذي صفة رسمية في تحرير المحرر الرسمي وما يستلزمه، ذلك من ضرورة توفير الثقة في أعماله، جعل للمحرر الذي يقوم بتحريره حجية أقوى من حجية المحرر العرفي الذي يحرره الأفراد العاديون، فيلزم لتكذيب ما في المحرر الرسمي من بيانات رسمية اتخاذ طريق الطعن بالتزوير، في حين أن القانون لم يجعل للمحرر العرفي قوة كدليل كتابي، إلا إذا اعترف به من يتمسك به ضده، أو إذا أثبت المتمسك به صحته إذا أنكره من صدر منه⁶⁹.

يمكن أن تكون المحررات التي تستخدم للإثبات عموماً في شكل محررات رسمية أو محررات عرفية، إضافة إلى الدفاتر التجارية والقرائن الكتابية التي يمكن أن تستخدم لإثبات المعاملات التجارية الإلكترونية⁷⁰.

⁶⁸ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحجج القانونية للمعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العملي، الكويت، 2003، ص

11، أنظر كذلك: محمد سعيد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 120.

⁶⁹ - عادل حسن علي، الإثبات: أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، 1998، ص 52.

⁷⁰ - عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 135.

ولما كنا بصدد دراسة الإثبات في مجال المعاملات التجارية الإلكترونية، وبعد أن رأينا بأن مصطلح الكتابة وخصائصها ينطبقان على الكتابة الإلكترونية، فإنه من الواجب التعرض للمحركات الإلكترونية، و لمدى اكتسابها لنفس مميزات المحركات التقليدية الورقية، في ظل غياب الجهات الرسمية المخولة بتوثيق المعاملات والمصادقة على العقود الإلكترونية (كاتب العدل، أو الجهات المخولة بالمصادقة على التوقيع كبلدية مثلا)، لذلك سوف نتناول هذه المحركات و نبين أهم مميزاتها.

أولاً: المحركات الرسمية:

عرّف المشرع الجزائري العقد الرسمي في المادة 324 ق.م ج على انه: " ... عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"⁷¹.

كما ورد تعريف المحركات الرسمية في نص المادة العاشرة من قانون الإثبات المصري، والتي تقابلها المادة 1317 من التقنين المدني الفرنسي بنصها على:

1- المحركات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

2- فإذا لم تكتسب هذه المحركات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحركات العرفية متى كان ذو الشأن قد وقعها بإمضاءاتهم أو أحكامهم أو بصمات أصابعهم.

ووفقاً لنص المادة 11 من قانون الإثبات المصري، تعتبر المحركات الرسمية حجة على الناس كافة بما دونّ فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهنته، أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً⁷².

⁷¹ -على فيلاي، المرجع السابق، ص 297.

⁷² -سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 247، أنظر كذلك: محمد أحمد عابدين، الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن، ص 09.

تنص الفقرة الأولى من المادة 143 من قانون أصول المحاكمات اللبناني على أن: "السند الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ضمن حدود سلطته واختصاصه، ما تم علي يديه أو ما تلقاه من تصريحات ذوي العلاقة وفقا للقواعد المقررة"⁷³.

يتبين من ذلك أن هناك شروط ثلاثة يجب توفرها لصحة المحرر الرسمي أو السند الرسمي، وهذه الشروط هي:

- 1- أن يقوم بكتابة المحرر الرسمي موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.
- 2 - صدور المحرر من الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة في حدود سلطته واختصاصه.
- 3- أن يراعي في تحرير الورقة الأوضاع التي قررها القانون

فإذا تخلف أحد هذه الشروط لا يبقى للمحرر سوى قيمة عرفية، متى كان أصحاب الشأن قد وقعوا الورقة بإمضاءاتهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم أما اذا كان التصرف يتطلب الرسمية كركن لانعقاده، كعقود الهبة والرهن الرسمي فان المحرر يعتبر باطل، ويترتب على ثبوت الشروط السابقة أن يعتبر المحرر الرسمي حجة على الكافة دون حاجة على الإقرار به، فلا يطلب ممن يتمسك به أن يقيم الدليل على صحته وعلى الخصم التي يتنازع فيه أن يثبت صحة إدعائه، ولا يكون ذلك إلا بالطعن بالتزوير⁷⁴، و هنا نسجل قرار محكمة النقض المصرية، و الذي قالت فيه بأن " مناط رسمية الورقة أن يكون محررها موظفا عموميا مكلفا بتحريرها بمقتضى وظيفته"⁷⁵.

⁷³ - نشير أن المحرر الرسمي يمكن أن يكون محرر ينظمه ويعدده الموظف المختص، ويمكن أن يكون محرر يعده صاحبه ويقوم الموظف العام فقط بالمصادقة عليه، ويمكن الفرق بين المحررين، في كون الأول يعمل به و يؤخذ بأحكامه دون أن يكلف محرره بإثباته ويعمل به ما لم يثبت تزويره حيث لا يطعن به إلا بالتزوير، أما الثاني فلا يعمل به إلا في إطار التاريخ الوارد في منته والتوقيع على اعتبار أن الموظف المختص هو الذي صادق عليه، للمزيد من التوضيح، راجع: عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 135.

⁷⁴ - سمير برهان، المرجع السابق، ص 108.

⁷⁵ - نقض جنائي مصري، جلسة 1967/02/24، مشار إليه لدى سمير برهان، المرجع السابق، ص 108.

نظرا لأن المتعاملين عبر الانترنت (الوسائط الإلكترونية عموما) لا يستوفون شروط الإسناد الرسمية، لأنهم لا يحررونها أمام موظف عام، ولا تحمل أي تصديق منه⁷⁶، بالتالي فلا مجال للحديث عن محررات رسمية في ظل التجارة الإلكترونية لأنه -في الوقت الراهن على الأقل- لا يوجد موثق إلكتروني أو موظف عام عبر موقع إلكتروني يمارس عمله إلكترونيا⁷⁷، رغم وجود تعارض بين رجال القانون في هذا الشأن بين مضاف للصفة الرسمية على المحررات الإلكترونية ومنكر لها، فيرى الدكتور مشاعل عبد العزيز الهاجري⁷⁸ بأن المستندات المذيلة بالتوقيع الإلكتروني (إقرارات / عقود / الخ) لا تحتاج إلى مصادقة من أية جهة رسمية (ككاتب العدل) لأنها صادرة من جهة يخولها القانون مكنة التوثيق⁷⁹.

بالمقابل يرى الدكتور خالد ممدوح إبراهيم بخصوص البريد الإلكتروني ، أن رسالة البريد الإلكتروني التي تحمل توقيع صاحبها تعتبر محرر عرفي في مجال الإثبات، أما مقدم خدمة التوثيق الإلكتروني فتتخصص في إصدار شهادات التصديق الإلكتروني لمن يطلبها⁸⁰، وسوف نتعرض لهذه النقطة بأكثر تفصيل عند دراسة الشكلية الإلكترونية.

اعترف المشرع في المادة 1/323 من القانون المدني الجزائري بالكتابة الالكترونية في إثبات التصرفات والعقود، حيث تم الأخذ بمبدأ التعامل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق، أي جعل لكليهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية الإثبات، لكن السؤال المطروح هو: ما نوع الكتابة التي يمكن أن تعادل في حجيتها الكتابة في الشكل الالكتروني؟، أي هل يمكن إثبات التصرفات والعقود التي يتطلب القانون لإثباتها الكتابة الرسمية بالكتابة الالكترونية؟.

⁷⁶ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 214.

⁷⁷ - محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 121.

⁷⁸ - وهو أستاذ القانون الخاص بكلية الحقوق، جامعة الكويت.

⁷⁹ - د/ مشاعل عبد العزيز الهاجري، التعاملات الإلكترونية: توثيقها وطرق إثباتها، ص6، مقال منشور

على الموقع:

www.law.kuniv.edu.kw/machael/el

⁸⁰ - د/ خالد ممدوح إبراهيم، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص87.

أثارت المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري والمقابلة للمادة 1/1316 من القانون المدني الفرنسي المتعلقة بتعريف الكتابة ، جدلا فقهيًا حول ما إذا كانت الكتابة الإلكترونية تعادل الكتابة الرسمية، وبالتالي يمكن بالكتابة الإلكترونية إثبات عكس التصرفات والعقود المثبتة بكتابة رسمية.

ذهب جانب من الفقه في تفسير أحكام هذه المادة إلى أن نطاقها يتسع ليشمل الكتابة التي تكون في الشكل الرسمي، نظرا لعمومية تعريف الكتابة الواردة في نص المادة 1316 ق م ف المقابلة لنص المادة 323 مكرر من ق م ج، وموقعها ضمن قواعد الإثبات في مقدمة الفصل الخاص بالإثبات بالكتابة، وبالتالي بإمكانها معادلة الكتابة الرسمية في الإثبات.

بينما ذهب الفريق الثاني، للقول بأن التدخل التشريعي يجب أن ينحصر مجال إعماله على العقود العرفية، وبالتالي فإن الكتابة في الشكل الإلكتروني لا يمكن لها أن تكون إلا عرفية، كون المشرع أراد حماية رضا المتعاقدين لما اشترط إثبات بعض العقود بالكتابة الرسمية التي تشترط لصحتها حضور الضابط العمومي والتوقيع الذي يمنحها الصفة الرسمية، والذي لا يمكن حضوره في الشكل الإلكتروني⁸¹.

أقرت الكثير من الدول بمبدأ التعادل الوظيفي بين الوثائق الورقية والوثائق الإلكترونية، منها الولايات المتحدة الأمريكية، تونس والمغرب، وقامت بإصدار قوانين تتلاءم و هذا الاتجاه، وطبعا كان ذلك استلهاما من قواعد القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية، وكذلك تشريعات الاتحاد الأوروبي حول التجارة الإلكترونية⁸².

ثانيا: المحررات العرفية:

العقد العرفي هو العقد الذي يتولى المتعاقدان كتابته وتوقيعه، ويتمثل ركن الشكلية في هذا النوع من العقود إذن، في الكتابة العرفية لا غير، وفي هذا الصدد، نصت المادة 327 من ق. م. ج على أن: "يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع

⁸¹ - أنظر: برني ندير، المرجع السابق، ص 49.

⁸² - لمزيد من التفاصيل أنظر: MAZINI Abderzak , op.cit.

عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه..."، فالعبرة تكون في العقد العرفي عندها، متعلقة بالكتابة أو التوقيع أو البصمة، مع العلم أن الكتابة بدون توقيع ليست لها قيمة، وقد يكون الشخص الذي كتب العقد أجنبيا عن المتعاقدان.

يمكن تعريف المحرر الإلكتروني العرفي بأنه كتابة إلكترونية موقع عليها من ذوي الشأن في الشكل الإلكتروني ودون تدخل من الموظف العام.
المحركات العرفية نوعان:

1- محركات عرفية معدة للإثبات:

وهي المحركات الموقعة من ذوي الشأن، ولا تتوافر فيها مقومات المحركات الرسمية، فتعتبر هذه المحركات حجة على من صدرت منهم، وتعتبر أدلة عامة في الإثبات، ولقد نصت المادة 1/14 من قانون الإثبات المصري على أنه: "يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة".

قضت محكمة النقض المصرية بأن: "الورقة العرفية حجة بما دون فيها على من نسب إليه بتوقيعه عليها ما لم ينكر صدورها منه، اكتسابها ذات الحجية قبل من يسري في حقهم التصرف القانوني الذي تثبته أو تتأثر به حقوقه"⁸³.

2- محركات عرفية غير معدة للإثبات:

وهي محركات يغلب أن تكون غير موقعة من ذوي الشأن، ومع ذلك جعل لها القانون حجية معينة في الإثبات، تختلف قوتها بحسب ما يتوافر لها من عناصر الإثبات، وذلك مثل:

أ- الرسائل والبرقيات:

حيث تنص المادة 16 من قانون الإثبات المصري على أن: "تكون للرسائل والبرقيات الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه

⁸³- نقض مصري رقم 810، جلسة 1991/12/02، مشار إليه لدى: معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 16.

القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا أيضا عليها من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس⁸⁴، كما نصت المادة 158 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد بأنه: "تكون الرسائل الموقعا عليها قيمة السند العادي من حيث الإثبات لمصلحة المرسل إليه ما لم يثبت المرسل أنه لم يرسل الرسالة ولم يكلف أحد بإرسالها، تكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب البرق والبريد موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك"⁸⁵، بذلك جعل القانون للبرقيات والرسائل قيمة المحرر العرفي بشرط وجود أصل البرقية في مركز البريد وكذلك بشرط أن تكون موقعة من طرف المرسل.

ب- دفاتر التجار:

بموجب أحكام القانون التجاري، فإنه ينبغي على التجار أن يمسكوا دفاتر معينة، ويدونوا فيها كل البيانات المتعلقة بتجارتهم، حيث تنص المادة 9 من القانون التجاري الجزائري: "كل تاجر ملزم بمسك الدفاتر التجارية والاحتفاظ بها ومراجعتها، كما تنص المادة 12 من ذات القانون على ضرورة الاحتفاظ بالدفاتر والمستندات التجارية لمدة 10 سنوات، وركزت على ضرورة ترتيب وحفظ المراسلات الواردة ونسخ الرسائل الموجهة طيلة نفس المدة"⁸⁶، كذلك نصت في المادة 13 من ق ت ج على: "يجوز للقاضي قبول الدفاتر التجارية المنتظمة، كإثبات بين التجار بالنسبة للأعمال التجاري"⁸⁷، وتعتبر هذه الدفاتر حجة على التجار، وحجة لهم في بعض الحالات، حيث تنص كذلك المادة 17 من قانون الإثبات المصري على أنه:

⁸⁴ - سمير حامد عبد الجمال، مرجع سابق، ص 248. انظر كذلك: محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي، بيروت، 2005، ص 277.

⁸⁵ - عادل حسن علي، المرجع السابق، ص 80، وانظر كذلك: محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية، بيروت، د. ت. ن، ص 190.

⁸⁶ - أمر رقم 59/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 02/05 مؤرخ في 06 فيفري 2005، ج ر رقم

⁸⁷ - أمر رقم 59/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المشار إليه سابقا.

1- دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار.

2- تكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، ولكن إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلاً لنفسه أن يجري تعديلاً على ما ورد فيها ويستبعد منه ما كان مناقضاً لدعواه⁸⁸.

استحدث المشرع المصري مصطلح "المحركات الإلكترونية الرسمية والعرفية" في المادة 17 من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، حيث تنص على أنه: **تسري في شأن إثبات صحة المحركات الإلكترونية الرسمية والعرفية والتوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية، فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون أوفى لا نحته التنفيذية الأحكام المنصوص عليها في قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية**⁸⁹.

كما استجاب المشرع الفرنسي لتطور تقنيات الاتصال الحديثة واستخدامها من قبل التجار في تدوين حساباتهم التجارية بدلاً من الدفاتر الورقية، بصدر القانون رقم 83-353 بتاريخ 30 أبريل 1983 بشأن السماح للتجار باستخدام الوسائط والدعامات الإلكترونية في تدوين حساباتهم بدلاً من الدفاتر التجارية التقليدية⁹⁰.

ج- الدفاتر والأوراق المنزلية:

لا تكون هذه المحركات حجة على من صدرت منه وفقاً لنص المادة 18 من قانون الإثبات المصري إلا في الحالتين الآتيتين:

1- إذا ذكر صراحة أنه استوفي ديناً.

2- إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق، أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته.

د- التأشير على سند الدين بما يقيد براءة ذمة المدين:

⁸⁸-سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص249.

⁸⁹-المرجع نفسه، ص249.

⁹⁰- المرجع نفسه، ص249.

تنص المادة 332 من ق م ج و المقابلة للمادة 19 من قانون الإثبات المصري على أن: "التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته. وكذلك يكون الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أو في مخالصة، وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين".

نظرا للتطور الكبير في تقنيات الاتصال وتغلغلها في حياتنا بصورة كبيرة، ظهرت بعض المحررات في ثوب جديد يختلف من المحررات التقليدية المعروفة لدينا، حيث حدث تحول للدعامات الورقية المستخدمة في المعاملات التي تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة، لاسيما أن هذه المعاملات لا تعتمد غالبا على مراسلات ورقية بين طرفي العقد، تحولت كل هذه الإجراءات بفضل تقنيات الاتصال الحديثة إلى بيانات ومعلومات تتساب عبر شبكة الاتصال، مما أدى إلى ظهور الدعامات الإلكترونية، لكن هذا التحول لم يمس الطبيعة القانونية للمعاملات ذاتها⁹¹.

تتسم المحررات الإلكترونية -كما رأينا سلفا- بخاصية أساسية تميزها عن غيرها من المحررات الورقية التقليدية، تتمثل في كونها تحمل على وسيط إلكتروني بطريقة إلكترونية، ورغم أن المبدأ في التخزين هو واحد، يتمثل في وضع بيانات معالجة إلكترونيا داخل دعامة إلكترونية، إلا أن المحررات تتخذ عدة صور، فيمكن أن تكون عبارة بريد إلكتروني أو تبادل بيانات بطريقة إلكترونية، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي⁹²، كذلك يمكن أن تكون عبارة عن تسجيلات سمعية أو سمعية بصرية.

⁹¹- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 249- 250.

⁹²- راجع المادة 2/أ من قانون اليوتسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

الفرع الثالث:

صور المحررات الإلكترونية

تتنوع المحررات الإلكترونية وفقا لوسيلة الاتصال التقنية المستخدمة في التعاقد الإلكتروني، وفي حفظ المحررات الإلكترونية، أي أن الدعامة التي تحفظ عليها البيانات هي وجه الاختلاف الذي يميز محرر الإلكتروني عن محرر إلكتروني آخر، كما أن هذه الدعامة تتأثر بدورها وتتغير بحسب الوسيلة المستخدمة في التعاقد. وما يلاحظ على المحررات الإلكترونية هي أنها قد تكون محررات صوتية إذا تم التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله، وقد تكون محررات ورقية متى تم التعاقد عن طريق الفاكس وما يماثله، كما قد تكون محررات ذات طبيعة معلوماتية مخزنة على ذاكرة الحاسب الآلي أو على دعائم إلكترونية إذا تم التعاقد عن طريق الانترنت⁹³ وما يماثلها، و يتجلى لنا دور هذه الصور أكثر لدى التعرض لحجية المحررات الإلكترونية في الإثبات قصد إعطائها قوة قانونية وقوة ثبوتية، وذلك من خلال تطبيق وإسقاط النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات على هذا النوع من المحررات، وهو ما سنراه لاحقا.

ولأن التكنولوجيا الحديثة لها إفرازاتها الجديدة يوميا، فإن هذا القول ينطبق على الدعامات الإلكترونية التي لا يمكن الإحاطة بكل أشكالها، لذلك قمنا بالتعرض لأهم هذه الصور وهي: التسجيل الصوتي، المصغرات الفيلمية، رسائل الفكس والتلكس، رسائل البريد الإلكتروني، مخرجات الحاسب الإلكتروني ورسائل الانترنت.

أولاً: التسجيل الصوتي:

يعد التسجيل الصوتي من الوسائل العلمية الحديثة التي دخلت حديثا في مجال الإثبات المدني، بوصفه وسيلة إثبات جديدة تصلح لإثبات التصرفات القانونية، نظرا لشيوع استخدام تسجيل المخاطبة الهاتفية من قبل الأفراد عن طريق جهاز التسجيل الصوتي على دعامات تحفظ الصوت، وتسمح بإعادة سماعه لاحقا للاستفادة منه في الحصول على دليل مادي لإثبات التعاقد، ونظرا لسكوت غالبية التشريعات عنها كما هو الحال بالنسبة للمشرع الجزائري، عن بيان الحجية القانونية للكلام المسجل، فان باب

⁹³ - أنظر: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص256.

التساؤل حول مشروعية استخدام التسجيل الصوتي، وبيان قيمته في الإثبات طرح نفسه و بقوة⁹⁴.

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، و يسجل التسجيل عادة على الشريط المستخدم في جهاز التسجيل بواسطة مغناطيسية⁹⁵، ويتم بذلك ترجمة الصوت إلى موجات مغناطيسية يتم حفظها على دعامة إلكترونية، كشرط الكاسيت أو القرص المرن أو غيرها من الدعامة الإلكترونية التي من شأنها أن تحفظ الصوت و تمكن من إعادة سماعه عند الحاجة.

أما التعاقد بالهاتف فهو تعاقد شفوي يكون من المتعذر إثباته عندما يستلزم القانون الإثبات بالكتابة، لأن طبيعة إجراءات التعاقد عن طريق الهاتف لا تستدعي الكتابة أو الشهادة لإثبات هذه المخاطبة وحتى في الحالات التي يجري فيها التعاقد بالهاتف ويعقبها دليل كتابي، أي إفراغه في وثيقة ورقية، فإن هذا الدليل الكتابي هو الذي يثبت التعاقد وليست المخاطبة الهاتفية، لذلك ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى عدم إعطاء أية قيمة للمخاطبة الهاتفية في الإثبات، وأيدها القضاء في العديد من قراراته⁹⁶.

تعرض الدليل المستمد من التسجيل الصوتي إلى انتقادات علمية وفنية، منها أنه ليس هناك ما يؤكد عمليا بأن الدليل المستمد من المخاطبة الهاتفية المسجلة على شريط التسجيل الصوتي، يعود إلى من نسب إليه، ذلك أن الأصوات قد تتشابه في بعض الحالات، وهذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها، إذ جاء فيه: " أن من المعروف أن الأصوات تتشابه، وأن إمكان الصنعة الدخيلة على التسجيل أمر لا يستبعده عن

⁹⁴- نبيل صقر و مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص256.

⁹⁵-عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د س ن، ص220.

⁹⁶-عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1999، ص349.
نقض مدني مصري رقم 98 بتاريخ 13/05/1974، مشار إليه لدى: نبيل صقر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص253.

اعتقادها"⁹⁷، إضافة إلى احتمال وقوع تزوير التسجيل، وذلك إما بنقل أصوات معينة لأنه من السهل تقليد الإنسان في صوته وفي نبراته وسكاته ومقاطعته، أو بنقل أجزاء معينة من صوت مسجل من شريط آخر، بحيث يبدو لمن يسمعه بأنه شريط متكامل.

تفاديا لذلك يجب أن يكون الصوت المسجل قد جسد الواقعة بدقة، بحيث لا يفتح مجالاً للشك لدى القاضي الذي يستعين برأي خبير الأصوات لتقديم الاستشارة طبقاً لقواعد الإثبات، ويستطيع الخبراء عن طريق إجراء المضاهاة في ذبذبات صوت المتكلم والتحقيق من شخصيته وتمييز الصوت الأصلي من الصوت المزيف أو المقاد مهما كان هذا التقليد أو التزييف يبدو حقيقياً لمن يسمعه⁹⁸.

اعتبر التسجيل الصوتي كمبدأ ثبوت بالكتابة رغم سكوت غالبية التشريعات العربية عن بيان مدى قوة الدليل المستمد من التسجيل الصوتي، ذهب البعض إلى إعطائه حجية الدليل الكتابي الكامل في الإثبات وأدخله ضمن الإسناد العادية على غرار المشرع السوداني، حيث نصت المادة 1/37 من قانون الإثبات السوداني لسنة 1983 على اعتبار التسجيل الصوتي كنوع من أنواع المستندات التي تتحصل للإثبات⁹⁹، إضافة إلى المستندات المسجلة بطريق الكتابة أو الصورة، كما اعتبرت المادة 2/44 من ذات القانون أن المستندات العادية تشمل المستندات المسجلة بطريق الصورة أو الصوت، والمستندات العادية هنا بمفهوم هذا القانون هي المستندات العرفية¹⁰⁰.

كما اعتبر القضاء الدليل أو المستند الصوتي من قبيل المستندات الكتابية، فوجد إحدى المحاكم الإنجليزية اعتبرت شريط الكاسيت من المستندات الكتابية¹⁰¹، وهذا بالتأكيد

⁹⁷- نقض مدني مصري رقم 98 بتاريخ 13/05/1974، مشار إليه لدى: نبيل صقر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص253.

⁹⁸- نبيل صقر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص253.

⁹⁹- تنص المادة من قانون الإثبات السوداني لسنة 1983: "المستندات هي البيانات المسجلة بطريقة الكتابة أو الصورة أو الصوت"

¹⁰⁰- تنص المادة 2/44 من قانون الإثبات السوداني لسنة 1983: " تشمل المستندات العادية البيئة المسجلة بطريق الصورة أو الصوت". يمكن الحصول على النص الكامل لهذا القانون عبر الموقع:

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

¹⁰¹ « Tape recording have been help to be documents »=

الاتجاه الذي أخذ به المشرع الإنجليزي، والذي يعتبر التحليل الصوتي دليل تنطبق عليه أحكام السند العادي، وتثبت المادة العاشرة من قانون الإثبات الإنجليزي لسنة 1968 مفهوماً واسعاً للمستند المقبول في الإثبات، حيث يشمل إضافة إلى المستندات المكتوبة الأدلة المسجلة بطريقة الصورة أو الصوت¹⁰²، ويشير 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 الإستنادات الواردة على القاعدة التي ترفض قبول الشهادة بالنقل (الشهادة السماعية).

اتجه القضاء المدني في الولايات المتحدة الأمريكية إلى الأخذ بالدليل المستمد من التسجيل الصوتي بوصفه مماثلاً لمبدأ الثبوت بالكتابة، كما نجد المادة 217 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الجديد لعام 1983، 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 العراقي¹⁰³ في المادة 104 استخدام الأدلة المستخلصة من وسائل التقدم العلمي كقرائن قضائية بنصها على: "للقاضي أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي بوصفها قرائن قضائية".

ثانياً: المصغرات الفيلمية:

المصغرات الفيلمية عبارة عن أوعية غير تقليدية لحفظ المعلومات، تعتمد على مبدأ تصغير حجم الوثائق وطبعها في أفلام صغيرة قصد الرجوع إليها بسهولة ويسر عند

=قضية R.V Robson 1972 مشار إليها لدى: نبيل صقر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص254، كذلك عباس العبودي: شرح قانون الإثبات المدني، المرجع السابق، ص374، كذلك عباس العبودي: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، المرجع السابق، ص229.

¹⁰² -Art.10 : « Document includes anyholptpgrahp, and tape recordings »

¹⁰³-انظر عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، المرجع السابق، ص229.

الحاجة بعد تكبيرها إلى حجمها العادي بصورة فورية، يتم صنع هذه المصغرات الفيلمية أو الميكروفيلم¹⁰⁴ من مادة فيلمية معينة تستخدم في التصوير المصغر للأدلة الورقية، كما تتميز هذه المصغرات بإتاحتها لمستخدميها إمكانية مشاهدة الصور المسجلة عليها بالبصر، وذلك عن طريق طبعاها بصورة مكبرة على مادة ورقية أو تكبيرها مباشرة بواسطة جهاز القراءة¹⁰⁵، لذلك فإن 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 لهاته المعاملات، ذلك أن كثرة تبادل المعلومات بين الشركات أو البنوك أو الأفراد باستخدام الحاسب الآلي، أدى لانتشار ظاهرة تبادل المعلومات عن طريق الشريط المغناطيسي (الميكروفيلم) مستفيدين من اختزال الوقت والتكلفة القليلة لهذه العملية، وذلك إذا أرادت الشركة (أ) إرسال معلومة معينة إلى البنك أو الشركة (ب)، فإنها ترسله في صورة شريط مغناطيسي يظهر على شاشة الحاسوب لدى الشركة المستقبلة أو البنك، وإذا أرادت هذه الشركة الحصول على نسخة مادية من معلومات هذا الشريط تقوم بطبع المعلومات على طابعة، وتوجد في فرنسا خدمة تابعة للبريد تقوم بنقل مثل هذه الرسائل الإلكترونية تسمى « postadex »¹⁰⁶

تنقسم المصغرات الفيلمية إلى ثلاثة أنواع رئيسية، وهي أفلام الفضة التقليدية، وأفلام الفضة الجافة، والأفلام القابلة للتحديث، ولقد عرف استخدام المصغرات الفيلمية تطورا كبيرا، فأصبح لها دور مهم في التخفيف من خطورة ومشكلة التمسك بالأدلة الورقية، لا سيما في عصر استخدام الحاسبات الإلكترونية، إذ تطورت وسائل النسخ الحديثة وتوفرت لها ضمانات أكثر للتطابق مع الأصل.

¹⁰⁴-الميكروفيلم COM وهو اختصار للمصطلح الإنجليزي computer output microfilm ومعناها الميكروفيلم أحد مخرجات الحاسب، وقد انتشر هذا المصطلح في اللغة الفرنسية لكثرة استعماله من قبل المختصين في مجال المعلوماتية، والتي تعني التعامل المنطقي الفوري مع المعلومات بوصفها ناقلة للمعارف وعنصرا من عناصر السوق التي تمكن أن تكون في متناول الجميع، مشار إليه لدى: نبيل صقر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص256.

¹⁰⁵- نبيل صقر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص256.

¹⁰⁶-انظر: عايض راشد عايض المرئ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1998، ص39.

اكتسبت المصغرات دوراً مهماً في الإثبات رغم تباين مواقف التشريعات في هذا الصدد كما سنرى لاحقاً، ولقد 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، ولقد أجاز القانون الألماني الاتحادي لسنة 1976 الاحتفاظ بكل المستندات المالية والمحاسبية في شكل صور ميكروفيلمية بشروط خاصة وهي:

أ- أن تعمل المصغرات الفيلمية وفقاً للمعايير المحاسبية المعتادة للأصل الورقي.

ب- أن تتطابق الصورة مع الأصل.

ج- أن يحتفظ بالصورة الميكروفيلمية للمدة المنصوص عليها للأصل الورقي.

د- أن تظل الصورة الميكروفيلمية مقروءة بوضوح تام طوال مدة الحفظ.

اجتماع هذه الشروط الأربعة يجعل للمصغرات الفيلمية المحفوظة وفقاً لمواصفات خاصة، حجية الأصل في إثبات المواد المدنية، وهو اتجاه تبناه كذلك المشرع العراقي من خلال قانون الحفاظ على الوثائق رقم 80 لسنة 1983، حيث اعتبر صورة الوثيقة التي تؤيد الدائرة المختصة تصويرها بأجهزة التصوير المصغر أو سواها بحكم الوثيقة الأصلية بعد توثيقها باعتبارها صورة طبق الأصل ويتم التعامل بها على هذا الأساس¹⁰⁷، لكن استخدام المصغرات الفيلمية عرف تراجعاً بسبب ظهور الأقراص الليزرية للحاسوب، لتحل الأسطوانات الممغنطة و السندات الرقمية المحفوظة على أسطوانات ضوئية رقمية أو أقراص ممغنطة محل المصغرات الفيلمية¹⁰⁸.

ثالثاً: رسائل الفاكس والتلكس:

1- رسائل الفاكس: يطلق على جهاز الفاكس الاستنساخ عن بعد، أو نقل الصورة عن بعد¹⁰⁹، بواسطته يمكن نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل

¹⁰⁷ - انظر عباس العبودي، شرح قانون أحكام الإثبات المدني، المرجع السابق، ص360.

¹⁰⁷ - نادر عبد العزيز، الإثبات الإلكتروني بين الواقع والقانون، مجلة الجيش الملكي، العدد 233، 2004، عبر

الموقع: <http://www.lebamy.gov.lb/article.asp...>

¹⁰⁹ - أنظر: نبيل صقر و مكاري مزيهة، المرجع السابق، ص258.

محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر في حيازة المستقبل¹¹⁰.

يعمل الفاكس باستخدام شبكة الهاتف المركزية، أو عن طريق الأقمار الصناعية، ويمكن استخدامه داخل المدينة أو خارجها، أو بين دول العالم، يتميز الفاكس بسرعة فائقة في نقل المستندات لا تزيد عن 30 ثانية مهما كان المرسل إليه بعيدا، ولقد ازداد عدد المستندات الإلكترونية المتداولة بالفاكس من قبل الأفراد نظرا لمعرفتهم و ثققتهم بضمان وصول رسائلهم ومستنداتهم بأسرع وقت.

لا تعتبر السندات الإلكترونية المرسله عن طريق الفاكس والتي يتسلمها المرسل إليه سندات أصلية وإنما هي صور حرفية مستنسخة طبقا لأصل السندات المرسله والتي تبقى لدى المرسل إذا كان لديه عقد إيجار لجهاز نقل الصورة بالهاتف (الفاكس)، أو لدى دائرة البريد التي تحتفظ بأصل السند العادي للمرسل إذا كان السند مرسلا عن طريق البريد الإلكتروني، هذه الخدمة، أي خدمة البريد الإلكتروني عرفت انتشارا واسعا في مختلف مكاتب البريد في العالم¹¹¹.

بالرجوع لغالبية التشريعات العربية، نجدها تعتبر رسائل الفاكس صورة لسند كتابي عادي، تركتها مهمشة ولم تعطي لها أية حجية معينة في الإثبات، ولم تأخذ هذه التشريعات بالمفهوم المتطور الذي اعتمده الاتفاقيات الدولية المعاصرة، ومنها القانون المدني الفرنسي في تعديله الجديد لسنة 2003 والمعدل لنص المادة 1316، الذي تساوى فيها بين رسائل الفاكس والرسائل العادية.

لا يعتبر المشرع الفرنسي رسائل الفاكس مساوية للسند العادي في الإثبات غير أنه أجاز لمن نسبت إليه إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات، لأن واقعة الإرسال واقعة مادية، كون رسائل الفاكس قد تكون فيها نقاط ضعف تقنية، منها احتمال حصول خطأ في عملية الإرسال والاستقبال، فضلا عن ذلك، أن إشعار إرسال رسائل الفاكس الذي تصدره هذه الآلة لا يؤكد استلام مضمونه من قبل المرسل إليه، بل يفيد المرسل فقط.

¹¹⁰-أنظر: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص15.

¹¹¹-أنظر: عباس العبودي، شرح قانون أحكام الإثبات المدني، المرجع السابق، ص357.

بالرغم من نقاط الضعف التي قد تشوب التراسل باستخدام الفاكس، إلا أن هذه الرسائل لا تزال أدلة تبادل متميزة في التعامل اليومي للأفراد، ولقد صدرت قرارات متعددة لاسيما للمحاكم الفرنسية، اعتبرت صراحة أن تبادل نسخ الفاكس كاف لإلزام الأطراف، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 17/02/1995 قراراً اعتبرت فيه أن عقد تنظيم رحلة إلى الخارج قد نشأ برسالة فاكس عبر مضمونها عن اتفاق الأطراف، وفي قرار آخر صدر عن المحكمة ذاتها أقرت فيه صحة الرجوع أو التراجع عن عرض وعد بالتنازل عن أسهم¹¹².

2- رسائل التلكس:

يعتبر التلكس أحد الوسائل الحديثة في الاتصالات، ويندر أن تخلو مؤسسة أو مكتب تجاري منه، فإذا كان الهاتف سيد الاتصالات الحديثة، فإن التلكس يعد حالياً سيد الاتصالات في الأعمال التجارية والإدارية¹¹³.

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 المعلومات لحظة إرسالها¹¹⁴، يتمتع بجهاز طباعة إلكتروني مبرق متصل ببدالة، 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، ولكل مشترك رقم ورمز لنداء خاص، ولا يمكن إرسال الرسالة إلا إذا تم تسليم رمز النداء من الجهاز المرسل إليه، ويعمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة التي عن طريق الإرسال والتسليم إلى نبضات كهربائية ليقوم تسليمها جهاز التسليم الذي تنعكس فيه العملية إلى طبع الحرف المرسل.

112 - نبيل صقر و مكاري مزيهة، المرجع السابق، ص260، أنظر كذلك: عباس العبودي، شرح أحكام الإثبات المدني، المرجع السابق، ص258.

113 - نبيل صقر و مكاري مزيهة، المرجع السابق، ص260.

114 - محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص15.

ينتسم التلكس بسمة أساسية كونه يترك أثرا ماديا مكتوبا باستخدام الطباعة التي تحول السند من الطبيعة الإلكترونية إلى الطبيعة الورقية¹¹⁵.

تعتبر المراسلات بالتلكس إحدى وسائل الإثبات، ولقد تبني هذا الاتجاه الكثير من الاتفاقيات الدولية كاتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فينا بشأن النقل الدولي للبضائع لسنة 1980 من خلال نص المادة 13 من هذه الاتفاقية التي نصت على أنه: **ينصرف مصطلح الكتابة إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس.**

رابعاً: مخرجات الحاسب الآلي:

يشهد عالمنا المعاصر تطوراً هائلاً لعصر تتقدم فيه معارف الإنسان ومهاراته حتى قبل أن يبدأ المتدرب العمل الذي من أجله قد تم تدريبه، لاسيما في مجال الحاسب الآلي، إذ في كل عام إلا ونسمع باختراع جيل جديد من الحواسيب الإلكترونية أكثر دقة من سابقتها.

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 كبيراً وواسعاً في جميع مجالات الحياة خاصة في المجال القانوني¹¹⁶، إن الوثائق الإلكترونية التي يتم التعامل بها باستخدام الحاسوب يمكن أن تكون في إحدى الصور، فإما أن تكون مكتوبة على وحدة الطباعة، أو تكون مثقبة على وحدة تنقيب البطاقات أو الأشرطة، أو تسجل على وحدة أشرطة ممغنطة، أو على شكل ميكروفيلم "Com".

تقوم شاشة العرض المرئي المتصلة بالحاسب الآلي بإخراج المعلومات من الحاسب الإلكتروني، ولكنها لا تقدم لنا دليلاً مادياً يمكن الاحتفاظ به واستخدامه عند الحاجة، لذلك يتم توصيل الحاسوب بطابعة تقوم بطبع المعلومات المخزنة داخل الحاسوب على وسيط مادي يمكن الاحتفاظ به¹¹⁷، وتمثل عندئذ مخرجات الكترونية ذات طبيعة ورقية، كما يمكن أن تكون هذه المخرجات ذات طبيعة غير ورقية لما يتم ترجمة البيانات الموجودة

¹¹⁵ - عباس العبودي، شرح قانون أحكام الإثبات المدني، المرجع السابق، ص352.

¹¹⁶ - نبيل صقر و مكري نزيهة، المرجع السابق، ص262

¹¹⁷ - عايض راشد عايض المرئ، ص26

داخل الحاسوب داخل حوامل متقبة، قد تكون في شكل بطاقات متقبة أو شرائط متقبة (هي حوامل تراجع العمل بها في وقتنا الحالي بعد أن تجاوزها الزمن)، إضافة إلى ذلك فإنه يتم حفظ المعلومات والبيانات المحوسبة على حوامل ممغنطة قد تظهر على شكل ميكروفيلم أو على هيئة شريط مغناطيسي¹¹⁸.

خامسا: رسائل البريد الإلكتروني:

عرف جانب من الفقه البريد الإلكتروني بأنه طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات، بينما عرفه البعض بأنه: مكنة التبادل الإلكتروني غير المترامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي، وعرفه جانب آخر من الفقه 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 وفق الرسالة ذاتها"¹¹⁹. ولقد حل البريد الإلكتروني محل البريد العادي عند نسبة كبيرة من المتعاملين، وبواسطته يمكن إرسال الرسائل والوثائق والصور والصوت عبر مختلف بقاع العالم في وقت وجيز¹²⁰، يعتمد في عمله على العناوين الإلكترونية، ويعد البريد الإلكتروني أحدث طرق تبادل البيانات إلكترونيا عن طريق رسائل إلكترونية اصطلح على تسميتها رسائل البيانات، ولقد عرف المشرع الجزائري رسالة البيانات على أنها: "تبادل وقراءة وتخزين معلومات في شكل رسائل معطيات بين الموزعات الموجودة في مواقع متباعدة، ويمكن المرسل إليه (أو المرسل إليهم) قراءة الرسالة المبعوثة في وقت حقيقي أو في وقت مؤجل"¹²¹، وعرف الرسالة الصوتية على أنها "تبادل واستلام وتسجيل رسائل صوتية في موزعات صوتية يمكن الاتصال بها انطلاقا من خطوط هاتفية عادية".

¹¹⁸ - المرجع نفسه، ص29.

¹¹⁹ - خالد ممدوح إبراهيم، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، الدار الجامعية، القاهرة، 2008، ص55

¹²⁰ - نبيل صقر و مكري نزيهة، المرجع السابق، ص261.

¹²¹ - مرسوم تنفيذي رقم 01-123 مؤرخ في 9 ماي 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج رعد 27، الصادرة في 13 ماي 2001.

سادسا: رسائل الانترنت:

أصبحت شبكة الانترنت واسعة الاستخدام في شتى المجالات، كسرت الحواجز بين المتعاملين أينما كانوا، وأصبحت وسيلة فعالة وسريعة ذات منفعة اقتصادية كبيرة كونها توفر المال والوقت، وتسمح بإبرام الصفقات بكل مراحلها وأدق تفاصيلها، وبذلك أحدثت تغيرات عميقة في أساليب المنافسة والبيع والشراء المتعلقة بمختلف المنتجات والخدمات والمعارف، وبذلك أزلت الحواجز الزمانية والمكانية، وجعلت التعاقد كأنه تم بين حاضرين وليس بين غائبين، إضافة إلى السرعة فإن شبكة الانترنت تضمن وصول الرسائل والمستندات والمحافظة على سريتها، فضلا عن ذلك فإن التصرفات القانونية التي يبرمها الأفراد على شبكة الانترنت تأخذ صفة قانونية لأنها تعتمد على التوقيع الرقمية والشهادات الرقمية، وهذا الإجراء يؤكد ضمان صحة التعاقد والثقة بمصدره وذلك عن طريق السندات الالكترونية التي تصدر من هذه الشبكة.

يصف الأستاذ (إيستر دايسون) الانترنت بأنه مثل الهواء، أي أنها أصبحت ضرورية مثل الهواء، والذي قد يكون هواء نقيا أو فاسدا، فإن الانترنت فيها ما هو نافع وما هو ضار، ومن أخطر ما ينطوي عليه الانترنت أنها توفر حرية استخدام فوضوية وغير منضبطة تؤدي لحدوث جرائم ومخالفات قانونية، غير أن بيئة الانترنت ليست الوحيدة التي تحدث فيها الجرائم، لأن الجريمة ظاهرة موجودة في كل مكان، لكن المشكلة تكمن في عدم وجود قوانين دائمة وراذعة تحمي مستخدمي الانترنت، لذلك تحرص الدول المعاصرة على تطوير هذه الشبكات والسيطرة عليها وإخضاعها للتنظيم القانوني، حفاظا على الأمن في تبادل البيانات بين الأفراد، ولتلافي هذه المشكلة استخدمت الدول تقنيات حديثة مثل البصمة الالكترونية والتشفير، ولزيادة سلامة المعلومات يفضل الاحتفاظ برسائل احتياطية لاسترجاع البيانات المفقودة في حال تعرضها للضرر أو في حال تعطل الشبكة أثناء عملية نقل البيانات¹²².

تجدر الإشارة إلى أن بعض المحررات الالكترونية يعترها بعض اللبس، فمخرجات الحاسب الآلي لا تثير أية صعوبة من ناحية اعتبارها محررات كتابية تستوفي

¹²²-نبيل صقر و مكري نزيهة، المرجع السابق، ص266.

شروط المحررات المتمثلة في إمكان القراءة والاحتفاظ بها والرجوع إليها عند الحاجة، فالبطاقة والأشرطة المثقبة والوسائل الورقية المتصلة والصادرة عن الحاسوب تتضمن دون شك "كتابة" بالمعنى التقليدي في قواعد الإثبات، إلا أنه بالمقابل هناك بعض المخرجات تبدو محل شك كالأشرطة الممغنطة والأسطوانات الممغنطة والميكروفيلم.

يمكن القول بالنسبة للميكروفيلم أنه يأخذ قانونا حكم الكتابة العادية التقليدية، فالفارق الوحيد بينهما كما يعرف البعض يكمن في مادة وركيزة الدليل، فالكتابة التقليدية تكون على الورق أما في الميكروفيلم فتتم على مادة بلاستيكية، أما بالنسبة للأشرطة الممغنطة وما في حكمها، فالأمر لا يبدو بهذه البساطة، فهي تحتوي على بيانات تم تخزينها مباشرة على ذاكرة الحاسب الآلي دون أن يكون لها أصل مكتوب، فلا يمكن الإطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة الحاسب الآلي، و لذلك هناك من يعتبر بأنها لا تتضمن كتابة على الإطلاق، بل هي أقرب إلى التسجيلات الصوتية، ولكن كما سبق أن رأينا فإن بعض التشريعات على غرار المشرع السوداني والإنجليزي، وضعت المحررات الإلكترونية الصوتية في خانة المحررات الكتابية وحسبت بذلك هذا اللبس.

أكدت المنظمة الدولية للمواصفات العالمية **ISO**، بخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات أن المحرر هو: "مجموعة المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية...، يسهل قراءتها عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك"¹²³.

تجدر الإشارة أنه حتى يتم الاعتماد بالكتابة في الإثبات لا بد أن يتم التدوين على وسيط يسمح بثبات الكتابة عليه واستمرارها، بحيث يمكن الرجوع إلى المحرر كلما كان ذلك لازما لمراجعة بنود العقد أو لعرضه على القضاء في حالة نشوب نزاع.

إذا كانت الوسائط الورقية بحكم طبيعتها المادية تسمح بتحقيق هذا الشرط، فإن استخدام الوسائط الإلكترونية يثير اللبس، ذلك أن التكوين المادي والميكانيكي للشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل المستخدمة في التعاقد عبر الانترنت يتميز بقدر من الحساسية مما يعرضها للتلف السريع عند اختلاف قوة التيار الكهربائي، أو الاختلاف الشديد في

¹²³-عاصم عبد الجبار سعد، الإثبات في قانون المعاملات الإلكترونية و قانون المعاملات المدنية و التجارية، مقال منشور

عبر الموقع: <http://www.barary.com/forum...>

درجة الحرارة ، وهي بذلك تعد أقل قدرة من الأوراق على الاحتفاظ بالمعلومات لمدة طويلة.

لقد 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 أو اعتماد الخبرة الفنية، أما المحررات الإلكترونية فتفتقد مبدئياً لهذه الميزة مما أدى إلى عزوف الأفراد والقانونيين عنها نتيجة التخوفات من التزوير والغش المعلوماتي¹²⁴.

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 واعتمادها 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

¹²⁴ -لقد بادرت جل التشريعات المختلفة إلى تبني قوانين تجرم الغش والمساس والتلاعب بالأنظمة المعلوماتية، وكانت الجزائر قد بادرت بإصدار تعديل لقانون العقوبات، بموجب القانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جوان 1966، المتضمن قانون العقوبات ، ج ر، عدد 84 الصادرة في 20 ديسمبر 2006، وجاءت النصوص المعاقبة على الغش المعلوماتي في المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر 7، وهذا يمثل حماية وإقرار من المشرع الجزائري بالمحرمات 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 المنطقي (logiciel) وغيرها من صور الغش.

للمزيد من التفاصيل راجع: أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2005، ص 334-338، راجع كذلك محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004، ص ص 166/169. أنظر كذلك: قانون رقم 09-04، مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر، عدد 47 الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009.

ويعرف هذا النظام باسم: **Document image processing**،¹²⁵ يمكن حفظ المحررات الالكترونية في صيغتها النهائية وبشكل لا يقبل التبديل والتعديل 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 تماما.

الفرع الرابع:

الشكلية والمحررات الإلكترونية:

الأصل الرضائية في العقود، بمعنى أن العقود تتعدّد بمجرد تراضي الطرفين، دون ما الحاجة إلى إفراغ العقد في شكل معين أو كتابته، وكتابة العقد إنما هي للإثبات وليست إجراء شكلي يلزم لانعقاده، ولقد خرج المشرع عن هذا الأصل لاعتبارات حمائية، فذهب إلى إقرار استثناء استوجب فيه إفراغ العقد في شكل معين حتى يحقق أثره القانوني، كما أنه لا يمكن للمتعاقدين الاتفاق على مخالفة ذلك واعتبر الكتابة شرطا ضروريا لانعقاد، وفي هذا يكون الحديث عن العقود الشكلية¹²⁶.

تعتبر الشكلية من أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، وبمقتضاها لا تكفي الإرادة وحدها لإبرام العقد، بل يلزم صياغتها في شكل معين، وتعتبر الرسمية من أهم صور الشكلية، حيث يتم التصرف بورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف عام.

يختلف المحرر عن التصرف القانوني الذي يشهد عليه، فهو يعد وسيلة لإثبات التصرف القانوني، وبالتالي ينبغي أن نفرق بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته، فالتصرف القانوني هو كيان قانوني جوهره الإرادة وهي أمر معنوي، في حين أن المحرر كوسيلة إثبات هو أمر عادي، إلا أنه من المحتمل أن يكون التصرف القانوني باطلا مع استيفاء المحرر الذي يثبتته للشروط التي يتطلبها القانون، والعكس صحيح، إذ يمكن إثبات

¹²⁵ - أنظر عاصم عبد الجبار سعد: المرجع السابق، أنظر كذلك: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 202.

¹²⁶ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 164، أنظر كذلك: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 149. وانظر كذلك: أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص 42.

التصرف القانوني الصحيح من دون المحرر الذي لم يستوفي الشروط القانونية بوسائل أخرى¹²⁷.

تبين مما سبق في دراستنا أن انعدام الدعامة الورقية وعدم وجود الكتابة الورقية أو الخطية بمعناها التقليدي، لا يحول دون إمكان إبرام العقد بوسائل إلكترونية.

من ناحية أخرى فإن عدم وجود الكتابة التقليدية والتوقيع الخطي التقليدي لا يحول دون إثبات العقد المبرم إلكترونياً بوسائل ودعائم إلكترونية، وذلك إعمالاً بمبدأ مساواة الدعائم الإلكترونية بالدعائم الورقية، والتوقيع الإلكتروني بالتوقيع الخطي اليدوي.

غير أن الكتابة قد تكون مطلوبة ليس لإثبات العقد، وإنما لإبرامه وانعقاده انعقاداً صحيحاً، بحيث لا يقوم العقد ولا يكون له وجود قانوني إلا إذا تم في الشكل الكتابي الذي يتطلبه القانون، عندئذ يكون العقد شكلياً، وتكون الكتابة عنصراً جوهرياً في العقد، لا يقوم بدونها¹²⁸، والشكالية تعتبر لصيقة ببعض التصرفات القانونية، مما جعل الفقه يضع تقسيماً لوظائف الشكالية التي يمكن إسقاطها على العقود الإلكترونية، عددها الأستاذ **لون فولر (Lon Fuller)** في أربعة وظائف، الأولى، وظيفة إثبات تتعلق أساساً بالاحتجاج بالعقد ومضمونه، وهذا ما نصت عليه المادة 2/12 من قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية لإمارة دبي بنصها على¹²⁹: "يكون للمعلومات الإلكترونية ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير هذه الحجية يعطي الاعتبار...." تتحقق هذه الحجية متى أبرم العقد مروراً على السلطة الموثقة أو الغير المصادق، أما الوظيفة الثانية فتتعلق بحماية أحد الأطراف وذلك بوضع مقاييس وشروط خاصة بالتجارة الإلكترونية مع أشخاص مجهولي الهوية بالنسبة لهم، أما الوظيفة الثالثة فالشكالية فيها مقررة لتحسين المعاملات الإلكترونية وزيادة الثقة والائتمان التي يقوم عليها القانون التجاري، ويظهر ذلك في التوقيع أو

¹²⁷ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 252، انظر كذلك أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد

المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984، ص 42.

¹²⁸ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت،

2003، ص 123.

¹²⁹ - يمكن الحصول على نص هذا القانون من الموقع: <http://www.damascusbar.org>

الخاصية أو العلامة التي متى تعرف عليها المستهلك إطمأن للتاجر الذي يريد التعاقد معه، كالفاتورة الإلكترونية أو أية وثيقة إلكترونية أخرى، أما الوظيفة الرابعة فنجدها أساسا في التصديق على المعاملات بمعنى الالتزام، وتأتي بتوقيع الشخص الذي يعد تعبيراً صريحاً عن إرادته¹³⁰.

العقد الشكلي هو العقد الذي لا ينعقد إلا باستيفائه الشكلية التي حددها القانون، ويكون بذلك الشكل ركناً لا يتم العقد بدونه، والشكلية هنا، هي شكلية الانعقاد وليس شكلية الإثبات، فالعقد إما أن يكون عقداً مكتوباً يتبع إنشائه إجراءات معينة كتسجيل عقود بيع العقار في دائرة التسجيل، وفي هذا السياق تطرح صلاحية الكتابة الإلكترونية لانعقاد العقود الشكلية نفسها، فهل تقوم الكتابة الإلكترونية مقام الكتابة العادية التي يشترطها القانون لانعقاد التصرف، ولقد تعرضت المادة 324 مكرر 1 للحالات التي تتطلب الشكلية وتقع تحت طائلة البطلان في حالة تخلفها، وفي هذا الصدد نجد المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تنص على أنه: لا تسري أحكام هذا القانون على:

أ- العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة:

- 1- إنشاء الوصية وتقليدها.
- 2- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.
- 3- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق عليها بإنشاء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.
- 4- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.
- 5- الاستعارات المتعلقة بإلغاء أو نسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.
- 6- نوائح الدعاوى والمرافعات واستمارات التبليغ القضائية، وقرارات المحاكم.

¹³⁰ - قارة مولود، الإطار القانوني للتوقيع والتوثيق الإلكتروني في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، مقال منشور

على الموقع: <http://www.minshawi.com/other/maurood.htm>

7- الأوراق المالية إلا ما تنص عله تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة واستنادا لقانون الأوراق المالية نافذ المفعول .

نصت هذه المادة على عدد من العقود الشكلية التي يتطلب القانون شكلية معينة لانعقادها، واستثنيت من إمكانية انعقادها إلكترونياً، حيث أوجب المشرع الأردني الكتابة التقليدية لانعقادها¹³¹.

استقى قانون المعاملات الإلكتروني لإمارة دبي بعض التصرفات التي لا تكفي معها السندات والسجلات الإلكترونية لتحقيق الشكلية المطلوبة قانوناً، ويأتي في مقدمة العقود والمعاملات التي لا يمكن استيفاء الشكلية التي تتطلبها عن طريق السجلات والسندات الإلكترونية، بعض المعاملات استثنيت من الأعمال الإلكترونية كعقود الزواج والطلاق والوصايا، والمستندات التي يتطلب القانون تصديقها أمام كاتب العدل، مثل عقود البيع الواردة على العقارات، وبصفة عامة الحقوق العينية الواردة على العقارات والتي تخضع لإجراءات التسجيل الرسمي¹³².

أخذ بهذا النحو المشرع الأردني كذلك، حيث تجدر الإشارة لأن المادة 1/27/ب من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي أجازت إصدار إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة في شكل سجلات إلكترونية، ولا شك أن هذا النص يؤدي إلى إمكان إتمام بعض التصرفات القانونية التي تتوقف على هذه الإجراءات التي أشار إليها النص من إذن أو ترخيص أو إقرار أو موافقة، وذلك بطبيعة الحال ما لم يتمثل أي منها في إجراء رسمي¹³³.

بالرجوع للمادة 1317 المعدلة من القانون المدني الفرنسي، نجد أنها قد أقرت بإمكانية تنظيم السند الرقمي بوسيلة إلكترونية بشرط أن يتم وضعه و حفظه وفق شروط تحدد

¹³¹ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 164-165، انظر كذلك: عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص 133 (هامش).

¹³² - راجع نص المادة 5 من قانون المعاملات التجارية الإلكترونية لمنطقة دبي، وكذلك الماد 6 من قانون التجارة الأردني.

¹³³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 126.

بمراسيم تصدر عن مجلس الشورى الفرنسي، وهذا يتجاوب مع مفهوم الحكومة الإلكترونية الذي بدأ يظهر في معظم دول العالم.

ولقد حسم المشرع الفرنسي هذا الإشكال المتعلق بإبرام التصرفات الرسمية بالطرق الإلكترونية، بقيامه بإصدار مرسومين يسمحان بإبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية في الشكل الإلكتروني وهما:

- المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 222-56 المتعلق بالقانون الأساسي لمهنة المحضر القضائي.

- المرسوم رقم 973-2005 المعدل للمرسوم رقم 941-71 المتعلق بالأعمال المنجزة من طرف الموثق¹³⁴.

رغم ذلك فإن الجدل الفقهي يبقى قائماً بخصوص رسمية المحرر الإلكتروني، فهناك دائماً اتجاه يقر بتوفر الرسمية في المحررات الإلكترونية¹³⁵، ويستند في ذلك لكون مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني طالما يخضعون للتنظيم التشريعي للدولة فهم يرقون إلى درجة الموظف العام، وبالمقابل هناك اتجاه آخر يقول بأن مهمة مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني تنحصر في تقديم الشهادات الإلكترونية فقط، بالتالي يبقى صمت المشرع في هذا الصدد يفتح المجال مفتوح لتضارب الآراء ويستوجب الحسم في هذا الموضوع بسد الفراغ التشريعي، و توضيح موقف القانون صراحة من طبيعة المعاملات الإلكترونية.

يبقى أن نشير لأنه و كما لاحظنا فإن تعريف المحرر الإلكتروني قريب جداً من تعريف الكتابة الإلكترونية، و أن هناك العديد من المختصين لم يفرقوا بين مفهوم الكتابة و المحرر، و جعلاهما مترادفين، إلا أن الواقع العملي يحتم علينا التفريق بينهما لأن الكتابة الإلكترونية جاءت بمحررات جديدة ذات طبيعة سمعية بصرية، فلو وضعنا المحرر و الكتابة في نفس الخانة، فإن هذا يفتح باباً للبس و الجدل في طبيعة هذه المحررات، و لقد اعترفت بعض التشريعات بالصوت على أنه من قبيل الكتابة، لكن الخصوصية هنا تلزم

¹³⁴- برني ندير، المرجع السابق، ص 50.

¹³⁵- رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الإلكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008، ص 90.

علينا التمييز بين المحرر و الكتابة لأن الصوت وحده يعد بمثابة كلام، أما الصوت المسجل فهو من قبيل الكتابة.

المبحث الثاني:

القيمة القانونية للسندات الإلكترونية في الإثبات

يفتضي التعرض للحجية القانونية للسندات الإلكترونية توضيح الموقف التشريعي في مختلف الدول إزاء هذه النقطة، ذلك أن الاختلافات الملحوظة بين الأنظمة التشريعية للكثير من الدول جعلت الإثبات الإلكتروني محل إشكال و غموض كبيرين.

لذلك لا بد من معالجة هذه القضية حسب توجه كل نظام قانوني سواء اعترف بالإثبات الإلكتروني أم لا، لذلك سوف نتناول حجية السندات الإلكترونية في ظل النصوص التقليدية المتعلقة بالإثبات، وكيفية إثبات معاملة إلكترونية في ظل قواعد قانونية لا تعترف بالوثيقة الإلكترونية (مطلب أول)، إضافة لذلك سوف نتناول الحجية القانونية للسندات الإلكترونية في ظل التشريعات الحديثة الخاصة بالإثبات الإلكتروني (مطلب ثان).

المطلب الأول:

حجية المحررات الإلكترونية في ظل القوانين التقليدية للإثبات

لا يوجد لدى الدول التي أصدرت تشريعات خاصة لتنظيم التجارة الإلكترونية، أي إشكال في استخدام المحررات والكتابة الإلكترونية في الإثبات ومنحها الحجية القانونية واعتبارها دليل إثبات كامل، على غرار المشرع التونسي أو الأردني، كذلك الشأن بالنسبة للدول التي بادرت بتعديل قوانين الإثبات لديها لاستيعاب هذا النوع الجديد من المحررات على غرار المشرع الجزائري بإصداره تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 05-10، أو المشرع الفرنسي بإصداره للقانون رقم 203-2000 المؤرخ في 13 مارس 2000، رغم التحفظات التي سوف نلاحظها في هذا الصدد، لكن الإشكال يطرح في

الدول التي لم تبادر بعد بإصدار قوانين منظمة للتجارة الإلكترونية، فكيف تتعامل هذه الدول مع التعاقد الإلكتروني؟ هل نقول بأن سكوتها عن إصدار مثل هذه القوانين، يعتبر إنكاراً وعدم اعتراف منها بالتعاقدات الإلكترونية، وفي هذه الحالة يتم اللجوء لقواعد الإثبات التقليدية المعمول بها، مستنديين في ذلك إلى الاستثناءات الواردة على القواعد التقليدية للإثبات، والمتمثلة أساساً في: حالة الغش نحو القانون، وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، استحالة الحصول على دليل كتابي، الحالات التي لا يتجاوز فيها مبلغ الصفقة حداً معيناً، حالات إعتبار المحرر الإلكتروني صورة أو نسخة من محرر رسمي. وهي كلها حالات تعفي المتعاقدين من ضرورة توفير دليل كتابي وموقع، تختلف من دولة لأخرى، وبالإمكان استغلالها للإثبات باستعمال المحررات الإلكترونية، ويمكن كذلك الاستناد إلى ما ساد قواعد الإثبات مع وسائل الاتصال التي سبقت ظهور الإنترنت، كالهاتف والفاكس، كما أنه هناك أيضاً حالات وجود اتفاق بين الأطراف، باعتبار أن قواعد الإثبات ليست من النظام العام، وبالتالي الاتفاق على استخدام المحررات الإلكترونية وإثبات تصرفاتهم ومنحها الحجية القانونية، وهو ما سنتناوله بنوع من التفصيل.

الفرع الأول:

منح السندات الإلكترونية القوة في الإثبات وفقاً للاستثناءات الواردة على قواعد الإثبات التقليدية.

أولاً: حجية السندات الإلكترونية باعتبارها صورة لمحرر رسمي:

جاء في نص المادة 325 ق م ج ما يلي: "... 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 ينازع في ذلك أحد الطرفين، فإن وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

جدير بالذكر أن هذه المادة تقابل حرفياً نص المادة 12 من قانون الإثبات المصري، وهو اتجاه تبناه كذلك المشرع الفرنسي قبل تعديل أحكام الإثبات في فرنسا، وهو ما يستفاد منه بأنه في حالة وجود الأصل يمكن اعتبار النسخة الإلكترونية نسخة عنه ما لم

ينازع بصفة جدية وصريحة أحد الطرفين في ذلك، وفي حالة عدم وجود الأصل يمكن اعتبار المستندات الالكترونية ذات حجية قانونية في الإثبات مع فارق وحيد هو عدم إمكانية المطالبة بالمطابقة مع الأصل، لأنه لا وجود ورقي له، ولأن الأصل بدوره الالكتروني، وجميع المستندات تعد صوراً وليست أصولاً¹³⁶.

نص المشرع الفرنسي في المادة 1348 قبل التعديل والتي تضمنها القانون رقم 525/80 الصادر في 1980/07/12، على أنه يستثني من تطلب إعداد الدليل الكتابي إذا كان أحد الأطراف أو المودع لديه لم يحتفظ بالسند الأصلي، وبالتالي قدم صورة شريطة أن تكون هذه نسخة مطابقة ودائماً للأصل، وعرف المشرع الفرنسي المقصود بالصورة الدائمة بأنها: "كل نسخ ثابت الأصل"، وبالتالي فقد أعطى المشرع الفرنسي للصورة حجية معينة في حالة توافر شروط معينة¹³⁷ والمتمثلة في التطابق بين الصورة والأصل تطابقاً تاماً من حيث الشكل والمضمون، وأن تكن دائمة بمعنى ثبات واستمرارية الدعامة¹³⁸.

نخلص من جملة النصوص السابقة، أنه إذا ما استوفت الصورة شرطي التطابق مع الأصل، إضافة إلى الدوام والاستمرارية والثبات، فإنها تحوز حجة في الإثبات، ولكن في مرتبة أقل من الكتابة، بحيث يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات وتجعل الحق المدعى به مؤكداً وليس قريب الاحتمال، وبوجود الأصل تخضع الصورة للقواعد العامة في الإثبات، ما يتيح للأطراف إمكانية الاستفادة من هذا الاستثناء واللجوء للإثبات باستخدام المحررات الالكترونية في ظل غياب قانون يعترف بالإثبات الالكتروني¹³⁹.

¹³⁶-حمودي ناصر، المرجع السابق، ص263.

¹³⁷-عايض راشد المرئي، المرجع السابق، ص235.

¹³⁸- وهو ما عبر عنه المشرع الفرنسي بمصطلح "la fidélité" وقد كان مشروع القانون الذي أعده مجلس الشيوخ يتضمن تعريف التطابق، حذف من قبل لجنة التعديل بحجة أنه تعريف زائد لا مبرر له، بالرغم من الانتقادات الفقهية الموجهة لهذا الحذف، كون مسألة التطابق صعبة الإثبات في حالة فقدان الأصل- مشار إليه لدى حمودي ناصر، المرجع السابق، ص263، (هامش).

¹³⁹- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص264.

إستقر القضاء بصفة عامة على اعتماد الصورة على سبيل الاستئناس لدى إعتداد مذهب الإثبات الحر، أي في المعاملات التجارية والمدنية التي لا يتطلب فيها المشرع الكتابة للإثبات، حيث يتمتع القاضي بسلطة تقديرية كاملة في الاعتماد عليها كدليل مقترن بالأدلة الأخرى المقدمة في الدعوى، فالصورة مجرد قرينة بسيطة أو دليل ناقص، أما في حالات وجوب الإثبات بالكتابة الرسمية أو العرفية فلا تصلح الصورة بدون الأصل لخلوها من التوقيع الأصلي المنسوب إليه، ومن ثمة فإن حجية الصورة تخضع لتقدير القاضي الذي يبحث كافة الظروف التي أحاطت بتحريرها، ويمكن اعتبار مستخرجات التقنيات الحديثة بمثابة أصل طالما لم يثر الشك حول صحتها، سواء تعلق الأمر بمخرجات الحاسب الآلي أو الرسائل الالكترونية أو الميكروفيلم ومستخرجات شبكة الانترنت، ويبقى دائما الإشكال عند قيام كل طرف في التصرف القانوني بالاحتفاظ بنسخة من المحرر لديه لغرض تسهيل المقاربة لاكتشاف أي تعديل أو تناقض، بحيث تعد عملية استخراج نسخة من المحرر بمثابة صورة للأصل الموجود على الجهاز، وهنا ينبغي حماية الأصل وذلك من خلال منع وصول أي الطرفين إليه دون علم أو موافقة الطرف الثاني في العلاقة بغرض النظر عن إمكانية تواجده المادي، ويمكن احتفاظ كل طرف بصورة مطابقة للأخرى ومعتمدة مما يضمن المقارنة وكشف أي تعديل أو تناقض¹⁴⁰.

ثانيا: حجية السندات الالكترونية في الإثبات باعتبارها مبدأ ثبوت الكتابة:

نصت المادة 335 من القانون المدني الجزائري المعدلة بموجب قانون 05-10 ، 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 للمدعي به قريب الاحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة"، وهي تقابل حرفيا المادة 62 من قانون الإثبات المصري ، والمادة 1347 من التقنين المدني الفرنسي¹⁴¹ ، والمادة 41 من قانون الإثبات الكويتي، ومن خلال نص المادة فإن مبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر عن

¹⁴⁰ - نبيل صفر و مكاري نزيهة، المرجع السابق، ص278.

¹⁴¹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص268، أنظر كذلك: عايض راشد عايض المرعي، المرجع السابق، ص136.

الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعي به قريبا الاحتمال، ولإعمال هذا المبدأ ينبغي:

أولاً: وجود كتابة

ثانياً: أن تكون هذه الكتابة صادرة عن الخصم.

ثالثاً: أن تجعل هذه الكتابة وجود التصرف المدعي به قريبا الاحتمال¹⁴².

– الشرط الأول: وجود كتابة:

لكي يكون هناك مبدأ الثبوت بالكتابة، لا بد أن تكون هناك ورقة مكتوبة، فلا تكفي الأقوال الشفوية، بل يؤخذ لفظ الكتابة بأوسع معانيها، فكل كتابة تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أيًا كان شكلها، وأيا كان الغرض منها، لذلك جاء نص المادة 335 ق م ج بعبارة "كل كتابة"، لذلك لا يلزم فيها شكل معين ولا غرض معين، فلا يلزم أن يكون هذه الكتابة قد كتبت لغرض الإثبات بل تكفي أية كتابة كخطاب مرسل من المدعي إلى المدعى عليه، أو إيصال أو فاتورة أو في محضر تحقيق، وحتى مجموعة قصاصات ورق مجموعة بعضها إلى بعض بطريق اللصق¹⁴³، بناء على ذلك فلا مانع من اعتبار ورقة، مبدأ ثبوت بالكتابة لتصرف معين مع أنها تعد دليلاً كتابياً كاملاً لتصرف آخر.

أخذت بهذا النحو المحاكم الفرنسية، إذ اتسمت تفسيراتها بالمرونة الكبيرة اتجاه هذا الشرط، فاعتبرت المحررات البسيطة المدونة محررات وكذلك النسخ الالكترونية والتصريحات التي يدلي بها أحد الأطراف أمام المحكمة أو حتى امتناعه عن الإجابة أو الغياب، واعتبر القضاء الفرنسي التسجيل على الشريط الممغنط بداية ثبوت بالكتابة¹⁴⁴.

¹⁴² – عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 323، أنظر كذلك: سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني: ماهيته، صورته، حجيته في الإثبات بين التدويل والافتباس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص 31.

¹⁴³ – نقض مدني مصري بتاريخ 1951/11/22، نقض مصري بتاريخ 1940/12/05، نقض مصري بتاريخ 1966/06/16، مشار إليه لدى عايض راشد عايض المريء، المرجع السابق، ص 138 (هامش).

¹⁴⁴ – المرجع نفسه، ص 138-139.

كما اعتبر النص المطبوع على الآلة الكاتبة غير الموقع بداية ثبوت بالكتابة، واعتبرت التصريحات الشفوية التي كتبت فيما بعد على محرر من قبل بداية الثبوت بالكتابة.¹⁴⁵

الشرط الثاني: أن تكون هذه الكتابة صادرة عن الخصم:

يعتبر هذا الشرط ضروري حتى تعد الكتابة مبدأ ثبوت بالكتابة، لذلك فيجب أن تكون صادرة عن الخصم أو ممثله القانوني، ولقد استقر الفقه على ضرورة صدور الكتابة عن الخصم، و الذي قد يكون صدور مادي، أي تكون الورقة موقعة من طرف الخصم أو مكتوبة بخطه، أو يكون صدور معنوي أي أن الخصم لم يكتب الورقة ولم يوقعها لكن يعتبرها كما لو كانت صادرة عنه، أي أن نيته كانت متجه لإصدارها كقيامه بإملاء شخص آخر يكتب كلامه أو الأقوال التي يدلي بها محضر التحقيق.

فيما يتعلق بالرسائل التكنولوجية الحديثة - خاصة بالنسبة للأوراق المستخرجة من الحاسب الالكتروني لجهاز الصرف الآلي- انقسم الفقه في تحديده لمدى اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة من عدمه، على أساس عدم توافر الشرط الثاني من شروط بداية الثبوت بالكتابة، والمتعلق بكون الكتابة يجب أن تصدر من طرف المدعى عليه إلى اتجاهين¹⁴⁶:

- **الاتجاه الأول:** يعارض هذا الاتجاه إعطاء الورقة المستخرجة من الحاسب الالكتروني، كمحصلة لعملية سحب مبالغ مالية بواسطة جهاز الصرف الآلي مثلا، قيمة بداية الثبوت بالكتابة، لكون عملية السحب باستخدام البطاقة البنكية يخضع نظام عمل الحاسب الالكتروني، و الذي يخضع للبنك خضوعا تاما ويعمل وفقا لتعليمات البنك دون تدخل من المستخدم، وهو ما أخذت به محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صدر بتاريخ 1984/05/09.

¹⁴⁵ - نشير لأنه مبدأ الثبوت بالكتابة هو ترجمة للنص الفرنسي " commencement de preuve " ويعترض البعض

على ترجمة هذا المصطلح بمبدأ ثبوت بالكتابة، على أساس أن commencement par écrit لم تأتي =بمعنى "قاعدة" بل بمعنى "بداية" فالمقصود هو بداية ثبوت بالكتابة وهذا أدق في التعبير - مشار إليه لدى: محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، د د ن، القاهرة، 2002، ص60.

¹⁴⁶ - عايض راشد عايض المرىء، المرجع السابق، ص141.

- **الاتجاه الثاني:** اتجه إلى إعطاء مخرجات الحاسب الالكتروني الناتجة عن عملية تمت من خلال جهاز الصرف الآلي، قيمة بداية الثبوت بالكتابة، وذلك على أساس توافر شروط بداية الثبوت بالكتابة، وبالتحديد الشرط المتعلق بكون الكتابة الصادرة عن الخصم على أساس أنه وإن كانت الورقة التي تخرج من الجهاز، تخضع لنظام التشغيل الموضوع من قبل البنك إلا أنه لا تظهر بهذه الصورة إلا بعد قيام المستخدم ببعض الإجراءات كإدخال البطاقة والرقم السري وتحديد المبلغ المطلوب، لذلك فإن الورقة الصادرة عن جهاز السحب تكون محصلة تنفيذ أوامر الطرفين: المستخدم والبنك في آن واحد¹⁴⁷.

بالتالي فالورقة الصادرة عنها يمكن الاحتجاج بها ضدهما واعتبارها بداية ثبوت بالكتابة يمكن إكماله بالشهادة أو بالقرائن لتصبح دليلا كاملا.

نشير إلى حكم محكمة النقض المصرية رقم 2308 بتاريخ 1991/12/16، في هذا الخصوص، والذي يقر بجواز تكملة مبدأ الثبوت بالكتابة بشهادة الشهود أو بالقرائن القضائية حتى يكون له ما للكتابة من قوة في الإثبات¹⁴⁸.

ثالثا: حالة الغش نحو القانون:

هو استثناء أقره القانون إرساء لمبدأ حسن النية، الذي يعتبر مبدأ أساسيا في التصرفات القانونية بشكل عام، فإذا كنا بصدد حالة غش أو تحايل على القانون أجاز المشرع إثبات هذا الغش بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة¹⁴⁹، إن الغش نحو القانون لا يستدعي بيانا على أساس أن الاحتيال على القانون ممكن إثباته بكل طرق الإثبات استنادا إلى حجتين لا تنقصهما الوجاهة وهما:

¹⁴⁷- عايض راشد عايض المرعي، المرجع السابق، ص142.

¹⁴⁸- معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص16.

¹⁴⁹- سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص34، أنظر كذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص269، أنظر كذلك: عبد الرزاق السنهوري: الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، طبعة منقحة من طرف مصطفى الفقي، 1997، ص706.

الأولي: أن محل الإثبات في هذا المقام هو واقعة مادية وهي واقعة الاحتيال، وليس في هذا مخالفة لقاعدة الكتابة التي يأخذ بها المشرع كأصل عام في الإثبات المدني، لأن هذه القاعدة لا تتعلق إلا بالتصرفات القانونية.

ثانيا: أن مصلحة المجتمع تقتضي إثبات الاحتيال على القانون بكل طرق الإثبات تشجيعا على كشف الاتفاقات المخالفة لفكرتي النظام العام والآداب العامة، وإتاحة الفرصة لمن كان طرفا لأن يتدارك أثارها.

مفاد ذلك، أن مكانية إقامة الدليل على الاحتيال نحو القانون كغيره من الوقائع القانونية بكل الطرق، إعمالا للقواعد العامة التي تميز إثبات الغش بجميع الطرق، ومنها البيئة والقرائن¹⁵⁰، يكون الغش نحو القانون عند بقاء أحد الأطراف المتعاقدة بمخالفة قاعدة قانونية تعتبر من النظام العام عمدا، وإخفاء هذه المخالفة تحت ستار تصرف مشروع، وتتوافر حالة الغش نحو القانون هذه في حالة الصورية، أي عندما تكون بصدد تصرفين أحدهما غير مشروع وهو التصرف الحقيقي، والآخر مشروع وهو التصرف الصوري، ومثال ذلك عقد القرض الذي يذكر فيه أن سبب الدين هو قرض مشروع، في حين أن السبب الحقيقي هو القمار¹⁵¹، بناء على ذلك فإنه في حال ما إن كنا أمام غش في المجال المعلوماتي، فإن للقاضي الحق في أن يستمد قناعته من أي دليل يعرض عليه أو يتوصل إليه، حتى وإن كان هذا الدليل متحصلا من استخدام إحدى وسائل الاتصال الحديثة، فيعتمد عليه في الإثبات¹⁵²، وهي حالة يمكن أن تطبق على المعاملات التجارية الالكترونية التي تعد ساحة وبيئة ملائمة للتحايل المعلوماتي الرقمي، وهي حالة من أكثر

150 - محمد حسام محمود لطفى، النظرية العامة للالتزام: المصادر، الأحكام، الإثبات، القصر للدعائية و الطبع و الإعلام، القاهرة، 2007، ص59، أنظر كذلك: محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص63.

151 - سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني، ماهيته، صورته، حجيته في الإثبات بين التدويل والافتباس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص35.

152 - محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص65.

الاستثناءات التي يمكن الاستعانة بها في الإثبات الإلكتروني في الدول التي لم تعترف بعد بالإثبات الإلكتروني¹⁵³.

رابعاً: منح المحررات الإلكترونية حجية إثبات المعاملات على افتراض استحالة الحصول على سند كتابي أو فقده:

من بين الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة، حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي¹⁵⁴، فتوافر مثل هذه الحالة يفتح المجال أمام الإثبات بالشهادة وغيرها من طرق الإثبات، ولتوضيح الأمر نبحت في المقصود باستحالة الحصول على الدليل الكتابي، ثم نرى مدى إمكانية قبول السندات الإلكترونية في مثل هذه الحالة.

حد المشرع من سيادة الدليل الكتابي بمقتضى هذا الاستثناء، فأخذ بقاعدة مفادها قبول شهادة الشهود فيما يجب فيه الكتابة عند وجود مانع من الحصول على سند كتابي، فنجد المادة 336 ق.م.ج تنص 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 لسبب أجنبي خارج عن إرادته".

مناط ذلك أن القانون عندما يلزم الخصوم بتقديم الدليل الكتابي لإثبات بعض العقود أو التصرفات، يكون على افتراض منه بأن الوسائل متوفرة لديهم بصفة عامة، وأنه لا توجد موانع في سبيل ذلك، من ثمة فإن الضرورة تبدو واضحة و مقبولة إيجاد إستثناء مناسب لحالة الخصم الذي استحال عليه تقديم الدليل الكتابي أو فقده لاعتبار أنه لم يستطع اتخاذ

¹⁵³ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص270.

¹⁵⁴ - voir :HASSLER Théo, " la signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire" , Revue de jurisprudence commerciale, n° 06, 2006, p195

الحيطة اللازمة، وكان ذلك لسبب أجنبي خارج عن إرادته، وهذا يعتبر خروجاً عن قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة.

بهذا النص يكون المشرع الجزائري قد وضع معياراً موضوعياً لتحديد الاستحالة، والذي يتمثل في وجود المانع الأدبي أو المادي، متجنباً الخطأ الذي وقعت فيه بعض التشريعات التي قامت بتحديد بعض الحالات التي تظهر فيها الاستحالة على غرار المشرع الفرنسي¹⁵⁵، يلاحظ أنه وإن كان النص القانوني يشير إلى إمكانية الإثبات بالبينة (الشهود)، إلا أن الإثبات بالقرائن ممكن طبقاً للقواعد العامة.

يقصد بالمانع الأدبي الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على دليل أو سند كتابي يحكم العادات والأعراف المعمول بها في المجتمع، ومن أمثلة ذلك صلة الطبيب بمرضاه وأفراد الأسرة الواحدة أو الأصدقاء الحميمين ببعضهم البعض¹⁵⁶.

أما المانع المادي فيقصد به الحالات التي تحول دون الحصول على سند كتابي، مثالها التعاقد بطريق الهاتف، وهي حالة يستحيل فيها الحصول على سند مكتوب، كذلك حالة الوديعة الاضطرارية، فمن فوجئ بخطر كحريق أو اضطرابات وبادر إلى إنقاذ متاعه بإيداعه عند الغير، لا يجد من الوقت ولا من الظروف المحيطة به، متساعاً للحصول من المودع عنده على دليل كتابي بالوديعة¹⁵⁷.

يشير الفقه إلى حقيقتين مهمتين في هذا الشأن:

- الأولى: أن الاستحالة التي يقصدها المشرع هي في طلب سند كتابي مثبت للالتزام وليس في تقديم هذا الطلب، وهذه الحقيقة لا تحتاج إلى بيان لأن المشرع وضع نصاً منفصلاً لحالة استحالة تقديم السند الكتابي وهي المتعلقة بفقدانه، فعند الفقه هناك استحالة

¹⁵⁵ - بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون الجزائري والفقه الإسلامي، الطبعة الثانية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1988، ص 231، 232.

¹⁵⁶ - محمد حسام محمود لطفى، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 53.

¹⁵⁷ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام: المصادر، الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 50.

في تقديم السند الموجود بالفعل، أما عند الاستحالة المادية أو المعنوية فالمقصود هو عدم وجود سند أصلا.

- **الثانية:** أن الاستحالة لا تعني الصعوبة، ومفاد ذلك أن صعوبة الحصول على سند كتابي لا تبرر القول بوجود استحالة معفية من الحصول على سند كتابي مسبق.

لقد أراد البعض الاستفادة من هذه الحقيقة لتقييد النص التشريعي واستعماله للقول بأن التعاقد عبر أجهزة الاتصالات الحديثة مثل الهاتف والحاسوب لا يتضمن الاستحالة التي يقصدها المشرع، وإن عدم الحصول على دليل كتابي عليها هو نتاج صعوبة وليست استحالة¹⁵⁸.

يمكن اعتبار المعاملات التي تتم باستخدام أجهزة الاتصالات الحديثة، من قبيل الحالات التي لا يمكن فيها الحصول على دليل كتابي تقليدي بالمعنى المعروف لدى العامة، أي ورقة مكتوبة، و اعتبار ذلك مبررا للاستفادة من هذا الاستثناء.

خامسا: منح المحررات الالكترونية الحجية في الإثبات استنادا لمبدأ حرية إثبات التصرفات المدنية التي لا تزيد عن حد معين:

بناء على هذا المبدأ فإنه يمكن إثبات التصرف بكل طرق الإثبات بما في ذلك البيئية (شهادة الشهود) والقرائن، إذا لم يتجاوز المبلغ محل النزاع قيمة معينة، ولقد حدد المشرع الجزائري هاته القيمة بمبلغ 100.000.00 دج بموجب نص المادة 333 ق.م.ج¹⁵⁹، بينما حددها المشرع المصري بـ 500 جنيه مصري¹⁶⁰، في حين حددها المشرع الفرنسي بمبلغ 5000 فرنك فرنسي¹⁶¹، والمشرع البلجيكي بـ 3000 فرنك بلجيكي، وقد باتت

¹⁵⁸ محمد حسام محمود لطفی، النظرية العامة للالتزام: المصادر، الأحكام، الإثبات، المرجع السابق، ص 50.

¹⁵⁹ - أراميس عائشة، الإثبات في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة الجزائر، 2007، ص 16.

¹⁶⁰ - قانون رقم 18 لسنة 1999 المعدل لنص المادة 60 من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968.

¹⁶¹ - وقد تحدد ذلك بموجب قانون رقم 80-533 بتاريخ 15 تموز 1980 وبعد توحيد العملة الأوروبية باليورو أصبح المبلغ يساوي 800 أورو بموجب مرسوم 30 أيار لسنة 2001.

هذه الأرقام تقوم حالياً باليورو في الدول التي أخذت به عام 2000، ولقد بدا واضحاً أن المشرع أراد بهذا التحديد إعفاء الالتزامات المحدودة القيمة المالية من قاعدة الكتابة¹⁶²، وحددها المشرع الأردني بمائة دينار، وفي لبنان حدده المشرع بموجب نص المادة 254 من قانون أصول المحاكمات المدنية بأربعين ألف ليرة لبنانية، وفي الولايات المتحدة الأمريكية وبعد صدور القانون التجاري الموحد حدد المبلغ بخمسمائة دولار¹⁶³.

بناء على ذلك يمكن للمتعاقدين عبر الانترنت إبرام الصفقات، ولهم أن يثبتوا تلك العقود بكافة طرق الإثبات بما في ذلك البيئة والقرائن¹⁶⁴، ويمكن لهم الاستفادة من هذا الاستثناء في المعاملات التي لا تتجاوز المبلغ المحدد بدون إشكال.

يؤسس البعض حجية المحررات الالكترونية استناداً لهذا المبدأ الذي تقررته معظم التشريعات، وذلك انطلاقاً من كون معظم التصرفات الجارية عبر الشبكة غالباً ما لا تتجاوز هذه القيم¹⁶⁵، لكون أغلب العقود المبرمة عبر الانترنت عقود استهلاكية ذات قيمة صغيرة إذا ما استثنينا منها العقود التي تتم بين الشركات أو التي تكون فيها الدول كطرف في المعاملة، وعموماً فإن هذا الاستثناء يمكن الاستفادة منه في إثبات المعاملات الاستهلاكية التي يبرمها الأفراد عبر شبكة الانترنت.

¹⁶² - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص50.

¹⁶³ - نص المادة (2/201) من القانون المسمى *uniforme commercial code*، أو المادة 1000 من قانون الإثبات

الفيدرالي المسمى *fédéral rules of évidence*، منشور عبر الموقع: www.nytimes.com/library

¹⁶⁴ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص22.

¹⁶⁵ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص228.

الفرع الثاني:

منح المحررات الالكترونية الحجية في الإثبات وفقا لحرية الأطراف:

أولاً: منح المحررات الالكترونية الحجية في الإثبات استنادا إلى الاتفاقيات الخاصة بين المتعاملين:

قصد تفادي عدم قبول المحررات الالكترونية وعدم منحها قيمة ثبوتية من طرف القضاء، يلجأ المتعاملون في هذا المجال إلى عقد اتفاقيات فيما بينهم، تتضمن الشروط التي يجب عليهم مراعاتها والوسائل التي ستعتمد عليها لإثبات تصرفاتهم وإعطائها قوة ثبوتية، وبموجب هذه الاتفاقيات يقوم الأطراف بتعديل القواعد المتعلقة بالإثبات¹⁶⁶، بحيث تلبى الاتفاقيات المبرمة بينهم النقائص الموجودة في قواعد الإثبات، والتي لا تتناسب واستخدام الوسائل الحديثة في التعاقد، وغالبا ما تستخدم هذه الاتفاقيات في المعاملات المبرمة بين البنوك والعملاء، حيث تشترط عليهم توقيع اتفاقيات من خلالها يقرون بأن التسجيلات الآلية التي يقوم بها الحاسب الالكتروني جراء استخدام العميل له لتنفيذ عملياته البنكية، لها قوة ثبوتية وتعتبر دليلا كافيا على قيام هذه العملية، وبالتالي يحق للبنك قيد هذه النتائج في حساب حامل البطاقة، لذلك نجد من بين الشروط المنصوص عليها في الاتفاقيات، شرط يفيد بأن التسجيلات التي تقوم بها الآلات الأوتوماتيكية أو إعادة نشرها على وسائط معلوماتية، يشكل بالنسبة للمؤسسة المصدرة إثباتا على العمليات المقامة عن طريق استخدام البطاقة، وبالتالي تشكل دليلا على قيد مبالغ العمليات وإنزالها في حساب البطاقة¹⁶⁷.

يتحدد نطاق اتفاقات الإثبات في ثلاثة أمور، فهي إما أن تعمل على تحديد الأدلة المقبولة في الإثبات، أو تحديد حجية أدلة الإثبات المختلفة، أو العمل على تحديد عبء الإثبات، فيقوم الأطراف بالاتفاق على قبول الشهادة أو غيرها من طرق الإثبات في

¹⁶⁶ -voir :Bensoussan Alain , Internet , aspects juridiques, 2^{ème} édition, revue et augmentée.

¹⁶⁷ -عايض راشد عايص المرئ، المرجع السابق، ص168، أنظر كذلك: علاء محمد نصيرات، المرجع السابق،

الحالات التي يجب فيها الإثبات بالكتابة بدلا من التقييد بالكتابة في الإثبات فيما بينهم، وهنا تبقى للقاضي حرية تكوين قناعته حسب تقديره للأدلة المقدمة للمحكمة، كما تقوم الأطراف كذلك بتحديد حجية أدلة الإثبات وفقا لما يتناسب مع تعاملاتهم، وهنا يهدف الاتفاق إلى إضفاء حجية معينة على أحد الأدلة، كالاتفاق على إعطاء الحجية القاطعة في الإثبات للمحركات الالكترونية المرسلة عن طريق الفاكس.

إضافة إلى قيامهم بتحديد عبء الإثبات من خلال اتفاقياتهم، إذ أن القاعدة التي تقتضي أن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعي خلاف الظاهر أصلا أو فرضا أو عرضا غير متعلقة بالنظام العام، تجوز مخالفتها، مثل الاتفاق على اعتبار أدلة معينة حجة في ما لم يثبت العكس، وهذا الاتفاق لا يمنع القاضي من تطبيق سلطته في تقرير أدلة الإثبات المقدمة سواء الدليل المتفق عليه أو الدليل العكسي، كما لا يحرم أحد الطرفين من حقه في الإثبات كليا¹⁶⁸.

تنقسم قواعد الإثبات تنقسم إلى قسمين: الأول هو القواعد الإجرائية المتعلقة بإجراءات التقاضي، والثاني هو القواعد الموضوعية، وهي تلك التي لا تتعلق لا بمحل الإثبات، ولا بطرق إثبات هذا المحل و لا على من يقع عبء إثباته¹⁶⁹.

يتفق الفقه في مجموعه على جواز اتفاق الأطراف المعنية على الخروج عن القواعد الموضوعية للإثبات دون القواعد الإجرائية لعدم تعلقها بالنظام العام، وبموجب هذه الإجازة، فإن منح الأطراف حجية الأصل للدعامات التي تحفظ كتابة الكترونية، هو أمر جائز ومشروع لا غبار عليه¹⁷⁰، والاتفاقات الإطار المتعلقة بالإثبات مشروعة بمجرد توقيع المتعامل على المعاملة يكون قد وقع كذلك على الاتفاقية، مثال ذلك الشخص الذي يتعامل مع بنك عبر شاشة الحاسوب، تظهر أمامه الشروط المتعلقة بالخدمة، بحيث يعد قبوله الدخول في النظام المعلوماتي قبولا للامتثال لهذه الشروط، وهو ما يعتبره الأستاذ:

¹⁶⁸ -علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص110.

¹⁶⁹ -سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص39.

¹⁷⁰ -محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص43.

Gaudrat دليلاً أكثر قوة من الدليل الكتابي، ينطبق على ذلك الدخول في عضوية إحدى الشبكات المعلوماتية، حيث يعد الدخول في عضويتها قبولاً لنظامها الأساسي¹⁷¹.

أقر المشرع والقضاء الفرنسيين إمكانية إبرام اتفاقات معدلة للإثبات من جانب أطراف المتعاملين، لكنه أغفل تحديد الشروط الواجبة لتقرير حد أدنى من الصلاحية بالنسبة لهذه الاتفاقيات.

يتعين أخذه المبادئ التي استقر العمل بها والمتعلقة بالشروط التعسفية بعين الاعتبار وتطبيقها بشكل كامل، فطبقاً لنص المادة 1/132 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فإن الاتفاقيات المتعلقة بالإثبات التي تدرج عند التعاقد بين مهنيين وغير مهنيين لا تشكل دائماً بشكل حتمي شروطاً تعسفية لأن التجربة على أرض الواقع تقول دائماً بأن وسائل الإثبات تخضع دائماً في تحديدها لمستعملي كل نظام.

استقر القضاء الفرنسي في أكثر من مناسبة على استبعاد كل شرط تعسفي يدرج في العقد، باعتبار أن مثل هذا الشرط غير مكتوب على الإطلاق، أي أن القضاء اعتبر الشروط التعسفية باطلة دون أن يمتد البطلان لباقي العقد، إضافة إلى ذلك، فإنه ورغم مشروعية الاتفاقات الخاصة بين الأطراف إلا أن ذلك لا يصل لحد حرمان أحد الطرفين حقه في من الإثبات، لأن هذه الاتفاقات قد لا تتوافق مع مبدأ مهم في الإثبات هو عدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه، وعدم إلزامه بتقديم دليلاً ضد نفسه، لأن الدليل الذي يقدمه البنك يشوبه بعض اللبس،¹⁷² كون الآلة التي يستخرج منها الدليل تكون تحت

170- المرجع نفسه، ص45، انظر كذلك: الإثبات في العقد الإلكتروني، مقال منشور عبر الموقع :

<http://www.barasy.com.....>

172 - عرضت على القضاء الفرنسي قضية في عام 1984 وقضي فيها بعدم قبول الشريط الورقي الخارج من الحاسب الآلي الإلكتروني كدليل إثبات العملية المدعى بها، لأن الدليل المقدم هو من صنع المدعي، تتلخص وقائع القضية في أن إحدى الشركات المالية وهي شركة كريدي كاس (créditcas) قامت بفتح اعتماد للسيدة (Brisson) بمبلغ أربعة آلاف فرنك فرنسي، قامت السيدة بسحب المبلغ من خلال أجهزة السحب الآلي للنقود، وعندما طالبتها الشركة بالمبلغ رفضت الدفع مدعية أنها لم تجري أي سحب، فيما قدمت الشركة نسخة من الشريط الورقي المتبقي في الجهاز والذي يثبت عملية السحب ومكانها وتاريخها ومبلغها، وتاريخ 1984/05/09 رفضت المحكمة برفض طلب الشركة المدعية، واستندت في تسبيب حكمها لنص المادة 1315 ق.م.ف و المادة 1322 ق.م.ق، ورفضت طلب الشركة المالية créditcas على اعتبار أن الدليل المقدم في القضية هو من صنع الشركة نفسها على اعتبار أن الشريط الورقي الخارج

سيطرة البنك، وبالتالي يمكن تعديل المعطيات الصادرة منها، بما يخدم مصلحة طرف دون آخر، ومن جهة أخرى يمكن للمتعامل المضروب إثبات صدق ما يدعيه في مواجهة البنك .

نشير لأن محكمة استئناف **Montpellier** بفرنسا قضت في حكم لها بتاريخ 09 افريل 1987، ثم تبعتها محكمة النقض الفرنسية في 08 نوفمبر 1989، بأن الاتفاقات المتعلقة بالإثبات صحيحة و جائزة قانونا. لكن نسير لأن المشرع في كثير من الدول قد أجاز للشخص اصطناع دليل لنفسه لكن في حالات محددة ومحصورة.¹⁷³

ثانيا: منح المحررات الالكترونية الحجية في الإثبات استنادا لمبدأ حرية إثبات المواد التجارية

وفقا لنص المادة 30 من ق ت ج القريية من نص المادة 330 من ق م ج،و التي تقابلها المادة 1/69 من قانون التجارة المصري الجديد رقم 17 المؤرخ في سنة 1999 والمادة 109 من القانون التجاري الفرنسي، فإن قواعد الإثبات المدنية السابقة لا تسري على المواد التجارية نظرا لطبيعتها الخاصة التي تقوم على عنصرى الثقة والسرعة الموجودة بين المتعاملين، وبالتالي اعتنق المشرع الجزائري مبدأ الإثبات الحر فيما يخص المعاملات التجارية التي يكون أطرافها تجارا، وتخص أعمالهم التجارية والتي يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات حتى ولو كان الهدف إثبات أمر ثابت بالكتابة¹⁷⁴، ومبدأ الإثبات الحر يعني إمكانية إثبات التصرف بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود، والقرائن حتى ولو كان الهدف كما قلنا إثبات خلاف أمر ثابت بالكتابة، وإن كانت هذه هي القاعدة في المعاملات التجارية، إلا أنّ هناك حالات مستثناة نص عليها المشرع يجب فيها تطبيق الإثبات بالكتابة في شأنها، أو عندما يكون هناك اتفاق على ذلك.

من الحاسب الالكتروني هو نتاج برمجة هذا الحاسب الالكتروني الخاضع لسيطرة الشركة المالية وحدها- مشار إليه لدى عايض راشد عايض المرئ، المرجع السابق، ص188.

¹⁷³- أنظر: المرجع نفسه، ص183.

¹⁷⁴- المرجع نفسه، ص270.

وما دام الأمر كذلك، يمكن للتجار إثبات معاملاتهم من خلال الوسائل الحديثة في التعامل مثل الفاكس والتلكس والانترنت، وبناء عليه، فإن من يبرم صفقة عبر الانترنت يمكنه أن يثبت تلك الصفقة من خلال المعلومات المدونة على دعوات الكترونية غير ورقية، أو بنسخ الورقة التي يتم طباعتها عبر الجهاز على الرغم من عدم تمتعها من الناحية الفنية بقوة الدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي، ولجوء المتعاقدين لهذه الطريقة يمكن تكييفه بأنها مجرد قرينة من القرائن تدل على وجود التصرف محل النزاع، ويترك أمر تقديرها للقاضي بحسب ظروف وملابسات الدعوى المطروحة أمامه¹⁷⁵، وهو ما يجعل الأعمال التجارية التي تتم بطريق إلكتروني قابلة للإثبات بالمحركات الالكترونية، وليس للتجار ما يخشونه من تقدم وسائل الاتصال الحديثة، غير أنه وفي المواد المختلطة، أين يعد العمل تجارياً بالنسبة لطرف ومديناً بالنسبة للطرف الأخر، فإنه يلزم التقيد بقواعد الإثبات الواردة في القواعد العامة، وهو ما يسهل كثيراً عملية إثبات العقد الإلكتروني، حيث يمكن للأطراف اللجوء للإثبات بالوسائل الالكترونية، حتى في ظل غياب تنظيم قانوني للإثبات الإلكتروني في دولهم¹⁷⁶.

المطلب الثاني:

حجية المحركات الالكترونية وفقاً للاتجاهات الحديثة للإثبات الإلكتروني

كانت طبيعة وسائل الإثبات الالكترونية محل اهتمام القانونيين و المنظمات الدولية، الذين سعوا جاهدين لوضع إطار قانوني يعنى بتنظيم الإثبات بالوسائل الالكترونية، وهو ما حدث بالفعل، حيث أصدرت لجنة اليونسيرال القانون النموذجي للتجارة الالكترونية، كما قام الإتحاد الأوربي بإصدار توجيهات للدول الأعضاء، حثهم من خلال نصوصها على تبني قوانين تنظيم التجارة الالكترونية عموماً بما فيها الإثبات الإلكتروني، وبالفعل بادرت عديد الدول إلى سن تشريعات خاصة بالتجارة الالكترونية، على غرار تونس

¹⁷⁵ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 37، أنظر كذلك: عايض راشد عايض المرعي، المرجع السابق، ص 8.

¹⁷⁶ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 271.

والبحرين وسنغافورة، أو بتعديل قوانينها بما يتماشى مع هذا النوع الجديد من الإثبات، لذلك تتمحور الدراسة في هذا المطالب على الحجية الممنوحة للمحركات الالكترونية وفقا للقوانين التي أصدرتها المنظمات الدولية (فرع أول) ومن بعدها وفقا للقوانين الدول (فرع ثان).

الفرع الأول:

حجية المحركات الالكترونية في ظل التشريعات الدولية.

إيماننا من بعض الجهات الدولية والإقليمية بأن اختلاف القوانين الداخلية حول القيمة الثبوتية لمخرجات الوسائل التكنولوجية الحديثة، يشكل عائقا أمام انسياب وتوسع التجارة الالكترونية، نادت بضرورة توحيد القواعد المنظمة للتجارة الالكترونية، وتوفير بيئة قانونية ملائمة لازدهار المعاملات الالكترونية، وذلك بإعطاء حجية قانونية لوسائل الإثبات الالكتروني، ومن أهم هته المنظمات نذكر على سبيل المثال لا الحصر لجنة اليونسيترال والإتحاد الأوربي.

أولاً: جهود اليونسيترال لمنح المحركات الالكترونية الحجية في الإثبات:

قامت لجنة اليونسيترال بإصدار القانون النموذجي للتجارة الالكترونية و هو قانون يهدف إلى وضع أرضية ملائمة تستلهم منها الدول الخطوط العريضة لتنظيم التجارة الالكترونية والإثبات الالكتروني على وجه الخصوص، ولقد تضمن مواد نصت على الاعتراف بالمحركات الالكترونية و منحها الحجية في الإثبات.

لم يشترط القانون النموذجي لليونسيترال توفر كل شروط المحركات التقليدية في المحركات الالكترونية، رغم أنه ساوى بينهم، و بالمقابل نص على بعض المتطلبات الأخرى مثل وجوب استنساخ وقراءة رسالة البيانات، وأن تكون في المتناول بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة مع عدم قابليتها للتحريف، وهذا وفقا لنص المادة السادسة من هذا القانون¹⁷⁷، مع مراعاة بعض القواعد الأخرى التي تمكن من تحقيق ما سبق، وهي

¹⁷⁷حمودي ناصر، المرجع السابق، ص247.

كلها قواعد ترمي لإضفاء الثقة في التعامل بها، ومن أهم هذه القواعد نذكر ما لم يكن في المحررات التقليدية:

- تعتبر رسالة البيانات صادرة من المرسل - المنشئ - بالتالي فهو ملزم 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 العمل تلقائياً.

- يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات صادرة من المنشئ، وأن يكون له حق التصرف على أساس هذا الافتراض إذا:

أ- طبق المرسل تطبيقاً سليماً - من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ - إجراء، سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.

ب- إذا كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه، ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو من ينوب عنه من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة فعلاً عنه، ومع ذلك لا يجوز للمرسل التمسك بصدور الرسالة من المنشئ إذا تسلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يفيد أن رسالة البيانات لم تصدر عنه، أو أن المرسل إليه علم بذلك أو كان عليه أن يعلم لو بذل العناية المعقولة.

- تعتبر كل رسالة بيانات يستلمها المرسل إليه 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.

كما نصت المادة الخامسة من ذات القانون على الاعتراف القانوني برسائل البيانات "... لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل

رسالة بيانات"، كذلك أعطت المادة التاسعة من ذات القانون الحجية القانونية في الإثبات
لرسالة البيانات¹⁷⁸.

يظهر جليا من هذه النصوص أن قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة
الإلكترونية قد اعترف بالمحركات الإلكترونية وحجيتها في الإثبات.

ثانيا: منح المحركات الإلكترونية حجية الإثبات وفقا لتوجيهات الإتحاد الأوروبي:

قام الإتحاد الأوروبي بإصدار التوجيه رقم 93-1999 بشأن التوقيع الإلكتروني، و
الذي تضمن نصوصا تساوي بين المحرر الإلكتروني والمحرر العرفي من حيث القيمة
والحجية في الإثبات، طالما كان التوقيع الممهور به المحرر الإلكتروني توقيعا موثوقا،
إضافة إلى توفر شروط الإعتداد بالمحرر الإلكتروني المتمثلة في الاستمرارية وعدم
القابلية للتعديل، وارتباط المحرر بالتوقيع على نحو لا يقبل الانفصال، واشترط تقديم
شهادة اعتماد المحرر الإلكتروني من جهة موثوقة ومتخصصة تعمل وتخضع في إنشائها
على رقابة سلطات الدولة العضو في الإتحاد الأوروبي¹⁷⁹، وبذلك أخذ الإتحاد الأوروبي
بمبدأ التعادل الوظيفي بين المحرر الإلكتروني والأدلة الكتابية الكاملة¹⁸⁰.

الفرع الثاني:

حجية المحركات الإلكترونية في التشريعات الوطنية:

أمام اتساع وانتشار استخدام المحركات الإلكترونية، وجد القضاء نفسه في موقف
مؤرق، إذ كان يتمسك بالقواعد التقليدية التي هو ملزم بإتباعها، و ذلك أدى إلى تعطل
وإعاقة التعامل بالوسائل الحديثة، رغم الاجتهادات القضائية الكثيرة التي صبت في مجملها
لمنح الحجية للوسائط الإلكترونية في الإثبات، إلا أن ذلك لم يزل التخوف لدى الأفراد من
ضياع حقوقهم نتيجة عدم اعتراف القانون بوسيلة الإثبات المتوفرة، وترك الأمر للسلطة

¹⁷⁸ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 234.

¹⁷⁹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 241.

¹⁸⁰ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 234.

التقديرية للقاضي، فبادرت بعض الدول إلى تبني نصوص قانونية تعترف بالإثبات بالوسائل الالكترونية، مستتبطة في ذلك أحكام قوانينها من القانون النموذجي اليونسيترال أو توجيهات الإتحاد الأوربي، أو تعديل نصوص الإثبات بها، بما يتماشى والواقع العملي الذي يتطلب و يفرض مواكبة التطور العلمي.

أولاً: حجية المحررات الالكترونية في التشريعات العربية:

لقد بادرت الكثير من الدول العربية إلى إصدار تشريعات تعطي الحجية القانونية للإثبات بالوسائل التكنولوجية، ومن بين هذه التشريعات نخص بالذكر:

1- في القانون التونسي:

نصت المادة 453 من القانون التونسي رقم 57 لسنة 2000 على أنه يقصد بالمحرر الالكتروني: " الوثيقة المكونة من مجموعة أحرف أو أرقام أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة على حامل الكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة"، كما نصت المادة 4 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المعاملات الالكترونية على أنه: " يعتمد قانون حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية، ويلزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة بالشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني يتيح الإطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها، وحفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها واستلامها" مما يعني أن المحرر الالكتروني له نفس الحجية القانوني المقررة للعقود الخطية متى استجمع الشروط المذكورة في المادة المذكورة أعلاه، والتي لا تختلف في فحواها على الاشتراطات الموجودة في القوانين الأخرى¹⁸¹، بحيث نلاحظ أن المشرع التونسي سار على خطى

180 - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص256، راجع كذلك: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع

السابق، ص243.

القانون النموذجي لليونسيفيرال وكذلك التوجيه الأوربي رقم 1999/93 باعتماده حجية إثبات كاملة للمحرر الإلكتروني.

2- في القانون الأردني:

بعد صدور قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، والذي جاء متضمنا في المادة الأولى منه تعريفا لرسالة البيانات والعقد الإلكتروني، اعتبرت المادة السابعة منه السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني، والرسالة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والسندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات¹⁸².

كما نصت المادة 6-72 من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم 23 لسنة 1997 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 الاختراع رقم 23 لسنة 1999، تنص على حجية البيانات والوثائق المستخرجة من الحاسوب لتسجيل البراءات وبياناتها، كما نصت المادة 3 من قانون المعاملات التجارية رقم 34 لسنة 1999 على أنه: تكون للبيانات والوثائق المستخرجة من الحاسوب والمصدقة من السجل حجة على الكافة.

نصت المادة 6/3 ج من قانون الرسوم والنماذج الصناعية رقم 14 لسنة 2000 على أنه يجوز استعمال الحاسوب لتسجيل التصاميم والبيانات المتعلقة بها، وتكون البيانات والوثائق المستخرجة منه والمصدقة من السجل حجة على الكافة ما لم يثبت صاحب الشأن عكسها.

كما أنه وفقا لنص المادة 92 من قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000، فإنه يجوز إثبات القضايا المصرفية باستخدام البيانات الإلكترونية بما في ذلك مخرجات الحاسوب ورسائل التلكس، وكافة الرسائل الإلكترونية الأخرى.

¹⁸²-عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص238.

كما اشترطت المادة 3/13 من قانون البيانات الأردني رقم 30 لسنة 1952 والمعدل بالقانون رقم 37 لسنة 2001 اشترطت في المحرر الالكتروني نسبته لصاحبه¹⁸³.

3- في القانون الإماراتي:

جاء في نص المادة السابعة من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن التجارة الالكترونية، بأن الرسالة الالكترونية لا تفقد قيمتها القانونية في الإثبات إذا جاءت تحت شكل الكتروني.

كما جاءت المادة 2/12 لتمنح المعلومات الالكترونية ما تستحقه من حجية في الإثبات، وفي تقدير هذه الحجية أشار القانون إلى ضرورة إعطاء الاعتبار إلى:

- مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي تم بها تنفيذ واحدة أو أكثر من عمليات الإدخال أو الإنشاء أو التجهيز، أو التخزين أو التقديم أو الإرسال.

- مدى إمكانية التحويل على الطريقة التي استخدمت للمحافظة على سلامة المعلومات.

- مدى إمكانية التعويل على مصدر المعلومات إن كان معروفاً.

- مدى إمكانية التعويل على الطريقة التي تم بها التأكد من هوية المنشئ إذا كان ذا صلة.

- أي عامل آخر يتصل بالموضوع.

بذلك يكون المشرع الإماراتي قد أخذ منحى المشرع الإنجليزي في منح الحجية القانونية للإثبات باستخدام المحررات الالكترونية، حيث وسع من سلطة القضاء في تحديد الاعتبارات التي يتم على أساسها منح الحجية القانونية للمحرر، وهو بذلك يشير إلى ضرورة إهتمام مستعمل الانترنت بأنظمة معلوماتية عالية الثقة من حيث الاحتفاظ بالمعلومات والسجلات¹⁸⁴.

¹⁸³ -سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 244/243.

¹⁸⁴ -عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 240.

4- في القانون البحريني:

وفقا لنص المادة الأولى من القانون البحريني بشأن التجارة الالكترونية، والصادرة بتاريخ 14 سبتمبر 2002، يقصد بالسجل الالكتروني، السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله، أو تسلمه، أو بثه، أو حفظه بوسيلة إلكترونية¹⁸⁵.

5- في القانون الجزائري:

من خلال نص المادة 323 مكرر 1، يشترط للاعتداد بالمحرر الالكتروني في الإثبات، إمكانية تحديد هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون صادرة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، كما أن المشرع الجزائري قد أقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة الالكترونية و الكتابة التقليدية من حيث الأثر و الحجية في الإثبات.

ثانيا: حجية المحررات الالكترونية في التشريعات الغربية:

سنت الكثير من الدول الغربية قوانين تنظم الإثبات باستخدام الوسائط الالكترونية، ومنحه الحجية القانونية، من بين هذه القوانين نذكر:

1 - في القانون الفرنسي:

كان للمشرع الفرنسي سبق في هذا الاتجاه بإصداره القانون رقم 230 لسنة 2000، وإدخاله تعديلات في القانون المدني الفرنسي على المواد 1316 بفقراتها (1)، (2)، (3)، (4)، والمادة 1317، والمادة 1326¹⁸⁶، وقبل ذلك مر اعتراف المشرع الفرنسي بالمحررات الالكترونية بمراحل، حيث قام بتنظيم المحررات الالكترونية وقبولها في الإثبات 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 الالكترونية في تدوين حسابات التجار والشركات، ومنحها نفس حجية المحررات الورقية في الإثبات، كما عدل قانون الضرائب

¹⁸⁵ - يمكن الحصول على نصوص هذا القانون عبر الموقع: <http://www.egovs.com/news.php...>

¹⁸⁶ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 235.

بموجب قانون رقم 99-337، يسمح باستخدام الوسائط الالكترونية في التعامل الفرنسي ومنحها الحجية القانونية في الإثبات.

إذا ما اعترض القاضي صعوبات متعلقة بتنازع الحجج، فإن المشرع الفرنسي قد نص في صلب المادة 2/1316 من ق م ف على أن القاضي أن يبت في تنازع الحجج الكتابية، من خلال قيامه بتحديد الوسائل الوثيقة الأكثر مصداقية مهما كان شكلها، ومنه نستنتج أن القاضي الفرنسي لا يرجح بين الحجج المتنازعة اعتماداً على وسيلة حفظها، فلا فرق في هذا المجال بين الكتابة على الورق أو الكتابة في الشكل الالكتروني، والمعيار الوحيد يكمن في عناصر المصداقية التي يبحث عنها القاضي بكل السبل.

يتضح مما سبق أن المشرع الفرنسي قد منح المحررات الالكترونية نفس قوة المحررات التقليدية في الإثبات، متى توافرت إمكانية التحقق من شخص مصدرها والتأكد من حفظها على نحو يضمن سلامتها وعدم العبث فيها، مع إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة¹⁸⁷.

2 - في القانون الانجليزي:

اعترف قانون الاتصالات والتجارة الالكترونية الانجليزي الصادر في شهر 2000/05، بالكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني دون أن يحدد أية شروط، وهذا رغبة من المشرع الانجليزي في رفع العقبات من طريق التجارة الالكترونية، وهذا ربما يئم عن إدراكه وقناعته بأن المستقبل يكون للتعامل بالوسائل الالكترونية¹⁸⁸.

3 - في الولايات المتحدة الأمريكية:

منح المشرع في الولايات المتحدة الأمريكية الحجية القانونية للإثبات باستخدام المحررات الالكترونية بهدف تسهيل عمليات التجارة الالكترونية والمساهمة في توسعها،

¹⁸⁷ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 242، راجع كذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 252.

¹⁸⁸ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 254.

وحماية حقوق المتعاملين بها، وذلك من خلال قانون الإثبات الفيدرالي، والقانون الخاص بالتوقيع الإلكتروني لسنة 2000¹⁸⁹.

الفرع الثالث:

حجية المحررات الإلكترونية في الفقه و القضاء:

خلق الاستخدام المتزايد للوسائل التكنولوجية في إبرام الصفقات والمعاملات التجارية ، العديد من الإشكالات القانونية، والمتعلقة بالخصوص بكيفية إثبات مثل هذه المعاملات في ظل الصرامة التي يفرضها القانون على طرق الإثبات والضوابط المتعلقة بالدليل الكتابي بالمفهوم التقليدي، والتي لاتعطي أية قيمة قانونية لهذه الوسائل في الإثبات.

تتنوع المحررات وفقا لوسيلة الاتصال التقنية التي يتم استخدامها في التعاقد، إلا أن حجية هذه المحررات في الإثبات تتوقف على درجة الأمان المتوفرة في هذه التقنية، يمكن أن تكون المحررات الإلكترونية في شكل محررات صوتية، إذا تم التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله، وقد تكون محررات ورقية متى تمت عن طريق الفاكس وما يماثله، وقد تكون محررات ذات طبيعة معلوماتية مخزنة على ذاكرة الحاسوب أو على دعائم إلكترونية، متى تم التعاقد عن طريق الانترنت¹⁹⁰.

في ظل غياب تنظيم تشريعي، يعترف لهذه الوسائل المبتكرة بقدرتها على انجاز المعاملات الاقتصادية - في بعض الدول- كان لابد من قيام الفقه والقضاء بمحاولات و اجتهادات قصد منح هذه الوسائط قيمة ثبوتية، وعدم إهدارها كوسائل تعاقد تمتاز بالسرعة والأمان من ناحية، وبالقبول لدى المتعاملين بها من ناحية أخرى، وبالفعل، فقد استقر الفقه والقضاء في الكثير من الدول على اجتهادات في محلها، أعطت بموجبها قيمة

¹⁸⁹ - المرجع نفسه، ص254.

¹⁹⁰ -سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص256.

ثبوتية للمحركات الالكترونية¹⁹¹، لذلك سوف نتناول حجية هذه المحركات الالكترونية على النحو التالي:

- حجية مخرجات الهاتف وما يشابهه (أولاً).
- حجية مخرجات الفاكس وما يشابهه (ثانياً).

أولاً: حجية مخرجات الهاتف وما يشابهه:

نظمت غالبية التشريعات التعاقد بالهاتف، وأقرته بوصفه تعاقدًا بين حاضرين زمانياً وغائبين مكانياً¹⁹²، غير أنها لم تذكر شيئاً عن كيفية إثباته، وهو ما يشكل مشكلة حقيقية تقف أمام القضاء، لأن المخاطبة الهاتفية لا تعد وسيلة إثبات قانونية للتعاقد في حالات المنازعات، لذلك غالباً ما توثق المخاطبة الهاتفية بدليل كتابي كرسالة أو برقية، أو رسائل الكترونية عن طريق التلكس أو الفاكس، وأحياناً تسجل المكالمات الهاتفية عن طريق جهاز التسجيل¹⁹³، وجدير بالذكر أن الهاتف يشبه الكثير من الأجهزة الأخرى التي إستعملت في إبرام العقود كالبرق الإذاعي والتلفزيوني اللذان يشتركان في نقل الصورة والصوت أحياناً إذا كان هاتفاً مرئياً، كذلك الإنترنت يمكن أن يتم التعاقد من خلالها صوتاً وصورة، كما في حالات استخدام مؤتمرات الفيديو أو غرف المحادثة¹⁹⁴، وهنا يثور التساؤل حول الحجية القانونية للصوت في إثبات التعاقد، سؤال تناوله الفقه منذ وجود الهاتف، تبعته بعض الأحكام القضائية وأحياناً أخرى بعض النصوص القانونية.

يرى جانب من الفقه أن لفظ المحرر التقليدي يفيد بالضرورة وجود كتابة، وذلك أياً كان نوع المحرر ما دام هذا اللفظ لا يطلق لغة على الأقوال الشفهية أو الأصوات

¹⁹¹- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص220.

¹⁹²- تناول المشرع الجزائري التعاقد عن طريق الهاتف في المادة 64 من ق.م.ج، وأشار إلى التعاقد بين غائبين وحدد أحكامه بموجب المادة 67 من ق.م.ج.

¹⁹³- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، المرجع السابق،

ص206.

¹⁹⁴- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص273.

المسموعة المسجلة، وبناء على ذلك تباينت مواقف التشريعات، في مدى اعتبار الصوت كمحرر ومنحه الحجية القانونية، فهناك من أقر بها، وهناك من التزم الصمت حيال هذه النقطة على غرار المشرع الجزائري ، فنجد دول أقرت الصوت كمحرر وأعطته منزلة الكتابة في الإثبات، على غرار المشرع السوداني الذي قام، ومن خلال نص المادة 37 من قانون الإثبات لعام 1983، بمنح بموجبها الحجية القانونية للإثبات بواسطة الهاتف والمحادثات عبر تقنيات الاتصال الحديثة، مثل البث التلفزيوني والإذاعي، وذلك متى تم تسجيلها على شرائط صوتية أو شريط فيديو، أو أية دعائم الكترونية تضمن حفظها واسترجاعها عند طلبها¹⁹⁵.

نصت عليه كذلك، المادة 6-72 من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم 23 لسنة 1997 للمملكة الأردنية، حيث أجازت المادة السالفة، إثبات قضايا الأوراق المالية بالاستخدام الهاتف.

كذلك وفقا لنص المادة 217 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر سنة 1938، يشترط قبول التسجيل المغناطيسي كوسيلة في الإثبات، أن يكون التسجيل قد تم بعلم الخصم.

تبنى هذا الاتجاه المشرع الفرنسي في قانون رقم 230-2000 من خلال المادة 1316 التي اعترفت بالتسجيل الصوتي على الأسطوانات، والقانون الإنجليزي الذي جعل من المحررات الصوتية وشرائط الفيديو والصور الفوتوغرافية بنفس قيمة المحررات المكتوبة، وهو أيضا اتجاه القانون الأمريكي الفيدرالي لسنة 2000 والذي أجاز استخدام الصوت في إجراء التوقيع الإلكتروني¹⁹⁶.

اهتم الفقه بقوة الدليل المستمد عن طريق التسجيل الصوتي، فذهب جانب منهم إلى اعتبار أن الدليل المستمد من شريط التسجيل الصوتي، وضعه في يعد منزلة الإقرار غير القضائي الذي يستقل قاضي الموضوع في تقديره، فيمكن أن يعد هذا الإقرار دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة يعزز بالشهادة أو القرائن بشرط أن يتم التسجيل بعلم المقر حتى

¹⁹⁵ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 257.

ينسب إليه قصد الإقرار بالحق وإقامة الحجة لنفسه، وفي حالة إنكار الصوت يمكن للقاضي اللجوء للخبرة الفنية، بينما أجاز جانب آخر من الفقه للمحكمة أن تستخلص من الكلام المسجل على شريط التسجيل قرينة قضائية تساهم إلى حد ما مع عناصر الإثبات الأخرى في تكوين قناعتها بالقدر الذي يؤكد على مدى صحة الواقعة محل النزاع بشرط أن يكون الكلام المسجل بعيدا عن شبهة التلاعب والتزوير وسجل بطريقة مشروعة لا تتعارض مع حق الفرد في المحافظة على سرية حديثه¹⁹⁷.

بناءا عليه فإن اعتراف الدول بالحجية القانونية للأصوات المسجلة عبر وسائل الاتصال الحديثة، يتواءم مع ركب التقدم والخوض في غمار المعاملات الالكترونية الالكترونية، إضافة إلى السرعة التي تتطور بها التقنيات التي تفوق بتطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها، وأن هذه التطورات من شأنها أن تضمن حماية نقل الأصوات، وتوفير الأمان والثقة بشأنها، لا سيما أن هذا يتلاءم كذلك مع بزوغ التوقيع البيومتري الذي يعتمد على الصفات الطبيعية والذاتية للشخص بما فيها نبيرة الصوت، وباعتراف الدول بحجية مخرجات الهاتف وما يشابهه في الإثبات، يمكن إثبات المعاملات الالكترونية التي تبرم عبر وسيلة مشابهة للهاتف.

ثانيا: حجية مخرجات الفاكس وما يشابهه:

تعتبر الرسائل المستخرجة من جهاز الفاكس بمثابة رسائل ورقية، يتم نقلها عن بعد، حيث سبق وأن ذكرنا بأن رسالة الفاكس يتم نسخها الكترونيا باستخدام جهاز المرسل، حيث يتم نسخها على دعامة ورقية، ولقد أخذت الرسائل المتبادلة عبر أجهزة الفاكس والتلكس باعا طويلا من النقاش والبحث الفقهي وذلك لتقدير مدى قبولها كإسناد كافية في إثبات المعاملات الالكترونية¹⁹⁸، جانب من الفقه يرى بأنها وسيلة لا توفر الأمان الكامل للمتعاقدین من خلالها، وأبدى بعض التحفظ حول مدى حجيتها في الإثبات، غير أن

¹⁹⁷ -عباس العبودي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، وحجيتها في الإثبات المدني، المرجع السابق، ص280.

¹⁹⁸ -عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص220.

البعض الآخر يرى بعدم تمتع رسائل الفاكس بحجية قانونية في الإثبات كونها لا تمكن من التعرف على هوية المرسل ولا هوية المرسل إليه، وأنها عرضة للعبث بمحتوياتها، وإمكانية تزويرها وإنكارها وعمل نسخ غير مطابقة منها¹⁹⁹.

تبنى القضاء اللبناني هذا الاتجاه، حيث قضت محكمة التمييز اللبنانية بأن: التلكس لا يصح اعتباره سندا ذا توقيع خاص، لا يشكل في أي حال إقرارا قضائيا، وإن برزت صورته في المحاكمة، طالما أنه لم يحصل في مجلس القاضي الذي ينظر في النزاع، فالتلكس كأداة للمراسلة يفتقد إلى توقيع المرسل، فنجد نص المادة 11 من قانون الإثبات الكويتي يؤكد على أن صور الأوراق العرفية ليس لها أية قيمة في الإثبات، وهو أمر ينطبق على رسائل الفاكس التي تكون في شكل صور ضوئية²⁰⁰.

بينما هناك اتجاه فقهي آخر ميز بين رسائل الفاكس ورسائل التلكس، وجعل من الأولى مجرد قرينته للاستئناس تخضع السلطة التقديرية للقاضي دون رقابة من محكمة النقض، كما يمكن في الحالة التي تكون مكتوبة بخط اليد أن تشكل مبدأ ثبوت بالكتابة، وهو اتجاه محكمة النقض المصرية في حكم لها في 2000/06/22، بينما يعطون حجية كاملة في الإثبات لرسائل التلكس، كون هناك جهة محايدة تعمل كوسيط ضامن لصحتها²⁰¹.

يرى اتجاه فقهي ثالث بأن رسائل الفاكس والتلكس تتمتعان بحجة قانونية كاملة في الإثبات طالما أن القانون لم يتطلب شكلا خاصا في التصرف المراد إبرامه، كذلك في التصرفات التجارية التي يسود فيها مبدأ حرية الإثبات أو التصرفات التي لا تتجاوز حدا معيناً، كذلك في الحالات التي يتطلب إثباتها بالكتابة، فإن التطور الفني والتقني للفاكس يمكن أن يسمح له بقبوله كوسيلة تتمتع مخرجاتها بحجة قانونية كاملة في الإثبات.

اعترف القضاء في الإمارات العربية المتحدة برسائل الفاكس ومنحها حجية قانونية كاملة في الإثبات، حيث قضت محكمة تمييز دبي بالحجية الكاملة في الإثبات،

¹⁹⁹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص274، راجع كذلك: عايض راشد عايض المرئ، المرجع السابق، ص105.

²⁰⁰ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص262.

²⁰¹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص274، راجع كذلك: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص264.

وقضت كذلك بأن توقيع المرسل على رسالة الفاكس يعتبر كما لو كان توقيعاً أصلياً، وفي حكم آخر لها قضت المحكمة بأن الأصل في رسالة الفاكس أنها تعتبر عند ثبوت صدورها ممن أرسلها نسخة أصلية وليس مجرد صورة ضوئية.²⁰²

في حين اعترف المشرع الأردني صراحة بالحجية القانونية لرسائل الفاكس والتلكس في المادة 3/13 من قانون البيانات الأردني في المادة 6/72 من قانون الأوراق المالية المؤقت رقم 1997/23، كما أيد القضاء الفرنسي كذلك هذا الرأي، حيث ذهبت محكمة النقض الفرنسية للأخذ بالحجية القانونية لرسائل الفاكس في حكم لها بتاريخ 1990/12/11، اعتمدت فيه على مذكرة محامي أرسلها بطريق الفاكس لطلب الإفراج عن موكله، واشترطت المحكمة في حكم آخر لقبولها الفاكس كوسيلة إثبات أن يحتوي على توقيع المرسل أو نائبه.

كما قضت محكمة استئناف باريس بتاريخ 1995/02/07 بأن تبادل الفاكس بين الأطراف يشكل دليلاً على وجود اتفاق على الشيء المباع وعلى الثمن، كما قضت في حكم آخر لها بتاريخ 1994/06/21 بخصوص عقد مقولة خاص بإصلاح السيارات واعتبرت الوثيقة المرسلة بطريق الفاكس بمثابة وثيقة تعاونية.²⁰³

إلا أن القضاء الفرنسي ومن خلال الأحكام السابقة كان متحفظاً بقبول الحجية القانونية للفاكس وتطلب توقيع المرسل على أصل الرسالة، في هذا الصدد يؤكد الأستاذ **J Huet** أن التلكس يعطي أماناً أكثر لأنه يوفر عناصر الإثبات للخلاف أو النزاع، ولأن التلكس يرسل من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز للاتصالات ويحدد هويته المرسل ويكفل استعداد جهاز المستقبل لاستقبال الرسالة وتاريخ العملية، كما أن المركز يحتفظ بما يدل على تبادل الرسائل خلال سنة.

و يؤكد الأستاذ **Daniel Carton** هذا الرأي، حيث يرى بأنه وعلى الرغم من أن التلكس غير موقع من العميل لما قد يؤدي إلى الغش، فإن التلكس تظل له الأولوية على

²⁰² - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 175، راجع كذلك: سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 266.

²⁰³ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 233.

الفاكس، من حيث القوة الثبوتية، ولعل الدافع الذي أدى بالفقه لتمييز التلكس عن الفاكس هو ضعف الأمن القانوني بالنسبة للفاكس مقارنة بالتللكس²⁰⁴.

نخلص مما سبق أن رسائل الفاكس وما يماثله يجب أن تحظى بالحجية القانونية الكاملة في الإثبات شأنها شأن المحررات التقليدية متى كانت مستوفية لشروط المحرر المتمثلة في الوضوح والفهم، وإمكانية الرجوع لها عند الحاجة، وإمكانية تحديد هوية مرسلها ومستقبلها.

تبقى الحجية القانونية للمحررات الالكترونية تبقى دائما قائمة و لها وزنها في إثبات المعاملات الالكترونية سواء كنا نتعامل مع أنظمة بيانات الاتجاهات الحديثة في الإثبات الالكتروني، و أزالنا أي غموض باعترافها بالكتابة و المحررات الالكترونية و منحها الحجية في الإثبات، و ذلك إما بإصدار تشريعات خاصة تنظم التجارة و الإثبات الالكتروني، أو بتعديل بعض النصوص و القواعد المتعلقة بقواعد الإثبات التقليدية بما يتماشى و متطلبات التجارة الالكترونية، أما الدول التي تم تبادل بأي تعديل في قواعد الإثبات المعتمد بها، و كما رأينا يمكن الاستفادة من بعض الاستثناءات التي أقرها المشرع على مبدأ تطلب الكتابة، و اعتبار المعاملات الالكترونية من ضمن هته الاستثناءات، و بذلك تطبق هته القواعد لإثباتها.

من خلال ما ورد في هذا الفصل نخلص للقول بان الاستخدام الواسع للوسائل الالكترونية في التواصل قصد إجراء مبادلات تجارية، افرز معه نوعا جديدا من السندات ذات طبيعة الكترونية من حيث شكل الكتابة، و كذا طبيعة الوسائط التي يتم تحميل و حفظ الكتابة عليها، و كما رأينا فان الكتابة الالكترونية تعد من قبيل الكتابة، كون التعاريف المتعلقة بها يمكن معها إدراج الكتابة الالكترونية ضمن صور الكتابة التي لم نجد ما يلزم بان يتم حفظها على وسيط معين، و الفرق يكمن في طبيعة الطريقة التي يتم بها إنشاء الكتابة الالكترونية، و التي معها لا بد من التفريق بين المحرر و الكتابة، ذلك أن المحررات

²⁰⁴ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 107.

العادية مهما تعددت و اختلفت الوسائط لا تخرج عن طبيعتها و التي يمكن معها قراءتها مباشرة أما المحررات الالكترونية فتتم قراءتها باستخدام آلة و قد تكون مرئية أو مسموعة،و لذلك كان لزاما التفريق بين المحرر و الكتابة.

يطرح استعمال المحررات الالكترونية و بشدة مشكلة الرسمية في العقود الالكترونية، والتي رأينا بأنها تحتاج لموقف تشريعي واضح بشأنها،و أن آراء المختصين حول قبولها كانت متضاربة تماما، لا يحتاج إضفاء الرسمية إلى رأي مختص في التجارة الالكترونية إنما يحتاج لموقف تشريعي واضح،و بناء على ذلك و بحكم الجدة التي يكتسبها هذا الموضوع ،فان معالجة حجية السندات الالكترونية أمكننا فقط التعرض معها للقيمة القانونية و الاعتراف القانوني بها في مختلف التشريعات ، سواء اعترفت أم لم تعترف بالإثبات الالكتروني،و كذلك من خلال التعرض لجهود المنظمات الدولية في سبيل إرساء قواعد قانونية حول الإثبات باستخدام الوسائط الالكترونية ،وتبقى للمحررات الالكترونية قيمة الوثائق العرفية،كما يبقى للقاضي المجال الواسع لإقرار القيمة الثبوتية لها وفقا لقناعاته.

الفصل الثاني

حجية التوقيع الإلكتروني في

الإثبات

حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات

لابد للمحركات، سواء كانت ورقية أو إلكترونية من توقيع مصدرها، حتى تكون لها دلالة وقيمة قانونية في الإثبات، ذلك أن التوقيع سواء كان تقليدي أو إلكتروني يؤدي وظيفة التعريف بالموقع، والتعبير عن إرادته حتى لا يشوب المحرر أي غموض حول مصدره، وفي مجال الإثبات الالكتروني نجد أن تطبيق التوقيع التقليدي على المحركات الالكترونية يطرح إشكالات نظرا لاختلاف طبيعته، ومن ثمة كان اللجوء لاستخدام نوع جديد وحديث من التوقيع هو التوقيع الالكتروني. ومن هنا يثور التساؤل حول مدى ملائمة هذا النوع من التوقيع لأداء وظائف التوقيع التقليدي والمتمثلة في التعبير عن إرادة الموقع وتحديد هويته، إضافة إلى درجة الأمان الذي يحققه التوقيع الالكتروني مقارنة بالتوقيع العادي، هذا الأمان الذي يعد عامل هام في تحديد حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات.

لذلك فإن دراسة هذا الفصل تقودنا إلى دراسة التوقيع التقليدي من خلال بيان عناصره ووظائفه ومدى توفرها في التوقيع الالكتروني (مبحث أول)، ثم دراسة حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات من خلال التعرض إلى درجة الأمان الذي يتمتع به، من خلال دراسة التفسير وطرقه ومهامه، وكذلك توثيق التوقيع الالكتروني عن طريق الطرف الثالث الوسيط والمتمثل في جهات التصديق الالكتروني التي تعد ضامن في العلاقات التجارية التي تتم عبر الشبكات، بقيامها بالتأكد من صحة التوقيع الالكتروني، بالتالي التحقق من شخص المتعاقد، وتحملها مسؤولية التوقيع المزورة مما يؤدي لإضفائها نوع من الثقة في المعاملات الالكترونية (مبحث ثان).

المبحث الأول:

ماهية التوقيع الإلكتروني

يكتسي التوقيع الإلكتروني أهمية بالغة في إثبات المعاملات الإلكترونية، لذلك عرف اهتمام وافر من قبل المشرعين و الفقهاء على حد سواء.

انبثقت فكرة التوقيع الإلكتروني عن التوقيع التقليدي، حيث كان لا بد من إيجاد وسيلة تضمن الوفاء بمتطلبات التوقيع التقليدي و تتماشى مع طبيعة المعاملات الإلكترونية، وهو ما كان متوفرا في التوقيع الإلكتروني، لذلك سوف نتناول في هذا المبحث مفهوم التوقيع التقليدي ومدى تأثيره بالتقدم العلمي ليصبح توقيعاً إلكترونياً (مطلب الأول)، من ثمة نتناول صور وتطبيقات التوقيع الإلكتروني (المطلب الثاني)، ذلك أن التوقيع الإلكتروني يأخذ عدة صور وأشكال و له تطبيقات مختلفة على المحررات الإلكترونية.

المطلب الأول:

تطور مفهوم التوقيع وتأثره بالتطور العلمي

يحضى التوقيع بأهمية بالغة سواء في مجال الإثبات أو في إبرام المعاملات التجارية، وفي كلتا الحالتين يقوم بالتعبير عن الإرادة والتعريف بشخص الموقع.

لقد تعددت التعاريف الفقهية للتوقيع، لكنها اشتركت كلها في كونها ركزت على عناصر التوقيع ووظائفه ومميزاته (فرع أول)، وبظهور التوقيع الإلكتروني كنوع جديد من التوقيعات ثار التساؤل حول مدى اعتباره توقيعاً، وماهي مكانته مقارنة بالتوقيع التقليدي المعروف سابقاً، أهو في مرتبة أدنى أو أعلى منه، والإجابة عن هذا التساؤل تكون بالتعرض للتعريف المختلفة للتوقيع الإلكتروني، ودراسة مدى توفر شروط وخصائص التوقيع التقليدي وعناصره في التوقيع الإلكتروني (فرع ثان).

الفرع الأول:

مفهوم التوقيع في شكله التقليدي

لقد نشأ التوقيع منذ أن بدأت الشعوب تتواصل عن طريق التجارة، وقيام الإنسان بإبرام العقود لكنه ظهر بشكله المادي عبر وضع رسم أو شكل معين على قطعة خزف أو جلد أو مخطوطة ورقية، ففي العصور الرومانية كان التوقيع عبارة عن رمز مرسوم أو خاتم مطبوع على شمع باسم مالك الختم، لكن التحول العميق للمجتمع في القرن الثاني عشر أدى على تطور التوقيع بشكل تدريجي حتى وصل إلى شكله الذي نعرفه حالياً، ولم يكن القانون يعطي تعريفاً للتوقيع، بل جرى العرف على تداوله بشكل معين للدلالة على صاحبه.

أولاً: تعريف التوقيع:

أمام غياب مفهوم واضح ومحدد للتوقيع من جانب المشرع، حاول الفقه والقضاء ذكر عناصره، وإن كان بصورة غير مباشرة دون وضع تصور عام له.

لذلك فوفقاً لقاموس روبير (Robert) الفرنسي يمكن تعريف التوقيع بأنه: علامة شخصية يضعها الموقع باسمه (شكل خاص وثابت) ليؤكد صحة مضمون الورقة وصدق ما كتب بها، وإقراره بتحمل المسؤولية عنه²⁰⁵.

كما يعرف الأستاذ Christophe Devys التوقيع، بأنه: "كل علامة توضع على سند تميز هوية وشخصية الموقع وتكشف عن إرادته بقبول التزامه بمضمون هذا المستند وإقراره له"، كما ذهب الأستاذ Gerve Croze إلى أن اصطلاح التوقيع يستعمل بمعنيين، الأول: أنه عبارة عن علامة أو إشارة تسمح بتمييز شخص الموقع، والثاني: هو فعل أو عمل التوقيع ذاته، بمعنى وضع التوقيع على مستند يحتوي على معلومات معينة، ويقال في المفهوم التقليدي أن التوقيع هو الكتابة المخطوطة باليد والمستند الموقع هو المحرر، ويعد المعنى الأول المعنى المقصود بالتوقيع في نطاق

²⁰⁵ - للمزيد من التفاصيل أنظر: نادر شافي، التوقيع الإلكتروني، الاعتراف التشريعي له وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه، مجلة الجيش اللبناني، عدد 249، مارس 2006 منشور عبر الموقع: www.lebarmy.lb/article.asp.

الإثبات، وبناءاً على ذلك فإن التوقيع ينصرف إلى العلامة الخطية الخاصة والمميزة التي يضعها صاحبها (الموقع) بأية وسيلة على مستند²⁰⁶.

كما عرفه القانون المدني لمقاطعة كيبك الكندية في نص المادة (2827) بأنه: "عبارة عن وضع الشخص لإسمه بطريقة معتادة ليعبر عن رضاه"²⁰⁷.

لم يرد للتوقيع تعريف قانوني سواء في مصر أو الكويت أو الجزائر، أو فرنسا، وكل ما جاء عنه هو النص الوارد في المادة العاشرة - الفقرة الثانية من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 التي نصت على: "إذا لم تكسب هذه المحررات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوا الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم أو أختامهم أو بصمات أصابعهم" ، يتضح من هذا النص أن المشرع المصري لم يتعرض لتعريف التوقيع المطلوب في قانون الإثبات، إنما اكتفى فقط بذكر الصور المختلفة التي يعتد بها كصور لهذا التوقيع، وهي الإمضاء أو الختم أو بصمة الأصبع. لقد اكتفى الفقه في عمومها بذكر عناصر التوقيع من دون التعرض لتعريفه إتباعاً لنهج المشرع في أغلب الدول (فرنسا، الجزائر، مصر وغيرها)، وقد يقصد الفقهاء من عدم تعريف التوقيع إلى الرغبة في عدم تقييد ما أطلقه المشرع، وذلك حتى يستوعب مفهوم التوقيع كل ما يمكن أن يظهر في المستقبل²⁰⁸ نتيجة الاعتماد على المفردات التكنولوجية في المعاملات التجارية.

مع ذلك قام أحد الفقهاء بتعريف التوقيع وقال بأنه: "العلامة الخطية التي يضعها شخص على وثيقة مكتوبة، يعبر بها عن وجوده المادي في التصرف، أو تأييده لمضمون الوثيقة التي صدرت عنه"²⁰⁹. وقام فقيه آخر في فرنسا بتعريف التوقيع الإلكتروني على أنه: "كل علامة مكتوبة بخط اليد مميزة وشخصية تساعد على تحديد

²⁰⁶ - محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 183، 184.

²⁰⁷ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 243، ولقد ورد هذا التعريف في القانون (Canada evidence act)

ويمكن مراجعة نصوص هذا القانون من خلال الموقع: <http://laws.justice.gc.ca>

²⁰⁸ - عايش راشد عايش المريء، المرجع السابق، ص 76.

²⁰⁹ - إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 77.

ذاتية مؤلفها دون شك وتترجم إرادته في قبول هذا التصرف²¹⁰، ومن هنا يتضح جليا أن هذا التعريف جد ضيق حتى يستوعب التوقيع من حيث الشكل، فقد اقتصر فقط على التوقيع الكتابي مستبعدا التوقيع بالختم أو ببصمة الأصبع رغم شموله على وظائف التوقيع والمتمثلة في تحديد الهوية (هوية الموقع)، والتعبير عن إرادته في قبول التصرف القانوني.

بالرجوع لشكل التوقيع، نجد معظم القوانين على غرار القانون الجزائري اعتبرت المحرر العرفي صادرا ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة²¹¹، وبالتمعن في هذه المادة، نلاحظ أن المشرع أراد الاكتفاء بإحدى هذه الطرق لكي يثبت صحة ما هو منسوب للموقع، وعلى اعتبار أن التوقيع مصطلح يشمل كل من: الإمضاء، الختم، البصمة، فالإمضاء هو الكتابة المخطوطة بيد من تصدر عنه، ويشمل الاسم كاملا أو مختصرا، كما يشمل كل إشارة أو اصطلاح خطي يختاره الشخص لنفسه بمحض إرادته للتعبير عن صدور المحرر منه والالتزام بما ورد في مضمون هذا المحرر، أما الختم فهو وسيلة ميكانيكية تستخدم لطبع توقيع الشخص، ولا يشترط أن يكون اسم الشخص هو المطبوع، بل يجوز الأخذ بأي اختصار قد اعتاد عليه الشخص، أما بصمة الأصبع فهي الأثر الذي يتركه أصبع الشخص على المحرر نتيجة طبعه بلون ظاهر، مما يكون نقوشا لا يمكن أن تتشابه لدى اثنين من البشر²¹².

عرفت موسوعة Larousse لسنة 2002، التوقيع بأنه: " اسم أو علامة شخصية

توضع أسفل المحرر أو النص، تعين هوية الموقع الذي يلتزم بتنفيذ ما ورد في

العقد²¹³.

²¹⁰ - عايض راشد عايض المريء، المرجع السابق، ص77، أنظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية رقم 1026، جلسة 1993/12/07، مشار إليه لدى: معوض عبد التواب، المستحدث في القضاء التجاري، أحكام النقض في 20 عاما (1974-1994)، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995، ص 14.

²¹¹ - أنظر المادة 327 من القانون المدني الجزائري، والمادة 14 من قانون الإثبات المصري، والمادة 11 من قانون البيانات الأردني.

²¹² - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص244.

²¹³ - قارة مولود، المرجع السابق، ص7.

ثانياً: عناصر التوقيع:

من خلال التعاريف السابقة نستخلص أن التوقيع يتميز بعناصر جوهرية هي:

1- التوقيع علامة خطية وشخصية: يشترط في التوقيع أن يحقق الدلالة على شخصية صاحبه ويميز هويته وذلك من خلال النظر في اعتياد الشخص التعامل به كتوقيع يتميز به عن غيره من الناس بشكل يقطع الشك ويقرب إلى اليقين بأن هذا إشارة إلى فلان²¹⁴، ولذلك يشترط أن يتم التوقيع بخط يد من ينسب إليه المحرر، فلا يجوز أن يكون بخط سواه ولو كان موكلاً عنه، لأنه -الوكيل- يكون له أن يوقع باسمه هو بصفته وكيلاً لا باسم الموكل، وحسب تعبير محكمة النقض المصرية فالتوقيع أو الإمضاء هو: "الكتابة المخطوطة بيد من تصدر عنه".

يشترط كذلك في التوقيع أن يكون محددًا لشخصية الموقع، فالتوقيع علامة شخصية يمكن من خلالها تمييز هوية الموقع، وهو كما يقول الأستاذ **Savatier**: ترجمة لكلام أو لفظ تميز شفاهة شخصية الموقع، ولهذا يتجه فريق من الفقهاء إلى القول بأن التوقيع يجب أن يكون بالاسم واللقب كاملين، بحيث لا يكفي التوقيع المختصر أو بالأحرف الأولى من الاسم واللقب، فالعلامة الرمزية أو الأحرف الأولى لا تؤكد بدرجة كافية إقرار الموقع للورقة والتزامه بمضمونها، وإن كان هناك اتجاه آخر يرى بأنه لا يلزم أن يكون التوقيع بالاسم الكامل وإنما يكفي التوقيع المختصر، ما دام قد ثبت أن هذا التوقيع هو توقيع الموقع.

لا يلزم أن يكون التوقيع بالاسم المقيد في شهادة الميلاد، بل يكفي أن يكون باسم الشهرة، أو الاسم الذي اعتاد الشخص التوقيع به، والمهم أن يكون التوقيع أو التواقيع التي يشتمل عليها المحرر، يمكن معها الجزم بأنها صادرة حقيقة من منشئة، كذلك لا يلزم أن يكون التوقيع الخطي مباشراً، وإنما يجوز أن يتم باستخدام الكربون للتوقيع في نفس الوقت على عدة نسخ من المحرر، فيعتبر كل منها أصلاً لا مجرد صورة من المحرر، ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأن المحرر الموقع عليه بإمضاء الكربون يكون في حقيقة

²¹⁴ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 245.

الأمر محرراً قائماً بذاته²¹⁵، له حجيته في الإثبات وفقاً لنص المادة 14 من قانون الإثبات المصري.

بالرجوع لأحكام القضاء الفرنسي، نجدتها تقبل التوقيع باسم مستعار أو بلقب ديني أو بالاسم الأول دون اللقب العائلي، أو بالأحرف الأولى من الاسم، كذلك الحال بالنسبة لاستخدام علامة غير مقروءة مادامت تمكن من نسبتها إلى شخص معين²¹⁶.

يكون التوقيع أيضاً بإمضاء الشخص بنفسه، كما يكون كذلك بالختم أو ببصمة الإصبع، فقد اعتبر المشرعان المصري والكويتي التوقيع أيضاً هو الإمضاء بالختم أو البصمة، أما المشرع الفرنسي فقد اعترف فقط بتوقيع الخاتم، وهو وسيلة ميكانيكية غير الكتابة، يتم التعامل بها في مجال التوقيع على الأوراق التجارية، فقد أجازت المادتين 110 و117 من قانون التجارة الفرنسي بعد تعديلهما بالقانون رقم 166/380 الصادر في 16 جوان 1996، أن يوقع صاحب الكمبيوتر باليد أو بأي وسيلة أخرى، ولكنه لم يعترف بالختم، على عكس المشرعان المصري والكويتي اللذان اعتبراه توقيعاً، فقد رفضه المرسوم الفرنسي الصادر في سنة 1967 ولم يعترف به، ثم تبعه القضاء بحجة أنه لا يسمح بالتعيين الدقيق لشخص الموقع، وحتى حين أجاز المشرع الفرنسي استخدام الختم المعروف بـ (Griffe) كما سبق الذكر، فقد قصره على حدود معينة لأنه أيضاً لا يدل دلالة قاطعة على هوية مستخدمه، ومعنى ذلك أنه فيما عدا الاستثناءات المقررة بنصوص صريحة يبقى الأصل العام في فرنسا قائماً، وهو أن التوقيع يجب أن يكون مكتوباً باليد، وأي توقيع آخر أيًا كانت وسيلته لا يظهر على الورقة الموقعة ليست له حجية في الإثبات، وتكون الورقة الموقعة حينئذ كالورقة غير الموقعة نهائياً²¹⁷.

على العموم لا يشترط بالنسبة للتوقيع ببصمة الختم أية شروط سوى أن تكون البصمة واضحة ومقروءة، ويستوي أن تكون بصمة بصحة الختم قد وضعها صاحب

²¹⁵ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 185، أنظر كذلك عائض راشد عائض المريء، المرجع السابق،

ص 81.

²¹⁶ - محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص 31.

²¹⁷ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 187، أنظر كذلك عائض راشد عائض المريء، المرجع السابق،

ص 79.

الختم بنفسه أو قام غيره بوضعها برضاه، أو في حالة عدم إنكار صحة الختم، والاقتصار على إنكار التوقيع، و لقد استقرت محكمة النقض المصرية على أن هذا الإنكار لا يقبل وتبقى للمحرر حجته حتى يثبت صاحب الختم واقعة التزوير وفقا لإجراءات الإدعاء بالتزوير، وهذا ما يدل على أن التوقيع ببصمة الختم له خطورته التي كان يجب الحد منها والحيلة عند استعمالها، بفرض بعض الضمانات وتطلب التصديق الرسمي أو إمضاء شاهدين على المحرر، ولذلك يرى بعض الشراح أنه كان ينبغي تفادي تلك الخطورة وتجنب الخطورة عن طريق حظر التوقيع ببصمة الختم، فلا يحول دون هذا الخطر عدم انتشار التعليم، ذلك أن من لا يستطيع التوقيع خطيا لجهله الكتابة يستطيع التوقيع ببصمة إصبعه التي ليست لها خطورة التوقيع ببصمة الختم²¹⁸.

2- التوقيع يترك أثرا مميزا لا يزول: يجب أن يترك التوقيع هذا الأثر ولا يزول مع الزمن، لذلك يجب أن يكون واضحا ومستقلا عن محتوى السند، ولا يتداخل مع محتواه²¹⁹، ولذلك فقد جرت عادة الأشخاص على وضع توقيعاتهم بطريقة يكون فيها منفصلا عن الكتابة، وغير متداخل فيها أو مختلطا معها، ومن ثم فعادة ما يوضع التوقيع في نهاية الكتابة حتى يكون منسجما مع جميع البيانات المكتوبة والواردة في الورقة، وإن كان ذلك دون شرط، المهم من الناحية القانونية أن يكون التوقيع واضحا لا لبس ولا غموض فيه، أي يكون مقروءا ومرئيا، لذلك اعتمدت محكمة النقض الفرنسية التوقيع على طابع أميري أعلى الورقة²²⁰.

كما يجب أن يرد التوقيع في نفس المحرر المراد الاحتجاج به، فلا ينفع أن يرد في صفحة أخرى أو أن يلحق بملحق، إذ أن وضع التوقيع على المحرر هو الذي يجعل له أثر، وبدونه يبقى التوقيع بدون قيمة والمحرر بلا أثر وإن كان البعض يرى أنه يكفي توقيع الصفحة الأخيرة فقط²²¹، وفي كلتا الحالتين يبقى الأمر متروكا لتقدير القاضي.

²¹⁸ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 188.

²¹⁹ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 166.

²²⁰ - محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 189.

²²¹ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 245.

نستخلص مما سبق إلى أهمية اشتراط التوقيع على المحرر العرفي كعنصر جوهري، بحيث يمنحه صفة الدليل الكتابي المعد للإثبات، ويمنحه الحجية المطلوبة، وهو بذلك يعد إقراراً من الموقع لما هو مدون في السند كتصرف إرادي يكشف عن هوية صاحبه ويميزها، ودليل مادي مباشر على حصول الرضا في إنشائه، فإذا لم يكن كاشفاً عن هوية صاحبه ومحدداً لذاته فلا يعتد به، كما أنه لا يعتبر مكتملاً إذا أنكره صاحبه أو طعن فيه، لأنه بذلك يفقد وظيفته كإقرار على ما ورد في المحرر ويفقد وظيفته بالنسبة لصاحبه²²².

ثالثاً: وظائف التوقيع: تتمثل وظيفة التوقيع في تحديد هوية الموقع والتعبير عن رضاه بالتصرفات التي صدرت منه، باعتبار أن التوقيع يعبر عن إرادة صاحبه، لذلك يتوجب أن يصدر من شخص كامل الأهلية، ولا تعتبر الكتابة دليلاً كاملاً في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد أصلاً للإثبات، وبدون التوقيع يفقد الدليل الكتابي حجيته، وبذلك فإن التوقيع هو الذي ينسب الورقة إلي من وقعها حتى ولو كتبت بخط غيره²²³.

1- تحديد هوية الشخص الموقع:

يحقق التوقيع هذه الوظيفة مهما كان شكله، وبالعودة للنصوص القانونية، نجد نص المادة الثانية من قانون البينات الأردني لسنة 1952 أقرت هذه الوظيفة بنصها: "من أحتج عليه بسند عادي وكان لا يريد أن يعترف به، وجب عليه أن ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو ختم أو بصمة أصبع، وإلا فهو حجة عليه"، فعبارة ما هو منسوب إليه أشارت بوضوح لأن طريقة التوقيع تدل وتحدد هوية الشخص الموقع،

²²² - المرجع نفسه، ص 246.

²²³ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 106.

ففي الإمضاءات فإن كل شخص يختار إمضاء معين يصبح معرفاً له، وبالتالي يصبح محدد الهوية²²⁴.

كذلك الحال مع الختم، فالشخص عندما يختار ختماً معيناً، فإنه يحدد هوية ذلك الشخص نظراً لكونه علامة مميزة للشخص، وغالباً يحتوي على اسمه وبعض البيانات الخاصة به، كذلك البصمة، نجد إنها قادرة على تحديد هوية صاحبها بسبب عدم وجود مجال للتشابه بين البصمات، لذلك أقرتها القوانين كوسيلة للتوقيع، إذ أنه عندما يقوم نزاع بشأن صحتها و نسبتها لشخص ما، فإن علم البصمات يستطيع تحديد عائدية البصمة للشخص الموقع من عدمه، وبالتالي تحديد هوية الشخص الموقع²²⁵.

2- التعبير عن الإرادة بالالتزام بالتصرف ومضمون السند:

يشكل التوقيع أداة صحة، بمعنى أنه يعطي التصرف القانوني قوة وقيمة أكبر، إن التوقيع بالإمضاء والذي يستخدم الاسم، هو المتعارف عليه في القانون الفرنسي، يضاف إليه التوقيع بالختم وببصمة الأصبع في كل من القانون المصري والكويتي، مع التحفظ على ما لهذين النوعين من التوقيعات من معايير وشروط، ما يعطي ضماناً على كون صاحبه أو الموقع ملتزم ومقر بمضمون العقد²²⁶، بالتالي فالتوقيع يعطي التصرف القانوني قيمة وقوة أكبر، لذلك فلا بد أن يعبر التوقيع عن إرادة صاحبه في الالتزام بالتصرف القانوني، فبالنسبة للإمضاء نجد أن إمضاء الشخص على سند ما، يعني أنه اطلع عليه وعلم بما فيه، بالتالي فهو موافق على ما جاء فيه ومقراً له، وهو من أفضل الوسائل لذلك إذ جاء مطابقاً للأوضاع القانونية المطلوبة في الإمضاء²²⁷.

يأخذ القضاء بعين الاعتبار ما تعارف عليه الأشخاص في توقيعاتهم للتدليل على توافر نية التوقيع لدى الموقع، فمثلاً عندما يستخدم أحد الأشخاص الاسم المستعار، يعتبر القضاء بأن لديه نية التوقيع، وبالتالي يتم الرجوع إلى عادات الأشخاص المعنيين بالأمر

²²⁴- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 67.

²²⁵- المرجع نفسه، ص 68.

²²⁶- عايض راشد عايض المري، المرجع السابق، ص 86.

²²⁷- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 71.

للوصول إلى توافر نية التوقيع من عدمه، ونية التوقيع يمكن أيضا إثباتها، بالاستعانة بعناصر داخلية للتصرف لا تكون ضمن عناصر التوقيع، فمن المتعارف عليه أن مكان التوقيع يكون في آخر التصرف، وبالتالي فوضعه في مكان آخر يثير الشكوك حول مدى توافر الرغبة في التوقيع لدى الموقع من عدمه²²⁸.

نجد كذلك من ضمن العناصر التي يمكن الاستعانة بها، الوقت الذي يوضع فيه التوقيع، أي التوقيع على بياض، وهو التوقيع الذي يوضع على ورقة بيضاء وتتم الكتابة عليها بعد ذلك، وهو توقيع صحيح وله قيمة ويحتج به في مواجهة الموقع²²⁹.

أما البصمة وإن كانت تحدد هوية الموقع، إلا أنها أثارت شكوكا وجدلا حول مدى تعبيرها عن إرادة الموقع، مما حدا بالبعض إلى رفض اعتبارها كوسيلة للتوقيع، لكن انتشار الأمية جعل بعض الدول تأخذ بها كوسيلة توقيع على اعتبار أنها قادرة على التعبير عن إرادة الموقع بالموافقة على مضمون السند، ومن الأفضل إحاطة هذه الوسيلة بضمانات معينة حتى تؤدي وظيفتها بصورة فعالة، فمثلا المشرع العراقي اشترط وجوب حضور شاهدين يوقعان على السند، أو حضور موظف مختص يصادق على السند، كذلك فعل المشرع الأردني في مجال التوقيع على الأوراق التجارية بواسطة البصمة.

أما الختم فيمكن القول فيه ما قيل في البصمة من حيث التشكيك في قدرته على التعبير عن إرادة الموقع، لكن يمكن القول بأن الختم والبصمة يدلان على إرادة الموقع بالموافقة على مضمون السند إذا ما روعي في ذلك إجراءات وشروط معينة، ويبقى للقاضي دور في استخلاص نية التوقيع من عدمه، وذلك بالاستعانة بعناصر داخلية في التصرف، تدخل ضمن عناصر التوقيع مثل مكان التوقيع ووقته وغيره، وعليه إذا ما تم التوقيع صحيحا فإنه يعطي للسند القوة القانونية ويحوله لتصرف قانوني ملزم لأطرافه الموقعين²³⁰.

²²⁸ - عايض راشد عايض المريء، المرجع السابق، ص 87.

²²⁹ - المرجع نفسه، ص 87.

²³⁰ - المرجع نفسه، ص 86، 87.

الفرع الثاني:

تعريف التوقيع الإلكتروني

وجد التوقيع الإلكتروني منذ فترة طويلة تحت شكل اتفاقي بين الأطراف كما هو الشأن في استخدام بطاقات الدفع الإلكتروني، ينقسم التوقيع الإلكتروني إلى نوعين، النوع الأول توقيع إلكتروني عادي أو عام أو توقيع إلكتروني غير مستقر، أما الثاني فهو التوقيع المشفر أو التوقيع المحمي كما أُصطلح عليه المشرع الإماراتي أو التوقيع المركب أو المتقدم كما قال المشرع الأوروبي²³¹، وسوف نتناول مختلف تعريفات التوقيع الإلكتروني في مختلف التشريعات الغربية والعربية والدولية وكذا الفقه والقضاء.

أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية:

تناولت معظم التشريعات الحديثة التوقيع الإلكتروني في قوانينها المنظمة للمعاملات الإلكترونية، سواء في قوانين خاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية أو قوانين التوقيع الإلكتروني، وسنت لها تشريع مستقل يعنى بالتوقيع الإلكتروني، وقامت بعض الدول بتعديل بعض المواد من قوانينها المتعلقة بالإثبات، وسوف نكتفي في هذه الدراسة بأخذ بعض التعريفات.

1. في فرنسا:

قام المشرع الفرنسي بتعديل بعض نصوص القانون المدني لنتفق مع التوقيع على العقود والمحركات الإلكترونية، ونص على تعريف التوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 4/1316 مدني فرنسي²³² المعدلة بالقانون الصادر في 13 مارس 2000 ، على

²³¹ - قارة مولود، المرجع السابق، ص 11.

²³² - L'article 1316/4 stipule que : « la signature nécessaire à la perfection d'un acte juridique identifie celui qui l'appose, elle manifeste le consentement des parties aux

أنه: "التوقيع الذي يميز هوية صاحبه ... وإذا تم التوقيع في شكل إلكتروني وجب استخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه"²³³.

2. في الولايات المتحدة الأمريكية:

حظي التوقيع الإلكتروني بنصيب وافر من التنظيم التشريعي سواء على مستوى الاتحاد الفيدرالي أو على مستوى الولايات، فنص القانون الفيدرالي على أن مصطلح التوقيع الإلكتروني ينصرف إلى: "أي رمز أو وسيلة بصرف النظر على التقنية المستخدمة إذا ما تم نسبته إلى شخص يرغب في توقيع مستند"²³⁴، أما في قانون المعاملات الإلكترونية الموحد فقد عرف التوقيع الإلكتروني بأنه: "صوت أو رمز أو إجراء يقع في شكل إلكتروني يلحق (يرتبط منطقياً) بعقد أو سجل آخر (وثيقة) ينفذ أو يصدر من شخص يقصد التوقيع على السجل"²³⁵.

يلاحظ على تعريف قانون الاتحاد الفيدرالي الأمريكي ما يلي:

أ. أشار التعريف إلى بعض صور التوقيع الإلكتروني على سبيل المثال لا الحصر، فقد ذكر الرموز والأصوات ثم فتح المجال أمام أية وسيلة أخرى تقع في شكل إلكتروني لتكون قادرة على تحقيق متطلبات التوقيع الإلكتروني، ومن ثم الاعتراف بها كوسيلة صالحة للتوقيع.

obligations qui découlent de cet acte, quand elle est apposée par un officier public, elle confère l'authenticité à l'acte .

Lorsque elle est électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache, La fiabilité de ce procédé est présumé, jusqu'à preuve contraire, lorsque la signature électronique est créée, l'identité du signataire assurée et l'intégrité de l'acte garantie, dans des conditions fixées décret en conseil d'État ».

²³³-خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 244.

²³⁴-المرجع نفسه، ص 245.

²³⁵-علاء محمد عيد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص

ب. لم يشترط أن يكون التوقيع مرتبطاً بشكل مادي بالسجل الذي يقع عليه، بل اكتفى بارتباطه بالسجل ارتباطاً منطقياً كونه وارد بشكل إلكتروني بخلاف حالة الإمضاء الخطي الذي يلحق بالكتابة.

أما في تعريف قانون المعاملات الإلكترونية الموحد فنلاحظ فيه ما يلي:

أ. لم يحدد صور التوقيع الإلكتروني بل اكتفى بأن يكون التوقيع في شكل إلكتروني فقط أياً كان هذا الشكل، على عكس القانون الفيدرالي الذي أعطى أمثلة لصور التوقيع.

ب. اشترط هذا القانون أن يكون التوقيع مرتبطاً بسجل إلكتروني فقط، فلا يمكن استخدام التوقيع الإلكتروني حيث يكون مرتبطاً بسجل عادي²³⁶.

3. في القانون الانجليزي:

نصت المادة 1/7 من قانون الاتصالات البريطاني لعام 2000 ، على أنه في مسائل الإثبات القانوني يعتبر توقيعاً، التوقيع المرتبط بأية وسيلة اتصالات إلكترونية، وأنه شهادة تفيد توقيع صاحبها أنهما مقبولان كدليل إثبات في أية منازعة تتعلق بالتوقيع أو البيانات²³⁷.

4. في القانون السويسري:

عرفت المادة الثانية من القانون الفيدرالي السويسري لعام 2004 التوقيع الإلكتروني على أنه: "المعطيات الإلكترونية مجتمعة أو مرتبطة منطقياً بمعطيات إلكترونية أخرى تستخدم في التحقق من مصداقيته" وهو حسب القانون السويسري التوقيع الذي يفي بالمتطلبات الآتية:

²³⁶ - علاء محمد عيد نصيرات، ، ص 26.

²³⁷ - إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص 62.

1- أن يرتبط فقط بصاحبه.

2- أن يسمح بالتعرف على الموقع.

3- أن يكون قد أنشئ بوسائل يحفظها الموقع تحت رقابته المنفردة.

4- أن يرتبط بالمعطيات التي يتعلق بها بحيث يمكن اكتشاف أي تغيير لاحق عليها.²³⁸

ثانيا: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية:

لقد أوردت معظم الدول العربية في تشريعاتها الخاصة بالتجارة الإلكترونية تعريفات حول التوقيع الإلكتروني، إذ جاءت تلك التعريفات على النحو التالي:

1. في القانون الأردني: عرف المشرع الأردني التوقيع الإلكتروني على أنه: "البيانات التي تتخذ هيئة حرف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"²³⁹.

2. في القانون المصري: عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني على أنه ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره²⁴⁰.

3. في القانون التونسي: لم يرد نص في القانون التونسي رقم 8 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية يتضمن تعريفا للتوقيع الإلكتروني، واكتفي فقط بتعريف العناصر المؤدية له، حيث تناولت المادة الثانية منه تعريف منظومة إحداث الإمضاء بأنها

²³⁸ - عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الإلكتروني، المرجع السابق، ص 106.

²³⁹ - أنظر المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

²⁴⁰ - أنظر المادة الأولى من القانون رقم 15 لسنة 2004، المتعلق بالتوقيع الإلكتروني في مصر.

"مجموعة وحيدة من عناصر التشفير الشخصية أو مجموعة من المعدات الشخصية المهيأة خصيصاً لإحداث إمضاء إلكتروني".

كما ورد في ذات المادة تعريف منظومة التدقيق في الإمضاء بأنها: "مجموعة من عناصر التشفير العمومية أو مجموعة من المعدات التي تمكن من التدقيق في الإمضاء الإلكتروني"²⁴¹.

4. في القانون الإماراتي: عرف القانون الإماراتي التوقيع الإلكتروني في المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه: "توقيع مكون من حروف وأرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقياً برسالة إلكترونية و مهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة"²⁴².

5. في القانون البحريني: عرف المشرع البحريني التوقيع الإلكتروني في المادة الأولى الفقرة 2 من قانون التجارة الإلكترونية الصادر في 14-09-2002 بأنه: "معلومات في شكل إلكتروني تكون موجودة في سجل إلكتروني أو متينة أو مقترنة به منطقياً، ويمكن للموقع استعمالها لإثبات هويته"²⁴³.

6. في القانون الجزائري: بالرغم من عدم صدور قانون خاص يعني بتنظيم التجارة الإلكترونية في الجزائر، إلا أن المشرع حاول تدارك الوضع وذلك من خلال نص المادة 327 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على: "يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقع أو وضع عليه بصمة إصبغه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه، أما وراثته أو خلفه فلا يطلب منهم الإنكار ويكفي أن يحلفوا يميناً بأنهم لا يعلمون أن الخط أو الإمضاء أو البصمة هو لمن تلقوا منه هذا الحق".

²⁴¹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 212.

²⁴² - أنظر المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية الإماراتي، لدى وائل أنور بندق، موسوعة القانون الإلكتروني، المرجع السابق، ص 471.

²⁴³ - أنظر المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحرينية، انظر: وائل أنور بندق، موسوعة القانون الإلكتروني، المرجع السابق، ص 551.

يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 المذكورة أعلاه".

من خلال ذلك فإن المشرع الجزائري لم يعط تعريفا للتوقيع الإلكتروني، بل اكتفى بالإشارة لوظيفة التوقيع²⁴⁴، فيما اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني استكمالا لاعترافه بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني، كما أشار كذلك للتوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 3 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي رقم 162/07 حيث جاء فيها أن: التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، كما نصت المادة الثالثة من ذات المرسوم على أن التوقيع الإلكتروني المؤمن هو التوقيع الإلكتروني الذي يفي بالمتطلبات التالية:

- يكون خاصا بالموقع.

- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن إن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.

- يضمن من الفعل المرتبط به صلة، بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف

عنه.²⁴⁵

و على العموم أجمعت التشريعات العربية و الغربية على اعتبار التوقيع الإلكتروني التوقيع المكون من حروف أو رموز أو أصوات أو نظام معالج الكتروني يمكن من الوفاء بوظائف التوقيع المتمثلة أساسا في التعبير عن هوية الموقع وإرادته بالالتزام بمضمون التصرف.

ثالثا: تعريف التوقيع الإلكتروني لدى المنظمات الدولية:

1. تعريف التوقيع الإلكتروني في قانون الأمم المتحدة النموذجي:

²⁴⁴-علي فيلالي، المرجع السابق، ص307.

²⁴⁵--مرسوم تنفيذي رقم 162/07 مؤرخ في 30 ماي 2007، يعدل و يتم المرسوم التنفيذي رقم 123/01 و المتعلق بالنظام المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، ج ر رقم 37، صادر في 07 جوان 2007.

لم يرد في قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996، تعريف للتوقيع الالكتروني، إلا أن المادة السابعة منه حددت الشروط الواجب توافرها في التوقيع²⁴⁶، و لم يحدد معنى معين للتوقيع الالكتروني أو معيارا معيناً لمسائله الإجرائية واكتفى بالمبادئ العامة القائمة على فكرة إيجاد وسيلة تكنولوجية تحقق نفس المفهوم و الأغراض التي تحققها التوقيعات العادية²⁴⁷.

إلا أنه بتاريخ 5 جوان 2001، صدر قانون اليونسيترال النموذجي شأن التوقيعات الالكترونية، والذي عرف في المادة 6/أ التوقيع الالكتروني بأنه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة لرسالة البيانات و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

كما ورد في الفقرة "د" من هذه المادة تعريف الموقع بأنه: "شخص حائز على بيانات إنشاء توقيع، ويتصرف إما بالأصالة عن نفس وإما بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".

يتضح مما سبق أن هذا القانون قد وضح المقصود بالتوقيع الالكتروني، وحدد الشروط الواجب توافرها فيه على نحو يتفق مع مفهوم وشروط التوقيع التقليدي كما أنه

²⁴⁶ - تنص المادة 7 من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية على:

1. عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يستوفي ذلك الشرط من رسالة البيانات إذا:

أ. استخدمت فنية لتعيين هوية ذلك الشخص و التدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات.

ب. كانت تلك الطريقة جديدة التعويض عليها بالقدر المناسب للقرض الذي أنشأت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات و في ضوء كل الظروف. بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر.

2. تسري الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على

العواقب التي تترتب على عدم وجود توقيع.

²⁴⁷ - انظر: يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا المصرفية، المرجع السابق.

يستوي أن يكون الشخص الموقع شخصا طبيعيا أو معنويا ويجوز للشخص أن يقوم بالتوقيع بنفسه أو بواسطة شخص يمثله قانونيا²⁴⁸.

لقد وضعت لجنة الأمم المتحدة القواعد الموحدة بشأن التوقيع الإلكتروني وهي:

أ. عدم تحديد نوع الطريقة التي يتم بها استخدام التوقيع الإلكتروني، فاتحا المجال لإيراد أية طريقة تراها الدول ملائمة من ترميز أو تكوين أو تشفير أو أية طريقة أخرى تكون مناسبة.

ب. ركز التعريف على أية طريقة للتوقيع بحيث تحقق وظائف التوقيع من تحديد هوية الشخص الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون رسالة البيانات، ومن المؤكد أن كل توقيع أيا كانت الطريقة المستخدمة في إنشائه يجب أن يحقق تلك الوظائف²⁴⁹.

2. تعريف التوقيع الإلكتروني في توجيهات الاتحاد الأوروبي:

صدر التوجيه الأوروبي رقم 99-1993 بشأن التوقيع الإلكتروني بتاريخ 13 ديسمبر 1999²⁵⁰، وجاء متضمنا النصوص القانونية المنظمة للتوقيع الإلكتروني من مختلف جوانبه، فأورد في تعريفه للتوقيع الإلكتروني من خلال نص المادة 1-2 والتي تنص على أن التوقيع الإلكتروني عبارة عن: "بيان أو معلومة معالجة إلكترونيا ترتبط

²⁴⁸ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 207.

²⁴⁹ - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 23.

²⁵⁰ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 208.

منطقيا بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى (كرسالة أو محرر) والتي تصلح كوسيلة
لتمييز الشخص وتحديد هويته²⁵¹.

أضفى هذا التوجيه على التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات، كما تبني
مفهوما موسعا للتوقيع الإلكتروني حيث جاء عاما وشاملا لجميع صور التوقيع، والتي من
شأنها أن تحدد هوية صاحب التوقيع وتميزه عند استخدام تقنيات الاتصال الحديثة²⁵²، كما
أن هذا التوجيه ميز بين نوعين من التوقيع الإلكتروني: التوقيع الإلكتروني المتقدم (La
signature électronique avancée) والتوقيع الإلكتروني البسيط (La
signature électronique simple).

أ. التوقيع الإلكتروني البسيط: هو الذي يرد في شكل "معلومات على شكل
إلكتروني متعلقة بمعلومات إلكترونية أخرى ومرتبطة بها ارتباطا وثيقا ويستخدم أداة
للتوثيق".

ب. التوقيع الإلكتروني المتقدم: هو عبارة عن توقيع إلكتروني يشترط فيه أن يكون:
- مرتبط ارتباطا فريدا من نوعه مع صاحب التوقيع.
- قادرا على تحقيق (تحديد) صاحب التوقيع والتعرف عليه باستخدامه.
- تم إيجاده باستخدام وسائل يضمن فيها صاحبه السرية التامة.
- مرتبط مع المعلومات المحتواة في الرسالة حيث أنه يكشف أي تغيير في
المعلومات.

بذلك فقد ميز التوجيه بين التوقيع الإلكتروني البسيط والمتقدم، فالمتقدم يتمتع بكافة
المزايا التي يتمتع بها التوقيع التقليدي، بينما التوقيع الإلكتروني العادي (البسيط) فيتمتع
بدرجة أقل من التقدم من حيث الحجية القانونية (كما سنراه لاحقا).

²⁵¹ - يمكن الحصول على نص هذا القانون على الموقع:

<http://eur-lex.europa.eu/lex uriserv/...>

²⁵² - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 208.

يمكن ملاحظة أن تعريف التوقيع الإلكتروني العادي يشبه تعريف اليونسيترال²⁵³.

ما يلاحظ على هذا التوجيه أنه أعطى تعريفا وصفيا للتوقيع، يسمح بالاعتراف به بمجرد أداءه لوظائفه وهي تمييز وتحديد هوية الموقع، والتعبير بوضوح عن الرضا والقبول بمضمون المحرر الذي تم إصدار التوقيعات بشأنه، والالتزام بما يترتب عليه من آثار قانونية، طالما تم تأكيد سلامة المحرر وعدم العبث بمحتوياته، وانتسابه لموقعه، كما أنه قد أنشأ قرينة قانونية بسيطة على صحة التوقيع وحجيته القانونية في الإثبات، بشرط أن يتم تقديم شهادة باعتماد التوقيع من جهة متخصصة تخضع في إنشاءها وممارستها لعملها لرقابة الدولة²⁵⁴.

رابعا: تعريف التوقيع الإلكتروني في الفقه والقضاء:

1. التعريف الفقهي للتوقيع الإلكتروني:

التوقيع الإلكتروني كمصطلح عبارة عن تقنية عامة تتعلق بكافة الطرق التقنية التي تسمح للشخص بتوقيع وثيقة إلكترونية، عن طريق مجموعة من الأرقام أو الرموز أو الإشارات التي تمزج مع بعضها البعض عن طريق عمليات حسابية معقدة تعطي في الأخير كود سرّي أو "رمز أو شفرة" خاصة بالشخص الموقع له طابع منفرد، يسمح بتحديد شخصيته ويميزه عن غيره، وحل هذا الكود محل التوقيع بخط اليد والذي انتشر استخدامه كثيرا في التعاملات البنكية الدولية، وهو ما جعل البعض يرى بأنه توقيع إجرائي باعتباره يستند للعديد من الإجراءات التقنية المحددة التي تؤدي في النهاية إلى نتيجة وهي "الكود" مما جعلهم يسمونه التوقيع الكودي أو الرقمي، ويعرف عند البعض بأنه: "مجموعة من الإجراءات التقنية التي تمكن من تحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بشأنه"²⁵⁵.

²⁵³ -علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 24.

²⁵⁴ -سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 209.

²⁵⁵ -حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 285.

يعرفه جانب من الفقه بأنه: "هو الذي يقوم على مجموعة من الإجراءات والوسائل التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام، إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً يجري تشفيرها باستخدام خوارزم المفاتيح، واحد معن (عام) والأخر خاص بصاحب الرسالة".

هذا ويلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أ. ركز على الوسيلة التي يتم بها إنشاء التوقيع مثل الرموز و الأرقام.

ب. أبرز النتيجة المترتبة على ذلك وهي إخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب التوقيع، والمقصود هنا التوقيع الإلكتروني الوارد في رسالة إلكترونية دون غيره.

ج. ركز على التوقيع الرقمي والذي هو أحد صور التوقيع الإلكتروني والذي يقوم على تشفير المفتاح العام والخاص²⁵⁶.

بينما انطلق بعض الفقه في تعريف التوقيع الإلكتروني من تعريف التوقيع التقليدي ذاته، باعتباره علامة يتميز بها الشخص عن غيره وتعبّر عن رضائه بالتصرف، وبالتالي التوقيع الإلكتروني ما هو إلا توقيع حسب المفهوم التقليدي يقوم بنفس الوظائف التصديقية، لكن ما يميزه هو أنه ليس من اختيار الشخص بل يوضع وفقاً للوغاريتم يقوم بتشفير التوقيع وإعادة فكّه، وقریباً من ذلك عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه: "ضغط رسالة بتشفير هذه الرسالة المضغوطة برمز سري خاص بموقع الرسالة".

نستخلص من ذلك بأن مسألة وضع تعريف فقهي دقيق للتوقيع الإلكتروني ارتكزت في الأساس على بعض المحاولات المرتكزة على تحديد الوظيفة المزدوجة المتمثلة في تحقيق الشخصية والرضا كتعبير عن الإرادة، لذلك عرفه البعض على أنه: "علامة مميزة وشخصية تسمح بتفريد القائم بها وتترجم بدون غموض إرادة الرضا"، وبالتالي ما هو إلا

²⁵⁶ - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 30.

علامة تربط بين شخص وتصرفه وتسمح بالتحقق والوثوق من صاحب التصرف ويعكس إرادته الواضحة بالتصرف الموقع عليه.

يرى البعض بأن التوقيع الإلكتروني هو كل توقيع يتم بطريقة إلكترونية غير تقليدية، سيما وأن التوقيع لا يعتد بطابعه الخطي واليدوي، وإنما بالوظائف التي يقوم بها في التعريف بصاحبه، والتدليل على انصراف إرادته للالتزام بما تم التوقيع عليه، بالتالي يمكن للتوقيع أن يقوم بوظيفتين: الأولى عملية وهي التعريف بالموقع والثانية نظرية وهي التعبير عن رضا صاحبه بمحتوى المحرر الموقع حتى وإن أخذ التوقيع الشكل اليدوي، بالتالي متى حقق التوقيع هاتين الوظيفتين اعتبر توقيعاً سواء اتخذ الشكل اليدوي أو الإلكتروني²⁵⁷.

هناك أيضاً تعريف آخر للتوقيع الإلكتروني حيث قال بأنه: "مجموعة الإجراءات التقنية التي تسمح بتحديد شخصية من تصدر عنه هذه الإجراءات وقبوله بمضمون التصرف الذي يصدر التوقيع بمناسبته".

نلاحظ على هذا التعريف ما يلي:

أولاً لم يحدد صور التوقيع التي يمكن أن تكون توقيعات إلكترونية بل اكتفى بالقول بأنه مجموعة من الإجراءات التقنية أي (الإلكترونية)، وهذا كلام منطقي إذ لا داعي لذكر أشكال التوقيع الإلكتروني بل يكفي القول بأنه مجموعة إجراءات تقنية، حتى يسمح بالاعتراف بأية إجراءات تقنية متى كانت تتميز بكفاءة وقدرة على تحقيق وظائف التوقيع بدقة وأمان دون تحديد ذلك بصوت أو رمز حتى لا يقف ذلك في وجه أي تطور تقني يمكن أن يعتبر من قبيل التوقيع الإلكتروني²⁵⁸.

²⁵⁷ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 285-286.

²⁵⁸ - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 30-31.

يدأبرز هذا التعريف وظائف التوقيع الإلكتروني التي يجب أن تسعى إليها الإجراءات التقنية المعترف بها، وهي هوية الموقع والتعبير عن إرادته بالموافقة على مضمون السند الذي تم وضع التوقيع عليه.

لذا نرى أن هذا تعريف مانع، جامع، يفى بمتطلبات التوقيع الإلكتروني، ترك عمدا التفاصيل المتعلقة بصور التوقيع الإلكتروني وكيفية تحديد هوية الموقع للأنظمة التقنية التي تضعها الجهات المختصة، وعليه نرى بأنه تعريف ملائم للتوقيع الإلكتروني .

تعريف القضاء التوقيع الإلكتروني:

سلكت محكمة النقض الفرنسية في تعريفها للتوقيع الإلكتروني مسلك تعريفه على ضوء التوقيع التقليدي، فبعدما عرفت هذا الأخير بأنه: "شهادة بخط اليد تكشف عن رضا الموقع بهذا التصرف وتمكن من التحقق من إسناد التوقيع لصاحب الوثيقة"، قررت بشأن التوقيع الإلكتروني أن: "هذه الطريقة الحديثة (التوقيع الإلكتروني) تقدم نفس الضمانات التي يوفرها التوقيع اليدوي الذي يمكن أن يكون مقلدا، بينما الرمز السري لا يمكن أن يكون إلا لصاحب الكارت فقط"

حرص القضاء بعد ذلك في أحكامه على الاعتداد بهذا النوع الجديد من التوقيعات وبين بأنه يشكل توقيعاً صحيحاً يعتد به قانوناً، وعرفه بأنه: "كل رمز خطي مميز وخاص يسمح بتحديد وتشخيص صاحبه بدون لبس ولا غموض وانصراف إرادته الصريحة للالتزام بمحتوى ما تم التوقيع عليه."

لقد أقر هذا الاتجاه القضاء الفرنسي، وذلك من خلال حكم لمحكمة النقض الفرنسية صدر في 18/11/1989، بخصوص قبول التوقيع الرقمي في حالات الوفاء بالبطاقة البنكية، تطبيقاً لحكم محكمة النقض الفرنسية في حكمها السابق المشهور بقضية "كريدي كاس" أين أسست حكمها على أن قواعد الإثبات المنصوص عليها في المادتين 1134 و1341 من التقنين المدني الفرنسي اللتان تجيزان للأفراد مخالفة أحكامها باعتبارهما قاعدتين مكملتين غير أمرتين، كما قررت ذات المحكمة في تقريرها السنوي لعام 1989

أن: "التوقيع الذي يتم بتلك الإجراءات الحديثة (التوقيع المعلوماتي)، يقدم الأمان والضمان والثقة التي يقدمها التوقيع الخطي بل يفوقه بكثير، حيث أن الرقم السري للبطاقة البنكية لا يعرفه إلا صاحبها"، وهو الاتجاه الذي جاء من قبل محكمة استئناف مونتيليه في حكم لها بتاريخ 1987/04/05، حيث اعترفت بالتوقيع الإلكتروني وجاء في حيثيات الحكم: أنه طالما أن صاحب البطاقة هو الذي قام باستخدامها، وهو الذي قام أيضا بإدخال الرقم السري، فإنه يكون قد عبر عنه رضاه وقبوله سحب هذا المبلغ المسجل²⁵⁹، وبناءا عليه فإن شركة Credicas قد قدمت دليل كاف على ديونها بواسطة تسجيل الآلة لتلك العملية والتي كان يتعذر قبولها لو لم يكن استخدام البطاقة متزامنا مع إدخال الرقم السري.

غير أنه و استجابة لمتطلبات الدقة والفعالية والأمن في النظم المعلوماتية و قصد إضفاء مصداقية عليها، ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها نسبيا بتاريخ 1996/11/26 بشأن صحة المبادلات المالية المالية، حين قضت أنه بناءا على نص المادة 130 من التقنين التجاري الفرنسي، فإن التوقيع الصادر من الشخص الذي يدعي صحته وصلاحيته، لا يتم بمجرد ذكر الرقم السري في النص المرسل بواسطة التلكس إذ أن هذا الرقم لا يعدوا أن يكون المفتاح السري.

من مجمل هذه الأحكام يتضح بأن التوقيع الإلكتروني وسيلة حديثة لتحديد هوية صاحب التوقيع ووفائه بالتصرف القانوني الموقع عليه، وبالتالي يقوم بذات وظائف التوقيع التقليدي المعهود، كل ما هنالك أنه ينشأ عبر وسيط إلكتروني استجابة لنوعية المعاملات التي تعتبر بدورها إلكترونية، ووجب توقيعها إلكترونيا كونه لا مكان فيها للإجراءات اليدوية وأيا كانت الألفاظ أو العبارات المستعملة في تعريفه فإنها تتحد في المضمون وهو تحديد هوية الشخص الموقع وتمييزه عن غيره، حيث أن العبرة هي المساواة الوظيفية بين هذين النوعين من التوقيعات²⁶⁰.

²⁵⁹ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 286-287.

²⁶⁰ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 287.

المطلب الثاني:

صور التوقيع الإلكتروني ومدى تحقيقه لوظائف التوقيع:

تختلف صور التوقيع الإلكتروني باختلاف الطرق التي يتم إنشاؤه بها، لذلك هنالك التوقيع البيومتري الذي يعتمد على الحواس الذاتية للشخص وكذلك التوقيع الرقمي الذي يعتمد على الدالات الرياضية اللوغاريتمية والتوقيع بالقلم الإلكتروني، وهي توقيعات إلكترونية تتفق في الشكل والتعريف، وتختلف من حيث الطريقة المعتمدة في إنشائها . وهو ما سنتعرض له في (الفرع الأول)، إضافة إلى اختلاف صور التوقيع الإلكتروني فإنها تتفق جميعها من حيث الوظيفة المناطة لها وهي تتعلق أساسا بإثبات شخص الموقع والتعبير الصريح عن موافقته بالالتزام بالتصرف القانوني أو مضمون السند (الفرع الثاني).

الفرع الأول:

صور التوقيع الإلكتروني

تختلف أشكال التوقيع الإلكتروني باختلاف الطريقة المتبعة في إظهاره، فقد يتخذ شكل حروف أو أرقام أو أية رموز كانت، يختارها الشخص من لوحة الطابع كما قد يكون مجرد نسخ للتوقيع العادي أو عبارة عن وحدات ضوئية أو رقمية أو كهرومغناطيسية، وبمراجعة الوسائل الإلكترونية التي تضمنت طرقا تكنولوجية مختلفة نجد أن التوقيع الإلكتروني يتخذ أشكالا متعددة منها²⁶¹:

أولاً: التوقيع بالحواس الذاتية (البيومتري)²⁶²:

²⁶¹ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 254.

²⁶² - يسمى هذا بالعلم البيومتري (biometriology) ويقوم على أساس أن لكل شخص مميزات ينفرد بها من حيث بصمة اليد أو بصمة العين أو نبذة الصوت أو ملامح البشرة والوجه وغيرها من الحواس المميزة للشخص.

يتم التوقيع هنا باستخدام إحدى الخواص الذاتية للشخص (قزحية العين، بصمة الأصبع، بصمة الكف، بصمة الشفاه، بصمة الصوت)²⁶³، عند استخدام أي من البصمات المشار إليها كالأصبع أو العين أو الصوت يتم أخذ مسحة أو مقطع من تلك المميزات وتخزينها بصورة مشفرة في جهاز الكمبيوتر ، بحيث لا يجوز لغير صاحب هذه الميزة الدخول إلى النظام أو حتى استخدام الجهاز في الحدود المطلوبة²⁶⁴ ، وبالتالي منع أي استخدام غير قانوني أو غير مرخص به لأي معلومات أو بيانات سرية أو شخصية موجودة في نظم المعلومات الخاصة بإحدى الجهات ولما كانت الخواص الذاتية المميزة لكل شخص كبصمة الأصبع أو بصمة شبكة العين أو البصمة الصوتية تختلف عن تلك التي تميز غيره من الأشخاص، فإن النتيجة المترتبة عن ذلك تقضي بأن التوقيع البيومتري يعتبر وسيلة موثوق بها لتمييز الشخص وتحدد هويته، نظرا لارتباط الخصائص الذاتية به، الأمر الذي يسمح باستخدامها في إقرار التصرفات القانونية التي تبرم عبر وسيط إلكتروني، بيد أن التكلفة العالية نسبيا التي يتطلبها وضع نظام أمن في شبكات للمعلومات باستخدام الوسائل البيومترية، قد حدت من انتشارها إلى درجة كبيرة، وجعلته قاصرا على بعض الاستخدامات المحددة من قبل بعض الجهات كأجهزة الأمن والمخابرات، كما أنه على الرغم من إدعاء الشركات المصنعة للأجهزة البيومترية من أن نسبة الأمان التي توفره هي 100% إلا أنه تم اكتشاف حالات احتيال باستخدام البصمة الشخصية المقلدة أو ما يعرف بالبصمة البلاستيكية والمطاطية والتي لم تستطع بعض أجهزة التحقق البصرية المصنوعة من رقائق السيلكون كشفها أو تمييزها²⁶⁵.

²⁶³ - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 32.

²⁶⁴ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 256.

جدير بالذكر أنه وبتاريخ 2010/10/30، اعتمد على الخواص الذاتية لأول مرة في العالم في المجال الانتخابي، وذلك في الانتخابات الرئاسية بالبرازيل حيث اعتمدت الخواص البيومترية لتحديد هوية الناخبين والتصويت عن طريق جهاز كشف البصمات، للمزيد من التفاصيل راجع: البرازيل تنتخب رئيسا جديدا، مقال منشور عبر الموقع:

http://www.moheet.com/show_news.aspx?nid=418432&pg=2

²⁶⁵ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 254، ويذكر أنه قد بدأ بالفعل العمل على تطبيق هذا النظام في بريطانيا عندما أعلن وزير الداخلية البريطاني ذلك بتاريخ 2004/04/26، أنظر: عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 254.

ثانيا: التوقيع الإلكتروني اليدوي (بالحروف):

يقوم هذا التوقيع على أساس زيادة لوحة مفاتيح واحدة للوحة الموجودة على شبكة (MAC/Windows) وتحتوي كل لوحة على أماكن خاصة بالحروف، يحتل توقيع العميل مكانا واحدا منها ويتم وضع التوقيع اليدوي على هذه اللوحة ثم وضعه على الكمبيوتر وحمايته برقم سري ليتم استعماله عند الحاجة²⁶⁶.

يسمى البعض هذا التوقيع بالتوقيع بالقلم الإلكتروني (Pen Op)، ويتم نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي (Scanner)، تم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه لمنحه الثقة والتأكيد²⁶⁷، توفر هذه الطريقة كأحدى صور التوقيع الإلكتروني مزايا لا يمكن إنكارها وذلك لمرونتها وسهولة استعمالها، حيث يتم من خلالها وبشكل بسيط وييسر تحويل التوقيع التقليدي إلى الشكل الإلكتروني عبر أنظمة معالجة المعلومات ومما لا شك فيه أن استعمال هذه الصورة لإجراء التوقيع الإلكتروني يتسبب بالعديد من المشاكل أبرزها مسالة إثبات الصلة بين التوقيع ورسالة البيانات (المحرر الإلكتروني)، إذا ليس هناك في الوقت الراهن على الأقل، أي تقنية تتيح التحقق من التوقيع.

ثالثا: التوقيع باستخدام البطاقات الممغنطة المقترنة بالرقم السري:

تعتبر هذه صورة من صور التوقيع الإلكتروني الأكثر شيوعا لدى الجمهور، فاستخدامها لا يرتب عناء كثيرا ولا يتطلب خبرة معينة وبذلك تتيح هذه الطريقة إمكانية استخدامها لكل شخص، فهي لا تستلزم جهاز حاسب آلي خاص به، أو أن يكون جهازه

كما أن الصفات البيومترية قد يكون عرضة للتزوير من خلال تسجيل بصمته الصوت وإعادة بثها أو طلاء الشفاه أسوة بالأصابع بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية، كما يمكن وضع عدسات لاصقة يدويا على غرار بصمة العين (القرحلية) مما يدعو إلى القول بأن التزوير قرين بالتطور العلمي، إلا أنه لا يمكن منع = استخدام هذه الوسائل حيث أنه بإمكان الخبراء المختصين كشف التلاعب والتزوير، كما هو الحال عليه في التوقيع التقليدي.

²⁶⁶ - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 33.

²⁶⁷ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 255.

متصلا بشبكة الانترنت، فالبنوك ومؤسسات الائتمان تقوم بإصدار هذه البطاقات، وهي على أنواع، فمنها ما هو ثنائي الأطراف (العميل + البنك) بحيث يستخدمها العميل لإجراء عملية السحب النقدي من خلال أجهزة الصراف الآلي، ومنها ما هو ثلاثي الأطراف (العميل + البنك + طرف ثالث) حيث تخول حاملها وفاء ثمن البضائع من سلع أو خدمات والتي يحصل عليها من بعض التجار أو المحلات التجارية التي تقبلها بموجب اتفاق مسبق أبرمته مع الجهة المصدرة، وذلك يتم من خلال تحويل الثمن من حساب العميل المشتري (حامل البطاقة) إلى حساب التاجر البائع.

يتم استخدام البطاقة في عملية السحب من الصراف الآلي، عن طريق قيام العميل حاملها بإجراء عمليتين متزامنتين هما: إدخال البطاقة التي تحتوي على البيانات الخاصة بالعميل في فتحة خاصة موجودة في جهاز الصراف الآلي، ثم إدخال الرقم السري المخصص له، فإذا كان هذا الرقم صحيحا فإن بيانات الجهاز توجه العميل إلى تحديد المبلغ المطلوب سحبه وذلك بالضغط على مفاتيح خاصة، فيتم عندها صرف المبلغ المطلوب، وبعد ذلك تعاد البطاقة إلى العميل من نفس فتحة البداية، وفي حالة استخدام البطاقة للوفاء بثمن البضائع فإن مسؤول المحل (التاجر) يتولى أمر إدخال البطاقة عبر جهاز خاص موصول بنظم المعلومات الخاصة بالبنك وذلك للتأكد من وجود رصيد كاف يسمح بسداد الثمن، فإذا قام بإدخال الرقم السري الخاص في الجهاز تم سداد المستحقات في نفس اللحظة عن طريق التحويل من حساب العميل لدى البنك إلى حساب التاجر في نفس البنك أو في أي بنك آخر²⁶⁸.

تكمن دقة هذا النظام في كونه يشمل على رقم سري مميز لصاحبه، وبالتالي لو ضاعت البطاقة أو سرقت، لا يستطيع أي شخص استخدامها ما لم يكن على علم بالرقم السري، وهذا نادرا ما يحدث إلا بإهمال شديد من قبل حامل البطاقة الذي يمكن تفادي ذلك عن طريق مخاطبة البنك لوقف العمل بهذه البطاقة، وعدا ذلك فإن استعمال هذه البطاقة

²⁶⁸ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 248-249.

والرقم السري يحقق وظائف التوقيع بكفاءة عالية أكثر من الإمضاء والختم والبصمة على الرغم من أن الرقم السري ينفصل من صاحبه²⁶⁹.

رابعاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني (PEN-OP):

مبدأ هذه الطريقة عبارة عن قلم إلكتروني (PEN-Computer signature) يمكنه الكتابة على شاشة الكمبيوتر عن طريق برنامج هو المسير والمحرك لكل هذه العملية ويقوم هذا البرنامج بوظيفتين أساسيتين لهذا النوع من التوقيعات الأولى وهي خدمة النقاط التوقيع، والثانية وهي خدمة التحقق من صحة التوقيع²⁷⁰.

من خلال هذه العملية يتلقى البرنامج بيانات كاملة عن هذا الشخص، ثم يظهر بعد ذلك بعض التعليمات على شاشة الحاسوب ليلتبعها المستخدم حتى تظهر رسالة على الشاشة تطلب من المستخدم كتابة توقيعه باستخدام القلم الإلكتروني داخل مربع يعرض على الشاشة، وعندما يقوم المستخدم بتحريك القلم على الشاشة وكتابة توقيعه، يلتقط البرنامج حركة اليد، ويظهر التوقيع مكتوباً على الشاشة بسماته الخاصة من حيث حجم، وشكل الحروف، والمنحنيات، والدوائر، والخطوط والنقاط وغيرها من الصفات، بالإضافة إلى تحديد السرعة النسبية التي يجري بها وضع كل سمة معينة على الشاشة، ثم يظهر للمستخدم ثلاثة مفاتيح، الأول: للموافقة على شكل هذا التوقيع، والثاني لإعادة المحاولة والثالث لإلغاء التوقيع، وعندما يضغط المستخدم على أيقونة قبول التوقيع، يقوم الحاسوب بتجميع البيانات الخاصة بالمستخدم وبيان التوقيع وعدد مرات محاولة التوقيع، ثم يقوم بعد ذلك بتشفير جميع هذه البيانات، والاحتفاظ بها على نحو يتيح استرجاعها واستخدامها عند الضرورة²⁷¹.

²⁶⁹ - علاء محمد عيد نصيرات، المرجع السابق، ص 36.

²⁷⁰ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 255.

²⁷¹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 226.

تكمن مهمة التشفير هنا في الحفاظ على أمن وسرية التوقيع وحمايته من محاولات المتطفلين والعاثين، كما توفر هذه الطريقة من طرق التوقيع الإلكتروني مزايا لا يمكن إنكارها، نظرا لسهولة استعمالها، حيث يتم من خلالها تحويل التوقيع التقليدي إلى شكل إلكتروني مشفر غير أنظمة معالجة المعلومات.

إلا أن استعمال هذا النوع محفوف بالعديد من المخاطر و المشكلات، التي لم تجد طريقها للحل حتى الآن، خاصة ما يتعلق بإثبات العلاقة بين التوقيع والمحرر، حيث لا توجد تقنية تمكن من قيام هذه الرابطة، إذ يمكن للمرسل إليه الاحتفاظ بنسخة من التوقيع التي وصلت على أحد المحررات الإلكترونية، ثم يعيد وضعها على أي محرر إلكتروني آخر. ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الإلكتروني الفعلي، مما يؤدي إلى انعدام الثقة والأمان في هذه الطريقة، كما أن هذه الطريقة تتطلب وجود حاسوب قلبي ذو مواصفات خاصة، وهو غير متوفر بصورة كافية، بالإضافة إلى أنه يكلف مبالغ مالية طائلة، كما أن هذه الطريقة تستلزم أن يتم التحقق من صحة التوقيع في كل مرة يتم فيها التوقيع بهذه الطريقة، وهو الأمر الذي يتطلب ضرورة الاستعانة بإحدى الجهات التي تقدم خدمات التصديق الإلكتروني (سنتطرق إليها لاحقا)، وذلك للتحقق من شخصية المستخدم²⁷².

خامسا: التوقيع الرقمي:

يتم التوقيع الإلكتروني الرقمي بواسطة برنامج كومبيوتر خاص لهذه الغاية، و باستعماله فإن الشخص يكون قد وقع على رسالته تماما كما يوقع ماديا في عالم الأوراق و

²⁷² - المرجع نفسه، ص 226.

الوثائق الورقية، و يوضع التوقيع الرقمي على كافة الرسائل الالكترونية و العقود الالكترونية²⁷³.

يمثل هذا التوقيع رقما سريا لا يعرفه إلا صاحب التوقيع، حيث يتم هذا التوقيع في المراسلات الإلكترونية التي تتم بين التجار والشركات وفي بطاقات الائتمان والعقود الإلكترونية²⁷⁴.

يعرّف التوقيع الرقمي بأنه: "بيان أو معلومة يتصل بمنظومة بيانات أخرى أو صياغة منظومة في صورة شفرة (كود)، والذي يسمح للمرسل إليه إثبات مصدرها، و الاستيثاق من سلامة مضمونها، وتأمينها ضد أي تعديل أو تحريف".

أو هو: "عبارة عن وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات المتضمنة في محتوى الوثيقة"²⁷⁵، كما يمكن تعريفه أيضا بأنه طريقة اتصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الانترنت.²⁷⁶

حتى يتم التوقيع رقميا يجب أولا استخدام اللوغاريتمات لتحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام، ثم يتوجب ثانيا، و حتى يكتمل المحرر من الناحية القانونية وضع التوقيع عليه وهو ما يحدث بإضافة الأرقام إلى المعادلة الرياضية، حيث يكتمل المحرر عندئذ ويتم حفظه في ذاكرة جهاز الحاسوب، وبعد ذلك لا يستطيع أحد أن يعيد المحرر إلى صيغته المقروءة (فك التشفير) إلا الشخص الذي لديه المعادلة الخاصة بذلك، والتي يطلق عليها ما يسمى المفتاح²⁷⁷.

²⁷³ - فاخر عباس قادر، التجارة الالكترونية، بحث مقدم لنيل درجة دبلوم عالي في تكنولوجيا المعلومات، جامعة سانت كليمنت، 2007، ص31.

²⁷⁴ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 173.

²⁷⁵ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 257.

²⁷⁶ - محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الالكترونية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص39.

²⁷⁷ - بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 255.

تجدر الإشارة إلى أن نظام التشفير ليس جديدا حيث تم استخدامه من قبل المستهلكين والتجار في مجال المعاملات المصرفية، وذلك عن طريق نظام بطاقات الائتمان المصرفية، ومع ذلك فإن التنظيم التشريعي له في العديد من الدول لم يتم إلا حديثا، كما أن هناك العديد من الدول التي لم تبادر حتى الآن بإصدار تشريعات لتنظيم هذه الوسيلة خاصة دول العالم الثالث²⁷⁸.

لقد صدر في فرنسا أول مرسوم بشأن التعامل بوسيلة التشفير بتاريخ 18 أبريل 1939 تم تعديله بالمرسوم الصادر في 18 فيفري 1986، ثم صدر القانون رقم 1170/90 بتاريخ 1990، حيث تضمنت المادة 28 منه على تعريف التشفير بأنه: كتابة المعلومات في شكل رموز، باستخدام وسائل مادية أو معادلة آلية، بحيث يتعذر على الغير فهمها، وقد سمح هذا القانون للمشروعات الصغيرة والأفراد باستخدام التشفير بعد أن كان قاصرا على المجالات العسكرية والحكومية فقط، وبتاريخ 24 فيفري 1998 صدر المرسوم رقم 101/98 والذي وضع الضوابط المتعلقة باستخدام التشفير²⁷⁹.

وللتوقيع الرقمي مزايا عديدة نذكر منها:

1. يدل على الحقيقة أكثر من التوقيع التقليدي، بحيث يحدد التوقيع الرقمي الوثيقة التي تم توقيعها بشكل لا يحتمل التغيير.
2. يسمح بإبرام صفقات عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين، وهذا يساعد في نمو التجارة الإلكترونية.
3. هو وسيلة قانونية لتحديد هوية الشخص الذي قام بالتوقيع، والجدير بالملاحظة هو أن الرقم السري بمفرده لا يعد توقيعاً إلكترونياً مقابلاً للتوقيع التقليدي وإنما يعد توقيعاً

²⁷⁸ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 218.

²⁷⁹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 219.

إلكترونيا إذا تضمن تقديم البطاقة والاستعمال لبرنامج الآلة وفقا للتعليمات الواردة على الشاشة، ثم تركيب الرقم السري²⁸⁰.

إضافة إلى هذه المزايا تجدر بنا أيضا الإشارة إلى الموثوقية التي يتمتع بها التوقيع الرقمي، وتقدير هذه الموثوقية يكون عن طريق التحقق من صحته بإحدى الطريقتين التاليتين:

1. عن طريق سلطات التوثيق والتي تقوم بمنح شهادة رقمية لذوي الشأن تؤكد حجية إرسال الرسالة حيث يتم تخزين هذه الشهادة على الكمبيوتر (On line) ويمكن أن يصل إليها الجميع للتحقق من مطابقتها للأصل عبر التوقيع الرقمي للسلطة حيث يمكن التثبت منها بالمفتاح العام أو الخاص بالشهادة.
2. عن طريق قيام مستلم الرسالة بتشفير جزء من الرسالة باستخدام المفتاح العام المرسل وبرنامج التشفير المستخدم في تشفير الرسالة فإذا كانت النتيجة واحدة فهذا يدل على صحة الرسالة من المرسل²⁸¹.

الفرع الثاني:

تطبيقات التوقيع الإلكتروني:

أولا: البطاقات البلاستيكية (الممغنطة)

تسمى أيضا بطاقات الاعتماد أو ما يسمى بطاقات الدفع الإلكتروني، وهي عبارة عن بطاقات بلاستيكية مستطيلة الشكل، تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها وتوقيع حاملها بشكل بارز على وجه البطاقة، ورقمها واسم حاملها، ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحيتها، هذه البطاقة تمكن حاملها من سحب المبالغ النقدية من آلات سحب النقود، أو أن يقدمها كأداة وفاء للسلع والخدمات، أو قد تكون أداة للائتمان²⁸²، ولقد عرف استعمالها

²⁸⁰ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 174.

²⁸¹ - نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 175.

²⁸² - المرجع نفسه ، ص311.

انتشارا واسعا داخل وخارج شبكة الانترنت، وتحمل البطاقة رقما سريا ممغظا لا يعرفه سوى العميل نفسه، وكما هو الحال في التعامل الخارجي يمكن استعمال البطاقة والبيانات اللازمة، كتاريخ الصلاحية، واسم الجهة المصدرة للبطاقة، واسم المشتري ونوع البطاقة وغيرها من البيانات اللازمة للاستيثاق في المكان المخصص، فيقوم البائع عندئذ بتسجيل رقم البطاقة الظاهر وإدخاله عبر الجهاز الخاص بهذه البطاقات مع تسجيل القيمة المطلوبة ليستوفي حقه من الزبون، ولتأمين موثوقية هذه الطريقة التي لا تخلو من مخاطر القرصنة أو التلاعب سواء بسرقة البطاقات أو استعمالها من غير أصحابها، أو بسرقة أرقامها السرية والتعامل بها عبر الشبكة، لفقد جرى العمل على منح حاملي هذه البطاقات الراغبين باستخدامها عبر الأنترنت أرقاما سرية مضافة، لتكون بديلا عن التوقيع في دلالة على هوية صاحبها الشرعي وتأكيدا على سلامة إرادته في الالتزام والتعاقد، كما يتم الاستعانة بما يسمى التشفير أو التمييز بتحويل الأرقام السرية إلى بيانات غير مفهومة²⁸³.

يكون تطبيق التوقيع الإلكتروني على هذه البطاقات على النحو التالي:

1- إدخال البطاقة التي تحتوي البيانات الخانة بالعمل في الجهاز المخصص لها، وإذا كان التعامل بها عبر شبكة الانترنت يكون التعامل بإدخال البيانات التي يطلبها الجهاز (الحاسوب)*.

2- كتابة الرقم السري المخصص لصاحب البطاقة.

3- إصدار الأمر للقيام بالعملية المراد إتمامها وبالضغط على المفتاح المخصص يكتمل التعبير عن الإرادة في قبول إتمام العملية.

يستعمل الرمز السري لتعريف وإمضاء العمليات الحاسوبية عبر شاشة الكمبيوتر دون طبعها على الورق، ثم صبها في دفاتر إلكترونية تتم معالجتها من طرف مصالح المحاسبة، فيتحصل البنك على ميزانية دقيقة تبين له المدفوعات والواردات على المدى

²⁸³ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص311.

القريب والمتوسط، كما يستعمل موظفو البنك البطاقة الذكية مع الرمز السري لإمضاء أوامر الدفع المالية للعملاء التي تمر عبر أكبر شبكة عالمية (Swift) لنقل الأوامر التي تربط أكثر من 90% من بنوك العالم، وبناءا على ذلك فإن كل بطاقة بلاستيكية تعمل عن طريق إدخال الرقم السري الذي لا يعلم به سوى العميل الذي يلتزم به سراً، والذي يعتبر بديلاً للتوقيع اليدوي، وقد وضعت توجيهات أوروبية من أجل تسهيل عملية الدفع بالبطاقة.

لقد تعرض التوقيع الإلكتروني عن طريق الرقم السري للانتقاد بسبب احتمال تعرضه للسرقة والضياع عن طريق المتمرسين في الإلكترونيات والمعلوماتية، أو عن طريق اكتشافه بطريق الصدفة أو الحظ، وخاصة عند استخدامه في الشبكات المفتوحة، و يقال بأن هذا النوع من التوقيع ينفصل مادياً عن صاحبه مما يتيح استخدام البطاقات عن طريق أي شخص آخر يتمكن من الحصول عليها ويعرف الرقم السري الذي قد يحمله صاحبه في محفظته، أو يجبر على البوح به عن طريق العنف أو باستخدام عدسات تصوير مكبرة تتجسس على حاملي البطاقات عند استخدامهم لبطاقاتهم في الأماكن العامة²⁸⁴.

لكن لا يجب أن نتناسى بأنه وفي حالة ضياع البطاقة أو تسرب الرقم السري، يستطيع العميل أن يخطر البنك بوقف التعامل بالبطاقة، وكما أن الرقم سري عرضة للتزوير فإن التوقيع في صورته التقليدية كذلك هو الآخر عرضة للتزوير، وباعتراف الأنترنت، بلغ إتقان تزوير التوقيع التقليدي مرحلة متقدمة يصعب معها على الخبراء معرفة التزوير وحتى الشخص نفسه لا يستطيع التفريق بين توقيعه الأصلي والتوقيع المزور.

ثانياً: التوقيع الإلكتروني على الشبكات وسندات الشحن الإلكترونية

أ- التوقيع الإلكتروني على الشبكات الإلكترونية:

²⁸⁴ -علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص44-45.

الشيك هو ورقة تتضمن أمرا من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه- يجب أن يكون بنكا-بان يدفع بمجرد الاطلاع عليها مبلغا معيناً من النقود لشخص ثالث هو المستفيد²⁸⁵.

يعتبر الشيك من أهم الأوراق التجارية، وقد عرفه القانون الأردني بأنه: "محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون مصرفاً وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك (المستفيد) مبلغاً معيناً بمجرد الإطلاع على الشيك"²⁸⁶.

الشبكات الإلكترونية أو الآلية هي شبكات تصدرها الحاسبات الإلكترونية أو الآلية (الكمبيوتر)، يستغني فيها عن التوقيع الكتابي الذي يضعه مصدرها، أي الأمر بسحبها وإحلال رقم سري محل هذا التوقيع، وبذلك يقوم الرقم السري مقام التوقيع، وبواسطته يمكن التعرف على مصدر الشيك²⁸⁷.

يمكن القول بان الشيك الالكتروني هو محرر ثلاثي الأطراف معالج الكترونياً بشكل كلي أو جزئي، و هو شائع الاستعمال في مجال المعاملات الالكترونية، تعد البنوك في الشبكات الالكترونية طرفاً أساسياً في الوفاء بها و تحصيلها، و لما كانت البنوك تستعمل وسائل المعالجة الالكترونية للبيانات، فان الشيك يعد من أهم الأوراق التجارية التي تخضع لهذه المعالجة، و هو ملائم للأشخاص الذين لا يملكون بطاقات ائتمان²⁸⁸.

²⁸⁵ - مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، الأوراق التجارية و وسائل الدفع الالكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 239.

²⁸⁶ - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 46.

²⁸⁷ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 32/33.

²⁸⁸ - تقرر الإحصائيات بان 11 من المائة من جميع المشتريات عبر الانترنت تسدد بواسطة الشبكات الالكترونية، كما تشير هذه الإحصائيات إلى انه خلال الربع الثالث من سنة 2002 وحده تمت معالجة 1.46 مليار صفقة تجارية في = الولايات المتحدة الأمريكية وحدها بقيمة إجمالية تعادل 3.91 مليار دولار. لمزيد من التفصيل انظر: مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 350/351²⁸⁸ -

نظرا للإقبال الكبير والمتزايد على الشيكات، أصبحت هذه الأخيرة غير قادرة على مواكبة متطلبات الحياة الاقتصادية المبنية على السرعة والتعامل والإنجاز فكان اللجوء لوسائل أكثر سرعة ونجاعة²⁸⁹، تجسد الحل فيها باستخدام الشيكات الإلكترونية.

ب- التوقيع الإلكتروني على سندات الشحن الإلكترونية:

يعتبر سند الشحن الإلكتروني من أهم وثائق عقد النقل البحر، فهو إيصال يوقع عليه الربان إقرارا باستلامه البضاعة على متن السفينة، وعليه فإن السند يحرر لإثبات عقد النقل البحري وإثبات عملية شحن البضائع، ويحقق سند الشحن عدة وظائف، فهو أداة إثبات عملية الشحن طبقا لنص المادة 200 من قانون التجارة البحرية الأردني، ويعتبر سند الشحن دليلا لإثبات عقد النقل البحري ذاته، إذ أن القانون يلزم إثبات عقد النقل البحري بالبيينة الخطية أي بسند الشحن حسب المادة 198 من نفس القانون، وكذلك يمكن اعتبار سند الشحن دليلا يمثل ملكية البضاعة المشحونة ويقوم مقامها فيعتبر حامل السند²⁹⁰ (سند الشحن) في حكم الحائز للبضاعة.

باننتشار استخدام الوسائل التكنولوجية في مجالات التجارة الدولية، ظهرت سندات الشحن الإلكترونية، وهي سندات شحن تتم باستعمال وسيط إلكتروني، لذلك اعتمدت اللجنة البحرية الدولية القواعد المنظمة للإرسال الإلكتروني لسندات الشحن عن طريق نظام تبادل البيانات الإلكترونية، وتحاول هذه القواعد محاكاة وظيفة سندات الشحن القابلة للتداول في بيئة إلكترونية، وتتمثل أهمية هذه القواعد في السماح بالتحويل المتتابع لملكية البضاعة أثناء الرحلة عن طريق الرسائل الإلكترونية، فإذا عين الشاحن شخصا ما لاستلام البضاعة وأخطر الناقل بذلك وأكد الناقل وصول هذا الإخطار إليه، أصبح لهذا

²⁸⁹-حاولت بعض المؤسسات المالية تطويع كافة وسائل الدفع المعروفة لتناسب مع مقتضيات التجارة الإلكترونية، وقد جرى تطوير استخدام الشيكات الورقية إلى نظام الشيكات الإلكترونية، يعتمد تحويل الشيكات الورقية إلى شيكات رقمية على أساس الدراسات التي تمت في الولايات المتحدة والتي أوضحت أن البنوك تستخدم سنويا أكثر من 500 مليون شيك، والتي تتكلف إجراءات تشغيلها حوالي 79 سنتا لكل شيك، وتزايد أعداد الشيكات بنسبة 3% سنويا، وعندما أجريت دراسة عن إمكانية استخدام الشيكات الإلكترونية اتضح أن تكلفة التشغيل للشيك يمكن أن تنخفض إلى نسبة 25 سنتا بدلا من 79 سنتا وهو ما يحقق وفرا يزيد عن 250 مليون دولار سنويا في الولايات المتحدة فقط. (لمزيد من التفاصيل راجع: د/ قاسم النعيم، التجارة الإلكترونية بين الواقع والحقيقة، المرجع السابق).

²⁹⁰ -علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص49.

الأخير الحق في استلام البضاعة وأيضا التصرف فيها، ومن ثم يجوز له إتباع نفس الطريقة لتحديد المستلم الجديد للبضاعة وهكذا يجري التحويل المتتابع لملكية البضاعة²⁹¹.

أقرت اتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978 بجواز استخدام الوسائل الإلكترونية بحيث راعت هذه الاتفاقية دخول صورة جديدة للتوقيع بخلاف التوقيع بخط اليد، وذلك واضح من خلال المادة 14 الفقرة 3،2 حيث استلزمت حسب نص المادة 2/14 أن يكون سند الشحن ولكنها لم تشترط أن يوقعه الناقل بنفسه، بل اكتفت بأن يكون هذا التوقيع من يفوضه الناقل في ذلك، ومع أنها لم تشترط أن يكون هذا الشخص هو الربان إلا أنه إذا رفع السند ربان السفينة التي يتم عليها الشحن فالمفروض أن يوقعه لحساب الناقل.

ولقد أجازت المادة 3/14 أن يكون التوقيع بخط اليد أو بصورة مطبوعة أو بالتثقيب أو بالختم، أو بالرموز، أو بأي طريقة آلية أو إلكترونية أخرى بشرط أن لا يتعارض ذلك مع قانون الدولة التي يصدر فيها سند الشحن²⁹².

بذلك فإن اتفاقية هامبورغ تبنت صراحة التوقيع الإلكتروني في إصدار سندات الشحن لغرض مسايرة متطلبات التجارة الحديثة، التي تحتاج للسرعة من أجل زيادة وتيرة التبادل التجاري، وتجري عملية تحويل البضاعة عن طريق المفتاح الخاص الذي هو عبارة عن شفرة تقنية مثل التآليف بين مجموعة من الحروف أو الأرقام تكفل صحة وسلامة الإرسال الإلكتروني، أما الناقل فيعطي المفتاح لمن يحدده الشاحن كصاحب حق في استلام البضاعة، ويقوم هذا المفتاح مقام سند الشحن الورقي، ويتم تغيير المفتاح الخاص مع كل تحويل للبضائع، وعلى حائز المفتاح الخاص إخطار الناقل اعتزامه نقل حق البضاعة لشخص آخر، فيقوم الناقل بعد تأكيد الإشعار بإرسال وصف وخصائص البضائع إلى الحائز الجديد المقترح، وعندما يقبل يعطي مفتاحا خاصا جديدا، وهذا في كل عملية

²⁹¹ - المرجع نفسه، ص50، راجع كذلك د/ محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بيئة الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص67.

²⁹² - والتي يصطلح على تسميتها قواعد هامبورغ، وهي اتفاقية تم التوقيع عليها في 31 مارس 1988، ودخلت حيز النفاذ في 01 جانفي 1992، لمزيد من التفاصيل راجع عايض راشد عايض المريء، المرجع السابق، ص348.

تحويل للبضاعة، ويترتب عن اصدار مفتاح خاص جديد للحامل الجديد باعتباره في نفس الوضع كما لو كان حصل على سند الشحن الورقي.

يقوم الناقل بتسليم البضاعة للشخص الذي يكشف عن المفتاح الخاص الصحيح عند وجود حائزين لمفاتيح خاصة مخالفة لبعضها، أي يجعل كل حائز في وضع مماثل لحالة حصوله على سند شحن ورقي أصلي، وعليه فالمفتاح الخاص (التوقيع الإلكتروني) يحل محل التوقيع التقليدي في عملية إصدار سند الشحن وفي عملية تداوله²⁹³.

ثالثاً: التوقيع الإلكتروني في أجهزة الاتصالات الحديثة

1- التوقيع الإلكتروني عبر الانترنت:

إن أول مقام يستخدم فيه التوقيع الإلكتروني على الانترنت هو البريد الإلكتروني، إذ يعد البريد الإلكتروني وشبكة الويب مناطق استخدام للتوقيع الإلكتروني، فالبريد الإلكتروني يعتبر وسيلة للتعاقد الإلكتروني من خلال إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية موقعة بالطريقة التي تناسب التعاقدات، فيمكن استخدام التوقيع الرقمي أو التوقيع البيومترى أو غيرها، بالتالي تنشأ عقود إلكترونية باستخدام الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، ولقد أصبحت هذه الطريقة تستخدم كثيراً في العقود المبرمة على الانترنت من خلال ما يسمى تبادل البيانات إلكترونياً، وعليه فإن التوقيع الإلكتروني وخاصة الرقمي المدعم بشهادة إلكترونية، يعتبر وسيلة فعالة وناجحة للتحقق من شخصية المتعاقد والتعبير عن إرادته بالالتزام بمضمون الرسالة المرسلة عبر البريد الإلكتروني²⁹⁴.

لغرض تنمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ومواكبة التطور الهائل في استخدامها في كافة المجالات والأنشطة، تم التفكير في تطبيق تكنولوجيا التوقيع الإلكتروني والذي تكمن أهميته في زيادة مستوى الأمن والخصوصية في التعاملات، نظراً لقدرة هذه التقنية على حفظ سرية المعلومات والرسائل المرسلة، وعدم قدرة أي شخص آخر الإطلاع أو تعديل أو تعريف الرسالة، كما يمكنها أن تحدد هوية وشخصية

²⁹³ - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص50،51.

²⁹⁴ - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص57.

المرسل والمستقبل إلكترونيا للتأكد من مصداقية الشخصية مما يسمح بكشف التحايل أو التلاعب²⁹⁵.

اعتبرت المادة 13 وما بعدها من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الرسالة الإلكترونية، وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي، لكن المهم أن التوقيع على هذه الرسالة يتم إلكترونياً، وهذه إحدى تطبيقات التوقيع الإلكتروني، كذلك قانون البيئات الأردني المعدل أعطى لرسائل البريد الإلكتروني حجية السند العادي في الإثبات في المادة السادسة منه.

أما الاستخدام الثاني للتوقيع الإلكتروني عبر الانترنت فيكون عبر شبكة الويب، وذلك عندما يدخل الشخص الباحث عن بضاعة أو خدمة إلى موقع إحدى الشركات على الويب، ثم يجد السلعة المنشودة تحديداً في اللائحة التي تظهر على الشاشة، يضغط المستهلك على زر الموافقة ليجد نفسه أمام العقد النموذجي الموضوع على الويب والمتضمن الشروط والبنود العقدية، ويتم التعاقد عن طريق الويب إذا وافق الموجب له (الشخص) على الإيجاب المعروض عليه بالضغط بالمؤشر المتحرك على الخانة المخصصة للعقد المعروض على شاشة الجهاز، وحتى يستكمل العقد قدرته على الإثبات فإنه يتم وضع خانة يضع بها المتعاقد رقمه السري الخاص ببطاقته الائتمانية (كتوقيع وكوسيلة دفع)، ويمكن أيضاً استخدام الشهادة الرقمية التي تصدرها الشركات المتخصصة للتعريف بالأشخاص وبالموقع لكي يتسنى لكلا الطرفين التأكد من هوية الطرف الآخر، ويقوم الشخص باستخدام توقيعه الرقمي للموافقة على مضمون العقد²⁹⁶.

2- التوقيع الإلكتروني على التلكس:

يستخدم التلكس في مجالات عديدة كالبنوك، كذلك في المجالات البحرية ويعمل عن طريق ما يسمى بالتشفير المتناسق (المتماثل)، فهو يستخدم نظام النداء الراجع (call

²⁹⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، أمن مراسلات البريد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 84.

²⁹⁶ - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 85.

(back) ويقصد به أن رمزا معيناً يمكن أن ينتقل بين جهازين متصلين ببعضهما بخط واحد، وبهذا الأسلوب نفسه يمكن استلام النداء الراجع من أحدهما (Answer back) عند استخدام التلكس من طرف البنوك مثلاً، يقوم البنك بتحرير الأمر بالدفع ببرقية إلى البنك المستفيد يطلب منه دفع مبلغ معين مع ذكر تاريخ التحرير واسم المستفيد، ثم يوقعه بوضع عدد معروف بالمفتاح أو الشفرة على زاوية في البرقية وهو ناتج عن دالة رياضية تأخذ بعين الاعتبار جميع عناصر المتغيرات في التلكس، وتستند إلى قاعدة سرية لا يعرفها إلا البنك المرسل والبنك المستقبل، وحتى داخلهما لا يعرفها إلا الموظفون المخولون للإذن بالعمليات، يقوم البنك المرسل عند تلقي التلكس بحل المفتاح أو الشفرة حسب القاعدة المتبادلة وبالسرية المتفق عليها مع البنك العميل الأمر بالدفع، فإذا كان نفس العدد على البرقية أدرك أنها صادرة عن الأمر، فينفذ العملية بكل أمان، أما إذا اختلف العددين فيرفض انجاز العملية ويتصل بالبنك الأمر للتحقق من أمر البرقية، وبناء على ذلك فإن التلكس يعتبر بيئة آمنة لتبادل الرسائل، إذ أن استخدام التلكس يجري من خلال شبكة خاصة يتحكم في إدارتها ومراقبتها شخص وسيط محايد يقوم بدور شبيه بدور مكاتب البريد، فالوسيط يحدد هوية طرفي الرسالة، ويتحقق من تلقي جهاز المرسل إليه للرسالة ويؤرخ عملية الإرسال، ثم أن الوسيط يحتفظ بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة معينة، وهذه الإجراءات تكفل حداً أدنى من الأمان فيما يتعلق بعملية الإرسال والاستقبال، ومن كل ما سبق نجد بأن التلكس عبارة عن كتابة الكترونية، وحتى تكون له حجية وقوة في الإثبات لابد أن يكون موقعا، وهذا التوقيع هو التوقيع الإلكتروني عن طريق الرقم السري المتفق عليه بين الأطراف المستخدمين للتللكس.²⁹⁷

وفي حكم حديث صدر عن القضاء الإنجليزي عام 1995 في دعوى **Re a Debtor** ، اعتبر التوقيع على ورقة مرسله بالفاكس توقيعاً لعدم وجود ما يبزر التمسك بوضع التوقيع على ورق ، وأكدت على اعتبار التوقيع الإلكتروني على الفاكس توقيعاً في مفهوم قانون الإثبات، وقد سار القضاء الأمريكي على نفس الدرب فاعتبره توقيعاً، كذلك التوقيع بالأدلة الكاتبة على ورق الجهة المرسله والمرسل بالفاكس.

297 - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص ص 52، 54.

إن التوقيع ركن هام في المعاملات ، وهو أيضا ذا دور كبير في تحديد قيمة المحرر كونه يحدد هوية الموقع و يعبر عن إرادته، وكما رأينا فان التعريف التقليدي الخطي الذي له شروط و خصائص و وظائف نجدها متوفرة في التوقيع الالكتروني، هذا الأخير له مزايا أخرى إضافة إلى تمتعه بخصائص التوقيع التقليدي ،كونه يقوم أحيانا بالعمليات التجارية في ظرف وجيز و متزامن ،نعجز فيه حتى عن التفريق بين وقت إبرام و تحرير السند و توقيع، و يتخذ عدة صور و أشكال تميز توقيع عن توقيع آخر، لكنها لا تفقده صفة التوقيع و تبقى للتوقيعات الالكترونية المختلفة مزاياها و عيوبها المتباينة،و التي لها نوع من الأثر تحديد الحجية المقررة للتوقيع ، هته الحجية رهينة بمدى الثقة و الأمان اللتان يوفرهما التوقيع، و اللتان تمنحان الثقة للمتعاملين به و تمدان القاضي بالأساس الذي تستمد منه قناعاته ،كما سنرى .

المبحث الثاني

مدى موثوقية التوقيع الالكتروني

تثير الحجية القانونية للتوقيع الالكتروني ضرورة التعرض التالية: ماهيتها، نطاق أعمالها و متطلبات تحقيقها، و يلاحظ في هذا المجال أن الأصل في الإثبات يتطلب الرجوع إلى قواعد القانون المدني، لذا لجأ المشرع في كثير من الدول إلى تعديل بعض القواعد المتعلقة بالإثبات، واضطر إلى تكملتها بلوائح مستقلة أو تنفيذية، تضمنت قواعد تحقيق متطلبات هذه الحجية، لقد تضمن التشريع أسس معالجة متطلبات تحقق هذه الحجية، أو قد يترك هذه اللوائح التنفيذية ، و قد يتخذ موقفا محايدا بالنسبة للتقنيات المستخدمة في هذا الشأن.²⁹⁸

²⁹⁸ -علي رضا، التوقيع الالكتروني وسيلة للتوسع و إنماء التجارة الالكترونية، مقال منشور عبر الموقع:

ترتبط حجية التوقيع الالكتروني أساسا بمدى الحماية و الضمانة التي يوفرها للمعاملات الالكترونية ، و هي التي تضيف عليه المصدقية اللازمة كي يحظى بثقة المتعاملين به، و هو أمر يتعلق بمدى أدائه لوظائف التوقيع التقليدي و مدى نجاعته، لذلك كانت حماية التوقيع الالكتروني الحل الوحيد، وهي حماية قانونية تتمثل في وضع الأطر القانونية الكفيلة بتنظيم التوقيع الالكتروني و كيفية إصداره و التعامل به، من جهة ، اعتماد حل تقني يحمي التوقيع الالكتروني و من جهة أخرى، وذلك باعتماد نظم التشفير و التي بدورها تحتاج إلى إطار تشريعي ينظمها.

تجدر الإشارة أن إجراء الحماية باستخدام التشفير أو جهات إصدار التوقيع الالكتروني تخص فقط التوقيع الرقمي-التوقيع الالكتروني المتقدم-لان باقي أشكال التوقيع الالكتروني التي رأيناها لا يمكن تأمينها أكثر لان إصدارها لا يخضع لإجراءات معينة و لا تصدر بشأنها شهادات الكترونية، فالتوقيع البيومتري بقدر ما يوفره من أمان له عيوبه، كذلك التوقيع بالقلم الالكتروني و غيره من أشكال التوقيع الالكتروني كلها عرضة للاختراق و التزوير، و يبقى التوقيع الرقمي الأفضل بين أنواع التوقيعات الالكترونية و الأكثر ملائمة، خاصة لما يستعمل في الشبكات المفتوحة كالانترنت، لذلك سوف نتناول من خلال هذا المبحث مدى اعتبار التوقيع الالكتروني توقيعا، من حيث مستوى الأداء الذي يوفره مقارنة بالتوقيع التقليدي(مطلب أول)، إضافة إلى المصدقية التي يتمتع بها التوقيع الالكتروني من خلال تبيان مدى الضمانة التي يتمتع بها و مدى الحماية التي يوفرها للمعاملات الالكترونية(مطلب ثان).

المطلب الأول

ولتوضيح الضوابط الفنية و التقنية لحماية مصداقية التوقيع الالكتروني راجع: هشام محمد عبد الوهاب، الضوابط الفنية و <http://www.electronicsignature.gov.eg> للتقنية لإضفاء ذات الحجية القانونية للتوقيعات الالكترونية:

مدى مصداقية التوقيع الالكتروني

إن مصداقية التوقيع الالكتروني رهينة بمدى أدائه لوظائف التوقيع، والاعتراف التشريعي المقرر لحجية التوقيع الالكتروني، ذلك انه لا بد أن يكون التوقيع الالكتروني مضاهيا في مهامه للتوقع التقليدي دون أن يعاب، و أن يكون ممهورا باعتراف من قبل المشرع، يضيف عليه الحجية القانونية في الإثبات لذلك سوف تتعرض لمدى أداء التوقيع الالكتروني لوظائف التوقيع و مدى توفره على شروطه (فرع أول) ، كذلك الاعتراف التشريعي بحجيته في الإثبات، (فرع ثان).

الفرع الأول:

مدى تحقيق التوقيع الالكتروني لوظائف التوقيع و شروطه

إن الاعتراف بالتوقيع الالكتروني مقرون بتحقيقه لوظائف التوقيع المعروفة و المتمثلة في تحديد هوية الشخص الموقع و التعبير عن إرادته، و قصد التحقيق من ذلك لا بد من التحقق من قدرة التوقيع الالكتروني على تحقيق شروط التوقيع. فبعد أن رأينا بأن التوقيع الالكتروني هو شكل جديد من أشكال التوقيع المعروفة، كالتوقيع الخطي بالإمضاء أو بالختم أو بالبصمة، فإن التوقيع الالكتروني يجب أن يفي بشروط التوقيع التقليدي و المتمثلة في:

أولاً: مدى توفر شروط التوقيع في التوقيع الالكتروني

1- أن يكون علامة مميزة لشخص الموقع:

يمكن اعتبار التوقيع الالكتروني من قبيل العلامات المميزة للشخص وحده دون غيره فالتوقيع البيومتري القائم على الخصائص الذاتية للشخص، أو التوقيع بالرقم السري أو بالقلم الالكتروني أو التوقيع الرقمي، كلها علامات مميزة و محددة لشخص الموقع.

فالتوقيع البيومتري يقوم على أساس الخواص الذاتية للشخص الذي يتميز بها عن غيره، كذلك الرقم السري لا يمكن أن يشابه شخصا بنفس الرقم السري داخل النظام الواحد، فهو يميز كل شخص عن غيره، فلا يستطيع احد استخدام الرقم السري لشخص آخر و لا يمكنه أن يعرفه بأية طريقة إلا بإهمال صاحبه، كذلك التوقيع بالقلم الالكتروني، فإننا نجده مثل

الإمضاء العادي له قدرته على تمييز الشخص الموقع عن غيره، و يتمتع بقدر من الحماية، فلا يمكن انجازه إلا إذا طابق التوقيع بالقلم الإلكتروني التوقيع المخزن في ذاكرة الحاسوب، أما بالنسبة للتوقيع الرقمي فهو كالرقم السري خاص بصاحبه و يستطيع أن يميزه عن غيره، فهو يقوم على مفتاحين عام و خاص، المفتاح الخاص لا يعلمه إلا الشخص الموقع، و عند استخدام هذا التوقيع يستطيع الشخص الذي يصله التوقيع أن يتحقق من صحته بواسطة سلطات الإشهار التي تؤكد صحة التوقيع و عليه فلكل شخص توقيع رقمي مميز له²⁹⁹.

2- أن يكون التوقيع واضحاً و مستمراً:

يعد التوقيع شكلاً من أشكال الكتابة، بالتالي يخضع للشروط المقررة للكتابة من حيث إمكانية الاطلاع عليه و قرائه بشكل مباشر أو باستخدام الآلة، فيجب أن يتم تحريره بشكل يتيح الرجوع إليه لاحقاً، وهي شروط يمكن تحققها في التوقيع الإلكتروني كونه يشرك بيانات مختلفة يمكن قراءتها باستخدام الكمبيوتر، الذي يحتوي على برامج لها القدرة على ترجمة لغة الآلة التي تتكون من توافق و تبادل بين الأرقام، إلى لغة مقروءة للإنسان، أما الاستمرارية فهناك نوع من الشك نظر للطبيعة المادية و الكيميائية للحوامل الإلكترونية التي تتميز بالحساسية التي تجعلها دائماً عرضة للتلف السريع إلا أن هذه المشكلة قد تم التغلب عليها بالاعتماد وسائط أكثر جودة و لها القدرة على حفظ البيانات لمدة تفوق مدة حياة الورق.

3- اتصال التوقيع بالسند:

يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني متصلاً بالمحرر الإلكتروني حتى يمكن أن نثبت إقرار الموقع بمضمون السند، و هذا يكون أساساً بالاعتماد على كفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون المحرر المدون إلكترونياً، وبالتالي تأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع و من أهم هذه التقنيات، تقنية التوقيع الرقمي الذي يتمتع بنوع من الأمان يجعله ترتبط بالمحرر على نحو لا يمكن فصله و لا يمكن لأحد غير صاحب المحرر المدون على هذا النحو التدخل بتعديل مضمونه.³⁰⁰

299- علاء محمد نصيرات المرجع السابق، ص 65.

300- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 67.

من كل ما سبق فإن شروط التوقيع التقليدي كلها متوافرة في التوقيع الإلكتروني فهو يعتبر علامة مميزة لصاحبه و يتميز بالوضوح و الاستمرارية، كما أن يتصل بالسند المرفق بصفة لا تدع مجال للشك حول توافق مضمون السند و التوقيع.

ثانياً: مدى أداء التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع

كل توقيع يجب أن يحقق وظائف معينة، لكن هل يستطيع التوقيع الإلكتروني تحقيق وظائف التوقيع التقليدي؟ هو معيار يتم الاستناد على أساسه في تحديد المصادقية التي يوفرها التوقيع الإلكتروني مقارنة بالتوقيع التقليدي المعهود.

1- تحديد هوية الشخص الموقع:

الهدف من التوقيع هو تحديد هوية شخص الموقع، و يعد ذلك من الأمور الأساسية في عالم الإلكترونيات، خاصة في مجال الصراف الآلي والتلكس والشبكات المفتوحة مثل الانترنت، لا سيما التي تحتاج إلى وسيلة يتم بها التأكد من هوية المتعاقد عبر الانترنت و ذلك لقطع الطريق على منتحلي الشخصيات و على من هم دون سن الأهلية القانونية للتعاقد.³⁰¹ عند الكلام عن وظيفة تحديد هوية الشخص الموقع، و التي استند في تعريف التوقيع على أساسها و ضرورة توفرها، وبالرجوع إلى نص المادة 327ق.م.ج نجدها نصت على: **'يعتبر العقد العرفي صادراً ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...'**، فعبارة ما هو منسوب إليه أشارت بوضوح إلى أن طريقة التوقيع تدل و تحدد هوية الشخص الموقع، و كل شكل من أشكال التوقيع الإلكتروني يجب أن يحقق هذه الوظيفة، وهو فعلاً أمر متاح، فباستعراض صور التوقيع الإلكتروني، نرى بأنها قادرة على تحديد هوية الموقع خاصة إذا دعمت بوسائل توفر أكثر ثقة، وهنا قد يفوق التوقيع التقليدي من حيث الدقة و الفعالية، فالتوقيع البيومتري يقوم على أساس استخدام الخواص الذاتية للشخص لتحديد هويته، أما التوقيع بالأرقام السرية فهو قادر على تحديد هوية الموقع، فاستخدام البطاقة البلاستيكية ممكن لأصحابها وحدهم فقط، فالجهاز لا يستجيب لطلب السحب أو غيره إلا بعد التحقق من هوية حامل البطاقة و هنا يحل الرقم السري محل

³⁰¹ - غازي أبو عرابي، فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية و القانونية، المجلد 20، العدد الأول، 2004، ص174.

التوقيع التقليدي في تحديد هوية الشخص و واضح أن استخدام التوقيع بوسيلة تكفل تفرد و سرية و تأمينه يمكن أن يقوم بذات الوظائف التي يقوم بها التوقيع، ما دام التوقيع عبارة عن رقم سري لا يعرفه إلا صاحبه، فهو قادر على تحديد هويته، والشخص لا يستطيع أن ينكر استخدامه للبطاقة المقترنة برقمه السري الذي لا يعرفه غيره.³⁰²

أما التوقيع بالقلم الإلكتروني فهو كذلك قادر على تحديد هوية الموقع إن أحسن استخدامه، كون الحاسوب يحتفظ بميزات التوقيع كطريقة الضغط على القلم والسرعة و غيرها من المميزات التي تميز حركة يد الموقع، أما التوقيع الرقمي فهو يتمتع بقدر من الثقة و الأمان تجعلان استخدامه خاصة في الشبكات المفتوحة مثل الانترنت قادرا على تحديد هوية الموقع، فاستخدام مفتاح رقم قائم على مفتاح عام و آخر خاص يمكن الأفراد من تحديد هوية بعضهم، إضافة لإمكانية الاستعانة بسلطة التصديق التي تقوم بالتحقق من هوية الشخص الذي يستخدم شهادة رقمية تستطيع التعرف على الشخص و هويته، من خلال ما تحتويه من معلومات مهمة عن ذلك الشخص، بناء على ما تقدم يمكن القول بأن التوقيع الإلكتروني بصوره المختلفة قادر على تحديد هوية الشخص الموقع و يتمتع بقدر كبير من الثقة.³⁰³

2- التعبير عن إرادة الموقع في الموافقة على مضمون السند:

يفترض القانون أن مجرد وضع الشخص توقيع على مستند هو إقرار منه على ما ورد في هذا السند وهو بذلك يعبر بالتوقيع على موافقته عليه، إلا إذا أنكر ما هو منسوب إليه و دون ذلك فالتوقيع إقرار صريح بالموافقة على مضمون المستند.

لم يحصر التعبير عن الإرادة في وسيلة معينة، بل أن المشرع فتح المجال أمام أية وسيلة تكون قادرة على التعبير عن الإرادة، وبسبب التطور العلمي و التكنولوجي أصبح التعبير عن الإرادة يتم بأشكال توافق هذا التطور.

إن التوقيع الإلكتروني قادر على التعبير من الإرادة بدرجة أكثر من التوقيع التقليدي ذلك أن بعض أشكال التوقيع التقليدي كالختم و البصمة تدل على الشخص صاحبها لكنها لا

³⁰² - علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 69.

³⁰³ - غازي أبو غرابي، فياض القضاة، المرجع السابق، ص 175.

تعتبر دائما عن إرادته و إقراره بمضمون السند لأنها قابلة للتزوير و بالتالي لا تحقق هذا الدور على أكمل وجه بعكس التوقيع الإلكتروني، ففي التوقيع البيومترى الموقع لا يضع توقيعه، خاصة في مجال الصراف الآلي أو الانترنت إلا للدخول لنظام الصراف الآلي والقيام بالعملية المطلوبة وهو بذلك يعبر عن إرادته³⁰⁴، كذلك التوقيع بالرقم السري، فالشخص يقوم بنفس الأمر فهو عند إدخال الرقم السري لإتمام المعاملة، يعبر عن رضاه بإجرائها دون شك أو ريب في ذلك ولا يمكن لأحد أن يعبر عن إرادته عوضا عنه.

أما التوقيع الرقمي المبني على المفاتيح العام و الخاص، فقد استحدث أصلا لتوثيق مضمون الإرادة عبر الشبكات المفتوحة لمواجهة الاختراقات و القرصنة التي تؤدي لتحريف مضمون الرسالة، لهذا يستخدم نظام تأمين الشبكات و المعاملات و التحقق من صحة مضمون الرسالة الحاملة لإرادة الأطراف و هي أفضل وسيلة للتوقيع تضمن سلامة التعبير عن الإرادة و حمايتها.

الفرع الثاني:

الاعتراف التشريعي بحجية التوقيع الإلكتروني

تكتسي الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني أهمية بالغة في الإثبات الإلكتروني، وبالتالي في حماية حقوق المتعاملين عبر الوسائط الإلكترونية، لذلك كانت محل اهتمام المشرعين سواء على الصعيد الدولي أو الوطني.

أولا: في التشريعات الدولية

نظرا لأهمية و حساسية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، فإنه كان محل اهتمام المنظمات الدولية، و التي بذلت جهودا صبت نحو إقرار حجية للتوقيع الإلكتروني، ومن أهم هذه المنظمات نذكر منظمة الأمم المتحدة و الاتحاد الأوروبي.

1- منح التوقيع الإلكتروني الحجية القانونية في الإثبات وفقا لتوجيهات الاتحاد الأوروبي:

³⁰⁴ - المرجع نفسه ، ص 175.

وفقاً لنص المادة 2/5 من التوجيهات الأوروبية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، يجب على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي مراعاة التأثير القانوني للتوقيع الإلكتروني و قبوله كحجة في الإثبات ، لا يمكن أن يرفض لأحد الأسباب التالية:

- لأن التوقيع قد قدم في شكل الكتروني.
- لأنه لم يوضع على شهادة معتمدة.
- لأنه لم يوضع على شهادة معتمدة و مسلمة من أحد مقدمي خدمات التصديق على الشهادات المعتمدين.
- لأنه لم ينشأ بأمر بإنشاء هذا التوقيع.³⁰⁵

تحليل هذه الفقرة يتطلب الإشارة إلى أمرين مهمين من الناحية العملية:

الأولى: منحت الفقرة الأولى من المادة نفس الحجية القانونية الممنوحة للتوقيع الخطي للتوقيع الإلكتروني المقدم، أي الذي تم اعتماده و التصديق عليه من قبل الجهة المرخص لها بهذا العمل.

الثاني: لم تستخدم الفقرة الثانية من نفس المادة مصطلح التوقيع الإلكتروني المقدم، وبناء عليه يمكن تطبيق هذه المادة على التوقيع الإلكتروني البسيط قبل اعتماده من قبل مقدمي خدمات التصديق المعتمدين لدى الدولة، ومعنى ذلك أنه يتعين قبول هذا التوقيع الإلكتروني البسيط كدليل إثبات ولكن يجب أن نأخذ في الحسبان أنه عند حدوث ازدواجية في هذه الحالة بين توقيعين إلكترونيين، أحدهما بسيط و الآخر مقدم، تكون الأولوية لهذا الأخير لكونه يتمتع بعناصر أمان يمكن أن تمنحه هذه الأولوية.³⁰⁶

لقد أضفى هذا التوجيه على التوقيع الإلكتروني نفس الحجية في الإثبات الممنوحة للتوقيع التقليدي كما تبنى مفهوماً واسعاً للتوقيع الإلكتروني يشمل جميع صور التوقيع

³⁰⁵ -Voir art 5/2 de la directive 1999/93/CE du parlement européen et du conseil du 13 décembre 1999, op.cit.

³⁰⁶ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 55.

الإلكتروني، والتي من شأنها تحديد صاحب التوقيع و تمييزه عند استخدام تقنيات الاتصال الحديثة.³⁰⁷

2- منح التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات وفقا لقوانين اليونسيترال:

حددت المادة السابعة من قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، الشروط الواجبة توفرها في التوقيع الإلكتروني والمتمثلة في استخدام طريقة لتعيين هوية الشخص الموقع والتعبير عن موافقته على التصرف محل التوقيع و أن تكون هذه الطريقة جديرة بالثقة.

إلا أنه بصدور قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بتاريخ 2001/06/05، جاءت المادة السادسة منه لتتنص على أنه: " **حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص، يعد ذلك الشرط مستوفيا بالنسبة إلى رسالة البيانات إذا استخدم توقيع إلكتروني موثوق به بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت و أبلغت من أجله رسالة البيانات، في ضوء كل الظروف بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة...**".

"... يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقا به لغرض الوفاء بالاشتراط المشار إليه في

الفقرة 1 إذا:

- كانت بيانات إنشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

- كان أي تغيير في التوقيع الإلكتروني يجري بعد حدوث التوقيع قابلا للاكتشاف.

- كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها

التوقيع و كان أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت التوقيع قابلا

للاكتشاف..."

³⁰⁷ - يتكون هذا التوجيه من 15 مادة، متبوعة بأربعة ملاحق: يتعلق الملحق الأول بمقتضيات شهادة التوقيع الإلكتروني المعتمدة، و يتعلق الملحق الثاني بالشروط الخاصة بمقدمي خدمة التصديق الإلكتروني و إصدار الشهادات المعتمدة، فيما يتناول الملحق الثالث الشروط الواجب توفرها في إجراء التوقيع الإلكتروني، و وفقا لهذا التوجيه يتعين على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي اتخاذ الإجراءات اللازمة و تطوير قوانينها الداخلية للتماشي معه في مدة أقصاها ثمانية عشر شهرا من تاريخ نفاذ هذا التوجيه أي في تاريخ 2001/06/19.

من خلال نص هذه المادة يتضح جليا أن هذا القانون قد منح الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني و ربطت هذه الحجية بشرط الموثوقية في التوقيع الإلكتروني ودرجة الأمان التي يوفرها. فيما تركت للأشخاص حرية اختيار طرق إثبات موثوقية التوقيع الإلكتروني، وأهم ما في هذه المادة هو اعتبارها التوقيع الإلكتروني كفيلا و مستوفيا للمتطلبات القانون بوجود توقيع .

ثانيا: في التشريعات الوطنية

1- في التشريعات الغربية:

أ- في القانون الفرنسي:

لقد طبق المشرع الفرنسي الأحكام و التوجيهات الواردة بالتوجيه الأوربي رقم 93-1999 بشأن التوقيع الإلكتروني، لا سيما المادة 2/5، التي تنص على أن تلتزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بتطبيق أحكام هذا التوجيه فيها يتعلق بالتوقيعات الإلكترونية المتقدمة التي تعتمد على شهادة التوثيق، و اتخاذ الإجراءات التي توفر الأمان لبيانات التوقيع.³⁰⁸

تطبيقا لذلك صدر القانون الفرنسي رقم 230-2000 و الذي منح الحجية للتوقيع الإلكتروني و بتاريخ 30 مارس 2001 صدر المرسوم رقم 272-2001 و الذي يتضمن القواعد و الأحكام بشأن حماية و امن بيانات التوقيع الإلكتروني و بتاريخ 18 أبريل 2002 صدر أيضا المرسوم رقم 535-2002 الذي تضمن القواعد و الأحكام الخاصة بحماية و امن المنتهجات و أنظمة المعلومات.³⁰⁹

كما أن القضاء الفرنسي اقر و اعترف بصلاحيه التوقيع الإلكتروني و حجيتة في الإثبات من خلال حكم صدر بتاريخ 8 نوفمبر 1989 عن محكمة النقض الفرنسية، اقر بصلاحيه التوقيع الرقمي الذي يتم بواسطة شخص من خلال الرقم المستخدم في البطاقات الرقمية و هذا بالنسبة للاتفاقات المتعلقة بالإثبات.

³⁰⁸ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 210.

³⁰⁹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 210.

تكون الثقة في التوقيع الالكتروني و التي يستمد منها حجية الإثبات مفترضة عندما تراعي الشروط التي يتولى تحديدها مرسوم يصدر من مجلس الدولة الفرنسي³¹⁰، من خلال ما سبق يمكن القول بأن المشرع الفرنسي قد وضع مفهوما موسعا للتوقيع، ولم يفرق بين التوقيع التقليدي والتوقيع الالكتروني حيث يكون لكل منهما نفس الحجية القانونية في الإثبات طالما كان هذا التوقيع يميز صاحبه، و يتم بإجراءات آمنة تضمن سرية بيانات التوقيع³¹¹.

ب- في القانون الأمريكي:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من الدول السبّاقة لوضع تشريعات تعترف بالتوقيع الالكتروني ومنحه الحجية القانونية في الإثبات شأنه في ذلك شأن التوقيع اليدوي، فكان لولاية "يوتا UTAH" السبق في هذا المجال بإصدارها في الأول من ماي 5 عام 1995 قانون التوقيع الرقمي لتضفي بمقتضاه على التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات، طالما تم عن طريق نظام المفتاح العام، وتم توثيقه بشهادة الكترونية. بعد ذلك قامت عدة ولايات مثل: كاليفورنيا، فيرجينيا، جورجيا و تكساس بإصدار عدة تشريعات أضفت بمقتضاها الحجية القانونية على التوقيع الالكتروني طالما استوفى الشروط والمعايير التي حددتها هذه التشريعات³¹².

بينما اكتفت تشريعات ولايات أخرى في إضافتها الحجية القانونية على التوقيع الالكتروني بأي توثيق الكتروني يعززه، كولاية فلوريدا و ماساشوست. و قد بلغ عدد الولايات الأمريكية التي أصدرت تشريعات تعترف بالتوقيع الالكتروني و تمنحه الحجية في الإثبات 50 بالإضافة إلى التشريع الفيدرالي الصادر في 30 جوان 2000.

³¹⁰ - سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص 58.

³¹¹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 211.

³¹² - ابراهيم الدسوقي ابو الليل، المرجع السابق، ص 11.

ج- في القانون الألماني:

أصدر المشرع الألماني قانوني التوقيع الرقمي في 1997/11/01 و قانون خدمة المعلومات و الاتصالات 1997/11/05، حيث اعترف بالتوقيع الالكتروني ومنحة حجية الإثبات.

د- في القانون الإيطالي:

قامت ايطاليا بإصدار تشريعين حول التوقيع الالكتروني منحة قيمة ثبوتية و حجية قانونية ،وذلك من خلال تشريع التوقيع الرقمي في 1997/11/15 و تشريع ينظم قواعد شهادات التوثيق بتاريخ 1999/03/15.

لقد اتفقت كل التشريعات السابقة بخصوص إضفاء الحجية القانونية للتوقيع الالكتروني على ضرورة توافر شروط معينة تعزز هذا التوقيع وتوفر الثقة حتى يتمتع بالحجية القانونية في الإثبات، وانصببت كلها على ضرورة اقتصار التوقيع على صاحبه و خضوعه لسيطرته المطلقة وإمكانية التحقق من صحته إضافة إلى ارتباطه بالبيانات التي يثبتها.³¹³

2- في التشريعات العربية:

أ- في المملكة الأردنية:

تناول المشرع الأردني التوقيع الالكتروني بموجب القانون رقم 85 سنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية، وجاءت المادة السابعة من هذا القانون لتمنح التوقيع الالكتروني ذات الحجية القانونية المقررة للتوقيع التقليدي.³¹⁴، غير أن المادة 32-ب من نفس القانون اشترطت لمنح التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات أن يكون موثقاً. بنصها على "إذا لم يكن السجل الالكتروني و التوقيع الالكتروني موثقاً فليس له أية حجية".

كما اشترطت المادة 31 من هذا القانون كذلك أن يتوفر التوقيع الالكتروني على الشروط التالية:

1- تميز التوقيع بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة.

2- أن يكون التوقيع كافياً للتعريف بشخص الموقع.

³¹³ - المرجع نفسه، ص 172.

³¹⁴ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 212.

- 3- أن يتم إنشاؤه بوسائل خاصة بالشخص و تحت سيطرته.
- 4- أن يرتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توثيقه دون أحداث تغيير في التوقيع.³¹⁵

ب- في القانون المصري:

وفقا لنص المادة 14 من القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات، فإنه يكون للتوقيع الالكتروني في نطاق المعاملات التجارية و المدنية و الإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيع في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، وذلك متى روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في القانون، وهذا يتطلب ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، وأن يكون التوقيع تحت سيطرة الموقع وحده وكذلك إمكانية كشف أي تعديل أو تغيير في بيانات التوقيع الالكتروني³¹⁶.

ما يلاحظ من خلال نص هذه المادة هو قيام المشرع المصري بحصر حجية التوقيع الالكتروني على المعاملات المدنية و التجارية و الإدارية فقط و هو ما يعني عدم تطبيقية في غير هذه الأحكام كالزواج و الميزان و التبني و إنشاء الوصية.

ج- في القانون الإماراتي:

أسبغت المادة العاشرة من قانون إمارة دبي على التوقيع الالكتروني الحجية في الإثبات طالما كان محميا، ويكون كذلك إذا توافرت فيه المتطلبات التالية:

- 1- أن ينفرد به الشخص الموقع.
- 2- أن يمكن من إثبات هوية مستخدمة.
- 3- أن يكون تحت سيطرة الموقع التامة بالنسبة للإنشاء أو الاستعمال.
- 4- أن يرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة.³¹⁷

د- في القانون الجزائري:

³¹⁵ - علاء محمد نصيرات المرجع السابق، ص 132.

³¹⁶ - المادة 14 من القانون المصري رقم 5-2004، المرجع السابق.

³¹⁷ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 174.

لقد نصت المادة 327 ق م ج المعدلة بموجب القانون رقم 10/05 على اعتماد التوقيع الإلكتروني وفقا لشروط حددتها المادة 323 مكرر ، و التي بموجبها يعتبر التوقيع الإلكتروني كالتوقيع التقليدي المقام على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الموقع و أن يكون معدا و محفوظا في ظروف تضمن سلامته ، وبذلك يكون المشرع الجزائري قد تبنى موقف معظم التشريعات الحديثة التي اعترفت بالتوقيع الإلكتروني والتي أشارت إلى طبيعة النظام المستخدم و إلى إجراءات التوثيق المعتمدة و التي بتوفرها يعتبر التوقيع الإلكتروني موثوقا، و يعتبر دليلا كاملا قاطعا في الإثبات.

المطلب الثاني

الحماية الوقائية للتوقيع الإلكتروني

تمتع التوقيع الإلكتروني بالحجية القانونية يستلزم إجراءات إنشاء و رقابة موثوقة، و ذلك باعتماد الطرف الثالث الموثوق الذي يلعب دور ضامن لصحة التوقيع الإلكتروني، هذا الطرف يكون بدوره خاضع لرقابة الدولة و يتحمل المسؤولية عن أي إخلال بمهامه، مما يوفر جواً من الأمان لدى الأطراف في المعاملات الإلكترونية

الفرع الأول

جهات التوثيق الإلكتروني

لا يستلزم التطور الذي تعرفه التجارة الإلكترونية تطوير تقنيات جديدة للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وكذا الاعتراف القانوني بهما فقط، بل يستلزم كذلك إيجاد ضمانات كفيلة بإرساء الأمان القانوني ووضع الثقة فيهما، وذلك يكون من طرف جهات أخرى محايدة باعتبار المعاملات تتم بين أطراف متباعدة ولا تتعارف فيما بينها، وهذه الجهات هي مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية والتي 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 المعلومات³¹⁸، وتقوم كذلك بالتأكد من جدية الإرادة في التعاقد بين الأطراف وبعدها عن الغش والاحتيال، بالإضافة إلى تحديد مضمون الإرادة تحديداً دقيقاً، وكذلك مدى صحتها ونسبتها إلى من صدرت منه والتيقن من طبيعة التعاقد³¹⁹.

لذلك فإن دور هذه الجهات هو تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية كما سنرى، ولذلك تتمحور الدراسة في هذا المطلب على ثلاثة نقاط أساسية هي:

أولاً: تعريف جهات التصديق الإلكتروني:

جهات التصديق الإلكتروني أو الغير الموثق هي جهات معينة من قبل سلطات الدولة أو من قبل الأفراد، أو من جهات خاصة أخرى لغاية تأمين المعاملات الإلكترونية والتعامل بالتوقيع الإلكتروني، بحيث تعمل على إنشائه وإصدار شهادات تثبت صحته وتقوم بحفظها³²⁰، ولقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 هذه الجهات بأنها كل شخص قانوني طبيعي أو اعتباري يقوم بتقديم شهادات إلكترونية للجمهور أو يقدم له خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية³²¹.

من النصوص التشريعية التي تضمنت كذلك أعمال هذه السلطة المادة 2/هـ من قانون اليونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام 2001 حيث عرفت مقدم خدمة التصديق بأنه: "يعني شخصاً يصدر شهادات، ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية".

يعرفه جانب من الفقه بأنه: "أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية أو أية خدمات أو مهمات متعلقة بها وبالتوقيع.

³¹⁸ -حمودي ناصر، المرجع السابق، ص305.

³¹⁹ -إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص187.

³²⁰ -حمودي ناصر، المرجع السابق، ص306.

³²¹ -إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص180.

بينما يطلق عليها جانب آخر من الفقه اصطلاحاً: مقدم خدمات التصديق الإلكتروني تمييزاً لها عن جهات التوثيق العادية ويعرفها بأنها "شخص طبيعي أو معنوي يستخرج الشهادات الإلكترونية ويقدم الخدمات الأخرى المرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية، ويتضمن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، ويحتفظ بهذه البيانات مدة معينة، ويلتزم باحترام القواعد المنظمة لعمله والتي يتم تحديدها بمعرفة السلطة المختصة"، وهناك تعريف آخر يعرفها بأنها: "هيئة أو مؤسسة عامة أو خاصة تستخرج شهادات إلكترونية تكون بمثابة سجل إلكتروني يؤمن التوقيع الإلكتروني، ويحدد هوية الموقع باستخدام المفتاح العام، وتعتبر شهادة التصديق بمثابة بطاقة هوية إلكترونية تستخرج من شخص مستقل ومحاييد، مرخص له بمزاولة هذا النشاط"³²².

تجدر الإشارة إلى أن الاختلاف الفقهي في تعريف وتسمية هذه الجهات رافقه اختلاف التسمية المختارة لها من قبل معظم التشريعات والقوانين، فنجد قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001 سماها "مقدمو خدمات التصديق" وفقاً للمادة 2/هـ منه، واستخدم التوجيه الأوربي رقم 93/99 بشأن التوقيع الإلكتروني اصطلاحاً "مقدم خدمة التصديق الإلكتروني" في المادة 11/2، بينما المشرع التونسي سماها "مزود خدمة المصادقة الإلكترونية"، بينما استعمل المشرع الأردني مصطلح "مقدم خدمة التوثيق"، في حين نجد المشرع البحريني استعمل مصطلح "مزود خدمة الشهادات"، غير أن المشرع المصري أنشأ هيئة بموجب قانون 2004 الخاص بالتوقيع الإلكتروني أسماها "هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات"³²³، فيما تناولها المشرع الجزائري بصفة عرضية في المادة الثانية من المرسوم رقم 162/08 بالنص:

".... مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني: كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 03/2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلوكية،

³²²- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 306، 307.

³²³- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 307، أنظر كذلك المادة 2 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، أنظر كذلك المادة 01 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني.

المؤرخ في 05 أوت 2002 والمذكور أعلاه، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني³²⁴.

يلاحظ على هذه المهنة أنها تتشابه إلى حد كبير في بعض وظائفها التي سنراها لاحقا في هذه المدرسة مع مهنة الموثق (Notaire) المعروفة في الجزائر أو الشهر العقاري في بعض الدول العربية، على اعتبار أن كلا منهما يعد شاهدا محايدا ومستقلا عن العقد المبرم بين الأطراف، كما يقوم كل منهما بأداء عدد من الخدمات مثل التوثيق والسرية وحفظ وإثبات العقد المبرم بين الأطراف، ومع ذلك فهما يختلفان في أن الموثق الإلكتروني لا يعد موظفا عاما يتولى سلطة التوثيق وإثبات التاريخ، في حين أن الموثق العادي هو موظف عام طبقا لقانون السلطة العامة.

وتجدر الإشارة إلى أن السلطة التي يناط بها التوثيق بالإضافة إلى إنشائها بالوسائل التعاقدية وإعطاء هذا الاختصاص إلى هيئات خاصة، يمكن أن تنشأ بالوسائل التشريعية وذلك من خلال تدخل الدولة بإنشاء هيئة عامة يناط بها هذه المهام، مما يضيف نوعا من الثقة في التعامل عبر الانترنت³²⁵.

ثانيا: التصديق التشريعي لعمل جهات التصديق الإلكتروني:

ينسب للإتحاد الأوروبي بأنه أول من أصدر تنويه تشريعي بشأن عمل تلك السلطات (سلطة التصديق الإلكتروني) عندما حث الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي على التأكد من صحة الشهادات التي تصدرها، وألزمها في المادة 8 من التوجيه الصادر عام 1999 بضرورة التأكد من أن مقدمي خدمة المصادقة والجهات الوطنية أو المحلية تتولى مهمة اعتماد وتنفيذ المتطلبات المقررة في التوجيه الأوروبي رقم 95/AC/EC للبرلمان الأوروبي ومجلس أوربا بتاريخ 1995/10/24 بخصوص حماية الأفراد فيما يتصل بمعالجة البيانات الشخصية وحرية حركة هذه البيانات، كما ألزم مقدم خدمة التصديق الإلكتروني

³²⁴ - عادل أبو هشيمة محمد حوتة، المرجع السابق، ص197.

³²⁵ - المرجع نفسه ص198.

في الملحق II فقرة 6ب: استخدام أنظمة وتقنيات موثوق بها للحماية من أي تعديل، والتأكد من الأمن التقني والتشغيلي للعملية المدعومة بواسطتها.

أما قانون الاتصالات البريطاني لعام 2000 فقد ألزم وزير الدولة بأن ينشئ ويحتفظ بسجل للموردين المعتمدين لخدمات دعم المشفرة، بحيث يشتمل هذا السجل على ما يلي:

- أ- اسم وعنوان ذلك الشخص.

- ب- الخدمات التي على أساسها تم اعتماد هذا الشخص

- ج- شروط هذا الاعتماد.

كما ساهمت المؤسسة الأمريكية لنقابة المحامين في نشر الدلائل والأنظمة الخاصة بالمفتاح العام القومي، الأمر الذي حدا ببعض الشركات الخاصة مثل **Verising** الأمريكية للسير نحو خطوات عملية إلى الأمام، حيث جعلت من نفسها سلطة تصديق من أجل الإسراع في عملية نشر استخدام التجارة الإلكترونية، وليس فقط من أجل التصديق على الاتصالات، بل أيضا لمعرفة الكمبيوتر الذي أرسلت من خلاله الرسالة أو تم إجراء الاتصال به³²⁶.

أما في فرنسا فقد صدر الأمر رقم 102 بتاريخ 1998/02/24 المتعلق بضبط الشروط التي يخضع لها الغير موثق والمعروف بـ "الهيئات المعتمدة المسيرة لحساب الغير الاتفاقيات السرية للتشفير، وبين هذا الأمر كيفية بعث هذه المؤسسات والتزامها إزاء الأفراد والإدارة، ويرجع للوزير الأول إسناد الإذن لها بممارسة هذه الأنشطة بعد تقديم ملف يضمن به الالتزام بجميع الشروط ويكون مطابقا لدفتر الشروط المعد، وبعد استشارة الوزارات المعنية خاصة وزارة الدفاع ووزارة الداخلية، كما يبين هذا الأمر محتوى دفتر الشروط.

بينما صدر في تونس، الأمر رقم 501 لسنة 1997 المؤرخ في 1997/03/14 المتعلق بالخدمات ذات القيمة المضافة للاتصالات، حيث بين شروط إسناد الرخص لممارسة النشاطات ذات القيمة المضافة، لكن دون أن ينظم الالتزامات والمسؤوليات على

³²⁶ -إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، المرجع السابق، ص73-74.

المستوى المدني والجزائي، لكن بصدور قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي في 2000/08/09 فإنه تضمن بابا كاملا يتعلق بسلطات المصادقة، فحدد مهامها وضبط مسؤولياتها³²⁷.

ثالثا: مهام جهات التصديق الإلكتروني:

يمكن تلخيص المهام التي يقوم بها مزود خدمات التصديق فيما يلي:

أ- تحديد هوية المتعاملين في التعاملات الإلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية للتعاقد والتعامل، والتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته وكذا جديته وبعده عن الغش والاحتيال.

ب- تعقب المواقع التجارية على شبكة الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها، وإذا تبين لها عدم أمن أحد هذه المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسالة تحذيرية إلى المتعاملين معها توضح فيها عدم مصداقية هذه المواقع.

ج- تقوم بإصدار التوقيع الإلكتروني (الرقمي) وشهادة توثيق هذا التوقيع التي تشهد بمقتضاها على صحته ونسبته إلى من صدر عنه.

ويجب على جهات التوثيق إمساك سجلات خاصة بالتوقيعات الإلكترونية توضح فيها من الذي قام بهذه التوقيعات وما تم إلغاؤه منها، وما تم إبطاله، وكذلك ما تم إيقافه وتعليق العمل به.

إن السلطة التي تمنح الترخيص بإصدار هذه الشهادات - شهادات التوثيق الإلكتروني- هي سلطة واحدة لكن مصدري هذه الشهادات قد يتعددون وذلك بقيام الشركات التي تعمل في مجال خدمة الانترنت بوضع برامج إحداث التوقيعات الإلكترونية، ثم منح الشهادات بصحة هذه التوقيعات³²⁸.

³²⁷-حمودي ناصر، لمرجع السابق، ص310.

³²⁸-عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص103.

ولأننا بصدد دراسة موضوع الإثبات، ولأن هدف التوقيع الإلكتروني في مجال التجارة الإلكترونية هو بالدرجة الأولى تأمين المبادلات الإلكترونية من خلال التأكد من شخصية الموقع، والتأكد من سلامة وتكامل محتوى الرسالة، مما يضيف جو من الأمان والثقة في المبادلات، ويكون ذلك عن طريق اعتماد تقنيات التشفير التي تخص المعاملات الإلكترونية من الاختراقات والتلاعبات، وذلك من خلال سماحها للمتعاملين الذين لا يتعارفون ويتعاملون عبر الشبكات الإلكترونية من التعرف على بعضهم، ذلك أن هذه التقنية هي تقنية التشفير تحمي الرسالة الإلكترونية وكذلك التوقيع الإلكتروني لاعتمادها على تقنيات فائقة لتحديد شخصية المتعامل. (كما سنرى ذلك في المطلب الأول)

بالإضافة إلى هذا تقوم جهات التوثيق الإلكتروني بتزويد المتعاقدين في مجال التجارة الإلكترونية بشهادات التوثيق الإلكتروني، وهي تلك الشهادات التي تثبت نسبة التوقيع الإلكتروني إلى الشخص مصدره استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة³²⁹، وتقدم هذه الشهادات الدليل على أن صاحب الشهادة هو الشخص صاحب المفتاح العام، وشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب لمن أصدره، ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه باعتباره دليل إثبات يعول عليه.

إضافة إلى تقديم مجموعة من المعلومات عن هوية الشخص الموقع وعن سلطة التصديق التي أصدرتها، والمفتاح العام وتاريخ إصداره وانتهاء صلاحية الشهادة، وحدود مسؤولية مصدرها، ومعلومات أخرى بحسب مستوى الشهادة والغرض من إصدارها وحجم الصفقات التي يستخدم فيها المفتاح³³⁰.

إن الغرض من شهادة التوثيق الإلكترونية هو تأكيد أن التوقيع الإلكتروني أو الرسالة الإلكترونية بصفة عامة صادرة ممن نسبت إليه، وأن توقيعه صحيح، كما تؤكد الشهادة أن البيانات الموقع عليها بيانات صحيحة صادرة عن الموقع، ولم يتم التلاعب فيها، فلم يطرأ

³²⁹ - حمودي ناصر ، المرجع السابق، ص311.

³³⁰ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص183، كذلك: عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص64.

عليها أي تبديل سواء بالحذف أو بالإضافة أو التغيير، فهذه البيانات تصبح موثقة ولا يمكن إنكارها.

ويمكن التحقق من المعلومات السابقة عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه الشهادة الإلكترونية، والذي يكون مذكورا في الشهادة نفسها نظرا لارتباطها بين هذا المفتاح العام والمفتاح الخاص لصاحب الشهادة.

ويجب في شهادة التصديق الإلكتروني أن تستجيب لمقتضيات السلامة والوثوق بها، ويتم ذلك باستخدام أنظمة معلوماتية متطورة تحقق الأمن وتخلق الثقة لدى من يتعامل معوَّلا على هذه الشهادة³³¹.

في الواقع فإن هناك عدة مستويات لشهادة التصديق التي تصدرها سلطات التصديق تبعا لنوع الوثائق الثبوتية المعتمدة للتأكد من الشخصية، فوفقا لشركة (Belsing) وهي إحدى شركات سلطات التصديق العالمية، فإن هناك ثلاثة مستويات من شهادات التصديق:

المستوى الأول (الأدنى) يتطلب إصداره من المشترك، أن يقدم عنوانا إلكترونيا صالحا للاستعمال ليتم إصدار شهادة مجانية تستعمل في معاملات ذات قيم مالية منخفضة، في حين أن المستوى الثالث (الأعلى) يتطلب من المشترك الحضور أمام سلطة تسجيل محلية وبحوزته وثائق الثبوتية قبل إصدار شهادة توثيق له يمكن استعمالها في معاملات مالية ضخمة.

كما أن شهادات التوثيق قد تختلف أيضا من حيث وظيفة كل منها، فهناك شهادات تعرف فقط بشخصية المشترك دون تقديم بيانات أخرى، وشهادات تصدر لكي تستعمل في تعامل واحد فقط، وشهادات أخرى تستعمل من قبل أشخاص مخولين للتوقيع على شركة أو هيئة معينة³³²، إلى جانب ذلك وإضافة إلى شهادة توثيق التوقيع، هناك شهادات أخرى تتنوع بحسب الهدف منها، ومن أمثلة ذلك:

³³¹-إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص184.

³³²-عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص65.

أ- شهادة **Digital time stamp** التي توثق تاريخ ووقت إصدار التوقيع الرقمي، حيث يقوم صاحب الرسالة بعد التوقيع عليها بإرسالها إلى جهة التوثيق التي تقوم بتسجيل التاريخ عليها وتوقيعها من جهتها ثم تعيدها إلى مرسلها.

ب- شهادة الإذن **Authoring Certificate** وبمقتضاها يتم تقديم معلومات إضافية عن صاحبها، مثل عمله ومؤهلاته والترخيصات التي يملكها.

ج- شهادة البيان **Attesting Certificate** : والتي تفيد في بيان صحة واقعة معينة أو حدث ما وقت وقوعه³³³.

وغالبا ما تصدر الشهادة لفترة محدودة، وبمجرد انتهاء مدتها فإنها تصبح غير قابلة للاستعمال، حيث يتم غالبا رفضها تلقائيا من قبل برمجيات المستقبل، ولهذا فإن سلطات التصديق غالبا ما تقوم بإعداد ونشر قائمة بالشهادات الصالحة للاستعمال وأخرى للشهادات التي تنتهي فترة استعمالها أو تصبح غير صالحة للاستعمال لأسباب أخرى، كما يمكن أن يتم إبطال مفعول الشهادة أو إلغاؤها في بعض الحالات كما هو الحال عندما يفقد صاحب الشهادة السيطرة على مفتاحه الخاص أو يتم كشفه، حيث يقع على عاتقه في مثل هذه الحالة إبلاغ سلطة التصديق، أو الجهة المزودة بالتوقيع الرقمي، وذلك حتى يتم إلغاءه ونشر وإعلان ذلك إلكترونيا من خلال سلطة التصديق تحت طائلة تحمل الطرف المقصر المسؤولية تجاه أي متعامل حسن النية يستند إلى شهادة التصديق التي لم يتم إلغاؤها³³⁴.

رابعا: مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني:

إن الحديث عن مسؤولية مقدم خدمة التصديق يطرح نفسه عندما يخل القائم بهذه الخدمة بأحد الالتزامات المفروضة عليه، هذه المسؤولية تكون غاية في الأهمية عندما يوجد خطأ في الشهادة، مع ذلك يكون القائم على خدمة التصديق مسؤولا عن صحة البيانات التي صدق عليها، وكذلك عن نسبة التوقيع لصاحبه في تاريخ تسليم الشهادة لمن

³³³- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص186.

³³⁴- عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص66

يتسلمها³³⁵، تقوم هذه المسؤولية طبقاً للمادة 1/8 من التوجيه الأوربي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، وتقريباً من ذلك المادة 8 من القانون النموذجي للجنة القانون التجاري الدولية التابعة للأمم المتحدة³³⁶، إلا أنه يجوز لمقدم خدمات التصديق إثبات عدم وجود أي خطأ من جهة، وأنه قام بواجبه كما ينبغي من حفظ لسرية البيانات الشخصية الخاصة بعملائه، وصحة البيانات المدونة على الشهادة التي يصدرها ونسبتها لصاحبها، ولا ريب في أن عبء الإثبات الذي يقع على عاتق مقدم خدمة التصديق هو أمر في غاية الدقة والتعقيد.

لكي يضمن مقدم خدمة التصديق صحة المعلومات التي تتضمنها الشهادة التي يصدرها، فإنه يقع على عاتقه التحقق من هوية الأطراف الموقعة، وله في سبيل ذلك أن يطلب من هذه الأطراف ما يفيد صحة هذه البيانات والمعلومات، بيد أنه عند ثبوت حدوث تزوير من صاحب الشأن في هذه البيانات، فإن مقدم خدمة التصديق لا يكون مسؤولاً في هذه الحالة، كما أنه يقع على عاتق صاحب الشأن أن يخطر مقدم خدمة التصديق بكل تغيير أو تعديل في هذه البيانات التي تحتويها الشهادة، وإلا فإنه يكون هو المسؤول عن صحتها، إلا أن مقدم خدمة التصديق الإلكتروني يكون مسؤولاً في حالة نسيانه تسجيل إلغاء الشهادة أو في حالة وجود أي إهمال من جانبه يؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير³³⁷.

وعليه وحتى يضمن مقدم خدمة التصديق صحة البيانات الواردة في الشهادة له عند إصدارها أن يطلب من طالباها كل ما يفيد من وثائق تأكيد هويته، والتي لا يتحمل مسؤولية تزويرها من قبل مقدمها³³⁸، كما أنه يجب على الغير أن يتأكد من صلاحية شهادة التصديق وذلك من حيث مدتها وما لحقها من تعديل أو إلغاء، والغرض من

³³⁵—سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص92. أنظر كذلك:

Julien Esnault, la signature électronique, op cite , p47.

³³⁶—حمودي ناصر، المرجع السابق، ص319.

³³⁷—سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص346. أنظر كذلك:

Thierry Piette Condou, Op Cit, p28.

³³⁸—سعيد السيد قنديل، المرجع السابق، ص95.

استخدامها، وذلك بالرجوع إلى السجل الإلكتروني الذي ينشره مقدم خدمة التصديق عبر الانترنت³³⁹.

نظرا لأهمية شهادة التوثيق الإلكتروني، وخطورة المعلومات التي تتضمنها والتي يعول عليها الغير لدى إتمام تعاملاتهم، فإن دور جهات التوثيق الإلكتروني أصبح غاية في الأهمية وعلى قدر واسع من الأهمية، لكونها تؤمن حلقة الوصل بين المتعاملين الذين قد لا يتعارفون ويبرمون تعاملاتهم على أساس الثقة التي توفرها لديهم جهات التصديق الإلكتروني، فإنه كان لزاما تحديد المسؤوليات في حالة حدوث إخلال بالالتزامات المناطة بجهات التوثيق الإلكتروني³⁴⁰، ويقدر المسؤولية التي تتحملها هاته الجهات تكون قدر الثقة التي تؤمنها لدى المتعاملين.

إن المسؤولية عن الأضرار التي تحدث للغير بصفة عامة، هي أحد الموضوعات القانونية ذات الأهمية الخاصة التي تتعرض لها الأنظمة القانونية وتضع لها قواعد عامة تحكم هذه المسؤولية، وإلى جانب هذه القواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية وتعويض الأضرار التي تحدث للغير، كثيرا ما يتدخل المشرع بالنسبة لحالة خاصة من حالات المسؤولية، حيث يرى عدم كفاية القواعد في المسؤولية لتنظيمها ويضع لها قواعد خاصة بها يخالف فيها القواعد والأحكام العامة وجه أو أكثر، سواء فيما يتعلق بشروط قيام المسؤولية أو الأضرار التي تعوض، أو قدر التعويض وكيفيته، أو الإعفاء من المسؤولية.

³³⁹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص346

³⁴⁰ - يرجع عدم صحة المعلومات التي تتضمنها شهادات التوثيق الإلكتروني إلى العديد من الأسباب، منها فشل هذه الجهات في الحصول على دليل صحيح يوضح هوية صاحب التوقيع، أو عدم دقة وسائل التشفير المستخدمة في ربط صاحب المفتاح العام الموجود لدى جهة التوثيق، من ذلك أيضا عدم إمساك جهات التوثيق لدفاتر وسجلات ملائمة لحفظ المعلومات، أو عدم متابعة هذه السجلات ومراجعتها وتحديثها أول بأول، وقد يرجع ذلك أيضا إلى استخدام جهات التوثيق لموظفين وعمال غير مهرة أو غير مدربين أو غير أمناء،/ مشار إليه لدى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص188، هامش. أنظر كذلك:

Patrick Thiefry: l'émergence d'un droit européenne du commerce électronique, revue trimestrielle du droit européenne, p672.

هذا ما حدث فعلا بالنسبة لمسؤولية جهات التوثيق عن الأضرار التي تلحق الغير الذي يعود على صحة شهادات التوثيق الالكترونية التي تصدرها، فأمام عدم كفاية القواعد العامة في المسؤولية المدنية لتنظيم مسؤولية هذه الجهات، لقد تدخل المشرع في بعض الأنظمة ووضع قواعد خاصة لهذه المسؤولية، أي القواعد الخاصة بمسؤولية جهات التصديق الالكتروني حديثة للغاية، حيث أنها ترتبط بالاعتراف بالتوقيع الالكتروني في الكتابة الالكترونية³⁴¹.

لم يورد المشرع الفرنسي أي نص يتعلق بالتزامات مقدمي خدمة التصديق الالكتروني ولم يحدد نطاق مسؤوليتهم، لكن هذا الأمر لا يخرج عن نطاق الأحكام الواردة في التوجيه الأوروبي المتعلقة بالمسؤولية، كون أحكام التوجيه تشمل دول الاتحاد الأوروبي ومنها فرنسا³⁴².

بينما جعل المشرع التونسي صاحب الشهادة المسؤول الوحيد عن سرية وسلامة منظمة إحداث التوقيع الالكتروني التي يستعملها، وكل استعمال لهذه المنظومة يعد صادرا منه، كما يكون مسؤولا عن كل ضرر يلحق أو يحصل لشخص وثق عن حسن نية في الضمانات المنصوص عليها في هذا القانون، غير أنه لا يكون مسؤولا عن عدم احترام صاحب الشهادة للقيود الواردة بها، وهو تقريبا ما ذهب إليه المشرع الأردني والمشرع الإماراتي قريبا من ذلك المشرع المصري في المواد من 12 إلى 16 من قانون التوقيع الالكتروني المصري، بينما لم ينظم المشرع الجزائري ذلك³⁴³.

على العموم فإن تحميل القانون جهات التصديق الالكتروني مسؤولية جراء الإخلال بالواجبات المناطة لها يساهم في بعث الاطمئنان لدى المتعاملين في مجال التجارة الالكترونية، ويلزم الجهات الوسيطة (التصديق الالكتروني) ببذل أقصى مجهود لأجل ضمان سلامة المعاملات الالكترونية والاستخدام الصحيح للتوقيع الالكتروني.

³⁴¹ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية لتعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 189.

³⁴² - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 348.

140 - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 320، راجع كذلك : سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص

ص 352-353.

الفرع الثاني

التشفير طريقة لحماية التوقيع الإلكتروني

أولاً: تعريف التشفير:

يعرف التشفير بأنه: "كل العمليات التي تؤدي بفضل بروتوكولات سرية إلى تحويل معلومات أو إشارات مفهومة (مقروءة)، أو القيام بالعكس وذلك باستخدام برامج مصممة لهذه الغاية"، ويعرف أيضاً بأنه: "آلية يتم بمقتضاها ترجمة معلومة مفهومة إلى معلومة غير مفهومة عبر تطبيق بروتوكولات سرية قابلة للانعكاس، أي يمكن إرجاعها إلى حالتها الأصلية".

كذلك عرف بأنه تقنية تعتمد على الخوارزميات الرياضية الذكية التي تسمح لمن يمتلك مفتاحاً سرياً أن يُحول رسالة مقروءة إلى رسالة غير مقروءة وبالعكس، عرف كذلك بـ: "أنها النظرية الأكثر انتشاراً لتأكيد هوية الشخص المرسل باستخدام مفاتيح ترميز من قبل طرفين"³⁴⁴.

بالرجوع للقوانين العربية نجد بأن المشرع التونسي قد قدم تعريفاً للتشفير من خلال المادة الثانية من قانون التجارة الإلكترونية بأنه: "إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تحريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير، أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها"³⁴⁵.

³⁴⁴ - عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 269، 270، 271.

³⁴⁵ - يمكن مراجعة نصوص هذا القانون لدى: وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 51، أو على الموقع:

كما عرفه كذلك المشرع المصري بأنه: "تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات، من إطلاع الغير عليها أو من تعديلها أو تغييرها"³⁴⁶، ويعتبر التشفير أفضل طريقة لضمان أمن المعاملات الإلكترونية³⁴⁷.

وبطريقة أكثر بساطة يمكن القول ما دمنا في مجال التوقيع الإلكتروني بأن تشفير التوقيع الإلكتروني هو عملية تحويل بياناته أو رموزه أو أرقامه طبقا لما يتشكل منه التوقيع إلى رموز أو أرقام غير مفهومة إلا من قبل الأشخاص المرخص لهم بذلك عن طريق تزويدهم بالمفتاح الذي يسمح بفك التشفير من قبل مشفر التوقيع، الأمر الذي يقطع يقينا بأن التوقيع للشخص الموقع، وأنها وصلت فعلا للشخص المرسل إليه، مما يضمن عدم اعتراضه أو العبث بمحتواه³⁴⁸.

ومما سبق فإن التشفير الإلكتروني يحتاج على نظام تشفير مصمم من قبل التقنيين بواسطة أجهزة الحاسوب، مستخدما فيها برامج كمبيوترية معقدة بواسطة مفاتيح مختارة ضمن بروتوكولات مرخصة أو معتمدة.³⁴⁹

³⁴⁶ - يمكن مراجعة نصوص هذا القانون على الموقع:

<http://www.ksu.com/VB/uploade12536>

³⁴⁷ Bensoussan Alain, op cite, pp49,50

³⁴⁸ - حمودي ناصر، المرجع السابق، ص314.

³⁴⁹ - كان التشفير في بداية الستينات حكرا على الحكومات، غير أنه في أواخرها قامت شركة IBM بتطوير نظام التشفير، أطلقت عليه اسم LUCIFER، تحفظت عليه الحكومة الأمريكية بحجة عدم حاجة المؤسسات والشركات الخاصة لنظام التشفير، غير ذلك لم يمنع هذا النظام من أن يحقق انتشارا واسعا، ولم يظهر له إطارا تشريعيًا إلا حديثا في بعض الدول المتقدمة ومن بينها فرنسا التي أصدرت مرسوما في 1939/04/17 المعدل بالمرسوم الصادر في 1986/02/18، ثم أصدرت قانون 1170/90 في 1990/11/29 حول تنظيم الاتصالات عن بعد، وقد نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 1990/11/30، ويمكن مراجعة هذا القانون على الموقع www.Justice.gouv.fr وحتى صدور القانون حول تنظيم الاتصالات عن بعد، فإن كل وسائل التشفير في فرنسا كانت تدرج ضمن لائحة المصنفات العسكرية من الدرجة الثانية مما يخضعها إلى مراقبة = شديدة من قبل الدولة الفرنسية، علما أن هذا القانون قد عدل بموجب قانون صدر بتاريخ 1996/07/26. حيث أجرى تمييز بين استخدام برامج ووسائل التشفير داخل فرنسا، وبين استعمالها أو تصيرها خارج فرنسا، وقد صدر عن مجلس الوزراء الفرنسي مرسومان يتعلقان بهذا التشفير بتاريخ 1999/03/17 لوضع التشفير ووسائله تحت نظام التصريح المسبق من قبل مجلس الوزراء، وأجد قانون 1996 نظام هيئات المعتمدة المعروفة باسم الشخص الثالث الموثوق به، التي تتولى مهمة حفظ المفاتيح الخصوصية والزامها بتسليم السلطات القضائية نسخا عنها عند طلبها، كما وقد ميز هذا القانون بين وظيفة الهيئات المعتمدة التي أسماها الشخص =

ثانيا: طرق التشفير

يعد التشفير أهم طريقة لتأمين المعاملات الإلكترونية، لأنه يسمح بضمان سلامة التوقيع الإلكتروني ونسبته للموقع، فبطرق التشفير لا ينسب التوقيع إلا للموقع صاحبه، وبفضله كذلك نضمن سرية المعاملات وسرية الرسائل المتبادلة إلكترونياً،³⁵⁰ وكذلك توجد ثلاثة طرق رئيسية للتشفير وهي:

الطريقة الأولى: منظومة التشفير المتناسق

تسمى هذه الطريقة أيضا بالتشفير السيمتري (SEMETRIQUE)³⁵¹ وكذلك بطريقة المفتاح المتماثل، ويقوم هذا النظام على استخدام مفتاح متماثل للتشفير وحله، حيث يقوم المنشئ بعد كتابة الرسالة وتشفيرها بتزويد المرسل عليه بذات المفتاح (المتماثل) ليتبين له فيما بعد تلقي الرسالة المشفرة وحلها، واستعادة محتوى الرسالة في صورتها الأصلي³⁵²، ونشير لأن المفتاح السري الذي يستخدمه المرسل والمستقبل للرسالة هو عبارة عن معادلة رياضية معينة للتشفير والرسالة وفك تشفيرها، أين يتفق الطرفان منذ البداية على كلمة

=الثالث الموثوق به بين وظيفة الشخص الثالث المصادق الذي تودع لديه المفاتيح العمومية للتشفير، ليقترصر دور الشخص الثالث المصدق على المصادقة على هوية الشخص الثالث الموثوق به وعلى أهليته للقيام بمهامه فقط. جاء تصريح رئيس الوزراء الفرنسي ليونيل جوسبان بتاريخ 16/06/1999ن وأكد على وجوب أن توفر فرنسا لمواطنيها الحرية الكاملة في استخدام التشفير وأن تلغي الطابع لنظام الهيئات المعتمدة بشرط وضع ضوابط قانونية وقضائية لحالات اختراق التشفير، فالحاصل في فرنسا أن تخوف الحكومة من الرسائل المشفرة، راجع لأغراض مواجهة شبكات الإرهاب والقراصنة وتجار الرقيق والمخدرات وكل النشاطات الغير المشروعة، وقد أدى بها ذلك لفرض نظام إلزامي بوجود جهات معتمدة لكي تظل الدولة قادرة على وضع يدها على كل الرسائل المتبادلة عبر الإنترنت، ولم يكن هذا الوضع في فرنسا فقط بل حتى في الولايات المتحدة الأمريكية التي أخذت بنظام GOUVERNEMENT ACC TO KEYS أي وصول الحكومة لمفاتيح التشفير، لكن هذا الأمر لقي معارضة واسعة من قبل أنصار هيئات حقوق الإنسان والمنظمات الأهلية. راجع: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 314، وكذلك: عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 270.

³⁵⁰ - pourquoi la cryptographie , in :

<http://www.comm et camarche.net/coutents/crypto...>

³⁵¹ - **Bensoussan Alaine**, signature électronique et preuve : évolution on révolution, op cit, pp 50-51.

³⁵² - عايض راشد عايض المري، المرجع السابق، ص 97، وكذلك: حمودي ناصر، المرجع السابق، ص 315،

وكذلك: عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص 55.

المرور التي تستخدم، جدير بالذكر أنه إلى غاية سنة 1975 كانت جميع أنظمة التشفير تعتمد على نظام واحد والذي نحن بصدد الحديث عنه، أي التشفير المتناسق، ولكن يعاب على هذا النظام عملية تبادل المفتاح التي أفقدت هذا النوع من التشفير الثقة والأمن وإمكانية تسريبه للغير أثناء عملية تداوله، خصوصا رغبة مجموعة كبيرة من الأشخاص بالتراسل بشكل سرين وبالتالي يمكن فك الرسالة وقرعتها³⁵³.

أمام الحاجة لحماية أفضل وفعالية أكثر للحفاظ على سرية الرسالة المنقولة عن طريق وسائل الاتصال عن بعد، وأيضا مخاوف بنوك المعلومات في هذا المجال، فكر العديد من المهتمين وخصوصا الأوساط العلمية في إيجاد حلول، حيث قام في سنة 1976 كل من **HELLMAN ET DIFFIE** بإيجاد حل للمشكلة وتتمثل في نظام يسمى **ASYMETRIQUE**، وبالتالي فإن هذه الوسيلة تتيح إمكانية استخدام العديد من الأرقام المعقدة وينعقد تقليدها أو تزويرها من حيث الواقع.³⁵⁴

الطريقة الثانية: التشفير اللامتناسق

تم اكتشاف هذا النوع من التشفير في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1978 من قبل ثلاثة علماء رياضيات **ADLRMAN,SHAMIR,RIVERT** وفي هذا النظام يتم استخدام مفتاحين مختلفين، أحدهما يدعى مفتاح العام، والآخر يدعى المفتاح الخاص أو المفتاح السري، وهما مفتاحان متحاكيان³⁵⁵، بحيث يحمل كل مفتاح علامة رياضية معقدة، وكما يشير الاسم فإن المفتاح الخاص يقصد به أن يضل سرا بحيث يكون المستخدم فقط وحده قادر على الدخول إليه، أما المفتاح العام فليس المقصود جعله سرا، يل يمكن طباعته بحيث تستطيع جهات خارجية معرفته.³⁵⁶

تتم هذه العملية استنادا على المبادئ الرئيسية التالية:

³⁵³— عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص 55.

³⁵⁴— عايض راشد عايض المري، المرجع السابق، ص 97، وللمزيد من التفاصيل حول طريقة عمل هذا النظام وفق

مخطط تفصيلي بين طرق وإجراء العملية، أنظر: إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 87.

³⁵⁵— عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص 56، أنظر كذلك: قارة مولود، المرجع السابق، ص 13، انظر: كذلك:

Bensoussan Alain, op cit, p 50.

³⁵⁶— عايض راشد عايض المري المرجع السابق، ص 98، كذلك: عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 272.

- 1- يملك كل مستعمل للنظام مفتاحين: الأول علني والثاني سري
- 2- يستخرج المفتاح العلني من دالة رياضية للمفتاح السري ذات اتجاه واحد، بحيث لا يمكن استخراج المفتاح السري من المفتاح العلني.
- 3- يحافظ المستعمل على المفتاح السري ويستعمله في رفع التشفير على الرسائل المستقبلية أو في إمضاء الرسائل المرسلّة على المستعملين الآخرين.
- 4- الإعلان عن المفتاح العلني من طرف المستعمل بحيث يمكن المستعمل الآخرين من استعماله لإرسال رسائل مشفرة، ومراقبة صحة توقيعها الإلكتروني.³⁵⁷

أما عن آلية عمل هذا النظام التشفير فإنها تتم على النحو التالي:

1- يقوم المرسل بتشفير رسالته المرسلّة للمرسل إليه، وذلك عن طريق المفتاح العام الخاص بالمرسل إليه.

2- يتم إرسال الرسالة المشفرة عن طريق وسائل الاتصال العادية (عن بعد)

3- يتلقى المرسل إليه الرسالة ويقوم بفك شفرتها عن طريق استخدام المفتاح الخاص به كي يحصل على النسخة الأصلية للرسالة في صورتها العادية.³⁵⁸

ولمزيد من الشرح نقوم بافتراض مثلا شخص (أ) يريد استلام رسالة من الشخص (ب)، يقوم (أ) بطباعة المفتاح العام التابع له حتى يستطيع (ب) الحصول عليه، ويحتفظ (أ) بالمفتاح الخاص المرتبط بالمفتاح العام سرا لديه، وبعد كتابة الرسالة يقوم (ب) بتشفير الرسالة باستخدام مفتاح (أ) العام وبرنامج التشفير، وتكون النتيجة عبارة عن رسالة غير مفهومة يتم فك رموزها بواسطة الشخص الحامل للمفتاح الخاص لـ (أ)، وعندما يستلم (أ) الرسالة يقوم باستخدام مفتاحه الخاص وبرنامج التشفير لفك رموز هذه الرسالة.

والآن نفترض أن (أ) يريد إرسال الرسالة إلى (ب) بطريقة تؤكد للمستقبل (ب) أن مرسلها هو (أ) فعلا، فهنا يقوم (أ) بعد كتابة الرسالة بإرفاق توقيع رقمي بها مستخدما

³⁵⁷ - عمر حسن المومني، المرجع السابق، ص 57.

³⁵⁸ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 241.

مفتاحه الخصوصي وبرنامج التشفير، والتوقيع الرقمي هنا عبارة عن وحدة مختصرة من البيانات في جسم الرسالة، وعندما يتسلم (ب) البرقية (الرسالة) الواردة من (أ)، فإنه يتأكد من صحة الرسالة باستخدام مفتاح (أ) العام وبرنامج التشفير الخاص به.

تجرى عملية التحقق من صحة التوقيع الرقمي (الإلكتروني) وبان الرسالة لم يجرى العبث بها من خلال قيام مستلم الرسالة بتشفير جزء منها باستخدام المفتاح العام للمرسل وبرنامج التشفير المستخدم في تشفير الرسالة، فإذا كانت النتيجة واحدة فهذا دليل على صحة الرسالة، وأن المرسل هو نفسه، أما إذا اختلفت النتيجة فهذا دليل على أنه إما أن يكون التوقيع لا يخص المرسل هو نفسه، أما إذا اختلفت النتيجة فهذا دليل على أنه إما أن يكون التوقيع لا يخص المرسل أو أن تكون الرسالة قد تم العبث بها³⁵⁹، وهذه الطريقة للتشفير تحمل درجة أمان عالية لبيانات والمعلومات، ولكن يعيبها طوال الوقت اللزوم لفك الشفرة وعملية التشفير³⁶⁰.

الطريقة الثالثة: المزج بين نظامي المفتاح المتماثل والمفتاح العام

تقوم هذه الطريقة على المزج بين النظامين لتحقيق درجة تأمين عالية في أقل وقت ممكن وذلك بإتباع الخطوات التالية:

- 1- تشفر الرسالة الأصلية المرسل من المرسل إلى المرسل إليه، بالطريقة السيمترية (أو المفتاح الخاص- المتماثل Symetrique Key).
- 2- يشفر المفتاح المتماثل بدوره عن طريق المفتاح العام للمرسل إليه (Public Key).
- 3- يتم إرسال الرسالة المشفرة باستخدام المفتاح باستخدام المفتاح المتماثل والمفتاح المتماثل المشفر بأية وسيلة اتصال عادية.

³⁵⁹ - عائض راشد عايض المرئي، المرجع السابق، ص 98-99.

³⁶⁰ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنت، المرجع السابق، ص 241، لمزيد من التفاصيل بخصوص طريقة عمل هذا النظام وفق مخطط تفصيلي يبين طرق إجراء العملية، أنظر: إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 88.

4- يقوم المرسل عليه بعد تليقه المفتاح المتماثل - بالمفتاح العام الخاص به، بفك شفرة المفتاح المتماثل المشفر باستخدام المفتاح الخاص، وبذلك يحصل على المفتاح المتماثل الذي شفرت به الرسالة الأصلية.

5- يقوم المرسل إليهن وبعد فك شفرة المفتاح المتماثل في استخدام هذا المفتاح الأخير في فك الرسالة المشفرة حتى يحصل على رسالة الأصلية.³⁶¹

مما سبق في هذا الفصل نخلص إلى أن التوقيع الإلكتروني في بيئة المعاملات الإلكترونية له طابعه الذي يميزه عن التوقيع التقليدي، و الذي يجعله توقيعاً ذا طابع خاص كونه يتم بطريقة تكنولوجية حديثة تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية و تمكن من تحديد هوية الموقع و التعبير عن إرادته، في بيئة غالباً ما تكون افتراضية يجهل فيها المتعاملون أحياناً بعضهم البعض كون العقد لا يتم في مجلس واحد، وإنما بين غائبين من حيث المكان و أحياناً من حيث الزمان، إن التوقيع الإلكتروني يتمتع ببعض المزايا تجعله يفوق التوقيع التقليدي من حيث أدائه لوظائفه بدقة بالغة، لكن مع ذلك ولغرض منح الحجية الكاملة للتوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإلكترونية، لا تكفي النصوص القانونية لوحدها، إنما كانت هناك ضرورة ملحة لحماية التوقيع الإلكتروني من التزوير و التحريف و كان ذلك باعتماد جهات التوثيق الإلكتروني التي تعمل تحت رقابة الدولة، و تقوم بمنح شهادات ضمان للتوقيع الإلكتروني و تقوم بدور الوسيط في المعاملات الإلكترونية عبر الشبكات، إضافة لذلك يتم اعتماد طريقة التشفير لحماية التوقيع الإلكتروني والبيانات الإلكترونية، و لقد مكن ذلك من إضفاء الثقة في التعامل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، هذه الثقة هي التي تعطي للتوقيع مصداقية و تجعل القاضي يأخذ به كوسيلة إثبات.

³⁶¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية في القانون العربي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت، المرجع السابق، ص 274.

خاتمة

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة التي تناولنا فيها واحدة من أهم المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، والمتعلقة بإثبات المعاملات الإلكترونية وكيفية تنظيم القانون للإثبات سواء على المستوى الداخلي أو على صعيد القانون الدولي الذي ميزته الجهود المختلفة التي تبذلها مختلف المنظمات الدولية التي كانت أبرزها وأهمها جهود لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة، وكذلك الإتحاد الأوروبي، التي تمخضت عنها قوانين وتوصيات حثت في مجملها الدول على إيلاء التجارة الإلكترونية الأهمية اللازمة والسعي لتنميتها وتوسيع نطاقها تماشياً مع متطلبات العصر الذي يموج تحت تأثير العولمة، حيث شددت جانب الإثبات لأنه السبيل لمنح المعاملات الإلكترونية الأمان الذي يوفر الثقة لدى المتعاملين ومعها تنمو التجارة الدولية وتسير قدماً. وجاءت كل القوانين الدولية مشجعة للدول على تبني تشريعات تتلاءم وهذا النوع المستجد من التعاملات، فكانت النتيجة إقدام عدد كبير من الدول على إصدار تشريعات منظمة للتجارة الإلكترونية، أو إصدار تعديلات لقوانينها التقليدية، بما يتناسب وهذا النوع الجديد من التعاملات الذي له خصوصياته، وكانت الجزائر في تعديلها للقانون المدني في سنة 2005 قد أقرت بالإثبات الإلكتروني، وهي خطوة تساعد على نمو التجارة الإلكترونية.

تعرض موضوع الإثبات بوجه عام بعض العوائق تطرقنا لها، ورأينا بأن لها دور في تحديد القانون المطبق، فالتجارة الإلكترونية تتمتع بميزات تختلف نوعاً ما عما هو سائد في المعاملات التقليدية، فمعاملات التجارة الإلكترونية يمكن أن تكون ذات طبيعة تجارية محضة، أو ذات طبيعة مختلفة، وبالتالي قد تكون من اختصاص القاضي المدني أو القاضي التجاري، وفي كلتا الحالتين تختلف القواعد المطبقة والمتعلقة بالإثبات.

تجعل طبيعة البيئة التي تتم فيها المعاملات وسائل الإثبات تأخذ شكل غير ورقي، وتجعل الكتابة هي الطريق الوحيد من بين طرق الإثبات الذي ممكن الاعتماد به، فلا مجال لاعتماد شهادة الشهود أو الإقرار أو اليمين.

لذلك كانت الكتابة هي طريقة الإثبات في المعاملات الإلكترونية، ورأينا بأن الكتابة الإلكترونية تستوفي الشروط اللازمة التي أقرتها مختلف التعريفات المتعلقة بالكتابة

وصدقتها التشريعات المختلفة، وأعطتها ذات القيمة القانونية المقررة للكتابة العادية وفقا لمبدأ التعادل الوظيفي.

تشكل الكتابة الالكترونية المطبقة والمحفوظة داخل حوامل إلكترونية محررات إلكترونية شأنها شأن المحررات الورقية، وتنقسم إلى محررات رسمية وعرفية، وكذلك في شكل أوراق أو دفاتر تجارية يمكن الاعتداء بها في الإثبات، لقد كانت الرسمية الالكترونية محل إشكال، ذلك أن بعض العقود تتطلب الرسمية لإبرامها وتبطل دون هذه الرسمية، فرأينا بأن الحل يكمن في خروج المشرع عن صمته الغالب لحل هذا اللبس على غرار المشرع الفرنسي لدى إصداره لقانون الموثق، وكذلك قانون المحضر القضائي، أما آراء المختصين فكانت متضاربة إلى حد كبير، فإذا كان البعض يقر بوجود الرسمية في المحررات الالكترونية بحكم أن جهات التصديق الالكتروني تعمل تحت رقابة الدولة، وبالتالي يعتبرونها بمثابة موظف عام يصدق على المحررات، فغن البعض الآخر يرى بأن دور جهات التصديق الالكتروني محصور في منح الشهادات الالكترونية ولا يمكنه أن يكون بمثابة موظف رسمي.

يقود الحديث عن حجية المحررات الالكترونية إلى معالجتها في ظل البيئة القانونية لكل دولة، فالحجية القانونية للمحررات الالكترونية تختلف باختلاف النظم القانونية لكل دولة، فالدول التي أصدرت تشريعات منظمة للتجارة الالكترونية استلهاها من النصوص القانونية التي جاءت بها لجنة اليونسيترال أو الاتحاد الأوروبي، لا يوجد بها أي إشكال طالما أنها تعترف بالمحررات الالكترونية ورسائل البيانات والتوقيع الالكتروني وتعطي لها الحجية الكاملة في الإثبات، وبالتالي يصبح القاضي ملزما بتطبيق القانون دون حاجة إلى ترك السلطة التقديرية للقاضي في قبولها من عدمه.

أما في الدول التي لم تصدر تشريعات مستقلة لمنظمة للتجارة الالكترونية واكتفت فقط بإصدار بعض التعديلات بما يتماشى مع متطلبات هذا النوع المستجد من المعاملات التجارية، على غرار المشرع الجزائري لدى اعترافه بالكتابة والتوقيع الالكترونيين وكذلك الدفع الالكتروني، فإن الإثبات الالكتروني يستمد حجيته من خلال هاته النصوص، وهنا لا

يوجد أي إشكال عدا المسائل المتعلقة برسمية المحررات الالكترونية وقبولها دون اعتبارها قرائن لا تؤخذ على سبيل الاستثناء.

أما في الدول التي لم تبادر إلى إصدار تشريعات خاصة أو تعديل تشريعاتها السارية، فإن الإثبات الالكتروني فيها يكون نوعا ما صعب لأنه يعتمد على استغلال الاستثناءات المقررة على الإثبات الكتابي والتي رأيناها، والتي من خلالها يمكن اعتماد الإثبات الإلكتروني، فالمعاملات الالكترونية يمكن اعتبارها معاملات من الحالات التي يستحيل الحصول فيها على دليل كتابي، أو كذلك يمكن اعتبار الاستثناء على الأسانيد الالكترونية اعتبارا من مبدأ حرية الإثبات المقررة في المواد التجارية، ولكن هذا الاستثناء لا يمكن الأخذ به دائما، لأن أغلب التعاملات الالكترونية الخاصة سيما التي تتم عن طريق الانترنت هي معاملات استهلاكية تتم بين تاجر ومستهلك، وبالتالي تطبيقها يكون حق للمستهلك في مواجهة التاجر، ولا يمكن للتاجر الاعتماد على الإثبات الالكتروني بناء على مبدأ حرية الإثبات التجاري في مواجهة المستهلك الذي يعتبر كشخص مدني، كذلك يمكن الأخذ بالإثبات الالكتروني في حالات وجود تلاعب وغش نحو القانون وهنا يسقط مبدأ وجوب الكتابة ويتيح المجال لاستخدام الوسائل التكنولوجية في الإثبات، إضافة لذلك هناك استثناء الكتابة باعتبار المحررات الإلكترونية في حكم صورة المحرر الأصلي ومنحها الحجية على اعتبارها صور أو منحها الحجية على أساس مبدأ الثبوت بالكتابة وغيرها من الاستثناءات التي رأيناها، ولكن دائما السلطة التقديرية للقاضي تبقي هي الفاصل حول قيمتها الثبوتية، وهذا يشكل عائقا في تطور المعاملات الالكترونية في هذه الدول طالما أن الحق غير مضمون. والمبادرة بإصدار تشريعات تكون بمثابة حماية للتجارة الإلكترونية بما يساهم في تطورها واستفادة الأفراد والشركات والدول من التعامل بها.

لكي تكون للمستندات الالكترونية قيمة ثبوتية لابد من التوقيع، وفي البيئة الالكترونية لا مجال سوى للتوقيع الالكتروني الذي يفي بمتطلبات التوقيع التقليدي ويؤدي كل وظائفه المتمثلة في الدلالة عن هوية صاحب التوقيع والتعبير عن إرادته في التعامل والتعاقد. بل ويزيد عن ذلك باعتبار التوقيع الالكتروني وسيلة تنفيذ مباشر للمعاملات

الإلكترونية، يوفر التوقيع الإلكتروني بمختلف أشكاله أمان أكثر من التوقيع التقليدي كونه أصعب للتزوير الذي يبقى ممكناً، فالتوقيع البيومترى أو بالقلم الإلكتروني يمكن تزويره، وهذا لا يعتبر حجة لاستبعاده كون التوقيع اليدوي أو بالقلم كذلك ممكن التزوير.

ولأن التوقيع الإلكتروني ينقسم إلى بسيط ومحمي، فإن التوقيع المحمي له خصائص تجعله لا نقول يستحيل، لكن يصعب كثيراً تزويره كونه آلي التوقيع المحمي أو التوقيع الرقمي يتمتع بشهادة وضمانة تصدرها جهات خاصة تابعة للدولة تضمن صحة التوقيع ونسبته لأصاحبه، ويتمتع كذلك بخاصية التشفير، فهو يعمل باستخدام هذه التقنية التي تحمي التوقيع والبيانات الإلكترونية، وبالتالي فإن تزويره شبه مستحيل، والإشكال الذي قد يواجهه التوقيع الرقمي هو إمكانية سرقة، فهنا يكون التوقيع صحيحاً وليس مزوراً لكنه يدل على الموقع وليس على صاحب التوقيع، وهنا المشكل ليس قانوني بقدر ما هو تقني والحل يكون في اعتماد أنظمة تقنية في مواجهة القرصنة الذين يخترقون الأنظمة المعلوماتية ويفكون رموز التشفير، أما الحل القانوني فكان في تجريم الاعتداء على البيانات والغش المعلوماتي وإصدار نصوص قانونية تعاقب هذه الأفعال كما فعلت الجزائر وتعمل المنظمات الدولية الساعية لتنسيق جهود الدول لمكافحة الجرائم المعلوماتية، أو الحالات التي يفقد فيها الشخص توقيع الرقمية كأن يقوم بإفشاء رقمه السري وأرقام بطاقته الانتمانية للغير فهنا تقوم مسؤولية عما قد يحل به من سرقة واستغلال لتوقيعه، أو قد يقوم شخص بكتابة رقمه السري فوق بطاقة الدفع الإلكتروني الخاص به وتسرق منه أو تضيع فنقوم مسؤوليته كذلك.

يقتضي اعتماد التوقيع الإلكتروني الرقمي كونه أحد أعمن التوقيعات الإلكترونية اعتماد هيئات حكومية تتولى دور جهات التوثيق الإلكتروني بإصدار شهادات التوقيع الإلكتروني والتحقق من صحة التوقيعات الإلكترونية، والجزائر لحد اليوم لم تنشأ مثل هذه الهيئات على الرغم من اعترافها بالتوقيع الإلكتروني، وغياب مثل هذه الجهات يسبب عائقاً لتقدم ونمو التجارة عبر الإنترنت وغيرها من الشبكات.

إننا نعيش اليوم عصر العولمة الذي تمثل الإنترنت أقوى مرادف لها، عصر اضمحلت فيه الحدود الجغرافية بين الدول التي أصبحت في شكل قرية صغيرة تتطلب

توحيد القوانين السائدة فيها، ولا يجب أن يكون فيها تناقض كبير في النصوص القانونية، يطرح التوقيع الرقمي المستخدم في التجارة عبر الانترنت مشكل الاعتراف القانوني به، فهو يتم على مستوى دولي، وبالتالي كيف يكون الحال لو كان الطرف الآخر للمعاملة يقع في دولة لا تعترف بالتوقيع الالكتروني، الجزائر أخذت بمبدأ الاعتراف الاتفاقي بالتوقيع الالكتروني، أي تعترف بالتوقيع الالكتروني الذي يتم مع متعاملين يوجدون في دول أبرمت الجزائر معها اتفاق الاعتراف بالتوقيعات الالكترونية بين البلدين، وهذا يشكل تقليص وتضييق في وجه اتساع التجارة الالكترونية، والحل يكون بمحاولة توحيد النظم القانونية للإثبات الالكتروني والاستلها من نصوص اليونسيف، القواعد التي من شأنها تطوير التجارة الالكترونية، وجدير بالذكر أن التجارة عبر الانترنت تتميز بخصائص عن ما يمكن تسميته بالتجارة الالكترونية التقليدية التي كانت تأخذ خاصيتها الالكترونية من الوسيلة المستخدمة في التعاقد، فالوسائط المستخدمة قبل ظهور الانترنت لم تكن تحتوي على التقنيات التي جاءت بها الانترنت التي أحدثت صعوبات جمة خاصة فيما يتعلق بتحديد مكان المتعاقدين والمواقع الافتراضية التي جعلت التجارة عبر الانترنت مليئة بالمخاطر.

لا تتحقق الثقة في المعاملات الالكترونية إلا بوجود بيئة آمنة تتم فيها المعاملات، هاته البيئة تحتاج إلى أمان قانوني وتقني، فالأمان القانوني لا يكون إلا بتوفر النصوص القانونية المتعلقة بالإثبات، لأن إثبات الحق يعني حماية المتعاقدين، كون أن إثبات الحقوق يوفر حماية هاته الحقوق، ومن هنا فإن اعتماد قوانين تنظم التوقيع الالكتروني والاعتراف برسائل البيانات بات أكثر من ضروري، لا نقول إذا أردنا تطوير التجارة الالكترونية، إنما إذا أردنا اللحاق بالركب فالوقت لا ينتظر والذي لا يتقدم يتخلف، والتجارة الالكترونية اليوم أصبحت واقع وليست طرح.

بتوفر الجو القانوني الملائم تتوفر الثقة لدى الأطراف وتنمو وتزدهر المعاملات طالما أن القانون يجيب على أول سؤال يطرحه أي شخص عادي حول التجارة الالكترونية والمتعلق دائما بالثقة والخوف من ضياع الحقوق التي لا تضيع أبدا إن أمكن إثباتها.

أما الحماية التقنية للمعاملات الالكترونية فهي تطرح في سبيل الضمانات التي توفرها التكنولوجيا، فالمشكل المطروح بسبب تكنولوجي يحل بطريق تكنولوجي، وهناك عدة تقنيات وأنظمة تسمح بحماية التعاملات الالكترونية ومواجهة الغش الالكتروني والتلاعبات منها.

اعتماد نظام معلومات عالي الثقة، واستخدام أدوات التشفير، واستخدام نظام تنقية المواقع أو نظام الغفلية ، والاعتماد على الوسيط أو مصادقة طرف ثالث محايد، وبفضلها يمكن إزالة التخوفات التي تعرقل تطور التجارة وتسبب في عزوف المتعاملين عن التعاقد الكترونيا.

قائمة المراجع

قائمة المراجع باللغة العربية :

أولاً: الكتب :

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الحجة القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003.
- 2- احمد شرف الدين، جهات الاختصاص القضائي بمنازعات التجارة الالكترونية، د م ن، 2003.
- 3- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، دار هومه، الجزائر، 2005.
- 4- أنور سلطان، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، 1984.
- 5- بكوش يحي، أدلة الإثبات في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الطبعة الثانية، الجزائر، 1988.
- 6- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
- 7- وائل أنور بندق، موسوعة القانون الالكتروني وتكنولوجيا الاتصالات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2007 .
- 8- محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- 9- محمد أحمد عابدين، الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.
- 10- _____، قوة الورقة الرسمية والعرفية في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، د س ن.

- 11- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- 12 - محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2004.
- 13- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية، د د ن، القاهرة، 2002.
- 14- محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، المصادر الأحكام، الإثبات القصر للدعاية و الطبع و الإعلام، القاهرة، 2007.
- 15- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 16- محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي، بيروت، 2005.
- 17 - محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية و التجارية، منشورات الحلبي، بيروت 2005.
- 18 - محمد حسن قاسم، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الدار الجامعية للطبع و النشر، بيروت، د س ن.
- 19 - محمد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الالكترونية، الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب، 2009.
- 20- محمد سعيد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.
- 21 - محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الالكترونية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006.
- 22 - منير محمد الجنبهي و ممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، د س ن.
- 23 - معوض عبد التواب، المستحدث في القضاء التجاري، أحكام النقص في 20 عاما (1974-1994)، الطبعة الثانية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1995.

- 24 - نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود زهران، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، مصر، 2001.
- 25 - نبيل صقر و مكاري نزيهة، الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، الجزائر، 2009.
- 26 - نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 27 - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- 28 - سعيد السيد قنديل، التوقيع الالكتروني ماهيته، صورته، حججه في الإثبات بين التدويل والاقتباس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- 29 - عادل أبو هشيمة حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، 2005.
- 30- عادل حسن علي، الإثبات، أحكام الالتزام، مكتبة زهراء الشرق، 1998.
- 31- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- 32- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، د س ن.
- 33

_____، شرح أحكام قانون الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن،
1999.

34- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، المصادر
الإثبات، الآثار، الأوصاف، الانتقال، الانقضاء، تنقيح أحمد مدحت المراغي، منشأة
المعارف، الإسكندرية، 2004.

35- _____، الوجيز في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام
بوجه عام، طبعة منقحة من طرف مصطفى الفقي، 1997.

36 - علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار هومه للنشر، الجزائر، 2008.

37- عمر حسن المومني، التوقيع الالكتروني وقانون التجارة الالكترونية، الطبعة
الأولى، دار وائل للنشر، الأردن، 2003.

38- عمر سعد الله، القانون الدولي لحل النزاعات، دار هومه، الجزائر، 2008.

39- عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،
2007.

40 - _____، عقد البيع عبر الإنترنت، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،
2007.

41- عصام عبد الفتاح مطر، التحكيم الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،
2009.

42- _____، التجارة الالكترونية في التشريعات الأجنبية، دار الجامعة
الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2009.

43 - فاروق محمد أحمد الإباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلوماتية عبر شبكة

الانترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

- 44- رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني والمسؤولية عن الاعتداءات الالكترونية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2008.
- 45- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 46- _____، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
- 47 - خالد محمود طلال حمادنة، عقد الزواج بالكتابة عبر الانترنت، دار النفاس، الأردن، 2002.

ثانيا : الرسائل و المذكرات الجامعية:

- 1- إبراهيم أحمد سعيد زمزمي، القانون الواجب التطبيق في عقود منازعات التجارة الالكترونية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2006.
- 2- حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي المبرم عبر الانترنت، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.
- 3- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2004.
- 4- عايض راشد عايض المرئ، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، 1998.

- 5- أراميس عائشة، الإثبات في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت ،مذكرة ماجستير في القانون جامعة الجزائر، 2007.
- 6- بن غرابي سمية، عقود التجارة الالكترونية ومنهج تنازع القوانين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009 .
- 7- برني ندير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2006.
- 8- حابت آمال، استغلال خدمات الانترنت، مذكرة ماجستير في القانون ، فرع قانون الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.
- 9- مزغيش كمال ،التجارة الالكترونية على شبكة الانترنت، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في العلوم الاقتصادية، فرع نقود و مالية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2001.
- 10- فاخر عباس قادر،التجارة الالكترونية، بحث مقدم لنيل درجة دبلوم عالي في تكنولوجيا المعلومات، جامعة سانت كليمنت، 2007 .

ثالثا: المقالات

- 1- إبراهيم بختي، التجارة الالكترونية: منشور عبر الموقع:
<http://www.bbekhiti.online.fr>
- 2- باشي أحمد، واقع وأفاق التجارة الالكترونية ، مجلة إدارة، العدد الثاني، 2003، ص ص 65-83.

- 3- محمد بودالي: التوقيع الالكتروني ، مجلة إدارة، العدد الثاني، 2003، ص ص 49-64.
- 4- هشام محمد عبد الوهاب، الضوابط الفنية و التقنية لإضفاء ذات الحجية القانونية للتوقيعات الالكترونية، مقال منشور عبر الموقع:
<http://www.electronicsignature.gov.eg>
- 5 - يونس عرب، منازعات التجارة الالكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي ، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الالكترونية الذي أقامته منظمة الإسكوا / الأمم المتحدة، الفترة ما بين 8-10 تشرين الثالث 2000، بيروت، لبنان، منشور عبر الموقع: <http://www.arab-law.com>
- 6- نادر عبد العزيز، الإثبات الالكتروني بين الواقع و القانون ، مجلة الجيش اللبناني، عدد 233، 2004، منشور عبر الموقع: www.lebarmy.gov.lb/article.asp
- 7- مشاعل عبد العزيز الهاجري، التعاملات الالكترونية: توثيقها و طرق إثباتها، مقال منشور على الموقع: www.law.kuniv.edu.kw/machael/el
- 8 - نادر شافي، التوقيع الالكتروني، الاعتراف التشريعي له وتعريفه القانوني وشروطه وأنواعه والمصادقة عليه ، مجلة الجيش اللبناني، عدد 249، 2006، متوفر عبر الموقع: www.lebarmy.lb/article
- 9- سمير برهان، حجية الإثبات في عقود التجارة الإلكترونية، أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية و منازعاتها، المنظمة العربية للتنمية الإدارية بالقاهرة، مصر، 2007، ص ص.
- 10- عاصم عبد الجبار سعد، الإثبات في قانون المعاملات المدنية والتجارية، متوفر على الموقع: www.barasy.com
- 11- علي رضا، التوقيع الالكتروني وسيلة للتوسع و إنماء التجارة الالكترونية ، مقال منشور عبر الموقع: www.tachreat.com.

12- فؤاد علي البحراني، الإطار العام للتصديق الإلكتروني، الجهاز المركزي لتكنولوجيا المعلومات، مجلس الوزراء الكويتي، 2008، مقال منشور عبر الموقع:
<http://www.cait.gov.kw>

13- قاسم النعيمي، التجارة الإلكترونية بين الواقع والحقيقة، مقال منشور عبر الموقع:
<http://jsp-dir.com>

14- قارة مولود، الإطار القانوني للتوقيع والتوثيق الإلكتروني في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع:

<http://www.minshawi.com/other/mawrood.htm>

15 - خالد عرفة، حجية الوثيقة الإلكترونية، مقال منشور عبر الموقع على الموقع:

<http://www.afkaronline.org/arabic/archives/mai.juin2005arafa.html>

16- غازي أبو عرابي و فياض القضاة، حجية التوقيع الإلكتروني، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الأول، 2004، ص ص 165-197.

17- التجارة الإلكترونية، مقال منشور عبر الموقع:

<http://www.facultary.ksu.edu>.

18- التجارة الإلكترونية، مقال منشور على الموقع:

www.faculty.rsu.edu.sa/74658/documents

19- الإثبات في العقد الإلكتروني، مقال منشور عبر الموقع:

www.barady.com

20- لمحة موجزة عن مبدأ التوقيع الإلكتروني، المؤسسة العامة للخطوط الحديدية السورية، منشور عبر الموقع:

<http://www.softeware602.com....>

21- الإثبات الإلكتروني في القانون لطلبة قسم الكفاءة لمهنة المحاماة منشور عبر الموقع:

<http://forum.law-dz.com/index.php?showtopic=2661>
22-التحديات القانونية للتجارة الالكترونية، مقال منشور على الموقع:
<http://www.opendirectrorysite.info/e-commerce/04.htm>

23-التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية و القوانين المتعلقة بالاتصالات:
<http://www.compuhot.com/news.asp?c=2&id=8230>.

24-التوقيع الالكتروني يتجنب كافة مشاكل التوقيع اليدوي، على الموقع:
<http://www.al-jazirah.com/digimag/22042007/egov43.htm>.

24-الاعتراف الأمريكي بالتوقيع الالكتروني، متوفر على الموقع:
<http://www.infosys-sy.com/news-se4.html>.

25- البرازيل تنتخب رئيسا جديدا،مقال منشور عبر الموقع:
http://www.moheet.com/show_news.aspx?nid=418432&pg=2

رابعا: النصوص القانونية:

الاتفاقيات الدولية:

1 –اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2005.

2 –اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980.
-http://www.uncitral.org/unictral/ar/uncitral_texte...

النصوص التشريعية:

1-الأمر رقم 59/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري، المعدل و المتمم

2-قانون رقم 15/04، مؤرخ في 10 نوفمبر 2004، يعدل و يتم الأمر رقم 156/66، المؤرخ في 08 جوان 1966، والمتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 71، صادر في 10 نوفمبر 2004.

3-الأمر رقم 10/05، مؤرخ في 20 جوان 2005، يعدل و يتم الأمر رقم 58 /75، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج ر، عدد 44، الصادرة في 26 جوان 2005.

4- قانون رقم 06-23، مؤرخ في 20 ديسمبر 2006، يعدل و يتم الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 8 جوان 1966، و المتضمن قانون العقوبات، ج ر، عدد 84، صادر في 20 ديسمبر 2006.

5- قانون رقم 04/09، مؤرخ في 05 أوت 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتعلقة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر، عدد 47، الصادرة في 16 أوت 2009.

النصوص التنظيمية:

- 1- مرسوم تنفيذي رقم 01-123، مؤرخ في 09 ماي 2001، يتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج ر عدد 27، الصادرة في 13 ماي 2001 .
- 2- مرسوم تنفيذي رقم 275/98، مؤرخ في 25 أوت 1998، يضبط شروط و كفاءات إقامة خدمات الانترنت و استغلالها، ج ر، عدد 63، الصادرة في 26 أوت 1998.

القوانين النموذجية:

- 1- قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، صادر في جلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 16 ديسمبر 1996، متوفر عبر الموقع:

[Http://www.uncitral.org/pdf/arabic...](http://www.uncitral.org/pdf/arabic...)

- 2- قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية، صادر في جلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 12 ديسمبر 2001، متوفر عبر الموقع:

<http://daccess-ods.un.org/tmp/7958533.html>

قوانين أخرى :

- 1- قانون تنظيم التوقيع الالكتروني في مصر، منشور عبر الموقع:
[http://www.cksu.com uploade/vb/ 12536.](http://www.cksu.com uploade/vb/ 12536)
- 2- قانون المعاملات الالكترونية الأردني متوفر عبر الموقع
<http://www.arabegov.com>

3-القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية،متوفر عبر الموقع:

<http://arabegov.Com/news/news.asp>

4-التوجيه رقم 93/1999 والصادر بتاريخ 1999/12/13 بشأن التوقيع الإلكتروني

<http://eur-lex.europa.eu/lex uriserv/...>

5-قانون الإثبات السوداني لسنة 1983،يمكن الحصول على النص الكامل لهذا القانون عبر الموقع:

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

6-قانون المعاملات الالكترونية الإماراتي،متوفر عبر الموقع:

<Http://www.damascusbar.org>

7-قانون التجارة الالكترونية البحريني، متوفر عبر الموقع:

<http://www.egovs.com/news.php>

قائمة المراجع باللغة الفرنسية:

1- Ouvrages:

– **BENSOUSSA Alain**, internet, aspects juridique, revue et augmentée, 2ème édition, édition Hermès, Paris, 1998.

– **BERQUÉ Frédéric, FREZEFOND Serge et SORRIAUX Ludovic**, java-xml et orale: e-commerce, eal, portails d'entreprise, application mobiles, eyrolles,....

– **BOCHURBERG Lionel**, internet et commerce électronique: site web, contrats, responsabilités, contentieux, 2ème édition, delmas, Pris, 2001.

– **THIEFFRY Patrick**, commerce électronique: droit international et européen, litec, Paris, 2002.

2- Articles:

- **CAPRIOLI Eric et CANTÈRO Anne**, aspects légaux et réglementaire de la signature électronique, disponible sur le site: www.caprioli-avocas.com.
- **CAPRIOLI Eric**, régime juridique du prestataire du service de confiance au regard de la directive du 13 décembre 1999: <http://www.caprioli-avocats.com>.
- _____, le juge et la preuve électronique, réflexion sur le projet de loi portant adaptation de loi de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique: www.caprioli-avocats.com.
- **FROCHOT Didier**, preuve et signature électronique: www.les-infostrateges.com/article/050936/preuve-et-
- **HASSLER Théo**, □ la signature électronique ou la nouvelle frontière probatoire □, Revue de jurisprudence commerciale, n°06, 2006, pp 193-199.
- **HUET Jerom**, □ la problématique juridique du commerce électronique □, Revue de jurisprudence commerciale, le droit des affaires du 21^{ème} siècle, n°01, 2001.
- **MAZINI Abderzak**, les moyens de preuve dans le contexte du commerce électronique: www.condwebzine.hcp.ma/spip.php.
- **REVELLO Lionel**, la preuve électronique: www.sain-mag.com.
- **THIEFRY Patrick**, □ l'émergence d'un droit européen du commerce électronique □, Revue trimestrielle du droit européenne, n°04, 2000, pp 649-674.
- **VILARRUBLA Anne Lise**, les apports de la signature électronique: www.abhatoo.net.ma.
- **La preuve dans le commerce électronique** : <http://sos-net.eu.org/technos/e-commerce.htm#10>.
- Un article de **wikipédia**, l'encyclopédie libre: <http://wikipédia.org/wiki/signature-num%c3%a9rique>.

الفهرس

5.....	مقدمة
15.....	الفصل الأول: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات
18.....	المبحث الأول: تطبيقات الكتابة الإلكترونية على المحررات الإلكترونية
19.....	المطلب الأول: كيف المفهوم التقليدي للكتابة يشمل الكتابة الإلكترونية
19.....	الفرع الأول: مفهوم الكتابة التقليدية
19.....	أولاً: تعريف الكتابة:
22.....	ثانياً : وظائف الكتابة
23.....	ثالثاً: أهمية الكتابة في الإثبات
25.....	الفرع الثاني: المفهوم الحديث للكتابة
28.....	الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها في الكتابة للاعتداد بها في الإثبات
29.....	أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة
30.....	ثانياً: استمرارية الكتابة و دوامها
32.....	ثالثاً: عدم القابلية للتعديل
34.....	المطلب الثاني: ماهية المحررات الإلكترونية
34.....	الفرع الأول: مفهوم المحررات الإلكترونية
38.....	الفرع الثاني: أنواع المحررات الإلكترونية
39.....	أولاً : المحررات الرسمية
43.....	ثانياً :المحررات العرفية
43.....	1- محررات عرفية معدة للإثبات
43.....	2- محررات عرفية غير معدة للإثبات
44.....	أ. الرسائل والبرقيات
44.....	ب. دفاتر التجار
45.....	ج. الدفاتر والأوراق المنزلية

46.....	د. التأثير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين.....
47.....	الفرع الثالث: صور المحررات الإلكترونية.....
47	أولاً: التسجيل الصوتي.....
50.....	ثانياً: المصغرات الفيلمية.....
52.....	ثالثاً: وسائل الفاكس والتلكس
52.....	1. رسائل الفاكس
54.....	2. رسائل التلكس
55.....	رابعاً: مخرجات الحاسب الآلي.....
56.....	خامساً: رسائل البريد الإلكتروني.....
57.....	سادساً: رسائل الانترنت.....
60.....	الفرع الرابع: الشكلية والمحررات الإلكترونية.....
65.....	المبحث الثاني: القيمة القانونية للسندات الإلكترونية في الإثبات.....
65.....	المطلب الأول: حجية المحررات الإلكترونية في ظل القوانين التقليدية للإثبات ..
65.....	الفرع الأول: منح المحررات الإلكترونية القوة في الإثبات بتكليف الاستثناءات
66.....	الواردة على قواعد الإثبات التقليدية.....
68.....	أولاً : حجية السندات الإلكترونية باعتبارها صورة لمحرر رسمي
69.....	ثانياً: حجية السندات الإلكترونية في الإثبات باعتبارها مبدأ ثبوت الكتابة
71.....	ثالثاً: حالة الغش نحو القانون
71.....	رابعاً: منح المحررات الإلكترونية حجية إثبات المعاملات على افتراض استحالة
73.....	الحصول على سند كتابي أو فقده.....
73.....	خامساً:منح المحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات إستناداً لمبدأ حرية إثبات
75.....	التصرفات المدنية التي لا تزيد عن حد معين.....
75.....	الفرع الثاني: منح المحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات وفقاً للحرية الممنوحة
76	للأطراف.....
76.....	أولاً: منح المحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات استناداً إلى الاتفاقيات الخاصة
76.....	بين المتعاملين

ثانياً: منع المحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات استناداً لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية.....	80
المطلب الثاني: حجية المحررات الإلكترونية وفقاً للاتجاهات الحديثة للإثبات الإلكتروني.....	81
الفرع الأول: حجية المحررات الإلكترونية في ظل التشريعات الدولية	81
أولاً: جهود اليونسيف لمنح المحررات الإلكترونية الحجية في الإثبات	82
ثانياً: منح المحررات الإلكترونية حجية الإثبات وفقاً لتوجيهات الإتحاد الأوروبي.....	83
الفرع الثاني: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الوطنية.....	84
أولاً: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات العربية.....	84
ثانياً: حجية المحررات الإلكترونية في التشريعات الغربية	87
الفرع الثالث: حجية المحررات الإلكترونية في الفقه و القضاء.....	89
أولاً: حجية مخرجات الهاتف وما يشابهه	90
ثانياً: حجية مخرجات الفاكس وما يشابهه	93
الفصل الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	97
المبحث الأول: ماهية التوقيع الإلكتروني.....	99
المطلب الأول: تطور مفهوم التوقيع وتأثيره بالتطور العلمي	99
الفرع الأول: التوقيع بمفهومه التقليدي	100
أولاً: تعريف التوقيع.....	100
ثانياً: عناصر التوقيع.....	103
ثالثاً: وظائف التوقيع.....	106
الفرع الثاني: تعريف التوقيع الإلكتروني.....	109
أولاً: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الغربية.....	109
ثانياً: تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات العربية	112
ثالثاً: تعريف التوقيع الإلكتروني لدى المنظمات الدولية.....	114
رابعاً: تعريف التوقيع الإلكتروني في الفقه و القضاء	117

المطلب الثاني: صور التوقيع الإلكتروني ومدى تحقيقه لوظائف التوقيع	122.....
الفرع الأول: صور التوقيع الإلكتروني	122.....
أولاً: التوقيع بالحواس الذاتية (البيومتری)	123.....
ثانياً: التوقيع الإلكتروني اليدوي (بالحروف)	124.....
ثالثاً: التوقيع باستخدام البطاقات الممغنطة المتميزة بالرقم السري	125
رابعاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني (PEN-OP)	126.....
خامساً: التوقيع الرقمي	127.....
الفرع الثاني: تطبيقات التوقيع الإلكتروني	130.....
أولاً: البطاقة البلاستيكية	130.....
ثانياً: التوقيع الإلكتروني الشيكات وسندات الشحن الإلكترونية	132.....
1. التوقيع الإلكتروني على الشبكات الإلكترونية	132.....
2. التوقيع الإلكتروني على سندات الشحن الإلكترونية	134.....
ثالثاً: التوقيع الإلكتروني في أجهزة الاتصالات الحديثة	136.....
1. التوقيع الإلكتروني عبر الانترنت	136.....
2. التوقيع الإلكتروني على التلكس	137.....
المبحث الثاني: مدى موثوقية التوقيع الإلكتروني	139.....
المطلب الأول: مدى مصداقية التوقيع الإلكتروني	140.....
الفرع الأول: مدى تحقيق التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع وشروطه	141.....
أولاً: مدى توفر شروط التوقيع في التوقيع الإلكتروني	141.....
ثانياً: مدى أداء التوقيع الإلكتروني لوظائف التوقيع	142.....
الفرع الثاني: الاعتراف التشريعي بالتوقيع الإلكتروني	145.....
أولاً: في التشريعات الدولية	145.....
1. منح التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات وفقاً لتوجيهات الإتحاد الأوروبي	145.....
2. منح التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات وفقاً لقوانين اليونيسترال	146.....
ثانياً: في التشريعات الوطنية	147.....

147.....	1. في التشريعات الغربية
149.....	2. في التشريعات العربية
151.....	المطلب الثاني: الحماية الوقائية للتوقيع الإلكتروني
152.....	الفرع الأول: جهات التوثيق الإلكتروني
152.....	أولاً: تعريف جهات التوثيق الإلكتروني
154.....	ثانياً: التصديق التشريعي لعمل جهات التصديق الإلكتروني
156.....	ثالثاً: مهام جهات التصديق الإلكتروني
159.....	رابعاً: مسؤولية جهات التوثيق الإلكتروني
163.....	الفرع الثاني: الحماية التقنية للتوثيق الإلكتروني
163.....	أولاً: تعريف التشفير
165.....	ثانياً: طرق التشفير
170.....	خاتمة:
177.....	قائمة المراجع
189.....	فهرس المحتويات

تم بفضل الله وعونه

ملخص:

رمت الإفرازات التكنولوجية بظلالها على النشاطات البشرية ، بما فيها النشاطات التجارية التي أصبحت تتم باستخدام الوسائط الالكترونية ، فظهرت ما اصطلح على تسميتها بالتجارة الالكترونية ، هته الأخيرة لها خصوصياتها التي تميزها عن التجارة التقليدية في مختلف جوانبها كالتفاوض والإبرام والإثبات ، هذا الأخير له من الأهمية ما يجعله محددًا لحجم الإقبال على هذا النوع من المعاملات التي غالبًا ماتم في بيئة افتراضية لها مزاياها و مخاطرها. تغيب فيها الوثائق الورقية لتحل محلها الوثائق الإلكترونية، و يحل التوقيع الإلكتروني محل التوقيع اليدوي، هي عوامل تثير حفيظة القانونيين و المتعاملين على حد سواء و قصد إزالة الغموض و اللبس الذي قد يكتنف هذا النوع من وسائل الإثبات و موقف التشريعات منها، كان لنا هته الدراسة.

Résumé:

Les développements technologiques qui ont marqué la planète ne sont pas sans jeter leurs impacts sur l'activité commerciale multilatérale. Plusieurs changements sont notés dans les pratiques commerciales contemporaines. L'avènement des intermédiaires électroniques est sans conteste le fait ayant marqué la pratique commerciale du troisième millénaire. Cela a donné naissance à ce qui est appelé le commerce électronique ou le e-commerce. Un genre commercial qui se distingue à plusieurs vues du commerce traditionnel.

Tout au long des étapes de l'opération commerciale (négociations, conclusion, preuve...), l'e-commerce présente des particularités par rapport à ce qui est connu du commerce traditionnel. Par son rôle dans la détermination du volume d'affluence sur les produits, la preuve est considérée tel un maillon essentiel du commerce électronique. La conclusion des baux commerciaux dans un environnement virtuel, marqué par l'absence des supports papier qui sont remplacés par des documents électroniques, où la signature électronique substitue à la signature manuscrite accentue l'importance de la preuve. Ces paramètres caractérisant le e-commerce font objet des réticences de la part des juristes qui sont à la recherche du meilleur arsenal juridique en vue de contrer toute malveillance dans ces transactions.

Notre étude fera en sorte de traiter la position des différentes législations, nationales et internationales, par rapport à la preuve électronique. Tout comme, nous tenterons d'éclaircir la vue à propos de la preuve électronique et son rôle dans le commerce international en général.