وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

إثبات التعاقد الإلكتروني

مذكرة لنيل شهادة ماستر في الحقوق

تخصص: قانون الأعمال

من إعداد الطالبة

باشن آمال

تحت إشراف الأستاذ

طنجاوي مراد

السنة الدراسية 2017/2016

شكر وعرفان

اللهم إنا نسألك خير المسألة وخير الدعاء و خير النجاح وخير العمل وخير الثواب وخير الآخرة وخير الممات ثبتنا وثقل موازيننا وحقق أمانينا وارفع درجاتنا ونسألك العلا من الجنة.

الحمد والشكر لله وحده على نعمته هاته بعونه وتوفيقه سبحانه وصلنا إلى إتمام هذا الإنجاز وبشكر الله وجب علينا أن نشكر.

من كان يدا مبسوطة وأمدنا بيد العون والمساعدة في إنجاز هذا العمل المتواضع الذي هو عصارة عمل دءوب وجهد متضافر وعلى الخصوص الأستاذ المشرف

"طنجاوي مراد"

فنسأل له الله التوفيق الدائم.

كما نخص بالشكر

زميلتي بوتعنقيقت حليمة التي ساهمت في هذا العمل

أخواتي وإخوتي الذين كان لهم بصمة في هذا العمل وأخص بالذكر أختي مريم وأخي فاروق

إلى كل من علمنا معنى العلم طيلة المشوار الدراسي.

إلى كل هؤلاء نتقدم بالشكر وخالص الإمتنان والإعتراف بالجميل لهم.

إهـــداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

«وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون»

صدق الله العظيم

والصلاة والسلام على سيد البشرية محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

إلى من جرع الكأس فارغاً ليسقيني قطرة حب، إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة

إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم أبـي العزيز رحمه الله.

إلى من أرضعتني الحب والحنان، إلى رمز الحب وبلسم الشفاء، إلى القلب الناصع أمـي الحبيبة.

إلى خالي الذي أضاف بوجوده طعما للحياة.

إلى القلوب الطاهرة الرقيقة والنفوس الصافية إلى رياحين حياتي، إلى من حبهم يجري في عروقي ويلهج بذكراهم فؤادي إلى إخوتي وزوجاتهم.

إلى أخواتي، نوال، مريم، ليندة وتوأم روحي نادية

إلى براعم العائلة الطيب ونور الهدى.

إلى الذين بذلوا كل جهدٍ وعطاء لكي أصل إلى هذه اللحظة أساتذتي الكرام لا سيما أستاذي في مذكرتي طنجاوي مراد.

إلى توأمي روحي ورفيقتا دربي .. إلى صاحبتا القلب الطيب والنوايا الصادقة

صديقتي حليمة و قريد آمال.

وفي الأخير أرجوا من الله تعالى أن يجعل عملي هذا نفعا يستفيد منه جميع الطلبة المقبلين على التخرّج.

مقدمـــة

إن الطبيعة البشرية غير السوية تقوم على حب الذات والاعتداء على حقوق الغير، فكثيرا ما تحدث نزاعات بين الأفراد مما يحتم عليهم اللجوء إلى وسائل قانونية لفض هذا النزاع، فلا يستطيع الفرد أن يحل ذلك بنفسه لما فيه خرق للقواعد العامة، لذلك كان لزاما على كل شخص تحدثه نفسه بالاعتداء على حق غيره أن يفكر قبل أن يقدم على الفعل، حيث يكون مطالبا بالدليل على دعواه فهنا يتدخل عامل الإثبات والذي يعتبر الوسيلة الأساسية للحصول على الحقوق وإلزام الطرف الأخر بالواجبات، فالحق لا يكون له قيمة عندما يعجز صاحبه عن إثباته.

لكن بالرغم من أن الإثبات وقواعده ليست ركنا من أركان الحق كون هذا الأخير يوجد بقوة القانون متى توافرت شروطه، إلا أن هذا الحق يعد أساس تأكيده ودعمه ولهذا كان للإثبات القضائي منذ القدم الأهمية البالغة في الحياة العملية، وقد عرف على أنه دليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها تؤثر في الفصل في الدعوى، والإثبات بوجه عام يتمثل في تأكيد وجود واقعة بأي دليل أو برهان باللجوء إلى مختلف الوسائل.

ونظرا لما يكتسيه الإثبات من أهمية بالغة في العلاقات القانونية فقد مر بمراحل، ففي عصر ما قبل القضاء كان الفرد هو قاضي نفسه وكانت القوة هي التي تنشأ الحق، بعدها أصبحت المجتمعات تحتكم إلى الآلهة في إقامة الدليل على إدانة الشخص أو براءته عن طريق وسائل مختلفة، فمنهم من كان يعطي السم[1] وهو ما كان معروف في عصر حمورابي، وبعد مضي الزمن أصبحت هناك رغبة في البحث عن وسائل أخرى فقد برز الاعتراف والإقرار، أما الشهادة فكانت تعتبر ملجأ كبير لوسائل الإثبات وقد ظلت أساليب الإثبات تختلف إلى أن ظهرت الكتابة وذلك بسبب تطور الوسائل العلمية كآلة الطباعة مثلا، ما أدى إلى تطور الدليل الكتابي.

وقد بدأت الكتابة تتصدر طرق الإثبات لما لها من أهمية بالغة عند معظم التشريعات، فلا يعتد بها إلا إذا كانت موصولة بالتوقيع بمختلف أشكاله ذلك أن التوقيع يعد شرط فيه، تعبيرا عن هوية الموقع ورضائه.

والإثبات بالكتابة إما أن يكون بمحررات رسمية وإما بمحررات عرفية، لكن نتيجة للتطور الذي مس وسائل الإتصال الحديثة، فقد صار التعامل بنوع جديد من الكتابة والتوقيع، حيث بدأ الإنتقال من العالم الورقي إلى العالم الإلكتروني في مجال التصرفات القانونية الإلكترونية، وهو ما أثر بشكل كبير على المعاملات المدنية والتجارية.

وقد اختلفت الأنظمة القانونية في تحديد مبادئ الإثبات، حيث تبنى المشرع الجزائري نظام الإثبات المختلط واعتمد على النظام المقيد فيما يخص المسائل المدنية من خلال نص المادة 323 مكرر 1 حيث أوجب الكتابة الرسمية لإثبات التصرفات الشكلية إضافة إلى المادة 333 من القانون المدني

1- فراح مناني، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، ص 11.

الجزائري، لكن نجده أخذ كذلك بنظام الإثبات الحر فيما يخص المسائل التجارية من خلال نص المادة 30 من القانون التجاري الجزائري، وأدى التطور الحاصل إلى ظهور المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني كنوع من الوسائل لإثبات المعاملات الإلكترونية.

ومن هنا تعتبر إشكالية الإثبات في العقود التي تبرم إلكترونيا من بين التساؤلات التي طرحت من قبل التشريعات، خاصة وأن قواعد الإثبات التقليدية عرفت نشأتها في بيئة ورقية تعترف بالحجية الكاملة للكتابة الورقية إضافة لعنصر التوقيع الخطي وهو ما لا يتفق مع متطلبات الدليل الإلكتروني.

هذه الإشكالية أدت بالفقه والقضاء إلى محاولة مسايرة قواعد الإثبات التقليدية لكي تنسجم العقود الإلكترونية معا، حيث شهدت تدخل المشرعين الدوليين والوطنيين إلى إقامة قواعد قانونية تستوعب هذا النوع الجديد من التعاملات الإلكترونية، فبالنسبة للمشرع الجزائري فقد عدل قواعد الإثبات في القانون المدني بموجب الأمر 05-10 المعدل والمتمم والذي اعترف من خلاله بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين، بعدها أصدر المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على أنواع الشبكات، بعدها أصدر القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين والقانون 15-03 المتعلق بعصرنة العدالة الذي يقر بدوره بحجية التوقيع الإلكتروني بالنسبة للأحكام القضائية.

وكنتيجة على ظهور الكتابة و التوقيع الإلكترونيين فقد ترتب عنه ظهور مبدأ جديد يتمثل في مبدأ التكافؤ الوظيفي، حيث برز هذا الأخير من خلال المادة الثامنة من قانون التوقيع والتصديق الإلكتروني.

ولعل أهمية الدراسة تتمثل في أن كون هذا الموضوع من أبرز الموضوعات الحديثة التي يعرفها التشريع الجزائري خاصة في ظل ماهو كائن في الوقت الراهن من خلال تفعيل الإدارة الإلكترونية التي تعرفها دولة الجزائر عبر ما تم إحداثه في التعامل مع الأحكام القضائية بشكل إلكتروني والذي لا يتم إلا عن طريق الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، كذلك كون أن الموضوع يثير الاهتمام لما نتج عنه من تطور مستمر وتزايد في التعامل به فقد أحدث تطورا في العديد من المجالات.

وعلى هذا فإنه قد اعترتنا صعوبات من ناحية الكتب خاصة فيما يتعلق بالمراجع الجزائرية مما حتم علينا الاستعانة بالكتب العربية، كذلك تشعب موضوع الدراسة فقد استعنا بقوانين المعاملات الإلكترونية الأخرى لبعض الدول.

اهتزت وسائل الإثبات التقليدية بفعل تقنيات التكنولوجيا، ما أدى إلى بروز وسائل إلكترونية حديثة والتي تشمل الكتابة والتوقيع الإلكترونيين، فإذا كان الإثبات في المواد التجارية والمدنية بالطريقة الإلكترونية محدود، فإن الإشكالية التي نثيرها في بحثنا:

ماهي الحجية القانونية لهذه الوسائل وفقا لما جاء في نصوص التشريعات المقارنة خاصة التشريع الجزائري؟ وما مدى تقدير سلطة القاضي في حالة النزاع؟

هذه الإشكالية دفعتني إلى الإعتماد على المنهج المقارن، من خلال التطرق إلى المقارنة بين القانون الجزائري والمصري والأردني إضافة إلى القانون الفرنسي، خاصة من ناحية ما يتعلق بالكتابة الإلكترونية والتوقيع.

كما إستعملت المنهج الوصفي من خلال وصف بعض الأوضاع القانونية، كالتعريفات والتمعن في الشروط وتحليل النصوص القانونية عبر وسائل الإثبات الإلكتروني المتمثلة في الكتابة والتوقيع الإلكترونيين وتبيان أنواعه وشروط إضفاء الحجية.

وقد إقتضت طبيعة الموضوع تقسيم هذه الدراسة إلى فصلين، حيث نتناول بالذكر في الفصل الأول ماهية الإثبات الإلكتروني وهو بدوره ينقسم إلى مبحثين، حيث كان لزاما بنا التطرق إلى مفهوم الإثبات الإلكتروني(المبحث الأول)، كما نبحث في مدى استيعاب قواعد الإثبات التقليدية للوسائل الإلكترونية من خلال الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني في ضوء قواعد الإثبات العام(المبحث الثاني).

أما الفصل الثاني، فنتعرض إلى وسائل الإثبات الإلكتروني والتي تندرج ضمنها الكتابة الإلكترونية(المبحث الأول) بالإضافة إلى التوقيع الإلكتروني(المبحث الثاني).

الفصل الأول: ماهية الإثبات الإلكتروني

الفصل الأول: ماهية الإثبات الإلكتروني

يعد الإثبات ذات أهمية بالغة في العلاقات القانونية ذلك أن الحق يكون عديم القيمة إذا عجز صاحبه عن إثبات وجوده، فقد أقامت العديد من التشريعات مبادئ يقوم عليها الإثبات وذلك لكي تحفظ حقوق الأفراد فإذا كان الإثبات بالمفهوم التقليدي واضحا من خلال تلك المبادئ التي يقوم عليها، فإنه في ظل التقدم التقني الذي يشهده العالم وما رافقه من ثورة معلوماتية كبيرة [1] قد صاحب ذلك ظهور أشكالا جديدة للاتصال والتعامل الذي يتم من خلال أجهزة وآلات صنعت بدقة وإتقان، وقد كان على رأس هذه الأخيرة الحاسب الآلي الذي أدى إلى نقطة تحول رئيسية في الحياة الإنسانية، مما حول العالم المادي الملموس الذي كان يتم فيه التعاقد بين شخصين في مجلس واحد إلى عالم إلكتروني رغم البعد المكاني، لكن بالرغم من كثرة وتعدد الوسائل الإلكترونية الحديثة ولما لها من دور في الإثبات إلا أنها تبقى محفوفة بالمخاطر التي قد تنتج نتيجة للغش والتدليس التي قد تهدد المعلومات. [2]

وكان للتطور التكنولوجي انعكاس على النظام التعاقدي لظهور نوع جديد من العقود والتي تتمثل في العقود الإلكترونية التي أوجدت تحديات لإثباته ما أدى إلى إثارة تساؤلات عن كيفية إقامة قواعد جديدة تمكن الشخص من إثبات حقه عن طريق هذه العقود المستحدثة ومدى تلاؤمها مع قواعد الإثبات التقليدية.

وهذا ما حتم معظم التشريعات سواء دوليا أو إقليميا أو وطنيا إلى مواكبة هذا التطور من خلال إصدار معاملات خاصة بالبيئة الإلكترونية.

سنحاول في هذا الفصل دراسة الإثبات الإلكتروني من خلال مبحثين نتناول في الأول مفهوم الإثبات الإلكتروني من خلال إبراز أهمية ومخاطر الإثبات ودواعي ظهوره، أما الثاني نتناول فيه مدى استيعاب قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني.

المبحث الأول: مفهوم الإثبات الإلكتروني

يعد الإثبات الإلكتروني من أكثر المواضيع القانونية الجديدة التي أثارت إهتمام جانب كبير من الفقه القانوني، فإذا كان للتطورات الإجتماعية والاقتصادية أثرها الواضح على القواعد القانونية التي تنظم السلوك الإنساني، فإن أثر الإثبات الإلكتروني على أحكام قوانين الإثبات التقليدية أو العادية سيكون له تأثيرا كبيرا، وذلك نتيجة للتطور الذي يشهده الواقع العملي في عصرنا الحالي، الذي يتميز

1- عبد الله أحمد عبد الله غرابية، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، الطبعة الأولى، دار الراية للنشر والتوزيع ، عمان 2008، ص 17.

2- حسام محمد نبيل الشنراقي، جرائم الإعتداء على التوقيع الإلكتروني، دار شتات للنشر و البرمجيات، مصر و الإمارات 2013، ص 528.

فعلًا بما يسمى بالثورة المعلوماتية في مجال نظم وتكنولوجيا المعلومات، لاسيما بعدما تم تسخير هذه التكنولوجيا مع تكنولوجيا الإتصالات، وأصبح بسبب هذا التطور إمكانية نقل وتبادل البيانات عن بعد من حاسب آلي إلى حاسب آخر وهو ما يطلق عليه بالاتصال المعلوماتي والذي أحدث انعكاسات بعيدة المدى من الناحية القانونية على أحكام أدلة الإثبات التقليدية المقررة وفقًا للضوابط التي يحددها القانون.

المطلب الأول: تعريف الإثبات الإلكتروني

إتسم الزمن الذي نعيشه في الوقت الحالي بتطورات كبيرة ، حيث شهد تغييرا غير مسبوق نظرا للتحول الذي عرفته مجالات التكنولوجيا والإتصالات وما نتج عنه من إنتشار الإنترنت، ما أدى إلى ظهور دعامات ووسائط إلكترونية بديلة حتمتها هذه التطورات فلم يعد نظام الإثبات ورقيا بل أصبح رقميا ولهذا سنتناول تعريفا للإثبات بشكل عام (الفرع الأول) وتعريف الإثبات الإلكتروني (الفرع الثاني) و أهمية الإثبات و مخاطره (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف الإثبات

إن الإثبات من المواضيع المهمة جدا التي لا يستطيع أي قاض مدني كان أم جنائي أم إداري الإستغناء عنه لأنه هو المفرق بين الحق والباطل والحاجز الحقيقي والمانع من استمرار الدعاوى الكيدية الكاذبة وعلى هذا قال الفقهاء منذ القدم أن الحق المجرد من الإثبات يصبح هو والعدم سواء، والإثبات من الناحية القانونية يعني إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية متنازع عليها يترتب على ثبوتها آثار قانونية، وقد عرفه الفقه الفرنسي بأن إقامة الدليل أمام القضاء على حقيقة واقعية معينة، يؤكدها أحد الأطراف في خصومة وينكرها الطرف الأخر.[1]

الفرع الثاني: تعريف الإثبات الإلكتروني

إن المقصود بالإثبات الإلكتروني هو إستخدام الوسائل المستخرجة من التقنيات الحديثة في إثبات التصرفات التي تبرم بين الأطراف عن بعد، من خلال الإنترنت أو غيره من وسائل الاتصالات الحديثة ومن أمثلة وسائل الإثبات الإلكتروني، الأوراق المستخرجة من البريد الإلكتروني[2] أو التسجيل الصوتي أو رسائل الفاكس أو التلكس، كما يعرف أيضا على أنه إقامة الدليل أو الحجة أمام القضاء باستخدام

1- مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة، ص8.
2- أحمد عزمي الحروب، السندات الإلكترونية، رسالة ماجستير، منشورة ، جامعة بيرزيت، ص27.

وسيلة إلكترونية أو صيغة أو أكثر من صيغ البيانات الإلكترونية[1]، حيث كشف التطور عن شكل جديد وهو أسلوب الإثبات الإلكتروني الذي يشمل المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني فمن بين خصوصيات الإثبات المعاملاتي أنه نظام قائم على إجراءات تقنية جد معقدة مقارنة بالإثبات الكلاسيكي[2].

الفرع الثالث: أهمية الإثبات الإلكتروني ومخاطره

إكتسبت وسائل الإثبات الإلكتروني مكانة هامة في مجال المعاملات التجارية التي تقوم على مبدأ حرية الإثبات، وبدأت التشريعات الدولية في الاعتراف بها ومساواتها بطرق الإثبات التقليدية وأصبح كل من المحرر والتوقيع الإلكتروني يحظى بنفس حجية المحرر والتوقيع التقليدي، كما أن تزايد كم بيانات المعلومات المدونة عبر الأوراق والمستندات والكتب وتضخم حجمها وتراكمها يثير مشكلة كبيرة في حفظها وتخزينها لفترة طويلة، حيث يصعب إيجاد المكان الكافي والملائم لدى المنشآت، وهو ما يطلق عليه بالأرشيف الذي يحتاج لمساحات كبيرة يتعذر توفيرها، لذا جاء الحاسب الآلي ليساهم في تلك المشكلة حيث يحفظ المعلومات بداخله، دون حاجة إلى حيز أو حجم كبير وقد تم إستبدال الملفات الورقية والمخطوطات بالأسطوانات الممغنطة والسندات الرقمية المحفوظة على أسطوانات رقمية محفوظة أو على أقراص ممغنطة [3] كما ظهرت فكرة السجلات والأرشيف الإلكتروني ومما لاشك فيه أن الأسلوب الإلكتروني في الكتابة والمحررات والتوقيع يصلح كوسيلة لإثبات جميع التصرفات القانونية في كافة المعاملات المدنية والتجارية، لكن التساؤل يثور بالنسبة للحالات التي يتطلب القانون فيها الكتابة كشرط لإنعقاد التصرف، كما يصعب القول بصلاحية ذلك الأسلوب في هذا المجال بل يتعين إتباع النمط التقليدي في الكتابة والتوثيق، حيث يترتب على تخلفه بطلان التصرف، ولا يمكن العدول عن ذلك إلا بنص صريح مع ضرورة إعادة هيكلة الدوائر والجهات الإدارية المختصة[4].

إن المعلومات والبيانات التي يتم تداولها وحفظها عبر الحاسب وشبكة النت يمكن التمسك بها في ساحات المحاكم ويجوز للقاضي الإرتكان إليها والثقة بها في النزاع المعروض عليه بشرط أن يتم تسجيلها بأسلوب منظم وبطريقة جديدة ومأمونة، وإن كان ذلك لا يغلق الباب أمام إحتمال وجود خطأ أو عيب في عملية نقل المعلومات والبيانات سواء من جانب المصدر أو من جانب وسائل النقل والاتصال كما لا يخفى وجود بعض المخاطر التي تهدد سلامة وصحة المعلومات والبيانات الصادرة عن الوسائل التقنية

1- بدر بن عبد الله الجعفري، الإثبات الإلكتروني في المنازعات التجارية، الملتقى العدلي المنظم من قبل الغرفة التجارية الصناعية بالأحساء، 2013 ص 8.
2- فتيحة حزام، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر 2015-2016، ص9.
3- مناني فراح، المرجع السابق، ص 11.
4- محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص 271-207.

الحديثة في الإثبات مثل إحتمالات الخطأ البشري أو الفني في إدخال البيان بداخل الحاسب الآلي الذي يؤثر على نظم المعلومات [1] أو تصميم البرنامج أو نقل المعلومة أو حدوث أعطال تهدد سلامة تخزين البيانات.

ولعل أهم هذه المخاطر هو التدليس والغش أو القرصنة بصدد نظم المعلومات حيث يمكن إختراقها والتلاعب بها وتزييف بطاقة الائتمان وإطلاق الفيروس المعلوماتي على البرامج لإتلافها والنيل منها ولكن تلك المخاطر لم تمنع أو تحد من إستخدام ذلك التطور التقني وتزايده وأهميته، حيث أصبح نتيجة حتمية للتقدم العلمي وجزءا لا يتجزأ من المعاملات الإنسانية على كوكبنا المعاصر، ومن المقرر أنه لا يخلو أي نشاط إنساني من المخاطر أو السلبيات، فالكتابة وطرق الإثبات التقليدية تتعرض بدورها للتلف أو التزوير، ويحاول الإنسان جاهدا تأمين الوسائل المستخدمة وتفادي عيوبها.

إن النمو المضطر للتجارة الإلكترونية يستوجب تأمين تلك المعاملات من حيث ضمان سلامة المضمون المتبادل عبر النت من جهة ونسبته إلى صاحبه وسلامة التوقيع الإلكتروني الصادر عنه من جهة أخرى، حيث يمكن أن تثور ضلال الشك حول التصرف نظرا لإحتمال تعرضها للتبديل والتغيير عبر الإرسال، خاصة وأنها تتم عن بعد بين أطراف متباعدين غير متعارف، حيث ثار الشك والحذر في البداية بصدد الأسلوب الإلكتروني في التعبير عن الإرادة والإثبات، لكن المشرع المعاصر سرعان ما تدخل إستجابة للواقع العملي ليقر هذا التطور ويمنح المحررات والكتابة والتوقيع ذات الثقة والحجية الخاصة بالأساليب التقليدية وإشتراط عدة ضوابط لضمان سلامتها، والواقع أن إحتمالات التزوير في الأساليب الحديثة ليست أكثر شيوعا منها في الأساليب التقليدية، وإتجه البحث جليا حول سبل تأمين الأسلوب الإلكتروني في الإثبات ونسبة التوقيع إلى صاحبه وذلك من خلال الشفرات والمفاتيح السرية وسبل التحصن التي تمنع الاختراق والتلاعب. [2]

وفي هذا الشأن نرى بضرورة تضافر الجهود القانونية والجهود الفنية التقنية للوصول إلى أفضل مستوى وقدر من الأمن الذي ينبغي أن تتمتع به هذه الوسائل.

المطلب الثاني: ظروف ظهور الإثبات الإلكتروني

إن للإثبات الإلكتروني ظروف أدت إلى ظهوره وذلك لعدة أسباب، ومن أجل هذا سنتناول من خلال هذا المطلب دواعي ظهوره وتأثير التكنولوجيا المعاصرة في مبادئ الإثبات.

1- حسام محمد نبيل الشنراقي، المرجع السابق، ص 531.
2- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 272.

الفرع الأول: دواعي ظهور الإثبات الإلكتروني

يعد الإثبات الالكتروني موضوع العصر، حيث تعتبر مسألة إثبات العقود الإلكترونية من أهم المشكلات من حيث ضرورة معرفة مدى التوافق والانسجام بين نصوص قانون الإثبات التقليدية وبين نصوص قانون المعاملات الإلكترونية [1] فقواعد الإثبات التقليدية ظهرت في بيئة ورقية تعترف بالحجية الكاملة للورقة الكتابية مع ضرورة التوقيع عليها وهو ما يتنافى مع الدليل الإلكتروني ولأن التصرفات التي تتم عبر شبكة الإنترنت مثلا قد لا تخضع بشكل تام لإطار قانوني حيث تخرج بعض هذه التصرفات خارج النطاق القانوني الذي يوجب الكتابة التقليدية، والذي أدى إلى البحث عن نظام قانوني يحوي هذه التصرفات غير المكتوبة في عصر أعترف فيه بمساواة التصرفات التي تتم عبر الإنترنت والتي تظهر من خلال محررات إلكترونية بتلك التي تتم من خلال الدعائم الورقية والكتابة. [2]

سعى المجتمع الدولي إلى محاولة إيجاد إطار تشريعي تنظيمي متكامل يقرر صحة هذه العقود الإلكترونية ويكسبها الحجية بالإثبات حيث إجتمعت لجنة القانون الدولي في الأمم المتحدة لوضع نظام قانوني للتجارة الإلكترونية وفي عام 2001 صدر قانون الأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية كما أصدر البرلمان الأوروبي توجيه حول التواقيع الإلكترونية عام 1999 وآخر عام 2000 حول التجارة الإلكترونية، ولمواكبة التطورات الحاصلة على المستوى الدولي بادرت الدول على المستوى الوطني إلى إصدار تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية كالمشرع المصري، التونسي، الأردني، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد قام بتعديل قواعد الإثبات المنصوص عليها في القانون المدني بموجب القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني [3]، ثم أصدر المرسوم التنفيذي 07-162 والقانون 15-04 المحدد للقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

الفرع الثاني: تأثير التكنولوجيا المعاصرة في مبادئ الإثبات

إن وسائل وأساليب الإثبات جاءت وليدة الواقع العملي وتعبيرا عما تعارف عليه الناس في معاملاتهم الإلكترونية عبر الأحرف والأرقام والرموز والإشارات الضوئية وغيرها، فتكنولوجيا المعلومات بما تتسم به من مستوى فني رفيع أصبح لها مكانة هامة ومتزايدة في مجال الإثبات، حيث يتم حفظ

1- يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع،عمان 2007، ص 13.
2- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الأردن 2009، ص 17.
3- قانون 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 يعدل ويتمم الأمر 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم، جريدة رقم 44.

ومعالجة المعلومات والبيانات عبر المستندات والمحررات المعلوماتية مثل الشرائط الممغنطة وشرائط الفيديو وتسجيلات الحاسب الآلي والمصغرات الفيلمية لمستخرجاته. [1]

إهتزت الكتابة العادية وطرق الإثبات التقليدية في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، حيث أصبح الضغط على الفأرة مفتاح تشغيل الحاسب وسيلة التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد، وتجلت معالم التوثيق والكتابة والتوقيع الإلكتروني في هذا المجال وأصبحت واقعا ملموسا أقرته التعديلات التشريعية في النظم القانونية المعاصرة، ويتم إستخدام الطرق التقنية العلمية الحديثة كوسيلة للإثبات بدلا من الكتابة في مجال المواد التجارية عامة والمعاملات البنكية بصفة خاصة، كالدفع الإلكتروني وسحب الأموال بالبطاقات البنكية من أجهزة التوزيع الآلي، ونقل الأموال من حاسب إلى آخر دون حاجة إلى أوراق موقعة.

إن التقدم العلمي والتقني له تأثيره البارز على تطوير القواعد القانونية، حيث أصبح التواصل وتبادل الرسائل والصور بين أبناء الكرة الأرضية أمرا يسيرا عبر الزمان والمكان من خلال التزاوج الذي تم بين المعلوماتية [2] وأدوات الإتصال السلكية واللاسلكية والذي أثمر مولودا عملاقا وهو الإنترنت الذي حول الكرة الأرضية إلى قرية صغيرة، فتلاشت المسافات وأصبح بوسع الإنسان رصد كل ما يجري من أحداث على الأرض والتجول عبر شبكة النت لإبرام الصفقات وشراء السلع والخدمات، وباتت الذبذبات والشفرات والمفاتيح السرية والأرقام الإلكترونية عبر الشاشة هي وسيلة إنجاز تلك المعاملات بدلا من الأوراق والسجلات المدونة والتوقيع بالأحرف، ولم يعد إستخدام الحاسب ووسائل الإتصال الحديثة مثل التلكس والفاكس والإنترنت قاصرا على الحكومات والمشروعات الكبرى والبنوك، بل إمتد ذلك ليشمل نسبة كبيرة من الأفراد في المجتمع، فأمام هذا التطور المتزايد لوسائل التكنولوجيا الحديثة وهيمنتها على كافة جوانب الحياة المعاصرة بما فيها الجانب القانوني بات من الضروري تطوير وسائل الإثبات التقليدية، وعدم الاقتصار على المحرر الورقي والتوقيع بالأحرف، بل استيعاب المحررات الإلكترونية التي تعتمد على دعامات غير ورقية مصحوبة بالتوقيع الإلكتروني، فالقانون ظاهرة اجتماعية يستهدف تنظيم الحياة في المجتمع ويتجاوب مع كافة العوامل الإجتماعية والسياسية والتقنية المؤثرة فيه.

1- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 288.

2- د.عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن2007، ص 17.

المطلب الثالث: موقف التشريعات المقارنة من الإثبات بالوسائل التقنية الحديثة

في مطلع العقد الأخير من القرن الماضي وبعد تعميم إستخدام شبكة الإتصالات الحديثة والإنترنت [1]على الأشخاص، أخذت هذه الشبكة بالتحول بوتيرة متسارعة إلى سوق تجاري عالمي يباع ويشترى به العديد من السلع وتقديم الخدمات، لكن بطابع مجرد من الهيكل المادي أي خالي من الورق وظهور هذه التجارة الإلكترونية بشكل بارز وجلي بهذا الطابع الخالي من الورق أحدث تغييرات في القواعد القانونية، خاصة المتعلقة بالإثبات وبما أن التجارة الإلكترونية أصبحت واقعا قائما في التصرفات المدنية والتجارية، فإنه من الصعب غض النظر عن تنظيم هذه التصرفات قانونيا، لذلك سارعت الدول سواء على النطاق الدولي أم الإقليمي أم الوطني إلى سن تشريعات جديدة أو تعديل قواعدها القانونية لمواكبة تقدم تكنولوجيا المعلومات، وذلك من أجل وضع ضمانات تكفل حقوق الأفراد وتحافظ عليها.

وعليه سنتناول ذلك من خلال الفرع الأول (أعمال لجنة القانون التجاري الدولي) والفرع الثاني (على المستوى الإقليمي) والفرع الثالث (على المستوى الوطني).

الفرع الأول: أعمال لجنة القانون التجاري الدولي

إرتأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عندما وضعت قانون الأونيسترال الذي يعتبر أول تنظيم دولي حقيقي للإثبات الإلكتروني يعترف بعناصر الدليل الإلكتروني، أن يكون أداة فعالة للدول لكي تقوم بتطوير تشريعاتها الداخلية لتتوالم والمعطيات الجديدة في التجارة الإلكترونية والتي نتجت عن التطور التكنولوجي في مجال الإتصال والمعلومات، إضافة إلى مساعدة مستخدمي هذه الوسائل الحديثة والباحثين في هذا المجال[2]، فهذا القانون يساعد الدول التي لا تزال تستخدم الأساليب التقليدية في حفظ المعلومات وتدارك المساوئ الناجمة عن قصور التشريعات الوطنية في مجاراة الأساليب الحديثة في التعاقدات والتجارة الداخلية والدولية في آن واحد، كما أنه يساعد كأداة في تفسير بعض الاتفاقيات الدولية والتي قد ينجم عنها عرقلة إستعمال الأساليب الحديثة وذلك في الاتفاقيات التي تشترط أن تكون بنود العقد مكتوبة ومفرغة في محررات ورقية، إضافة إلى أن من أهم أهداف هذا القانون في محاولته لإضفاء حجية كاملة على المحررات والمعلومات الحاسوبية من خلال مساواتها بالمحررات الورقية والذي يؤدي في النهاية لتطور إقتصاديات هذه الدول والاقتصاد العالمي في مجمله وإعطائه فعالية للتجارة الدولية.

ونجد هذا القانون بجميع مواده قد حدد الأطر الرئيسية للتجارة الإلكترونية والوسائل الحديثة في إبرام العقود وتنفيذها تاركا للتشريعات الوطنية تحديد ما يتماشى مع قواعدها في هذا الخصوص، وفي

1- عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 2012، ص161.
2- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص116.

جميع الحالات وتشجيعا للتعامل بالمعطيات الإلكترونية لابد على الدول أن توفر لها الضمانات التقنية اللازمة، لأن حجيتها في الإثبات أمام القضاء أصبح مطلبا ضروريا وإلا سيؤدي الفراغ التشريعي إلى وجود مشاكل عويصة في وسط المجال المعلوماتي الإلكتروني الذي قد لا يعرف فيه المتعاملين بعضهم البعض، هذا ونجد أن القانون النموذجي للتوقيعات الإلكترونية قد جاء متضمنا لدليل إشتراع [1] أعدته الأمانة بطلب من الأونيستيرال قدمته في ختام دورتها الرابعة والثلاثين لعام 2011، وجاء هذا الدليل لمساعدة الدول التي تنظر في الأحكام التي ينبغي تعديلها لتتوافق مع أي ظروف وطنية، كما أن تناول مسائل لم تكن مسوَّاة في القانون النموذجي وذلك لإرشاد الدول التي تشترع من هذه الأخيرة.

الفرع الثاني: على المستوى الإقليمي

حرصت الجهود الدولية وفي مقدمتها لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية على مواكبة التطور التكنولوجي وما أسفر عنه من معطيات حديثة في التعامل الإلكتروني التي لا تتماشى مع القواعد التقليدية للإثبات، حيث كان القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية مصدر إلهام للمشرع الأوروبي لذلك لم تكن المجموعة الأوروبية وهيئاتها بمنأى عن الاهتمام الدولي بتطوير القواعد القانونية لتلائم عصر المعلوماتية بل على العكس تماما فقد أولت التنسيق بين التشريعات الداخلية الخاصة بالدول الأعضاء إهتماما خاصا نظرا لما يوجد فيها من تباين فيما يتعلق بقواعد الإثبات وتقديم الدليل، فأصدرت اللجنة الأوروبية في الثامن أكتوبر 1998 بيان تعلن فيه نيتها عن إعداد مشروع أوروبي حول إطار عام للتوقيع الإلكتروني وعمليات التشفير [2] ، حيث تعالج المادة الأولى من التوجيه الأوروبي نطاق تطبيق أحكامه من خلال تيسير إستخدام التوقيع الإلكتروني في المعاملات وضمان الاعتراف القانوني به كدليل إثبات وذلك من خلال نص المادة 1/5 من التوجيه الأوروبي، ويتبين من هذه المادة أن التوجيه الأوروبي ساوى بين التوقيع العادي والتوقيع الالكتروني، كما دعا إلى عدم رفض التوقيع الإلكتروني الذي لا يحوز على مصادقة عليه من قبل مقدمي خدمات التصديق. [3]

وقد تبنى تعريفا موسعا للتوقيع الإلكتروني بحيث لا يقتصر على التوقيع الشخصي بالمعنى الضيق.

1- قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الإشتراع 2001 على الموقع https://www.uncitral.org

2- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني (ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية2007، ص 107.

3- سماح كحول ، حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية، مذكرة لنيل شهادة ماستر، كلية الحقوق، جامعة ورقلة 2014-2015، ص 33.

الفرع الثالث: على المستوى الوطني

صدرت مجموعة كبيرة من التشريعات التي نظمت الإثبات الإلكتروني، وتعتبر الولاية الأمريكية أول من أصدر على الصعيد الوطني تشريعا ينظم الإثبات الإلكتروني، إذ أصدرت عام 1996 قانون خاص ينظم قواعد التوقيع الإلكتروني.[1]

أولا: القانون الفرنسي

يمكن رد القواعد الذي طور بها المشرع الفرنسي القانون المدني المتعلقة بالإثبات إلى مبدأين رئيسيين، الأول يتمثل في الاعتراف بالكتابة الموقعة إلكترونيا "المحررات الإلكترونية" كدليل إثبات وتمتعها بحجية المحررات الورقية باستيفاء شروط الأمان وشروط تأدية وظائف الكتابة والتوقيع، أما الثاني فهو الإعتراف بصحة الإتفاقات الخاصة حول الإثبات[2].

راعى المشرع الفرنسي الإتجاه الحديث في الإعتراف بالكتابة والتوقيعات الإلكترونية في مجال الإثبات بثا للثقة فيها وإستجابة لمتطلبات التجارة الإلكترونية، وإن كان هذا الإقرار التشريعي لم يلغي كافة الصعوبات التي كانت تواجه المحررات الإلكترونية، لكن هذا هو ثمن إستخدام التقنيات المتقدمة التي تتطلب إعداد دليل من نفس طبيعتها، ويبقى على رجال القانون إستخلاص المتطلبات التي تمليها طبيعة الدليل الإلكتروني[3].

قام المشرع الفرنسي بتنظيم قبول المحررات الالكترونية ومنحها حجية في الإثبات بالمعاملات الإلكترونية إلى أن صدر القانون رقم 2000/230 بتاريخ 13 مارس المتضمن إدخال تعديلات على قانون الإثبات المدني قصد تطويعه لتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني، فوفقا للمادة 1316 منه قد إعترف المشرع الفرنسي صراحة بالمحررات الالكترونية ومنحها نفس القوة الثبوتية للمحرر التقليدي إذا توافرت فيها الشروط، وهكذا يؤكد المشرع الفرنسي على أنه لا يوجد فرق بين المستندات الورقية التقليدية وبين مستندات المعلوماتية الإلكترونية من حيث الحجية القانونية في الإثبات[4].

والملاحظ من خلال ما ذكرناه أن الشروط الخاصة بالكتابة والتوقيع الإلكترونيين لن تتحقق إلا بوجود منظومة تكوين بيانات إنشاء التوقيع مؤمنة وذلك عن طريق تدخل طرف ثالث وهو مقدم خدمات التصديق الإلكتروني.

1- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 162.
2- أحمد خروبي، الإثبات بالمحررات الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، 2006-2009، ص 49.
3- أحمد خروبي، المرجع السابق، ص 51.
4- محمد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الإلكترونية الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب، 2009، ص 232.

ثانيا: التشريع الأردني

شكل إصدار قانون المعاملات الأردني نقطة تحول في مجال إحتوائه للوسائل الإلكترونية في إبرام العقود وإعطاء المحررات الإلكترونية ذات الحجية التي تتمتع بها المحررات التقليدية الورقية، ولكي يجاري المشرع الأردني هذه التطورات فإنه قام قبل إصدار قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 بإجراء تعديلات على بعض القوانين المعمول بها، حيث أعطى من خلالها المخرجات والمحررات الإلكترونية ذات الحجية المقررة للمخرجات التقليدية، وقد جاء هذا القانون مبنيا على نصوص قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

وقد إستهل المشرع قانون المعاملات الإلكترونية بإيراد مجموعة تعريفات تشمل الأدوات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية كتعريف التوقيع الإلكتروني ورسالة البيانات وغيرها.[1]

ثالثا: التشريع المصري

واكب المشرع المصري التطورات الحديثة التي يشهدها العالم في الوقت الحاضر في مجال تكنولوجيا المعلومات، والتحول من الشكل الكتابي المحسوس للمحررات إلى المحررات الإلكترونية والشكل الرقمي الذي جاء مع ظهور الحاسبات والإنترنت وما فرضته التجارة الإلكترونية ما أدى بالمشرع المصري إلى ضرورة إعادة النظر في المبادئ التقليدية لقانون الإثبات[2].

ولذلك فأبى المشرع المصري إلا أن يمنح لوسائل الإتصال الحديثة حجية قانونية في الإثبات، فنجد أن المشرع المصري منح المحررات الإلكترونية الناتجة عن الفاكس والتلكس أو أي وسيلة إلكترونية مماثلة نفس القوة القانونية للمحررات التقليدية بشرط أن يكون هناك شرط الاستعجال ليتم إسباغ الحجية عليها، ولكي يواكب المشرع المصري هذه التطورات أصدر قانون التوقيع الإلكتروني الذي إعترف فيه بالتوقيع الإلكتروني والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية متى إستوفت الشروط المنصوص عليها[3].

1- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 10.
2- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص120.
3- خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والإتفاقيات الدولية، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007، ص 67.

رابعا: التشريع الجزائري

إعترف المشرع الجزائري من خلال نص المادة 323 مكرر من القانون المدني بالحجية القانونية الكاملة للمحررات الإلكترونية في الإثبات، كما أنه أسس من خلال هذا النص مبدأ التعادل الوظيفي بين السندات الإلكترونية والسندات التقليدية من حيث الأثر والحجية في الإثبات، وبالتالي إعترافه بالكتابة الإلكترونية لإثبات التصرفات والعقود من جهة، وجعلها معادلة لحجية الوثيقة المخطوطة على دعامة ورقية، أي لهما نفس الأثر والفعالية من حيث حجية الإثبات. [1]

أقر المشرع الجزائري بعد تعديل القانون التجاري الجزائري في 2005 بإمكانية تبادل رسائل البيانات، حيث نصت المادة 502 منه على إمكانية تقديم الشيك للوفاء عن طريق وسائل التبادل الإلكتروني، أما المادة 441 من نفس القانون تناولت موضوع تقديم السفتجة للوفاء بالطريق الإلكتروني وهي تعتبر خطوة في التعامل بالوسائل الإتصال الحديثة.

حيث أن المشرع الجزائري قد أصدر في الفترة الأخيرة من القانون 15-04 المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، حيث عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 2 منه ووضع شروط لا بد أن تتوافر في التوقيع الالكتروني حتى يمكن إضفاء عليه صفة الحجية في الإثبات وذلك وفقا لما جاء في المادة 7 منه، وهو نفس الموقف الذي أخذت به التشريعات السابقة الموقعة إلكترونيا، وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنه كان متأخرا في إصداره للقانون 15-04 إلا أنه في رأينا نرى بأن المشرع الجزائري بدأ يتدارك النقص الذي كان موجودا سابقا بدليل أنه قد تم إصدار مرسوم تنفيذي [2] جديد والذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا على أمل أن يصدر قوانين أخرى في هذا الشأن مثله مثل باقي التشريعات.

بعدما تطرقنا في هذا المبحث إلى مفهوم الإثبات بشكل إلكتروني، بات الإثبات الالكتروني والذي يعد موضوع الساعة وهذا من خلال تعرفنا على أهميته البارزة في مجال المعاملات التجاري حيث إعترفت به التشريعات الدولية، كما رأينا كذلك أن هذه المعاملات لا تخلو من المخاطر التي قد تنجم عنه، بالإضافة إلى ذلك قد أبرزنا الدوافع التي أدت إلى ظهور الإثبات الإلكتروني من خلال سعي التشريعات الدولية والوطنية والإقليمية إلى إقامة قوانين تتعلق بالمعاملات الالكترونية ومساواتها بالمحررات التقليدية وتأثير التكنولوجيا المعاصرة عليه، سنرى من خلال المبحث الثاني مدى إستيعاب قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني.

1- عبد الله بلقاسم، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص117.
2- المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، الجريدة الرسمية عدد 28.

المبحث الثاني: مدى إستيعاب قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني

تعتبر الكتابة أهم وسيلة من وسائل الإثبات في الوقت الحاضر، ويرجع ذلك إلى أنها دليل يمكن إعداده مقدما قبل حدوث النزاع على الواقعة المراد إثباتها أمام القضاء[1] ، كما أن الكتابة من شأنها أن تبعث الطمأنينة في النفوس لما لها من خصائص لا تتوافر في الشهادة وإستثناءا فقد منح المشرع للأطراف الإثبات بغير الدليل الكتابي، إلا أن مسألة الإثبات من خلال العقود التقليدية قد تواجه صعوبات في الإثبات الإلكتروني وعلى هذا سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، الأول يتمثل في الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني في ضوء قواعد الإثبات القائمة والثاني يتمثل في الإصطدام بصعوبات الإثبات الإلكتروني.

المطلب الأول: الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني في ضوء قواعد الإثبات القائمة

من المعلوم أن الكتابة تعتبر من أقوى وسائل الإثبات، حيث يتم الإثبات بها في المسائل المدنية والتي تعتبر مبدأ ضروري وواجبة في الدليل الكتابي التي تستند إليه القواعد التقليدية في الإثبات، إلا أن التشريعات ومن بينها المشرع الجزائري قد أعطى إمكانية لإستبعاد القاعدة الأصلية، لكن في حدود قانونية مثلا قي حالة وجود إتفاق بين أطراف العلاقة أو في حالات أخرى.

لكن الإشكال الذي يثور هو هل يمكن تطبيق الإستثناءات الواردة على الكتابة على المحررات الإلكترونية التي نشأت من خلال البيئة الإلكترونية؟

وللإجابة على هذا التساؤل فإنه جدير بنا أن نتعرض لقواعد الإثبات في ظل القواعد التقليدية و مدى تطبيقها على المحرر الإلكتروني من خلال الإختلافات الفقهية المثارة في هذا الشأن، حيث نتناول الاستعانة بمبدأ الحرية في الإثبات (الفرع الأول) والإستثناءات الصادرة عن وجوب الدليل الكتابي (الفرع الثاني) كما نتطرق إلى إتفاقات الإثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الإستعانة بمبدأ حرية إثبات المسائل التجارية

تخضع العقود التجارية لمبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية والذي بمقتضاه لا يتقيد القاضي بأدلة إثبات معينة في تكوين عقيدته، وإنما يجوز إثبات العقود التجارية بكافة طرق الإثبات بغض النظر عن قيمة هذه العقود، هذا المبدأ تقرر في ظل أوضاع المعاملات التي يكثر التعامل الورقي بشأنه.[2]

1- محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر 2009، ص 6.
2- د.هاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل الإثبات الإلكتروني، ص 2-3.

فالمشرع الجزائري أخذ بهذا المبدأ وذلك في المادة 30 من القانون التجاري الجزائري والتي تنص: يثبت كل عقد تجاري بـ

1. سندات رسمية
2. سندات عرفية
3. فاتورة مقبولة
4. الرسائل
5. دفاتر الطرفين
6. الإثبات بالبينة أو أية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها.

وقد قدم بعض الفقهاء تعليلا لقاعدة حرية الإثبات في المعاملات التجارية، بأن هذا أمرا يتفق مع طبيعة المعاملات التجارية التي تتميز بالسرعة والثقة والإئتمان والتي يجب على المشرع أن يهيئ لها الجو المناسب.[1]

وإذا كان الأصل أن الإثبات في المعاملات التجارية يكون جائزا بكافة طرق الإثبات، إلا أن هذا المبدأ ليس مطلقا إنما يرد عليه استثناءات فقد إشترط المشرع الجزائري في بعض الأعمال التجارية الكتابة الرسمية مثل عقد الشركة كأصل عام وهذا ما نصت عليه المادة 545 من القانون التجاري الجزائري، وكذلك التصرفات الواردة على المحل التجاري أما بالنسبة لفئة التجار فإذا كان أطراف العمل التجاري يتمتعون بصفة التاجر سوف يستفيدون من هذا المبدأ لكن في حدود الأعمال التجارية دون المدنية.[2]

وقد تقيد حرية الإثبات هذه كذلك في بعض التصرفات التجارية كالسفتجة أو عقد الشركة فلا بد من الكتابة لأن الطرق الأخرى لا تكفي، أما إذا كان أحد أطراف العمل غير تاجر مثل العمل التجاري المختلط فيستفيد من هذه الحرية على إطلاقها، حيث يحق للطرف المدني إثبات التصرفات القانونية في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات.

أما بالنسبة للتصرفات القانونية التي تزيد على مبلغ معين يكون بمحرر عرفي أو رسمي، وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة 333 من القانون المدني بعد مراجعتها بالقانون 05-10 "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، غير أنه إستثنى بعض التصرفات القانونية حتى وإن كانت لا تزيد عن هذه النصاب مثل عقد الكفالة وعقد الصلح، وكذلك بشأن القاعدة التي تفرض الكتابة في إثبات ما يخالف أو يفوق الثابت بالكتابة حتى ولو لم تزد قيمة التصرف القانوني 100.000 دينار جزائري.

1- د.عصام حنفي محمود، القانون التجاري، الجزء الأول، بدون سنة، ص 42.
2- يوسف زروق، المرجع السابق، 63.

وعلى هذا يثور الإشكال حول إمكانية القبول بتطبيق مبدأ حرية الإثبات في المحررات الإلكترونية.

يجب الإشارة قبل هذا إلى المراحل التي مرت بها المحررات الإلكترونية، بالنسبة للمرحلة التالية لصدور التشريعات الإلكترونية، وبما أن معظم التشريعات الإلكترونية الحديثة قد إعترفت للمحررات الإلكترونية بالقوة الثبوتية نفسها التي تكون للمحرر التقليدي، فيمكن القول أن مبدأ حرية الإثبات، يطبق في المواد التجارية على المحررات الإلكترونية.

أما بالنسبة للمرحلة السابقة للتشريعات الإلكترونية، أو في الدول التي لم تصدر ليومنا هذا تشريعات إلكترونية فإنه يمكن القول طالما أن القاعدة في إثبات التصرفات التجارية، هي حرية الإثبات فإنه يمكن الاستعانة بالمحرر الإلكتروني كقرينة قضائية، لإثبات وجود ومضمون التصرف الذي يتم عن طريق شبكة الإنترنت، حتى لو زادت قيمة التصرف عن النصاب المقرر للإثبات بالبينة الشخصية وذلك بمقتضى قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية [1] طالما أن الأمر يخضع لتقدير القاضي.

لكن بالرغم مما يسمح به مبدأ حرية الإثبات في الإستعانة بالمحرر الإلكتروني في إثبات التصرفات التجارية، إلا أن الضوابط التي تحكم المبدأ تقضي إلى إضعاف دور المحرر الإلكتروني في إثبات تلك التصرفات.

الفرع الثاني: الاستعانة بالإستثناءات القانونية على وجود الدليل الكتابي

سنقوم من خلال هذا الفرع بعرض مدى إمكانية الإعتماد على الإستثناءات القانونية لإعطاء الحجية للعقد الإلكتروني، حيث أجاز المشرع الإثبات بشهادة الشهود في أحوال معينة أوردتها المادة 335 و 336 من التقنين المدني[2]، وقد برر الفقه جواز الإعفاء في حالة وجود مانع أدبي أو مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي وكذلك الأمر في حالة فقدان السند الكتابي لسبب أجنبي بقوله أنه يتعذر الإثبات بالكتابة في هاتين الحالتين مما يستوجب من ناحية العدالة إجازة إستبدال هذا الدليل بشهادة الشهود لإثبات الحق الذي تضمنه، وسنتناول هذه الإستثناءات في الشكل الآتي:

أولا: إستخدام مبدأ الثبوت بالكتابة

يتفق أغلب القوانين العربية في إعتماده على قاعدة الإثبات بالدليل الكتابي في المعاملات متى تجاوز التصرف حدا معينا بوصفها أفضل وسائل الإثبات، و قد أورد القانون عدة إستثناءات على القاعدة

1- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في العقد المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2009، ص 232.

2- أنظر المواد 335-336 من القانون المدني الجزائري.

يجوز بموجبها الإثبات بغير الدليل الكتابي، والهدف منها هو التخفيف من حدة القاعدة العامة، وتتمثل هذه الإستثناءات في مبدأ الثبوت بالكتابة وقيام مانع للحصول على دليل كتابي أو فقدانه.

لقد نص المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 335 الفقرة الثانية أنه كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الإحتمال، تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة، وهو ما أخذ به المشرع المصري في المادة 62 من قانون الإثبات، والمشرع الأردني في المادة 30 من قانون البينات.

يعتبر مبدأ الثبوت بالكتابة من الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود، ويتضح من خلال النص السابق أنه حتى يوجد مبدأ الثبوت بالكتابة يجب توافر الشروط التالية:

أ- وجود الكتابة

هذا العنصر يعد من أهم الشروط الواجب توافرها في مبدأ الثبوت بالكتابة، لكن بالرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن القانون الجزائري لم يحدد طبيعة الكتابة [1] وبالتالي فإنه لا يهم نوع الكتابة سواء عرفية أو رسمية ناقصة في بياناتها أو كانت محاضر دفاتر حساب، أي لا يشترط أن يكون الدليل الكتابي كاملا.

فقد تكون رسالة أو مذكرة شخصية أو أقوال وردت في محضر تحقيق أو دفتر أو سجل أو محضر جرد، وقد يستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من عدة أوراق مجتمعة لا تكفي إحداهما لإقامته. [2]

ب- صدور الكتابة من الخصم أو من يمثله

لابد لإعمال هذا المبدأ أن تكون الكتابة صادرة من الخصم الملتزم بها، كأن يكون قام بكتابتها بخط يده دون توقيعها أو كلف أحد بكتابتها، وقد يكون صدور الورقة من الخصم معنويا إذا لم يوقعها أو لم يكتبها بيده كأن يكون أميا أو أنه أقر صراحة أو ضمنا بأنه أملاها على ذلك الشخص أو ثبت بأنه أناب شخصا سواء قانونا أو إتفاقا كي يقوم بكتابة هذا السند. [3]

وفي المحررات الإلكترونية لا بد من قيام الخصم أو نائبه بإصدار أمرا للحاسب الإلكتروني لإخراج هذه المستندات، وهنا لا يشترط أن تكون الكتابة بخط يد الخصم كما نعلم فيكفي إثبات أن الخصم هو الذي أصدر أمرا للحاسب الآلي لإصدار نسخة من المحرر أي أنه فاعل معنوي في هذه الحالة، إلا أن ما ورد في السند الإلكتروني وبلا شك ينسب إلى الخصم في هذه الحالة.

1- عبد الكريم هدار، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل المحررات الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص، الجزائر2013-2014، ص 22.
2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 146.
3- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 113.

ج- أن تجعل الحق المدعى به قريب الإحتمال

هذا الشرط يؤكد أساس الفكرة التي يقوم عليها مبدأ الثبوت بالكتابة، فالمحرر المقدم للإثبات لا يصلح دليلا كاملا، ولكن هذا المحرر يجعل ما يدعيه من يتمسك به قريبا من الصدق، أي قريبا من إحتمال صدقه وبالتالي كان السماح بتكملة هذا الدليل الناقص بشهادة الشهود والقرائن، وهذا الشرط يوضح أيضا أن المحرر الذي يتم تقديمه ليس مقطوع الصلة بالنزاع بل على العكس هو منتج فيه، ولكن في حدود معينة فوجب تكملته بوسائل أخرى.[1]

ومن أمثلة ذلك أن يكتب المدين إلى الدائن رسالة يشير فيها إلى دين في ذمته دون ذكر مقداره فتكون بذلك مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة لهذا الدين، بحيث يستطيع المدعي أن يثبت بالشهود والقرائن مقداره، كذلك حضور الدائن محضر جرد التركة ومع ذلك لا يذكر الدين الذي له في المحضر، في هذه الحالة يعتبر محضر جرد التركة مبدأ ثبوت بالكتابة بالنسبة للوفاء بهذا الدين، هذا الشرط لا يثير أية مشكلة بالنسبة للمحرر الإلكتروني، فمسألة تقدير أن يجعل المحرر الإلكتروني الأمر المراد إثباته قريب الإحتمال من عدمه، هو أمر خاضع للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع، وبالتالي فإن هذا الأخير يمكن أن يعتبر أن المحرر الإلكتروني الغير الموقع إلكترونيا هو مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كانت الظروف الواقعة أمامه تدل على ذلك.

ويتعين من خلال تطرقنا لهذه الشروط أن نستوقف عند المادة 335 من القانون المدني الجزائري[2] لمعرفة مدى إستيعاب الشروط الواردة في المادة أعلاه لإعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة، إلا أننا سنقف أولا عند رأي الفقه بالنسبة لهذه المسألة و الذي إنقسم إلى فريقين:

1- الإتجاه الأول

يرى هذا الإتجاه بإمكانية الإثبات بالمحرر الإلكتروني وإعتباره مبدأ الثبوت بالكتابة ويمكن تكملته بطرق أخرى للإثبات ليصبح دليلا كاملا في حال كان موقعا من الطرفين وإستوفى شروط الحفظ والإسترجاع ، وأن يكون صادر من الخصم أن يجعل التصرف المدعى به قريب الإحتمال.

2- الإتجاه الثاني

يرى جانب من الفقه بعدم إمكانية إعتبار المحرر الإلكتروني مبدأ ثبوت بالكتابة، كون الكتابة الإلكترونية تختلف عن الكتابة التقليدية، ولا يمكن الإستدلال بصدور هاته الأخيرة بأي شكل من الأشكال

1- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2008، ص 585.
2- أنظر المادة 335 من القانون المدني الجزائري.

من طرف الخصم طالما أن تخلف صفة الكتابة عن المحرر الإلكتروني تجرده من الإستدلال به كدليل كتابي وبالتالي لا يصلح كمبدأ الثبوت بالكتابة.

وفي الأخير نرى بأنه يمكن أن نحقق شروط المبدأ من خلال الكتابة الإلكترونية، وإعتبار المحرر الإلكتروني التي تتخلف فيه أحد الشروط مبدأ الثبوت بالكتابة.

ثانيا: حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقدانه

جاء هذا الإعفاء من الدليل الكتابي في نص المادة 336 من القانون المدني الجزائري والتي نصت على أنه "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي أو في حالة فقد السند الكتابي"، وهو ما يطابق المادة 63 من قانون الإثبات المصري.

ومؤدى النص أنه إذا كانت هناك ظرف تحول دون الحصول على الدليل الكتابي فإنه في هذه الحالة يجوز الإثبات بالشهود.

والمراد بالمانع من الحصول على الكتابة هو إستحالة الحصول على الكتابة [1] وقت التعاقد تكون مقصورة على شخص المتعاقد وراجعة إلى الظروف الخاصة التي تم فيها التعاقد، وقد يكون ماديا أو معنويا، وعلى هذا يثور الإشكال حول إمكانية الاستعانة بالمحرر الإلكتروني لكي نثبت التصرفات الإلكترونية من خلال إستنادنا على الإستثناء الوارد في المادة أعلاه وهو ما يجعلنا نناقش ذلك كالآتي:

أ- حالة وجود المانع المادي

يتوافر كلما وجدت ظروف خارجية دفعت الشخص لإبرام تصرف قانوني تمنعه من الحصول على دليل كتابي، ومثال ذلك من تضطره الظروف إلى إيداع أمواله لدى شخص آخر لدفع خطر حال به ولا شك أن شخصا في مثل هذه الظروف لن يسعفه الوقت لإنتظار إيصال إستلام من المودع لديه يقر فيه بالوديعة، والمانع المادي وفق ما أورده المشرع الأردني [2] إستحالة كتابة السند الإلكتروني، أو في حال إحتجاج طرف خارج عن العلاقة العقدية كالشخص الثالث الذي يطلب علاقة عقدية بين طرفين، ففي أحوال إضطرارية قد لا يتمكن الأطراف من الحصول على الدليل الكتابي كما في ظل أحوال الحرب.

1- مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني، دار المناهج للنشر و التوزيع، الأردن 2010، ص 477.
2- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص115.

ب- حالة وجود المانع الأدبي

لم يحدد المشرع حالات هذا المانع وإنما درج الفقه على أن المانع يكون أدبيا إذا أبرم التصرف المنشئ للحق في ظروف تجعل المتعاقد يحجم من الناحية النفسية عن طلب الدليل الكتابي من المدين لإعتبارات معنوية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي، وتتوافر هذه الإعتبارات في أغلب الأحوال عندما توجد صلة قرابة أو نسب أو زوجية أو صداقة، و يجب الأخذ في الإعتبار بأن وجود أحد هذه الإعتبارات لا يترتب عليها توافر المانع الأدبي تلقائيا، إنما يجب أن ننظر إلى كل حالة على حدى حسب ملابستها.[1]

ومهما كان المانع سواء أدبيا أو معنويا، فإن السلطة التقديرية ترجع للقاضي في وجوده من عدمه، إلا أن الإشكال الذي يطرح هل توجد إمكانية الرجوع إلى المحرر الإلكتروني في ظل هذا الإستثناء؟

إختلفت الآراء بين مؤيدين و معارضين حيث:

- ذهب البعض إلى أن التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة من قبيل الإستحالة المادية التي تحول دون الحصول على دليل كتابي كامل، سواء من حيث بعد المسافة بين المتعاقدين أو من جانب الكتابة التي لا يمكن رؤيتها إلا عن طريق الشاشة.
- أما الإتجاه المعارض فقد استند إلى أن الإستحالة ليست مادية و لا تتعلق بالوسائط الإلكترونية لأن المتعاقد يلجأ إلى هذا النوع بإرادته لما تتميز به من السرعة كما أنه من المعروف أن توافر المانع الأدبي لا يتحقق إلا عندما توجد ظروف نفسية تقوم في نفس وقت التصرف، وتمنع الشخص من الحصول على الدليل الكتابي.[2]

لكن رغم تباين الآراء إلا أن هناك رأي ثالث يرى بموافقة تطبيق هذا الإستثناء في مجال التعامل بوسائل الإتصال الحديثة بصفة عامة واعتبروه من قبيل المانع الأدبي.

وحسب رأينا فإنه لا يمكن تطبيق هذا الإستثناء بصفة مطلقة على الوسائل الإلكترونية، لأنها تبقى خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، الأمر الذي يتعارض مع القيمة التي يسعى إليها المتعاملون عبر الوسائل الحديثة.

1- سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني بين التدويل والإقتباس، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004، ص 24-25.

2- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 479.

ثالثا: فقد الدليل الكتابي

هذا الإستثناء يفترض أن القواعد المتعلقة بالدليل الكتابي قد روعيت غير أن الإثبات بالكتابة يتعذر بسبب فقد الدليل، ويشترط أن يكون هذا الفقد راجعا إلى سبب لا يد للمدعي فيه.
يفترض في هذه الحالة أن الخصم الدائن قد حصل على السند الكتابي الذي يعد دليلا كاملا في الإثبات إلا أنه ولسبب خارج عن إرادته فقد السند الكتابي، وحسب المشرع الجزائري فقد منحه فرصة لإثبات التصرف بشهادة الشهود حسب المادة 2/336 من القانون المدني الجزائري، كما نصت عليه معظم التشريعات .

وينبغي لإعمال هذا الإستثناء شرطين [1]، وهو أنه سبق وجود هذا السند وأن يكون السبب المانع خارج عن إرادة الشخص وليس له دور في حدوثه، كما في القوة القاهرة فإذا أخذنا بالمفهوم الضيق للتفسير فإنه لا يمكن أن تسري أحكام فقدان السند الكتابي عليها، وذلك لإفتقار السندات الإلكترونية لهذه الشروط اللازمة للتمسك بهذا الإستثناء، أما في ظل المفهوم الواسع [2] فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى إمكانية الإستناد إلى هذا الإستثناء الخاص بعقد السند للإستعانة بالسندات الإلكترونية المستخرجة من وسائل الإتصال الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية، لاسيما إذا كان الحاسب الإلكتروني محصنا ضد التعديل أو التغيير، وإختفت البيانات بسبب حوادث إستثنائية، فإنه يمكن حسب هذا الرأي التسليم بأن السند الإلكتروني فقد بسبب لا يد للدائن فيه، وبالتالي إعطاء الفرصة من إثبات وجود التصرف القانوني بكل طرق الإثبات ومنها القرينة المستفادة من النسخ المطبوعة على الحاسب الآلي.

الفرع الثالث: اللجوء لإتفاقات الإثبات

في البداية يجب الإشارة إلى أن قواعد الإثبات تنقسم إلى قسمين، الأول هو القواعد الإجرائية المتعلقة بإجراءات التقاضي، والثاني هو القواعد الموضوعية وهي التي تتعلق بمحل الإثبات وطرق إثباته وعلى من يقع عبء إثباته، ولا يوجد خلاف في الفقه على أن الأول يتعلق بالنظام العام نظرا لتعلقها بنظام التقاضي ومن ثمة لا يجوز الإتفاق على مخالفتها، أما الثاني فقد يلجأ أطراف الخصومة في بعض الحالات على تعديلها أو الإتفاق على ما يخالفها، الأمر الذي كان يثير التساؤل قبل صدور قوانين التجارة الإلكترونية والتي أجازت إبرام إتفاقات وإثباتها بوسائل غير تقليدية، حول مدى صحة مثل هذه الإتفاقات ومدى تعلقها بالنظام العام، الأمر الذي يدفعنا لدراسة مدى إنطباق القاعدة على الوسائل الحديثة بالإثبات.

1- مناني فراح، المرجع السابق، ص 178.
2- عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2009، ص 81-82.

نجد أن المشرع المصري أقر صراحة بصحة الإتفاقات بموجب المادة 1/60 من قانون الإثبات[1]، غير أن الفقه المصري إختلف في تفسير القاعدة التي تضمنتها المادة أعلاه، فمنهم من إعتبر أن القواعد الموضوعية من النظام العام وحجتهم في ذلك أن سبب وجوب المشرع الإثبات بالكتابة في التصرفات التي تزيد قيمتها عن حد معين هو خوفه من الشهادة زورا أو خطئهم.

إتجه الرأي الغالب [2] في الفقه والقضاء إلى عدم تعلق قواعد الإثبات الموضوعية بالنظام العام وأجازت الخروج على القاعدة العامة بالإثبات إلا إذا وجد نص يقضي بغير ذلك، مما يعني كفالة حرية الخصوم للإثبات بأية أدلة يرونها تتفق مع مصالحهم بحيث يكون إتفاقهم الأساسي المرجع في عملية الفصل في حال حدوث أي نزاع بين الطرفين، وتهدف إتفاقات الإثبات إلى التحرر من مبدأ الإثبات بالدليل الكتابي المسطور على دعامة مادية.

ونتيجة للتطور الذي لحق العمليات التجارية والمدنية والتي تجري بين الأفراد والبنوك التجارية مثلا في مجال التعامل بالحاسب الآلي، أدى ذلك إلى إتجاه النظم القانونية والفقهية والقضائية بوجه عام إلى قبول وسائل الإثبات التي توفر موثوقية عالية من حيث طبيعتها في إثبات الواقعة وصلاحية الدليل محل الاحتجاج، وقد قامت العديد من الدول بإصدار تشريعات خاصة لتنظيم عمليات البنوك لمواكبة التطورات التكنولوجية.

نجد المشرع الأردني إتخذ نفس النهج من خلال المادة 1/28 من قانون البيانات، وقد إعتبر الإتفاقات المتعلقة بالقواعد الموضوعية ليست من النظام العام وبالتالي يجوز مخالفتها، وهو نفس موقف القضاء الأردني.

وقد إستجاب المشرع الأردني وتماشيا مع الاعتراف بحجية هذه المستخرجات وحرية إثباتها بكافة الطرق، حيث أصدر عدة تشريعات فيما يخص عمليات البنوك تجيز الإثبات عن طريق البيانات الإلكترونية وما يصدر من جهاز الحاسب والوسائل الحديثة في إبرام التصرفات، إلا أن المشرع الأردني حدد إستثناءات[3] واردة على تطبيق قانون المعاملات من خلال المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية، والتي لا يجوز إثباتها بواسطة الوسائل الإلكترونية لأنها تمس حقوق الأفراد بشكل عام ولا تتعلق بعلاقات فردية.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد جاء مؤكدا للرأي الراجح في الفقه والذي أجاز حرية الإثبات بكافة الطرق في المعاملات التجارية، إضافة إلى إعطاء أطراف التعاملات المدنية الحرية في الإثبات، إلا أنه في ذات الوقت لم يدخل تعديلا على هذا القانون بإدخال وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات.

1- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005 ص 113.
2- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 103.
3- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 122.

أما بالنسبة للفقه والقضاء الفرنسي، قبل صدور قانون 13 مارس 2000 بشأن الإثبات لتكنولوجيا المعلومات المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، كان هناك إختلاف حول طبيعة الإتفاقات المتعلقة بالإثبات.

فبعض الفقه يرى بعدم جواز إبرام إتفاقات في مجال الإثبات على أساس أن القضاء تابع للدولة[1]، فأي إتفاق يعدل في أحكام الإثبات من خلال وسيلة جديدة يعد مساسا للنظام العام وبالتالي يعد باطلا، وهناك من إعتبر قواعد الإثبات الموضوعية والتي تتعلق بطرق الإثبات وقوتها تتعلق بالنظام العام، وفيما يخص عبء الإثبات ونقله فلا تعد من النظام العام أي يجوز الإتفاق على مخالفتها.

لكن الفقه الحديث فيما بعد إستقر على أن قواعد الإثبات الموضوعية ليست من النظام العام إذا كانت غير متعلقة بموضوع مثلا النظام القضائي أو غير ذلك.

وقد قضت أحكام محكمة النقض الفرنسية بأن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، بل تتصل بالمصالح الخاصة للأطراف، ويمكن للأطراف التنازل عن التمسك بالمادة 1341 من التقنين المدني الفرنسي، وأن يقيموا الدليل بوسيلة أخرى[2].

وقد ثارت مشكلة بالنسبة لوقت الإتفاق على الخروج عن القواعد الموضوعية ومن هنا ظهرت ثلاث آراء، أما الأول فيرى بعدم جواز إتفاق الأطراف على الخروج عن هاته الأخيرة إلا عقب وقوع النزاع وليس قبله، أما الثاني يكون قبل وقوع النزاع إذا كان هناك تعامل سابق بين الطرفين، أما الرأي الثالث فقد إستقر على أنه يكون في أي وقت سواء قبل أو بعد وقوع النزاع[3].

بالنسبة للمشرع الجزائري ووفقا للمادة 333 من القانون المدني نجدها تنص أنه "في غير المواد التجارية، إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته عن 100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

بالرجوع إلى نص المادة أعلاه نجد أنه ليس هناك ما يشير إلى جواز الإتفاق على مخالفة القاعدة الموضوعية الخاصة بطرق الإثبات، لكن نجد أن المشرع الجزائري أخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني، وقد أجاز الإتفاق بين الأطراف في المعاملات البنكية على تحديد الطرق المناسبة لمعاملاتهم مثل اللجوء إلى البطاقات البنكية في الإثبات.

وبناءا على ما تقدم يمكننا القول بأن للأطراف جانب من الحرية في الإتفاق حول الإثبات الإلكتروني.

1- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 112.
2- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008، ص 218.
3- د.عمر خالد رزيقات، المرجع السابق، ص 226.

المطلب الثاني: الإصطدام بصعوبات الإثبات الإلكتروني

إن مسألة الإثبات في نطاق العقود التقليدية قد تواجه بعض التحديات أو الصعوبات التي تتعلق بإثبات هذه العقود، وهذه التحديات أخذت بعداً خاصاً في نطاق العقود الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت، وذلك بسبب غياب الوسيط المادي الذي يتم تحرير العقد عليه واتخاذه شكلاً آخر هو الدعائم الالكترونية لذلك فإن المحرر الإلكتروني لا يتضمن التوقيع بخط اليد، إذا إتخذ التوقيع شكلاً آخر هو التوقيع الالكتروني، وبذلك يظهر تحدي يتمثل بمدى مساواة التوقيع الإلكتروني للتوقيع العادي، خاصة أن إتخاذ التوقيع للشكل الالكتروني وإنفصاله عن شخصية صاحبه يساعد عبر شبكة الإنترنت على إختراق أنظمة المعلومات وإكتشاف التوقيع [1] أو فك شفرتهِ والإستيلاء عليهِ، مما يؤدي إلى إستخدامه دون علم أو موافقة صاحبه، وقد يقومون بإطلاق الفيروسات عبر شبكة الإنترنت والتي تؤدي إلى إتلاف الملفات، مما يؤدي إلى التقليل من قيمة التوقيع الإلكتروني كدليل للإثبات.

و عليه سنتناول من خلال هذا المطلب إشتراطات قائمة يفرضها الواقع القانوني في ظل نظام الإثبات (الفرع الأول)، كما أن هناك تحديات تفرضها العقود الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإشتراطات المتعلقة بنظام الإثبات

إن المعمول به في التشريع الجزائري هو تقييد الإثبات في المسائل المدنية عكس المسائل التجارية التي تكون فيها حرية نظرا لمتطلبات السرعة وقد إنعكس الأخذ بهذا النظام على الإشتراطات القانونية ولهذا سنتطرق لتفصيل ذلك.

إن إنشاء المحررات الرسمية تحرر من طرف موظف عام أو الضابط العمومي [2] أو الشخص المكلف بخدمة عامة وهو ما يشكل عائق في الإثبات بالوسائل الإلكترونية، أما بالنسبة للمحررات العرفية فتتلقى بعض الإشكاليات فيما يخص مساواتها بينها و بين المحرر العرفي الإلكتروني فتلقى نفس المصير في ظل غياب هيئة معتمدة لمنح التوقيعات والمصادقة عليها ، وعليه ففي ظل الوضع الحالي لا يتصور الإعتماد على المحررات الالكترونية كدليل كتابي كامل الحجية، كما أن هناك أيضا اشتراط الإعداد المسبق للمحرر الالكتروني، حيث نص المشرع الجزائري على إشتراط الكتابة كدليل لإثبات التصرفات التي تزيد قيمتها عن مبلغ 100.000 دينار جزائري، بالإضافة إلى الإشتراط القانوني للتوقيع والذي يطرح إشكالية مدى إمكانية القواعد القانونية التقليدية أن تستوعب الأخذ بالتوقيع الالكتروني كتوقيع عادي، فإذا كانت القواعد التقليدية لا تستوعبه فإن هذا الأمر يحتم على رجال القانون وفقهائه والدول إلى الإسراع في

1- حسام محمد نبيل الشنراقي، المرجع السابق، ص547.
2- ملزي عبد الرحمان، طرق الاثبات أمام القضاء المدني، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 22،2011-2012، ص 18.

التعامل مع الوسائل الحديثة في الإثبات، وعليه نرى بأنه وإن كان هناك وظائف تقليدية يجب أن يرتكز عليه التوقيع إلا أن هذه الفكرة تصطدم مع ما جاء به الإثبات الإلكتروني لما فيه من تغيير لفكرة التوقيع. (1)

الفرع الثاني: تحديات الأمن القانوني للإثبات

يثير التعاقد عبر الإنترنت الكثير من التحديات القانونية، ولعل أهم وأبرز هذهِ التحديات، هي التحديات الناشئة عن الوفاء بالتعاقدات الإلكترونية عبر الإنترنت، وكذلك التحديات الناشئة عن إثبات العقود الإلكترونية، ولأجل بحث هذهِ التحديات سنتناولها في النقاط التالية:

أولا: عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه

إن الخصم حق في الإحتجاج بأي دليل يخوله له القانون بشرط أن لا يكون هذا الدليل صادرا عنه هو نفسه، فالأصل أن من يقع عليه عبء الإثبات لا يجوز له أن يصطنع لنفسه دليلا ضد خصمه، نلاحظ أن هذا المبدأ لم ينص عليه أي تشريع إلا أنه يمكن إستنتاجه من قوانين الإثبات بذاتها، لكن إهتز هذا المبدأ أمام إستخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في الإثبات كما هو الحال بصدد إيصالات السحب الآلي من البنوك.[2]

وتطبيقا لذلك حتى تعد المحررات الإلكترونية وسيلة إثبات يجب أن تكون صادرة من الطرف الذي يحتج بها عليه، فلا يجوز للمتعامل عن طريق الوسائل الإلكترونية أن يقدم دليلا لنفسه، إلا أن غالبية التشريعات قد أوردت بعض الإستثناءات المحددة على هذه القاعدة لإعتبارات خاصة وأجازت فيها للشخص أن يتمسك بدليل إصطنعه لنفسه، فأجازت للتاجر أن يتمسك بدفاتره ضد خصمه التاجر إذا كانت منتظمة [3] حيث يجوز للقاضي أن يكمله بتوجيه اليمين المتممة من الطرفين، وذلك فيما يجوز إثباته بالبينة ويجوز للتاجر أن يحتج بما دونه في دفاتره المنتظمة ضد تاجر آخر بشرط أن يقتنع القاضي بصحة المعلومات المثبتة في هذه الدفاتر.

ثانيا: مشكلات التعبير عن الإرادة

أثير في ميدان العلاقات القانونية للتجارة الإلكترونية، مسألة التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية والتأكد منها أو ما إصطلح عليه بالتعاقد الإلكتروني، فالعلاقات التجارية التقليدية قامت منذ فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد، وكذا التواجد المادي لطرفي

1- زروق يوسف، المرجع السابق، ص 81.
2- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009، ص172.
3- عباس العبودي، المرجع السابق، ص 70.

العلاقة في مجلس عقد موحد، وإلى هذا الحد فإن قواعد تنظيم النشاط التجاري بقيت قادرة على الإحاطة بمتطلبات تنظيم التجارة، وبالتالي فإن هذا الإيجاب والقبول لا يثير صعوبات قانونية إلا أن الأمر يصعب في المعاملات الإلكترونية كما أن عيوب الإرادة المتعلقة بالعقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت إنما تنصرف إلى تلك العيوب المرتبطة بتشكيل الإرادة الحرة الواعية لدى المتعاقدين في هذا المجال الذي يتسم بالتعقيدات التكنولوجية من جهة، وأساليب التعاقد عن بعد من جهة أخرى.

ومن المشاكل التي تظهر في التعبير الإلكتروني عن الإرادة مشكلة الحواجز اللغوية، حيث من المحتمل وجود عدة معاني أو تفسيرات لكلمة واحدة، مما قد يشكل عقبة وقت تنفيذ العقد، وهو ما يبرز مشكلة اللغة المستخدمة في التعبير الإلكتروني. [1]

ثالثا: صعوبة القيام بعملية الإثبات ماديا

تتعلق هذه الصعوبة بتحديد هوية المتراسلين عبر هذه الوسائل أو المتعاقدين، لأن صعوبة تحديد هويتهم يخلق صعوبة في تحديد أطراف العلاقة القانونية، ومخاطر حدوث عمليات الغش والتدليس التي تعكس وتأثر سلبا على مسألة تحديد هوية المتراسلين.

أ- الصعوبات الناتجة عن مخاطر الغش والتدليس

تتنوع مخاطر الغش تبعا لتنوع مصدره، فقد يصدر الغش من المرسل أو من المرسل إليه كما قد يصدر من الغير، أي من طرف خارج عن العلاقة الأصلية وما يساعد على تنامي هذه المخاطر ضعف الطبيعة التقنية لهذه الأجهزة، والتي تسمح بإستعمالها في الكثير من العمليات المتسمة بالغش والتزوير، ومن ناحية أخرى الطبيعة التقنية لبعض هذه الأجهزة تسمح بإزالة كل أثر أو دليل على حدوث التراسل والإتصال بين المرسل والمرسل إليه.[2]

مثلا في التعاقد عبر الفاكس يستطيع المرسل تقديم تاريخ الإرسال، كما يمكنه عدم القيام بعملية الإرسال أصلا مع إمكانية طباعة وصل الإشعار بالوصول كونه ورقة منفصلة عن الورقة أو الوثيقة المرسلة، وذلك دون الحاجة إلى القيام بالإرسال فعلا.

أما فيما يخص خطر التدليس فيمكن وقوعه بفعل البشر ويعتبر هذا الخطر ذو أثر وتأثير كبير النطاق على مجالات الحاسوب كمشكل هام وحيوي، فعملية الغش المعلوماتي أو التدليس تتسبب في خسائر مالية معتبرة، فيمكن تصور مثلا عيب التدليس الذي نص عليه المشرع الجزائري في الباب الأول

1- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية 2006، ص 126.
2- رامي وشاح، الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 11، العدد1، ص 9.

"مصادر الإلتزام" من الكتاب الثاني الإلتزامات والعقود، وبالضبط ضمن شروط العقد في القسم الثاني حيث قرر في المواد من 81 إلى 85 جواز بطلان العقد للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري بشرط تحقق الشروط اللازمة.

ب- صعوبة تحديد هوية المتعاقدين أو المتراسلين

تتمثل هذه المصاعب في عدم القدرة في التعرف على هوية المتعاقدين، ذلك أن شخصيتهما تبقى إلى حد ما غير أكيدة، ومن ناحية أخرى فإن محتويات العقد في أغلب الأحيان غير مجسدة على ورق ولا موقعة باليد، كما تواجه مخاطر التعاقد ناقصي الأهلية والقاصرين بشكل خاص، الأمر الذي قد يعرض التعاملات للبطلان. [1]

وهذه الحالة تتضح أكثر في وسائل الحاسوب وبالتحديد وسيلة الإنترنت ويمكن إضافة حالة التلكس الذي يستحيل تقنيا وضع التوقيع على المحررات المرسلة عبره، فمجرد إستخدام الوسائل التكنولوجية للتراسل غير كاف في معظم الأحيان للدلالة على تحديد هوية المتراسلين وذلك لإعتبارات تقنية بحتة، فالتراسل عبر الإنترنت سواء بوسيلة البريد الإلكتروني أو منتديات الحوار محفوف بالمخاطر والعقبات ففي معظم الأحيان يكون العنوان البريدي لا يحمل إسم صاحبه الحقيقي.

لذلك إشترط المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر1 [2] ضرورة التأكد من هوية الشخص الصادر عنه المحرر الإلكتروني وأن تكون الكتابة محفوظة في ظروف تضمن سلامتها وإستمراريتها.

وهذا ما سنتناوله بالذكر من خلال ما جاء في وسائل الإثبات الإلكتروني عبر الكتابة والتوقيع الإلكترونيين ضمن الفضل الثاني.

1- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 164.
2- أنظر المادة 323 مكرر1 من القانون المدني الجزائري.

الفصل الثاني: وسائل الإثبات الإلكتروني

الفصل الثاني: وسائل الإثبات الإلكتروني

إن ظهور وسائل التقدم العلمي الحديث وتطور التجارة الإلكترونية إقتضت إيجاد وسائل حديثة يتم بواسطتها إبرام العقود والصفقات [1]، وبالتالي لم يعد ممكنا في ظل هذه التطورات إستخدام الورق العادي في الإثبات بل ظهرت دعامات الكمبيوتر، فكثير من الدول أقامت قوانينها الخاصة بالتعاقد على قاعدة إستخدام الكتابة والتوقيع بخط اليد أو البصمة أو الختم، وحيث يعني أن التجارة الإلكترونية تعني الإنتقال من مرحلة التعامل الورقي إلى التعامل الإلكتروني، فقد أضحت قواعد القانون التقليدية عاجزة عن مجاراة الإثبات السريعة التي أحدثها التعامل عبر نظام شبكة الإنترنت، وبالتالي فالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني هي وسائل إثبات جديدة، فظهرت جهود دولية من أجل ذلك لذا سنتعرض لكيفية الإثبات بعرضنا للكتابة الإلكترونية (المبحث الأول) والتوقيع الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول: الكتابة الإلكترونية في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات

إن الكتابة وقوتها في الإثبات قد تطور من كتابة عرفية إلى كتابة رسمية وصولا إلى الكتابة الرقمية الإلكترونية، فقد ترتب على إنتشار الحاسوب في مختلف المجالات ظهور دعامات جديدة للمعلومات تختلف بشكل جذري عن الدعامات الورقية التقليدية، وهذا ما أدى إلى تراجع دور المستندات الورقية [2] في الإثبات لتحل محلها دعامات جديدة للمعلومات، ناهيك عن المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت التي تعتبر عالما جديدا غير ورقي يطرح تحديات جديدة، نتيجة لذلك أبرمت العديد من الإتفاقيات الدولية للإعتراف بالكتابة الإلكترونية، حيث تأثرت التشريعات بذلك فمنهم من أصدر قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية ومنهم من قام بتعديلات في القانون المدني كما فعل المشرع الجزائري، لكن بإعتبار أن الكتابة هي وسيلة الإثبات المسلم بها لإثبات التصرفات فهل مازالت تعد الأفضل في إثبات العقود التي يتم إجراءها عبر الإنترنت كوسيلة بديلة؟

وعلى ذلك إرتأينا أن نتناول في هذا المبحث، التنظيم القانوني للكتابة الإلكترونية (المطلب الأول) وتحديات الإثبات بالكتابة الإلكترونية (المطلب الثاني).

1- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص17.
2- د.إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 176.

المطلب الأول: التنظيم القانوني للكتابة الإلكترونية

بعد ظهور التكنولوجيا الحديثة ظهرت صورة جديدة للكتابة وهي الكتابة الإلكترونية والتي أصبحت كوسيلة يعتد بها في الإثبات، ما أدى بالتشريعات إلى مسايرة هذا التطور من خلال تنظيمها للكتابة الإلكترونية رغم إختلافها في المصطلحات، وكذلك الإشتراطات المتعلقة بهاته الكتابة.

سنتناول الإعتراف الدولي والإقليمي للكتابة الإلكترونية (الفرع الأول) والإشتراط القانوني في التشريعات الداخلية والدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإعتراف الدولي والإقليمي بالكتابة الإلكترونية

إن التطور [1] الحاصل في المجال التكنولوجي وما نتج عنه من تغيير في دعامة الكتابة، أظهر شكل أخر للكتابة يختلف كليا عن تلك الكتابة المتعارف عليها، سميت بالكتابة الإلكترونية مما حدا بالمشرعين إلى إصدار تشريعات تعترف بحجيتها وذلك من أجل الركوب على بساط التطور التكنولوجي، ولكي لا يقف مفهوم الكتابة عثرة أمام التصرفات التي تبرم عبر التقنيات الحديثة.

لم تورد غالبية التشريعات الدولية والإقليمية والوطنية التي نظمت الإثبات الإلكتروني ما يحدد المقصود بإصطلاح الكتابة الإلكترونية وإن كانت هذه التشريعات قصدت إمكانية إستيعاب أي شكل قد يظهر في المستقبل مع تطور تكنولوجيا التقنيات.

أولا: الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات

نتيجة للتطور التكنولوجي برزت الحاجة لدى العديد من الدول لمجاراة هذه التطورات في تشريعاتها، فقد كانت الحاجة إلى إنشاء إطار قانوني داخلي يتفق مع الإطار التشريعي الدولي للتجارة الإلكترونية، ولإضفاء الحجية القانونية على هذه التعاملات من خلال الإعتراف القانوني بالمحررات و السجلات الإلكترونية ورسائل البيانات [2]، لذلك ظهرت جهود دولية لقبول هذه الوسائل الحديثة في الإثبات برزت من خلال إصدار قانون الأونيسترال النموذجي الذي وضع الإطار الرئيسي للدول من أجل إصدار قوانين تعطي المحررات الإلكترونية حجية وتساويها مع المحررات التقليدية.

1- لورنس محمد عبيدات، المرجع السابق، ص 17.
2- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 10.

أ- الكتابة الإلكترونية في الإتفاقيات الدولية

إعتمدت بعض الإتفاقيات الدولية [1] على الدعامات المكتوبة بغير الشكل التقليدي عند إستخدام وسائل الإتصال الحديثة في الإثبات، والتي وردت في إتفاقية روما لسنة 1985 المتعلقة بالإعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث نصت المادة 2/11 منها على أن شرط التحكيم يمكن أن يرد في عقد أو إتفاق موقع عليه في تبادل خطابات أو برقيات، كما نصت أيضا المادة التاسعة من إتفاقية نيويورك المتعلقة بمرور الزمن في البيوع الدولية للبضائع عام 1972، والتي تشير إلى أن مصطلح الكتابة ينصرف أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس وهذا وفقا للمادة 9 منه، بالإضافة إلى إتفاقية الأمم المتحدة الموقعة في فيينا والمتعلقة بالنقل الدولي للبضائع عام 1981، والتي تنص في المادة 13 منه على أنه فيما يخص أغراض هذه الإتفاقية، ينصرف مصطلح الكتابة أيضا إلى المراسلات الموجهة في شكل برقية أو تلكس، إضافة إلى إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية لعام 2005 والتي عرفت رسالة البيانات.

ب- القانون النموذجي للأونيسترال

أورد القانون النموذجي المقصود بمفهوم الكتابة، حيث أشار إلى أنه يشمل رسالة البيانات إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقا وهذا يعني أن أية وثيقة تقليدية أو غير ذلك ينطبق عليها هذا المفهوم تعد وثيقة كتابية.

وقد عرف رسالة البيانات من خلال المادة الثانية منه على أنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.
كما عرف مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية على أنها "نقل المعلومات إلكترونيا، من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

وما نلاحظه أن المادة 4 /ج من إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بإستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية لعام 2005 جاءت مطابقة للمادة الثانية من قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. [2]

كما حددت المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس (ايزو-iso) المقصود بالمحرر الكتابي على أنه "مجموعة من المعلومات والبيانات المدونة على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها مباشرة

1- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 192.
2- إلياس ناصيف، نفس المرجع، ص 195.

عن طريق الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك".[1]

ثانيا: الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية في الإثبات

أ- تعريف الكتابة في التشريع الفرنسي

إن القانون المدني الفرنسي وفقا لآخر تعديلاته كان من أكثر القوانين تطورا ووضوحا في تحديد معنى الكتابة، إذ عرفت المادة 1316 الكتابة على أنها " كل تتابع أو تدوين للحروف أو الرموز أو الأرقام أو أي إشارات أخرى تدل على المقصود منها ويستطيع الغير أن يفهمها أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها والوسيط الذي تنتقل عبره".

وبناءا على هذا يكون المشرع الفرنسي قد تبنى تعريفا موسعا للكتابة ليشمل صلاحية كل أشكال الكتابة للإثبات بما فيها الكتابة الإلكترونية. [2]

ب- تعريف الكتابة في التشريع المصري

عرف القانون رقم 15 لسنة 2004 الكتابة الإلكترونية بأنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات ترسل أو تستقبل بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك". [3]

إن إضافة عبارة (أو أية وسيلة أخرى) تفسح المجال حتى يستوعب التعريف ما يستجد من وسائل حديثة تستخدم في الكتابة الإلكترونية.

وعلى ذلك فإن الكتابة يجب أن تتخذ شكلا يمكن فهمه وقراءته، ومقتضى ذلك أنه إذا كانت الكتابة تتخذ شكلا مشفرا فيجب حتى تصبح ذات حجية قانونية أن يتم فك هذا التشفير حتى يمكن فهمه وقراءته إعمالا لما ورد في التعريف.

ج- تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الأردني

لقد تعرض لتعريف المعلومات حسب ما جاء في نص المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية حيث نص على أنها : "البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك".

1- إيمان مأمون، أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 185.
2- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 208.
3- حسام محمد نبيل الشنراقي، المرجع السابق، ص 41.

وما يلاحظ أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لم يتطرق إلى تعريف الكتابة الإلكترونية بشكل مباشر إنما تطرق إليها أثناء تعريف لمصطلح المعلومات. [1]

د- تعريف الكتابة في التشريع الجزائري

أورد المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للإثبات بالكتابة بالنص على أنها "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف وأوصاف وأرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

إستعمل المشرع في تعريف الإثبات بالكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها" والصحيح هي أيا كانت الدعامة التي تتضمنها حسب الترجمة الفرنسية للنص: "....quels que soient leur support " وتعتبر المادة أعلاه أول نص عرف من خلالها المشرع الإثبات بالكتابة التي يمكن إستعمالها كوسيلة لإثبات التصرفات القانونية بصفة عامة، والتصرفات الإلكترونية بصفة خاصة.

والملاحظ أن الكتابة في نص المادة 323 مكرر قابل للتوسع وفق الصياغة "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام وأية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها" ويفهم منه أن المشرع يعتد لإثبات التصرفات القانونية بأية دعامة كانت عليها الكتابة سواء على الورق أو على القرص المرن وغيرها. [2]

إلا أنه كان من المفترض على المشرع الجزائري أن ينشىء قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية تتضمن مصطلح الكتابة الإلكترونية كما فعلت باقي التشريعات.

هـ- تعريف الكتابة في تشريع إمارة دبي

أورد قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي[3] تعريف المعلومات الإلكترونية على أنها "معلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب ألي أو غيرها من قواعد البيانات".

الفرع الثاني: الإشتراط القانوني في التشريعات الداخلية والدولية

بإستقراء المادة 323 مكرر من التقنين المدني الجزائري نستخلص أهم شروط الكتابة الإلكترونية، كما سنحاول إبراز ما تضمنته التشريعات الأخرى.

1- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 167.
2- مناني فراح، المرجع السابق، ص 171-172.
3- قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002.

أولا: إمكانية قراءة الكتابة

يشترط في المحرر الكتابي المعد للإثبات أن يكون مقروءا، حيث يتم التدوين بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للشخص الذي يراد الإحتجاج عليه بهذا المحرر تعبيرا عن محتواه.

ووفقا للمواصفة الخاصة بالمحررات 6760 والتي أصدرتها المنظمة الدولية للمواصفات والمقاييس ISO فإنه لا يشترط أن تتم قراءة المحرر من الإنسان مباشرة، إنما يمكن أن تتم القراءة بطريق غير مباشر باستعمال الآلة. [1]

ويتم تنظيم البيانات الإلكترونية بصورة غير مادية، وقد تكون مشفرة ولا يمكن للإنسان في الأصل أن يقرأها بشكل مباشر، وإنما لا بد له لقراءتها من إدخال المعلومات للحاسوب الذي يترجم هذه المعلومات إلى اللغة المعروفة، ورغم ذلك فليس ثمة ما يحول دون إعتبار المحررات الإلكترونية مقروءة، فكما أن القلم هو وسيلة الكتابة الخطية، فإن الحاسوب هو وسيلة قراءة الكتابة الإلكترونية وبالتالي فإن البيانات والمحررات الإلكترونية تكون موجودة ومقروءة، مما يعني أن يكون لها قيمة وحجية قانونية في الإثبات متى أمكن فك التشفير بحيث تصبح مقروءة بصورة واضحة.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص في المادة 1316 من القانون المدني رقم 2000/230 بشأن التوقيع الإلكتروني على الشروط والذي بمقتضاها أصبح الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع الحروف والأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة لعلامة مفهومة وواضحة أيا كان دعامتها وشكل إرسالها.

ونجد أن قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 إشترط في تعريفه للكتابة الإلكترونية أن تكون قابلة للإدراك.

أما المشرع الجزائري فقد نص على هذا الشرط في المادة 323 مكرر والتي تنص على أنه" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم"

ثانيا: إستمرارية الكتابة ودوامها

يعني إستمرار الكتابة أن يتم تدوينها على وسيط [2] أو دعامة تحفظها مدة طويلة من الزمن، يمكن من خلالها الرجوع إليها متى اقتضى الأمر.

1- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 192.
2- د. عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 217.

فتتسم الوسائط الإلكترونية كالشرائح الممغنطة وأقراص التسجيل بدرجة حساسية عالية، وبالتالي في حالة إختلاف شدة التيار الكهربائي أو الإختلاف الشديد في درجة حرارة تخزين هذه الوسائط فإنه يؤدي إلى حدوث تلف بتلك الوسائط الإلكترونية ويترتب على ذلك عدم تحقق شرط الاستمرارية، إلا أنه قد أمكن التغلب على ذلك بإستخدام وسائط إلكترونية متطورة يتحقق فيها عنصر الثبات والإستمرارية بالنسبة لما دون عليها، حيث يمكن الإحتفاظ بتلك المعلومات لمدة طويلة تفوق قدرة الأوراق العادية التي قد تتأثر بدورها بعامل الزمن.[1]

ونجد أن التشريعات الحديثة راعت هذا الشرط، ففي المادة 1/6 من قانون الأونيسترال نصت على أن "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط، إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

وتنص المادة 1316 من القانون الفرنسي المعدلة بالقانون رقم 2000/230 على أنه "يشترط في الكتابة الإلكترونية أن تدون بصورة تضمن نزاهة حفظها"، كما جاء في نص المادة 9/أ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على أنه: "إذا إتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية إعتبار إجرائها بوسائل إلكترونية متفقا مع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادرا على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوفرة لديه".

ثالثا: عدم قابليتها للتعديل

ويقصد بهذا الشرط عدم الوصول إلى الكتابة بطريقة غير مشروعة والإطلاع على مضمونها أو إدخال تعديلات على البيانات أو محو جزء منها من دون أن يكون له الحق في ذلك، لأن الكتابة الإلكترونية قابلة للمحو والتعديل والتلف بكل سهولة دون ترك أي أثر عليها وإذا ما حدث عكسها فإنه يجب أن يترك أثرا ظاهرا دالا على التعديل، على عكس الكتابة التقليدية التي يمكن إكتشاف أي عيب من العيوب بكل سهولة وبالتالي تسقط قيمتها في الإثبات.

إن التطور التكنولوجي في إستخدام برامج [2] الحاسب الآلي جعل هذا الأمر متحقق في الكتابة الإلكترونية لأنه يسمح بتحويل هذه الكتابة إلى صورة ثابتة لا يمكن اختراقها أو العبث فيها، كما أنه توجد هيئات رسمية مهمتها الأساسية حفظ المحررات الإلكترونية، والحفاظ على سلامتها ولا يمكن الدخول إلى

1- سهيلة طمين، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، تيزي وزو 2011، ص 76.

2- سعدي الربيع، موقف الشريعة الإسلامية من الإثبات بالكتابة الإلكترونية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد25، السنة الثامنة، المسيلة 2016، ص 10.

صناديق الحفظ وإلى المحررات إلا بواسطة مفتاح خاص لدى هيئات الحفظ المعتمدة من قبل الدولة. [1]

المطلب الثاني: تحديات الإثبات بالكتابة الإلكترونية

بتوافر الشروط التي تتطلبها الكتابة الإلكترونية، لا بد من معالجة مسألة التعادل الوظيفي بين هاته الأخيرة وبين الكتابة الخطية، والإستثناءات الواردة عن التعامل بالمعاملات الإلكترونية.

الفرع الأول: مبدأ التكافؤ الوظيفي

سنتطرق إلى كيفية مساواة المشرع الجزائري بين الكتابة الخطية والإلكترونية ومدى التنازع بينهما.

أولا: المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الإلكترونية

أسس المشرع الجزائري من خلال المادة 323 مكرر1 مبدأ التعادل الوظيفي بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة على الدعامة الورقية، وهو نفس المبدأ الذي كرسه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من خلال المادة السادسة منه التي تنص "عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح إستخدامها بالرجوع إليها لاحقا".

بالرجوع إلى نص المادة 323 مكرر1 [2] نجدها قد أشارت صيغة واضحة وصريحة إلى أن الكتابة في الشكل الإلكتروني مساو للإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. [3]

ووفقا للقانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين تبنى مبدأ المماثلة من خلال المادة الثامنة منه بقوله "يعتبر التوقيع الإلكتروني الموصوف وحده مماثلا للتوقيع المكتوب، سواء كان لشخص طبيعي أو معنوي".

وما نلاحظه أن المادة التاسعة من نفس القانون قد أقرت حجية قانونية للتوقيع الإلكتروني في الإثبات مع إعترافه بصلاحية تقديمه كدليل إثباته أمام القضاء.

لكن بالرجوع إلى المادة السابعة والمادة أعلاه نلاحظ أن هناك غموض فمن جهة يتطلب شروط حتى يعتد بالتوقيع الإلكتروني الموصوف (المادة 7) بينما في المادة التاسعة لا يمكن تجريد هذا الأخير من فعاليته القانونية أو رفضه أمام القضاء، لهذا نأمل من المشرع الجزائري أن ينظر في هذه النقطة.

1- سعدي الربيع، المرجع السابق، ص 10.
2- أنظر المادة 323 مكرر1 من القانون المدني المعدل.
3- سارة فروجي، أدلة الحديثة في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة محمد خيضر، بسكرة 2014-2015، ص 62.

أما المشرع الفرنسي فقد أقر بمبدأ المعادلة بين الكتابة الخطية والكتابة الإلكترونية، وأعطاها نفس الحجية شرط إمكانية الدلالة على الشخص الذي أصدرها، وأن تدون وتحفظ وفق ظروف تضمن سلامتها.

وفقا لنص المادة 1316-3 من القانون المدني الفرنسي المعدلة[1] "يكون للكتابة على دعائم إلكترونية القوة الثبوتية نفسها الممنوحة للكتابة على دعامة ورقية".

ثانيا: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني وبين الكتابة على الورق

لم تكن تثار مسألة تنازع أدلة الإثبات قبل تعديل القانون المدني بموجب الأمر 05-10 الذي إعترف بموجبه المشرع بحجية الكتابة في الشكل الإلكتروني في إثبات العقود والتصرفات القانونية التي توازي في قيمتها القانونية حجية الكتابة الورقية، وذلك لسبب بسيط هو أن قانون الإثبات لم يكن يعترف قبل هذا التاريخ إلا بالكتابة التي تكون على دعامة ورقية أو مادية.

وبالتالي لم يكن من الممكن تصور حدوث تنازع بين أدلة الإثبات الكتابية فيما بينها، فلكل منها قوتها الثبوتية ودرجتها المحددة قانونا، فكانت المحررات الرسمية الأقوى ثم الكتابة العرفية المعدة للإثبات لكن بظهور الوسائط التقنية الجديدة التي تختلف في طبيعتها عن الوثائق الكتابية وتوازيها في نفس الوقت في قوتها الثبوتية أصبح من الممكن حدوث التنازع فيما بينهما، وبات الأمر ضروريا بالنسبة للمشرع الفصل في هذا التنازع. [2]

المشرع لم يتطرق لمسألة التنازع عندما قام بتعديل القانون المدني وأدخل الكتابة في الشكل الإلكتروني كدليل إثبات، عكس القانون الفرنسي الذي عالج ذلك من خلال تعديله للقانون المدني وتحديدا في نص المادة 1316-2 التي تنص على أنه "عندما لا ينص القانون على قواعد مخالفة أو عندما لا يكون هناك إتفاق متكافئ في إثبات الإلتزامات والحقوق بين الأطراف يبت القاضي في النزاعات القائمة حول الإثبات بالكتابة عبر تحديد السند الأكثر مصداقية، أيا كانت دعامته وذلك عن طريق إستخدام كافة الطرق المتوفرة لديه".

ما يلاحظ أن التشريع أعطى للقاضي سلطتين، أما الأولى فتتمثل في صلاحية البت بالنزاعات القائمة حول وسائل الإثبات وتحديد السند الأكثر مصداقية، والثانية تتمثل في السلطة التقديرية الواسعة في عملية التحديد وكذلك إمكانية وضع إتفاقات بين المتعاقدين تخالف قواعد الإثبات الموجهة للقاضي.

أما بالنسبة للقاضي الجزائري فإنه في غياب النص الذي يفصل في تنازع أدلة الإثبات بإمكانه إستعمال سلطته التقديرية لترجيح أحد الأدلة على الأخرى.

1- loi français n 2000-230 du 13 mars 2000 sur la preuve et la signature électronique.

2- مناني فراح، المرجع السابق، ص 183.

ثالثا: الإستثناءات الواردة على الإثبات بالوسائل الإلكترونية

قامت معظم الدول التي أصدرت تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية بإدراج شروط خاصة إستثنت من خلالها بعض المعاملات من إطار وسائل التكنولوجيا الحديثة في إبرامها من خلال نصوص صريحة، حيث إستثنى المشرع الأردني[1] بعض المعاملات من خلال المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية وقد أوردها على سبيل الحصر، كما نجد أن نصوص القوانين الأخرى المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية تستثني بعض المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، والمعاملات الواردة على العقارات.

أما بالنسبة للتشريع الجزائري فإن تعديل القانون المدني لم ينص على هذه الإستثناءات، وفي رأينا هو على حق كون هذه الإستثناءات تعتبر مؤقتة.

الفرع الثاني: تطبيقات الكتابة في الشكل الإلكتروني

نتناول في هذا الفرع المحررات الإلكترونية الرسمية والعرفية.

أولا: حجية المحررات الإلكترونية الرسمية

إن إمكانية التحرير الإلكتروني للمحررات الرسمية تنساب أتوماتيكا وبصورة تلقائية بعدما تم مساواة الكتابة الإلكترونية بالكتابة التقليدية والإعتراف بقانونية التوقيع الإلكتروني، ويتأكد ذلك من الإتجاه الذي تبناه قانون التوقيع الإلكتروني المصري وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، في إجازة تنظيم المحررات الرسمية بأسلوب إلكتروني.

نتيجة للتطورات الحاصلة في مجال التكنولوجيا والإنترنت أصبح الكثير من الأفراد يستغلون هاته الأخيرة من بينهم الموثق والمحضر القضائي، مما جعل هناك إمكانية تحرير محررات من بينها الرسمية لكن هناك إشكالية تتعلق بمدى إكتسابها نفس الحجية.

وكما هو معروف لابد للمحرر الرسمي التقليدي أن يستوفي مجموعة من الشروط لمنحه الحجية الكاملة، حيث نص عليها المشرع الجزائري في المادة 324 من القانون المدني وتقابلها المادة 1/1317 من القانون الفرنسي والمادة 10 من القانون المصري حيث يحرره موظف عام أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة[2] ، فحتى يصبح هذا المحرر الإلكتروني يجب أن يحرر من قبل هؤلاء الأشخاص حيث أن المحرر الرسمي الإلكتروني هو نفسه المحرر المكتوب لكن في شكل إلكتروني، وهو ما أخذ به المشرع الفرنسي، أما المشرع المصري فلم يورد نص صريح في هذا المعنى.

1- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 124.
2- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 51.

أ- الشروط الخاصة لصحة المحرر الرسمي الإلكتروني

تناول المشرع الفرنسي من خلال المرسوم 2000/230 نصوصا خاصة لإستيفاء المحرر الإلكتروني الرسمي الشكل والشروط المطلوبة، كما تناول أيضا المشرع المصري ذلك من خلال اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني.

1- الحضور المادي للموظف العام أثناء إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني

يعتبر ذلك صعبا [1] من الناحية العلمية، فالمحرر الإلكتروني الرسمي يتم إنشاؤه عن بعد بحيث أن أطراف المعاملة الرسمية الإلكترونية يكون كل منهم في مكان مختلف عن الآخر وعن الموظف الرسمي، في هذه الحالة يتم إنشاء المحرر الرسمي على دعامة إلكترونية ويتم إرسالها إلى جهة تصديق تضمن الحفاظ على سرية ومضمون المحرر الرسمي.

ميزت المادة 16 من المرسوم الفرنسي بين حالتين، أما الأولى فتتمثل في إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني بحضور جميع الأطراف أمام الموثق عند تحرير وتوقيع المحرر الرسمي وهذه لا تشكل صعوبة، أما الثانية فهي تتمثل في حالة غياب أحد الأطراف هنا لابد للطرف البعيد أن يقوم بالتعبير عن موافقته على مضمون المحرر الرسمي الإلكتروني أمام موثق يقوم بالمشاركة بإنشاء المحرر، ويتم تبادل المعلومات مع الأطراف الأخرى من خلال نظام مأمون ومعتمد والرضاء بوضع توقيعه على المحرر الرسمي الإلكتروني، وبالتالي وفقا للمادة 20 من المرسوم فقد إكتفى بحضور الطرف البعيد أمام موثق معتمد لتلقي رضائه وإقراره على المحرر الرسمي الإلكتروني وتوقيعه، كما إقترح بعض الفقه وجود كاتب عدل إلكتروني وهو ليس ببعيد عما أورده المشرع الفرنسي.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد إعتبر الشهادات الصادرة عن هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات وفق ما تنص عليه المادة الثانية من القانون 15 لسنة 2004 لها صفة الرسمية لكونها صادرة منها بوصفها لها شخصية إعتبارية عامة ومن ثم فالعاملون بالهيئة لهم سلطة إصدار شهادات رسمية معتمدة لها حجية في الإثبات.[2]

1- يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2012 الأردن، ص 157.
2- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 72.

2- التوقيع الإلكتروني المؤمن للموظف العام على المحرر الإلكتروني الرسمي

يكون هذا الشرط بمراعاة الضوابط الفنية والتقنية للتوقيع المؤمن الوارد النص عليها في اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري من خلال المادة الثانية منه المحددة لشروط التوقيع الإلكتروني الموثق.

والتوقيع الإلكتروني للموظف الرسمي على المحرر الإلكتروني الرسمي يعبر عن تدخل الموظف العام في تنظيم المحرر وتحمل المسؤولية، كما يضفي الرسمية على المحرر الإلكتروني الرسمي ويسمح بتحديد هوية الموظف العام ويتم إنشاؤه تحت سيطرته، بحيث يمكن إكتشاف أي تعديل قد يطرأ عليه.

3- توقيع ذوي الشأن والشهود على المحرر الرسمي الإلكتروني

بناءا على الشرط المتعلق بحضور الموظف المادي للموظف العام أثناء تنظيم المحرر الرسمي الإلكتروني [1] فإن توقيع أصحاب العلاقة أو الشهود يمكن من خلال هيئة تصديق حكومية معتمدة بحيث يقوموا بالتوقيع أمام الموثق بواسطة وسيلة مأمونة وفق متطلبات اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري، حيث بعد التحقق من البيانات في المحرر الرسمي الإلكتروني يقوموا ذوو الشأن بالتوقيع عليها.

ب- تاريخ المحرر الرسمي الإلكتروني

لا بد أن يكون له تاريخ ثابت، حيث ورد في الفقرة 1 من المادة 8 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني بأن حجية المحرر الإلكتروني الرسمي تتحقق بتوافر الشروط المبينة في نفس المادة، ويقع على عاتق الموثق وبالتعاون مع هيئة التصديق عبء وضع تاريخ المحرر الرسمي الإلكتروني وحفظه على الدعامة الإلكترونية، بحيث يكون تاريخ ثابت ويتم حفظه بمأمن عن أي تلاعب أو تبديل.

بالعودة إلى المرسوم 2005/973 [2] إشترط المشرع الفرنسي ضرورة قيام الموثق بوضع تاريخ على المحرر الإلكتروني بنفسه ويكون بحروف قبل القيام بالتوقيع الإلكتروني، والتاريخ المعتمد هو الذي يضعه الموثق كتابة وليس الذي تقوم به جهة التصديق بإثباته على المحرر الموثق.

وقد أضاف المرسوم أعلاه في المادة 22 منه حكم يتعلق بمرفقات المحرر، فإذا كان يحتوي على مستندات مرفقة مع المحرر الإلكتروني فيجب وضعها مع المحرر مرتبطة معه بشكل لا يقبل الإنسحاب ويوقع الموظف إلكترونيا عليهما.

1- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 71.
2- عبد الكريم هدار، المرجع السابق، ص 64.

ج- مسألة أصل المحرر الرسمي و صورته

في ظل تقنية الكتابة الإلكترونية، يلاحظ أن أصل المحرر يلتقي الصورة بل ويختلطان على وجه يصعب الفصل بينهما فصلا دقيقا بحيث يمتد أصل المحرر فيشمل ماهو مثبت داخل الأجزاء الصلبة في الجهاز، كما يمتد ليشمل ماهو من مخرجات الجهاز في شكل غير ورقي، وعلى هذا ووفقا لما ورد في قانون التوقيع المصري الإلكتروني[1]، فإن المحررات الإلكترونية الرسمية تكون لها نفس حجية المحررات الرسمية الورقية وبالتالي تكون لها نفس القوة في الإثبات ولا يجوز الطعن في صحة المحررات الرسمية الإلكترونية إلا بطريق الطعن بالتزوير في سلامتها المادية وأنه لم يتبع في توثيقها الإجراءات المقررة في القواعد العامة لقانون الإثبات الذي جاء في المادة 11 منه، وهذا يفيد أنه يجب أن يخضع المحرر الإلكتروني الرسمي لإجراءات توثيق من قبل الجهة المختصة والتي يحددها قانون التوقيع الإلكتروني المصري .

فقد عالج مسألة نسخ المحرر الإلكتروني الرسمي المستخرجة على الورق حيث أضفى نفس حجية الأصل على النسخ، وذلك بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصلها [2]، مع ضرورة وجود المحرر الإلكتروني وتوقيعه على الدعامة الإلكترونية لكي يتسنى الرجوع إليه عند منازعة أحد الأطراف في صحتها وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية حتى بالنسبة للمحررات الورقية.

أما المشرع الفرنسي بين في المرسوم رقم 2005/972، أن المحرر الرسمي الإلكتروني يعد من أصل أول وأصل ثان وأن النسخة المعطاة للأطراف تعتبر أصلا وحدد آلية الحصول على نسخة من المحرر الرسمي الإلكتروني المحفوظ .[3]

أما المشرع الجزائري رغم إقراره المساواة في الحجية بين الكتابة الخطية والكتابة الإلكترونية، إلا أنه لم يتطرق إلى مسألة حجية صورة المحرر الإلكتروني. [4]

1- أنظر المواد 15-16 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري.
2- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 78.
3- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 250.
4- زروق يوسف، المرجع السابق، ص205.

د- عناصر المحرر الإلكتروني الرسمي

حيث نتناولها كالآتي:

1- عناصر القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني الرسمي من حيث صدوره ممن وقعه وسلامته المادية

يتمتع المحرر الإلكتروني الرسمي بنفس حجية المحررات الرسمية الورقية في الإثبات وذلك بتوافر الشروط القانونية اللازمة، فوفقا لنص المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري فإن المحرر الإلكتروني الرسمي يكون حجة بصدوره من الأشخاص الذين لهم توقيع إلكتروني مرتبط به، وفي ذلك توقيع الموظف العام الذي صدر المحرر الإلكتروني بإسمه أو توقيعات ذوي الشأن، ويساوي في ذلك المحرر الرسمي الورقي، بالإضافة إلى أن له حجة على سلامته المادية وخلوه من التعديلات اللاحقة لإنشائه متى كان مظهره يوحي بالثقة.

2- الحجية من حيث البيانات المدونة به

وفقا للمادة 11 من قانون الإثبات المصري نميز بين نوعين من البيانات، أما الأول فتتمثل في البيانات التي حررها الموظف العمومي وتحقق منها بنفسه لها حجية لا تدحض إلا عن طريق الطعن بالتزوير، أما الثانية فهي البيانات التي أثبتها الموظف العمومي تحت مسؤولية ذوي الشأن دون أن يتحقق من صحتها، فيجوز إثبات عكسها بطريق الإثبات وفقا للقواعد العامة [1]، فإستنادا إلى المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري، فإن المحرر الإلكتروني الرسمي لا يختلف من حيث الحجية عن المحرر الرسمي الورقي، كما أنه يوجد نوع ثالث من البيانات يدونها الموظف العام لكن تتحقق من صحتها الجهة المختصة لإعتماد التوقيعات، هذه البيانات لا يجوز دحضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير ونجد نفس الشيء بالنسبة للمشرع الفرنسي، حيث تصدر لهذا الغرض شهادة تصديق إلكتروني تعد بمثابة إثبات هوية إلكترونية تتضمن إسم الموقع وصفته وإسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة [2].

3- حجية المحرر الإلكتروني الرسمي بالنسبة للغير

إن القوة الثبوتية للمحرر الرسمي الإلكتروني بالنسبة للغير كقوتها الثبوتية فيما بين الطرفين لا يمنع من إنكار صحة الوقائع التي أثبتها الموثق في ذاتها، دون أن يتعرض في ذلك لأمانة الموثق أو

1- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات، منشور على الموقع Law77.blogspot.com

2- حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران- السانيا، 2010-2011، ص 94.

صدقه ولا يحتاج من ينازع فيها إلى اللجوء إلى الطعن بالتزوير[1] بل يكفي أن يقيم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانونا وله أن ينازع في صحة التصرف.

ثانيا: المحررات الإلكترونية العرفية

إن الكلام عن المحرر العرفي المعد للإثبات بالشكل الذي نظمه المشرع في التقنين المدني يستوجب بيان الشروط الواجب توافرها فيه، ومدى تطبيقها على المحررات العرفية الإلكترونية.

أ- تطبيق شروط المحرر العرفي الورقي على المحرر العرفي الإلكتروني

يشترط في هذا النوع من المحررات حتى تعتبر دليلا معدا للإثبات توافر شرطين أساسيين، أما الأول فتتمثل في وجود كتابة تنصب على الواقعة المراد إثباتها وأن تكون هذه الكتابة موقعا عليها من قبل من تكون حجة عليه، ويكون على دعامة مادية كالورق أو غير مادية كالكمبيوتر.

أما الشرط الثاني فهو التوقيع الذي يعد أساس نسبة الكتابة إلى الموقع، وقد نص عليه المشرع الجزائري في المادة 327 من التقنين المدني المعدلة وباقي التشريعات، فإذا ما أردنا تطبيق هذه القاعدة على الشكل الإلكتروني فإننا نجد المشرع الجزائري قد تناول شكل جديد من خلال التوقيع الإلكتروني من خلال التقنين المدني المعدل[2].

أما المشرع الفرنسي فقد أضاف لهذه الشروط شرط آخر هو تعدد النظائر في المحرر العرفي، وقد نص على إمكانية تحقق هذا الشرط في المحرر الإلكتروني العرفي بإضافة فقرة خامسة للمادة 1325 من القانون المدني بموجب المادة 02 من المرسوم رقم 674- 2005 المتعلق بإنجاز بعض الشكليات التعاقدية بوسائل إلكترونية، وفحوى هذه الفقرة تشير إلى إمكانية تحقق شرط تعدد الأصول في العقود التي تتخذ شكلا إلكترونيا إذا كانت الوسيلة التقنية تتيح لذوي الشأن إعداد نسخة من المحرر أو تمكنهم من الوصول إليها[3].

ب- حجية المحرر العرفي الإلكتروني و حكم إنكار التوقيع العرفي

أعطى المشرع المصري للمحرر العرفي الإلكتروني نفس حجية المحرر الورقي المنصوص عليه في المادة 14 من قانون الإثبات، وعرفه عبر اللائحة التنفيذية للقانون 15 لسنة 2004 حيث إعتبره

1- د. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، نفس المرجع، ص 155.
2- أنظر المادة 327 من التقنين المدني المعدل.
3- زروق يوسف، المرجع السابق، ص 211.

رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة[1].

ويكون له حجية على الشخص المنسوب إليه التوقيع الإلكتروني، فالمشرع المصري إعترف صراحة بحجية المحرر العرفي الإلكتروني و أعطاه نفس حجية المحرر العرفي الورقي، كما أشار إلى أن المحرر الإلكتروني العرفي الموقع توقيعا يكون مؤمنا ومستوفيا للشروط القانونية بحيث تكون له حجية قوية في الإثبات تتمثل في إفتراض صحة ما يكون فيها من بيانات.

أما بالنسبة لحكم إنكار المحرر الإلكتروني العرفي فقد إستقر القضاء المصري على أن الإعتراف ببصمة الختم هو إعتراف بحجية الورقة بصدورها من الشخص المنسوب إليه توقيعها إلى أن يتمكن هذا الشخص من إثبات عدم توقيعه على الورقة ببصمة ختمه [2] عن طريق الطعن بالتزوير، وبالتالي فإذا أراد الشخص المنسوب إليه المحرر الإلكتروني المرتبط بتوقيع إلكتروني مؤمن أن يتنصل مما هو منسوب إليه بالمحرر فإن عليه أن يبين كيف وصل التوقيع الإلكتروني الخاص به إلى ذلك المحرر ويقيم الدليل على صحة ما يدعيه.

وإذا أنكر الخصم ما جاء في المحرر العرفي الإلكتروني بحجة أنه تعرض للتحريف، فإن قرينة الموثوقية توجب على هذا الخصم إثبات ما يدعيه[3].

1- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 80.
2- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 555.
3- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 287.

المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني

إن الكتابة لا تعد دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت ممهورة بتوقيع من قبل الشخص الذي تسند إليه هذه الكتابة [1]، فالتوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي المعد للإثبات، وقد جرى الفقه والقضاء على التعامل مع التوقيع التقليدي بأنواعه المختلفة لكن في ظل عجلة التطور التي تشهدها الإنترنت إتجه البحث عن فكرة أو بديل للتوقيع الإلكتروني تكون قادرة على القيام بما يقوم به هذا الأخير من وظائف تتكيف مع الواقع، لكن عملية التحول من الدعامة الورقية إلى الدعامة الإلكترونية كانت المشكلة الرئيسية التي فرضت ضرورة إعادة النظر بالنسبة للتوقيع في شكله الكتابي، خاصة مع ظهور الحواسيب الإلكترونية والإنترنت والتجارة الإلكترونية، من هنا نشطت الجهود الدولية والإقليمية لبحث السبل الكفيلة بتوفير الأمان والثقة في ميدان المعاملات الإلكترونية فكان التوقيع الإلكتروني أحد السبل الكفيلة بذلك، وفي هذا الصدد يمكن إثارة مشكلتين الأولى تتعلق بتحديد ماهية التوقيع الإلكتروني والثانية حجيته في الإثبات، لذلك سنحاول الإجابة على الإشكاليات من خلال التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني (المطلب الأول) وحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني

فرض التوقيع الإلكتروني نفسه في ظل إنشاء التجارة الإلكترونية وإزدهارها كونه يعتبر شرط جوهري[2]مما حدا على المشرع في العديد من الدول إلى وضع القواعد القانونية التي تنظم التوقيع الإلكتروني، بهدف حل المشكلات القانونية التي بدأت تظهر بقوة في مجال إثبات العقود الإلكترونية ولإضفاء الثقة والحماية للمتعاقدين، فشهدت السنوات الماضية نشاطا كبير على المستوى الدولي والإقليمي والوطني، هدفه البحث عن السبل الكفيلة بتدعيم الثقة في التوقيع الإلكتروني، ووضع القواعد التي تكفل الإعتراف له بحجية كاملة في الإثبات، وأدى التطور الحاصل إلى ظهور العديد من الصور التي يتخذها التوقيع الإلكتروني التي تختلف بإختلاف الطريقة التي يتم بها.

سنتناول في هذا المطلب إختلاف التشريعات حول مفهوم ووظائف التوقيع الإلكتروني (الفرع الأول) وصور التوقيع الإلكتروني (الفرع الثاني).

1- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 428.
2- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، الأردن 2010، ص 241.

الفرع الأول: الإختلاف التشريعي حول مفهوم ووظائف التوقيع الإلكتروني

إن ظهور التوقيع الإلكتروني كمصطلح جديد يقتضي بيان المقصود منه، حيث بذلت جهود كبيرة لبيان ذلك من قبل المنظمات الدولية المتخصصة في هذا المجال، وكذلك من قبل القوانين الوطنية والدولية ومن قبل الفقه [1] ، كما أن للتوقيع الإلكتروني وظائف.

أولا: مفهوم التوقيع الإلكتروني

سوف نستعرض من خلال هذا الفرع تعريف للتوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية، ثم في القوانين الوطنية كما سنتطرق إلى وظائفه.

أ- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية

1- قي قوانين الأونيسترال

إختلفت التشريعات في تعريفها للتوقيع الإلكتروني، فوفقا لما جاء في قانون الأونيسترال النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية، نجد أن المنظمات الحكومية والغير الحكومية ومنها منظمة الأمم المتحدة (UN) تقوم بمجهود دولي لوضع نماذج تشريعات موحدة لتنظيم التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، حيث عرف قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية 2001 في المادة 2/أ منه بأنه "يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها مرتبطة بها منطقيا يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ولبيان الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات". [2]

لعل الهدف الرئيسي الذي يسعى إليه قانون الأونيسترال هو تيسير إستخدام التوقيعات الإلكترونية ومعاملة الوسائط الإلكترونية على قدم المساواة مع الوسائط الورقية.

ونلاحظ أن الفقرة أ من المادة الثانية من مشروع القانون النموذجي قدمت تعريفا للتوقيع الإلكتروني مستمد من الدور الذي ينهض به التوقيع التقليدي كأداة لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على فحوى المحرر. [3]

يلاحظ على هذا التعريف أنه أراد بيان ما للتوقيع من وظائف لا بد أن يقوم بها من حيث تعيين هوية الموقع على رسالة البيانات ودلالته على إلتزام الموقع وموافقته على ما ورد في هذه الرسالة.

1- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص 22.
2- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 44 - 45.
3- عبد الله أحمد عبد الله غرايبية، المرجع السابق، ص 42.

2- التوجيهات الأوروبية

جاء التوجيه الأوروبي ليعرف التوقيع الإلكتروني في المادة 1/2 منه بأنه عبارة عن "معلومات أو بيانات في شكل إلكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعلومات أو بيانات إلكترونية أخرى وتستخدم كوسيلة لإقرارها"، وميزت المادة الخامسة بين نوعين من التوقيع الإلكتروني هما التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني المتقدم، وأوجبت علة من يتمسك بالنوع الأول أن يقيم الدليل أمام القاضي بأن التوقيع تم بطريقة تقنية موثوق بها، أما الثاني فهو التوقيع المعتمد من أحد مقدمي خدمات التوثيق والذي يناط به التحقق من نسبة التوقيع لصاحبه. [1]

ب- تعريف التوقيع الإلكتروني في القوانين الوطنية

سنتناول تعريف التوقيع من خلال التشريعات الأجنبية والعربية.

1- تعريف التوقيع الإلكتروني في القوانين الأجنبية

سنقوم بتعريف التوقيع الإلكتروني في كل من فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية وسنغافورة.

1.1- تعريف التوقيع الإلكتروني في فرنسا

المشرع الفرنسي واكب التطورات الحاصلة، وقد تدخل بتعديل بعض نصوص القانون المدني لتتفق مع التوقيع على العقود والمحررات الإلكترونية فنص في المادة 1316 مدني فرنسي المعدلة بالقانون الصادر في 13 مارس 2000 بتعريف التوقيع بأنه "التوقيع الذي يميز هوية صاحبه، وإذا تم التوقيع في شكل إلكتروني وجب إستخدام طريقة موثوق بها لتمييز هوية صاحبه".

وقد عرف التوقيع بشكل عام من خلال المادة 4/1316 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها، أما التوقيع الإلكتروني فقد عرفه في الفقرة الثانية من التعديل على أنه "التوقيع الذي ينتج عن أية وسيلة مقبولة موثوق بها لتحديد هوية الموقع وتكفل إتصال التوقيع بالعمل أو المستند المرتبط به".

والملاحظ على المشرع الفرنسي أنه عرف التوقيع تعريفا وظيفيا مما يسمح باتساع نطاقه ليشمل التوقيعات الإلكترونية إلى جانب الإمضاء الخطي، كذلك لم يحدد الطريقة التي ينشأ بها إنما إشترط أن تكون الطريقة موثوقة كما إشترط أيضا أن تكفل وسيلة التوقيع إتصاله بالمستند المرتبط به لأنه على عكس التوقيع اليدوي المرتبط به لا يمكن إفتراض توفر الإتصال المذكور بالنسبة للتوقيع الإلكتروني. [2]

1- د.عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 249.
2- د.علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات، مجلة جامعة الخليل للبحوث العدد2، 2010، ص108.

2.1- تعريف التوقيع الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية

عرف القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية لسنة 1999 التوقيع الإلكتروني بأنه "صوت أو رمز أو عملية إلكترونية ترفق أو تربط منطقيا بسجل، ويقوم بتنفيذها أو إقرارها شخص يقصد منها التوقيع على السجل".

كما عرفه القانون الفيدرالي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2002 على أنه "صوت أو رمز أو عملية إلكترونية متصلة أو مصاحبة بشكل منطقي لعقد أو أي مستند أخر، وتنفد أو يتم تنفيذه بواسطة شخص معين بنية توقيع مستند".

نلاحظ أن التعريف واحد في القانونين، إلا أنه تم إضافة وصف خاص بالأشكال المحتملة للتوقيع الإلكتروني والمتمثلة في الصوت والرمز أو أية عملية إلكترونية بشرط أن تكون مصاحبة أو متصلة بشكل منطقي بعقد أو أي شكل أخر، وقد أصدرت عدة ولايات أمريكية قوانين أخرى تتعلق بالتوقيع الإلكتروني مثل ولاية يوتا، وكاليفورنيا وجورجيا وفلوريدا.

وتجدر الإشارة إلى أنه تم إختلاف مواقف القوانين المحلية في الولايات المتحدة الأمريكية بشأن التوقيع الإلكتروني فمنهم من إشترط نظام التشفير للمفتاح العام، ومنهم من إشترط إستيفاء معايير الأمن والموثوقية للأخذ بالتوقيع الإلكتروني. [1]

3.1- تعريف التوقيع الإلكتروني في سنغافورة

كما عرف قانون سنغافورة التوقيع الإلكتروني بأنه "أي حروف أو كتابة أو أرقام أو رموز أخرى في شكل رقمي ملحق أو مرتبط بسجل إلكتروني إرتباطا منطقيا بنية توثيق هذا السجل أو الموافقة عليه"[2].

2- تعريف التوقيع الإلكتروني في القوانين العربية

نتناول التوقيع الإلكتروني في مصر بإعتبار أن المشرع المصري يتمتع بخبرة واسعة في مجال التشريع القانوني كذلك في القانون الجزائري والإمارات وقانون المعاملات الأردني.

1- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 251.
2- خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص 194.

1.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في مصر

عرف المشرع المصري التوقيع الإلكتروني في المادة 1/أ من قانون التوقيع الإلكتروني[1] على أنه "ما يوضع على المحرر الإلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد ويسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".

يتضح من النص أن المشرع المصري أورد أن التوقيع قد يتخذ أشكال الحروف أو الأرقام أو الرموز أو الإشارات أو غيرها، وإشترط أن يكون التوقيع مرتبط بشخص واحد مما يسمح بتعيينه، وأن يتم التوقيع من خلال وسائل تخضع للسيطرة المباشرة من صاحب التوقيع موضحا إرتباطه بمضمون الوثيقة الإلكترونية المرسلة وهو ما جاء في نص المادة 18 من القانون نفسه.

والملاحظ أيضا أن المشرع المصري لم يقم بتحديد أنواع التوقيع الإلكتروني إنما ذكرها على سبيل المثال لكي يتيح المجال للتطورات التكنولوجية التي يمكن أن تفرز أنواعا أخرى للتوقيع، إضافة لقيامه ببيان وظيفة هذا التوقيع المتمثلة في تحديد هوية موقع المحرر الإلكتروني.

المشرع إشترط أن تكون مكونات التوقيع الإلكتروني متفرد وهو شرط مهم، ذلك حتى تضمن السرية التامة حتى لا يقع أي محضور كأن يغتصب التوقيع [2] ويستخدم من قبل الغير، كذلك عرفت المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري التوقيع الإلكتروني بأنه "حروف أو رموز أو إشارات لها طابع متفرد ويسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"، كما منح الحجية للتوقيع الإلكتروني في حال إستوفى الشروط المنصوص عليها في المادة 18 منه.

2.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في الأردن

تعرف المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 التوقيع الإلكتروني على "البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها و لها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها ويميزه عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

ونرى بأن التعريف جاء شاملا، وهو موافق لما جاء به المشرع المصري حيث تركه للتطورات[3] التي قد تحصل، كما أنه حدد الوظائف التي يجب أن يقوم بها التوقيع الإلكتروني وهي تحديد هوية الموقع.

1- قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004.
2- علاء محمد نصيرات، المرجع السابق، ص28.
3- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 51.

كما إشترط المشرع الأردني ضرورة أن تكون بيانات التوقيع الإلكتروني مدرجة بشكل إلكتروني غير ذلك بمعنى لم يحصر الوسيلة الإلكترونية بل ترك المجال أمام وسائل إلكترونية أخرى قد تطرأ في المستقبل[1].

3.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في إمارة دبي

حسب ما ورد في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2001 فإن هناك مستويان للتوقيع الإلكتروني[2]، المستوى الأول التوقيع الإلكتروني البسيط ويعرف بأنه "توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة، ذو شكل إلكتروني و ملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو إعتماد تلك الرسالة".

أما المستوى الثاني التوقيع الإلكتروني المحمي ويكون محميا إذا إستوفى الشروط المنصوص عليها في المادة 20 منه وهذه الشروط:

1. ينفرد بالتوقيع الشخص الذي إستخدمه.
2. إمكانية إثبات هوية ذلك الشخص.
3. أن يكون تحت سيطرته التامة سواء فيما يتعلق بإنشائه أو وسيلة إستعماله وقت التوقيع.
4. يرتبط بالرسالة الإلكترونية ذات الصلة أو بطريقة توفر تأكيدا يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث إذا غير السجل الإلكتروني فإن التوقيع الإلكتروني يصبح غير محمي.

وما نلاحظه هو أن المشرع ميز بين التوقيع الإلكتروني العادي البسيط وبين التوقيع المحمي حيث أن التعريف الأول لم يحدد شكل معين يجب أن يتخذه التوقيع الإلكتروني بل تركة للتطورات الحاصلة.

4.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في الجزائر

جاء إهتمام المشرع الجزائري بالتوقيع الإلكتروني متأخرا حيث إعترف بالتوقيع الإلكتروني في المادة 2/327 من القانون المدني المعدل والمتمم[3] وذلك وفقا للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1، إلا أنه لم يعرفه.

بعدها صدر المرسوم التنفيذي المرسوم التنفيذي 162/07 الذي ميز بين التوقيع العادي والتوقيع الإلكتروني المؤمن، حيث نصت المادة 1/3 على أن "التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن إستخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادة 323 مكرر و323 مكرر 1.

1- أنظر المادة 02 من قانون ن المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001.
2- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 52.
3- قانون 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 المعدل للقانون المدني، الجريدة الرسمية رقم 44.

أما التوقيع الإلكتروني المؤمن فنصت عليه الفقرة الثانية من المادة أعلاه على أنه "التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية :

- يكون خاصا بالموقع.
- يتم إنشائه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية.
- يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق للفعل قابلا للكشف عنه.

من خلال تعريف التوقيع الإلكتروني نجد بأنه وضح الأشكال التي قد يتخذها هذا الأخير، ومن خلال التوقيع الإلكتروني المؤمن وضح الوظائف التي يؤديها التوقيع الإلكتروني.

لم يعرف المشرع الجزائري التوقيع الإلكتروني إلى أن صدر القانون 15-04 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين[1]، حيث عرفه في المادة الثانية منه بأنه "التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".

كما حدد شروط التوقيع الإلكتروني الموصوف في المادة 7 من نفس القانون، وقد أعطى المشرع لهذا الأخير نفس حجية التوقيع المكتوب وذلك وفقا لما جاء في نص المادة 8 من القانون نفسه وما نلاحظه أنه من خلال التشريع السابق اشترط ثلاثة شروط حتى نكون أمام توقيع إلكتروني موصوف، في حين أن التشريع الحالي إشترط ستة شروط، كما أن هذه الشروط قد غيرت ببعض المصطلحات.

وما يلاحظ أن غالبية التشريعات التي جاءت بتعريف التوقيع الإلكتروني إنتهجت نهج قانون الأمم المتحدة النموذجي.

3- تعريف التوقيع الإلكتروني لدى الفقه

وردت عدة تعريفات فقهية عديدة للتوقيع الإلكتروني فقد عرفه جانب من الفقه بأنه "إشارة أو رمز أو صوت إلكتروني، ويرتبط منطقيا برسالة بيانات إلكترونية لتعيين الشخص المنشئ للتوقيع وتأكيد هويته، وبيان موافقته على المعلومات التي تتضمنها رسالة البيانات.

هذا التعريف يحدد الآلية الإلكترونية للتوقيع الإلكتروني، ثم يبين الدور الوظيفي الذي يقوم به المتمثل في تحديد هوية الموقع والتأكيد على قبوله على مضمون الوثيقة الإلكترونية التي وقع عليها. [2]

ثانيا: وظائف التوقيع الإلكتروني

تتمحور وظائف التوقيع الإلكتروني في وظيفتين أساسيتين وذلك وفقا لما جاء في القانون المتعلق

1- قانون 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.
2- حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني رقم 26، 2010، ص 557.

بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

أ- تحديد هوية الشخص الموقع

إن الهدف من التوقيع تقليديا كان أو إلكترونيا هو تحديد هوية الموقع، مهما كان شكله والتوقيع الإلكتروني يحقق هذه الوظيفة من خلال وسائل وإجراءات موثوق بها، تتمثل باستخدام أنظمة مختلفة مثل التوقيع بالقلم الإلكتروني أو البصمة الإلكترونية أو غيرها حيث تتيح هذه الوسائل تحديد هوية الأشخاص، ومما لاشك فيه التوقيع الالكتروني يقوم بالوظيفة في شكل رموز أو أرقام أو حروف أو أية إشارات تدل على شخصية الموقع وتحدد هويته وتميزه عن غيره، وبفضل التقدم التقني أصبح من الصعب تزوير التوقيع الإلكتروني.

ب- التعبير عن إرادة الموقع

تتعلق هذه الوظيفة بمسألة التأكد من رضا صاحب التوقيع وقبوله الإلتزام بمضمون التصرف القانوني وإقراره له، فبالنسبة للتوقيع الإلكتروني فيستفاد منه رضاء الموقع وقبوله الإلتزام بمجرد وضع توقيعه بالشكل الإلكتروني على البيانات التي يحتويها المحرر الإلكتروني، فحينما يأخذ التوقيع الإلكتروني شكل أرقام سرية أو رموز محددة فإنها تبقى في حوزة صاحبها وإذا ما إستخدمت هذه الأرقام أي وقع بها صاحبها فإن مجرد توقيعه يدل على موافقته على البيانات والمعلومات التي وقع بها وأنه يقبل الإلتزام بها.[1]

الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني

أظهرت التقنيات الحديثة أشكالا عديدة للتوقيع الإلكتروني حيث نبرزها كالآتي:

أولا: التوقيع بالقلم الإلكتروني(Pen-op)

في هذه الصورة يتم إستخدام ما يعرف بالقلم الإلكتروني حيث يقوم الشخص بكتابة توقيعه الذي يحدده هو على شاشة الحاسب الآلي وبعد أن يتأكد الشخص من توقيعه المحفوظ لديه تماما وذلك عن طريق إستخدام برنامج معين يقاوم هذا البرنامج بوظيفتين [2]، الأولى خدمة إلتقاط التوقيع والثانية خدمة التحقق من صحة التوقيع، فيظهر له مربعان في إحداهما كلمة موافق وفي الآخر غير موافق على التوقيع

1- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 454.
2- عبد الله أحمد عبد الله غرايبية، المرجع السابق، ص48.

الذي دونه على الشاشة، ولهذا التوقيع مزايا من خلال إستخدامه كبديل للتوقيع التقليدي كذلك إمكانية تحديد هوية المرسل والمستقبل إلكترونيا، كما أن البرنامج يقوم بإعطاء رسالة تحذير إذا وجد أي تغيير في محتويات المحرر الموقع من خلال قيامه بفحص سلامة التوقيع الإلكتروني والمحرر وفي حال سرقة البطاقة والرقم السري، فإنه ليس من السهل قيام السارق بعملية التوقيع لأن البرنامج يكشف ذلك من خلال التحقق من صحة التوقيع الذي ليس من السهل القيام بنفس الحركات التي يقوم بها ونجد هذا النوع من التوقيع يضفي نوعا من الحماية للتعاملات الإلكترونية المبرمة عبر الإنترنت.[1]

ثانيا: التوقيع البيومتري

نجد هذا النوع من التوقيع يستخدمه البنوك في الدول المتقدمة، حيث تكون هذه الصورة بالإعتماد على العلامات المميزة لكل شخص كبصمة شبكة العين أو الصوت أو بصمة الإصبع والتي نص عليها القانون المدني الجزائري من خلال المادة 327 منه، أو غيرها بحيث يمكن إستخدام هذه الخواص من أجل تمييز هوية المستخدم.

يقوم هذا التوقيع عن طريق إدخال المعلومات للحاسب أو الوسائل الحديثة ويتم التخزين بطريقة مشفرة في ذاكرة الحاسب ليقوم بعد ذلك بالمطابقة [2]، فيتم مثلا تخزين بصمة إصبع المستخدم أو بصمة شبكة العين في الجهاز وعند رغبته في إجراء أي عملية ما عليه إلا الضغط بإصبعه على شاشة الحاسوب إشارة منه لموافقته على إجراء العملية وإذا تطابقت البصمة مع المخزنة داخل الجهاز تتم الموافقة على إجراء هذه العملية بينهما.

نجد أن هذه الصورة تتمتع بأمان كاف وذلك أنه لا يمكن أن تتشابه بصمة إنسان مع آخر.

ثالثا: التوقيع الرقمي

يعتبر هذا التوقيع من أهم صور التوقيع الإلكتروني، وهو عبارة عن جزء صغير مشفر من بيانات يضاف إلى رسالة إلكترونية كالبريد الإلكتروني أو العقد الإلكتروني[3]، هذا النوع يعتمد على قيام الحاسب بتحويل المحرر المكتوب إلى أرقام وحفظها في جهاز الحاسب الآلي المكون من أرقام أيضا وذلك وفق معادلة رياضية خاصة[4]، والتوقيع الرقمي يستخدم فيه برنامج محدد يسمى برنامج التشفير تتمثل بوجود مفتاحان، المفتاح العام وهو معروف للكافة ومفتاح خاص يتوفر فقط لدى الشخص الذي أنشأه ويمكن

1- لورنس عبيدات، المرجع السابق، ص 148.
2- أمير فرح يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008، ص 19.
3- فتيحة حزام، المرجع السابق، ص 46.
4- يوسف أحمد النوافلة، المرجع السابق، ص 72.

بهذه الطريقة لأي شخص يملك المفتاح العام أن يرسل الرسائل المشفرة، ولكن لا يستطيع أن يفك شيفرة الرسالة إلا الشخص الذي لديه المفتاح الخاص[1].

ولما كان التوقيع الرقمي ينشأ مقترنا بالمحرر الإلكتروني فلا بد من إتباع الخطوات التالية:

- تتحول الرسالة المكتوبة كتابة عادية إلى صورة مختزلة عبارة عن رمز أو علامة.
- يقوم المرسل بتحرير الرسالة التي يريد إرسالها إلى المرسل إليه في صورتها العادية المقروءة، ويستخدم المرسل برنامجا حاسوبيا وظيفته خلط وتقطيع الرسالة.
- يقوم المرسل بتشفير هذا الرمز مستخدما المفتاح الخاص المناظر لمفتاحه العام، وهنا يكون قد تم إستحداث أي إنشاء التوقيع الرقمي الذي يقوم المرسل بإلحاقه بالرسالة التي قد تكون مشفرة أو غير مشفرة وبهذا تكون الرسالة موقعة توقيعا رقميا.

نجد أن تشريعات معظم الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، وألمانيا ونصوص التوجيه الأوروبي أخذت بالتوقيع الرقمي.

ومما سبق يتضح أهمية التوقيع الرقمي الذي يضمن تحديد هوية أطرافه ويميزهم بدقة ويعبر بطريقة تؤكد موثوقية وأمن التوقيع عند النزاع بشأنه[2].

رابعا: التوقيع بإستخدام البطاقات الممغنطة

يعتبر هذا النوع من التوقيع أول شكل أظهرته التقنيات التكنولوجية للتوقيع الإلكتروني وهو أكثرها شيوعا، يستخدم من أجل الإسراع في إنجاز المعاملات البنكية فقد درجت البنوك على إصدار بطاقات إلكترونية مصحوبة برقم سري[3]، حيث تستخدم أجهزة الصرف الآلي المتصلة بمركز المعلومات والتي يتم من خلالها إرسال بيانات البطاقة من خلال إدخالها بالجهاز، حيث يتعرف الجهاز على البطاقة وعلى هوية صاحبها ويطالبه بإدخال الرقم السري، ويشير الجهاز بعد ذلك إلى صحة إستخدام البطاقة وإمكانية التعامل مع الجهاز[4].

وهذا النوع من التوقيع له مميزاته حيث له القدرة على تحديد هوية شخص الموقع، كذلك يتمتع بالثقة والأمان إلا أن هذا لا يمنع من وجود عيوب له.

1- التوقيع الرقمي وتشفير البيانات المرسلة، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، منشور على الموقع www.abahe.co.uk، ص 2.
2- حسام محمد نبيل الشنراقي، المرجع السابق، ص 68.
3- عيسى غسان ربضي، المرجع السابق، ص 58.
4- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 60.

خامسا: التوقيع من خلال النقل عبر المسح الضوئي

يتم نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق الماسح الضوئي SCANNER ثم نقل هذه الصورة إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه لإعطاء الحجية اللازمة، لذلك فإن الشكل الإلكتروني لهذا النوع من التوقيعات يتجلى في أخذ صورة ضوئية ذات قيمة رقمية للتوقيع اليدوي ووضعها على الوثيقة المراد إلحاق ذلك التوقيع بها[1].

يرى البعض أن هذا النوع من التوقيع لا يتمتع بأي درجة من درجات الأمان التي يمكن أن تحقق الثقة اللازمة في التوقيع إذ أن المرسل إليه يستطيع أن يحتفظ لنفسه بنسخة من صورة التوقيع ويعيد لصقها على أي وثيقة من الوثائق المحررة على الوسائط الإلكترونية، وعلى ذلك فقد إستقر الوضع على عدم الإعتداد بمثل هذا التوقيع[2].

المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

تأتي حجية التوقيع الإلكتروني من خلال إستيفائه للشروط اللازمة للإعتداد به كتوقيع كامل، فالتوقيع الإلكتروني أهمية بالغة إذ أنه الفيصل الوحيد في إعتبار المحررات الإلكترونية دليلا معدا للإثبات، وعلى ذلك نبرز الشروط اللازمة للتوقيع الإلكتروني (الفرع الأول) وموقف التشريعات من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: شروط صحة التوقيع

لكي يؤدي التوقيع الإلكتروني وظائفه لا بد من توافر الشروط اللازمة، ويمكن إستخلاصها من التعريفات، حيث نصت المادة الثامنة من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين على أن التوقيع الإلكتروني المتقدم هو التوقيع الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن يرتبط بالموقع دون سواه
- أن يمكن من تحديد هوية الموقع
- أن يكون منشأ بواسطة وسائل تحت التحكم الحصري للموقع
- أن يكون مرتبط بالبيانات الخاصة به بحيث يمكن الكشف عن التغييرات اللاحقة بهذه البيانات.

1- عبد الرسول عبد الرضا، محمد جعفر هادي، المفهوم القانوني للتوقيع الإلكتروني، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة الرابعة، ص 166.
2- خالد مصطفى فهمي، المرجع السابق، ص 58.

بالعودة إلى قانون الأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية نجد أن المادة السادسة منه نصت على نفس المعنى.

بالإضافة إلى شرط التصديق الإلكتروني حيث جاء في المادة السادسة من قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين أنه يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع والمادة السابعة منه إشترطت أن ينشأ على أساس شهادة تصديق، كما أن بعض التشريعات أخذت بهذا الشرط ليكتسب التوقيع الإلكتروني حجة في ذلك، كما تتمثل جهات التصديق في ثلاث سلطات أما الأولى فهي السلطة الوطنية للتصديق الإلكتروني والثانية في السلطة الحكومية، أما الثالثة فهي السلطة الاقتصادية[1].

أولا: أن يكون متميزا ومرتبطا بشخص صاحبه

يتطلب هذا الشرط أن يكون التوقيع الإلكتروني مميزا لصاحبه عن غيره، إضافة لإرتباطه بهذا الشخص فكما في التوقيع التقليدي الذي يعتبر علامة شخصية ومميزة لصاحبه على إعتبار أن التوقيع يعتبر بمثابة روح للورقة المحررة، بحيث يستطيع هذا التوقيع أن يعبر بطريقة واضحة ومحددة عن شخص صاحبه وهو الموقع والتوقيع الإلكتروني بجميع صوره إذا تم إنشائه بصورة صحيحة، فإنه يعد من قبل العلامات المميزة والخاصة بالشخص وحده دون غيره.

يعتبر التوقيع بالقلم الإلكتروني هو مثل الإمضاء العادي في قدرته على تمييز الشخص عن غيره ويتمتع بقدر من الحماية فلا يمكن إنجازه إلا إذا طابق التوقيع بالقلم الإلكتروني الإمضاء المخزن في الكمبيوتر[2].

ثانيا: أن يكون التوقيع الإلكتروني قادرا على التعريف بشخصية صاحبه ومميزا له

يتطلب هذا الشرط أن يكون التوقيع الإلكتروني قادرا على التعريف بشخصية الموقع، حيث يعتبر هذا الشرط بديهيا، إذ أنه وكما في التوقيع التقليدي بأنواعه والتي تكون دالة على شخص صاحبها، فإنه يجب في التوقيع الإلكتروني وإن لم يكن مشتملا على إسم الموقع فإنه يكفي أن يحدد شخصية الموقع على الرسائل الإلكترونية وذلك من خلال الرجوع مثلا إلى جهات إصدار التوقيعات الإلكترونية.

وقد ذهب في ذلك قانون اليونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية أنه "يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات"[3].

1- أنظر المادة 15-16-26 من قانون 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.
2- علاء نصيرات، المرجع السابق، ص 65.
3- أنظر المادة 02 من قانون الأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

ثالثا: سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع

إن هذا الشرط يتطلب أن يكون صاحب التوقيع الالكتروني منفردا به بحيث لا يستطيع أي شخص معرفة فك رموز التوقيع الخاص به أو الدخول عليه وسواء عند إستعماله لهذا التوقيع أو عند إنشائه حيث تكون تحت سيطرته المتمثلة بالكود أو الرمز المشفر للتوقيع، وبالتالي لا يمكن لأحد الوصول إليه سواه وحتى لا يتم التنصل من الإعتراف بها من قبل الشخص الموقع، ونجد المشرع الجزائري نص على هذا الشرط من خلال المادة الثالثة من المرسوم التنفيذي 07-162، وسبب وجود هذا الشرط هو ضمان ودقة وسلامة التوقيع الإلكتروني من تدخل أو إستغلال الآخرين أو التلاعب فيه، وذلك من أجل الحفاظ على سلامة المحرر الإلكتروني من العبث وإستمرار حجيته القانونية، وكذا إلزام نسبته إلى صاحبه من خلال التوقيع السليم.[1]

رابعا: أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني إرتباطا وثيقا

حيث لا يمكن إحداث تغيير في المحرر الإلكتروني بعد توقيعه إلا إذا تم تغيير التوقيع الإلكتروني نفسه، لأنه لا يمكن الوصول إلى المحرر دون معرفة التوقيع الإلكتروني وهذا ما عليه الحال في التوقيع الرقمي والذي يتم بإستخدام مفتاحين عام وخاص حيث يستخدم أحد المفتاحين للوصول للمحرر والآخر للوصول للتوقيع وبالتالي لا مجال لإحداث تغيير في محتويات المحرر، والتوقيع بصفة عامة يجب أن يتوافر على شروط حتى يتمكن من أداء دوره. [2]

أما في القانون المصري فيشترط أن يكون التوقيع مرتبط بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة.[3]

الفرع الثاني: موقف التشريعات من التوقيع الإلكتروني

سنتناول في هذا الفرع موقف التشريعات من التوقيع الإلكتروني لكن قبل ذلك نتطرق إلى موقف التشريعات الدولية بخصوص التوقيع الإلكتروني.

أولا: موقف التشريعات الدولية

نتطرق لذلك من خلال الأونيسترال النموذجي للتوقيعات والتوجيهات الأوروبية.

1- عبد اللطيف بركات، الإثبات الإلكتروني في المعاملات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، 2013-2014، بسكرة، ص 40.
2- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 277.
3- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010، ص 132.

أ- الأونيسترال النموذجي للتوقيعات الإلكتروني

قررت لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي في دورتها التاسعة والعشرين لسنة 1996 أن تدرج في جدول أعمالها مسألة التوقيع الإلكتروني، حيث رأت أنه من المجدي إعداد مشروع موحد بشأن مسألة التوقيع الإلكتروني حتى يكون عونا للتشريعات الخاصة بها[1].

حيث تعامل المادة 3 من القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية كل الوسائل التقنية على قدم المساواة، فلا يفضل بعضها على بعض طالما كان التوقيع الإلكتروني قد إستوفى الإشتراطات الجوهرية المنصوص عليها في المادة 6 من القانون نفسه.

كما أن المادة من هذا القانون تتشابه مع نص المادتين 6-7 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الذي أكد حياد قواعد القانون الموحد إزاء الوسائل التقنية المستعملة ونجد أن نص المادة 7 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قد كان أول نص تشريعي دولي يمنح الإعتراف القانوني الدولي للتواقيع الإلكترونية بشرط أن تكون دالة على هوية الشخص الموقع[2].

ب- التوجيهات الأوروبية

تبنى التوجيه الأوروبي تعريفا موسعا للتوقيع الإلكتروني[3]، كما أنه حصر إمكانية إضفاء الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني بشأن الإتفاقات المتعلقة بالإثبات بضرورة توفر الشروط اللازمة.

يهدف الإتحاد الأوروبي من خلال التوجيه إلى إقامة التكافؤ بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني من حيث الحجية، فمن خلال المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي رقم 93/ 99 الخاص بالتجارة الالكترونية والتوقيع الإلكتروني، أراد هذا التوجيه من الدول الأعضاء إلغاء التمييز.

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية

أ- القانون الفرنسي

إعترف القضاء الفرنسي بحجية التوقيع الإلكتروني في بعض الأحكام القضائية قبل إصدار تشريع ينظم التوقيع الإلكتروني، فكان حكم المحكمة الإبتدائية في مونلييه أول حكم قضائي يعترف بصحة حجية التوقيع الإلكتروني من خلال الإعتراف بحجية العمليات المصرفية التي تتم عبر بطاقة الإعتماد

1- عبد الله أحمد عبد الله غرايبية، المرجع السابق، ص 123.
2- عبد الله أحمد عبد الله غرايبية، نفس المرجع، ص 126.
3- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 160.

المصرفية، كما إعترفت كذلك محكمة التمييز الفرنسية بصحة التوقيع النقدي الإلكتروني عندما أعطت التوقيع الإلكتروني الحجية نفسها للتوقيع التقليدي بتوافر شرطين هوية الموقع وضمان صحة التوقيع.

فنجد أن نص المادة 1316 من القانون المدني أنه جاء في فقرتها الأولى تعديلا "الوثيقة الإلكترونية لها نفس الحجية التي تتوفر عليها الوثيقة الخطية بشرط أن تكون لها القدرة على تحديد الشخص الصادرة عنه".

كما أن المادة1316 تضمنت تغييرات من خلال عبارة "التوقيع بخط اليد" لتصبح "التوقيع بواسطة الشخص" وذلك يلغي كل تفرقة بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني، ومن خلال القانون الذي تضمن القواعد والأحكام المتعلقة بحماية بيانات التوقيع الإلكتروني وأمنه[1]، المشرع وضع تعريف موحد للتوقيع دون أن يفرق بين التوقيع التقليدي والإلكتروني فيما يتعلق بحجية كل منهما للإثبات على أن يكون التوقيع مميزا للشخص صاحبه ويتم بإجراءات أمنة تضمن سرية بيانات هذا التوقيع.

ب-القانون المصري

ساوى المشرع المصري بين التوقيع التقليدي والتوقيع الإلكتروني من حيث الحجية القانونية، وهذا وفقا لما جاء في القانون 2004/15 من خلال المادة 14 منه التي تنص على أن التوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون[2].

ج- القانون الأردني

منح المشرع الأردني كباقي القوانين العربية الحجية القانونية الكاملة للتوقيع الإلكتروني شأنه شأن التوقيع التقليدي، وذلك من خلال ما جاء في نص المادة 7/أ حيث نصت أنه "يعتبر التوقيع الإلكتروني منتجا للآثار ذاتها المرتبة على التوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامه للأطراف وصلاحيته من حيث الإثبات.

1- أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2015-2016، ص 122.
2- مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 483.

كذلك المادة 10 [1] نصت أنه "إذا استوجب تشريع نافذ توقيعا على المستند أو نص على ترتيب أثر على خلوه من التوقيع، فإن التوقيع الإلكتروني على السجل الإلكتروني يفي بمتطلبات ذلك التشريع".

د- القانون الجزائري

رغم تأخر المشرع الجزائري في إصداره لقانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين 15-04 إلا أنه إعترف بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني، شأنه شأن باقي التشريعات إلا أنه ألزم بضرورة توافر بعض الشروط حتى يتمتع بالحجية اللازمة للإثبات، وقد جاء في نص المادة 7 من القانون أعلاه التي تنص على أن "التوقيع الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية:

- أن ينشأ على أساس شهادة تصديق إلكتروني.
- أن يرتبط بالموقع دون سواه.
- أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.
- أن يكون مرتبط بالبيانات الخاصة به، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات".

يتضح مما سبق أن التشريعات أولت أهمية للإثبات، حيث ساوت بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي وأقرت له حجية مساوية لهذا الأخير من حيث الإثبات وأصبح أداة لتوثيق التصرفات التي تتم بواسطة الوسائط الإلكترونية.

ومما سبق يتضح لنا أن إتجاه مختلف التشريعات الوطنية والدولية إلى الإعتراف القانوني بالتوقيع الإلكتروني حيث يعتبر نظير وظيفي للتوقيع الخطي، ما يضفي الثقة في المتعاملين بالتجارة الإلكترونية.

1- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية.

خاتمـــــة

تناولت في هذا البحث المتواضع موضوع إثبات التعاقد الإلكتروني الذي يعد من المواضيع الجديدة والتي عرفت ظهورها مؤخرا، حيث يعتبر الإثبات الإلكتروني نتيجة حتمية فرضتها التطورات الحاصلة في مجال الإتصال والتكنولوجيا من خلال التحول من العالم المادي إلى العالم الإلكتروني ما نتج عنه تغيير لفكرة الكتابة والتوقيع التقليديين.

ففي البداية تناولت الإثبات الإلكتروني بالإستعانة إلى قواعد الإثبات التقليدية ومدى إستيعابها لهذه الوسائل الحديثة وذلك من خلال اللجوء للإتفاقات و كذلك في حالات إستحالة الحصول على الدليل الكتابي، إضافة إلى مبدأ الثبوت بالكتابة.

بعدها تناولت الكتابة الإلكترونية وحجيتها في الإثبات، والتي يمكن أن تحل محل الكتابة التقليدية وتؤدي وظيفتها في الإثبات، لذلك كان لابد أن تتحقق الإشتراطات التي فرضتها القوانين سواء من قبل التشريعات المقارنة أو التشريع الجزائري، حيث يجب أن تكون مقروءة، وأن يمكن اللجوء إليها عند الحاجة.

أما عن الحجية فقد ساوت جل التشريعات بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية متى توافرت فيها الشروط ومن بين التشريعات نجد المشرع الجزائري قد جاء بمبدأ جديد ألا وهو مبدأ المماثلة أو ما يعرف بمبدأ التكافؤ الوظيفي من خلال قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين والذي يعني أن الكتابة الإلكترونية تؤدي نفس وظائف الكتابة التقليدية، والتوقيع الإلكتروني يؤدي نفس وظائف التوقيع التقليدي وأن تكون لهما نفس الحجية في الإثبات.

كما تناولت مدى حجية المحررات الإلكترونية الرسمية أو العرفية في قواعد الإثبات المدنية والتجارية، بالإضافة إلى مسألة تنازع الأدلة الكتابية الورقية والإلكترونية والتي لم ينظمها المشرع الجزائري بل تركها للسلطة التقديرية للقاضي، عكس المشرع الفرنسي الذي جاء بنص صريح في القانون المتعلق بالتوقيع الإلكتروني 230/2000 المعدل للمادة 1316 في الفقرة الثانية حيث نصت على "إذا لم يكن هناك نص أو إتفاق بين الأطراف يحدد أسسا أخرى، فإنه على القاضي مستخدما كل الوسائل أن يفصل في النزاع القائم بين الأدلة الكتابية عن طريق ترجيح السند الأقرب إلى الإحتمال أيا كانت الدعامة التي تحمله".

كما تناولت بالدراسة التوقيع الإلكتروني بإعتباره وسيلة ثانية للإثبات، حيث بينت مفهومه وصوره ووظيفته، فحتى يتمتع بحجية في الإثبات فلا بد أن يستوفي الشروط التي تمنحه الحجية القانونية في الإثبات والتي بتخلفها يزال عنه وصف التوقيع الإلكتروني وفي الأخير رأينا موقف التشريعات من التوقيع الإلكتروني حيث أصبح الإعتراف به أمرا واقعيا، حيث أصدرت العديد من الدول تشريعات تعترف به مادامت شروط الثقة والأمان تتوافر فيه.

خاتمـــــة

وعليه و مما سبق ذكره نستطيع الخروج ببعض الإقتراحات والمتمثلة في الآتي:

1. نقترح أن يقوم المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية خصوصا في ظل التغيرات التى عرفتها الجزائر في الأونه الأخيرة فقد شهدت العديد من التعامل بالوسائل الإلكترونية في مختلف المجالات .
2. ضرورة إعتراف المشرع الجزائري بحجية المحررات الرسمية الإلكترونية، وذلك لما تعرفه الإدارة من معاملات إلكترونية، حيث يتوجب عليه القيام بتعديلات على مستوى القانون المدني.
3. إصدار مراسيم تنظيمية لمعالجة مشكل حفظ المحررات الإلكترونية.

قائـمة المراجـع

أولا: قائمة الكتب

أ- الكتب العامة

1- د.عصام حنفي محمود القانون التجاري، الجزء الأول، بدون سنة.

2- محمد صبري السعدي، الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2009.

ب- الكتب المتخصصة

1. أمير فرج يوسف، التوقيع الإلكتروني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية 2008.

2. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2008.

3. إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان 2009.

4. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط2، الأردن 2010.

5. ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.

6. محمد مدحت عزمي، المعاملات التجارية الإلكترونية الأسس القانونية والتطبيقات، مركز الإسكندرية للكتاب، 2009.

7. حسام محمد نبيل الشنراقي، جرائم الإعتداء على التوقيع الإلكتروني، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر والإمارات 2013.

8. خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008.

9. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

10. خالد مصطفى فهمي، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء التشريعات العربية والإتفاقات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2007.

11. سعيد السيد قنديل، التوقيع الإلكتروني، ماهيته، صوره، حجيته في الإثبات بين التدويل والإقتباس، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2004.

12. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2008.

13. عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2010.

14. عبد الله أحمد عبد الله غرايبية، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر و التوزيع، عمان 2009.

15. عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن 2007.

16. عيسى غسان الربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2009.

17. لورنس محمد عبيدات، الطبعة الأولى، الإصدار الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2009.

18. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2010.

19. محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2006.

20. محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية 2009.

21. مناني فراح، أدلة الإثبات الحديثة في القانون، دار الهدى، عين مليلة 2008.

22. مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر 2009.

23. مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن 2010.

24. نصيرات محمد علاء، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2005.

25. يوسف أحمد النوافلة، حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان 2007.

26. يوسف أحمد النوافلة، الإثبات الإلكتروني في المواد المدنية والمصرفية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2012.

ثانيا: الرسائل و المذكرات

أ- رسائل الماجستير و الدكتوراه

1. أحمد عزمي الحروب، رسالة ماجستير بعنوان السندات الإلكترونية، منشورة، جامعة بيرزيت، بدون سنة.

2. أزرو محمد رضا، إشكالية إثبات العقود الإلكترونية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان 2015-2016.

3. حبيب بلقنيشي، إثبات التعاقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران- السانيا، 2010-2011.

4. حزام فتيحة، الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2015-2016.

5. سهيلة طمين، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الدولي للأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2011.

6. عبد الله بلقاسم، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو 2013.

7. عبد الكريم هدار، مبدأ الثبوت بالكتابة في ظل المحررات الإلكترونية، رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 2013- 2014.

8. زروق يوسف، حجية وسائل الإثبات الحديثة، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة تلمسان 2013.

ب- المذكرات

1. أحمد خروبي، الإثبات بالمحررات الإلكترونية، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السابعة عشر، الجزائر 2006- 2009.
2. سماح كحول، حجية الوسائل التكنولوجية في إثبات العقود التجارية، مذكرة ماستر في القانون العام للأعمال، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة 2014- 2015.
3. سارة فروجي، أدلة الحديثة في المواد الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري جامعة محمد خيضر، بسكرة 2014 - 2015.
4. عبد اللطيف بركات، الإثبات الإلكتروني في المعاملات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون إداري، جامعة بسكرة 2014- 2015.

ثالثا: المجلات و المحاضرات

أ- المجلات

1. حنان مليكة، النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني السوري، مجلة جامعة دمشق، العدد الثاني رقم 26، 2010.

2. سعدي الربيع، موقف الشريعة الإسلامية من الإثبات بالكتابة الإلكترونية، مجلة دراسات وأبحاث، العدد25، السنة الثامنة، المسيلة، 2016.
3. د.علي أبو مارية، التوقيع الإلكتروني ومدى قوته في الإثبات، مجلة جامعة الخليل للبحوث، العدد2، 2010.
4. رامي وشاح، الصعوبات التي تعترض الإثبات عبر الوسائل التكنولوجية الحديثة، مجلة جامعة الأزهر بغزة، المجلد 11، العدد1.
5. عبد الرسول عبد الرضا، محمد جعفر هادي ،المفهوم القانوني للتوقيع الإلكتروني، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية،العدد الأول، السنة الرابعة.

ب- المحاضرات

1. ملزي عبد الرحمان، طرق الإثبات أمام القضاء المدني، المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 22، 2011- 2012.

رابعا: المقالات

1. بدر بن عبد الله الجعفري، الإثبات الإلكتروني في المنازعات التجارية، الملتقى العدلي المنظم من قبل الغرفة التجارية الصناعية بالأحساء، 2013.
2. محسن عبد الحميد إبراهيم البيه، دور المحررات الإلكترونية في الإثبات، منشور على الموقع Law77.blogspot.com .
3. دهاني دويدار، مستقبل مبدأ حرية الإثبات في المواد التجارية في ظل الإثبات الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية) منشور على الموقع http://slconf.uaeu.ac.ae/slconf17/arabic_prev_conf2009.asp
4. التوقيع الرقمي و تشفير البيانات المرسلة، الأكاديمية العربية البريطانية للتعليم العالي، منشور على الموقع www.abahe.co.uk

خامسا: الإتفاقيات و النصوص

أ- النصوص الوطنية

1. القانون 05- 10 المؤرخ في 20 جويلية 2005 المعدل للقانون المدني ج.ر.ع 44.
2. القانون 15- 04 المؤرخ في 1 فبراير 2015، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ع 06.

3. القانون 15-03 المؤرخ في الأول فبراير، يتعلق بعصرنة العدالة، ج.ر.ع 06.

ب- النصوص التنظيمية

1. المرسوم التنفيذي 07-162 المؤرخ في 30 ماي2007، الذي يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01- 123 المؤرخ في 15 صفر1422 الموافق 9 مايو 2001، المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ع 37.

2. المرسوم التنفيذي رقم 16-142 المؤرخ في 27 رجب 1437 الموافق لـ 5 ماي2016 المحدد لكيفيات حفظ الوثيقة الموقعة إلكترونيا، ج.ر.ع 28.

ج- الإتفاقيات و النصوص على المستوى المقارن

1. قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية 1996، منشور على الموقع https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

2. قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية 2001، منشور على الموقع https://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-elecsig-a.pdf

3. دليل الإشتراع للأونيسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية 2001 على موقع الأونيسترال https://www.uncitral.org

4. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 25 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية، مأخوذة من كتاب النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني لـ خالد مصطفى فهمي، ص 269.

5. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم لسنة 2002.

6. قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رقم 15 لسنة 2004، الجريدة الرسمية المصرية عدد 17 المؤرخة في 04/22 / 2004.

7. القانون الفرنسي رقم 2000- 230 المتعلق بإدخال تكنولوجيا المعلومات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني الصادر بتاريخ 13 مارس2000 المعدل للقانون المدني الفرنسي.

الفهرس

العنوان	الصفحة
شكر وعرفان	
إهداء	
مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية الإثبات الالكتروني	5
المبحث الأول: مفهوم الإثبات الالكتروني	5
المطلب الأول: تعريف الإثبات الإلكتروني	6
الفرع الأول: تعريف الإثبات	6
الفرع الثاني: تعريف الإثبات الإلكتروني	6
الفرع الثالث: أهمية الإثبات الإلكتروني ومخاطره	7
المطلب الثاني: ظروف ظهور الإثبات الإلكتروني	8
الفرع الأول: دواعي ظهور الإثبات الإلكتروني	9
الفرع الثاني: تأثير التكنولوجيا المعاصرة في مبادئ الإثبات	10 - 9
المطلب الثالث: موقف التشريعات المقارنة من الإثبات بالوسائل التقنية الحديثة	11
الفرع الأول: أعمال لجنة القانون التجاري الدولي	11
الفرع الثاني: على المستوى الإقليمي	12
الفرع الثالث: على المستوى الوطني	13
أولا: القانون الفرنسي	13
ثانيا: التشريع الأردني	14
ثالثا: التشريع المصري	14
رابعا: المشرع الجزائري	15
المبحث الثاني: مدى استيعاب قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الإلكتروني	16
المطلب الأول: الأخذ بوسائل الإثبات الإلكتروني في ضوء قواعد الإثبات القائمة	16
الفرع الأول: الاستعانة بمبدأ حرية إثبات المسائل التجارية	17-16
الفرع الثاني: الاستعانة بالإستثناءات القانونية على وجود الدليل الكتابي	18

أولا: إستخدام مبدأ الثبوت بالكتابة	19-18
أ- وجود الكتابة	19
ب- صدور الكتابة من الخصم أو من يمثله	19
ج- أن تجعل الكتابة من المدعى به قريب الإحتمال	20
1- الإتجاه الأول	20
2- الإتجاه الثاني	21-20
ثانيا: حالة وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي أو فقدانه	21
أ- حالة وجود المانع المادي	21
ب- حالة وجود المانع الأدبي	22
ثالثا: فقد الدليل الكتابي	23
الفرع الثالث: اللجوء لإتفاقات الإثبات	24-23-25
المطلب الثاني: الاصطدام بصعوبات الإثبات الإلكتروني	26
الفرع الأول: الاشتراطات المتعلقة بنظام الإثبات	26
الفرع الثاني: تحديات الأمن القانوني للإثبات	27
أولا: عدم جواز إصطناع الشخص دليلا لنفسه	27
ثانيا: مشكلات التعبير عن الإرادة	28-27
ثالثا: صعوبة القيام بعملية الإثبات ماديا	28
أ- الصعوبات الناتجة عن مخاطر الغش و التدليس	28
ب- صعوبة تحديد هوية المتعاقدين أو المتراسلين	29
الفصل الثاني: وسائل الإثبات الإلكتروني	31
المبحث الأول: الكتابة الالكترونية في الشكل الالكتروني كدليل إثبات	31
المطلب الأول: التنظيم القانوني للكتابة الالكترونية	32
الفرع الأول: الاعتراف الدولي و الإقليمي بالكتابة الالكترونية	32
أولا : الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات	32
أ- الكتابة الإلكترونية في الإتفاقيات الدولية	33
ب- القانون النموذجي للأونيسترال	33
ثانيا: الاعتراف التشريعي بالكتابة الإلكترونية في الإثبات	34
أ- تعريف الكتابة في التشريع الفرنسي	34
ب- تعريف الكتابة في التشريع المصري	34

ج- تعريف الكتابة الإلكترونية في التشريع الأردني	34-35
د- تعريف الكتابة في التشريع الجزائري	35
هـ- تعريف الكتابة في التشريع إمارة دبي	35
الفرع الثاني: الاشتراط القانوني في التشريعات الداخلية والدولية	35
أولا: إمكانية قراءة الكتابة	36
ثانيا: استمرارية الكتابة ودوامها	36-37
ثالثا: عدم قابليتها للتعديل	37
المطلب الثاني: تحديات الإثبات بالكتابة الإلكترونية	38
الفرع الأول: مبدأ التكافىء الوظيفي	38
أولا: المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الإلكترونية	38
ثانيا: التنازع بين الكتابة في الشكل الإلكتروني وبين الكتابة على الورق	39
ثالثا: الإستثناءات الواردة على الإثبات بالوسائل الإلكترونية	40
الفرع الثاني: تطبيقات الكتابة في الشكل الإلكتروني	40
أولا: حجية المحررات الإلكترونية الرسمية	40
أ- الشروط الخاصة لصحة المحرر الرسمي الإلكتروني	41
1- الحضور المادي للموظف العام أثناء إنشاء المحرر الرسمي الإلكتروني	41
2- لتوقيع الإلكتروني المؤمن للموظف العام على المحرر الإلكتروني الرسمي	42
3- توقيع ذوي الشأن و الشهود على المحرر الرسمي الإلكتروني	42
ب- تاريخ المحرر الرسمي الإلكتروني	42
ج- مسألة أصل المحرر الرسمي و صورته	43
د- عناصر المحرر الإلكتروني الرسمي	44
1- عناصر القوة الثبوتية للمحرر الإلكتروني الرسمي من حيث صدوره ممن وقعه و سلامته المادية	44
2- الحجية من حيث البيانات المدونة به	44
3- حجية المحرر الإلكتروني الرسمي بالنسبة للغير	44-45
ثانيا: المحررات الإلكترونية العرفية	45
أ- تطبيق شروط المحرر العرفي الورقي على المحرر العرفي الإلكتروني	45
ب- حجية المحرر العرفي الإلكتروني و حكم إنكار التوقيع العرفي	45-46
المبحث الثاني: التوقيع الإلكتروني	47
المطلب الأول: التنظيم القانوني للتوقيع الإلكتروني	47

الفرع الأول : الإختلاف التشريعي حول مفهوم ووظائف التوقيع الإلكتروني	48
أولا: مفهوم التوقيع الإلكتروني	48
أ- تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الدولية	48
1- في قوانين الأونيسترا ل	48
2- لتوجيهات الأوروبية	49
ب- تعريف التوقيع الإلكتروني في القوانين الوطنية	49
1- تعريف التوقيع الإلكتروني في القوانين الأجنبية	49
1.1- تعريف التوقيع الإلكتروني في فرنسا	49
2.1- تعريف التوقيع الإلكتروني في الولايات المتحدة الأمريكية	50
3.1- تعريف التوقيع الإلكتروني في سنغافورة	50
2- تعريف التوقيع الإلكتروني في القوانين العربية	51-50
1.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في مصر	51
2.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في الأردن	51
3.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في إمارة دبي	52
4.2- تعريف التوقيع الإلكتروني في الجزائر.	53-52
3- تعريف التوقيع الإلكتروني لدى الفقه	53
ثانيا: وظائف التوقيع الإلكتروني	54
أ- تحديد هوية الشخص الموقع	54
ب- التعبير عن إرادة الموقع	54
الفرع الثاني: صور التوقيع الإلكتروني	54
أولا: التوقيع بالقلم الإلكتروني(Pen-op)	55-54
ثانيا: التوقيع البيومتري	55
ثالثا:التوقيع الرقمي	56-55
رابعا: التوقيع استخدام البطاقات الممغنطة	56
خامسا: التوقيع من خلال النقل عبر المسح الضوئي	57
المطلب الثاني: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات	57
الفرع الأول: شروط صحة التوقيع	58-57
أولا: أن يكون متميزا و مرتبطا بشخص صاحبه	58
ثانيا: أن يكون التوقيع الإلكتروني قادرا على التعريف بشخصية صاحبه ومميزا له	58

ثالثا: سيطرة صاحب التوقيع على منظومة التوقيع	59
رابعا: أن يرتبط التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني إرتباطا وثيقا	59
الفرع الثاني: موقف التشريعات من التوقيع الإلكتروني	59
أولا: موقف التشريعات الدولية	59
أ- الاونسترال النموذجي للتوقيعات الإلكتروني	60
ب- التوجيهات الأوروبية	60
ثانيا: موقف التشريعات الوطنية	60
أ- القانون الفرنسي	61-60
ب- القانون المصري	61
ج- القانون الأردني	61
د- القانون الجزائري	62
خاتمة	64-63
قائمة المراجع	69-65
الفهرس	

Nom du document : الفصل الأول
Répertoire : D:
Modèle :
C:\Users\PAVILION\AppData\Roaming\Microsoft\Templates\Normal
.dotm
Titre : وسائل الإثبات الإلكتروني الفصل الثاني
Sujet :
Auteur : PAVILION
Mots clés :
Commentaires :
Date de création : 02/03/2017 20:57:00
N° de révision : 981
Dernier enregistr. le : 14/05/2017 16:34:00
Dernier enregistrement par : PAVILION
Temps total d'édition : 14 443 Minutes
Dernière impression sur : 14/05/2017 16:35:00
Tel qu'à la dernière impression
Nombre de pages : 77
Nombre de mots : 20 825 (approx.)
Nombre de caractères : 114 540 (approx.)