جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان–
كلية الحقوق والعلوم السياسية-

حجية وسائل الإثبات الحديثة

رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص

إعداد الطالب
زروق يوسف

تحت إشراف الدكتور:
بن مرزوق عبد القادر

لجنة المناقشة:

أ-قادة شهيدة -أستاذ التعليم العالي -جامعة تلمسان.....رئيسا

أ-بن مرزوق عبد القادر- أستاذ محاضر -جامعة تلمسان.....مشرفا ومقررا

أ-بن سهلة ثاني بن علي -أستاذ التعليم العالي -جامعة تلمسان.....مناقشا

أ-رزق الله العربي بن مهيدي -أستاذ التعليم العالي-جامعة الأغواط....مناقشا

أ-بن داود براهيم -أستاذ محاضر-جامعة الجلفة.....مناقشا

السنة الجامعية: 2013/2012

الإهداء

إلى من كانا سبب وجودي في هذه الدنيا إلى والدي العزيزين اللذان أنفقا الغالي والنفيس في سبيل نجاحي أطال الله عمرهما.

إلى رفيقة دربي زوجتي الغالية إلى ولدي الحبيب محمد ضياء الذي أضاء الله به حياتي.

إلى جميع إخواني الأعزاء: عمر، محمد، علي،.....

إلى جميع أصدقائي وكل الأحبة: محمد، عبد الرحمان، أبو الأنوار، ياسين، عيسى، إبراهيم، مسعود، مصطفى، أحمد،.....

والى جميع من جمعتني بهم كل محطات دراساتي.....

والى رئيس جامعة زيان عاشور بالجلفة وكل زملائي الأساتذة.....

اهديهم جميعا هذا العمل المتواضع.

التشكرات

في البداية أود أن أتوجه بالشكر الجزيل والعظيم إلى الأستاذ المشرف على هذه الرسالة، الدكتور: عبد القادر بن مرزوق، على قبوله الإشراف على هذا العمل، وعلى كل ما أسداه لي من توجيهات قيمة، وما أمدني به من معلومات، وعلى سعة صدره وسمة التواضع والتي كان لها الأثر البالغ في تتويج انجاز هذا العمل.

كما لا أنسى كل من ساعدني من قريب أو بعيد ومن ساندني في سبيل انجاز هذه الرسالة ولو بالقليل، وآمل أن يشكل هذا العمل اظافة يستفيد منها الباحثين، ولما لا تكون مصدرا للنهوض بمشروع الحكومة الالكترونية في الجزائر.

مقدمة:

لقد كان ديننا الحنيف سباقا في حماية وكفالة حقوق الأفراد، حيث حرم الظلم وأكل أموال الناس بالباطل، وقد وضع منهاجا لكل مطالب بحق يدعيه وهذا منعا للفوضى ودرءً لتناحر الأفراد، لا سيما وأن المال بتشعب أنواعه قد يكون مصدرا لشراء الذمم ومطمعا للكثير، لذا جُعل حفظ المال من الكليات الخمس التي يجب احترامها.

وقد تعددت الشرائع القانونية بين الأمم ونظمت حقوق الأفراد وكيفيات إثباتها، بتبني نظام الإثبات الذي يحتل أهمية كبيرة في المسائل المدنية والتجارية من الناحية العملية، وهذا لكون الحق يضل منعدما إذا لم يستطع صاحبه أو مدعيه إقامة الدليل على وجوده في حال المنازعة، ومصطلح الإثبات يختلف مدلوله لغة بحسب موضع الهمزة، حيث أن الإثبات بهمزة القطع مصدر من الفعل أثبت، ويقال أثبت حجته أي أقامها وبيّنها.

أما الإثبات بهمزة الوصل فهو مشتق من الفعل ثبت أي دام واستقر مكانه وفي ذلك المعنى ورد قوله تعالى: ﴿**وَكُلًّا نَّقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ**﴾[1]، أي نسكن لك فؤادك ونثبته.

أما الإثبات بمفهومه القانوني فهو إقامة الدليل أمام الجهات القضائية بالطرق التي يمليها القانون على صحة ووجود واقعة قانونية متنازع عليها بين المتخاصمين، أما الإثبات القضائي الذي يعد محور دراستنا فهو ينصب على إثبات الواقعة مصدر الحق.

1- سورة هود الآية رقم 120.

ويكون أمام الجهات القضائية وهو يختلف تماما عن الإثبات بمفهومه العام، الذي يقصد به تأكيد وجود واقعة أو صحة أمر معين بأي دليل أوبرهان باللجوء إلى شتى الوسائل المعروفة وحتى العلمية الحديثة.

ولقد امتد التقدم العلمي الى مجال الاثبات المدني والتجاري، وذلك لأن الوسائل التقليدية المستخدمة في الاثبات قد لا تتلائم مع افرازات التطور الحديث مما يجعلها لاتحقق العدالة من جهة، أو تكون غير كافية لتحقيقها من جهة ثانية.

مما جعل العلماء يبتكرون وسائل الاتصال الحديثة، والتي أدت الى ظهور نمط جديد من الكتابة والتوقيع، حيث تم التحول من الشكل الواقعي الملموس إلى الشكل الافتراضي الرقمي، وكرست القوانين الحديثة مبدأ الفصل بين الكتابة والدعامة التي تكتب عليها، مما أدى للاعتراف بالكتابة في الشكل الالكتروني.

ولذلك وجدت البشرية نفسها في العصر الحديث أمام مرحلة جديدة من التطور العلمي والتكنولوجي، ما كان له الأثر المباشر على نظرية الإثبات لاسيما إثبات المعاملات المدنية والتجارية، فبعد أن كانت علاقات الإنسان بالآخرين تتسم بتبادل اللغة شفاهة أو عبر الكتابة التي شهدت عدة مراحل للتطور من الكتابة على الحجر والعظام ومرورا إلى الدعامة الورقية، ثم تحول العالم إلى عصر المجتمع التقني بفضل التقدم التكنولوجي غير المسبوق الذي يعد ثورة تفوق الثورة الصناعية، وتم التزاوج بين تقنيات المعلومات والإعلام والاتصال، مما انجر عنه ظهور ثورة معلوماتية معتبرة، أو ثورة الاتصالات الفائقة السرعة، مما فتح الحديث عن المجتمع الافتراضي والإنسان المعلوماتي، وغيرها من المصطلحات المستحدثة التي أصبحنا نذكرها ونرددها من يوم لآخر.

وقد بدء الأمر بظهور وسائل اتصال جديدة كان أولها جهازي التلكس والفاكس، ثم مرورا الى الأجيال الجديدة للهواتف كالهواتف النقالة، ثم شبكة الأنترنيت ووسائلها كالحاسب الآلي، هذه الشبكة التي ظهرت بفضل جهود المؤسسة العسكرية الأمريكية والتي تعد موسوعة حضارية فكرية مبنية على شعار المعلومات متوفرة لكل الناس في أي وقت وفي كل مكان، كما أنها تتسم بخاصية العالمية التي اختزلت المسافات بين أرجاء الدول ليصبح العالم مثل المنزل الواحد حيث لا مكان للحدود بين دوله،

ولمواكبة ذلك التطور والاستفادة من وسائله، تم ابرام العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك الخاصة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام 1972، حيث تعرضت لمصطلح الكتابة في شكلها الحديث والذي يشمل كل أنواع المراسلات الموجهة في شكل برقيات أو تلكس وفق نص المادة التاسعة 09 من ذات الاتفاقية.

واتفاقية الأمم المتحدة الموقعة بفيينا والخاصة بالنقل الدولي للبضائع لعامة 1980، حيث قررت أنه ينصرف مصطلح الكتابة كذلك للمراسلات التي يتبادلها رعايا الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية، والتي تكون في شكل تلكس أو برقية، وهذا وفقا لنص المادة 13 منها.

وحديثا ظهرت اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في إبرام واثبات العقود الدولية لعام 2005، حيث نصت في المادة 4 في الفقرة الثانية 2 منها على أن: "الخطاب الالكتروني يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل البيانات".

وفي نفس السياق صدرت العديد من التشريعات الدولية الاسترشادية، حيث دعت هيئة الأمم المتحدة المشرعين في مختلف دول العالم عبر قانون الأونيسترال لنموذجي والخاص بالتجارة الالكترونية.

والصادر عن لجنة القانون التجاري التابعة للأمم المتحدة بموجب القرار رقم 162/51 في الحادي عشر 11 ديسمبر1996، والذي تلاه القانون النموذجي الثاني الصادر بموجب القرار رقم 80/56 في الثاني عشر 12 ديسمبر 2001 عن الأمم المتحدة كذلك والمتعلق بالتواقيع الالكترونية، وقد استقت منهما العديد من الدول تشريعاتها المتعلقة بالمعاملات الالكترونية.

كما ظهرت بعض التوجيهات على الصعيد الأوربي، حيث أصدر البرلمان الأوربي توجيها في 1999-12-13 حول التوقيع الالكتروني، يلزم الدول الأعضاء المصادقة عليه العمل على تنفيذ قواعده قبل 2001-07-19، ثم أصدر البرلمان الأوربي توجيه آخر رقم 2000-31 الصادر في الثامن 08 جوان 2000 والمتعلق بالتجارة الالكترونية، والذي ينص في المادة التاسعة 09 منه على ضرورة اعتراف تشريعات الدول الأعضاء بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الالكترونية، كما طالب الدول الأوربية بإزالة كل العراقيل وتكييف تشريعاتها لتستوعب هذه العقود.

كما اعترفت المنظمة العالمية للمواصفات (ايزو- iso) بإمكانية تطور مدلول الكتابة وهذا بخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات الكتابية.

وقد أدى هذا التطور والذي تلاه ابرام الاتفاقيات وصدور التشريعات الاسترشادية والتوجيهات، الى صدور العديد من التشريعات الداخلية لاسيما حديثا قصد التلائم مع هذه المستجدات، حيث أضحت مختلف الدول تولي مسألة الإثبات الكتابي أهمية كبيرة.

حيث تجعل من الكتابة الدليل الأعلى في هرم أدلة الإثبات، لما يوفره من ثقة وثبات لا توفره بقية الأدلة كشهادة الشهود التي تتأثر بالعديد من العوامل التي تضعف من قوتها الثبوتية، مثل موت الشاهد أو فقدان الذاكرة أو النسيان خاصة مع مرور الزمن.

وتبعا لما سبق فقد سارعت الدول إلى مواكبة هذا التطور وهاجسها في ذلك توفير أمن المعاملات الالكترونية، منقسمة بين مطوع لقواعد الإثبات التقليدية، مثل المشرع الفرنسي حيث وسع مدلول الكتابة لكي يشمل الكتابة والتوقيع الإلكترونين، عن طريق تعديل القانون المدني، بموجب القانون رقم 2000-230، عن طريق اعادة صياغة نص المادة 1316-1، ولم يكتفي المشرع الفرنسي بهذا فقط بل قام بإصدار القانون رقم 575 لعام 2004 والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي.

ثم تلاه القرار الوزاري الذي أصدره وزير العدل الفرنسي رقم 674 لعام 2005 والمتعلق بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية عن طريق الوسائل الالكترونية، حيث جعل من الكتابة الالكترونية مقبولة في إثبات التصرف وفي صحته كذلك.

وبين دول قامت باصدار قوانين خاصة بالمعاملات الالكترونية مثل المشرع في الإمارات العربية المتحدة حيث أصدر قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 02 لعام 2002 لإمارة دبي والصادر في 12-02-2002.

كما تأثرت العديد من التشريعات العربية بالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة، لذلك فقد سارعت العديد منها في التنصيص على الكتابة الالكترونية، حيث أصدر المشرع التونسي أول قانون عربي خاص بالتوقيع الالكتروني رقم ثلاثة وثمانون 83 لعام 2000، وهو بذلك يشجع المبادلات التجارية والالكترونية، كما قام بتعديل مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون رقم سبعة وخمسون 57 لعام 2000 والصادر في 13-06-2000، حيث نص على الوثيقة الالكترونية والإمضاء الالكتروني.

أما المشرع الأردني فقد قام بتعديل قانون البينات بالقانون رقم 37 لعام 2001 حيث أضاف فقرة جديدة رقم 13 من قانون البينات والتي تنص على مخرجات الحاسب الآلي المصدقة أو الموقعة، ولم يكتفي المشرع الأردني بتطويع الأحكام العامة للإثبات لكي تستوعب تطور مفهوم الكتابة بل أصدر قانونا جديدا وهو قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001.

كما أصدر المشرع في الإمارات العربية المتحدة قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم اثنين 02 لعام 2002 لإمارة دبي والصادر في 12-02-2002.

كما اعترف المشرع المصري بالشكل الجديد للكتابة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وبالضبط في نص المادة 12 منه، واستجابة منه للتطور الهائل الذي مس الدليل الكتابي أصدر المشرع المصري كذلك القانون رقم خمسة عشر 15 لعام 2004 والخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات ولائحته التنفيذية.

أما موقف المشرع الجزائري فقد جاء متأخرا نوعا ما عن التشريعات العربية والأوربية وذلك عن طريق إضافة المادة 323 مكرر، وكذلك المادة 323 مكرر 01 من القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري.

ودراستنا تعنى بمظاهر التجديد والمستحدثات التي مست أدلة الاثبات الكتابية الخاصة بالمعاملات المدنية والتجارية دون غيرها، ومدى حجيتها في الاثبات، والتي تستخدم في إثبات الوقائع والتصرفات القانونية أمام القضاء، وهذا باستبعاد الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة، والذي عرف التطور والتجديد بفضل التقدم في مجال البحوث العلمية، خاصة على مستوى إثبات النسب الذي أمكن فيه للقاضي اللجوء في بعض الأحيان للطرق العلمية مثل تقنية البصمة الوراثية.

كما تستثني الدراسة كذلك الإثبات في المجال الجنائي لأنه يخرج عن القانون الخاص ويختلف عن الإثبات فيه، نظرا لتميزه بالتشديد ونشوء حق سلطة الدولة في تتبع الجناة لتوقيع العقوبة وهذا حماية للفرد والمجتمع، كما أن هذه المواضيع متشعبة وشائكة كثيرا وتتطلب بحوثا مستقلة لوحدها قائمة بذاتها.

كما تنصب كذلك دراستنا على القواعد الموضوعية للإثبات والتي تعنى بأدلة ووسائل الإثبات دون القواعد الإجرائية أو الشكلية، هذه الأخيرة التي تحدد الإجراءات التي يجب إتباعها في عرض الأدلة حينما يعرض النزاع على الجهات القضائية.

أما من ناحية التشريعات المقارنة، فسوف تكتفي الدراسة بالتعرض للتشريع الفرنسي كنموذج للتشريعات الأوربية، أما بالنسبة للتشريعات العربية فسوف يتم التطرق الى كل من القانون المصري والأردني، وكذلك القانون التونسي وقانون دولة الامارات العربية، والقانون اللبناني، وذلك بالتدقيق في نصوص قوانين هذه الدول التي تناولت الكتابة والتوقيع الالكترونيين، مع اجراء المقارنة النظرية بينها وبين التشريع الجزائري.

- أهمية الدراسة:

ان التطور العلمي والتكنولوجي الحديث قد ساهم كثيرا في تغيير مفهوم الدليل الكتابي وكذلك التوقيع الذي يتضمنه، حيث أتاح هذا الشكل المستحدث سرعة وديناميكية لانجاز التصرفات القانونية، ويسر اثبات العديد من المعاملات، كما منح ضمانات كبيرة للمتعاملين به، وهذه المميزات دفعت بالعديد من الدول للعمل من أجل الاستفادة من هذا التطور الذي مس الدليل الكتابي، حيث استفادة العديد من الدول من هذا التطور وهذا بالسير نحو مشروع الحكومة الالكترونية.

والتي لها أهمية بالغة، وترتكز تلك الحكومة على الوسائط الالكترونية بالدرجة الأولى، والتي جلبت الكثير من المنافع للدول والشعوب، كما أتاحت العديد من الضمانات والثقة التي تنقص المحررات الورقية، وتجاوزت العيد من القصور الذي كان يشوبها.

كما تظهر أهمية الدراسة كذلك في البحث حول مدى تأثر المشرع الجزائري بهذا التطور، وموقفه من المحررات والتواقيع الالكترونية، ومحاولة تحديد أوجه القصور في ذلك، واقتراح الحلول لسدها، من أجل الاستفادة من مزايا هذه الوسائل المستحدثة.

- دوافع اختيار الموضوع:

هناك دوافع موضوعية تعود أساسا لحداثة الموضوع خاصة في الجزائر، وتشعبه الكبير وطرحه للعديد من الإشكاليات، كما ترجع كذلك لأهمية الموضوع حيث أنه يعد بمثابة تأسيس لنظرية حديثة في الاثبات.

أما بالنسبة للدوافع الذاتية فمردها التحبيذ الشخصي لجُل المواضيع الشائكة، والتي لم يسبق الخوض فيها لاسيما في الجزائر، وكذلك الرغبة الملحة في وضع البصمة الشخصية، والاظافة في الدراسات القانونية الجزائرية والتي يحققها هذا النمط من الدراسات.

الصعوبات:

- حداثة طرح الموضوع لاسيما في الجزائر في ضل غياب النصوص القانونية والمنظمة للمعاملات الالكترونية، والتخوف من الوسائل الالكترونية.

- قلة المراجع والمصادر لاسيما الجزائرية، والتي تكاد تكون منعدمة، بالاظافة الى الصعوبات الميدانية والتي تعود لحداثة الموضوع خاصة في الجزائر.

- تشعب موضوع الدراسة بين القانون المدني والقانون التجاري، وبعض فروع القانون الأخرى والتي لها علاقة بالتجارة الالكترونية، وكذلك قوانين المعاملات الالكترونية وتضاربها في الكثير من الأحيان.

إشكاليات الدراسة:

- اذا كان مفهوم شكل الكتابة قد عرف عدة مراحل للتطور، فهل يقبل هذا الدليل تحوله الى الشكل الالكتروني؟ وماهي الضمانات التي يمنحها هذا الشكل المستحدث للمتعاملين به؟

-ماهي مظاهر التجديد التي طرأت على اثبات المعاملات المدنية والتجارية؟

فيما تتمثل خطة التشريعات في التصدي لهذه الأدلة الحديثة؟

- مدى التلازم بين الوسيط الذي يكتب عليه، والكتابة في حد ذاتها؟ في ضل ظهور الكتابة في الشكل الالكتروني؟

- ماهي مجالات الاثبات بالكتابة والتوقيع الالكترونيين ومدى حجيتهما في اثبات المعاملات المدنية والتجارية؟

- واذا كانت الكتابة في الشكل الالكتروني كمظهر من مظاهر التقدم العلمي الذي ألقى بضلاله على الاثبات، تحتاج الى توقيع يتلائم مع طبيعتها حتى تكون دليلا كاملا في الاثبات، وهو ما أدى لظهور التوقيع الالكتروني، فما مدى اعتراف المشرع الجزائري والتشريعات المقارنة به؟

وما هي الصعوبات التي يطرحها عند اعماله في الاثبات؟

- مامدى فعالية التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة في التحكم في تأطير هذه الأدلة المستحدثة، لتحقيق الأمن القانوني للأطراف التي تستخدمها؟

منهج الدراسة:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المناهج الآتية:

- المنهج التحليلي: بعد فرز المادة المتاحة التي جمعت، تم تحليلها للوصول إلى تحديد الخطة اللازمة وصبها فيها.

- المنهج الاستقرائي: حيث لجأنا إلى دراسة واستقراء المواد المتعلقة بوسائل الاتصال الحديثة، وجمعها وتمحيصها قدر المستطاع.

- المنهج المقارن: تم اللجوء للتشريعات المقارنة التي تناولت الكتابة والتوقيع الالكترونيين للوقوف على أوجه القصور في التشريع الجزائري ومحاولة سده.

خطة الدراسة:

لقد تم تقسيم دراسة الموضوع الى بابين،

حيث سنتناول في الباب الأول: قواعد الإثبات وتحديات التقدم العلمي والتكنولوجي، وفيه سنتعرض لقواعد الاثبات التقليدية ومدى استيعابها للاثبات الالكتروني كفصل أول، والى مستجدات التقدم العلمي والتكنولوجي المؤثرة على الدليل الكتابي كفصل ثاني.

أما الباب الثاني فسنتطرق فيه الى مكانة الكتابة والتوقيع الالكترونيين في الاثبات، وهذا من خلال التطرق الى: الكتابة الالكترونية كدليل اثبات كفصل أول، و مكانة التوقيع الالكتروني في الاثبات، كفصل ثاني.

الباب الأول:

قواعد الإثبات وتحديات التقدم العلمي والتكنولوجي

الباب الأول: قواعد الإثبات

وتحديات التقدم العلمي والتكنولوجي

يقصد بالإثبات من الناحية اللغوية تأكيد الحق بالبينة، أي اقامة الحجة أو الدليل على وجود الحق، كما يرى ابن منظور أن الإثبات يقصد به ثبوت الشيء واستقراره وثبت الأمر أي صح[1]، وهو يختلف عن الاثبات القضائي الذي ينصب على إثبات الواقعة مصدر الحق ويكون أمام الجهات القضائية.

و لقد وضعت مختلف التشريعات أسسا ومبادىء واضحة يقوم عليها الإثبات تختلف من تشريع لاخر، وهذا منعا للفوضى وتكريسا لحماية حقوق الأفراد، وكذلك منعا للقضاء من الحكم دون اتباع تلك المبادئ، واذا كان الاثبات في مفهومه التقليدي كان واضح المعالم ومحددا لوسائله ومبادئه التي يقوم عليها، الا أن التطور العلمي قد أفرز وسائل مستحدثة هزت عرش النظرية العامة للاثبات والدليل الكتابي، حيث ظهرت دعامات لم تكن معروفة سابقا، وقد تصدى الفقه والقضاء لها وحاولو الاستفادة منها عن طريق الاستعانة باستثناءات الدليل الكتابي وحرية الاثبات في المسائل التجارية، وهذا لدفع التشريعات لاعمالها في الاثبات، وتجديد قواعد الاثبات الخاصة بالمعاملات المدنية والتجارية.

وقد برزت أشكال مختلفة لوسائل الاتصال الحديثة، والتي استعملها الأفراد في ابرام العقود مما أدى لتغير المفهوم التقليدي للعقد، وظهور نمط جديد غير معروف سابقا أثار جدلا كبيرا بين الفقهاء، وتسابقت التشريعات في تأطير هذا النمط من التعاقد.

1- أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، الطبعة الثالثة، لبنان، 1994، ص 85.

الفصل الأول

قواعد الإثبات التقليدية ومدى استيعابها للإثبات الالكتروني

الفصل الأول

قواعد الإثبات التقليدية ومدى استيعابها للإثبات الالكتروني

ان اثبات الحق أمام القضاء لايكون مطلقا بل مقيد بمراعاة مبادىء وقواعد، تختلف من تشريع لاخر، وقد وضعت لها التشريعات وسائل اثبات تختلف حجيتها من نوع لاخر، وتعد الكتابة في أعلى هرم أدلة الاثبات في التشريعات المعاصرة، وقد قسمتها التشريعات المتعلقة بالاثبات الى كتابة رسمية وأخرى عرفية، ولكل منهما حجية في الاثبات تختلف بين هذين النوعين، وكذلك لابد من تحقق شروط لكي يتم قبولهما في الاثبات.

وقد أدى بروز وسائل الاتصال الحديثة الى تغير مفهوم الكتابة كدليل اثبات، والتي شهدت تطورا في السابق، ونظرا للقصور التشريعي في البداية فقد سارع الفقه والقضاء في عدة دول لمحاولة الخوض في تلك الوسائل الحديثة، وهذا بهدف الاستفادة منها، وذلك من أجل دفع التشريعات على تنظيمها.

كما برزت تلك الوسائل بظهور بعض الأجهزة البسيطة، ثم تطور الأمر الى ظهور شبكة الانترنيت ووسائلها مثل جهاز الحاسب الآلي، وقد ساهمت تلك الوسائل المستحدثة كذلك في تغير مفهوم العقد، نظرا للتطور في عدة مجالات التي أفرزتها الابتكارات العلمية[1].

1- صفاء عادل سامي، **حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجزائي**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2013، ص10.

المبحث الأول

المحددات العامة للإثبات

لقد وضعت التشريعات في مختلف الدول مبادئ وقواعد عامة يقوم عنها الإثبات منعا لأي تلاعب بحقوق الأفراد، و تتمثل أغلبها في محل وعبئ الإثبات والحق في الإثبات.

وكذلك مبدأ حياد القاضي هذا الأخير له دور كبير في التحري عن حقيقة الإدعاء وعن وجود الواقعة مصدر الحق المتنازع فيه، بالإضافة إلى أنه يسهر على تطبيق القانون، وهذا ما سنتعرض له في المطلب الأول.

ويضاف لها قواعد الإثبات التي تشملها النصوص المنظمة للإثبات التي تنقسم إلى قواعد موضوعية وهي التي تحدد أدلة ووسائل الإثبات وتوضح كيفيات تقديم هذه الأدلة أمام القضاء وهي مناط دراستنا، وأخرى إجرائية أو شكلية وهي التي تحدد الإجراءات التي يجب إتباعها في عرض الأدلة حينما يعرض النزاع على الجهات القضائية، وقد ضمنها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، بينما ضمن القواعد الموضوعية في القانون المدني الجزائري، ويكون بذلك قد حذا حذو المشرع الفرنسي، وهذه القواعد نتعرض لها في المطلب الثاني.

المطلب الأول

القواعد العامة للإثبات

لقد نظمت مختلف التشريعات الإثبات لما له من أهمية بالغة فهو يرتبط بقاعدة عدم جواز اقتضاء الشخص حقه بنفسه، فعلى من يدعي وجود حق أو ينفي ادعاء الطرف الآخر بأحقيته له إثبات هذا واللجوء للقضاء لإنصافه.

وقد وضع المشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات، قواعد ومبادئ عامة للإثبات تنظمه وتضع حدوده منعا للفوضى.

الفرع الأول

مبادئ الإثبات

تقتضي دراسة مبادئ الإثبات التعرض لمذاهب الإثبات، وكذلك التطرق للعلاقة بين الإثبات والنظام العام.

1- مذاهب الإثبات:

لقد تأسست نظريات على حقيقة هامة كان للرومان قصب السبق في التعبير عنها، ومؤداها أن الحق المجرد عن دليله لا وجود له ويكون هو والعدم سواء عند حصول النزاع، وتتنازع الإثبات نظريات أو مذاهب ثلاثة.

1-أ- مذهب الإثبات الحر أو المطلق:

ومؤداه أن القانون لا يضع طرقا معينة مقيدة للإثبات، إنما يكون أطراف الخصومة أحرارا في تقديم أي دليل إثبات يرونه مقنعا للقاضي، ولهذا الأخير الحرية في تكوين اعتقاده حول أي دليل يقدم إليه، بل إنه يستطيع لعب دور إيجابي في التنقيب عن الحقيقة بكل الطرق التي يراها تفي بذلك الغرض، مما يجعل الحقيقة التي يصل لها أقرب للحقيقة الواقعية[1].

1- مفلح عواد القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 32.

لكن انتقد هذا المذهب من زاوية أنه لا يحقق الاستقرار والثقة في المعاملات لتغير مزاج القاضي باختلافه من قاضي لآخر، وكذلك قد يكون غير نزيه فيعمد لإساءة استعمال السلطة المخولة له، وقد تأثر بهذا المذهب بعض رجال الفقه الإسلامي على غرار ابن القيم الجوزية رحمه الله، وكذلك تأثرت به التشريعات الأنجلوسكسونية كالقانون الألماني والسويسري، الانجليزي والأمريكي.

وتأخذ أغلب الشرائع بهذا المبدأ في المواد الجنائية نظرا لتلاؤمها معه[1]، لأن الإثبات في هذه المواد لا يقبل التقييد، حيث يترك المجال واسعا لسلطة القاضي في التأكد من كل دليل يكون من شأنه إيصاله للحقيقة.

1-ب- مذهب الإثبات القانوني أو المقيد:

على عكس المذهب السابق فإن القانون هو من يحدد طرق الإثبات في هذا المذهب، وقيمة كل منها فلا مجال لمنح القاضي حرية الاستنباط أو التقصي حول الأدلة، ولا بتكملة نقصها، فموقفه سلبي حيث لا يمكنه أن يقضي بعلمه الشخصي، كما أن الخصوم مجبرون على إثبات حقوقهم بوسائل محددة في القانون سلفا.

والواضح أن هذا المذهب يحقق استقرار المعاملات ويبعث الثقة في نفوس المتقاضين، ويمنع التحكم والتعسف في تسوية وحل المنازعات، إلا أنه يعاب عليه غلق السلطة التقديرية للقاضي مما قد يمنعه من تحقيق العدالة، لتباعد الحقيقة القضائية عن الحقيقة الواقعية، فكثيرا ما يكون الحق في صالح أحد الخصوم والقاضي مقتنع بذلك، لكنه لا يستطيع الحكم لصالحه لعدم تواجد الدليل الذي اشترطه القانون سلفا.

1- محمد حسن قاسم، **قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2007، ص12.

وعلى الرغم من المآخذ التي تعتري هذا المذهب إلا أن أغلب الفقه الإسلامي أخذ به حيث اشترط في الإثبات بالبينة شهادة شاهدين ولا تقبل شهادة واحد إلا في حالات استثنائية، وإذا ما توافر نصاب الشهادة وجب على القاضي الأخذ بها دون أن يكون له سلطة التقدير.

1-جـ- مذهب الإثبات المختلط:

هو مذهب يتوسط المذهبين السابقين، حيث يأخذ ما فيهما من مزايا ويهجر ما فيهما من مآخذ، فهو يأخذ بمبدأ حياد القاضي ويحدد الأدلة، ويعين قوة البعض منها في الإثبات، مما يحقق استقرار المعاملات، ويحد من تحكم القاضي، الذي يكمن دوره في تقدير الأدلة التي يحددها القانون ويعطيها قوة في الإثبات، وهو بذلك يخرج من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي هذه السلطة، فحيث تجوز الشهادة يستطيع الأخذ بها أو ردها، كما له عند تقارب أقوال الشهود أن يغلب شهادة القلة على شهادة الكثرة، كما له توجيه اليمين المتممة تلقائيا إلى أي من الخصمين[1].

وكذلك بالنسبة للقرائن القضائية يتمتع القاضي فيها بسلطة تقديرية واسعة، وبهذا المذهب تأخذ أغلب التشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والايطالي والقانون البلجيكي وفي الدول العربية القانون المصري والجزائري والأردني واللبناني.

2- الإثبات والنظام العام:

تشمل النصوص المنظمة للإثبات نوعين من القواعد قواعد موضوعية وأخرى شكلية أوإجرائية، فالقواعد الموضوعية تحدد أدلة الإثبات وشروط قبولها، وقوة الدليل ومحل الإثبات وعبئ الإثبات،كقاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن نصاب معين.

1- المادة 348 من القانون المدني الجزائري.

أما القواعد الإجرائية أو الشكلية فيقصد بها الإجراءات الواجب إتباعها أمام القضاء عند تقديم الدليل، وقد أدى تنوع هذه القواعد إلى اختلاف كبير بين التشريعات حول الموقع الذي توضع فيه هذه القواعد، فمنها من وضع القواعد الموضوعية في القانون المدني، والقواعد الإجرائية في قانون المرافعات أو الإجراءات المدنية على غرار التشريع الجزائري والقانون الليبي والقانون المصري قبل صدور قانون الإثبات الحالي.

وعلى العكس من ذلك هناك تشريعات جمعت قواعد الإثبات بنوعيها في قانون واحد هو قانون المرافعات، كما هو الشأن في القانون الألماني والسويسري والقانون الأمريكي والقانون الانجليزي[1].

وهذا الاتجاه له مزايا كبيرة تنعكس على صاحب الحق، مما يسهل على هذا الأخير التعرف بسهولة على ما يسند حقه من دليل وطريقة تقديمه أمام القضاء، كما يتجنب الصعوبات الناجمة عن تبعثر مواد الإثبات بين القانون المدني وقانون المرافعات، والتفرقة بين القواعد الموضوعية والإجرائية لها أهمية في علاقتها بالنظام العام ومدى جواز مخالفتها له.

فالقواعد الشكلية أو الإجرائية لايوجد خلاف بين الفقه على اعتبارها من النظام العام[2]، لأنها لا تلزم الخصوم فقط بل حتى القاضي، مع مراعاة ما يعطيه القانون من سلطة تقدير في بعض الحالات، وكذلك تعد جزءا من نظام التقاضي فلا يجوز الاتفاق على تعديلها أو مخالفتها.

1- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص28.

2- سعيد السيد قنديل، **التوقيع الالكتروني بين التدويل والاقتباس**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص39.

أما القواعد الموضوعية والمتعلقة بالإثبات وعبئه وطرقه فلا تعد من النظام العام، لأن وضعها كان لهدف حماية حقوق الأفراد، فيجوز لهم الاتفاق على مخالفتها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك وبهذا الرأي أخذ القانون والقضاء المصري وكذلك الجزائري بخلاف القانون الفرنسي.

و يدعم هذا الطرح ما أرسته أحكام محكمة النقض المصرية في عدة قضايا، فبالنسبة لمن يتحمل عبئ الإثبات فقد قضت المحكمة بأن القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبئ الإثبات لا تتعلق بالنظام العام، وعلى ذلك يجوز نقل عبئ الإثبات من خصم إلى آخر، وكذلك نص على هذا القانون الجزائري في المادة 496 من القانون المدني الجزائري وكذلك المادة 139 من نفس القانون،كما يجوز كذلك الاتفاق على تعديل القواعد المتعلقة بطرق الإثبات.

فمثلا نص القانون اللبناني في المادة 254 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه:" يجوز للخصوم أن يعدلوا صراحة أو ضمنا على التمسك بالقاعدة التي تمنع شهادة الشهود لإثبات العقود وغيرها من التصرفات القانونية".

وكذلك نجد القانون المدني الجزائري أجاز للأطراف امكانية الاتفاق على إثبات التصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مقدار معين، حدده المشرع الجزائري قبل تعديل القانون المدني بمبلغ زهيد يتمثل في 1000 دينار جزائري في المادة 333، ثم تدارك الأمر برفع المبلغ خاصة بعد تغير حجم العملة، حيث أصبح يقدر بمائة ألف دينار جزائري، مع أن الأصل في إثباته هو الكتابة[1].

وقد سار المشرع المصري على نفس النهج، وكذالك أكدت عليه محكمة النقض المصرية في العديد من الأحكام.

1- المادة 333 من القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، المؤرخ في 20 جوان 2005 الجريدة الرسمية رقم 44.

ويلاحظ أن الاتفاق على مخالفة القواعد المتعلقة بطرق الإثبات قد يكون مقدما أو يستدل عليه أثناء سير الدعوى، وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة هو من الدفوع التي يجب إبداءها قبل التكلم في موضوع الدعوى فعند تمسك الخصم به قبل سماع شهادة الشهود يستفاد منه النزول عنه فلا يثار لأول مرة أمام محكمة النقض[1].

الفرع الثاني

قواعد الإثبات

تقتضي دراسة قواعد الإثبات التعرض للعديد من النقاط تتمثل في عبئ الإثبات ببيان الخصم المكلف به، ومحله وما يجب إثباته، وكذلك الحق في الإثبات، ومبدأ حياد القاضي وحدوده.

1- عبء الإثبات:

الأصل أن عبء الإثبات يقع على المدعي، لأنه من المفترض براءة الذمة، فمن يدعي حقا في ذمة آخر عليه إثبات الواقعة التي كانت مصدرا لذلك، وقد أشار له المشرع الجزائري في نص المادة 323 من القانون المدني الجزائري:" على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه".

كما تنص المادة 77 من القانون المدني الأردني على أنه: " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وهذا المبدأ قد كرسته الشريعة الإسلامية كذلك.

1- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر، 2009، ص19.

فعن ابن عباس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " لو يعطى الناس بدعواهم لادعى أناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على من ادعى"[1].

وتحديد من يقع عليه الإثبات له أهمية بالغة، حيث يترتب على عجز المكلف بالإثبات عن تقديم الدليل خسارته لدعواه والحكم فيها لخصمه، لذلك تدخلت التشريعات لتوزيع عبء الإثبات لما له من أثر هام لمركز الخصوم في الدعوى، والقاعدة في توزيع عبء الإثبات هي أن الإثبات على المدعي وهذا الأخير لا يكون دائما رافع الدعوى، وإنما هو من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا، ففي ما يخص الحقوق الشخصية فالأصل فيها براءة الذمة من كل التزام.

وإذا ادعى طرف دينا له في ذمة آخر يكون مدعيا لخلاف الوضع الثابت أصلا، وعليه تقديم الدليل على ادعائه به، وهذا بإثبات وجود عقد أو فعل ضار أي مصدر هذا الدين، أما من يتمسك ببراءة الذمة فهو تمسك بالوضع الثابت أصلا وبالتالي يعفى من الإثبات[2].

أما الحقوق العينية فالأصل فيها هو احترام الوضع الثابت ظاهرا، فالحق العيني سلطة مباشرة لشخص على شيء معين، ومن يباشرها هو صاحب الحق حتى يقام الدليل على خلاف ذلك، فحائز الأرض ظاهرا يعد مالك فلا يطلب منه إقامة الدليل على ملكيته، فإذا ادعى أجنبي خلاف ذلك يكون مدعيا لخلاف الوضع الظاهر ويقع عليه عبء الإثبات[3].

وإلى جانب الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا فقد ينص القانون على قرائن قانونية تزيح عبء الإثبات عن المكلف به إلى خصمه، ويكون على هذا الأخير دحض هذه القرينة.

1- رواه البخاري ومسلم والبيهقي بإسناد صحيح.

2- المادة 73 من القانون المدني الأردني.

3- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 51.

وقد نص القانون المدني الجزائري وغيره من القوانين على بعض القرائن في هذا الصدد منها ما ورد في نص المادة 499 من القانون المدني:"الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة حتى يقدم الدليل على عكس ذلك"، وقد جاء في نفس المعنى نص المادة 587 من القانون المدني المصري:" الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

والمقصود بهذه القرينة أنه في عقود الإيجار إذا طالب المؤجر المستأجر بالأجرة عن مدة معينة فالقاعدة العامة يجب على المستأجر إثبات وفاءه بأجرة هذه الفترة كاملة، إلا أن المشرع راعى صعوبة هذا الأمر فعادة لا يحتفظ المستأجر بكل إيصالات الوفاء خاصة إذا تضمنت مدة طويلة وهذا فيه غبن له، لذلك أنشأ المشرع قرينة لصالح المستأجر تفيد أنه إذا أثبت وفاءه بأحد الأقساط اللاحقة فإن ذلك دليل على الوفاء بما سبقها من أقساط، وإذا ادعى المؤجر خلاف ذلك يصبح مدعيا بخلاف الثابت فرضا ويجب عليه إقامة الدليل على ادعائه.

ويتبين مما سبق أن القرينة القانونية ترتب انتقال عبء الإثبات من المكلف به إلى الطرف الثاني الذي إذا أثبت عكس هذه القرينة انتقل عبء الإثبات للطرف الأول.

2- محل الإثبات:

محل الإثبات هو مصدر الحق وليس الحق ذاته، أو بعبارة أخرى هو السبب المنشئ له، وهو الواقعة التي أنشأت هذا الحق، وتتنوع الوقائع فإما أن تكون وقائع مادية كالطبيعية (كالوفاة)، والتي ترتب انتقال بعض الحقوق كحق كميراث، أو تكون أفعال كارتكاب جريمة فينشأ الحق للمتضرر بالمطالبة بالتعويض.

أما التصرفات القانونية فهي اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين، إما يكون من جانب واحد كالهبة أو الوصية، أو من جانبين كما يحدث في عقد البيع، وللواقعة القانونية محل الإثبات شروط يجب توافرها في :

أ- ان تكون الواقعة محددة:

ينبغي أن تكون الواقعة المراد إثباتها محددة بشكل يجعلها قاطعة، وهو شرط بديهي يرجع إلى طبيعة الأشياء[1]، لأن الإثبات شأنه شأن أي نشاط إنساني هادف يرد على شيء محدد، فالواقعة غير المحددة لا يمكن إثابتها بسهولة[2]، ويؤدي النظر فيها لإطالة أمد النزاع دون جدوى، فمن يزعم ملكية شيء فليقدم سنده سواء كان عقدا أو ميراث.

أما الواقعة المحددة تكون محلا للإثبات سواء كانت سلبية، كامتناع عن العمل أو إيجابية كوجود عقد، وتثبت غالبا الواقعة السلبية بإثبات واقعة إيجابية منافية لها، فإذا طلب من الطبيب التعويض لارتكاب خطأ في العلاج أو تعويض أضرار بسبب تقصير في العلاج عليه إثبات بذله العناية اللازمة التي يحتمها واجب العلاج.

ب- أن تكون الواقعة محل نزاع:

إن الغاية من الإثبات هو أن تبين حقيقة واقعة متنازع عليها أمام القضاء، وإذا لم يوجد نزاع حول هذه الواقعة فلا مبرر للتثبت من وجودها وإهدار وقت القضاء في أمر مسلم به، فإذا أقر خصم بحقيقة واقعة مدعى بها لم تعد محلا للإثبات، ولا ينبغي للقاضي مناقشة وجودها من عدمه.

1- سمير تناغو، **النظرية العامة في الإثبات**، بدون دار نشر، الإسكندرية، 1997، ص62.

2- محمد حسين منصور، **الإثبات التقليدي والإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2006، ص35.

فلو طالب دائن بدين وأقر المدين بوجوده إلى أنه ادعى انقضاءه بالوفاء أو بالتقادم، فلا تناقش المحكمة واقعة انقضاء الدين دون بحث وجوده لأن ذلك أمر مسلم به من الخصم[1].

وقد قضت محكمة النقض المصرية في نزاع حول ملكية أرض تابعة للدولة، حيث أن المدعي عليه تملكها بالتقادم واعترف بأن الأرض موضوع النزاع أصلها من أملاك الحكومة الخاصة، ومع ذلك بحثت المحكمة مستندات ملكية الحكومة لهذه الأرض وقضت بعدم كفايتها لإثبات الملكية، وبهذا خالفت القانون باقتضائها دليلا عل أمر مسلم به[2].

جـ- أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى:

نصت على هذا الشرط المادة الثانية من قانون الإثبات المصري والتي تنص:" يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى..."، ومؤدى هذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها متصلة اتصالا وثيقا بالحق المدعى به، فإذا كانت منقطعة الصلة بموضوع الدعوى فلا فائدة من إثباتها.

وهذا الشرط ليس له أهمية في الإثبات المباشر الذي يكون فيه الإثبات منصبا على الواقعة مصدر الحق مثل إثبات المؤجر لعقد الإيجار لكي يطالب بالأجرة، ونظرا لصعوبة هذا الإثبات فالمدعي غالبا ما يلجأ للإثبات غير المباشر بحيث يثبت واقعة متصلة بالواقعة المدعى بها لكي يستنتج القاضي منها الواقعة الأصلية أو تجعلها قريبة الاحتمال، ولا بد أن تكون هذه الواقعة على صلة بالحق المدعى به، ووجود هذا الأمر متروك لتقدير القاضي، ومثاله عند مطالبة المستأجر بأجرة مدة معينة من الإيجار فإنه يستطيع إثبات وفاء أجرة لاحقة.

1- نفس الرجع السابق، ص36.
2- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص70.

د- أن تكون الواقعة منتجة :

لقد نصت على هذا الشرط المادة 2 من قانون الإثبات المصري والمادة 132 من قانون أصول المحاكمات اللبناني، ومحتوى هذا الشرط أن تكون الواقعة المراد إثباتها مؤدية لإقتناع القاضي بأحقية ما أدعي به أو تؤدي لقيام الأثر القانوني المدعى به، ولا يشترط لاعتبار الواقعة منتجة في الدعوى أن تكون حاسمة في حل النزاع، وعلى ذلك لا يقبل من المدين المطالب بالوفاء أن يثبت وفاءه عن طريق إثبات إقرار لم يصدر من الدائن لأن هذا الإقرار لا يفيد الدائن وبالتالي هو غير منتج[1].

وإذا كانت الواقعة منتجة فإنها ذات صلة وثيقة بالحق المطالب به ولكن العكس لا يصح، فإذا طالب شخص بملكية عقار بالتقادم الطويل وطلب إثبات حيازته له مدة عشر سنوات فلن يقبل طلبه، لأن هذه الواقعة رغم تعلقها بالحق المطالب به فإنها غير منتجة في الإثبات لأن مدة الحيازة تقل عن مدة اكتساب العقار بالتقادم وهي 15 خمسة عشرة سنة[2].

هـ-أن تكون الواقعة جائزة القبول :

يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة المدعى بها غير مستحيلة والقانون لا يمنع إثباتها ولا تخالف النظام العام والآداب العامة، فلا يقبل من الشخص إدعائه أن شهر فبراير فيه 30 يوما لأن هذه الواقعة مستحيلة، أو يدعي بنوته ممن هو أصغر منه سنا، ولا يقبل بيع ملك الغير لأن هذا مخالف للنظام العام.

1- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص48.
2- المادة 827 من القانون المدني الجزائري.

ولا يجوز إثبات العلاقات الجنسية الغير المشروعة، وقد تكون الواقعة جائزة القبول لكن القانون يمنع إثباتها ببعض الطرق،كالتصرف المدني الذي تزيد قيمته على مائة ألف دينار جزائري في القانون المدني، أو مائة جنيه في القانون المدني المصري حيث لا يجوز إثباته بشهادة الشهود.

3-الحق في الإثبات:

إن الإثبات أمام القضاء واجب وحق، فكونه واجب فعلى من يدعي حقا ما يكون عليه إقامة الدليل على ما يدعيه، أما كونه حق له فعند تمسكه بإثبات واقعة توافرت شروطها كان على القضاء السماح له بإثباتها بكل الأدلة التي يجيزها القانون.

وإذا لم يمكنه القاضي من ذلك عد إهدارا لحقه في الإثبات، ومعناه إخلالا بحقه في الدفاع، وبالتالي يكون الحكم مشوبا بالقصور ويؤدي لنقضه، فله الإثبات بالشهود في الأحوال التي يجيزها القانون، وهذا الحق يقابله حق الخصم في إثبات العكس فله نفي ما يثبته خصمه، وقد نصت المادة 69 من قانون الإثبات المصري على أنه :

" الإذن لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود يقتضي دائما أن يكون للخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق"، ونفس الحكم جاء في نص المادة 270 من قانون أصول المحاكمات اللبنانية، وهذا ما يطلق عليه مبدأ المجابهة بالدليل.

ويتصل بهذا المبدأ مبدأين يتمثل الأول في عدم جواز إلزام شخص تقديم دليل ضد نفسه، والثاني فهو مبدأ عدم جواز اصطناع شخص دليل لنفسه.

ويقصد بمبدأ عدم جواز إلزام الشخص تقديم دليل ضد نفسه أنه لا يجوز لخصم أن يلزم خصمه بتقديم سند بملكه لأن كل خصم له الحق في الاحتفاظ بأوراقه الشخصية.

إلا أنه استثناءا يستطيع أحد أطراف الخصومة إلزام الطرف الآخر تقديم ما يملكه من محررات منتجة في الدعوى إذا كان القانون يجيز ذلك مثل الأمر بالاطلاع على الدفاتر التجارية[1].

وكذلك نص القانون التجاري المصري على أنه يجوز للمحكمة إلزام التاجر بإطلاع خصمه على دفاتره في الأموال الشائعة وقسمة الشركات ومواد الشركات وفي حالة الإفلاس[2]، أو في حالة وجود ورقة مشتركة بين الخصوم خاصة إذا كانت محررة لمصلحة هذا الخصم أو تثبت التزامات وحقوق متبادلة بين الأطراف.

أما المبدأ الثاني وهو عدم جواز صناعة الشخص الدليل من قبل نفسه، فمؤداه أن القاضي لا يمكنه أن يقضي لشخص بحق بناءا على إدعاءات أو أوراق صادرة منه، فمن يدعي براءة ذمته عليه إقامة الدليل، والإنسان لا يملك أن يتخذ من عمل نفسه دليلا له يحتج به على غيره ولو يعطي الناس بدعواهم كما جاء في الحديث الشريف المذكور سلفا لادعى أناس دماء رجال وأموالهم، ولكن القانون قد يخرج عن هذا المبدأ أو يضع له استثناءات لا سيما في المواد التجارية التي تتطلب السرعة حيث يجوز للشخص أن يتمسك بدليل صدر منه مثلما نصت عنه المادة 15 من قانون البيانات اللبناني التي أجازت للتاجر التمسك بما دونه في دفاتره كدليل لصالحه في الدعاوى التي تثار بينه وبين التاجر إذا كانت ممسوكة بانتظام[3].

وكذلك نصت عن هذا المادة 330 من القانون المدني الجزائري، وبما أن هذا الدليل ناقص يجوز للقاضي إكماله بتوجيه اليمين المتممة إلى أي من الطرفين وذلك فيما يجوز إثباته بشهادة الشهود،

1- المادة 16 من القانون التجاري الجزائري.
2- المادة 20 من القانون التجاري اللبناني.
3- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص58.

وكذلك ما ورد في القانون التجاري الجزائري حيث يجوز للتاجر التمسك بدفاتره كدليل لصالحه في الدعاوي التي تنشأ بينه وبين التجار بشرط انتظامها، وكذلك ما جاء في نص المادة 70 من القانون التجاري المصري حيث تنص على أنه:" يجوز قبول الدفاتر التجارية للإثبات في الدعاوي المقامة من التجار أو المقامة عليهم متى كانت متعلقة بأعمالهم التجارية...".

4- مبدأ حياد القاضي:

لا يعني مبدأ حياد القاضي عدم تحيزه في ساحة القضاء لأن هذا الأمر بديهي، إنما يقصد به أن يكون له دور المحكم بين الخصوم حيث يكون موقفه من الدعوى سلبيا فيقتصر على تقدير ما يقدم له من أدلة قررها القانون ليتحقق من ثبوت أو عدم ثبوت الوقائع المدعى بها، ولا يجوز له الاعتماد على معلوماته الشخصية أو يجمع أدلة أخرى أو يحكم بعلمه الشخصي[1].

غير أن هذا المبدأ لا يأخذ على إطلاقه لأن هذا الأمر يقيد القاضي ويمنعه من تبيان الحقيقة، ولذلك خوله القانون سلطة توجيه الدعوى واستكمال الأدلة، وبهذا يكون له موقف إيجابي فله توجيه اليمين المتممة حسب نص المادة 348 من القانون المدني الجزائري، والأمر بحضور الخصوم للتحقيق والاستجواب في الحالات التي يلجأ فيها للإثبات بالبينة، كما له أن يحكم بتعيين خبير ويقرر الانتقال للمعاينة، كما أن له دور في الإثبات يظهر في سلطة استنباط القرائن القضائية في الحدود التي رسمها له القانون، كما يستطيع إدخال شخص في الدعوى بقصد إلزامه بتقديم ورقة يملكها، وللمحكمة كذلك سلطة العدول عما أمر به من إجراءات الإثبات إذا حلت ظروف تبرر هذا العدول[2].

1- المادة 141 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.
2- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 132.

وبما أن الخصومة ليست نزاعا فرديا لأن للمجتمع مصلحة كبيرة فيها، وتظهر من خلال ضمان استقرار الأوضاع وتحقيق العدالة، وهذا ما يجعل للقاضي دور ايجابي كبير فيها من أجل كشف الحقيقة.

ويظهر مما تقدم سلفا أن التشريعات بما خولته للقاضي من سلطات وما فرضته عليه من قيود، عمدت لتحقيق العدالة مع تجنب تحكم القضاء مما يحقق لنا مبدأ حياد القاضي.

المطلب الثاني

وسائل الإثبات بالكتابة

يقسم الفقه طرق وأدلة الإثبات إلى عدة تقسيمات تختلف على حسب المعيار المتخذ أساسا للتقسيم، فمنهم من يقسمها إلى طرق ملزمة للقاضي وتشمل الكتابة والإقرار واليمين وطرق مقنعة له تتمثل في البينة والقرائن القضائية والمعاينة والخبرة، وهناك من قسمها إلى طرق مباشرة و أخرى غير مباشرة بالإضافة إلى عدة تقسيمات أخرى، وسوف يتم التركيز على الكتابة باعتبارها محور دراستنا وهي التي شملها تطور حديث أثر على مفهومها ونظامها القانوني، وكذلك لأن موقعها جاء في أعلى هرم طرق الإثبات لما توفره من ضمانات للخصوم لا توجد في باقي الأدلة فهي دليل يعد مقدما منذ نشوء الحق دون انتظار قيام الخصومة فيه[1].

كما أنه لا يعتريها الضعف الذي يشوب بعض الأدلة الأخرى كشهادة الشهود، والتي قد يتم تحريفها أو تعمد الشهود عدم ذكر الحقيقة، بالاظافة لاحتمال تعرض ذاكرة الإنسان للنسيان.

1- بن شنان صالح، **الكتابة كدليل إثبات في المواد المدنية**، رسالة ماجستير في ا لقانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الموسم الجامعي: 2002، 2003، ص34.

وتعد الكتابة هي الأصل في إثبات التصرفات القانونية، وطريقة للتعبير عن الإرادة، وقد وضع لها ديننا الحنيف أهمية بالغة ووضعها في الإثبات، وجاء ذكرها في أطول آية في القرآن الكريم في قوله تعالى:" **يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه....** "[1].

كما تمثل الكتابة أقوى الأدلة وتحتل منزلة متقدمة بين الأدلة القانونية في التشريعات الحديثة، لاسيما التي تتبع النظام اللاتيني بنموذجيه القانون الفرنسي والمصري، على عكس النظام الأنجلوسكسوني بنموذجيه القانون الأمريكي والبريطاني اللذان يوليان أهمية كبيرة للشهادة على حساب الكتابة.

وبالرجوع للقانون المدني الجزائري نجده لم يعرف الكتابة وحسنا فعل المشرع حتى لا يقيدها بأسلوب معين، مما يسمح بدخول أشكال وطرق أخرى ضمن مفهوم الكتابة، لكن المشرع تراجع وعرفها بعد تعديله للقانون المدني في المادة 323 مكرر بالقانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، وتختلف الكتابة باختلاف الجهة التي تقوم بتحرير السند المكتوب، فهناك محررات أو أسناد رسمية وأخرى عرفية، ولكل منها حجية معينة في الإثبات.

الفرع الأول

المحررات الرسمية

1-تعريف وشروط المحررات الرسمية:

لقد عرف المشرع الجزائري الورقة الرسمية في المادة 324 من القانون المدني بعد التعديل بالقانون رقم 10/05 على أنها: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة

1- الآية رقم 282، سورة البقرة.

عامة ما تم لديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ويلاحظ على نص هذه المادة أنه عالج مسألة الإثبات، عندما عرف المشرع الورقة الرسمية بأنها عقد يثبت فيه الشخص الذي يعهد له تحريرها، كل مايدور حول ذلك العقد، والحقوق التي يتضمنها وكذلك الالتزامات التي يرتبها[1].

ومصطلح العقد الذي استخدمه المشرع الجزائري في النص باللغة العربية هو ترجمة خاطئة لأن النص باللغة الفرنسية هو « acte »، وترجمته هي التصرف وهو أكثر دقة، وهذا يرجع دائما لعدم التطابق بين النص باللغة العربية وباللغة الفرنسية، وهو عدم استقرار للمصطلحات يتكرر كثيرا مما يرتب صعوبات تطبيقية متعددة.

أما المشرع الأردني فقد عرف الكتابة الرسمية في قانون البينات حيث نصت المادة 32 على أنه:

"السندات الرسمية هي:

أ-السندات التي ينظمها الموظفون الذين من اختصاصهم تنظيمها طبقا للأوضاع القانونية ويحكم بها دون أن يكلف مبرزها إثبات ما نص عليه فيها ويعمل بها ما لم يثبت تزويرها.

ب-السندات التي ينظمها أصحابها ويعدها الموظفون الذين من اختصاصهم تصديقها طبقا للقانون وينحصر العمل فيها في التاريخ والتوقيع فقط..."[2].

1- علي فيلا لي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص297.

2- يوسف أحمد النوافلة، **حجية المحررات الالكترونية في الإثبات**، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2007، ص 20 و21 .

أما المشرع المصري فقد عرفها في قانون الإثبات المصري في المادة 10 التي تنص:" المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه..." .

بينما تعرض المشرع اللبناني للورقة الرسمية أو المحرر الرسمي الذي كان أكثر دقة من مدلول الورقة في المادة 143 ف1 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تنص :" السند الرسمي هو الذي يثبت فيه موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ضمن حدود سلطته واختصاصه ما تم على يديه من تصريحات ذوي العلاقة وفق القواعد المقررة..." .

ومهما اختلفت هذه التشريعات حول مفهوم الورقة أو المحرر الرسمي، وعلى المصطلح، إلا أنها تتفق على توافر شروط واجبة لصحة المحرر الرسمي وهي كالآتي:

أ- صدور الورقة عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي:

- الموظف العام:

يشترط في محرر العقد الرسمي أن يكون موظفا عاما، وهو كل من يشغل منصبا دائما في مصلحة عمومية بغض النظر عن الأسلاك التي ينتمي لها، ويخضع لقانون الوظيفة العمومية، فيدخل في هذا المفهوم موظفي الجماعات المحلية ومستخدمي الشؤون الدينية وأساتذة الجامعات.

- الضابط العمومي:

يقصد به كل شخص يخوله القانون سلطة تصديق وإضفاء الرسمية على العقود أو الوثائق، كالمحضر القضائي الذي عرفته المادة 4 من القانون رقم 06-03 المؤرخ في 20-02-2006، والمتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي في الجزائر بأنه:"ضابط عمومي مفوض من قبل السلطة العمومية يتولى تسيير مكتب عمومي لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته..".

وكذلك يوجد ضمن الضباط العموميون الموثق، وقد عرفته المادة 3 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة التوثيق في الجزائر، بأنه كل ضابط عمومي يتولى تحرير العقود ويمارس مهامه عبر تفويض السلطة العمومية.

- المكلفين بخدمة عامة:

يتمثلون في الأشخاص الذين يمارسون نشاطات تتعلق بتسيير مرافق عامة مثل ضباط الحالة المدنية الذين عرفتهم المادة 1 من الأمر رقم 70-20 المؤرخ في 19-02-1970، والمتعلق بالحالة المدنية والتي تنص على أنه:" ضباط الحالة المدنية يتمثلون في رئيس المجلس الشعبي البلدي ونوابه، وفي الخارج رؤساء البعثات الدبلوماسية المشرفون على دائرة قنصلية ورؤساء المراكز القنصلية"[1].

ولقد أقرت محكمة النقض المصرية في عدة أحكام بالقوة الثبوتية للمحررات التي يصدرها هؤلاء الأشخاص، ومنها أن محضر الجلسة ورقة رسمية لا يتم إنكار ما شملته إلا بالطعن بالتزوير، وكذلك اعتبار المحررات التي تصدرها الجهات القنصلية وفق القوانين التي تتبعها تلك الجهات من قبيل المحررات الرسمية الأجنبية والتي لها حجيتها في الإثبات[2].

ب-اختصاص الموظف بتحرير الورقة:

لا بد أن يكون محرر الورقة الرسمية سواء كان موظفا عاما أو ضابطا عموميا أو شخصا مكلفا بخدمة عامة، مختصا بتحرير الورقة من الناحية الموضوعية أو الاختصاص النوعي، فإذا لم يكن من صلاحياته تحرير عقود رسمية فلا يجوز له القيام بذلك.

1- زهدور كوثر، **التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا**، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة وهران، الموسم الجامعي: 2007-2008، ص 66.

2- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص59.

كما يجب أن يكون محرر الورقة الرسمية مزاولا لوظيفته وقت تحرير الورقة بصفة قانونية، فلا يكون قد عزل أو تم تحويله أو تنزيله في الرتبة بحيث يفقد هذه الولاية أو السلطة، كما يجب أن لا يمارس وظيفته وفق حضر قانوني، فلا يجوز لكاتب الجلسة تحرير عقد رسمي أو عقد زواج، كما لا يجوز للموثق أن :

"- يتلقى العقد الذي يكون فيه طرفا معينا أو ممثلا أو مرخصا بأي صفة كانت...،

- يتضمن تدابير لفائدته،

- يكون فيه وكيلا أو متصرفا أو أية صفة أخرى كانت...."[1] .

وكذلك يجب مراعاة الاختصاص المكاني أو الإقليمي، فلكل موظف عام أو مكلف بخدمة عامة اختصاص مكاني أي دائرة لا يمكنه أن يتعداها، وقد نصت المادة 4 من قانون التوثيق المصري على أنه لا يجوز للموثق أن يباشر عمله إلا في دائرة اختصاصه، وفي لبنان والأردن يتولى عملية توثيق العقود، كاتب العدل وهو ضابط عمومي مرتبط بوزارة العدل يتقاضى أجره من أطراف العقد وله اختصاص مكاني لا يجوز له تجاوزه، ويؤدي عمله في خارج دائرة اختصاصه من حيث المكان إلى اعتبار السند غير رسمي.

وقد نصت المادة 5 من القانون المنظم لمهنة كاتب العدل في لبنان أن هذا الكاتب يزاول وظيفته في المحل المخصص له في المحكمة التي ينتسب لها، ولا ينتقل لإجراء عمل من مقتضى وظيفته إلى غير المحل المذكور إلا بإذن خطي من رئيس المحكمة[2].

1- المادة 19 من القانون رقم 06-02 المؤرخ في 20 فبراير 2006 والمتعلق بمهنة التوثيق، الجريدة الرسمية عدد 14، لسنة 2006.

2- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص80.

وفي فرنسا يزاول هذه المهنة أي مهنة تحرير العقود الرسمية وإعطاءها الصفة الرسمية موثقون للعقود الرسمية معتمدون من الدولة ويعملون كالمحامين في مكاتب خاصة بهم[1]، حيث يتشابه نظامهم مع النظام الذي يخضع له الموثقين في الجزائر

جـ- مراعاة الأوضاع التي قررها القانون في تنظيم الورقة :

تضع مختلف التشريعات لكل نوع من الأوراق الرسمية أوضاعا تتمثل في قواعد وإجراءات معينة خاصة بكل موظف أو مكلف بخدمة عامة، لابد من مراعاتها عند القيام بتحرير هذه الورقة، أو المحرر حتى تثبت له صفة الرسمية.

فبالنسبة للقانون الجزائري تشترط المادة 26 من القانون المتعلق بالتوثيق أن تحرر العقود التوثيقية تحت طائلة البطلان باللغة العربية في نص واحد وواضح تسهل قراءته وبدون اختصار أو بياض أو نقص....، وتكتب المبالغ والسنة والشهر ويوم التوقيع على العقد بالأحرف وتكتب التواريخ والأرقام..."

كما تنص المادة 29 من نفس القانون: "دون الإخلال بالبيانات الآتية:

- اسم ولقب الموثق ومقر مكتبه،
- اسم ولقب وموطن وصفة وتاريخ ومكان ولادة الأطراف وجنسيتهم،
- اسم ولقب وموطن وتاريخ ومكان ولادة الشهود، وعند الاقتضاء اسم ولقب المترجم،

تحديد موضوعه والمكان والسنة والشهر واليوم الذي أبرم فيه العقد، وكالات الأطراف المصادق عليها التي يجب أن تلحق بالأصل،

- التنويه على تلاوة الموثق على الأطراف النصوص الجبائية، والتشريع الخاص المعمول به،

1- عادل حسن على، **الإثبات أحكام الالتزام**، مكتبة زهراء الشرق، مصر، 1997، ص 55.

- توقيع الأطراف والشهود والموثق والمترجم عند الاقتضاء".

ومن ضمن التصرفات القانونية التي وضع لها المشرع الجزائري كذلك أوضاع خاصة ما تضمنه نص المادة 324 مكرر1 من القانون المدني والتي تنص :

"...العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو تنازل عن أسهم في شركة أو حصص فيها...، تحرر في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد..." .

وكذلك نص المادة 324 مكرر4 من القانون المدني الجزائري:"يبين الضابط العمومي في العقود المعلنة عن ملكية عقارية طبيعة وحالات ومضمون وحدود العقارات وأسماء المالكين السابقين، وعند الإمكان حصة وتاريخ التحويلات المتتالية...".

أما بالنسبة للقانون الأردني فهناك بعض الأوضاع وأشكال يجب مراعاتها، ويتضح هذا من خلال نص المادة 6 من قانون البينات حيث ورد فيها عبارة طبقا للأوضاع القانونية،

فلا بد من مراعاة الشكل المطلوب في المادة 33 من قانون كاتب العدل الأردني رقم 11 لسنة 1952 المعدل والمتمم، وأن يتثبت من هوية الأشخاص ذوي العلاقة بإبراز البطاقة الشخصية، أو جواز السفر لغير الأردني، ومن أهليتهم للتعاقد [1].

كما تنص المادة 18 من ذات القانون على وجوب التأكد من أهلية الممثل القانوني" الوكيل، الوصي، الولي..." إذا احتوى السند ذلك وهذا قبل التوثيق، أما في مرحلة التوثيق يجب أن يحرر السند باللغة العربية ولا يصدق على الأوراق الأجنبية إلا بعد ترجمتها باللغة العربية، والكتابة تكون بخط واضح دون حشو أو محو أو إضافة.

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 25.

وإذا تضمنت ذلك وجب التوقيع عليها، وفي الأخير يجب على كاتب العدل أن يقرأ العقود التي ينظمها على الأطراف.

أما المرحلة الأخيرة فتتمثل في مرحلة ما بعد التوثيق، ويجب فيها حفظ الأصول في ملفات خاصة بكل سنة وتسلم النسخ لأصحاب الشأن[1].

والملاحظ أن تخلف أي شرط من الشروط السابقة له أثره المباشر على الورقة الرسمية، وفي هذا الإطار نصت المادة 326 مكرر من القانون المدني الجزائري على أنه : "يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو انعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف".

كما يظهر من خلال نفس المادة أن المحرر الرسمي إذا اعتراه قصور سواء من حيث عدم كفاءة أو أهلية محرره أي الضابط العمومي أو عدم توافر الشكلية المقررة قانونا، انحدر في درجته إلى محرر عرفي أي أصبح لا يعدو عن كونه محرر أو سند عادي[2].

لكن يشترط توقيع كل أطرافه أي ذوي الشأن، والسؤال المطروح إذا لم يوقع كل الأطراف فهل يعتد به كورقة عرفية أم لا؟

والراجح أنه لا يعد محرر عرفي معد للإثبات، لأن الأشخاص لم يوقعوا إلا بناءا على اشتراك الباقين غير الموقعين معهم في الالتزام.

1- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص82.

2- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات وآثار الالتزام**، منشورات الحلبي، الطبعة الثالثة، بيروت، 2000، ص 122.

وإذا كانت الورقة الرسمية المشوبة بهذه العيوب محتوية على تصرف رضائي فيعد محررا عرفيا، أما إذا كانت محتوية على تصرف شكلي أي الكتابة ركن لانعقاده مثل عقد بيع العقار أو الرهن الرسمي فإن هذا المحرر الباطل ليست له قيمة،

وكذلك الأمر إذا اتفق الأطراف على أن التصرف لا يتم إلا إذا أفرغ في قالب رسمي.

وبالرجوع إلى التشريع المصري وعلى الخصوص المادة رقم 10 من قانون الإثبات والتي تنص على أنه:" إذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية، فلا تكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوو الشأن قد وقعوها بإمضاءاتهم وبصمات أصابعهم".

ويظهر من خلال المادة السالفة أن المحرر الرسمي يفقد صفة الرسمية إذا كان باطلا نتيجة الإخلال بالشروط السالفة الذكر، ولم يمنحه المشرع المصري إلا قيمة الورقة العرفية بشرط توقيع أصحاب الشأن وهو موقف يتماثل مع موقف المشرع الجزائري، وهذا لأن التوقيع هو شرط لصحة الورقة العرفية.

أما المشرع اللبناني والمشرع الأردني فقد منحا الورقة الرسمية الباطلة نتيجة تخلف أحد شروطها حجية الورقة العرفية متى كانت موقعة من ذوي الشأن الذين يلتزمون بما ورد في الورقة، وقد فرقا بين الشروط الجوهرية وغير الجوهرية، فبالنسبة للأولى تتمثل في عدم توافر ولاية الموظف كإحالته على الاستيداع أو عزله[1]، فلا يملك إصدار هذه الورقة ولو كان يملكها قبل ذلك، وهذه الشروط الجوهرية اذا غابت فيؤدي ذلك لبطلان الورقة الرسمية، أما الشروط غير الجوهرية كترقيم الصفحات أو الكشط أو عدم دفع الرسم، فلا تؤدي للبطلان لانه يمكن تداركها وتصحيحها.

1- نبيل إبراهيم سعد، **الاثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء**، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص 117.

2- مكانة الورقة الرسمية في الإثبات :

إذا قدم محرر رسمي فإن ظاهره يدل على صفته الرسمية، مثل احتواءه على إمضاء أو الختم الرسمي للموظف العام وتواقيع ذوي الشأن، كما يعد ذلك بمثابةقرينة قانونية على تمتعه بالرسمية.

حيث تعفي من يتمسك به من إقرار خصمه به، أو إقامة دليل على صحة التواقيع التي تضمنها المحرر، وهذه القرينة ليست بالقاطعة، حيث أنه يحق لمن يدعي عدم صدور المحرر من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة إقامة الدليل على ذلك بسلك سبيل الطعن بتزوير المحرر وفقا لما يقتضيه القانون، أو الادعاء بتزوير بينات المحرر أو تدوين الشخص الذي يختص بتحريره لوقائع غير صحيحة، وهو تزوير معنوي يجعل الواقعة غير المعترف بها في صورة واقعة معترف بها[1].

2-أ- حجية المحرر الرسمي من حيث الأشخاص:

بالرجوع إلى نص المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني الجزائري والتي جاء فيها :

" يعتبر ما ورد في العقد الرسمي حجة حتى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".

وكذلك نص المادة 324 مكرر 7 والتي جاء فيها :

" يعتبر العقد الرسمي حجة بين الأطراف ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة شريطة أن يكون لذلك علاقة مباشرة مع الإجراء"، ويفهم من هذه النصوص أن المشرع الجزائري لم يقصرحجية الورقة الرسمية بين أطرافها فقط بل يتسع الأمر للكافة.

1- حامد عمر حامد، **التزوير في المحررات الالكترونية، دراسة تحليلية تأصيلية**، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، الموسم الجامعي: 2005، ص 83.

فلا يجوز لشخص أن ينكر ماجاء في هذا المحرر، ما عدى بالطعن بالتزوير أو إثبات عكس ما جاء في المحرر الرسمي من بيانات، بالطرق العادية إذا صدر من موظف عام ولكن خارج حدود اختصاصه.

ويلاحظ من النصوص السابقة أن المشرع الجزائري سار على نفس النهج الذي سار عليه المشرع المصري واللبناني وكذلك الأردني.

فبالرجوع للقانون المصري نجد أن المادة 11 من قانون الإثبات تنص على أنه: "المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهنته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره، ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانونا"،

كما تنص المادة 146 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على أنه :

" للسند الرسمي قوة تنفيذية وهو حجة على الكافة بما دون فيه من أمور قام بها الموظف العام أو وقعت من ذوي العلاقة في حضوره ضمن حدود سلطته واختصاصه...".

أما المشرع الأردني فتعرض لهذا الأمر في المادة 07 من قانون البيانات، حيث أقر بأن حجية الأسناد الرسمية لا تقتصر على ذوي الشأن فحسب بل يمتد أثرها، إلى الناس كافة[1].

ولا يمكن لأحد إنكار ما ورد فيها من بيانات لها وصف الرسمية إلا عن طريق الطعن بالتزوير وهذه البيانات الرسمية تشمل ما دونه الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة من أفعال قام بها في حدود اختصاصه أو حصلت من ذوي الشأن في حضوره، أما البيانات التي لم تثبت لها صفة الرسمية كتلك الصادرة من ذوي الشأن أو من موظف عام غير مختص أو لا تتوافر فيه الشروط التي حددها القانون، فيمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية فقط.

1- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص89.

2-ب-حجية المحرر الرسمي من حيث البيانات أو الموضوع:

يعد المحرر الرسمي حجة بما دون فيه من بيانات قام بها محرره سواء كان موظفا عاما أو مكلفا بخدمة عامة في حدود وظيفته أو صدرت من أصحاب الشأن في حضوره، ويظهر من هذا أن المحرر الرسمي يشمل نوعين من البيانات بيانات دونها الموظف بنفسه أو وقعت من أصحاب الشأن في حضوره، وبيانات دونها الموظف بعدما تلقاها من أصحاب الشأن تبعا لإقراراتهم، دون أن يتحرى صحتها.

فبالنسبة للبيانات التي صدرت من الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، فتكون حجة على الكافة ولا يجوز المساس بهذه الحجية إلا بطريق الطعن في المحرر بالتزوير، ومثالها تاريخ الورقة ومكان توثيقها وأسماء ذوي الشأن وأهليتهم وتواقيعهم[1].

ويضاف لهذه البيانات ما صدر عن ذوي الشأن في حضور الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، كإقرار المؤجر بتسلمه لبدل الإيجار أو إقرار المشتري بتسلمه للمبيع، وهي بيانات تدرك بالسمع أو البصر وتدخل في مجال اختصاص الموظف العام، أما ما يخرج عن حدود اختصاصه فليست له أي حجية في الإثبات.

وهناك طائفة أخرى من البيانات يتضمنها المحرر الرسمي، وهي بيانات تصدر من أصحاب الشأن يدونها الموظف على مسؤوليته ولا يمكنه التحقق من صحتها، لذلك لا تلحقها صفة الرسمية والطعن فيها لا يمس نزاهة وأمانة الموثق، ولذلك يمكن إثبات عكسها ودحضها بطرق الإثبات العادية، شأنها في ذلك شأن أي محرر كتابي عادي.

1- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص64.

ومن هذه البيانات واقعة قبض ثمن المبيع التي لم تتم أمام الموثق ولم يتحقق من صحتها، فهي صدرت على لسان صاحب الشأن، ويمكن تكذيبها بإقامة الدليل على عكسها، دون الحاجة للطعن بالتزوير، ومؤدى ذلك ما ذهبت له محكمة التمييز الأردني بقولها[1] :

"إن ما يرد على لسان ذوي الشأن من بيانات، لا يعتبر من الأفعال المادية التي قام بها المحضر، والتي تعد حجة على الناس كافة ما لم يتبين تزويرها بالطرق القانونية، لأنه يجوز إقامة الدليل على خلاف ما ورد بعلم وخبر التبليغ عملا بالفقرة الثانية من المادة السابعة من قانون البيانات".

2-ج- حجية صور الورقة الرسمية:

في بعض الأحيان يتعذر الاحتفاظ بأصل الورقة الرسمية، إما لعدم منح الموثق لهذا الأصل للأطراف، أو أن هذا الأصل فقد أو ضاع، لذلك عالج المشرع الجزائري على غرار عدة تشريعات هذه المسألة بتبيان حجية صور المحرر الرسمي، وفرق في هذا المقام بين حالتين، حالة وجود أصل المحرر أو السند الرسمي، والحالة الثانية المتمثلة في انعدام أصل المحرر الرسمي.

فبالنسبة للحالة الأولى فقد نص المشرع الجزائري في المادة 325 من القانون المدني على أنه للصورة الرسمية سواء كانت خطية أو فوتوغرافية حجية في الإثبات بالقدر الذي تكون فيه مطابقة تماما للأصل، وهذه الحجية تستمدها من الثقة الموضوعة في الموظف العام الذي نقلها من الأصل، وهي قرينة قانونية تضل قائمة ما لم ينازع أحد الطرفين فيها أي ينازع في تطابقها مع الأصل، وإذا نازع فيها تراجع الصورة على الأصل من قبل المحكمة.

وقد جاء المشرع المصري بنفس الحكم، ويظهر ذلك من خلال نص المادة 12 من قانون الإثبات المصري والتي تنص على أنه :

1- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص88.

" إذا كان أصل المحرر الرسمي موجودا فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

وقد جاء المشرع اللبناني كذلك بنفس الحكم وهو ما يظهر في نص المادة 148 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تنص على أنه :

" تعتبر الصورة الرسمية للسند الرسمي مطابقة له ما لم ينازع في ذلك أحد الخصوم فتقابل عندئذ هذه الصورة مع الأصل"، ونفس الشأن بالنسبة للمشرع الأردني حيث نصت المادة 08 من قانون البينات الأردني على أنه :

"إذا كان أصل السند موجودا، فإن الصورة الخطية و الفوتوغرافية التي نقلت منه وصدرت من موظف عام في حدود اختصاصه تكون لها قوة السند الرسمي الأصلي بالقدر الذي يعترف بمطابقة الصورة للأصل، وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين، وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل"[1].

هذا ويعد عدم منازعة الخصم في مطابقة الصورة للأصل إقرارا بهذه المطابقة[2]، وإذا نازع في ذلك تستطيع المحكمة أن تأمر بإحضار الأسناد الرسمية الأصلية، أو تقوم بإرسال خبير للاطلاع عليها، ويعد هذا الأمر غير ملزم للمحكمة خاصة إذا تبين أن المقصود منه مجرد المماطلة وإطالة أمد الدعوى فقط.

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص31.
2- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 189.

أما بالنسبة للحالة الثانية وهي حالة عدم وجود أصل الورقة الرسمية، ولو أن هذا الأمر لا يقع إلا نادرا لأن أصل السند الرسمي يبقى محفوظا دائما من قبل الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة، فإذا حدث وفقد هذا السند لظرف قاهر كحريق أو سرقة أو تلف، فيقع على المتمسك به إقامة الدليل على فقدان الأصل، وقد أوضحت المادة 326 من القانون المدني الجزائري الحكم في هذه الحالة وتعرضت لثلاثة أنواع من الصور:

1- الصور الرسمية الأصلية:

وهي صور منقولة مباشرة من الأصل بمعرفة موظف عام، ويستوي أن تكون لها صيغة تنفيذية أو غير تنفيذية، ويكون لها الحجية المقررة للأصل بشرط أن يكون مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في تطابقها مع الأصل، وهذا الحكم نفسه قرره القانون المصري حيث تنص المادة 13 من قانون الإثبات المصري على أنه للصور الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أم غير تنفيذية حجية الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل..."[1].

ومعنى الشك في مطابقتها للأصل أي احتوائها على عيوب، كما إذا وجد بها كشط أو محو وبهذا تفقد الصورة حجيتها، وقد جاء في حكم محكمة النقض المصرية أنه إذا كان أصل المحررات الرسمية غير موجود تضل لصورتها الرسمية حجيتها سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

وقد سار المشرع الأردني في نفس الاتجاه، فبالرجوع إلى نص المادة 9 التاسعة من قانون البينات والتي نصت على ما يلي:

1- نفس المرجع السابق، ص 191.

" إذا لم يوجد أصل السند الرسمي، كانت الصورة خطية أو فوتوغرافية حجة على الوجه التالي:

- يكون للصورة الأولى قوة الأصل إذا صدرت عن موظف عام مختص وكان مظهرها الخارجي لا يتطرق معه الشك في مطابقتها للأصل..."، وهذه الصورة المأخوذة عن الأصل لها حجية مستمدة من ذاتها وليس من الأصل، لأن الأصل غير موجود فرضا، وذلك على الرغم من أنها لا تحمل توقيع الأطراف ولا يمكن مراجعتها على الأصل وهذا الأمر يعد استثناء عن القواعد العامة[1]، وقد أقرت محكمة التمييز الأردنية ذلك في القرار رقم 366 /74 سنة 1975.

وبالنسبة للمشرع اللبناني نجد المادة 149 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني تنص على أنه إذا فقد أصل السند الرسمي وجب الاعتداد بصورته الرسمية.

2- الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية:

وهذه الصورة أخذت من الصور الأصلية، فهي لم تنقل من الأصل مباشرة بل صورة عن الأصل بطريق غير مباشر وتتمتع بحجية الأصل، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها[2].

وهذا الحكم سار عليه المشرع المصري، فبالرجوع إلى نص المادة 13 من قانون الإثبات المصري نجد المشرع المصري منح للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها، ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

1- مفلح عواد القضاة، مرجع سابق، ص 92.
2- المادة 326 من القانون المدني الجزائري.

والأمر كذلك بالنسبة للمشرع الأردني وهذا وفقا لما جاء في نص المادة 9 من قانون البينات حيث وضع لهذه الصورة حجية الصورة الأولى، بشرط أن تكون صادرة عن موظف عام مختص ويصادق على مطابقتها للصورة الأولى التي أخذت منها، ولا بد أن تكون الصورة الأولى موجودة حتى يتسنى للمحكمة مراجعة الصورة الثانية على الأولى، فإذا تطابقتا كان للصورة الثانية حجية الصورة الأولى وإلا سقطت الثانية ولا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس فقط[1].

ويثور التساؤل في حالة فقدان الصورة الرسمية الأصلية، فكيف يمكن المراجعة عليها للتثبت من مطابقة الصورة عليها، وقد اختلفت الآراء حول هذه المسألة، فيرى البعض اعتبار الصورة غير الأصلية مبدأ ثبوت بالكتابة، بينما يذهب البعض الآخر إلى أن الصورة غير الأصلية هي صورة طبق الأصل عن الصورة الأصلية المفقودة ولها نفس الحجية متى كان مظهرها الخارجي لا يدع مجالا للشك في مطابقتها لها، وأمام سكوت النصوص التشريعية لا سيما التشريع الجزائري والمصري والأردني فإنه لا يعتد في هذه الحالة بالصورة المأخوذة لها عن الصور الأصلية إلا على سبيل الاستئناس فقط.

3-الصورة الرسمية للصورة المأخوذة عن الصور الأصلية:

وهذه الصورة تعد صورة ثالثة للأصل أي بالنسبة للأصل هي صورة صورة الصورة، وقد قرر المشرع الجزائري في الفقرة 03 الثالثة من المادة 326 من القانون المدني عدم الاعتداد بها إلا على سبيل الاستئناس تبعا للظروف، وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع المصري في المادة 13 من قانون الإثبات، حيث أنه لما يؤخذ من الصور الرسمية للصورة المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف.

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 33.

وكذلك سار المشرع الأردني على نفس النهج حيث قرر في الفقرة 3 من المادة 09 من قانون البينات بأن الصورة الرسمية المأخوذ من الصورة الثانية لا حجة لها في الإثبات إلا أنه يمكن الاستئناس بها فقط.

الفرع الثالث

المحررات العرفية

إن المحررات العرفية كانت تحتل الصدارة في الإثبات قبل صدور قانون التوثيق في الجزائر وتراجع دورها بعد صدوره وانتشار الكتابة الرسمية، ويطلق على المحررات العرفية كذلك السندات العادية وهي أوراق تصدر من الأفراد دون حضور موظف عام أو ضابط عمومي رسمي، ولا تخضع لأي شكل من الأشكال أو شرط من الشروط كالمحرر الرسمي، ويتم تحريرها بمعرفة أطرافها حسب العرف ولذلك سميت عرفية، كما أنها لا تحيط بها الضمانات التي تحيط بالمحررات الرسمية، وهي على نوعين محررات معدة للإثبات وهي معدة من أطرافها مسبقا لتكون أدلة إثبات فيما قد يثور بينهم من نزاع، ومحررات غير معدة للإثبات أي لم يقصد حين تحريرها استعمالها في الإثبات، ويمكن استخدامها لغرض الإثبات، وسنتعرض لكل منها تباعا.

1- المحررات العرفية المعدة للإثبات :

لقد وضعت لها أغلب التشريعات شروطا ونظمت حجيتها وسوف يتم توضيح المسألة كالآتي:

1-1- الشروط :

يجب توافر شرطين اساسيين في هذه المحررات يتمثلان في الكتابة والتوقيع، وقد نص المشرع الجزائري على الكتابة في نص المادة 327 من القانون المدني.

وقد توسع المشرع في مفهومها، ويعد هذا بمثابة ثورة في مجال قواعد الإثبات حيث أصبح يقبل كل شكل من أشكال الكتابة [1].

ولا يشترط لها المشرع لغة معينة أو تحريرها بخط الملتزم بها أو خط المتمسك بها، فالمحرر العرفي يخضع لمبدأ الحرية في تحريره ماعدا ما استثناه القانون، وتأخذ أغلب التشريعات العربية بهذا الحكم على غرار المشرع الأردني وكذلك المصري.

ويضاف للشرط الأول شرط التوقيع من طرف من ينسب له المحرر، وهو الشرط الجوهري في المحرر العرفي لأنه ينبئ عن قبول الملتزم بمضمون المحرر وهو كافي لوجوده [2].

وقد نص المشرع الجزائري عنه في نص المادة 327 من القانون المدني المعدلة، والجديد الذي أتى به التعديل هو إضافة البصمة التي لو تكن معروفة من قبل، حيث أصبح بإمكان من لايجيد القراءة والكتابة استخدام البصمة للتوقيع على المحرر العرفي.

والسؤال المطروح هل تفطن المشرع لهذا الأمر بعد العمل لسنوات طوال بالتوقيع أو الإمضاء بخط اليد؟، أم أن هناك أمر آخر؟ .

إن البصمة سوف تساعد الشخص الأمي كثيرا، ولو أن الإحصائيات الأخيرة في الجزائر تفيد بأن نسبة الأمية قد تراجعت كثيرا، والبصمة حسب الأبحاث العلمية المتقدمة اتضح أنها تقريبا مستحيلة التقليد، فلا توجد بصمة لإصبع مطابقة لأخرى على الإطلاق [3].

1- أنظر المادة 323 مكرر من القانون رقم 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 70.

3- عبد العزيز سليم، **شرح قانون الإثبات المعلق عليه بأحكام النقض حتى عام 1997**، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، بدون بلد نشر، 1998، ص 65.

وهي أكثر ضمانا لأنها أقل عرضة للتزوير ومن السهل التأكد أن البصمة الموجودة في المحرر هي لمن ينسب إليه التصرف أو غير ذلك[1].

وحسنا فعل المشرع بتقريره لها، ولم يتوقف المشرع الجزائري عند هذا الحد بل أضاف التوقيع الالكتروني وهو محور هام في دراستنا سيتم التطرق له بإسهاب لاحقا، وقد نص المشرع الفرنسي على شرط التوقيع، وأخذ به المشرع المصري كذلك في المادة 14 من قانون الإثبات، كما قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يشترط لصحة الورقة العرفية وإضفاء الحجية عليها إلا توقيع من نسبت إليه بالإمضاء أو ببصمة الختم أو الإصبع [2].

والأمر كذلك بالنسبة للمشرع الأردني والذي نص في المادة 10 من قانون البينات على أن السند العادي هو الذي يشمل على توقيع من صدر منه أو على ختمه أو بصمة إصبعه.

وبالنسبة للمشرع اللبناني فقد اشترط التوقيع بالبصمة فقط دون الختم، وهذا مايستفاد من نص المادة 151 من قانون أصول المحاكمات المدنية، غير أنه أضاف شرطا آخر هو تعدد النسخ في العقود المتبادلة بقدر عدد أطرافها.

هذا وتثار مسألة هامة في التوقيع وهي التوقيع على بياض، فقد يحصل أن يوقع طرف وهو المدين على ورقة بيضاء ويترك للطرف الآخر كتابة مضمون الاتفاق.

وغالبا ما يعود الأمر الى عامل الثقة الموجودة سلفا بينهم بسابق معاملة، ويحدث هذا الأمر في الغالب في الشيك حيث يوقعه المدين ويترك للدائن ملئ البيانات المتبقية عند تاريخ الاستحقاق مثلا.

1- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 44.
2- محمد حسين منصور، مرجع سابق، ص 78.

و يعد هذا المحرر صحيحا لاشتماله على توقيع الملتزم به وله حجية يستمدها منه، وقد يحصل أحيانا تجاوز من قبل الدائن للبيانات المتفق عليها مسبقا، أو تضيع الورقة الموقعة وتقع في يد أجنبي ويكتب فيها كتابة ينسبها لصاحبها، مما يعرض الموقع لخطر كبير فعليه الاحتراس[1].

ويجوز في هذه الأحوال للموقع إثبات هذا التجاوز أو ضياع الورقة وعدم موافقته لما ورد فيها من بيانات بكافة الطرق، وإذا استطاع ذلك فقد هذا المحرر حجيته وأصبح باطلا بالنسبة للجميع[2]، وكل تغيير لحقيقة هذه الورقة هو تزوير وهذا ماذهبت له محكمة النقض المصرية.

وفي نفس سياق شروط المحرر العرفي، فقد أضاف المشرعالفرنسي شرطين يتمثل الشرط الأول في شكلية تعدد الأصول بالنسبة للمحررات الرسمية التي تثبت عقودا ملزمة لجانبين أي لابد من توافر عدد لنسخ المحرر يساوي عدد أطراف العقد، أما الشرط الثاني فيتمثل في توافر شكلية الاعتماد أو المصادقة.

1-2-الحجية:

إن المحررات العرفية المعدة للاثبات لها حجية تظهر في عدة مسائل سنتناولها تباعا دون إسهاب، وكان لزاما علينا التطرق لها لان ذلك يفيد في تقييم حجية الأدلة الحديثة في المعاملات المدنية والتجارية، وتبعا لذلك سوف يتم التطرق للنقاط الآتية:

1-2-1-حجية المحررات العرفية بين أطرافها:

1- سليمان مرقص، **الوافي في شرح القانون المدني**، بدون دار نشر، الطبعة الخامسة، القاهرة، 1991، ص 243.

2- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 231.

تعد الورقة العرفية حجة على من صدرت منه وهو الذي وقع عليها بشرط أن يعترف صراحة بذلك أو إذا سكت ولم ينكر صدورها منه، وإذا لم ينكر في البداية لا يجدي نكرانه فيما بعد وله أن يسلك طريق الطعن بالتزوير، فحجية الورقة العرفية موقوفة على اعتراف موقعها الصادرة عنه صراحة أوضمنا.

وهذا مانصت عنه المادة 327 من القانون المدني الجزائري، وإذا تم الإنكار تزول حجية المحرر مؤقتا إلى أن تتثبت المحكمة من هذا النفي عن طريق تحقيق الخطوط، وهذا ماقضت به المحكمة العليا الجزائرية بأنه من المقرر قانونا إذا أنكر أحد الخصوم الخط أو التوقيع المنسوب إليه في وثيقة يرى القاضي أنها وسيلة منتجة للفصل في النزاع، يؤشر بإمضائه على الورقة المطعون فيها ويأمر بإجراء طريق تحقيق الخطوط إما بمستندات أو بشهود وإذا لزم الأمر فبواسطة خبير[1].

وموقف المشرع الجزائري يتفق مع ما أقره المشرع المصري، حيث نصت المادة 14 من قانون الإثبات على أنه: " يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أوختم أو بصمة....." ، ومؤدى هذا أن المحرر العرفي يكون حجة إذا اعترف به المنسوب إليه ولم ينكره، وقد استقر القضاء المصري على هذا الرأي.

وبالنسبة للمشرع الأردني فقد سار على نهج المشرع الجزائري والمصري، ويظهر ذلك في نص المادة 11 من قانون البينات، وكذلك المشرع اللبناني في نص المادة 150 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

ويلاحظ مما سبق أن إقرار الشخص الموقع بصدور المحرر عنه، أو ثبوت هذا بعد إنكاره له، لا يعني بالضرورة أن البيانات الواردة في المحرر صحيحة.

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 73.

فقد يلحقها تزوير مادي بالتحريف أو الإضافة أو الحذف، ولكي يثبت ذلك يستطيع الموقع سلك طريق الادعاء بالتزوير أو يجوز له نقض هذه البيانات بالطرق العادية للإثبات، إلا أنه من المقرر إثبات مايخالف الكتابة إلا بالكتابة[1].

1-2-2-حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير من حيث التاريخ :

تكون المحررات العرفية حجة على الغير إذا أمكن التثبت من صحتها بما دون فيها من بيانات، بينما لايكون التاريخ حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا، والمقصود بالغير بالنسبة للتاريخ هو كل شخص لم يشارك في إنشاء الورقة العرفية ولم يكن طرفا فيها ولا ممثلا فيها كالخلف العام والدائن العادي، وهذا الغير هو كل من يضار في حق انتقل له من طرف أحد أطراف المحرر العرفي واحتج علي بهذا المحرر، ويعد من الغير الخلف الخاص والدائن الحاجز والدائن المرتهن.

ولكي يتمسك أي من هؤلاء بعدم ثبوت تاريخ المحرر العرفي المحتج به عليه لابد أن يكون حسن النية، أي يجهل التصرف الذي يحتج بعدم ثبوت تاريخه وبالتالي لايكون نافذا في مواجهته[2].

والمشرع الأردني يفرق في تحديد الغير بين البيانات الواردة في السند، بين الخلف العام والخلف الخاص، وبين الغير بالنسبة للتاريخ وهم الخلف الخاص والدائن الحاجز فقط[3].

وتاريخ المحرر العرفي لابد من أن يكون كما أسلفنا سابقا ثابتا ليحتج به على الغير، وهذا ما أقره المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري في المادة 15 من قانون الإثبات، والتي تنص على أنه : " لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت..... ".

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 40.
2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 84.
3- عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 218.

وقد سار المشرع اللبناني على نفس النهج حيث جاء في المادة 154 من قانون أصول المحاكمات المدنية والتي تنص على أنه: " .....، وإنما لا يكون حجة على الغير في تاريخه إلا من الوقت الذي يثبت فيه هذا التاريخ.... ".

والحكمة من تحديد التاريخ تكمن في حماية الغير من كل غش يحتمل قيام أحد أطراف الورقة العرفية به، بتقديم أو تأخير التاريخ مع من تعاقد معه إضرارا بهم، وقد وضع المشرع الجزائري طرق قانونية لتحديد تاريخ المحرر العرفي وهي كالآتي[1]:"

1-من يوم تسجيله في السجل المعد لذلك،

2-من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام،

3-من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص مثل القاضي،

4-من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء".

وقد تعرض المشرع المصري لهذه الطرق في المادة 15 من قانون الإثبات والتي تنص على أنه:"...ويكون للمحرر تاريخ ثابت:

- من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك،

- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ،

- من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص،

- من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة، أو من يوم أن يصبح مستحيلا على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعلة في جسمه،

- من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد حررت قبل وقوعه".

1- المادة 328 من القانون المدني الجزائري.

والملاحظ أن المشرع المصري قد توسع في الطرق بخلاف المشرع الجزائري الذي لم يراعي هذا الأمر، حيث راعى المشرع المصري كل أثر قد يتركه المتوفي على المحرر من خط أو إمضاء أو بصمة، ولم يهمل حتى الحوادث الجسدية التي تمنع الكتابة أو البصمة.

أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد تعرض لهذه الوسائل في المادة 12 من قانون البينات والتي تنص على انه:" لا يكون السند العادي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت، ويكون له تاريخ ثابت:

- من يوم ثبوت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ رسميا،
- من يوم التصديق عليه من الكاتب العدل[1]،
- من يوم التأشير عليه من قبل قاضي أو موظف مختص،
- من يوم وفاة أحد ممن لهم على السند أثر ثابت...".

والملاحظ أن المشرع الأردني قد أغفل التسجيل للمحرر في السجل المعد لذلك، أما المشرع اللبناني فقد تعرض لهذه الوسائل في المادة 154 من قانون أصول المحاكمات، ويلاحظ عنها إغفال المشرع اللبناني لنفس الوسيلة التي أغفلها المشرع الأردني.

ويتضح مما سبق أن الطرق القانونية التي وضعتها التشريعات لثبوت تاريخ المحرر العرفي، أنها وقائع قاطعة تدل على صدور المحرر العرفي وتجعل هذا التاريخ هو الذي يحتج به على الغير، واذا تعددت الوقائع في المحرر الواحد فما هو الحل ؟

الراجح أنه يعتد بالواقعة الأولى ومثالها إذا تم التأشير على المحرر من قبل ضابط عام مختص بعد وفاة أحد الذين لهم على المحرر خط أو إمضاء أو بصمة، فانه يعتد بتاريخ الوفاة كتاريخ ثابت لهذا

1- الكاتب العدل: هو الشخص الذي يعهد له بمهام الموثق في الأردن ولبنان.

المحرر، وقاعدة ثبوت التاريخ في المحرر العرفي لها استثناءات فهناك أوراق تعفى من تطبيقها، وقد نضم المشرع الجزائري هذا الأمر في المادة 328 من القانون المدني، حيث استثنى المخالصات من هذه القاعدة وهو أمر جوازي للقاضي تبعا للظروف.

والغاية من ذلك تسهيل وتبسيط تلك المعاملات نظرا لانتشار استخدامها في الحياة اليومية ورفعا للحرج عن مستعمليها[1]، وهناك من التشريعات من توسع في هذا الاستثناء وعممه على كل محرر عرفي غير معد للإثبات كالدفاتر والأوراق المنزلية، وسوف نتعرض لها تباعا.

2- المحررات العرفية غير المعدة للإثبات:

هي محررات لم يقصد استعمالها من أطرافها في الإثبات عند تحريرها، ولا تكون في الغالب موقعة من أصحابها، ومع هذا يمنحها القانون حجية تتفاوت قوة وضعفا وهي كالآتي :

2-1- الرسائل والبرقيات:

لقد نضم المشرع الجزائري هاتين الورقتين في المادة 329 من القانون المدني، والتي تنص على أنه ":

تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها.

وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس".

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 44.

وقد وضع بذلك المشرع للرسائل حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات بشرط أن تكون موقعة ممن حررها، وهذا أمر بديهي لأنه شرط لحجية تلك المحررات، ولم يترك قيمة الرسائل لتقدير القاضي الذي يطبق القواعد العامة لتفسير العقود عند تفسيره لمحتوى الرسائل[1].

وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع المصري في المادة 16 من قانون الإثبات المصري، وكذلك الأمر بالنسبة للمشرع اللبناني، الذي نضم الرسائل في المادة 158 من قانون أصول المحاكمات المدنية، غير أنه لم يعترف لها بالحجية إذا ثبت أن المرسل لم يرسل الرسالة ولم يكلف أحد إرسالها.

وهو نفس الموقف الذي سار عليه المشرع الأردني، ويتضح هذا من خلال المادة 12 من قانون البينات الأردني، أما المشرع الفرنسي فقد كان في القانون المدني لسنة 1804 لا يعترف بالرسائل كدليل إثبات، لكنه تدارك الأمر بعد التعديل واعترف بها كدليل كامل حسب تقدير القاضي، وقد تكون مبدأ ثبوت بالكتابة أو يأخذ بها على سبيل الاستئناس فقط[2].

أما بالنسبة للبرقيات فقد قرر لها المشرع الجزائري حجية معينة حيث ورد النص على ذلك في المادة 329 من القانون المدني، والبرقيات رسالة مختصرة يوجهها شخص لأخر عن طريق البريد، ولكي تحوز البرقية قوة في الإثبات لابد من أن يحمل أصلها توقيع المرسل لها.

ومطابقة البرقية لأصلها أمر مفترض بنص القانون، ولأصحاب الشأن إثبات العكس بطلب اخضاعها للمضاهاة، وقد أتى المشرع المصري بنفس الحكم في المادة 16 من قانون الإثبات وكذلك المشرع الأردني.

1- عباس العبودي، **شرح أحكام الإثبات المدني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون بلد نشر، 1999، ص 167.

2- رزق الله أنطاكي، **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية**، بدون دار نشر، دمشق، 1962، ص 506.

والإشكال يثور في حالة إذا أعدم الأصل بعد انتهاء مدة الحفظ، وهنا تكون لها حجية ناقصة فقط، فلايعتد بها إلا على سبيل الاستئناس، فحجية البرقيات رهينة وجود أصلها.

وهذه الحجية تضمنتها المادة 19 من قانون البينات الفلسطيني الذي يطبق فيه التشريع الأردني في الغالب، وقد ساوى في الحجية بين البرقيات ومكاتبات التلكس والفاكس والبريد الالكتروني إذا كانت تحمل توقيع من أرسلها، مع أن البريد الالكتروني ليس له توقيع عادي إلا أن هناك التوقيع الالكتروني، ومع أن المشرع الجزائري نضم هذا الأخير إلا أنه لم يتوسع فيه وسيأتي التفصيل في هذه المسألة لاحقا عند التعرض للتوقيع الالكتروني.

2-2-الدفاتر التجارية:

تنص المادة 330 من القانون المدني الجزائري على أنه :

"دفاتر التجار لا تكون حجة على غير التجار، ولكن عندما تتضمن بيانات تتعلق بتوريدات قام بها التاجر يجوز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى احد الطرفين فيما يمكن إثباته بالبينة، وتكون دفاتر التجار حجة على هؤلاء التجار، وإذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد استخلاص دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها واستبعاد منه ما هو مناقض لدعواه ".

باستقراء المادة السالفة الذكر يمكن أن تكون الدفاتر التجارية حجة للتاجر، أو تكون حجة عليه كما سيتم توضيحه على النحو الاتي:

أ-دفاتر التاجر حجة له :

على خلاف المبدأ القائل بأنه لا يجوز أن يصطنع الشخص دليلا لنفسه، فانه يجوز للتاجر أن يحتج بدفاتره التجارية، ولتطبيق هده القاعدة يشترط في الخصم المتمسك ضده بالدفاتر التجارية أن يكون تاجرا على اعتبار أن كلا التاجرين ملزمين بمسك الدفاتر التجارية.

كما يشترط كذلك أن تكون الدفاتر التجارية منتظمة، ويجوز التمسك بالدفاتر التجارية ضد غير التاجر متى كان محل الالتزام سلعة أوردها التاجر لزبونه وكان التزاما يجوز إثباته بالبينة، أي يشترط أن لا تتجاوز قيمة البضاعة نصاب الإثبات بالشهادة المحدد بموجب المادة 333 مكرر من القانون المدني، وزيادة على ذلك فان الحجية المستمدة من الدفاتر في هذه الحالة حجية ناقصة يتعين أن يكملها القاضي بتوجيه اليمين المتممة التي يوجهها من تلقاء نفسه للخصمين.

ب-دفاتر التاجر حجة عليه:

في هذه الحالة تعتبر الوقائع المحررة بالدفاتر التجارية بمثابة إقرار واعتراف من قبل التاجر لأنها حررت بخطه، وتكون حجة عليه سواء كان الخصم تاجرا أو غير تاجر، ولا يشترط في هده الحالة أن تكون الدفاتر منتظمة أو غير منتظمة.

2-3-الأوراق والدفاتر المنزلية:

لقد نص عنها المشرع الجزائري في المادة 331 من القانون المدني، ويقصد بها تلك المحررات المختلفة التي يقوم بعض الناس بتدوين وتسجيل بعض الوقائع الخاصة بهم فيها ، فإذا كان من الصعب تقبل تقديم الشخص لهذه الأوراق كدليل لنفسه، فإن الأمر معقول بتقديمها ضده ويتحقق ذلك في حالة إذا كانت الأوراق المنزلية مشتركة بين خصمين، ويحدث ذلك في محضر حصر التركة، وفى غير ذلك لا يمكن إلزام الشخص بتقديم أوراقه المنزلية أو الأمر بالاطلاع عليها كما في دفاتر التجار.

2-4-أ-التأشير ببراءة ذمة المدين:

وقد نصت على ذلك المادة 332 من القانون المدني الجزائري بأنه: "التأشير على سند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين حجة على الدائن إلى إن يثبت العكس ولو لم يكن التأشير موقعا منه ما دام السند لم يخرج قط من حيازته.

وكذلك يكون الحكم إذا اثبت الدائن بخطه دون توقيع منه ما يستفاد منه براءة ذمة المدين في نسخة أصلية أخرى أوفى مخالصة وكانت النسخة أو المخالصة في يد المدين".

ويلاحظ على هذا النص أنه منح للسند المؤشر عليه من قبل الدائن والذي يفيد ببراءة المدين حجية كاملة تفيد تبرئة ساحة المدين من الدين إلى أن يثبت العكس، ولم يشترط توقيع الدائن.

2-4-ب-التأشير على سند في يد الدائن:

وفي هذه الحالة يجب توافر شرط جوهري لكي يكون التأشير ببراءة الذمة على سند الدائن، وهو أن يبقى السند في حيازة الدائن، فإذا كان التأشير في سند أخر فقدت قرينة الوفاء، ويكون على الدائن إذا أراد إسقاط هذه القرينة أن يقيم الدليل على أن السند خرج من حيازته لأي سبب من الأسباب ، ويعتبر خروج السند واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات.

2-4-جـ-التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين:

في هذه الحالة يجب أن يكون التأشير بخط الدائن على نسخة أصلية لسند الدين والتي تكون بحوزة المدين، فتوافر هذا التأشير يكون حجة على الدائن بالوفاء رغم عدم توقيعه على هذا الوفاء.

ويستطيع الدائن نقض هذه الحجية للتأشير الذي يوجد بيد المدين بكل طرق الإثبات، وأي تشطيب في السند أو في المخالصة التي توجد بيد المدين تفقده كل دلالته[1].

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 106.

المبحث الثاني

مدى استيعاب قواعد الإثبات التقليدية للإثبات الالكتروني:

إن التطور المذهل في جانب الاتصالات والمعلومات أثر على إبرام واثبات المعاملات المدنية والتجارية بفعل الوسائل الحديثة التي أفرزها، مما أدى لتأثر قواعد إثباتها والعمل على تجديدها ومواكبتها لهذ التطور.

وقد حاول الفقه والقضاء في العديد من الدول التصدي لذلك، وعندما بدء مفهوم هذا الدليل يتسع بفعل وسائل الاتصال المستحدثة، عمد الفقه والقضاء في بداية الأمر الى الاستعانة بمبدأ حرية إثبات المعاملات التجارية الاعتداد بوسائل الإثبات الالكتروني في ضوء قواعد الإثبات القائمة(المطلب الأول)، الا أن هذه المحاولات اعترضتها عقبات تتمثل في الصعوبات التي ينطوي عليها الاثبات الالكتروني(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاخذ بوسائل الإثبات الالكتروني في ضوء قواعد الإثبات القائمة

في بداية ظهور وسائل الاتصال الحديثة وانتشار العمل بالدليل الكتابي الورقي، وفي غياب التشريعات المنظمة للاثبات الالكتروني، حاول الكثير من الفقه والقضاء جاهدين في عدة دول، البحث في قواعد الإثبات التقليدية المنظمة للمعاملات المدنية والتجارية عن مدخل لوسائل الإثبات الالكتروني، وفي البداية تمت الاستعانة بمبدأ حرية اثبات المعاملات التجارية (الفرع الأول)، ثم اللجوء الى الاستثناءات القانونية على وجوب الدليل الكتابي (الفرع الثاني)، ومرورا الى اتفاقات الاثبات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

الاستعانة بمبدأ حرية إثبات المسائل التجارية

لقد آثر في البداية الفقه والقضاء في العديد من الدول اللجوء لمبدأ حرية الإثبات الذي يخيم على المعاملات التجارية من أجل الاعتداد بوسائل الاثبات الالكترونية وترسيخها، ولكن الإشكال المطروح في هذا المقام هو هل يمكن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه وهل يمتد لغير التجار؟

وهل كل المعاملات التجارية تستوعب إجرائها وإثباتها في شكل الكتروني؟

للإجابة على هذه التساؤلات لابد من الإشارة إلى ما أقره المشرع الجزائري الذي أخذ بمبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري كأصل عام، ويتضح هذا من خلال نص المادة 30 منه، والتي تنص بأنه :

"يثبت كل عقد تجاري:

1-بسندات رسمية،

2-بسندات عرفية،

3-بفاتورة مقبولة،

4-بالرسائل،

5-بدفاتر الطرفين،

6-بالإثبات بالبينة أو بأية وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها"[1].

1- المادة 30 من القانون التجاري الجزائري.

ويرجع التأكيد على هذا المبدأ لكون المعاملات التجارية يسودها مبدأ الثقة في التعامل أي الائتمان وكذلك تقوم على السرعة، واشتراطات الإثبات والإجراءات المعقدة لإعداد الدليل تتطلب وقتا كبيرا مما لا يتلاءم مع مصالح التجار وهذا ما دفع بالمشرع لاعتناق هذا الرأي.

إلا أن هذا المبدأ لديه استثناءات نذكر منها على سبيل المثال اشتراط المشرع الجزائري في بعض الأعمال التجارية الكتابة الرسمية مثل عقد الشركة كأصل عام وهذا مانصت عنه المادة 545 من القانون التجاري الجزائري، وكذلك التصرفات الواردة على المحل التجاري، وكذلك اشتراط فئة التجار فإذا كان أطراف العمل التجاري يتمتعون بصفة التاجر سوف يستفيدون من هذا المبدأ لكن في حدود الأعمال التجارية دون المدنية.

وقد تقيد حرية الإثبات هذه كذلك في بعض التصرفات التجارية مثل الأوراق التجارية كالسفتجة أو عقد الشركة، فلابد من الكتابة لأن الطرق الأخرى لا تكفي، أما إذا كان احد 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.

وإذا أردنا تطبيق مبدأ حرية الإثبات التجاري على المعاملات الالكترونية، فإننا نجد أغلب الفقه يرى بذلك مع احتفاظ القضاء بسلطة التقدير الكاملة للمستندات الالكترونية، وقد نص المشرع اللبناني في المادتين 460 و 461 من القانون التجاري على إمكانية صدور الدفاتر التجارية غير الإلزامية التي يمسكها التاجر في شكل الكتروني بشرط احتوائها على التاريخ ويكونان مرقمان حتى تكون لها قوة ثبوتية.

كما أصدرت محكمة التمييز اللبنانية قرارا يحمل الرقم 4-2001 والصادر في 06-02-2001 صادقت بموجبه على حكم الاستئناف حيث أقرت بموجبه بحجية الدفاتر التجارية الإلزامية الصادرة في شكل الكتروني.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أنه من الممكن الاستعانة بالمحرر الالكتروني لإثبات وجود التصرفات التجارية، رغم أنه لا يرقى لمكانة المحرر الكتابي، ولا داعي للتخوف من هذا الأمر طالما أن الدليل يخضع لتقدير القاضي.

ويدعم هذا الطرح اعتراف المشرع الفرنسي بحجية التسجيلات المحاسبية المرادفة للدفاتر في المرسوم المتعلق بالالتزامات المحاسبية للتجار وبعض الشركات رقم 83-352 والصادر في 30-04-1983، حيث تنص المادة الثانية 02 منه على أن المحررات المعلوماتية المكتوبة يمكن لها أن تعوض دفتري الجرد واليومية شريطة استعمال وسائل مضمونة عند إعدادها.

مما يضمن حجيتها في الإثبات[1]، وما يلاحظ على هذا النص انه يبقى منقوص وهذا بسبب تدخل القاضي الذي له الحرية التامة في قبول أو رد هذه المحررات الالكترونية بحجة عدم توافر الشروط التي نص عنها المرسوم في المادة السالفة الذكر[2].

وعلى غرار مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية يسود مبدأ حرية إثبات بعض التصرفات المدنية والتي لا يتجاوز نصابها حدا معينا، وقد نص المشرع الجزائري عن هذا الاستثناء في نص المادة 333من القانون المدني بأن التصرف القانوني الذي لا تزيد قيمته على مقدار مئة ألف دينار

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، **اثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009، ص 244.

2- محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية**، بدون دار نشر، القاهرة، 2002، ص 40.

100.000 دينار جزائري يجوز إثباته بشهادة الشهود، غير انه استثنى بعض التصرفات القانونية حتى وان كانت لا تزيد عن هذا 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 100.000دينار جزائري[1].

ويتضح مما سبق أن المشرع الجزائري منح الحرية للأفراد في إثبات التصرفات القانونية التي تكون منخفضة القيمة بجميع الطرق.

وقد نص المشرع الفرنسي كذلك على هذا الأمر وحدد المبلغ بألف وخمسمائة يورو، أما بالنسبة للمشرع المصري فقد حدد المبلغ بخمسمائة جنيه في المادة 60 من قانون الإثبات.

ويمكن التساؤل في هذا المقام عن مدى إمكانية الإثبات بالوسائل الالكترونية من خلال هذه الاستثناءات؟

يمكن القول ان هذه الاستثناءات تشكل ثغرة يمكن معها تمرير الإثبات بالمستندات الالكترونية في التصرفات القانونية التي لا تتجاوز قيمتها النصاب القانوني الذي حددته التشريعات الذكورة آنفا.

لكن هذا الأمر يجعل ميدان الإثبات الالكتروني مقتصر على تصرفات بسيطة مما يضيق من نطاقه، ويضعف وسائله، وقد يفتح المجال واسعا أمام السلطة التقديرية للقضاء وهو ما يفتح إمكانية الاستبعاد، مما يجعل الدليل الالكتروني أدنى منزلة من الدليل الكتابي[2].

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 141.
2- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص247.

الفرع الثاني

الاستعانة بالاستثناءات القانونية على وجوب الدليل الكتابي

ان عدم جدوى الأخذ بوسائل الاثبات الالكتروني عبر منفذ مبدأ حرية اثبات المعاملات التجارية لم يكفي لوحده، نظرا لاقتصاره على مجال المعاملات التجارية فقط، لذلك لجأ الفقه والقضاء لقبول الإثبات الالكتروني عبر الاستثناءات الواردة على وجوب الدليل الالكتروني، المتمثلة في مبدأ الثبوت بالكتابة، ثم حالات تعذر الحصول على الدليل الكتابي سواء لمانع حال دون ذلك أو لفقد السند الكتابي.

أ-استخدام مبدأ الثبوت بالكتابة:

لقد نص المشرع الجزائري على مبدأ الثبوت بالكتابة في المادة 335 من القانون المدني الجزائري، والذي قد وجد للتخفيف من صرامة الدليل الكتابي الذي يتطلبه القانون، ويقصد بهذا المبدأ كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال[1].

وهي من الحالات التي يسمح فيها بالإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، وقد أشار إليه المشرع الأردني في المادة 20 من قانون البينات، والمشرع الفرنسي في المادة 1347 من القانون المدني، والمشرع المصري في المادة 62 من قانون الإثبات، والمشرع الأردني في المادة 30 من قانون البينات الأردني، وللأخذ بهذا المبدأ لابد من توفر ثلاثة شروط:

1-وجود ورقة مكتوبة،

1- المادة 335 من القانون المدني الجزائري، المعدل بالقانون رقم 05-10، المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44، ص 25.

2-أن تكون الورقة صادرة من المدعى عليه،

3-أن يكون من شأن الورقة أن تجعل من التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

وقد ثار جدل فقهي حول اعتبار المستندات الالكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة، حيث ذهب البعض إلى أن شرط الكتابة الذي يقوم عليه هذا المبدأ والمتمثل في الكتابة الخطية الملموسة والمنسوبة للمدعى عليه منعدم في المستند الالكتروني هذا من حيث شكل الكتابة، وكذلك قابلية الإضافة والتعديل في المستندات الالكترونية مطروحة بشكل كبير دون أن يترك أثر لذلك، ولهذا فانه لا حاجة للنظر لباقي الشروط، ورغم هذا الانتقاد فان الكثير من الفقه الفرنسي اعتبر الكتابة الالكترونية من قبيل مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

وإذا ما حاولنا تطبيق الشرط الثاني المتمثل في ضرورة صدور الكتابة من المدعى عليه فهو أمر صعب في المستندات الالكترونية غير الموقعة، فكيف نعلم بأن هذه الكتابة صدرت عن الخصم أو ممن ينوبه خاصة وأن محررها هو فاعل معنوي، كأن يأمر شخص الحاسب الآلي بإنشاء هذه المستندات أو حفظها؟

و الإجابة على هذا التساؤل تظهر من خلال وجهين:

-الوجه الأول:

إذا ادعى شخص بأن شخصا أخر حرر هذه المستندات الالكترونية، فيجب عليه تقديم الدليل على هذا الادعاء، والأمر صعب هنا إذا كانت الكتابة غير موقعة، وهنا في اعتقادنا لابد من تكملة هذا الدليل بالشهادة أو القرائن، وهو ما يعني إنقاص من حجية تلك المستندات في الإثبات.

1- الصالحين محمد العيش، **الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات**، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 217.

-أما الوجه الثاني:

إذا كانت الكتابة موقعة توقيعا الكترونيا من قبل شخص ادعى عليه بنسبة هذه الكتابة إليه فالأمر سهل لأن التطور الحديث أتاح سبلا للتأكد من صحة ذلك.

وبالنسبة للشرط الثالث والمتمثل في أن يجعل المستند من التصرف المدعى به قريب الاحتمال، ومثاله أن يكتب المدين للدائن رسالة عبر البريد الالكتروني يعترف بدائنيته له بمبلغ دون أن يذكر مقدار المبلغ ولا تاريخ الدين، وهذا مايجعل الشرط الثالث ممكن التحقيق.

أما بالنسبة للقضاء فقد اعتبرت بعض الأحكام المستندات الالكترونية من قبيل مبدأ ثبوت بالكتابة مثل الحكم الصادر عن محكمة النقض المصرية في 22-06-2002 تحت رقم 1987.

حيث اعتبر المستند الذي يتم إرساله عبر جهاز الفاكس مبدأ ثبوت بالكتابة شريطة وجود الأصل لدى المرسل، ويمكن تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن[1].

كما توسع القضاء الفرنسي في تطبيق مبدأ الثبوت بالكتابة على المستندات الالكترونية، مثل ما قضت به محكمة النقض الفرنسي باعتبار رسائل التلكس مبدأ ثبوت بالكتابة.

وكذلك أقرت محكمة النقض بأن المستندات الالكترونية مبدأ ثبوت بالكتابة بشرط استيفائها للشروط القانونية المتطلبة فيها[2].

ويلاحظ مما سبق ذكره أن الدليل الالكتروني الكتابي إذا تم حصره فقط ضمن دائرة مبدأ ثبوت بالكتابة، حتى ولو استجاب لشروطه التي يفرضها.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009، ص 22.

2- أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الالكترونية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص 56.

فانه انقاص لحجيته في الإثبات وتسليم بمقولة التقنية تستحق الشك[1]، وهذا لأن القاضي له أن يتم قناعته بالشهادة والقرائن إذا لم يقتنع بوسائل الاثبات الالكتروني التي هي محل مبدأ ثبوت بالكتابة.

وبالتالي تصبح المستندات الالكترونية مجرد دليل ناقص يجعل من التصرف المدعى به قريب الاحتمال فقط، مما يستوجب استكماله في الغالب بالشهادة أو القرائن، وفي المقابل يمكن دحضه نهائيا بالشهادة والقرائن، مما يستوجب تدخل المشرع للاعتراف بالدليل الالكتروني كدليل كتابي مكتمل في الإثبات مثله مثل الدليل الكتابي التقليدي.

ب-حالة وجود مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي:

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الاستثناء في المادة 336 من القانون المدني حيث أجاز الإثبات بشهادة الشهود كذلك فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو معنوي يحول دون الحصول على دليل كتابي، والملاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد الحالات وحسنا فعل لكي لا تنحصر في حالات معينة كما ترك المجال واسعا للفقه والقضاء في ذلك.

ويطبق هذا الاستثناء في الحالات التي يتجاوز فيها التصرف مقدار 100.000 دينار جزائري، وكذلك في إثبات ما يجاوز ما اشتمل عليه عقد رسمي، وفي الأحوال التي يتطلب القانون فيها الكتابة للإثبات مهما بلغ قيمة التصرف مثل عقد الكفالة[2]، ولا يجوز هذا الاستثناء بالنسبة للتصرفات الشكلية التي تكون فيها الكتابة مشترطة كركن لصحة التصرف،

1- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، **وسائل إثبات العقود الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 47.

2- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 152 و 153.

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد نص عنه في المادة 63 من قانون الإثبات وهو يماثل موقف المشرع الجزائري، ويرى بعض الفقه المصري أنه يمكن الاستناد للمادة 63 من قانون الإثبات لإجازة الاستناد للمستندات الالكترونية في الإثبات، حيث يعتبرون أن استخدامها في التعاقد عن طريق شبكة الانترنيت، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة كالتلكس والفاكس يعد مانعا ماديا يحول دون الحصول على الدليل الكتابي المعتمد من قبل القضاء.

كما يرى البعض أن متطلبات التجارة الالكترونية أصبح مانعا ماديا حقيقيا من شأنه أن يمنع الحصول على الدليل الكتابي[1].

أما المشرع الفرنسي فقد نص على هذا الاستثناء في المادة 1348 من القانون المدني، أما المشرع الأردني فقد نص عنه في المادة 30 الفقرة الثانية 02، وهي نفس الشروط في التشريعات سالفة الذكر إلا أنه أعطى أمثلة عن المانع الأدبي كعدم وجود محرر للكتابة بين الأطراف، ولا يوجد طرف ثالث يقوم بهذه المهمة بسبب الأمية مثلا أو وجود قوة قاهرة تمنع الحصول عليها، أما المانع المعنوي فمثاله القرابة بين الزوجين نظرا لقداسة العلاقة الزوجية[2].

وإذا ماحاولنا تطبيق مسألة المانع المادي على المستندات الالكترونية، وإعطاء أمثلة واقعية تعد موانع مادية نجد أن انتشار استعمال الحاسب الآلي في الوقت الحالي، وتوافره في كل الأماكن وتمكن الأفراد من استعماله حيث لايكاد يخلو منزل أو مقر ادارة منه، فاته يحول دون القول بأن هناك مانع ماي يتمثل في عدم وجود من يحسن الكتابة الالكترونية[3].

1- محمد الرومي، **المستند الالكتروني**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007، ص 60.
2- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 114.
3- نفس المرجع، السابق، ص 118 .

إلا أن هناك بعض الحالات يمكن القول فيها بوجود مانع مادي من الكتابة مثل وجود فيروس في جهاز الحاسب أو انقطاع التيار الكهربائي عنه بشكل مفاجيء.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن المانع المادي يفتح المجال واسعا لقبول وسائل الاثبات الالكتروني، حيث يستطيع القاضي اللجوء إلى الاستحالة المادية من الحصول على الدليل الكتابي في الحالات التي يكون فيها أمام دليل الكتروني تأسيسا على عدم إمكان تحقق الشروط اللازمة لإنشاء دليل كتابي مكتمل بسبب الطبيعة المادية للمستندات الالكترونية[1].

وهذه الطبيعة المادية الخاصة تعود لكون هذه المستندات الالكترونية تحرر وتحفظ على دعامات غير ورقية أي الكترونية، ولا ترى بالعين المجردة إلا من خلال شاشة الحاسوب الذي يتكفل بحفظها وتخزينها إلى أن يحين وقت الرجوع إليها[2]،

لكن هذا الرأي منتقد خاصة في ميدان التعاقد الالكتروني الذي لايكون في درجة الاستحالة المطلقة المانعة من وجود المستند الالكتروني، خاصة إذا كانت موقعة الكترونيا، لكن هذا الانتقاد لا يصلح في ظل القواعد التقليدية التي لا تعترف بالتوقيع الالكتروني.

كما أن التباعد المكاني بين أطراف العقود الالكترونية والذي يعد من أهم السمات التي تميز تلك العقود، يعتبر مانعا ماديا يحول دون الحصول على الكتابة[3].

1- Bernard Amory et Yves Pouliet, Le droit de la preuve, Face à l'informatique et à la télématique , Rev, Intern, Dr, Comparé, 1985, p 331.

2 - Alain Bensoussan, Contributions théoriques au droit de la preuve, dans le domaine informatique aspects techniques et solutions juridiques, Gaz Pal , 17-18 1991, doctrine, p 361.

3- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 252 و 253.

أما المانع الأدبي فهو يقوم على أمور نفسية أو اعتبار أدبي يمنع الشخص من التحصل على الدليل الكتابي، ونذكر بعض الحالات التي تجسد هذا المانع كالأتي:

1-صلة القرابة أو علاقة الزوجية:

ان علاقة القرابة كالبنوة أو الأخوة، والعلاقة الزوجية تعد من الموانع التي تحول دون الحصول على الدليل الكتابي لإثبات الوفاء بدين أو أي تصرف أخر، والأسباب متعددة ففي كثير من الأحيان ترجع إلى الثقة المتبادلة بين أطراف هذه العلاقات.

2-أعراف المهنة وعلاقات العمل:

قد تحول بعض الأعراف المهنية دون وضع دليل كتابي بين الأطراف، وكذلك يكثر هذا الأمر في علاقات العمل مثل علاقة رب العمل بعامله، وهي من الموانع الأدبية التي تحول دون وضع الدليل الكتابي بين أطرافها[1].

ويرى البعض من الفقه الفرنسي انه يمكن اللجوء للمانع الأدبي كسبب يبيح الاعتراف بوسائل الإثبات الالكتروني، بناء على القول بوجود استحالة معنوية تمنع الحصول على الدليل الكتابي في التعاقد الالكتروني سببهاالعرف الجاري العمل به في هذا المجال والمتمثل في اعتياد إبرام هذا النمط من العقود على دعامات غير ورقية أو اعتياد استخدام الوسائل الالكترونية عموما ضمن أعراف المهنة.

ورغم هذه المحاولات إلا أن الفقه الغالب يرى بعدم قبول هذا المانع في المجال الالكتروني، لأنه يرتكز على أمور نفسية تعود إلى الظروف التي تحيط بانعقاد التصرف أو إلى الرابطة التي تجمع بين الأطراف، بحيث من شأن هذه الظروف أو الرابطة منع الشخص من الحصول على الدليل الكتابي

1- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 156-157.

وهي الأمور التي لا يمكن تصورها دائما في التعامل الالكتروني، حيث لا يوجد مانع أدبي أو علاقة شخصية بين متعاملي شبكة الانترنيت[1].

وهذا ما دفع ببعض الفقه للقول بتطبيق المانع التقني كالخلل في منظومة التبادل الالكتروني للبيانات الذي يمنع من الحصول على الدليل الكتابي الالكتروني، ومتى استطاع الشخص الذي يدعي وجود هذا المانع إثبات هذا الخلل فانه يستفيد من هذا الاستثناء، وهو ما يسمح بحلول المانع التقني مكان المانع المادي والأدبي في الأحكام العامة للإثبات[2].

وفي اعتقادنا أن القول بوجود المانع المادي أو الأدبي ضمن القواعد العامة يصعب توافره في الحقل الالكتروني، وحتى وان سلمنا بتوافره فان هذا الاستثناء من شأنه أن يجعل منها دليلا ناقصا وليست لها حجية كاملة تماثل الممنوحة للدليل الكتابي خاصة إذا كانت ممهورة بالتوقيع.

جـ-قبول المستندات الالكترونية في حالة فقد السند الكتابي:

لقد أشار المشرع الجزائري في القواعد العامة لهذه الحالة في المادة 336 من القانون المدني، حيث أجاز الإثبات بالشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة، عند فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي خارج عن إرادته[3]،

كما نص المشرع الفرنسي على هذه الحالة في المادة 1348 من القانون المدني، أما المشرع المصري فقد نص عنها في المادة 63 من قانون الإثبات.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 255.

2- Gautier: De l'écrit électronique et des signatures qui s y attachent, JSP, 2000, 236 NO 2, p 120.

3- المادة 336 من القانون المدني الجزائري، المعدل بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005، الجريدة الرسمية رقم 44، ص 25.

والمشرع الأردني في المادة 30 الفقرة الثالثة 03 منها، وتتفق هذه التشريعات على ضرورة توافر شرطين للاستفادة من هذا الاستثناء أولهما سبق وجود السند الكتابي أي النسخة الأصلية في حيازة الدائن[1]، والذي يدل على وجود ومحتوى التصرف المدعى به، أما الثاني فيتمثل في توافر سبب أجنبي يخرج عن إرادته وأدى إلى فقدانه للدليل الكتابي مثل حالة الضرورة أو القوة القاهرة.

وقد حاول بعض من الفقه المصري والفرنسي تطبيق هذا الاستثناء وشروطه والخاص بالدليل الكتابي الخطي عل المستند أو الالكتروني محاولين إخضاعه للقواعد العامة، واعتمدو في ذلك على فكرة مؤداها أن الأجهزة التي تخزن وترسل عبرها المستندات الالكترونية محصنة ضد التعديل أو التغيير أو الإتلاف.

غير أنه يمكن فقد المستندات الالكترونية لأسباب استثنائية كالفيروسات التي تتلف برامج الحاسب الآلي، أو هلاك الدعامة التي تحمل عليها، وحسب هذا الرأي يمكن إعطاء هذا الشخص فرصة لإثبات التصرف بكل طرق الإثبات مثل القرائن المستقاة من النسخ المطبوعة على جهاز الحاسب الآلي.

لكن هذا الرأي منتقد ولا جدوى من الأخذ به لتعلقه بالشرط الثاني فقط، ويمنع الاستفادة من هذا الاستثناء الذي يقوم على شرطين معا هما ضرورة أسبقية توافر السند الكتابي في يد الدائن ووجود سبب أجنبي أدى لفقدانه له ولا يكون للدائن يد فيه[2].

1- اراميس عائشة، **الإثبات في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت**، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي، 2007/2006، ص 16.

2- حسن عبد الباسط جميعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنيت**، بدون دار نشر، القاهرة، مصر، 2000، ص 69.

وبالنسبة لهذه الاستثناءات ومدى استيعابها لوسائل الإثبات الالكتروني فقد صدر قرار عن مجلس الدولة الفرنسي، حيث أكد فيه أن اللجوء للاستثناءات الواردة على وجوب الإثبات بالدليل الكتابي للاعتراف بالدليل الكتابي الالكتروني هو منظور قاصر وغير حقيقي، ويشكل تهربا من واقع تقني مفروض[1].

وفي اعتقادنا أن اللجوء إلى استثناءات الدليل الكتابي والتي سار عليها أغلب الفقه في البداية لا جدوى منه، لأنه منظورناقص وتهرب من التعامل مع وسائل الإثبات الالكتروني وإضعاف واضح لدورها في الإثبات، مما يقف عائقا أمام مساواتها مع الأدلة الكتابية.

ولكن التطرق لهذه الأدلة المستحدثة ومعالجتها، ولو في ضوء الاستثناءات من قبل الفقه والقضاء هو موقف رائد يستحق التقدير، والملاحظ أنه هو الذي ساهم فيما بعد في الاعتراف التشريعي الدولي والداخلي بها.

الفرع الثالث

اللجوء لاتفاقات الإثبات

ان قواعد الإثبات تنقسم إلى قواعد إجرائية وأخرى موضوعية، فالقواعد الإجرائية تتعلق بإجراءات وقواعد آمرة لابد من إتباعها من قبل القاضي في مسائل الإثبات مثل أهلية الأشخاص والقواعد المتعلقة بالنظام القضائي، وهي أمور مرتبطة بالنظام العام ولا يختلف الفقه حول هذه النقطة فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

1- نفس المرجع السابق، ص 61.

أما القواعد الموضوعية والتي نحن بصدد دراستها في بحثنا والتي تتعلق بطرق الإثبات وعبئه ومحله فيمكن الاتفاق على مخالفتها، لعدم تعلقها بالنظام العام، وقد قضت محكمة النقض الفرنسي بذلك وضعت لفائدة الخصوم، ولكن بشرط عدم وجود نص قانوني يقضي بغير ذلك[1].

كما استقر القضاء المصري على هذا الرأي سواء كان اتفاق الأطراف صريحا أو ضمنيا، كما سار القضاء الأردني كذلك على نفس الهدي، حيث اعتبر قواعد الإثبات غير الموضوعية غير مرتبطة بالنظام العام، ومن ثم يجوز الخروج عليها والاتفاق على مخالفتها[2].

ويثور التساؤل في هذا المقام حول مدى إمكانية جواز هذه الاتفاقات في مجال الإثبات الالكتروني أي هل يجوز للأطراف الاتفاق على جعل المستندات الالكترونية ذات قيمة في الإثبات باعتبارها من الوسائل التي لم ينص عنها القانون في تلك الفترة؟.

وللإجابة على هذا التساؤل لابد من التطرق للنقاط الآتية.

-يتضمن الاتفاق في ميدان المعاملات الالكترونية مايلي:

أ/العقود التمهيدية:

هي عقود يبرمها الأطراف مثل التعاقد في شبكات الاتصال المقفلة التي تفترض وجود علاقات مسبقة بين أطراف العقد، حيث من مصلحة أطرافها الذين يمارسون الأعمال التجارية بشكل متكرر ومتواصل إبرام عقود الإطار أو رسالة التجارة الالكترونية، وهذه الأمور تتضمن اتفاقات من بينها منح وسائل الاثبات الالكتروني حجية في الإثبات.

1- عابد فايد عبد الفتاح فايد، **الكتابة الالكترونية في القانون المدني، الفكرة والوظائف**، مجلة الحقوق لجامعة حلوان، دار الكتب القومية، مصر، العدد الثامن عشر، يوليو، 2008، ص 155.

2- لورنس محمد عبيدات، **إثبات المحرر الالكتروني**، دار الثقافة ، الطبعة الأولى، الأردن، ص 95 و 96.

ب-اتفاقات التبادل الالكتروني للإثبات:

وتمنح هذه الاتفاقات لعملية التبادل قيمة اثباتية ملزمة، وهذا التبادل الالكتروني يكون محله أوامر الدفع وعمليات التحويل وغيرها من المسائل التي يمكن الاتفاق على إثباتها بالوسائط الالكترونية[1].

وقد أجاز القضاء الفرنسي الاتفاقات في مجال الإثبات الالكتروني بشرط أن يكون النظام الالكتروني يتميز بالديمومة "Fiable" وتكون فاعليته مؤمنة "Crédible"، ومن بين الأحكام المقررة لذلك الحكم الصادر عن محكمة النقض الفرنسي، والذي أقر بمشروعية الاتفاق حول كيفية إثبات نظام الدفع بما في ذلك التوقيع الالكتروني، وقد أجاز المشرع الفرنسي اتفاقات الإثبات في مسائل الكتابة الالكترونية من خلال القانون رقم 230 الصادر في 13-03-2000، إلا أن بعض الفقه الفرنسي يرى بعدم إتيان هذه المادة بالجديد حيث أبقت القواعد القديمة قائمة في التفسير[2].

كما يوجد حكم آخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية، والذي يعد بمثابة الانقلاب الصريح على الأفكار السائدة من ذي قبل في الإثبات وتحريرا لأحكامه لاسيما في المواد العقدية، حيث قضت فيه تلك المحكمة بأن الكتابة اللازمة لصحة التصرف القانوني يمكن تصور ورودها أو حفظها على أي دعامة بما في ذلك جهاز الفاكس، شريطة استجابتها لبعض الشروط كضمان سلامتها ونسبة هذه الكتابة لمن يدعى بها ضده أي مرسلها، وكذلك أن لا تكون محلا لأي نزاع، بالإضافة لعدم إنكارها من المدين.

1- ارامیس عائشة، مرجع سابق، ص 22.
2- عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 151.

ومتى تحققت تلك الشروط أمكن للقاضي اعتبارها دليلا قائما بذاته يصعب دحضه[1].

ولقد تعرض المشرع الأردني كذلك لإمكانية الاعتراف بالمستندات الالكترونية عن طريق اتفاق الأطراف عليها، وهذا في نص المادة 05 من قانون المعاملات الالكترونية المؤقت رقم 85 لعام 2002 والتي تنص على مايلي:"

أ-تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك،

ب-لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل الكترونية ملزما لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل"[2].

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في القانون المدني، وقد أجاز الاتفاق بين الأطراف في المعاملات البنكية على تحديد الطرق المناسبة لمعاملاتهم مثل اللجوء إلى البطاقات البنكية في الإثبات.

وبناء على ما تقدم فإن للأطراف جانب من الحرية في الاتفاق حول الإثبات الالكتروني، وبالتالي يصبح ذلك بمثابة قانون الأطراف، مما يمنح الحجية لوسائل الاثبات الالكتروني[3].

1- سلطان عبد الله محمود الجواري، **عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق**، دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010، ص 217.

2- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 120 و 121.

3- محمد زهرة، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات في المسائل المدنية والتجارية**، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، 1994، ص 454.

ولكن بشرط عدم حرمان أي طرف من حقه في الإثبات مثل العقود التي تجمع المحترف بالمستهلك فقد يكون موضوع الاتفاق يشكل شرط إذعان أو شرط تعسفي، مما يستلزم تدخل القاضي لإعادة التوازن العقدي ورد هذا الاتفاق إلى الحد المعقول، وهو الأمر الذي يعيق تطبيق فكرة الاتفاقات على الكتابة الالكترونية.

المطلب الثاني

الاصطدام بصعوبات الإثبات الالكتروني

بعد جهود الفقه والقضاء القيمة في محاولة استيعاب قواعد الإثبات التقليدية لوسائل الإثبات الالكتروني، والتي ساهمت في الاعتراف التشريعي بها فيما بعد، اصطدم الإثبات الالكتروني بحقائق تتعلق بمدى استيعاب القانون وقبوله للتقدم العلمي والتكنولوجي، وبالتحديد قابلية قواعد الاثبات التقليدية للتجديد الناتج عن التطور العلمي والتكنولوجي، وما نتج عنه من تغيير لفكرة المحرر الكتابي وسيتم التطرق لهذه الصعوبات على النحو الآتي:

الفرع الأول

الاشتراطات المتعلقة بنظام الإثبات

تنقسم طرق الإثبات كما أسلفنا سابقا إلى ثلاث نظم، نظام الإثبات الحر الذي يميزه جانب الحرية للأطراف في اللجوء إلى أي وسيلة من وسائل الإثبات لإثبات دعواهم دون التقييد بطريقة معينة كالكتابة، أما النوع الثاني فهو نظام الإثبات المقيد حيث يفرض فيه القانون على القاضي والأطراف إتباع طريق واحد للإثبات، أما النوع الثالث فهو نظام الإثبات المختلط الذي يتميز بالجمع ما بين محاسن النظامين السابقين.

وقد أخذ بهذا النظام المشرعان الجزائري والمصري متأثران بالتشريعات اللاتينية كالقانون الفرنسي والبلجيكي والايطالي، والمعمول به في هذه التشريعات والتشريع الجزائري هو تقييد الإثبات في العقود والتصرفات المدنية بطرق محددة.

أما في المسائل التجارية فالأصل فيها هو حرية الإثبات، وقد انعكس الأخذ بهذا النظام على الاشتراطات القانونية في هذه التشريعات وسيتم التفصيل في هذه المسألة على النحو الآتي:

أ-الشروط الخاصة بالمحررات الرسمية والعرفية:

قبل صدور القوانين المتعلقة بإثبات المعاملات الإلكترونية كان إنشاء المحررات الرسمية التي تحرر من طرف الموظف العام أو الضابط العمومي أو الشخص المكلف بخدمة عامة تشكل حاجز قانوني لقبول الوسائل الالكترونية في الإثبات.

أما بالنسبة للمحررات العرفية فإنها بعيدة عن المقتضيات الشكلية ولذلك فإن المساواة بين الدليل الالكتروني أو المحرر الالكتروني والمحرر العرفي التقليدي لا يصادف الإشكالات التي يتلقاها في نطاق المحررات الرسمية، ومع ذلك هناك بعض الإشكالات التي تواجه المساواة بين المحررات العرفية والمحررات الالكترونية سوف يتم تحديدها لاحقا.

ب-اشتراط الإعداد المسبق للمحرر الكتابي:

يشترط القانون المدني الفرنسي ضرورة إعداد الدليل الكتابي إذا كان التصرف القانوني يزيد عن مبلغ معين في بعض التصرفات، وقد نص عليه المرسوم الذي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي،

وبعد انضمام فرنسا إلى دول الاتحاد الأوربي وتوحيد العملة حدد المرسوم المبلغ 1500 يورو[1]، ما لم ينص القانون أو يوجد اتفاق بين الأطراف يقضي بغير ذلك.

كما نص المشرع الجزائري في القانون المدني على اشتراط الكتابة كدليل إثبات للتصرفات القانونية التي تزيد قيمتها عن مبلغ 100.000 دينار جزائري، وكذلك نص المشرع المصري على هذه المسألة في المادة 60 من قانون الإثبات.

ويعد الاشتراط المسبق لتحضير الدليل الكتابي من طرف أصحاب الشأن يقوم على وجود كتابة خطية موقعة على ورق مع اختلاف حجيتها ما بين الأصل أو النسخة أو صورة هذا الأصل، وهذه الأفكار التقليدية شكلت عقبات تحول دون الاستفادة من التطور الذي حصل في مجال الاتصالات وغيرها من وسائل الاتصال الالكترونية المستخدمة في انجاز المعاملات .

جـ-الاشتراط القانوني للتوقيع:

يعد التوقيع أهم ركائز نظام الإثبات لأنه يمنح المحرر حجية في الإثبات، ويقوم التوقيع حول فكرة مؤداها قيام الشخص بالإمضاء أو وضع الختم أو البصمة على المحرر، أي ترك علامة نستطيع بها الاستدلال على شخصية معينة وتمييزها عن غيرها، ويعبر بها عن موافقته على مضمون المحرر.

غير أن هذه الفكرة تصطدم بما جاء به الإثبات الالكتروني من تغيير لفكرة التوقيع طالما أن هذا التوقيع الحديث لم يحضى بعد باعتراف تشريعي يحدد شروط قبوله ومدى حجيته في الإثبات.

1-Décret n° 2004-836 du 20 aout 2004, Art 56 , Modifiant le décret n° 80-533 du 15 Julie 1980, pris pour l'application de l'article 1341 du code civile..

د-أصل المحرر في الإثبات الالكتروني:

إن قواعد الإثبات تفرق ما بين الكتابة أو المحرر الأصلي وبين صورته، بينما يصعب الأمر في المحررات الالكترونية بين المحرر الأصلي وصورته، وتحديد الفرق بينهما يتعلق بأمور تقنية محضة مثل أسلوب عمل أجهزة الاتصال الحديثة من حيث تعاملها مع البيانات المرسلة عبرها، حيث أن عملية الإدخال والتخزين والاسترجاع تتم في بيئة الكترونية يصعب فيها التمييز في سلسلة الرموز والحروف المستخدمة ما بين أصل الرسالة وصورها وفقا للفكر التقليدي للأصل الذي يرتكز على فكرة تدوين الكتابة على دعامتها الأولى.

وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى اعتبار الاشتراط الخاص بإلزامية وجود أصل المحرر وفق المفهوم التقليدي للأصل يعد عقبة كبيرة تواجه الأخذ بالدليل الالكتروني في الإثبات، وهذا لصعوبة الفرز ما بين الأصل والصورة في مجال البيئة الالكترونية[1].

الفرع الثاني

تحديات الأمن القانوني في الإثبات بالسندات الالكترونية

إن الإثبات الالكتروني يرتكز على وسائل اتصال تعتمد في الكثير من جوانبها على الإدخال اليدوي للبيانات، مثل السندات التي تصدر عن بعض الوسائل كالتيلكس والفاكس، والتي يتم التفصيل فيها لاحقا، وقد يكون الخطأ البشري المتعمد أو الغير متعمد واردا فيها بشكل كبير، وهذا ما يفتح المجال واسعا لتلاعب الأفراد.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 108.

كما يحول دون الأخذ بفكرة الإثبات الالكتروني في بداية ظهور هذه الوسائل[1]، وتلك المسائل تحتم علينا الخوض في العديد من النقاط نفصل فيها كالآتي:

أ- مبدأ عدم جواز اصطناع الشخص دليلا لنفسه:

الأصل أن صاحب الشأن يجوز له إقامة الدليل المثبت لحقه، فيجب أن يكون هذا الدليل والذي يحتج به على خصمه صادرا منه، فلا قيمة لما يقدمه الشخص من محررات ينسبها لنفسه ويحتج بها كدليل إثبات على خصمه، وهو تطبيق للمبدأ القائل: بأن الشخص لا يستطيع أن يصنع بنفسه لنفسه أسبابا لحق يكسبه[2].

غير أن هذا الأصل له استثناءات ومنها ما نصت عليه المادة 17 من قانون الإثبات المصري حول دفاتر التجار، التي تعد حجة للتاجر لما ورده لعملائه، غير أنها حجة ناقصة لابد من إتمامها باليمين المتممة التي توجه إلى أي من الطرفين، وتقتصر على ما يجوز إثباته بالبينة فقط، وهو نفس الموقف الذي أخذ به المشرع الجزائري.

وإذا طبقنا هذا المبدأ المستمد أصلا من قواعد العدالة نجده يقف عقبة في الأخذ بالإثبات الالكتروني، حيث نصطدم بالعديد من الصعوبات والتناقضات، ذلك أن المستندات الالكترونية يفترض صدورها عن الطرف الذي يملك الجهاز التي تم خزنها فيه، وبالتالي لا يمكن لهذا الطرف أن يحتج بها دون إقرار المدعى عليه بوجود هذه المستندات، وكذلك وجود الجهاز الذي تستخرج منه هذه المستندات في حوزة صاحبه وتحت سيطرته، مما يفتح المجال واسعا للتلاعب والتزوير فيها من قبل مالك الجهاز.

1- عباس العبودي، مرجع سابق ص 80.
2- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 112.

وقد يصعب اكتشاف التزوير لأن الأجهزة التي يرتكز عليها الإثبات الالكتروني تقوم على الجانب التقني وتتطلب الخبرة الفنية، ونستدل في ذلك على بعض الأحكام القضائية التي أخذت بهذا الرأي، مثل الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف الجزائية الفرنسية ست sete في 09 ماي 1984 في قضية تتعلق بسحب تم من خلال موزع أوتوماتيكي للأوراق المالية، حيث استندت فيه المحكمة للمادة 1322 من القانون المدني الفرنسي، فأقرت أن التزام المقترض بالرد لا يمكن أن ينتج إلا من توقيعه على سند يظهر التزامه المترتب عن استخدام الاعتماد الخاص به، ولا يستطيع البنك إثبات السحب الذي تم بالاستناد إلى توقيع الكتروني من طرف شخص احتج عليه البنك بالتوقيع لأنه يستند لآلة يمتلكها بنك المدعي والذي يسيطر عليها وتخضع كليا له.

وكذلك أقرت به محكمة التمييز الفرنسية التي قضت في قرار لها صدر في 1995/03/28 بقبول دفع قدمه أحد المشتركين في مجال شبكة القوائم الهاتفية مفاده إمكانية استعمال خطه الهاتفي من قبل الغير دون ترخيص منه، وإجراء المكالمات باسمه، وقد اعتبرت ذات المحكمة أن هذه الدفوع يمكن اعتبارها قرينة على عدم صحة الفواتير التي يمكن صدورها باسم هذا المشترك.

كما قضت ذات المحكمة في قرار آخر وفي قضية تتعلق بمدى قبول فيلم فيديو رقمي بوصفه وسيلة إثبات، حيث رفضت المحكمة هذا الفيلم كدليل إثبات لأنه لا يستجيب لشروط الأصالة والمصداقية حيث يسهل التحوير والتغيير والتلاعب بالمعطيات المسجلة عليه[1].

ب-مشكلات التعبير عن الإرادة والتحقق من هوية المتعاقدين في الحقل الالكتروني:

إذا كان التعبير عن الإرادة في العقود التقليدية يتسم بالسهولة والبساطة، حيث ان تلاقي الإيجاب والقبول لا يثير الصعوبات القانونية.

1- عباس العبودي، مرجع سابق، ص 88.

إلا أن الأمر يصعب في المعاملات الالكترونية وما يرتبط بها من مسائل الإيجاب والقبول وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد في إطار البيئة الالكترونية، لذلك لا بد من التأكد من وجود الإرادة لكي يكون العقد موجودا وصحيحا، وهي مسائل تظهر أهميتها عند المنازعات، وهو ما سوف ينعكس على إثبات هذا النمط من التعاقد.

كما تثير مسألة وجود الإرادة الصحيحة والخالية من العيوب والتي تتطلبها القوانين لصحة العقود التقليدية، إشكالات قانونية حول مدى وجودها في جانب عقود البيئة الالكترونية، ومدى أثر هذه البيئة في تعييب رضا المتعاقدين، فيمكن تصور مثلا عيب التدليس الذي نص عليه المشرع الجزائري في الباب الأول المعنون بمصادر الالتزام من الكتاب الثاني الالتزامات والعقود، وبالضبط ضمن شروط العقد في القسم الثاني، حيث قرر في المواد من 81 إلى 85 منه جوازية بطلان العقد للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري بشرط تحقق الشروط اللازمة، كما نص عنه المشرع المصري في المادة 120 و121 من القانون المدني.

وفي المجال الالكتروني يمكن القول أن التطور التقني والتكنولوجي الذي أفرزته ثورة الاتصالات والمعلومات قد جعل هذه المبادئ القانونية التقليدية تتلاشى، حيث تساوى أطراف العقد تدريجيا، ليحل محلها فيما بعد اللجوء لحماية الطرف الأقل خبرة فنيا أو اقتصاديا[1].

أما بالنسبة لمسألة التحقق من هوية المتعاقدين في المعاملات الالكترونية فهي جد هامة ودقيقة، حيث لا يمكن نفاذ أي عقد عند عدم تحقق ذلك، وإن كان هذا الأمر يتسم بالسهولة في المعاملات التقليدية فهو يختلف في المجال الالكتروني الذي لا يقتصر مجاله في حدود الدولة الواحدة، ويكرس الانفصال المكاني بين أطراف المعاملات.

1- خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الالكتروني**، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 56.

حيث لا يعرف المتعاقد شخصية من يقابله في الجهة الثانية للعقد، ومركزه المالي، وأهليته لإبرام العقد،ويتمثل المعيار في التعرف على هوية الأطراف في اللجوء إلى الجانب التقني مثل الأرقام السرية والذي يحقق معرفة المتعاقدين.

ويتضح مما سبق ذكره ان أراء الفقه والقضاء يؤخذ عنها تقزيم وسائل الإثبات الالكتروني في الاستثناءات الواردة على الكتابة، وهي حالات ضيقة وتخضع لشروط مشددة وفي بعض الأحيان للسلطة التقديرية للقاضي مما سيهدم لا محالة الدليل الالكتروني، أو يتم الاعتراف بهذا الدليل في ضل الاتفاقات المتعلقة بالإثبات، وفي هذه الحالة نصطدم بالقيود التي تضعها التشريعات حيث لا تجيز الاتفاق على مخالفة النص القانوني.

فإذا نص القانون على الكتابة الخطية فلا مجال لاستبعادها بالاتفاق على دليل أخر، ثم حاول الفقه اللجوء لمبدأ حرية إثبات المسائل التجارية لقبول وسائل الإثبات الالكتروني ويؤخذ على هذا الرأي اقتصاره كذلك على المسائل التجارية، والتي قوامها السرعة حيث لا تحتاج كثيرا للكتابة مع استبعاد المسائل المدنية.

وحتى في المجال التجاري هناك العديد من التشريعات من تقيد هذه الحرية باشتراط الكتابة الخطية المثبتة على دعامة ورقية، مما يستبعد اللجوء لوسائل الإثبات الالكتروني، أما فيما يتعلق باللجوء للمقدار المشترط الذي يختلف من تشريع لآخر فالأخذ به يجعل مجال الدليل الالكتروني محصور في معاملات بسيطة تضعف من قوته في الإثبات.

ورغم هذه الانتقادات الا أنــه في اعتقادنا ان موقف الفقه والقضاء من الإثبات الالكتروني في بداية ظهوره هو موقف رائد ويستحق التقدير، خاصة في غياب الاعتراف التشريعي في بداية ظهوره، وهو ما فتح الطريق للاعتراف التشريعي بالدليل الكتابي الالكتروني فيما بعد.

الفصل الثاني

مستجدات التقدم العلمي والتكنولوجي

المؤثرة على الدليل الكتابي

الفصل الثاني

مستجدات التقدم العلمي والتكنولوجي المؤثرة على الدليل الكتابي

لقد أفرز التطور العلمي والتكنولوجي تغير التواصل بين الأفراد من الشكل البسيط كالرسائل والبرقيات، الى نمط اخر يرتكز على السرعة والفنية العالية عبر بروز وسائل مستحدثة مثل الوسائل السمعية والمرئية كالهاتف والمصغرات الفيلمية، وكذلك جهازي التلكس والفاكس، حيث انتشر هذين الاثنين، ثم ظهرت وسائل اتصال حديثة وقد استعملت في انجاز العديد من المعاملات المدنية والتجارية(المبحث الأول)،

كما كان من بين أهم إفرازات عصر التقدم العلمي الذي نعيشه الآن، التطور الكبير الذي تشهده أنظمة المعلومات والاتصالات، وقد أدى دمج هذين النظامين إلى ظهور ما يسمى بشبكات الاتصالات أو المعلومات العالمية، وأبرزها شبكة الانترنيت ووالوسائل التي تستخدمها وتنجر عنها، وأهم استخدام لهذه الشبكة ووسائلها هو عملية نقل وتبادل المعلومات إلكترونيا من دون اللجوء إلى العالم الحقيقي أو المادي، وقد تم استغلال ذلك كأداة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات المدنية والتجارية، بين أشخاص متواجدين في مختلف أصقاع العالم، ولم يقتصر على ذلك بل امتد الأمر حتى لإثبات هذه المعاملات، وهذا النمط الجديد من أنماط التعاقد هو الذي اصطلح على تسميته فيما بعد بالعقود الإلكترونية (المبحث الثاني).

المبحث الأول

وسائل الاتصال كبيئة للكتابة الالكترونية

بعد أن كانت معاملات الأفراد تتم ببساطة والحضور المادي للاطراف وعبر الكتابة اليدوية المعصرة لحضور الأطراف وكذلك عبر الرسائل والبرقيات، تغير الأمر بظهور الثورة التقنية الحديثة والتي أفرزت وسائل جد متطورة بدأت بظهور التلكس والفاكس، ثم أعقبتها الوسائل الالكترونية المستحدثة كمخرجات الحاسب الآلي وشبكة الانترنيت والبريد الالكتروني، وأصبحت تلك الوسائل تستعمل في إبرام العقود والتصرفات والمعاملات المدنية والتجارية، وقد ثار جدل فقهي كبير حول قبولها في الاثبات.

المطلب الأول

الوسائل السمعية والمرئية

لقد أشار إلى بعض هذه الوسائل على سبيل المثال القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية لعام 1996 الصادر عن الأمم المتحدة في المادة 02 حينما عرف رسالة البيانات بأنها:" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"، وهو نفس التعريف الذي تضمنه القانون النموذجي الثاني الصادر بموجب القرار رقم 80/56 في الثاني عشر 12 ديسمبر 2001 عن الأمم المتحدة والمتعلق بالتواقيع الالكترونية.

الفرع الأول

الوسائل السمعية

1- الهاتف والتسجيلات الصوتية :

1-أ- الهاتف :

يعد حفيدا لجهاز ثاني يعرف باسم التلغراف هذا الأخير الذي يعد أول وسيلة اتصال عرفتها البشرية منذ القدم[1]، ويتميز التعاقد عن طريق الهاتف بأنه[2] :

- تعاقد فوري لا يحتاج زمنا لوصول تعبير أحدهما إلى الثاني.

- تعاقد مباشر حيث يتلقى كلا العاقدين كلام العاقد الآخر دون حاجة لوسيط آخر، والتعاقد فيه يكون باللفظ دون الكتابة مما يصعب الأمر في إثبات هذا التعاقد إذا ثار النزاع بين الطرفين.

والملاحظ على الهاتف أنه وسيلة سمعية فقط مما يدفع لإخراجه من نطاق دراستنا التي تعنى بالوسائل التي ترتكز على الكتابة في ثوبها الحديث، لكن سبب إقحامه في بحثنا هو ظهور شكل جديد للهاتف أنتجه التطور الحديث، وأصبح يمثل مصدر إحراج للتشريعات والفقه والقضاء نظرا لإمكانية تبادل الرسائل عبره والتي تمثل نصوصا غير خطية حديثة يمكن استخدامها في التعاقد أو بعض المعاملات التي تتلاءم معها.

1- الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص29.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية**، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، 2003، ص 17.

وهذا النمط الجديد يدعى الهاتف النقال الذي يعتبر من وسائل الاتصال المستحدثة، والتي ترتكز على الاتصال اللاسلكي بواسطة شبكة من الأعمدة الخاصة بالبث والموزعة على مساحات معينة لتغطية المناطق التي تثبت فيها.

وقد كان أول اتصال بهذا الجهاز من قبل العالم الأمريكي مارتين كوبر في عام 1973 والذي كان يشتغل كباحث في شركة موتورولا للاتصالات في الولايات المتحدة الأمريكية،

وقد ذاع استعمال الهاتف المحمول أو النقال كما يطلق عنه البعض في الوقت الحاضر حيث يستخدم في التعامل مع الأسواق والبورصات وكذلك في الحجوز ضمن الخطوط الجوية والطيران، وإبرام العقود، ويستعمل الهاتف النقال عن طريق تبادل الرسائل الالكترونية التي تختلف أنواعها والمتعارف عليه منها نوعان:

- الرسالة القصيرة أو "sms" :

وهي الشكل الأكثر انتشارا نظرا لقلة تكلفتها،

-رسالة : " multimédia message service "

تمتاز هذه الرسائل بطولها وارتفاع تكلفتها كما تتيح إرسالها بالصوت والصورة، ويلاحظ أنه في الجزائر تشير بعض الإحصائيات الصادرة عن وزارة البريد وتكنولوجيا الاتصال إلى أنه في عام 2006 بلغ عدد الأفراد الذين يملكون هواتف نقالة مزودة بخطوط تشغيل 6،18 مليون مشترك وبكثافة تغطية فاقت 56.4 %.

ثم صرح وزير البريد وتكنولوجيا الاتصال الدكتور بوجمعة هيشور للتلفزة الجزائرية ضمن حصة منتدى التلفزيون في يوم 19جانفي 2008 بأن عدد المشتركين في الجزائر بلغ في تلك السنة 27

مليون مشترك[1]، والأكيد أن العدد في ارتفاع متواصل خاصة مع التنافسية الشديدة بين المتعاملين في هذه الخدمة.

1-ب-التسجيلات الصوتية :

يقصد بها تسجيل المكالمات الهاتفية من أحد الأطراف دون إذن ورضى الطرف الثاني أو دون علمه، وقد زاد هذا الأمر انتشارا في معاملات الأفراد في مختلف أصقاع المعمورة بفضل التطور التقني الذي صاحب الهاتف التقليدي، والذي سمح بإجراء تسجيلات للمكالمات لكي يحتج بها طرف على آخر إذا ثار نزاع بينهما، وما دفعنا للتعرض لهذا الدليل رغم انه صوتي وليس كتابي أن عدة تشريعات وكذلك بعض الاجتهادات القضائية توسعت في مفهوم الكتابة ليشمل هذا الدليل كذلك، ونذكر منها على سبيل المثال قانون الإثبات السوداني الذي عرف المستند الكتابي بأنه مجموعة من البيانات التي يتم تسجيلها بطريق الكتابة أو الصوت أو الصورة، وعلى هذا الأساس هل يمكن اعتبار هذه التسجيلات من قبيل تطور لمفهوم الكتابة وما مدى الاعتراف بهذا الدليل؟

لقد اختلفت الآراء حول هذه القضية وتباينت التشريعات في إيضاح مدى مشروعية هذا الدليل في الإثبات، وقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي مثل الأستاذ كاريل Carel إلى اعتبار التسجيل الصوتي ليس فقط دليل كتابي بل أقوى منه في الإثبات على اعتبار أن تزوير الكتابة أمر سهل مقارنة بهذا التسجيل الذي من الصعب تزويره، وقد سارت محكمة النقض على هذا الرأي حيث أقرت بإمكانية اعتماد التسجيل الصوتي في الإثبات في الحالات التي لا يشترط فيها القانون الشكلية لإثبات التعاقد،

1- التصريح من وزير البريد وتكنولوجيا الاتصال السابق، الدكتور بوجمعة هيشور في حصة منتدى التلفزيون والتي تبثها التلفزة الجزائرية، ليوم 19 جانفي 2008.

وأن لا يمس التسجيل الحياة الشخصية، كما اعتبرته بعض المحاكم الفرنسية بأنه مبدأ ثبوت بالكتابة.

كما اعتبره قانون الإثبات الانجليزي لعام 1968 مقبولا في الإثبات حينما تعرض للمستند المعتمد في الإثبات بصفة عامة، والذي يشمل إلى جانب السند المكتوب الأدلة التي يتم تسجيلها بالصوت والصورة[1]، وقد اعتبرته إحدى المحاكم الانجليزية من قبيل المستندات العادية.

أما التشريعات العربية فقد امتنعت غالبيتها عن بيان مدى حجية التسجيل الصوتي في الإثبات، وذهب بعضها لتصنيفه ضمن المستندات العادية مثل قانون الإثبات السوداني لعام 1983 والذي ينص في المادة الرابعة والأربعون 44 منه على أن المستندات العادية تشمل البيانات المسجلة بطريق الكتابة أو الصوت أو الصورة[2].

ومما سبق ذكره نعتقد أن التسجيل الصوتي يمكن اعتباره من قبيل الكتابة الالكترونية الحديثة في مفهومها الواسع، والذي يشمل الرموز والأحرف خاصة في إثبات المعاملات التجارية التي تحتاج السرعة، وتغلب عليها السلاسة ويمكن أن يأخذ بهذا التسجيل في إبرامها، إلا أن المحاذير والانتقادات السابقة للتسجيل الصوتي تجعله يستبعد في الإثبات المدني.

2- الميني تل: Minitel

1- عباس العبودي، **الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني**، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2002، ص 45.

2- نبيل صقر- مكاري نبيلة، **الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص254.

ذاع هذا الجهاز في فرنسا بدءا من عام 1985 [1]، وهو يشبه جهاز الحاسوب لكنه أصغر منه نسبيا يتشكل من لوحة مفاتيح تشمل حروف وأرقام تماثل اللوحة الخاصة بالحاسوب وشاشة صغيرة، ولاستعماله يوصل بخط الهاتف حيث يوجه من خلاله المشترك أوامر الشراء أو البيع أو خلافه إلى شخص أخر يلبي طلبه.

ورغم انتشار هذا الجهاز في فرنسا إلا أنه لم ينل ثقة القضاء ولهذا قضت المحكمة الإدارية لمدينة ران Rennes أن تسجيل شخص لنفسه عبر هذا الجهاز في مسابقة قبل انتهاء أجل التسجيل لا يقبل، وأسست حكمها على أن هذه الرسالة لا توافق الرسالة الخطية المتعارف عليها.

كما لا يوجد نص قانوني يسمح بذلك كما أضافت بأن هذا الجهاز لايفصح عن نية حقيقية للدلالة على نية المتقدم للمسابقة، كما لا يمنح ضمانات كافية للرسمية، وقد دافع الفقيه الفرنسي HUET عن هذا الرأي، واستدل في ذلك على الأخطاء التي يمكن حدوثها عند انتقال المعلومات عبر هذا الجهاز.

وقد أعلن وزير النقل الفرنسي في رده على استفسار قدم له بشأن الإشكاليات والمخاطر التي قد تحيط بالعقود التي يتم إبرامها عبر هذا الجهاز، أن المتعاقد وحده هو الذي يدرك تماما في ضل أهمية وقيمة العقد المبرم وعلاقته بعميله الشكل الأنسب لإبرام واثبات هذه الصفقة[2].

3-المصغرات الفيلمية :

هي عبارة عن أوعية تخزن بها المعلومات وهي إحدى مخرجات الحاسب الآلي، وتستخدم

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 31.

2- حمد حسام محمود لطفي، **استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها**، بمون دار نشر، القاهرة، 1996، ص 61.

في تصوير وتصغير حجم المستندات المكتوبة الورقية للرجوع لها وقت الحاجة بعد تكبيرها إلى نمطها الاعتيادي وطباعتها على مادة ورقية، ولها مزايا كبيرة حيث تعمل على تقليص مساحات الحفظ للمستندات، وتجنب الأضرار التي قد تلحق بالمستندات الورقية مثل الضياع أو التلف وكذلك توفر اقتصاد في جانب النفقات[1].

كما لها العديد من أوجه الاستخدام حيث يمكن الاستفادة منها في طباعة وحفظ محاضر جلسات المحاكم وحفظ سندات الملكية العقارية وعقود الزواج، ولهذه المصغرات ثلاث أنواع وهي أفلام الفضة التقليدية والأفلام القابلة للتحديث وأفلام الفضة الجافة[2]، وقد زادت نسبة التطور في هذه المصغرات لاسيما في الوقت الحاضر فأصبح لها دور هام في تغير مصطلح الكتابة الورقية نظرا لما تتيحه من ضمانات.

وبالنسبة لمدى الاعتراف بالمصغرات الفيلمية في الإثبات، فقد تباينت المواقف التشريعية حولها بين مؤيد ومستبعد كما سوف نرى على النحو الآتي :

ففي ألمانيا تنبه المشرع لها وما تتيحه من تجنب لمخاطر التخزين للوثائق الورقية، وكذلك إرهاق الدولة في توفير المساحات والنفقات، ولكن قبول هذه المصغرات محاط بالمحاذير التالية:

-تشغيل المصغرات وفق المعايير المحاسباتية المتعارف عليها للأصل الورقي،

-مطابقة الصورة المخزنة للمستند الأصلي،

-إمكانية الاحتفاظ بالصورة الفيلمية لنفس المدة التي يتطلبها الأصل، وتضل قابلة للقراءة طوال هذه المدة.

1- عباس العبودي، مرجع سابق، ص 50.
2- نبيل صقر- مكاري نبيلة، مرجع سابق، ص 256.

وكذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون 12 جويلية 1980، الذي يجيز قبول المصغرات الفيلمية في الإثبات.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد صدر في لبنان قانون ظرفي مؤقت سنة 1977 والخاص بمرحلة الحرب وما انجر عنها من إتلاف وضياع مستندات الحالة المدنية للمواطنين، حيث أجاز هذا القانون اللجوء للمستندات المحفوظة على المصغرات الفيلمية ومنحها حجية خاصة[1].

ولقد تنبه المشرع الأردني لأهمية هذه المصغرات في النشاط البنكي حيث أجاز للبنوك مسك مصغرات فيلمية بدلا من أصول الكشوف التجارية، وهذا وفق نص المادة 93 من قانون البنوك الأردني، حيث مكن البنوك من الاحتفاظ لمدة يحددها القانون بصورة مصغرة بدلا من أصل المستندات أو المراسلات والإشعارات المتعلقة بنشاطها وتكون لها حجية الأصل في الإثبات[2].

وبعد استعراض هذه المواقف التشريعية نجد أن أغلبها يتفق على إصباغ الحجية في الإثبات للمصغرات الفيلمية إذا توافرت على ضمانات مواصفات التحميض والطبع والحفظ فيها ومطابقتها للأصل، وهذا خوفا من التزوير الذي يمكن أن يطالها، وبتحقق هذه الضمانات فتحوز هذه المصغرات على نفس حجية الأصل.

ورغم أن المشرع الجزائري سكت عن تنظيم الإثبات بهذه المصغرات، لكن في رأينا يمكن أن يأخذ بها ككتابة الكترونية تحوز على حجية المستند الأصلي الذي تم تخزينه وهذا للاستفادة من مزايا هذه المصغرات الهامة المتمثلة في قلة النفقات وعدم تطلب مساحات التخزين التي يتطلبها المستند

1- عباس العبودي، مرجع سابق، ص 57.

2- مراد محمود يوسف مطلق، **التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، الموسم الجامعي: 2007، ص 324.

الأصلي، خاصة مع تراكم هذا الأخير وتهلهله مع مرور الزمن وصعوبة البحث عنه خاصة إذا كانت العديد من المستندات مكدسة، ولكن لابد من توافر شروط معينة للأخذ بهذه المصغرات، كإمكانية مراجعتها على الأصل في أي وقت وطوال المدة القانونية التي يعتد فيها بالأصل، والتطابق التام بين الصورة المخزنة وأصلها، وكذلك وضوحها الكامل.

الفرع الثاني

جهازي الفاكس والتلكس

1-جهاز الفاكس:

يعرف كذلك بتسمية الفاكسيملي أي الصورة المطابقة للأصل، ويرمز له اختصارا (fax)، وقد تم تعريفه بأنه جهاز تصوير واستنساخ بالهاتف بواسطته يتم نقل المستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكل محتوياتها مثل أصلها[1]، كما يعرف بأنه جهاز وظيفته نقل الصور الثابتة من مكان إلى آخر عبر شبكات الهاتف[2]، ورغم أنه ذاع كثيرا وتم استعماله بقوة في بداية ظهوره إلا أنه تراجع في الوقت الحالي بعد ظهور وسائل اتصال مستحدثة كالحاسب الآلي وشبكة الإنترنيت.

ولقد تم استخدام الفاكس بين الأشخاص بشكل كبير، والسؤال المطروح في هذا المقام هل يمكن اعتبار المستندات التي ترسل وتستخرج عبر جهاز الفاكس من قبيل الكتابة الالكترونية؟ وهل ساهم هذا الجهاز في توسيع مفهوم الكتابة ليشمل دعامات غير خطية؟

1- الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص 30.

2- الياس ناصيف، **العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009، ص 12.

وللبحث في هذه المسألة لابد من البحث عن مدى اعتراف الفقه والاتفاقيات التشريعات الدولية، وكذلك القضاء بهذه الرسائل المرسلة عبر جهاز الفاكس، ومدى جواز استخدامها والإثبات بها كالآتي :

أ- الفقه :

يرى جانب من الفقه الفرنسي أن الرسائل المرسلة عبر جهاز الفاكس ليست لديها الحجية القانونية في الإثبات، لأن استخدامها لا ينطوي على أي ضمان من ضمانات الأمان التقني[1].

كما يرى جانب اخر من الفقه أن عنصر التحريف الذي يحيط بالرسائل التي يتم إرسالها عبر جهاز الفاكس، يجعلها لا تستفيد من التعديل التشريعي للقانون المدني الفرنسي والذي سمح بقبول صور المحررات العرفية في الإثبات متى تضمنت شرطي مطابقتها للأصل والاستمرارية، وعلى هذا الأساس فهذه الرسائل أدلة ناقصة لابد أن تتم بالبينة والقرائن.

ويرى آخرون بأن رسائل الفاكس لكي يأخذ بها لابد من تحقق نسبتها لمن يراد الاحتجاج بها عليه، وأيضا خلوها من كل تلاعب في مصدرها ومضمونها، ولكي يحدث هذا الأمر قامت بعض الدول الأوربية، بوضع طرف ثالث يمثل دور الوسيط الذي يعنى بالتثبت من سلامة هذه الرسائل وحقيقة إرسالها على غرار فرنسا والتي وضعت خدمات شبكة السويفت، هذا وينظر الفقه الفرنسي لرسائل الفاكس كدليل إثبات من زاويتين[2].

2- سلطان عبد الله محمد الجواري، مرجع سابق، ص 214.

2- محمد السعيد رشدي، **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008، ص 165.

أ-1- إذا لم يشترط القانون شكلا خاصا في إبرام التصرف مثل التعامل بين التجار، وكذلك إذا أجاز القانون إثبات تصرف قانوني معين بكافة طرق الإثبات،

أ-2- إذا كنا بصدد إثبات التزامات تفوق قيمتها المقدار المحدد للإثبات بشهادة الشهود، أو إذا تطلب القانون شكلا معينا يجب أن يفرغ فيه التصرف القانوني، وهذا مايجعل رسائل الفاكس يطالها الضعف ولا يلجأ إليها إلا على سبيل الاستئناس أو تتمة نقص الدليل المقدم، أو مثل الرسائل والبرقيات العادية العرفية غير المعدة للإثبات أصلا[1].

والملاحظ على الآراء الفقهية سالفة الذكر انه رغم تباينها واختلافها حول مسألة مدى قبول رسائل الفاكس في الإثبات، إلا انها تلتقي جميعها في الأخذ بهذه الرسائل وفق ما يتفق مع التشريعات المنظمة لمسائل الإثبات، ووفق الشروط التي تضمن صحة وسلامة هذه الرسائل، وهذا ما يفتح المجال للبحث عن المواقف التشريعية الدولية والداخلية وكذلك الاجتهادات القضائية حول هذه المسألة.

ب- الاتفاقيات والتشريعات والقضاء :

ب-1- الاتفاقيات :

ومن ضمن الاتفاقيات الأولى التي عنت برسائل الفاكس اتفاقية نيويورك المتعلقة بالتقادم في عقود البيوع الدولية للبضائع لعام 1972، حيث ورد في المادة 09 منها توسيع مصطلح الكتابة والذي يشمل جميع المراسلات التي ترسل عبر جهاز الفاكس أو برقية.

1- المادة 329 من القانون المدني الجزائري

وكذلك نجد اتفاقية فيينا الخاصة باتفاقية الأمم المتحدة لعقد البيع الدولي، حيث أجازت المادة 11 منها إمكانية إثبات العقد الدولي بأي وسيلة، ويدخل ضمنها الرسائل التي يتم إرسالها عبر جهاز الفاكس.

ويستثنى من تطبيق أحكام هذه الاتفاقية العقود المبرمة بين الدول الغير أعضاء فيها أو بين رعايا هذه الدول، وكذلك بعض أنواع العقود والتي تتمثل في عقود البيع الموجهة للمستهلكين والمتعلقة بالكهرباء والسفن والمراكب والطائرات[1].

وبعد استقراء هذا الكم من الاتفاقيات نجد أنها وإن اختلفت حول قيمة رسائل الفاكس في الإثبات والذي يعتريها بعض التخوف، لكنها تتفق جميعها في توسيع مفهوم الكتابة الذي لم يصبح مختزلا في الكتابة بخط اليد، وهو تطور يستحق الإشادة به وفتح المجال لعمل المشرعين المتواصل وكذلك القضاء لاحتواء هذا التطور وتأطيره من الناحية التشريعية، وكذلك من ناحية القضاء، وهو ما يجعلنا نبحث أكثر في مدى الاعتراف التشريعي والقضائي بهذه الرسائل.

ب-2- التشريعات:

بالرجوع للتشريع الفرنسي نجد بعض النصوص المتناثرة مثل القانون رقم 380 الصادر في سنة 1966 والذي يسمح باستعمال بعض الوسائل الميكانيكية على غرار جهاز الفاكس في انشاء الشيك والأوراق التجارية[2]، وكذلك يوجد القانون الصادر في 30 أفريل 1983 والمتعلق باستعمال الوسائط الالكترونية بديلا عن الدفاتر التجارية،

1- محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص 174.

2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص25.

وهذا النص وإن كان يتعلق فقط بالتعاملات التجارية، والتي تمتاز بالسرعة إلا انه يمكن تطبيقه في إثبات التصرفات المدنية.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، ومنها التشريع الجزائري فقد اعترف هذا الأخير برسائل الفاكس كدليل للإثبات في معرض تنظيمه للرسائل والبرقيات بصفة عامة، في المادة 329 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه:

"تكون للرسائل الموقع عليها قيمة الأوراق العرفية من حيث الإثبات، وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك، وإذا تلف أصل البرقية فلا تعتبر نسختها إلا لمجرد الاستئناس".

ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع منح لرسائل الفاكس والتي عبر عنها بالبرقيات نفس حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات، بشرط أن تكون موقعة ممن أرسلها وهو أمر بديهي لأن هذا من أهم شروط حجية تلك المحررات العرفية.

ويضاف لذلك الشرط تواجد أصل الرسالة لدى مكتب التصدير، وهو الذي يقدم خدمة الفاكس كمصلحة البريد والمواصلات، وإذا نفى الشخص الذي نسبت إليه هذه الرسالة إرسالها أو لم يكلف أحدا بإرسالها فهذه المنازعة تفقدها قوتها الثبوتية إذا قدم الدليل على ذلك، أما إذا اتلف أصلها المحفوظ تنزل هذه الرسالة إلى مجرد دليل لا يستند إليه إلا على سبيل الاستئناس.

أما المشرع المصري فقد عالج الرسائل التي يتم تبادلها عبر جهاز الفاكس في قانون التحكيم وبالظبط في نص المادة الثانية عشر 12 منه.

حيث أقر بأن اتفاق التحكيم يكون مكتوبا إذا تضمنه محرر موقع من الطرفان أو محرر تبادلاه برسائل أو برقيات أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة[1].

ونجد كذلك التشريع الأردني لم يتجاهل المسألة حيث نص في قانون البينات في المادة 13 الفقرة الثانية 2 على قبول رسائل الفاكس، حيث جاء في نصها :"

- وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني قوة الإسناد العادية في الإثبات، ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها أنه لم يقم بذلك أو لم يكلف أحدا بإرسالها"[2].

ويتضح من خلال نص هذه المادة أن المشرع الأردني اهتم برسائل الفاكس ولم ينكرها ومنحها منزلة المستند العادي أو الورقة العرفية في الإثبات، وقد اشترط لذلك إثبات المرسل إليه أن هذه الرسالة تنسب لمرسلها الذي يدعي بأنه قد أرسلها له، وعلى هذا الأساس فان إنكار المرسل إرساله لرسالة الفاكس أو عدم تكليفه لأحد من طرفه بإرسالها بفقد رسالة الفاكس حجيتها في الاثبات.

ب-3- القضاء :

توجد العديد من الأحكام والقرارات القضائية في فرنسا اعترفت بالرسائل التي يتم إرسالها عبر جهاز الفاكس وسوف نتعرض للبعض منها تباعا كالأتي :

- نبدأ بالحكم الصادر في 11 ديسمبر 1990 عن محكمة النقض الفرنسية عن الدائرة الجنائية حيث اعترفت فيه بحجية المذكرة التي أرسلها محامي إليها عن طريق رسالة مرسلة عبر جهاز الفاكس، وقد اشترطت في حكم آخر توقيع المرسل أو نائبه من أجل قبولها[3].

1- عطا عبد العاطي السنباطي، **الإثبات في العقود الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 205.

2- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 144.

3- محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 167.

- حكم أخر صدر عن محكمة النقض الفرنسية في 15 ديسمبر 1992، حيث نازع أحد الأطراف في مطابقة نسخة من مستند تم إرساله عبر الفاكس للأصل المفقود، وقد اعتبرت فيه المحكمة رسائل الفاكس بمثابة البينة الخطية ومنحتها حجية الأوراق العرفية في الإثبات[1].

- نجد كذلك حكم آخر صادر عن محكمة استئناف باريس الغرفة الثامنة بتاريخ 21 يونيو 1994 حول عقد المقاولة المتعلق بإصلاح السيارات، حيث لم يوجد ما يثبت العقد سوى رسالة الفاكس، وقد اعتبرتها المحكمة كافية لإثبات إبرام العقد[2].

أما بالنسبة للقضاء المصري فقد صدر عن محكمة النقض المصرية حكم في 22-06-2002 تحت رقم 1987، وجاء فيه أن المستند الذي يتم إرساله عبر جهاز الفاكس يعد مبدأ ثبوت بالكتابة شريطة وجود الأصل لدى المرسل ويمكن تكملته بشهادة الشهود أو بالقرائن[3].

ويعد موقف القضاء المصري قريبا من الواقع، حيث بعد تمحيص المخرجات الورقية لجهاز الفاكس، وباعتبارها كتابة تقليدية ينقصها التوقيع فتبتعد بذلك عن الكتابة العرفية والتي من بين أهم شروطها التوقيع، وعلى هذا الأساس لا مفر من اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة يستمد قوته ووجوده من توافر ورقة صادرة من الخصم أو ممن يمثله[4].

1- أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الالكترونية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 112، 113.

2- عايض راشد عايض المرى، **مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، الموسم الجامعي: 1998، ص 104.

3- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص22.

4- سمير عك عبد الفتاح، **الحجية القانونية لوسائل المعلومات المستحدثة في الاثبات**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، الموسم الجامعي: 1999، ص 127 و 128.

كما أن موقف القضاء المصري هذا ينظر للفاكس من زاوية ضيقة تجعله مجرد طابعة الكترونية لا تزيد وظيفتها المنوطة بها عن مجرد ما ينسخ من ذاكرتها من أوراق ومستندات، وهو موقف يتعارض مع التقنية التي يوفرها جهاز الفاكس.

أما في بالنسبة للتشريع الأردني فقبل تعديل المادة 13 من قانون البينات الأردني كانت محكمة التمييز لا تمنح الرسائل التي يتم إرسالها عبر جهاز الفاكس مكانة الدليل الرسمي في الإثبات، وتعطيها حجية الدليل العرفي في حدود ضيقة، حيث تذهب إلى أنها محررات أصبح التعامل بها والتخاطب بها شائعا وان عدم اكتسابها الصفة الرسمية لا يعني استبعادها من عداد البينات الخطية المنتجة في الإثبات.

وقد رفضت محكمة التمييز رأي محكمة الاستئناف بأن رسائل الفاكس ما هي إلا صور فتوستاتية لا تأخذ بها المحكمة لأنها صادرة عن المدعى ذاته ولا يلجأ لها كدليل إثبات، كما أعابت محكمة التمييز على محكمة الاستئناف كذلك كونها لم تدقق في هذه البينات قبل الحكم عليها بالقصور، إلا أنه بعد تعديل قانون البينات الأردني اعتبرتها بينة مقبولة في الإثبات بشرط ان تكون موقعة حسب الأصول المتعارف عليها، وفي قرار أخر رقم 1878- 2003 اعتبرت الفاكس الصادر من مالك السفينة والذي يقر فيه بحق المدعية عن مالحقها من ضرر هو إقرار يقطع التقادم [1].

وبعد الخوض في هذه الآراء النابعة عن القضاء الفرنسي وقضاء بعض الدول العربية نجدها وإن تململت قبولا ورفضا لرسائل الفاكس في الإثبات، لكنها تتقاطع مجملها في توافر الشروط والضمانات التي يشترطها القانون في الدليل الكتابي أو غيره، فمتى تحققت هذه الشروط يصح القول بحجية رسائل الفاكس في الإثبات.

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 145.

وفي اعتقادنا أن أصلح رأي هوهو الذي اعتبرها نسخة أصلية للمستند الأصلي متى أمكن التحقق من ذلك، كضرورة وجود النسخة الأصلية للمستند المرسل، وهو الموقف الذي تبنته عدة تشريعات للدول الأوربية وكذلك التشريع الجزائري، ولكي يتضح الأمر أكثر آثرنا أن نتعرض لبعض العيوب التي تطال رسائل الفاكس لكي يتأتى تفاديها.

- سهولة تغيير عنوان المرسل أو رقمه الهاتفي وتاريخ الإرسال، والتمكن من إنشاء إشعار بإرسال وهمي أو مزور[1].

- إرسال المستندات عبر جهاز الفاكس لا يفيد على وجه الدقة استلامها من الرسل إليه بقدر ما يفيد إرسالها من مرسلها فقط[2].

وحسب رأينا فان هذه المناقب التي تلحق بجهاز الفاكس وتضعف من شأنه كوسيلة إثبات هي أمور تقنية من الممكن تفاديها مع الدرجة الحديثة للأمان التقني وما منحه من ضمانات خاصة في جهاز الفاكس المقترن أو المثبت عل جهاز الحاسوب، أو الملحق بالوسائل الحديثة مما يدفع للثقة فيه، ويفتح المجال لإعماله في الإثبات، ويبعد كل تنازع حوله من قبل الأطراف التي تستخدمه.

وهذا ما يتماشى مع المفاهيم الحديثة للكتابة لأن المفاهيم التقليدية للإثبات بالكتابة والتي تحصرها في الكتابة الخطية، من شأنها دحر كل أجهزة الاتصال الحديثة التي لاترتكز على دعامة ورقية، والتي أصبح التعامل بها بشكل واسع ولابد من تأطيرها من الناحية التشريعية والقضائية.

1- عاطف عبد الحميد حسن، **مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 83

2- عباس العبودي، مرجع سابق، ص 21.

2-جهاز التلكس :

تتشكل كلمة تلكس من مقطعين " télé " أي البرقية و" X " ويقصد بها التبادل أي التبادل البرقي، ويصدق هذا الوصف على الوظيفة المنوطة للتلكس، أما جهاز التلكس من حيث الشكل فهو عبارة عن آلة طباعة الكترونية مبرقة تتصل ببدالة تعمل على طبع المعلومات الصادرة من المرسل وتكون باللون الأحمر أما المعلومات الصادرة من المرسل إليه فتكون باللون الأسود، وهذا مع بداية ظهوره واليوم أصبحت الرسالة الصادرة تكون مائلة لليمين أما المستلمة فتكون حروفها معتدلة وهذا لتسهيل التفرقة بين الرسالتين.

هذا ويستطيع كل مشترك في خدمة التلكس التواصل مع أي مشترك في الخدمة وفي أي مكان وإرسال إيجابه واستلام الرد، ويتم هذا بواسطة إدخال رقم المشترك المطلوب والذي تظهر بياناته على الجهاز خلال ثوان بعد هذه العملية التي تشبه التواصل في جهاز الهاتف ومثلما لكل مشترك في خدمة الهاتف رقم خاص به فلكل مشترك في خدمة التلكس رمز خاص، ولا يتم إرسال الرسالة إلا إذا تم إدخال الرمز الصحيح، أما بالنسبة للأشخاص الذين لا يملكون أجهزة التلكس وغير مشتركين في هذه الخدمة يمكنهم الاستفادة منها عن طريق المكاتب الخاصة التي توفر هذه الخدمة[1].

ويلاحظ أنه منذ ظهور جهاز التلكس وما أتاحه لمستعمليه منذ بدء التعامل به من قبل الأفراد وحتى الهيئات والمؤسسات التابعة للقطاعين العام والخاص، وقد حضي باهتمام الفقه والاتفاقيات الدولية والتشريعات وكذلك القضاء، مما يحتم التساؤل في هذا المقام على إمكانية الإثبات بواسطة الرسائل التي تمثل صورا للمستندات والرسائل الأصلية والتي يتم إرسالها عبر هذا الجهاز؟

1- نفس المرجع السابق، ص 59.

وللبحث في هذه المسألة لابد من البحث عن موقف الفقه والاتفاقيات والتشريعات الدولية وكذلك القضاء من الرسائل المرسلة عبر جهاز الفاكس، ومدى جوازالتعامل بها والإثبات بها كالآتي:

أ- الفقه :

يرى الفقيه الفرنسي Huet أن التلكس يمنح أمانا أكبر لأنه يوفر لنا عناصر الإثبات وقد حذر من عدم التمييز بين جهازي التلكس والفاكس[1]، كما يذهب جانب آخر منه الفقه الفرنسي إلى اعتبار رقم التلكس بمثابة التوقيع، مما يجعل للتلكس أولوية على جهاز الفاكس بالرغم أنه من الصعب القول بذلك، بالاظافة إلى سهولة الإثبات بجهاز التلكس لأنه يترك أثرا للعملية التي مرت عبره بخلاف جهاز الفاكس[2].

ب- الاتفاقيات والتشريعات:

ب-1- الاتفاقيات:

من أهمها نجد اتفاقية نيويورك المتعلقة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام 1972، حيث اشتملت على مصطلح الكتابة والذي يتسع كذلك ليشمل كل أنواع المراسلات الموجهة في شكل برقيات أو تلكس حسب نص المادة التاسعة 09 من الاتفاقية،

- اتفاقية الأمم المتحدة والموقعة بفينا التي تتعلق بالنقل الدولي للبضائع لعامة 1980، حيث ورد في نص المادة الثالثة عشر 13 منها أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة كذلك للمراسلات التي تتبادلها رعايا الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية والتي تكون في شكل تلكس أو برقية.

1- محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 172.
2- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 19.

- اتفاقية روما لعام 1985 والمتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية ونفاذها، حيث تنص المادة 11 منها على أن شرط التحكيم يجوز أن يرد في عقد أو في أي عملية تبادل خطابات أو برقيات[1].

- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستعمال الخطابات الالكترونية في إثبات العقود الدولية لعام 2005، وهذه الخطابات يمكن أن تكون عن طريق جهاز التلكس وهذا حسب نص المادة 04 منها.

وما يلاحظ على الاتفاقيات السابقة أنها اتفقت على توسيع مفهوم الكتابة المشترطة لإثبات المعاملات والتصرفات بين رعايا الدول الأعضاء فيها، وهو اعتراف ضمني بجهاز التلكس وبالرسائل التي تمر عبره، لكن الكتابة التي تقصدها الاتفاقيات غير واضحة هل هي كتابة عرفية أم رسمية وان أخذنا بهما معا فسوف نصطدم بمدى توافر أركانهما وشروطها في رسائل التلكس.

ب-2- التشريعات :

بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فإنه لا يختلف بين جهازي الفاكس والتلكس خاصة بعد تعديل القانون المدني الفرنسي واستجابته في ميدان الكتابة لكل الدعامات، وكل الأجهزة الالكترونية الحديثة التي تخزن فيها المستندات، إلا ان الإشكاليات تبقى مطروحة في الأخذ بالرسائل والمستندات التي يتم تبادلها أو إرسالها عبر جهاز التلكس هل تتفق مع الكتابة الخطية أم لا وهل توفر درجات الأمان التي توفرها الكتابة الخطية، وهي الصعوبات التي أرهقت المشرعين ورجالات القضاء وأصبحت تمثل مصدر قلق.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، ومنها التشريع الجزائري فقد اعترف برسائل التلكس كدليل معد للإثبات في معرض تنظيمه للرسائل والبرقيات بصفة عامة في المادة 329 من القانون المدني.

1- عطا عبد العاطي السنباطي، مرجع سابق، ص 215 .

ويظهر من نص المادة السابقة أن المشرع منح لرسائل التلكس والتي عبر عنها بالبرقيات نفس حجية الأوراق العرفية المعدة للإثبات بشرط توقيعها ممن أرسلها حتى تتوفر على شروط المحررات العرفية، ويضاف لذلك الشرط ضرورة تواجد أصل رسالة التلكس لدى مكتب التصدير وهو الذي يقدم خدمة التلكس.

أما إذا ادعى مرسل الرسالة أنه لم يرسلها أو لم يكلف أحدا بإرسالها فهذه المنازعة تفقدها قوتها الثبوتية بشرط تقديم الدليل على ذلك من الخصم، أما إذا اتلف أصلها المحفوظ حينها تنزل هذه الرسالة إلى مجرد دليل لا يستند إليه إلا على سبيل الاستئناس.

وبالنسبة للتشريع الأردني فقد تعرض لرسائل التلكس وفصل أكثر في المسألة في قانون البينات و بالتحديد في المادة 13 ف 3- أ و ب ، حيث جاء في نصها :

"3-أ-وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الالكتروني قوة الاسناد العادية في الإثبات ما لم يثبت من نسب إليه إرسالها أنه لم يقم بذلك، أو لم يكلف أحدا بإرسالها،

3-ب-وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه حجة على كل منهما....."[1].

ويظهر من خلال نص هذه المادة السابقة أن المشرع الأردني اهتم برسائل التلكس كدليل إثبات غير أنه ميز بين شكلين منها، أما الأول فيتمثل في الرسائل التي يتم إرسالها في ظروف عادية أي بدون دلالات توحي بهوية المرسل للرسالة مثل البيانات المدونة في الرسالة كاسمه أو عنوانه أو التوقيع الصادر عنه، وفي هذه الحالة لايكون لرسالة التلكس سوى حجية السند العادي في الإثبات شريطة عدم نفي مرسلها الذي نسبت له أنه أرسلها أو أنه لم يعهد لأحد بإرسالها.

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 140.

فان لم يقم بهذا أو لم يستطيع إنكار إرسال الرسالة فلا مجال لإهمال رسالة التلكس، ولابد من اعتبارها سند عادي إذا توفرت فيها شروطه، وهو نفس الحكم في رسالة الفاكس.

أما الشكل الثاني لرسالة التلكس هو الرسائل التي يتم تزويدها برقم سري ويكون ذلك محل اتفاق سابق بين المرسل والمرسل إليه، وفي هذه الحالة تكون الرسالة التي تم إرسالها عبر جهاز التلكس حجة على الطرفين لأنه تحقق علمهما بها.

ولكن السؤال المطروح لماذا ميَّز المشرع بين الشكلين مع أن ما يميز الشكل الثاني عن الأول هو توافره على رقم سري معلوم لطرفي الرسالة فقط؟

الجواب في اعتقادنا هو أن المشرع الأردني اعتبر الرمز السري الذي يعلمه طرفا الرسالة بمثابة توقيع يضفي على رسالة التلكس الحجية، ويمكن أن نعتد به مثل التوقيع المتعارف عليه بخط اليد أو بالبصمة في الكتابة العرفية.

ب-3- القضاء :

لقد اكتسب جهاز التلكس مكانة هامة في الإثبات ، وتمتع بقبول في مجال المعاملات وأقره بعض القضاء الذي اثر بأن لا يبقى أسيرا لقواعد الإثبات التقليدية كما سنرى على النحو الآتي:

-فرنسا:

يوجد حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية الأولى بتاريخ 20-04-1980، وأقرت فيه بأن الرسائل التي يتم تبادلها عبر جهاز التلكس تعد دليلا كتابيا مكتملا رغم خلوه من التوقيع الذي يعد ركنا من أركان الدليل الكتابي العرفي[1].

1- عباس العبودي، مرجع سابق، ص 265.

وفي هذه المسألة غموض كبير، فإذا طبقنا شروط الدليل الكتابي على رسائل التلكس وكانت مفتقدة للتوقيع، فما هو الحل لأن غياب هذا لتوقيع يجعل السند في حكم الأدلة غير المعدة للإثبات أم أن المقصود هو تعويض التوقيع بالرمز الذي يحتويه التلكس وهذا ما يقترب من المنطق.

وكذلك أجاز مجلس الدولة الفرنسي إرسال القرارات الإدارية عبر جهاز التلكس واعتبارها مثل القرارات الإدارية المتعارف عليها.

أما بالنسبة لموقف القضاء في الدول العربية فسوف نركز على البعض منها كالأتي:

- الأردن :

إن محكمة التمييز الأردنية أجازت في قرارها الصادر عام 1991 التعاقد عن طريق رسائل التلكس في الحالة التي يكون فيها المتعاقدان لا يجمعهما مجلس واحد، وهذا وفق المادة 102 من القانون المدني.

وبعد التعرض لأهم الآراء الفقهية والقضائية والتشريعية التي تعرضت لرسائل التلكس، يمكن القول أن رسائل التلكس هي من قبيل الأوراق العرفية ونتساءل عن شروط هذه الأخيرة ومدى توافرها في تلك الرسائل؟

إذا سلمنا بالمفهوم الواسع للكتابة يتحقق الشرط الأول للورقة العرفية، أما التوقيع فهو غير موجود في هذه المستخرجات والحل هو في اعتقادنا الأخذ بالمفهوم الحديث للتوقيع الذي أصبح عبارة عن رموز فقط، أو يتم الأخذ بهذه المستخرجات على سبيل الأسناد العادية غير الموقعة كدفاتر التجار الإلزامية أو الرسائل والبرقيات أي نأخذ بالرموز التي تنشأ عند استعمال التلكس في إرسال الرسائل عبره.

ورغم كل هذا التطور في جهاز التلكس وبدء تغير مفهوم الكتابة إلا انه تشوبه بعض النقائص كالبطء وعدم القدرة على إرسال التواقيع والرسوم التوضيحية عبره، وهذه النقائص لاتطال جهاز الفاكس مما يضيق نطاق التعامل بجهاز التلكس[1]، وقد بدأت هذه النقائص تزول ببروز وسائل الاتصال المتقدمة التي استجابت للتغيرات التي شملت المعاملات المدنية والتجارية مثل جهاز الحاسب الآلي، وشبكة الانترنيت ووسائلها التي تتيحها.

المطلب الثاني

وسائل البيئة الالكترونية

من بين أهم نتائج الثورة العلمية والتكنولوجية الحديثة في ميدان الاتصالات، ظهور وسائل اتصال أكثر دقة وتقنية تتمثل في جهاز الكمبيوتر أو الحاسب الآلي والذي من يتيح العديد من الوظائف كإنتاج المخرجات والحفظ للبيانات والمعلومات التي تتضمنها المستندات الالكترونية (الفرع الأول)، ثم أعقبه ظهور شبكة الانترنيت والتي تعد من أهم إفرازات التقدم العلمي والتكنولوجي والتي ساهمت في تغيير نمط التعاقد وتفعيل حركية التجارة الالكترونية، ويرتبط بهذه الشبكة وسائل متعددة كالبريد الالكتروني وشبكة الواب(الفرع الثاني).

1- الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص 30

الفرع الأول

مخرجات الحاسب الآلي

لقد ذاع كثيرا في الوقت الحاضر استخدام الحاسب الآلي، فلا نكاد نحصي هيئة إدارية أو مؤسسة أو شركة أو حتى بيتا من البيوت يخلو منه، وقد ساد الاعتقاد حاليا بأن الجاهل ليس هو من لا يجيد القراءة والكتابة بل هو من لا يجيد استخدام الحاسب الآلي ولا يتحكم فيه.

وقد اختلفت التسميات لهذا الجهاز منذ الوهلة الأولى لظهوره، حيث اعتمد مجمع اللغة العربية المصري اصطلاح الحاسب الالكتروني، أما المنظمة العربية للمواصفات فقد أطلقت عنه تسمية الحاسب الآلي، وفي اللغة الانجليزية يعرف باصطلاح كومبيوتر " Computer "، أما في اللغة الفرنسية فيعرف بالمنظم " Ordinateur "، وهي التسمية التي ابتكرها الأستاذ جاك بيريه في عام 1956.

وهذا الاختلاف في التسميات يعود إلى اختلاف اللغة التي تتم الترجمة منها وغياب الهيئات التي تعنى بالمصطلحات الحديثة فور ظهورها[1]، وقد عرفه البعض من الفقه بأنه جهاز الكتروني بإمكانه أن يقوم بكل العمليات الحسابية والمنطقية وفقا للتعليمات التي يتلقاها من مستخدمه، كما له القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات ومعالجتها في وقت قياسي، واسترجاعها عند الحاجة بسرعة[2].

1- عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت - لبنان، 2010، ص 23.

2- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 17.

وما يهمنا هو التدقيق في الوظيفة المناطة بالحاسب الآلي وليس التسمية التي تختلف من لغة لأخرى، وهو ما يجرنا للتساؤل عن مخرجات الحاسب الآلي التي تخزن في ذاكرته فيما تتمثل، وهل أعترف بها في ميدان الإثبات؟

إن الجواب على السؤال ينحصر في أن مخرجات الحاسب الآلي في ميدان الإثبات تدعى المحررات أو المستندات الالكترونية، فانتشار الحاسب الآلي جعل حامل المعلومات أو الدعامة الالكترونية يعوض الدعامة الورقية، هذا ولمخرجات الحاسب الآلي أنواع مختلفة تطورت تدريجيا وسوف نتعرض لها تباعا على النحو الآتي:

أ- المخرجات الورقية :

في بداية ظهور الحاسب الآلي كانت المخرجات الورقية عبارة عن شريط ورقي مثقب تخزن عليه، أو مخرجات ورقية متصلة[1]، وبعد التطور الذي لحق هذه المخرجات لورقية أصبحت تتمثل في الحصول على المعلومات المخزنة في الحاسب الآلي بواسطة جهاز الطابعة التي تتنوع حسب سرعتها وجودة ووضوح الطباعة الصادرة عنها وأفضل أنواعها التي تستعمل المواد الكيميائية أو أشعة الليزر في تكوين الحروف بواسطة توليفة من الالكترونيات[2].

والأصل أن المحررات المطبوعة على الورق بواسطة جهاز الطابعة والتي تمثل مجموعة من البيانات المخزنة في جهاز الحاسب الآلي لا تعد كتابة الكترونية لأن الكتابة الالكترونية هي التي تكون مخزنة في جهاز اتصال أو تخزين متطور وتتم قراءتها والاطلاع عليها عبر دعامة الكترونية كالشاشة التي تمثل جزءا من الحاسب الآلي العادي أو المحمول وحتى شاشة الهاتف النقال.

1- سمير عك عبد الفتاح، مرجع سابق، ص 132.
2- عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 75.

إلا أن هناك من يرى بأن اصطلاح الكتابة الالكترونية يتسع ليشمل هذه الأوراق المطبوعة وحتى المرسلة عبر التلكس والفاكس[1]، وعلى العموم سوف تتضح لنا المسألة أكثر عند تفصيلات الكتابة الالكترونية لاحقا،

ب- المخرجات الالكترونية :

تمثل الأجزاء التابعة للحاسب الآلي أو الملحقة به مثل الشريط الممغنط والأقراص الممغنطة وجهاز الماسح الضوئي وكذلك المصغرات الفيلمية، ويتم تخزين المعلومات والمعطيات عليها ليتم استخراجها والاطلاع عليها عبر شاشة الحاسوب أي عبر دعامة الكترونية غير ورقية، ونظرا لأهمية تلك الأجزاء نتعرض لها باختصار على النحو الآتي:

ب-1- الشريط الممغنط :

هو شريط بلاستيكي يوجد على أحد وجهيه مادة ممغنطة ويتم لفه على بكرة، وينقسم إلى مسارات كما يتم حفظه مثل أشرطة الفيديو في حافظات من البلاستيك، ومن مساوئه انه تتم قراءته كليا من البداية، وعدم القدرة على تعديل البيانات المخزنة عليه.

ب-2- الأقراص الممغنطة :

تمتاز بسرعة تداول وقراءة المعلومات المخزنة فيها، كما تستوعب أي تغيير أو تعديل فيها، وتتنوع هذه الأقراص فمنها :

1-القرص المرن :

1- Toh. See Kiat paperless, Internatioal Trade Law of Telematic, Data Interchange, Butterworths, Singapore, 1992, p 22.

تتم صناعته من مادة بلاستيكية رقيقة تغطى بمادة يمكن مغنطتها، وتختلف أحجامه وأنواعه وسعته ومع التقدم العلمي والصناعي يزداد تطورا من فترة لأخرى.

2-القرص الصلب :

هو قرص معدني رقيق يغطى بمادة يمكن مغنطتها، ويدعى بالقرص الصلب نسبة إلى صلابة سطحه الذي تتم عليه طبقة التغطية المغناطيسية والذي يصنع من الألمنيوم، ويوجد هذا القرص في كل الحاسبات الآلية، ومساحة التخزين فيه تفوق الأقراص الممغنطة.

3-المصغرات الفيلمية:

لا يقصد بها المصغرات التي تعرضنا لها سابقا فقط والمتمثلة في التصوير الفوتوغرافي للمستندات الورقية بواسطة تقنية التصغير، وإنما المقصود بها هو المعالجة الالكترونية للبيانات والتي تعمل عبر اتصالها بالحاسب الآلي إما بالاتصال المباشر به أو بالاتصال غير المباشر.

ويتضح مما سبق أن عرش الكتابة الذي كان ينحصر في خط اليد والمحرر الورقي الكتابي الملموس اهتز بفعل هذا الجهاز وبفعل التطور التقني والتكنولوجي الحديث، حيث لم يكن أحد من البشر يضن بظهور دعامات جديدة غير الدعامة الورقية المتعارف عليها[1].

وبما أن القاعدة القانونية تتأثر بهذا التطور ولابد لها من مسايرته لكي لا تبقى المعاملات خارج نطاق تغطيتها، مما حتم ضرورة التفاعل مع هذه المستجدات كما أسلفنا سابقا من ناحية الفقه والقضاء والتشريع بغية الاستفادة من هذا التطور الحاصل، ولهذا سارعت التشريعات وكذلك القضاء للاهتمام بهذه المخرجات الالكترونية.

1- عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 89.

والتطرق لهذه المواقف يكون مغزاه معرفة مدى الاعتراف التشريعي والقضائي بهذه المخرجات دون التعرض لحجيتها في الإثبات والذي نرجئه للباب الثاني من الدراسة.

بالنسبة للاعتراف بهذه المخرجات نجد أن قانون الأونيسترال الصادر عن الأمم المتحدة لعام 1996 والمتعلق بالتجارة الالكترونية قد أشار إلى المستندات التي تحرر وتخزن في جهاز الحاسب والتي عبر عنها بمصطلح رسائل البيانات، وهذا في المادة الثانية 02 منه، كما أجاز تبادل هذه البيانات الالكترونية والتي تحويها هذه الرسائل من حاسوب لآخر.

وكذلك نجد القانون المدني الفرنسي الذي تم تعديله ليستوعب هذا التطور للكتابة وفي البداية كان مع نص المادة 1348 من القانون المدني، والتي تم تعديلها ليعترف المشرع بالسندات الالكترونية المستخرجة من الحاسب الآلي ومنحها حجية نسبية في الإثبات، حيث أعفى وفق نص المادة السابقة من لديه هذه المخرجات الالكترونية من الإثبات بالكتابة.

وأجاز له الإثبات بكل الطرق العامة [1]، ثم نتيجة للتطورات التي لحقت بالكتابة تم تعديل المادة 1316 من القانون المدني والتي أصبحت تنص على أنه : "يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها، أو الوسيط الذي تنتقل عبره.

وكذلك نجد المشرع الجزائري قد تطرق لهذه المخرجات في المادة 323 مكرر من القانون رقم 10-05 المعدل للقانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه : " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي

1- عباس العبودي، **الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني**، مرجع سابق، ص 135.

تتضمنها، وكذا طرق إرسالها"، وهذا النص يقترب من نص المادة من 1316 القانون المدني الفرنسي ان لم نقل هو نسخة حرفية له.

أما المشرع الأردني والذي يعتبر من بين التشريعات الرائدة التي تعرضت لمخرجات الحاسب الآلي في قانون البيانات، وحتى في قوانين أخرى لاتهمنا في مجال الدراسة ولكن آثرنا التعرض لها من باب معرفة موقف المشرع الأردني، وعلى هذا الأساس فقد نص المشرع الأردني في قانون البينات الجديد لعام 2001 في المادة 13 على أنه :

" .....3 –جـ- وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات، ما لم يثبت من نسبت إليه أنه لم يستخرجها أو لم يكلف أحدا باستخراجها ".

وقد سبق هذا القانون نصوص أخرى تدل على اعتراف المشرع الأردني بهذه المخرجات مثل قانون الأوراق المالية لعام 1997 رقم 23 حيث نصت المادة 72 منه على جواز الإثبات بالبيانات والمستندات الصادرة بواسطة الحاسب الآلي في مسائل الأوراق المالية، ويدعم هذا الطرح قانون البنوك لعام 2000 رقم 28 حيث تنص المادة 92 منه على جواز الإثبات في المواد المصرفية بكل طرق الإثبات بما فيها البيانات الصادرة على أجهزة الحاسب الآلي[1].

هذا وقد تعرض كذلك المشرع في دولة الإمارات العربية لهذه المخرجات، وعلى وجه الخصوص في تشريع إمارة دبي رقم 02 لعام 2002 والمتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية في 02 منه والتي تنص:

1- يوسف أحمد النوافلة، مرجع سابق، ص 140.

"الحاسب الآلي هو جهاز الكتروني يتعامل مع المعلومات والبيانات بتحليلها وبرمجتها وإظهارها وحفظها وإرسالها واستلامها بواسطة برامج وأنظمة معلومات الكترونية، ويمكن أن يعمل بشكل مستقل أو بالاتصال مع أنظمة وأجهزة أخرى "[1].

أما بالنسبة للقضاء فقد تصدت بعض المحاكم لمخرجات الحاسب الآلي واعترفت بها ونذكر منها على سبيل المثال الآتي :

- القضاء في الإمارات العربية :

لقد أصدرت المحكمة الاتحادية العليا بأبوظبي قرارا رقم 29-14 في عام 1993 قضت فيه بأن الفواتير التي تستخرج عبر جهاز الحاسب الآلي مقبولة في الإثبات بالرغم من انه تم إعدادها من احد أطراف النزاع، واستندت في ذلك إلى أن الحاسب الآلي لا يسير وفق أهواء صاحبه ولا يتغير بالأهواء والميولات مثل شهادة الشهود.

كما قضت محكمة تمييز دبي في القرار رقم 181-1999 والصادر في عام 1999 في نزاع قائم بين الشركة العامة والشركة العربية لمواد البناء، حيث قضت فيه هذه المحكمة بأن المعلومات التي يتم استخراجها من الحاسب الآلي أو من أي وسيلة تقنية مستحدثة مثل تلك الموجودة في الدفاتر التجارية المعروفة[2].

1- صدر هذا القانون في 12 فبراير 2002 ويتكون من 39 مادة، وسبقه القانون رقم 01 لعام 2000 والخاص بمنطقة دبي للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية.

2- سامي بديع منصور، **نظام الإثبات في القانون اللبناني والتقنيات الحديثة**، مقال منشور على الموقع: WWW.Arablaw Info.com، ص 21.

أما جانب الاتفاقيات الدولية فنجد من أهم الاتفاقيات الحديثة والتي تعنى بالرسائل والمستندات الالكترونية اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الرسائل والخطابات الالكترونية في إبرام واثبات العقود الدولية لعام 2005، حيث جاء في نص المادة 4 في الفقرة 1 منها أنه :

" يقصد بالخطاب أي بيان أو إعلان أو مطلب أو إشعار أو طلب بما في ذلك عرض أو قبول يتعين على الأطراف توجيهه أو تختار ذلك في إطار تكوين العقد أو تنفيذه.."، كما ورد في نص المادة 4 في الفقرة 2 منها أنه :

" الخطاب الالكتروني يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل البيانات "، وقد وضح نص المادة 4 في الفقرة 4 المقصود برسائل البيانات هذه، أنها جميع المعلومات المرسلة أو المتلقات أو المخزنة على سبيل المثال لا الحصر، ويكون التبادل بين الأطراف عن طريق البرق أو الفاكس أو البريد الالكتروني"[1].

ويلاحظ على نص المادة من الاتفاقية انه قد وسعت مفهوم الكتابة المطلوبة في إثبات العقود لتشمل كل الأشكال المستحدثة والدعامات.

ويتضح جليا مما سبق ذكره أن الكثير من التشريعات والقضاء في أغلب الدول التي تعرضنا لها أصبحت تعترف بمخرجات الحاسب الآلي، سواء التي يتم تخزينها عبر إدخالها لذاكرة الحاسب الآلي عبر لوحة المفاتيح أو عبر إدماج بعض الأجهزة به كجهاز الماسح الضوئي أو الأقراص المضغوطة والمحملة بالمستندات والعقود وكل كتابة يتم اللجوء لها إذا ثار نزاع بين أطرافها، ويتم الوصول لها عبر عرضها على دعامة غير ورقية أي دعامة الكترونية مما أدى إلى توسيع مفهوم الكتابة.

1- فادي محمد عماد الدين توكل،**عقود التجارة الالكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010 ، ص 69.

ولا يتوقف وجود الكتابة في ثوبها الحديث على مخرجات الحاسوب الآلي فقط، بل ان تبادل الرسائل بين الأفراد بشكل الكتروني من حاسب لآخر أي التزاوج بين الحاسبات الآلية ولد شبكة لها دور كبير في انتشار المفهوم الحديث للكتابة.

الفرع الثاني

شبكة الانترنيت

إن مصطلح الانترنيت هو اختصار للكلمات (Inter com- munciation NetWork)، أي شبكة الوصل بين الشبكات أو شبكة الشبكات[1]، وتعرف الانترنيت بأنها عبارة عن شبكة معلومات تتكون من عدة شبكات، حيث يتم توصيل اثنين أو أكثر من الحاسبات الآلية ببعضها البعض في صورة شبكة معلومات التي تتضمنها هذه الأجهزة.

كما تم تعريفها أيضا بأنها مجموعة كبيرة من أجهزة الكمبيوتر والشبكات من كل الأشكال تربط الملايين من الأشخاص والرسائل والملفات[2].

أما من الناحية الفنية فتعرف هذه الشبكة بأنها ترابط بين مجموعة من الشبكات حيث تتكون الانترنيت من شبكات الحاسبات الالكترونية المتناثرة والمترابطة في أنحاء العالم ويحكم هذا الترابط ما يسمى بروتوكول تراسل الانترنيت[3].

1- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 22.

2-علاء حسين مطلق ا لتميمي، **الأرشيف الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، القاهرة، 2010، ص 9.

3- علي عدنان الفيل، **الإجرام الالكتروني**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2011، ص 26.

ويرجع ظهور هذه الشبكة إلى عام 1957 في الولايات المتحدة الأمريكية، وذلك إبان الحرب الباردة بينها وبين الاتحاد السوفياتي سابقا، حيث ظهرت كاجابة على التساؤل الذي يتمثل في كيفية ضمان استمرارية الاتصالات بين السلطات الأمريكية في حال قيام أي حرب نووية[1]، ولهذا فكرت الولايات المتحدة الأمريكية في إنشاء شبكة اتصالات متطورة تضمن استمرار تدفق المعلومات العسكرية والحكومية، وكذلك إرسال تعليمات التصويب من مراكز التحكم إلى القواعد الصاروخية تجنبا لأي هجوم نووي مباغت حتى في حالة تدمير جزء منها، مما يضمن لها استمرار التفوق على رأس بحوث الدفاع لاسيما وأن الاتحاد السوفياتي سابقا قام بإطلاق المركبة الفضائية سبوتنيك في عام 1957 [2].

ولإنشاء تلك الشبكة قامت وزارة الدفاع الأمريكية " البنتاغون" في عام 1969 بتأسيس وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة " مشروع أربا "، والتي أنشئت بدورها شبكة تعرف باسم أربانت (ARPA net) وقد كانت هذه الشبكة مخصصة للأغراض العسكرية فقط[3].

كما استطاعت ضمان الترابط الديناميكي بين أجهزة الكمبيوتر التابعة لها واستمرار اتصالها ببعضها حتى ولو دمر جزء من هذه الشبكة.

وفي عام 1972 لاقت الشبكة المنجزة نجاحا كبيرا وسمحت بتبادل الأبحاث والمعلومات بسرعة متناهية مما جعل الولايات المتحدة الأمريكية تعممها على كل الجامعات،

1- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، **أمن المعلومات الالكترونية**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص 7.

2- محمد أمين الرومي، **التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 25.

3- الصالحين محمد العيش، مرجع سابق، ص 35.

إلا أنها لاقت صعوبات تتمثل في اختلاف لغة التخاطب بين شبكاتها الفرعية لكن تم حل هذا الأمر عن طريق توحيد لغة التخاطب عن طريق ما يسمى بالبروتوكول، والذي يمكن من السماح لأي جهاز تابع للشبكة من التواصل مع أي جهاز أخر مهما كانت لغته.

وفي عام 1983 تم تقسيم شبكة الأربانت إلى قسمين أحدهما خاص بالمسائل العسكرية والثاني خاص بمسائل البحث والقطاعات العامة، وقد ساهم تبادل المعلومات بين الشبكتين في ظهور مصطلح الإنترنيت، ثم في عام 1986 تبنتها إداريا وماليا مؤسسة العلوم الوطنية الأمريكية"NSF " ، وأنشئت شبكة مماثلة للأولى تدعى" NSF net "، والتي أصبحت حجر الأساس لنمو وتطور شبكة الانترنيت، ثم قامت الحكومة الأمريكية بتمويل هذه الشبكة وأسست بديل تجاري لها يدعى شبكة الانترنيت في عام 1989، والتي فتحت للاستثمار في شتى الميادين[1].

وقد نشأ عن استخدام شبكة الانترنيت تكوين ما يسمى بالعصر الرقمي والذي نتج عنه العالم الافتراضي أو الفضاء المصطنع الالكتروني[2]، حيث يتم تبادل المعلومات والبيانات وإبرام العقود والمعاملات في هذا الفضاء بطريقة الكترونية، مما أتاح تبادل البيانات الكترونيا وازدهار الكتابة الالكترونية والتمكن من إبرام العقود عن بعد رغم اختلاف مكان العاقدين.

وشبكة الإنترنت عبارة عن هيكلية عامة لتبادل المستندات الرقمية، وقد صُممت أنظمة شبكاتها على شكل يخدم الجميع بشكل عادل، حيث أراد لها أساتذتها الأوائل مثل: جيروم سالتزر وديفيد كلارك وديفيد ريد وجون بوستل أن تضمن انتقال البيانات والمعلومات بشكل لا يميز بين

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص24.

2- خالد ممدوح إبراهيم، **إثبات العقود والمراسلات الالكترونية**، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2010، ص 07 .

الأشخاص الذين يقومون بإرسالها، ولا بين أنواع المعلومات المتدفقة عبر شبكاتها، ولا بين من يستقبلونها[1].

هذا وتعد شبكة الانترنيت حاليا وفق ما يراه الأستاذ ابستر دايسون وهو رئيس المؤسسة الالكترونية بسان فرانسيسكو، كالهواء الذي نتنفسه هذا الأخير الذي قد يكون نقيا أو ملوثا ففي هذه الشبكة الأشياء المحمودة الكثيرة مع إمكانية إبرام العقود بسهولة بين رعايا دول العالم هذا الأخير الذي أضحى في ضل تواجد هذه الشبكة كالقرية الواحدة التي يستطيع أفرادها التعامل والاتصال الدائم اليومي والمباشر يوميا[2].

كما أنها توفر لنا سندات الكترونية أكثر تطور من تلك التي يحملها جهازي التلكس والفاكس، وتمتاز بقلة التكلفة والاستعاضة عن الورق[3]، أما عن الزاوية السلبية لهذه الشبكة فتتمثل في انطوائها على أشياء ضارة حيث تسبب في حدوث العديد من الجرائم المعلوماتية، مما يتطلب تدخل الدول للتقليل من حدوثها وتوفير الحماية للمتعاملين بها[4]،

وكذلك قد يتم ابرام العقود عبرتلك الشبكة، مما قد يجعل الأمر ينطوي عل العديد من المخاطر مثل نقل التوقيع من محرر لاخر، مما يضعف حجية التوقيع،

1- محمد عبيد الكعبي، **الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، الموسم الجامعي: 2009، ص 17.

2- أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، بدون بلد نشر، 2002، ص 16.

3- رامي محمد علوان، **التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني**، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي،، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة 26، شوال 1423 ، ديسمبر 2002، ص 243.

4- عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، مرجع سابق، ص 29.

وينعكس سلبا على هذا النمط من التعاقد[1].

وبالنسبة لمدى انتشار خدمة الانترنيت عالميا تشير إحصائيات صادرة عن البيت الأبيض الأمريكي في النصف الأول لعام 1995 أن عدد مستخدمي شبكة الانترنيت بلغ 10 ملايين مستخدم، ثم وصل في عام 1999 إلى 140مليون مستخدم عبر العالم تقريبا،

وتحتل فيها أمريكا وأوربا وكندا أعلى نسبة تقدر بحوالي 78 % أي 130،08 مليون مستخدم بينما دول إفريقيا لا تفوق النسبة بها 1،1 مليون مستخدم.

كما تشير إحصائيات أخرى أن عدد المستخدمين في عام 2005 بلغ 150 مليون مستخدم عبر العالم ثم ارتفع إلى 206 مليون مستخدم حسب إحصائيات شهر جويلية 2010 [2]، كما تشير إحصائيات صادرة عن مجلة الانترنيت الخاصة بالعالم العربي إلى أن عدد مستخدمي شبكة الانترنيت قد بلغ 226 مليون مستخدم مع نهاية عام 2000[3].

وفي الجزائر عُرفت خدمة الأنترنيت في عام 1993 عن طريق مركز "Cerist"[4]، ثم صدر المرسوم التنفيذي رقم 98-257 لسنة 1998، والذي يضبط شروط اقامة خدمات انترنيت واستغلالها، ويعد أول نص قانوني يؤطر هذه الخدمة، وقد بدأت هذه الخدمة بعدد مشتركين متواضع ثم ارتفع حديثا.

1- E. Capriol, Securite et confiance dans le commerce électronique, Signature numerique et autorité de certification", JCP, 1998, p123.

2- محمد السيد عرفة، **التجارة الالكترونية عبر الانترنيت ومدى حجية المخرجات في الإثبات**، مقال مقدم ضمن مجموعة بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، 2004، ص 291.

3- مجلة انترنيت العالم العربي، العدد رقم 05، السنة الثالثة، 2006 ، ص 21.

4- معلومات مأخوذة من الموقع: file:///H:/09/blog-post-7370.html

حيث تشير بعض الإحصائيات أن عدد المشتركين في خدمة الانترنيت في الجزائر بلغ حوالي ثلاثة 03 ملايين جزائري في شهر جويلية 2006 [1]، وهو رقم مرشح للارتفاع سنويا، وتحتل الجزائر الآن المرتبة السابعة إفريقيا في مجال انتشار الانترنيت بعد كل من نيجيريا مصر والمغرب وكينيا جنوب إفريقيا وتنزانيا، وهذا حسب التقرير الخاص بدرجة انتشار الانترنيت والذي تم إعداده من طرف المؤسسة العالمية انترنيت وورلد ستيت [2].

وللتزود بهذه الخدمة يقع على عاتق العميل بعض الالتزامات التي تقابل التزامات الشركة أو الهيئة التي تزوده بهذه الخدمة، والتي تبدأ بطلب مقدم يحتوي على بعض المعلومات ومبلغ اشتراك شهري مع بعض التسبيق، كما هو معمول به في الجزائر التي تملك فيها شركة اتصالات الجزائر هذه الخدمة، وتزود العملاء بجهاز المودم الذي يثبت على جهاز الإعلام الآلي وهو جهاز يستخدمه المشترك في ربط حاسبه الآلي مع جهاز الهاتف الذي يحقق الاتصال مع أحد مزودي خدمة الانترنيت لتوفير ما يسمى ببرنامج الاتصال connexion [3].

ورغم مرور أكثر من عشرية كاملة على دخول هذه الشبكة إقليم الدولة الجزائرية إلا أنه مازال التعامل بها بين الأفراد قاصر على بعض الأمور البسيطة، كتبادل الرسائل العادية وتحميل الفيديوهات، وبعض الاهتمام من طرف بعض الأكاديميين من أجل الحصول على ما من شأنه إثراء بحوثهم العلمية والأكاديمية كبعض المؤلفات والمقالات والإحصائيات المنشورة عبرها.

1- Middele East Online.Com – 23-10-2006.

2- معلومات مأخوذة من الموقع:
file:///H:/09/modules.php.htm- الشروق أونلاين بتاريخ: الأحد 05 أوت 2012.

3- اراميس عائشة، مرجع سابق، ص 42.

أما المؤسسات والشركات فمعضمها لا تهتم بالتعامل بهذه الشبكة، ما عدى بعض الشركات التي تقوم بالدعاية لمنتجاتها وإعلان شروط البيع عبر مواقعها التي تتوافر في شبكة الانترنيت، مما انعكس سلبا على نمو التجارة الالكترونية في الجزائر، كما لا توجد أي إحصائيات رسمية للتجارة الالكترونية في الجزائر لاسيما من قبل وزارة التجارة والتي تعنى بهذا الملف.

وفي نفس السياق نجد أنه تم وضع مشروع للحكومة الالكترونية في الجزائر في عام 2004 وكان من المقرر إتمامه بعد عامين فقط، لكنه لم يفعل بصورة كلية لحد الساعة نتيجة لعدة مشاكل، ما عدا محاولات بعض الوزارات التي بدأت في التحول نحو الإدارة الالكترونية كوزارة الداخلية والتي أقامت مشروع رقمنة سجلات الحالة المدنية ومشروع بطاقة التعريف الوطنية وجواز السفر البيومتريين، وكذلك مشروع تحديث جهاز العدالة وتفعيل الخدمات الالكترونية كالوثائق الالكترونية.

وكذلك وزارة التربية والتعليم نجدها اتجهت للإدارة الالكترونية حيث أصبحت الآن التسجيلات تتم عبر الانترنيت، وكذلك معرفة نتائج مختلف الامتحانات والمسابقات، كما قامت وزارة البريد وتكنولوجيا الإعلام والاتصال بوضع مشروع بطاقات الدفع الالكتروني التي مازالت تعاني العديد من المشاكل ولم تطبق إلا جزئيا.

ولكن كل هذه المشاريع مازالت في المهد وتعاني من عدة مشاكل كنقص اليد العاملة المتخصصة والأجهزة والمعدات التي تتطلبها، كما أن هذه المجهودات مازالت متواضعة بالمقارنة بدول الجوار ونذكر منها على سبيل المثال بلد مثل تونس، و يعود السبب في عدم تطور الشبكة في الجزائر كذلك لوجود العديد من المشاكل التقنية والإدارية كعدم التوائم بين سلطة ضبط البريد والمواصلات والناشطين في مجال الانترنيت، أي المموّنين بهذه الخدمة مثل شركة ايكوس نات وشركة اتونات وقد هددو بتوقيف النشاط.

وكذلك مشاكل الإنقطاعات المتكررة وعدم التغطية الشاملة للتراب الوطني، وكل هذه المشاكل لابد من إيجاد حلول جذرية لها.

ويلاحظ أن شبكة الانترنيت توفر العديد من الخدمات ويمكن استغلالها في عدة مجالات ونذكر أهمها لاسيما ما يهمنا في جوانب الإثبات كالتالي:

1-خدمة إبرام عقود التجارة الالكترونية:

لقد لقي هذا النمط من التجارة اهتماما بالغا من المنظمات الدولية فعلى سبيل المثال تم عقد العديد من المؤتمرات من طرف منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية OESD، ونذكر منها مؤتمر إزالة العقبات أمام التجارة الالكترونية الذي انعقد بتركيا في نوفمبر 1997.

وكذلك المؤتمر العالمي الذي تم عقده بأتاوا تحت تسمية عالم بلا حدود، كما اهتمت غرفة التجارة الدولية ببحث بعض الجوانب الخاصة بالتجارة الالكترونية، ووضعت نموذجين للعقود الخاصة بهذا النمط من التجارة أحدهما على المستوى الدولي والثاني على المستوى الأوربي[1].

هذا وقد وصل حجم التجارة الالكترونية عبر العالم والتي تتم عبر شبكة الانترنيت إلى حوالي 160 تريليون دولار في عام 2002، ثم وصل حجم العقود الالكترونية المبرمة عبر هذه الشبكة إلى ما يقارب 40 % من إجمالي العقود الدولية المبرمة عام 2003[2].

1-Ravi Kalakota & Andrew B hinstone, Frontiers of Electronic Commerce, Addison, Wesley Publishing, 1996, p 16.

2- صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، **طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية**، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، ص 118.

وحسب دراسة صادرة عن المركز القومي المصري للبحوث فان حجم التجارة الالكترونية والتي تتم عن بعد خاصة عبر شبكة الانترنيت بين المؤسسات الأوربية قد قفز من 6،5 بليون دولار في عام 1997 إلى 268 بليون دولار عام 2002، بينما تزال التجارة الالكترونية في الدول العربية في بدايتها، وهذا على الرغم من مرور عدة سنوات على دخولها بالمقارنة مع الدول الأوربية التي قطعت شوطا كبيرا في مجال التجارة الالكترونية[1].

حيث لم تتجاوز نسبتها 95 مليون دولار في عام 1998 وتمارس من قبل بعض المؤسسات الشركات الخاصة والعامة وكذلك من طرف بعض الأفراد جزئيا فقط، حيث يقومون بالاطلاع على صور السلع وخصائصها وشروط البيع، ثم يلجأون في إبرام تلك العقود إلى الطرق التقليدية المتواترة[2].

والملاحظ أنه من أهم مقومات التجارة الالكترونية ارتكازها أساسا على الوسيط الالكتروني في إبرامها وإثباتها، حيث لا وجود لها من دونه[3].

2-شبكة الويب العالمية: World Wide Web

تعد هذه الشبكة من أهم الشبكات الموجودة على الانترنيت وتمثل مدخلا لها، ويشار لها اختصارا " Web".

1- عطا عبد العاطي السنباطي، مرجع سابق، ص 05.

2- صالح بوبشيش، **التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي**، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الموسم الجامعي: 2006/2005، ص 23.

3- Ray Port, Jeffrey & Bernard J.Jaworski, Introduction to Electronic Commerce, Mc Craw, Hill, 2002 , p 04.

وقد نمت هذه الشبكة بسرعة ملحوظة خلال التسعينيات المنصرمة من القرن الماضي[1]، وتتيح هذه الشبكة لمستخدميها الإبحار في شتى المواقع المحملة بملايين المعلومات من نصوص وخطوط وأشكال متعددة، وقد أصبحت مهيمنة على مظهر شبكة الانترنيت تقنيا وشكليا[2]، وقد سماها المشرع الجزائري خدمة واب واسعة النطاق وتطرق لتعريفها في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 98-275 [3] بأنها : "خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء لصفحات متعددة الوسائط «MULTMEDIA»، نصوص، رسوم بيانية، صوت أو صورة، موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة « Hypertexte » ".

3-رسائل البريد الالكتروني:

لقد تم تعريف البريد الالكتروني من قبل المشرع الفرنسي في المادة الأولى 01 من القانون المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الصادر في 22 يونيو 2004، والتي تنص على أنه:" البريد الالكتروني هو كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الظرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها ".

أما التشريع الأمريكي فقد نص عليه في القانون المتعلق بخصوصية الاتصالات الالكترونية والصادر في عام 1986 والمقنن في موسوعة القوانين الفدرالية الأمريكية،حيث عرفه بأنه وسيلة اتصال نستطيع عن طريقها إرسال الكترونيا كل المراسلات إلى المرسل إليه عبر شبكة خطوط

1- لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 08.
2- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص23.
3- المرسوم التنفيذي رقم 98-275 الصادر في25 غشت 1998 الموافق 3 جمادي الأولى 1419 يضبط شروط اقامة خدمات انترنيت واستغلالها، الجريدة الرسمية رقم 63.

تليفونية عامة أو خاصة، ويتم كتابة الرسائل على جهاز الحاسب الآلي في الغالب ثم يتم إرسالها الكترونيا إلى الحاسب الآلي مزود الخدمة، والذي يخزنها لديه ثم ترسل إلى الحاسب الآلي التابع للمرسل إليه[1].

ويبدو أن المشرع الفرنسي كان أكثر توسعا في تعريف البريد الالكتروني حيث بين مضمون هذا الأخير وهو الرسائل النصية والوثائق الالكترونية وهو ما يهمنا في دراستنا.

اما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص بأن البريد الالكتروني عبارة عن رسائل صوتية أو تلك المرفقة بصور أو أصوات، كما بين نص المادة كذلك وظيفة البريد الالكتروني، وهي عملية التحويل للرسائل من حاسب لآخر.

هذا ويعود ظهور البريد الالكتروني إلى عام 1960، لكن بدأ التعامل به بين الأشخاص مع بروز شبكة الأربانت والتي كان البريد الالكتروني يمثل فيها نسبة 70% من المراسلات، ويرجع الفضل في ظهور البريد الالكتروني إلى العالم الأمريكي راي توملينسون[2]، وللبريد الالكتروني أنواع منها البريد غير الموقع والبريد المذيل بتوقيع والبريد الموصى عليه، ويشار له اختصارا " E-mail ".

ومن مزايا البريد الالكتروني أنه يسمح بتبادل الرسائل الالكترونية بين الأشخاص وإرسال الرسالة الواحدة لأكثر من شخص عن طريق تقنية النسخ الكربوني أو التصوير غير المرئي المطابق للأصل[3]، كما يمكنهم من إبرام عدة تصرفات قانونية كالتعاقد عن بعد، وكذلك الرد على الخطابات الإدارية وإتمام بعض الإجراءات القضائية بسهولة وبسرعة وإمكانية إرسال الرسائل في أي وقت

1- عبد الهادي فوزي العوضي، **الجوانب القانونية للبريد الالكتروني**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص 13و 14.

2- خالد ممدوح إبراهيم، **إثبات العقود والمراسلات الالكترونية**، مرجع سابق، ص 151.

3- عبد الهادي فوزي العوضي، مرجع سابق، ص 20.

وحتى في أيام العطل الرسمية، و إذا ثار نزاع حول بعض التصرفات أو الإجراءات أمكن تقديمه أمام القضاء كدليل إثبات، ويعد نموذجا للبيانات المكتوبة والموقعة والتي يتم تخزينها وحفظها ونقلها عبر شبكة الانترنيت والكمبيوتر أي في بيئة الكترونية، ورغم كل هذه المزايا الا أنه يعتري البريد الالكتروني بعض المآخذ نذكر منها:

- إمكانية الاطلاع على الرسالة التي تم إرسالها من طرف مزود الخدمة ونسخها وهو انتهاك لحرمة الحياة الشخصية،

- إرسال البرامج المؤذية والفيروسات، أو رسائل غرضها الخداع،

- انتحال الشخصية عن طريق استعمال بريد ملك لشخص معين وإرسال الرسائل منه على أنها مرسلة من مالكه الحقيقي، وهو ما قد يسبب العديد من المشاكل لكن هذا الأمر قليل نظرا لضرورة إدخال الرمز السري، والذي لا يعلمه إلا مالك البريد الأصلي، وللبريد الالكتروني دور في الإثبات، فإذا ثار نزاع بين الأطراف يمكن اللجوء لهذا الدليل لاسيما إذا كان مذيلا بالتوقيع الالكتروني.

ويتضح مما سبق ذكره بشأن وسائل الاتصال الحديثة أنها غيرت العديد من المفاهيم القانونية لنظرية الإثبات ودفعت الى تجديدها حتى تتلائم مع التطور العلمي والتكنولوجي، كما فرضت تلك الوسائل أسلوبا جديدا للتعاقد لم يعرف من قبل، وهذا نتيجة لإقبال الأفراد في مختلف الدول على استخدامها، وكذلك ساهمت في تبلور فكر جديد لمفهوم مستحدث للدليل الكتابي.

المبحث الثاني

المفهوم الحديث للعقد

لقد ضل مفهوم العقد الكلاسيكي مسيطرا على النظريةالعامة للعقد مدة زمنية طويلة، إلا أن الثورة التقنية والمعلوماتية التي نشهدها اليوم غيرت من طفرة التعاقد الذي كان بسيطا يعتمد في انعقاده على الحضور المادي لطرفي العقد في مجلس واحد وإثباته يعتمد على الدعامة الورقية، إلى عقود الكترونية تبرم على دعامة الكترونية.

ورغم أن هذه العقود المستحدثة تخضع في تنظيمها للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد، الا أنها تتميز بكونها عقودا يتم إبرامها بين غائبين وباستخدام وسائط إلكترونية حديثة التي تعمل أليا وتلقائيا بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها، مما نتج عنه العديد من الصعوبات في إبرامها وإثباتها وهو مايهمنا.

ونظرا لحداثة هذا النوع من العقود و انتشارها الكبير خاصة على شبكة الانترنيت والإشكاليات التي تثيرها، بالاظافة إلى بروزها كعامل مهم في ازدهار التجارة الإلكترونية، هذه الأخيرة التي انتشرت في السنوات الأخيرة بشكل ملفت حيث تقدر بعض الدراسات حجم هذه التجارة بحوالي 20 % من حجم المبادلات التجارية العالمية[1].

وللوقوف على حقيقة العقد الإلكتروني لابد من وضع تعريف بشكل دقيق له مع محاولة التعرف على أهم سماته والتي جعلته من العقود الأكثر انتشارا في وقتنا الحالي (المطلب الأول)، ثم

1- مناني فراح، **أدلة الإثبات الحديثة في القانون**، دار الهدى للنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2008، ص 164.

نحاول التعرض للطبيعة القانونية لهذه العقود وتمييزها عن بعض العقود الأخرى المرتبطة بها (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني

يعتبر العقد الإلكتروني من العقود الحديثة لأنها جاءت نتيجة لاستخدام المعلوماتية ودخولها كافة مناحي الحياة، وعلى الرغم من الاختلافات التي تميزه عن العقود التقليدية فإننا نجد أن هذا العقد يقوم على أساس واحد هو أصل كافة العقود، وهو الرضا والمحل والسبب، وقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم موحد للعقود الإلكترونية ومرد ذلك تنوعها الشديد.

الفرع الأول

تعريف وسمات العقد الإلكتروني

لقد اهتم الفقه بالعقد الالكتروني منذ ظهوره مع اختلافهم في المفهوم، فمنهم من استند إلى صفة أطراف العلاقة القانونية وعرفها بأنها: " تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية الواردة على السلع أو الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وأخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"[1].

1- صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 11.

كما عرفه جانب من الفقه اللاتيني بأنه:"اتفاق يتلاقى فيه الايجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة سمعية أو مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل".[1]

وهناك اتجاه فقهي حصرها في نوع واحد من العقود وهي التي يتم إبرامها عبر شبكة الانترنيت حيث تم تعريفها بأنها: "كل العقود الالكترونية التي يتم ابرامها عن طريق اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[2]، ومن التعاريف كذلك ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه معتبرا أنه:"كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[3].

كما ذهب البعض من من الفقه إلى تعريف العقد عبر الوسائل الإلكترونية بأنه: " ذلك العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً، وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين"، ومن الواضح تأثر هذا التعريف بما أورده المشرع الأردني من تعريف للعقد الإلكتروني[4].

غير أن غالبية الفقه اهتم بالوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني، والتي عادة ما تكون عن طريق وسائل الاتصال الحديثة.

1- أميرة حسن الرافعى، **التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية، في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2012، ص36.

2- محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 18.

3- عبد الفتاح بيومي حجازي، **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، 2002 ، ص49.

4- عادل عبد الحميد المطر، **التراضي في العقد الالكتروني**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2009، ص 32.

حيث أن له صور عديدة في مقدمتها أشكال التعاقد التي تتم باستخدام الكمبيوتر، وهو ما ظهر جليا في تعريف معظم الفقهاء للعقد الإلكتروني، وهناك من يرى بأن هذا العقد فرضه التطور التقني، هذا الأخير الذي لا يتوافق مع العقود التقليدية الورقية، والتي بدأت تتراجع شيئا فشيئا بسبب التكنولوجيات الجديدة للاعلام الألي[1].

أما بالنسبة للتشريعات الداخلية فنجد على سبيل المثال المشرع المصري سار في نفس الاتجاه في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 وعرف العقد الإلكتروني بأنه:"كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما، أو يتم التفاوض أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني.

وفي ذات المدلول حدد المشرع الأردني في قانون رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية في المادة 2 أن المقصود بالعقد الإلكتروني هو ذلك الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا.

إلكترونية كليا أو جزئيا، أما وسائل إبرام العقد فحسب هذا القانون هي: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها"[2].

2- Laurent Granier, L'authenticité notariale électronique, Mémoire de L'obtention Du Diplôme supérieur Du Notariat, L'Université De Montpellier l, Année Universitaire 2003- 2004, P 1. WWW.droit-tic.com

2- محمد فواز المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص 25.

أما المشرع الإماراتي في القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية فقد عرف المعاملات الإلكترونية دون العقد الإلكتروني بأنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية.

وهو نفس ما سلكه المشرع التونسي في القانون 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، وهذا بتحديد المقصود بالمبادلات الإلكترونية فقط بأنها: "..... التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية ،كما حدد المقصود بالتجارة الإلكترونية: "...العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية ".

وقد تطرقت التشريعات الدولية للعقود الإلكترونية تحت مفهوم عقود البيع عن بعد، فبالنسبة للقانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية[1]، فقد نص في المادة 2 على أنه: "يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استخدامات المعلومات الإلكترونية.

ويستوي بذلك أن تشمل إبرام العقود أو مختلف الأعمال التجارية، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يستخدم في التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين الوسائل المحددة في المادة 2 ف أ، و 2ف ب من القانون النموذجي وهي كالأتي:

---

1 - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10، أما الباب الثاني فيتكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.

-نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد،

-نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية،

-النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الانترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

ويظهر مما تقدم أن شبكة الانترنيت حسب هذا القانون، ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد وممارسة التجارة الإلكترونية، لان حصر مفهوم العقود الإلكترونية في شبكة الانترنيت يعد ناقصا، إذ يمكن أن تنشأ هذه العقود عبر الشبكات المغلقة الانترانيت، بل قد تشمل وسائل أخرى مثل جهازي التلكس والفاكس.

ويرى سواد الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الالكتروني، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في تعداد وسائل إبرام هذه العقود.

أما التوجيه الأوروبي الصادر عن البرلمان الأوربي بتاريخ 20 ماي تحت رقم 97-07 في عام 1997، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود التي يتم إبرامها عن بعد، فقد نص في مادته الثانية على تعريف عقد البيع عن بعد بأنه :

"كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات، يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع أو تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد باستخدام عدة جمل تقنية للاتصال عن بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه"[1]، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها :

1- أميرة حسن الرافعي، مرجع سابق، ص 36.

"كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

ويلاحظ مما سبق ذكره أنه على الرغم من الجهود الكبيرة التي بذلت سواء من جانب الفقه أو التشريعات في وضع تعريف شامل مانع للعقد الإلكتروني، فإن هذه التعريفات تبقى ناقصة.

فمن ناحية أولى فإن بعض هذه التعريفات ارتكزت فقط على تكوين العقد من دون الاهتمام بمرحلة تنفيذه، على الرغم من أن تلك المرحلة الأخيرة هي التي تميز العقد الإلكتروني التي تتم عبر أجهزة الكمبيوتر.

كما أنه من ناحية ثانية مجرد الاهتمام بالطابع الدولي للعقود الإلكترونية أثناء تعريفها غير مجدي، وهذا لكون شبكة الانترنيت تتجاوز الحدود الجغرافية لكل دولة من العالم، فقد يكون العقد الإلكتروني دوليا أو وطنيا حسب موقع الأشخاص المتعاقدين، وعليه يمكن تعريف العقود الإلكترونية بأنها:

"تلك الاتفاقات التي تنشأ بين شخصين ينتميان إلى إقليم دولة واحدة أو دول مختلفة من خلال وسائل الاتصال عن بعد وعبر وسائط إلكترونية بصفة كلية أو جزئية".

-سمات العقد الإلكتروني:

يستفاد من خلال التعاريف السابقة للعقد الإلكتروني أن أهم ما يمز العقود الالكترونية الأتي:

1-العقد الإلكتروني من العقود التي يتم إبرامها وتنفيذها دون التواجد المادي لأطرافها :

يظهر الاختلاف جليا بين العقود الإلكترونية والعقود التقليدية، إذ تتسم هاته الأخير بطابع المواجهة بين المتعاقدين عند تبادل الإيجاب والقبول كقاعدة عامة، في حين تتسم العقود الإلكترونية بكونها تتم بين غائبين حيث أصبح التواجد افتراضي.

فلا وجود فيه لمجلس العقد بالمعنى التقليدي أو مفاوضات جارية للاتفاق على شروط التعاقد، وهذا مايظهر العديد من الإشكالات من عدة نواحي:

- أولاها مسألة إثبات هذا التعاقد الذي يتم إبرامه عبر وسائل لا ترتكز على الدعامة الورقية، وتصطدم مع قواعد الإثبات التقليدية[1]، فهذا النمط من التعاقد يشكل حالة استثنائية، تجعله لا يتوافق مع التنظيم المجتمعي في الفترات السابقة.

- أما الثانية فهي مسألة زمان ومكان انعقاد وتنفيذ هذا العقد، ويرى فيها جانب من الفقه أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث زمان انعقاد العقد وصحته، أما المكان الذي ينعقد فيه العقد فيعتبر تعاقدا تم بين غائبين[2].

وبالإضافة إلى ذلك فإنه قد يتم تنفيذ العقد الإلكتروني بنفس الطريقة ودون انتقال أطرافه إلى مكان معين ومن أمثلته عقود الخدمات المصرفية والتعليمية والاستشارات[3].

كما اشترط البعض الأخر من الفقه احترام القواعد الخاصة بحماية المستهلك إذا ما انعقد العقد بين مهني وبين طرف ثان لا يتعاقد في نطاق نشاطه المهني[4].

غير أنه يوجد جانب من الفقه من يستبعد فكرة البعد بما أن التكنولوجيا الحديثة توفر قدرا كبيرا من عنصر التفاعلية وتمنح للأطراف المتعاقدة الحرية الكاملة في السيطرة على إرادتها[5].

1- Laurent Granier, op cit , p 36,

2- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 34

3- لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 28.

4- أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 41.

5- عمر خالد زريقات، **عقد البيع عبر الإنترنيت دراسة تحليلية**، دار الحامد، الطبعة الأولى، بدون بلد نشر، 2007، ص 69.

2-العقد الإلكتروني نوع من المعاملات الإلكترونية:

فهو يتميز عن العقود التقليدية من حيث وسيلة إبرامه، إذ غالبا ما يتم عبر شبكة الانترنيت أو عن طريق وسيط إلكتروني،

وهذا مايمنحه نوعا من الخصوصية تفرده عن باقي العقود، مما يؤثر بشكل مباشر على نظامه القانوني وتفرد له نصوص قانونية خاصة به تخرج به على القواعد العامة، وهو ما يجعل بعض أحكام قانون العقود التقليدية لاتتلائم معه[1].

خاصة في مجال الإثبات ووسائل الدفع، إلا أنه لا يختلف في موضوعه عن العقد التقليدي فهو يرد على كل شيء يباح التعامل به، ولا يكون محددا بأشياء أو سلع أو خدمات معينة.

وبالتالي فلا خلاف بأن العقد الإلكتروني هو من قبيل المعاملات الإلكترونية وهو ما نصت عليه المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني حيث عرفت كل من المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، إلا أن هناك جانب من الفقه من يرى أن العقد الإلكتروني لا يفترض دائما أن يتم تنفيذ جميع مراحله بشكل إلكتروني، مثل بيع خزانة أو منتوج معروض على شبكة الإنترنيت، فهو عبارة عن عقد إلكتروني لأنه تم عبر شبكة الإنترنيت إلا أن التسليم يتم بشكل تقليدي[2].

1- فريد منعم جبور، **حماية المستهلك عبر الانترنيت ومكافحة الجرائم الالكترونية، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010 ، ص 39.

2- Henri Capitant, Arnaud Raynouard :Le contrat électronique la Formation du contrat électronique, université Panthéon -Assas (pais II), tom V, Toulouse, 2000, P 50.

3-العقد الإلكتروني لا يتمتع بالصبغة الدولية دائما:

على الرغم من ارتباط العقد الإلكتروني بشبكة الإنترنيت العالمية وعدم اعتراف هذه الأخيرة بالحدود الجغرافية بين دول العالم، مما جعل معظم الدول في وضعية اتصال دائم ومتواصل، وخاصية التدويل لهذه العقود تطرح العديد من المسائل المتشابكة، كمسألة التثبت من هوية المتعاقدين ومدى تمتعها بالأهلية القانونية، وكذلك تحديد المحكمة المختصة إذا أثير نزاع حول العقد وكذلك مسألة اختيار القانون الواجب التطبيق[1].

إلا أن العقود الإلكترونية لا تعد في كل الأحوال من العقود الدولية، إذ نجد أن غالبية هذه العقود تتسم ببعدها المحلي، حيث لا يكون مصدرها الاتفاقيات الدولية ومبادئ احترام القانون الدولي بقدر ما تكون دوافعها ذاتية من منطلق حرص كل دولة بالسعي نحو الارتقاء باقتصادها الوطني[2].

غير أننا نجد البعض من الفقه يستبعد الطابع المحلي للعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنيت و يعتبرها من العقود الدولية، فلا حدود فاصلة بين العقود الدولية والعقود الداخلية على شبكة الإنترنيت[3]، وتبعا لذلك يكون العقد الإلكتروني دوليا أو محليا وفقا لأحد المعيارين :

1-المعيار القانوني :

يكون العقد بمقتضاه ذو طابع دولي إذا كان المتعاقدون ينتمون إلى دول مختلفة ويتواجدون في هذه الدول تواجدا فعليا.

2- المعيار الاقتصادي :

1- خالد ممدوح إبراهيم، **إثبات العقود والمراسلات الالكترونية**، مرجع سابق، ص 19.
2- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 74.
3- صالح المنزلاوي، مرجع سابق، ص 37.

يكون العقد دوليا متى كان متعلقا بمصالح التجارة الدولية ونجم عنه تدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود [1].

4-العقد الإلكتروني من وسائل تنفيذ التجارة الالكترونية:

ان التجارة الالكترونية ترتكز أساسا على العقد الالكتروني وهو أداتها الأساسية،كما انه ترجمة قانونية لتلاقي إرادات مقدم الخدمة أو البائع من جهة والمشتري أو طالب الخدمة من جهة ثانية.

وقد تم الربط في العديد من التشريعات الداخلية والدولية بين مصطلح التجارة الالكترونية والتعاقد الالكتروني.

5-الطبيعة الخاصة لأطراف العقود الالكترونية:

قد يتم إبرام العقد الالكتروني بين شخص طبيعي ووكيل الكتروني يتمثل في أحد مواقع الويب أو مابين جهاز كمبيوتر وأخر، وهو ما يفهم من خلال اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية[2]، والتي تنص في المادة 04 منها على أنه "يقصد بمصطلح نظام رسائل الي كل برنامج حاسوبي أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشيء استجابة ما" ، كما أجازت المادة 12 من نفس الاتفاقية صحة العقود الالكترونية التي تبرم مع الوكيل الالكتروني.

كما نص القانون الاتحادي رقم 01 لسنة 2006 الخاص بدولة الإمارات العربية المتحدة والمتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية على الوسيط الالكتروني المؤتمن، وعرفه بأنه كل برنامج أو

1- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 44.

2-اعتمدت هذه الاتفاقية من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في: 23-11-2005.

نظام الكتروني لوسيلة تقنية المعلومات تعمل بشكل تلقائي بصفة كلية أو جزئية دون تدخل أي شخص طبيعي في عملها[1].

ويتضح من خلال الاتفاقية السالفة الذكر والقانون الاتحادي لدولة الإمارات، أن العقد الالكتروني يمكن أن يتم إبرامه بين شخص طبيعي وشخص افتراضي قد يكون عبارة عن برنامج، وكذلك قد يبرم بين شخص طبيعي وجهاز أو بين جهازين وهذه الخصيصة تجعله يبتعد كثيرا عن العقود الكلاسيكية التي لا تبرم إلا بين أشخاص يعترف بها القانون، وهو ما يؤثر كثيرا على مبدأ سلطان الإرادة، هذه الأخيرة التي أصبحت مقيدة في هذا الشكل من العقود، وهو ما ينعكس على الطبيعة القانونية لهذه العقود، الا أن الأهم هو مدى توافر الأمن القانوني لأطرافه[2].

6-الصفة التجارية والمدنية للعقد الالكتروني:

لقد اختلفت مواقف الفقه والتشريعات في مسألة التمييز بين العقود المدنية والعقود التجارية، بين مؤيد لوجوب التفرقة ومنكر لها، إلا أنه على مستوى الاتفاقيات الدولية فقد حرصت جلها على عدم الاهتمام بمسألة الصفة التجارية أو المدنية للعقد الالكتروني، حيث تنص المادة 01 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الالكترونية في العقود الدولية لعام 2005 على أنه:"3-لا تؤخذ جنسية الأطراف ولا الصفة المدنية أو التجارية للأطراف أو للعقد في الاعتبار لدى تقرير انطباق هذه الاتفاقية... "[3].

1- خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الالكتروني**، مرجع سابق، ص67.

2- Laurent Granier, op cit, p 38.

3- وائل حمدي أحمد، **الخطابات الالكترونية في العقود الدولية**، دار الفكر والقانون، مصر، 2010، ص 43.

وبهذا تكون هذه الاتفاقية قد أقرت بعدم التفرقة بين الصفة المدنية والتجارية للعقد عند تطبيق أحكامها، وبمعنى أخر فإنها لا تجيز للدولة المصدقة عليها اشتراط الصفة التجارية للعقد حتى تطبق أحكام الاتفاقية، وبهذا تكون قد تفادت ما حدث من زعزعت لأحكام اتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بتنفيذ الأحكام الأجنبية والتي سمحت للدول المصادقة عليها التحفظ وتطبيق الاتفاقية إلا على المنازعات العقدية وغير العقدية ذات الصفة التجارية فقط.

وفي اعتقادنا أن العقد الالكتروني قد يكون ذو طبيعة تجارية أو مدنية فلا تهم التفرقة خاصة في التشريعات التي تأخذ بالوحدة القانونية.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للعقود الالكترونية

إن خصوصية العقود الالكترونية لاسيما التي يتم إبرامها عبر شبكة الانترنيت توجب دراسة وتحليل الطبيعة القانونية لهذا النمط من العقود، هل هي من العقود الرضائية الخاضعة لمبدأ سلطان الإرادة أم أنها عقود إذعان، ولكي تتضح المسألة أكثر لابد من تمييزها عن العقود المرتبطة بها والمشابهة.

أ-العقد الالكتروني بين الرضائية والإذعان:

أ-1-مبدأ الرضائية في العقود الالكترونية:

قد يتم ابرام العقود الالكترونية في بعض الحالات بطريقة التفاوض والمساومة حيث يسمح لكل طرف فيها بوضع شروطه، ويساوم عليها حتى يتم تطابق الإرادتين حول مضمون العقد، وذهب بعض الفقه إلى اعتبار العقود الالكترونية من قبيل العقود الرضائية.

حيث يرون بأن عملية المساومة مازالت تعم هذه العقود باختلاف أنماطها، فالموجب له ليست له الموافقة فقط على شروط العقد الموضوعة سلفا، بل يمكنه التوجه لمنتج آخر إذا لم تُرق له الشروط الموضوعة على الموقع، خاصة إذا كانت السلعة أو الخدمة موضوع العقد غير محتكرة من قِبل المنتج الأول، ووجد عدد كبير من عارضي السلعة أو الخدمة[1]، ومن بين هذه العقود توجد عقود البيع الالكتروني والتي تتماثل في شروطها مع عقود البيع التقليدية للسلع والمنتجات ووجه الخلاف هو طريقة التنفيذ فقط.

هذا وتختلف عقود المساومة عن عقود الإذعان في أن الأولى تتم برضى المتعاقدين معا ولا يمكن للقاضي تعديل شروطها أو التخفيف منها لمصلحة أحد العاقدين، لأن العقد هو شريعة المتعاقدين، في حين له أن يعدل أو يلغي الشروط التعسفية التي قد يتضمنها عقد الإذعان، ورغم أن العقود الالكترونية يمكن أن تصور فيها مبدأ الرضائية، إلا أن واقع الحال وما أصبحت تتميز به الشركات من قوة وهيمنة اقتصادية وخاصية الاحتكار للأسواق في ضل الاقتصاد الحر جعل الفجوة كبيرة في العلاقة التعاقدية، وهذا ما قدغيب مبدأ الرضائية في هذا النمط الحديث من العقود.

أ-2-العقود الالكترونية عقود إذعان:

إن من أهم ما يتميز به العقد الالكتروني هو عدم التوازن بين طرفيه حيث تكون القوة والتطور الاقتصادي للمنتجين وعارضي السلع والخدمات على شبكة الانترنيت على حساب المشترين، وهذا ما جعل مجال العقود الالكترونية يقترب كثيرا من عقود الإذعان، وقد اتجه هذا التطور نحو أسلوب الإنتاج الضخم وحل أسلوب التوزيع محل المساومة حيث أن نفس النموذج للشروط التي يتضمنها العقد يستعمل لبيع الآلاف من السلع.

1- اراميس عائشة، مرجع سابق، ص 43.

مما أدى إلى ظهور العقود النموذجية، وليس أمام المتعاقد في العقود الالكترونية طالب المنتوج أو الخدمة سوى الموافقة على هذه الشروط.

وقد عرف عقد الإذعان الأستاذ عبد المنعم فرج الصده بأنه : "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"[1].

ويطلق على الشروط التي تحويها عقود الإذعان اصطلاح الشروط التعسفية، والتي تضر بمصالح أحد أطراف العقد الالكتروني، وقد عرفها المشرع الفرنسي في المادة 35 من القانون الخاص بحماية وإعلام المستهلكين لسنة 1978 بأنها تلك الشروط التي تفرض على غير المهني أو المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف هذا الأخير في استخدام قوته وهيمنته الاقتصادية بهدف الحصول على ميزات مجحفة[2].

ويضاف لهذا النص المادة 132-1 من تقنين الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، والتي أعدت من ضمن الشروط التعسفية الشروط التي تحدث اختلالا عقديا ينبني على عدم توازن الحقوق والالتزامات بين أطراف العقد مما يرهق المستهلك ويحقق فائدة المهني، وأشارت المادة الأنفة أن نصها يصلح للتطبيق بغض النظر عن نمط العقد أو الوسيط الذي تم من خلاله مما يسمح بتطبيقه على

1- بودالي محمد، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 12.

2- موفق حماد عبد، **الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية**، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2011، ص 248.

التعاقد الالكتروني كذلك[1].

كما تضمن القانون المتعلق بإعلام وحماية المستهلكين للسلع والخدمات الفرنسي الصادر في 10 يناير 1987 فصلا كاملا خاصا بحماية المستهلكين من الشروط التعسفية التي قد تتضمنها العقود مهما كان شكلها، حيث نص في المادة 35 منه على أن الشروط التعسفية هي تلك الشروط التي تبدو مفروضة من جانب المحترف على المستهلك أو الغير محترف من خلال التعسف في استخدام التفوق الاقتصادي والتي من شأنها أن تمكن المحترف من الحصول على ميزات مبالغ فيها[2].

وفي نفس السياق نجد المشرع الفرنسي أنشأ لجنة سماها لجنة مقاومة الشروط التعسفية بموجب قانون الاستهلاك الفرنسي لسنة 1993، وتتكون من خمسة عشر عضوا يمثلون المستهلكين والمحترفين، ويتلخص دورها في البحث عن الشروط التعسفية في العقود النموذجية المطروحة على المستهلكين حيث تستطيع إصدار توصيات تتعلق بإلغاء أو تعديل هذه الشروط، فدورها استشاري فقط وإذا لم يأخذ به المشرع تفقد الفعالية[3].

كما منح للقضاء في فرنسا سلطة تفسير الشروط الغامضة التي يحتويها العقد، ومن الممكن ان تحتوي على شروط تعسفية، وهذا التفسير يكون لمصلحة الطرف الضعيف الأقل كفاءة وخبرة كأسلوب حماية له من الشروط التعسفية.

1- إسماعيل قطاف، **العقود الالكترونية وحماية المستهلك**، رسالة ماجستير في القانون، كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي، 2006/2005، ص 20.

2- حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص 262.

3- موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 277-278.

وقد بسط القضاء هذه السلطة لتشمل جميع العقود لاسيما العقود النموذجية التي يحررها أحد المتعاقدين مسبقا[1]، والتي تعد في اعتقادنا من صور العقود الالكترونية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تعرض لعقود الإذعان في المواد: 110، 111 ،112 من القانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 110 منه على أنه:

" إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطا تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

هذا ويلاحظ أن تطبيق هذا النص على العقود الالكترونية من شأنه أن يوفر حماية كاملة للمتعاقد الضعيف تجاه الشروط التعسفية التي تفرضها الشركات المحتكرة لنشاط معين، كما أشار المشرع لمفهوم الشرط التعسفي في القانون رقم 04-02، الصادر في 23-06-2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، في الفقرة 05 من المادة 03 والتي تنص:

"....، يعتبر شرط تعسفي كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال الظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد".

كما تنص المادة 29 من نفس القانون : "تعتبر بنودا وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط التي تمنح هذا الأخير[2]:

1-أخذ حقوق و/أو امتيازات لاتقابلها حقوق و/أو امتيازات معترف بها للمستهلك،

1- نفس المرجع السابق، ص 132.

2- المادة رقم 29 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو عام 2004، والمحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية رقم 41.

2-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد،

3-امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتوج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك،

4-التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية،

5-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها،

6-رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالتزامه أو عدة التزامات في ذمته،

7-التفرد بتغيير أجال تسليم منتوج أو آجال تنفيذ خدمة،

8-تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة".

والملاحظ على النصوص التي خصها المشرع لعقود الإذعان وما تحتمله هذه الأخيرة من شروط تعسفية جاءت لتطبق على العقود التقليدية والسؤال المطروح في هذا المقام هل يمكن توسيع هذه النصوص لتشمل العقود الالكترونية ؟

إن الإجابة على هذا التساؤل تدفعنا لتساؤل آخر هو هل يعترف المشرع الجزائري بهذا النمط من العقود أم لا ؟

باستقراء نصوص كل من القانون المدني والقانون التجاري نجد أن المشرع الجزائري اعترف بوسائل التعاقد الالكتروني وضمنيا نجده أقر بالتعاقد الالكتروني.

فمن خلال تعديل القانون المدني بالقانون 05-10 والمؤرخ 20يونيو 2005[1] في المادة 323مكرر1 والتي تنص على أنه:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

وكذلك المادة 327 من نفس القانون تنص على أنه:.....، ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه".

ويؤيد هذا الطرح اعتراف المشرع الجزائري كذلك بأدوات التجارة الالكترونية والتي يعد العقد الالكتروني عمادها ومن أبرز آلياتها، حيث تم النص في القانون رقم 05-02[2]، المؤرخ في 06 فيفري 2005 والمعدل والمتمم للأمر 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 والمتضمن القانون التجاري على بطاقات السحب الالكتروني وكذلك بطاقات الدفع الالكتروني في المادة 543 مكرر23، والمادة 543 مكرر 24، وقد لاقت هذه البطاقات انتشارا واسعا بحيث وصل حجم التجارة الالكترونية التي تتم من خلالها حوالي 85%[3].

أما بالنسبة للفقه فقد ذهب جانب من الفقه الانجليزي إلى اعتبار العقود الالكترونية من قبيل عقود الإذعان هذه الأخيرة تترتب على احتكار بعض النشاطات احتكارا قانونيا أو فعليا مثل شركات الكهرباء والغاز، ولا يكون للمتعاقد متلقي الخدمة أو المستهلك من حرية في التفاوض حول شروط العقد.

1- الجريدة الرسمية رقم 44 المؤرخة في 20 يونيو 2005.
2- الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة في 09 فبراير 2005.
3- اراميس عائشة، مرجع سابق، ص49.

وليس له سوى قبول العقد برمته أو البحث عن منتج آخر وهو مالا يتحقق خاصة عند احتكار نشاط معين، فيكون مذعن لقبول التعاقد، وبحاجة ماسة للحماية كونه طرفا ضعيفا في العقد وهذا ماجعل القضاء يوسع دائرة عقود الإذعان لتشمل العقود الالكترونية كذلك[1].

ويظهر كذلك الإذعان في العقود الالكترونية في عدم التوازن بين طرفي العقد لصالح التاجر المحترف مما يجعلها مجالا خصبا لشروط تعسفية يفرضها التاجر على المتعاقد الآخر الذي لا يملك سوى الضغط على الخانات المتاحة في موقع عارض المنتوج[2]، بعد الاطلاع على مواصفات السلعة وشروط العقد، وكل مايتاح له هو إما قبول العقد بشروطه الموضوعة من جانب واحد أو رفضه.

هذا وقد اعتبر جانب من الفقه الفرنسي أن العقود الالكترونية من قبيل عقود الإذعان، واستندوا في ذلك إلى أن متصفح مواقع الواب المتاحة على شبكة الانترنيت ليس أمامه سوى قبول الشروط التي وضعها البائع أو عدم قبولها دون أن يتفاوض فيها[3].

غير أن هذا الرأي منتقد حيث لأنه تجاهل أمرا هام وهو أن التفاوض يوجد أحيانا خاصة إذا تم التعاقد عبر البريد الالكتروني فالموجب يرسله عرضه بمواصفات معينة للسلعة، ويرد عليه الموجب له بأنه موافق على شرط التخفيض في الثمن أو وضع خصم وهو مؤشر لبداية عملية المساومة حيث يكون العقد عقدا رضائيا[4].

1- موفق حماد عبد، مرجع سابق، ص 275.

2- سمير برهان، **إبرام العقد في التجارة الالكترونية** منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر، 2007، ص 59.

3- Reynis Bernard, Signature électronique et acte authentique: le devoir d'inventer, JCP, éd n1 , 2001, p 151.

4- خالد ممدوح إبراهيم، **إثبات العقود والمراسلات الالكترونية**، مرجع سابق، ص29.

ونعتقد أن العقد الالكتروني يكون عقد إذعان إذا اشتمل على شروط تعسفية ولم يكن للمستهلك أو متلقي الخدمة أو مقتني المنتوج الحرية في التفاوض حول بنود العقد خاصة في العقود النموذجية وهو المفهوم الحديث للاذعان، أو أنه عند انصرافه اصطدم باحتكار قانوني أو فعلي للخدمة أو المنتوج المطلوب، أما إذا كان العكس من ذلك وكان له جانب من الحرية في التفاوض حول بنود العقد والمساومة ولم يوجد احتكار، اقترب العقد الالكتروني من العقود الرضائية أكثر، وان كانت إشكالية الطبيعة القانونية لهذا العقد يمكن التصدي لها فان مسألة إثباته تثير العديد من الإشكالات.

ب-تمييز العقد الالكتروني عن العقود التي تبرم في البيئة الالكترونية:

لقد سمحت الثورة التقنية والتكنولوجية باستعمال وسائل الاتصال الحديثة بدءا بالتلفزيون والهاتف ثم التلكس والفاكس في التباحث وإبرام العقود، وتشترك هذه الوسائل في خصيصة الاتصال عن بعد، وهذه العقود المبرمة تتفق كلها مع العقود الالكترونية في كونها تتم عن بعد، إلا أنها تختلف معها في طريقة الانعقاد والتنفيذ، فالعقود الالكترونية تتميز في طريقة الانعقاد بتلاقي الأطراف ووجود صفة التفاعلية التي تسمح بالتفاوض بين أطرافها، وكذلك تمكن من الوفاء الالكتروني بين الأطراف بواسطة وسائل الدفع الالكتروني التي انتشرت في الوقت الراهن ورغم مخاطرها إلا أنها اختصرت الوقت والمال للمتعاملين.

وكذلك التسليم للمنتج يكون تسليم معنوي مثل برامج الكمبيوتر والملفات والكتب والتسجيلات وغيرها من الخدمات المقدمة عبر شبكة الانترنيت[1].

1- صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، مرجع سابق، ص137.

في حين تنعدم هذه الصفة إذا تم التعاقد بالتلفزيون والهاتف أو التلكس والفاكس[1]،وهو ما يميز العقود الالكترونية عن هذه العقود وعن العقود التقليدية المعروفة.

وإذا كانت مسألة التفرقة بين العقود الالكترونية المبرمة على شبكة الانترنيت وبين العقود الأخرى التي تتم بوسائل الاتصال الحديثة يتضح من خلال الوسيلة المستعملة في التعاقد، إلا أن الأمر لايكون واضحا للعيان على هذا النحو، خاصة إذا علمنا بوجود نمط من العقود تبرم على شبكة الانترنيت ويصطلح عليها بعقود الخدمات الالكترونية، وهي عقود مرتبطة بعقود التجارة الالكترونية ولكن ليست محلا لها، أي لا تتعلق بتبادل السلع والخدمات وتكون التفرقة على النحو الآتي :

1-عقد الدخول أو استخدام الشبكة: - le contrat d'accès au réseau

يطلق على هذا النمط من العقود كذلك تسمية عقد الاشتراك في الانترنيت، ويتيح هذا النمط من العقود الدخول إلى الشبكة واستخدام المواقع المتاحة فيها[2]، وهو غالبا مايبرم بين عميل وشركة، كما تقوم بتوفير كل المعلومات التي يحتاجها العميل عن شبكة الإنترنيت.

كما يقع على الشركة التزام السماح للعميل بولوج الإنترنيت من الزاوية الفنية[3]، ووضع ترابط بين نظم التشغيل والمعالجة من أجل تسهيل استخدام الشبكة بشكل أفضل وجودة عالية، وهذا الالتزام هو التزام ببذل عناية لضمان الاستخدام الأمثل والجيد للشبكة، وبالتالي فان أي تقصير يقيم المسؤولية العقدية[4]، وتختلف سرعة التدفق للانترنيت حسب طلب العميل ومبلغ الاشتراك، وأي إخلال من العميل بالدفع يعرضه للحرمان من هذه الخدمة المؤقت أو فسخ العقد النهائي.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق ص 40.
2- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص55.
3- صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، مرجع سابق، ص 140.
4- لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 36.

والشيء الملاحظ على هذا النمط من العقود أنه يتشابه مع العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنيت في البيئة التي يبرم فيها كل منهما، إلا أنهما يختلفان في التنفيذ فبينما ينفذ هذا العقد عبر شبكة الانترنيت دون حاجة للعالم المادي الخارجي ينفذ العقد الالكتروني على الشبكة أو ماديا، إلا أن هذا الاختلاف ليس جوهريا، ومناط النقد فيه أن العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت يمكن تنفيذها عبر هذه الشبكة كاقتناء المنتجات الفكرية كالكتب والبرامج التي يمكن تسليمها افتراضيا على الشبكة،وهو ما يجعل هذه العقود تتداخل ويصعب التمييز بينها.

2-عقد الإيواء: le Contrat d'hébergeme-

ويطلق عنه كذلك اصطلاح عقد الإيجار المعلوماتي، ويضع بموجبه مزود الخدمة تحت تصرف العميل مساحة على القرص الصلب أو إتاحة حيز له على شبكة الانترنيت خلال مدة زمنية تحدد بالاتفاق بينهما، وقد عرفه بعض الفقه على أنه: اتفاق إرادتين على إبرام عقد معلوماتي يشمل رسائل ومعلومات يتم تبادلها بين مستعملي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأي وسيلة سواء تقليدية أو الكترونية[1].

ويمكن تكييف هذا العقد على أنه عبارة عن عقد إيجار، لأن الغاية منه تمكين المستخدم من الشيء المؤجر مع استمرار ملكيته لمقدم الخدمة، وهذه الخدمات نذكر منها على سبيل المثال التجول في المواقع والتصفح، وتحدد التزامات مقدم الخدمة في العقد ويمكن أن تتضمن التزامات إضافية كالالتزام بالمساعدة أو منح العميل بعض المعلومات الهامة التي يحتاجها[2].

1- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 39.
2- صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، مرجع سابق، ص 143.

ويلتقي هذا العقد مع العقود الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الإنترنيت في أنه قد يكون من العقود الالكترونية إذا تم إبرامه كليا عبر وسائل الكترونية[1].

وبالإضافة إلى عقود الخدمات الالكترونية أو عقود البيئة الالكترونية هذه توجد عقود أخرى ترتبط باستخدامات الانترنيت مثل عقد استضافة موقع الويب، وعقد إنشاء موقع الويب وتشترك كلها في أنها مرتبطة بالعقد الالكتروني ولازمة لوجوده في اغلب الأحيان[2].

1-لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق، ص 38.
2-تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص41.

ملخص الباب الأول

رأينا في الباب الأول أن الحق أيا كان نوعه أو من يدعيه، فلا بد له من اقامة الدليل على وجوده وصحته، وهذا حتى يتسنى لمن يدعيه حمايته والحصول عليه، وقد بدأ هذا الدليل يشهد التطور في العصر الحديث، رغم اختلاف الفقه حول مدى قبول هذا الأمر.

ولتنظيم هذه المسائل قامت التشريعات على اختلاف أشكالها، بوضع مبادىء تقوم عنها النظرية العامة للاثبات، بشكل واضح ودقيق، حتى تتحقق للفرد حماية كافية لحقه، كما يكون القاضي شاعرا بالمسؤولية، ومؤديا لوظيفته مع التزام الحياد أو اعمال السلطة التقديرية على نحو يحقق العدالة، وخصوصية الاثبات جعلته يقوم على كذاهب مختلفة، بين المعاملات المدنية والتجارية بين التضييق والتوسيع لوسائل الاثبات، بما يتماشى مع طبيعة الحق المدعى به.

وقد خلصنا كذلك الى أن أدلة ووسائل اثبات المعاملات المدنية والتجارية تتنوع وتختلف، الا أن المشرع الجزائري وغيره من التشريعات الحديثة قد جعلت من الدليل الكتابي في أعلى هرم أدلة الاثبات، نظرا لقدرته على الصمود أمام تغير الظروف، وكذلك خلوه من المخاطر التي تصيب بعض الأدلة الأخرى مثل شهادة الشهود، وينقسم دليل الاثبات الكتابي الى نوعين، يعرف الأول بالكتابة الرسمية، وهو الذي يتم انشاؤه بمعرفة الموظف العام أو الظابط العمومي وكذلك الشخص المكلف بخدمة عامة وفق كيفيات تحددها القوانين، ويعد هذا الشكل ذو أهمية تجعله قاطعا في الاثبات للحقوق، بخلاف النمط الثاني للدليل الكتابي والذي يتمثل في المحرر العرفي والذي يختلف عن الأول في بعض الشكليات كعدم كتابته بحضور أحد الأشخاص المذكورين انفا، أو كونه محرر من أحدهم ومخالف لبعض الشكليات التي يحددها القانون.

كما يتضح أن الدليل الكتابي تم التركيز عليه لكونه قد شهد التطور حاليا وكذلك مس التطور التواقيع، واثار بذلك العديد من الاشكالات، وقد حاول الفقه والقضاء الاعتراف بهذا النمط التطور من الكتابة أو المحرر وتوقيعه عن طريق اللجوء الى استثناءات الدليل الكتابي، مثل حالات وجود اتفاقات الاثبات، وكذلك فقدان السند الكتابي، كما تم اللجوء الى حرية اثبات النعاملات التجارية.

وقد كان القضاء والفقه في العديد من الدول على غرار فرنسا سباقا في معالجة هذا القادم الجديد على الأدلة المعروفة، وهذا قبل تفطن التشريعات لهذه المسألة، وهذا ماسهل نوعا ما من معالجة التشريعات لأدلة الاثبات الحدية والاستفادة من ما تحمله من مزايا.

وقد بدأ تبلور الدليل الكتابي الحديث بظهور وسائل الاتصال المستحدثة، والتي أرسلت وغيرت مفهوم الكتابة والتوقيع الخطيان، وكان ذلك في البداية مع جهازي التلكس والفاكس، ثم وسائل البيئة الرقمية مثل شبكة الانترنيت ووسائلها التي أدت الى قلب المفاهيم والقواعد التقليدية، كمسألة التعاقد التي أصبحت تتم افتراضيا وبطرق مستحدثة، وتعرف بالتعاقد الالكتروني الذي ينعقد بين طرفين لايجمعهما مكان واحد وفي الغالب يتواجدان في دولتين مختلفتين، وهذه المسائل اختلف حولها الفقه والقضاء كثيرا في دول العالم بين رافض ومدافع، ومبرز للمزايا، ومظهر للنقائص، الا أن كل ذلك جعلا الدول في مختلف العالم تستفيد من هذه الوسائل،

الباب الثاني:

مكانة الكتابة والتوقيع الالكترونيين في الاثبات

الباب الثاني

مكانة الكتابة والتوقيع الالكترونيين في الإثبات

لقد تطورت الكتابة من الرموز والرسومات على الحجر والصخور وغيرها من الأساليب، إلى الكتابة بالأحرف على دعامة ورقية واستخدمها الأشخاص في إثبات مختلف التصرفات القانونية، وقد احتلت الكتابة مكانة هامة في المواد المدنية والتجارية ماعدا ما تم استثنائه في بعض القوانين مثل القانون المدني الجزائري وكذلك القانون المدني المصري، وتعد الكتابة من أقوى طرق الاثبات المعروفة، وتتجه أغلب التشريعات المعاصرة للأخذ بقاعدة الاثبات الكتابي لما يوفره هذا الأخير من ضمانات للأشخاص.

وقد أثر التقدم العلمي والتكنولوجي على شكل الدليل الكتابي، في ضل ما أفرزه من أجهزة قادرة على تخزين الوثائق وكتابتها واسترجاعها وترجمتها إلى عبارات مقروءة ولمختلف اللغات، وعلى دعامات غير مألوفة تدعى الدعامات الالكترونية مما أدى لضعف التدخل البشري في إعدادها، وهو ما عبرت عنه السيدة Francoise CHAMOUX، بقولها أنه:"كلما كانت المعلومات غير مادية كلما أضحى التطلب القانوني للكتابة في غير محله وهو ما يستدعى البحث على حلول بديلة"[1].

وقد سمحت هذه المستجدات للكتابة للعبور إلى الكتابة الالكترونية أو الرقمية التي أنتجت المحررات أو المستندات الالكترونية، ورغم المنافع التي تجرها فإنها لا تخلو من المخاطر مما يفرض الاهتمام بها من قبل التشريعات.

1-محمد حسام محمود لطفي، **استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وابرامها**، بدون دار نشر، القاهرة، 1996، ص 6.

وقد بدأ هذا الشكل الجديد للكتابة يفرض نفسه، وحضي باهتمام العديد من التشريعات التي منها من سارع إلى تطويع قواعد الإثبات التقليدية لكي يستوعبه مثل القانون المدني الجزائري، ومنها من أصدر تشريعات خاصة به مثل المشرع الفرنسي، وهذا لكي يتوافر في قوانين الإثبات الخاصة بهذه الدول مقتضيات السرعة والأمان والفعالية لكي توائم تطور المعاملات وبمختلف أشكالها[1]، وتحقيقا لذلك تم وضع شروط ومحاذير وتم استخدام الكتابة الالكترونية في العديد من التصرفات القانونية.

والكتابة الالكترونية ونظرا لخصوصيتها التي تجعلها لا تتلاءم إطلاقا مع التوقيع التقليدي المعروف في الكتابة الخطية العرفية هذا التوقيع الذي يضفي عليها نوعا من المصداقية ويجعل من المحرر دليلا كاملا في الإثبات وهو بمثابة إقرار من الموقع بصحة هذه الكتابة، كما انه أداة لإنشاء الحقوق وتعديله وإلغائهاوكذلك نقلها لذلك اهتمت التشريعات بتنظيمه بوضع شروط له وتوفير قدر من الحماية اللازمة له وقد كان هذا التوقيع يتم بطرق بسيطة في المحررات الخطية بالصور العادية المعروفة كالإمضاء بخط اليد أو بالبصمة، إلا أن صور التوقيع هذه لا تتلاءم مع الكتابة الالكترونية ويعيقها مما أدى لظهور شكل أخر له يعرف بالتوقيع الالكتروني الذي يتلاءم مع هذا الشكل من الكتابة نظرا لخصوصياتهاوقد تم تنظيمه من الناحية التشريعية بما يكفل حفظ الحقوق.

والخوض في هذه المسائل يحقق لنا الإجابة على أهم إشكالية تطرحها الأدلة المستخرجة من وسائل الاتصال الحديثة وهي كيفية إخراج هذه الأدلة من الفكر القانوني المجرد والواقع التقني إلى الفكر القانوني والقضائي العملي؟

1-Pierre Breese, Gautier Kaufmane - Guide juridique de l'internet et du commerce électronique Vuibert ,Paris 2000 p 299.

الفصل الأول:

الكتابة في الشكل الالكتروني كدليل إثبات

الفصل الأول

الكتابة في الشكل الالكتروني كدليل إثبات

نظرا للأهمية البالغة للكتابة الالكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية وحاجة الأشخاص لها في هذا الميدان، في ضل عدم وجود الوثائق الورقية في اجراء وتنفيذ المعاملات ، فقد تم إبرام العديد من الاتفاقيات الدولية للاعتراف بها والتينشأ عنها تشريعات استرشادية،تأثرت بها التشريعات بين واضع لقوانين خاصة للمعاملات الالكترونية، وبين مطوع للقواعد العامة في الإثبات لكي تستوعبها، ولمعرفة مدى حجية الكتابة الالكترونية في إثبات المعاملات المدنية والتجارية لابد من الوقوف على عدة مسائل تتمثل في الشروط المتطلبة قانونا فيها، ومبدأ المعادلة الوظيفية بينها وبين الكتابة الخطية و كيفية فض النزاع بينها وبين الكتابة الخطية وهل يجوز استبعادها لصالح هذه الأخيرة؟، وحدود الإثبات بها.

ولقد ضلت الكتابة الخطية مرتبطة ارتباط وثيقا بدعامتها إلى درجة انه لا يمكن الفصل بينهما، إلا أن هذا الأمر أصبح لا يُتصور حاليا بعد ظهور الكتابة الالكترونية، والمشرع الجزائري قد فصل بين الكتابة كمفهوم أو شرط للمحرر والوسيط الذي تحمل عليه سواء كان ورقي أو الكتروني حيث تغير موقفه إلى الاهتمام بالوظيفة والغاية المرجوة من الكتابة وليس بنوع الوسيط المستعمل وهذا الأمر لا ينال من قوتها الثبوتية، فلكي نفرق بين الكتابة الخطية والالكترونية لابد من التمييز بين الكتابة والدعامة التي تحملها، لأن شكل الدعامة هو الذي يحدد لنا نوعية الكتابة هل هي كتابة خطية أم الكترونية.

المبحث الأول

التنظيم القانوني للكتابة الالكترونية

مع ظهور الكتابة الالكترونية بدأ الاعتراف بهذا النمط الجديد من الكتابة من قبل الفقه والقضاء ثم توسع الأمر من خلال الاتفاقيات الدولية ومرورا للتشريعات، ورغم عدم الاستقرار الاصطلاحي للكتابة الالكترونية بينها، حيث عرفت بعدة اصطلاحات مثل رسالة البيانات ورسالة المعلومات أو الكتابة الرقمية، الكتابة في الشكل الالكتروني وكذلك المحررات الالكترونية والمستندات الالكترونية، إلا ان المعنى المقصود واحد (المطلب الأول)، وقد وضعت التشريعات الداخلية والدولية اشتراطات قانونية لابد من توافرها في الكتابة الالكترونية واختلفت في تحديدها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاعتراف الدولي والإقليمي بالكتابة الالكترونية

عند بداية ظهور الكتابة الالكترونية عبر الوسائل والأجهزة التي تعد بيئة لها لم تكن هناك تشريعات خاصة بها، لذلك حاول كل من الفقه والقضاء الاعتراف بالكتابة الالكترونية وإعمالها في الإثبات ولفت انتباه المشرعين لهذا الدليل الذي من شأنه الحلول مكان الدليل الكتابي المعروف.

وفي البداية كان يسود التخوف من هذا الدليل الذي فرض نفسه من خلال الانتشار المتزايد للتعامل به وسوف يتم التفصيل في هذه المسألة على النحو الأتي:

الفرع الأول

الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات الالكتروني

منذ ظهور الوسائل التي أدت إلى توسيع مفهوم الكتابة ليشمل الكتابة الالكترونية تعرضت لها العديد من الاتفاقيات الدولية الدليل الكتابي يحتل المرتبة الأولى بين أدلة الإثبات وهو الأكثر رواجا بين الأفراد لما يوفره من سهولة إثبات لمختلف المعاملات[1].

وهذا بغرض استيعاب الكتابة لكل التطورات الحاصلة، وكذلك من أجل تمكين الدول المصادقة على هذه الاتفاقيات من تضمين تشريعاتها لهذا النمط الجديد من الكتابة ونذكر من أهم هذه الاتفاقيات الآتي:

- اتفاقية نيويورك الخاصة بالتقادم في البيوع الدولية للبضائع لعام 1972، حيث تعرضت لمصطلح الكتابة والذي يتسع كذلك ليشمل كل أنواع المراسلات الموجهة في شكل برقيات أو تلكس وفق نص المادة التاسعة 09 من الاتفاقية.

-اتفاقية الأمم المتحدة والموقعة بفينا والخاصة بالنقل الدولي للبضائع لعامة 1980، حيث ورد في نص المادة الثالثة عشر 13 منها أنه فيما يخص أغراض هذه الاتفاقية ينصرف مصطلح الكتابة كذلك للمراسلات التي تتبادلها رعايا الدول الأعضاء في هذه الاتفاقية والتي تكون في شكل تلكس أو برقية

-اتفاقية روما لعام 1985 والمتعلقة بالاعتراف بأحكام التحكيم الأجنبية وتنفيذها، حيث تنص المادة الحادية عشر 11 منها على أن شرط التحكيم يجوز أن يرد في عقد أو في عملية تبادل خطابات

1- Raymond Alexander, La signature électronique une hinstoire Fondamentale du droit de la prouve, Presses Universitaires D'AIX, Marseille, 2002, p 158.

أو برقيات[1].

-اتفاقية الأمم المتحدة والخاصة باستخدام الخطابات الالكترونية في إبرام واثبات العقود الدولية لعام 2005، حيث ورد في نص المادة الرابعة 4 في الفقرة الثانية 2 منها أنه :

"- الخطاب الالكتروني يتبادله الأطراف فيما بينهم بواسطة رسائل البيانات..... ".

وقد شرح نص المادة الرابعة 4 في الفقرة الرابعة 4 المقصود برسائل البيانات هذه أنها جميع المعلومات المرسلة أو المتلقات أو المخزنة بوسائل الكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الالكتروني بين الأطراف عن طريق البرق أو الفاكس أو البريد الالكتروني"[2].

ويلاحظ على نص المادة السابقة من الاتفاقية انه قد وسعت مفهوم الكتابة المطلوبة في إثبات العقود لتشمل كل الأشكال المستحدثة والدعامات القائمة بل إنها تستوعب كل التقنيات المستقبلية التي يمكن ابتكارها.

وفي نفس السياق صدرت العديد من التشريعات الدولية حيث دعت هيئة الأمم المتحدة المشرعين في مختلف دول العالم عبر قانون الأونيسترال النموذجي والخاص بالتجارة الالكترونية الصادر بموجب القرار رقم 162/51 في الحادي عشر 11 ديسمبر 1996 إلى الاعتراف القانوني بالكتابة الالكترونية، والتي اصطلح عليها هذا القانون برسالة البيانات وقد عرفها في المادة الثانية02 من بأنها:

" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية

1- عطا عبد العاطي السنباطي، مرجع سابق، ص 215 .
2- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 69.

أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

وهو نفس التعريف الذي تضمنه القانون النموذجي الثاني الصادر عنها بموجب القرار رقم 80/56 في الثاني عشر 12 ديسمبر 2001 عن الأمم المتحدة والمتعلق بالتواقيع الالكترونية[1].

وقد صدر القانون النموذجي في الوقت الذي كان عدد قليل من الدول في العالم قد اعتمد أحكاما محددة لعالجة بعض جوانب التجارة الالكترونية، مما قد يولد عدم اليقين بشأن الطابع القانوني للمعلومات التي تقدم في الشكل غير الورقي[2].

كما يلاحظ على هذا النص أنه توسع كثيرا في تعريف الكتابة الالكترونية ولم يحصرها في شكل معين، حيث عبر عنها بكل المعلومات مهما كان شكلها وتوسع في العمليات الالكترونية التي تناط بها من إنشاء وإرسال وحفظ واستلام وتخزين، كما أنه لم يحصر الوسائل التي تتم بها هذه العمليات وهذا لترك المجال مفتوح أمام أي وسيلة جديدة، ويظهر أنه يعتبر البريد الالكتروني والبرق والتلكس والنسخ البرقي من قبيل الوسائل التي تنشىء الكتابة الالكترونية.

أما على الصعيد الأوربي فقد أصدر البرلمان الأوربي توجيها في 13-12-1999 حول التوقيع الالكتروني يلزم الدول المصادقة عليه العمل على تنفيذ قواعده قبل 19-07-2001، ثم أصدر البرلمان الأوربي توجيه آخر رقم 2000-31 الصادر في الثامن 08 جوان 2000 والمتعلق بالتجارة الالكترونية

1- أسامة سيد محمد علي، **التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الالكترونية وأثارها على الخدمات المصرفية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة، مصر، الموسم الجامعي: 2010 - 2011، ص 349.

2- وائل نور بندق، **قانون التوقيع الالكتروني قواعد الأونيسترال ودليلها الارشادي**، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2009، ص 27.

والذي ينص في المادة التاسعة 09 منه على ضرورة اعتراف تشريعات الدول الأعضاء بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الالكترونية وطالب من الدول الأوربية إزالة كل العراقيل وتكييف تشريعاتها لتستوعب هذه العقود.[1]

وفي السياق ذاته اعترفت المنظمة العالمية للمواصفات (ايزو- iso) بالكتابة الالكترونية وهذا بخصوص المواصفات الخاصة بالمحررات الكتابية، حيث أشارت بأن المحرر هو مجموعة من المعلومات والبيانات التي يتم تدوينها على دعامة مادية بشكل دائم بحيث يسهل قراءتها من طرف الإنسان أو باستخدام آلة مخصصة لذلك الغرض[2].

الفرع الثاني

الاعتراف التشريعي بالكتابة الالكترونية في الإثبات

لقد سارعت العديد من الدول الأوربية لتطويع قواعد الإثبات التقليدية أو إصدار قوانين خاصة بالمعاملات الالكترونية استجابة منها للتوجيه الأوربي، ومن بينها التشريع الفرنسي حيث أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 575 لعام 2004 والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي وكذلك القرار الوزاري الذي أصدره وزير العدل الفرنسي رقم 674 لعام 2005 والمتعلق بتحقيق بعض الشكليات التعاقدية عن طريق الوسائل الالكترونية، حيث جعل من الكتابة الالكترونية موحدة في اثبات التصرف.

1- اراميس عائشة، مرجع سابق، ص 27.

2-محمد مأمون أحمد سليمان، **التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، السنة الجامعية: 2009، ص 173.

وفي صحته كذلك[1].

وقد سبق هذه النصوص نص آخر وسع فيه المشرع مدلول الكتابة لكي يشمل الكتابة الالكترونية حينما قام بتعديل القانون المدني ليوائم هذا التطور بموجب القانون رقم 2000-230 حيث أعيدت صياغة نص المادة 1316-1 منه لتصبح على النحو الآتي:

" يشمل الإثبات بالكتابة كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي رمز أو إشارة أخرى ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة أيا كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها، أو الوسيط الذي تنتقل عبره"[2].

ويبدو أن هذا النص يبين موقف المشرع الفرنسي الحديث من الكتابة الالكترونية والتي تعتمد عليها كل الوسائل الحديثة والتي تتكون من الصور أو الأرقام، أو والرموز وهو بذلك يستجيب لكل أنوع الرسائل التي قد يستند لها الأفراد في الإثبات بغض النظر عن الدعامة المستخدمة، فهو يركز على مفهومية الكتابة وقابليتها للقراءة فقط.

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد تأثرت العديد منها بالقانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة، لذلك فقد توالت العديد منها في التنصيص على الكتابة الالكترونية وقد وان اختلفت في التسميات ونذكر منها تبعا الآتي:

1- المشرع التونسي:

1- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011، ص 92.

2-علاء حسين مطلق ا لتميمي، مرجع سابق، ص 47.

لقد كان المشرع التونسي سباقا بالمقارنة مع التشريعات العربية التي عنت بالمعاملات الالكترونية، حيث أصدر أول قانون عربي خاص بالتوقيع الالكتروني رقم 83 لعام 2000، وهو بذلك يشجع المبادلات التجارية والالكترونية، وقد اعترف بالمستند الالكتروني كما ساوى بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية في مسألة الإثبات وقد عبر عن الكتابة الالكترونية بمصطلح الوثيقة الالكترونية[1].

وقد قام المشرع التونسي كذلك بتعديل مجلة الالتزامات والعقود بموجب القانون رقم 57 لعام 2000 والصادر في 13-06-2000، حيث نص على الوثيقة الالكترونية والإمضاء الالكتروني، حيث عرف من خلاله الوثيقة الالكترونية والتي أوجب أن تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل الكتروني يسمح بقراءتها وبالعودة إليها عند الحاجة وحدد دورها في الإثبات [2].

2- التشريع الأردني:

لقد بدأ المشرع الأردني في اعترافه بالكتابة الالكترونية بنصوص متفرقة حيث قام بتعديل قانون البينات بالقانون رقم 37 سبعة وثلاثون لعام 2001 حيث أضاف فقرة جديدة للمادة الثالثة عشر 13 من قانون البينات والتي تنص على مخرجات الحاسب الآلي المصدقة أو الموقعة، ولم يكتفي المشرع الأردني بتطويع الأحكام العامة للإثبات لكي تستوعب تطور مفهوم الكتابة بل أصدر قانونا جديدا وهو قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لعام 2001، ولم يتطرق فيه بشكل مباشر لتعريف الكتابة الالكترونية.

1-عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، مرجع سابق، ص 132.

2-علاء حسين مطلق ا لتميمي، مرجع سابق، ص 51.

وإنما تطرق إليها من خلال تعرضه لمصطلح رسالة المعلومات في المادة الثانية 02 من على أنها:" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو وسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

3- تشريع الإمارات العربية المتحدة:

صدر قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم اثنين 02 لعام 2002 لإمارة دبي والصادر في 12-02-2002[1]، وقد عرف في مادته الأولى 01 الكتابة الالكترونية والتي وصفها بالسجل أو المستند الذي يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه بوسيلة الكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط الكتروني آخر ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه، كما نص في المادة نفسها على الرسالة الالكترونية والتي عرفها بأنها معلومات الكترونية يتم إرسالها أو استلامها بكل الوسائل الالكترونية مهما كانت الوسيلة استخراجها في مكان الاستلام.

4-التشريع المصري:

في البداية اعترف المشرع المصري بالشكل الجديد للكتابة في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وبالضبط في نص المادة 12 منه والتي تنص:" يجب أن يكون اتفاق التحكيم مكتوبا وإلا كان باطلا ويكون اتفاق التحكيم مكتوبا إذا تضمنه محرر وقعه الطرفان أو إذا تضمنه ما تبادله الطرفان من رسائل أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال المكتوبة[2].

1- اراميس عائشة، مرجع سابق، ص 28.
2- محمد مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 125.

واستجابة منه للتطور الهائل الذي مس الدليل الكتابي أصدر المشرع المصري القانون رقم 15 لعام 2004 والخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وقد تضمنت المادة 01 ف أ منه بعض المصطلحات ومنها الكتابة الالكترونية التي اعترف بها وتم تعريفها على النحو الآتي:

" الكتابة الالكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"[1].

كما ان المشرع المصري تعرض في نفس المادة في الفقرة ب إلى المحرر الالكتروني حيث عرفه بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".

ويتضح من خلال نص المادة السالفة أن المشرع المصري لا يفرق بين الكتابة والمحرر هذا الأخير الذي يستلزم وجود توقيع وكتابة وهما شرطان أساسيان للقول بحجيته في الإثبات، ولكن مايهمنا هو اعتراف المشرع المصري بالكتابة الالكترونية وقد اقترب موقفه من موقف المشرع الفرنسي في تعريفه للكتابة الالكترونية.

5- التشريع الجزائري:

لقد جاء اعتراف المشرع الجزائري متأخرا عن التشريعات العربية والأوربية فيما يتعلق بالتغيرات التي مست الدليل الكتابي والذي كان يرتكز على الدعامة الورقية فقط ليتحول الأمر إلى

1- عباس العبودي، **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، مرجع سابق، ص 127.

الأخذ بالدعامة الاكترونية الناتجة عن الثورة التقنية التي أفرزت العديد من الوسائل والدعامات غير الورقية، ولا نعلم سبب التأخر لمن يعود، وحتى هذا الموقف جاء مقتضب لا يرقى لمستوى هذا الدليل الذي فرض نفسه وهناك من يرى بأن هذا الدليل سوف يحل محل الدليل الكتابي بعد تحول العالم إلى المجتمع الافتراضي والحكومة الالكترونية، حيث انه لحد الآن لم يصدر قانون خاص بالكتابة الالكترونية، بل لجأ المشرع الجزائري فقط إلى تطويع القواعد العامة في الإثبات لكي تنسجم معه.

وقد نص المشرع الجزائري على الكتابة الالكترونية بإضافة المادة 323 مكرر، وكذلك المادة 323 مكرر 01 من القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري، حيث تنص المادة 323 مكرر على أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

كما اعترف بها بطريقة غير مباشرة في القانون رقم 05-02 الصادر في 06 فبراير 2005 المعدل والمتمم للقانون التجاري[1]، حيث أجاز إمكانية التقديم المادي للسفتجة للوفاء بأي وسيلة تبادل الكترونية حسب نص المادة 414، كما أجاز ذلك بالنسبة للشيك حيث يمكن تقديمه للوفاء بأي وسيلة تبادل الكترونية يحددها التشريع والتنظيم المعمول بهما، كما نص على بطاقات السحب الالكتروني وكذلك بطاقات الدفع الالكتروني في المادة 543 مكرر23، والمادة 543 مكرر 24،

والملا حظ على موقف المشرع الجزائري خاصة في القانون المدني نجد النص يقترب كثيرا من نص المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي أن لم يكن نسخة حرفية له، ويتضح من خلاله أن المشرع لم يهتم بشكل الكتابة الذي قد يكون عبارة عن حروف أو أوصاف أو أرقام بل بمدى

1- الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة في30 ذو الحجة عام 1425 الموافق 09-02-2005.

وضوحها فقط، وبذلك يكون قد أخذ بالمفهوم الواسع للكتابة، كما أنه ترك المجال مفتوحا أمام كل الدعامات تحسبا لظهور دعامات جديدة، وهو ما يعني أنه اتخذ معيارا غير محدد على سبيل الحصر في تحديده لشكل الكتابة، وكذلك لم يقيد طرق إرسال هذه الكتابة والتي قد تكون بالنقل المادي للأوراق أو الكهرومغناطيسي مثلما يتم عبر أجهزة التلكس والفاكس أو النقل الالكتروني مثلما يتم عبر جهاز الحاسب الآلي أو شبكة الانترنيت.

كما نص المشرع الجزائري كذلك على وسائل الاثبات الالكتروني، من خلال قانون الصفقات العمومية الصادر بالمرسوم الرآسي[1] 10-236 الصادر في 07-10-2010، حيث أن الشئ الجديد فيه هو امكانية ابرام الصفقات عبر وسائل الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الالكترونية،

وهذا الأمر يتضح من خلال الباب السادس المعنون بالاتصال وتبادل المعلومات بطريقة الكترونية، وقد تضمن قسمين الأول تحت عنوان الاتصال بطريقة الكترونية، وتضمن المادة 173 والتي تنص على انه:"

-تؤسس بوابة الكترونية للصفقات العمومية لدى الوزير المكلف بالمالية،

-يحدد محتوى البوابة وتقنيات تسييرها بموجب قرار من الوزير الكلف بالمالية."

أما الثاني فتحت عنوان تبادل المعلومات بطريقة الكترونية، حيث تضمن المادة 174 والتي تنص:"

-يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوى الى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أوالمرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الالكترونية،

1- المرسوم الرأسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية، الصادر في 07-10-2010، الجريدة الرسمية رقم 58.

-يمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوى للمنافسة بالطريقة الالكترونية،

تحدد كيفيات تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية."، ويتضح من خلال نص المادتين، موقف المشرع الجزائري الذي أصبح يعترف بالمحرر الالكتروني، وهذا من خلال الاشارة الى وثائق الدعوى الى المنافسة حول الصفقة العمومية.

ويلاحظ مما سبق ان التشريعات العربية التي نصت على الكتابة الالكترونية قد تأثرت معظمها بقانون الأونيسترال النموذجي المذكور سابقا، كما أنها اختلفت حول المصطلح المعبر عن الكتابة فالمشرع الأردني أطلق عليها اصطلاح رسالة المعلومات، وسماها المشرع المصري المحرر الالكتروني، بينما أطلق عليها المشرع الفرنسي لفظ الكتابة على الدعامة الالكترونية.

أما المشرع الجزائري فقد سماها الكتابة في الشكل الالكتروني، ورغم اختلاف المصطلحات لكن المعنى واحد، حيث أن فكرة الكتابة لا تستوجب اشتراط دعامة معينة أي لا يرتبط وجودها وصحتها بوضعها على دعامة ورقية، ففي العصور القديمة كانت الكتابة على الحجر أو الخشب، ويرى البعض أن أنه في الدول التي تطبق القانون العام "Common Law"، تعرف الكتابة من خلال ما تحتويه من عناصر العقد، أما في ضل القانون المدني فان الكتابة الالكترونية تعامل على أنها دليل أفضل من عدم وجود أي كتابة[1]، لكن هذا الرأي منتقد ويضعف من حجية الكتابة الالكترونية، وبالرجوع للنصوص التشريعية السابقة فان الاهتمام ينصب فقط على تحقيق الوظيفة المنوطة بالكتابة

1-علاء حسين مطلق ا لتميمي، مرجع سابق، ص 46.

واثبات التصرف القانوني، وهو ماجعل التشريعات تضع لها شروطا تختلف من تشريع لآخر ولو كانت مثبتة على دعامة الكترونية.

المطلب الثاني

الاشتراطات القانونية في التشريعات الداخلية والدولية

لقد وضع كل من المشرع الجزائري والمشرع الفرنسي وكذلك المشرع الأردني والمصري شروطا واضحة للكتابة الالكترونية لكي تكون دليلا قائما بذاته ومقبولا في الإثبات وتعادل في حجيتها الكتابة الخطية، وقد أضاف الفقه بعض الشروط الأخرى، وسوف نتعرض لهذه المسائل تباعا.

الفرع الأول

امكانية قراءة الكتابة

يشترط في الكتابة لكي يتم قبولها كدليل إثبات تحقق خاصية القراءة والوضوح، ويستوي في هذا أن تكون على دعامة ورقية أو الكترونية، أو أن يتم تدوينها بحروف أو برموز، وشرط القراءة هذا يتحقق بسهولة في الكتابة الخطية لأنها تقرأ مباشرة وهو شرط بديهي فيها، ومن خلال هذا الشرط يبدو أن المحرر التقليدي أو الورقي أكثر مادية من المحرر الالكتروني الذي تغلب عليه الطبيعة المعلوماتية[1].

1- عبد الناصر محمد محمود فرغلي، **الاثبات العلمي لجرائم تزييف وتزوير المحررات التقليدية والالكترونية، دراسة تطبيقية علمية وقانونية وتطبيقية مقارنة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، مصر، السنة الجامعية: 2010، ص 46.

هذا ويلاحظ عمليا صعوبة تحديد هذا الشرط الذي وضعه الفقه يصعب في الكتابة الالكترونية لأنها مدونة على دعامة غير ورقية أي الكترونية، وهو يخضع لقواعد تقنية وهذا بإيجاد برامج خاصة تقوم بترجمة لغة الآلة اللوغاريتمية المعقدة إلى اللغة التي يفهمها الإنسان وهذا عن طريق تحويل رموز الآلة إلى حروف مقروءة وواضحة وهو ما من شأنه أن يحقق شرط القراءة في المستندات الالكترونية[1].

فهذه الكتابة الالكترونية يمكن أن تكون مشفرة وعليه فلا بد من فك هذا التشفير، حتى تصبح في صورة بيانات واضحة يمكن إدراكها مباشرة من الإنسان،

والأصل أن تتم القراءة مباشرة من الإنسان لكن في الكتابة الالكترونية يكون بطريقة غير مباشرة مثل الاستعانة بالحاسب الآلي الذي يترجم الرموز أو الأرقام إلى حروف تكون مقروءة، وهذا لكي يتحقق شرط إمكانية القراءة وكذلك الاطلاع عليها[2].

وقد أشار قانون الأونيسترال الأنموذجي لعام 1996 لهذا الشرط في المادة السادسة 06 منه والتي تنص على أنه:"

1-حينما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليه لاحقا....."

1- ناهد فتحي الحموري، **الأوراق التجارية الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، مصر، 2010، ص 71.

2- Yves Poullet; Mireille Antoine:Vers la confiance oucomment assurer le développement du commerce électronique, Collection Leg Presse, Paris, 2001, p 452.

وبذلك فإن قانون الأونيسترال النموذجي يكون قد طبق الحد الأدنى من الاشتراطات التي تتطلبها القوانين الداخلية للدول في الكتابة التقليدية والمتمثلة في وجوب وضوح الدليل الكتابي الالكتروني وقابليته للقراءة من طرف الجميع[1] ،

وبالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص على هذا الشرط عندما تعرض لشروط الكتابة الالكترونية بل أشار له بطريقة غير مباشرة عندما عرف الكتابة في نص المادة 323 مكرر، ويتضح هذا الشرط في تأكيد المشرع الجزائري على ان تكون الرموز أو الحروف أو غيرها من عناصر الكتابة ذات معنى مفهوم، أي يمكن لأي طرف معرفة المقصود منها بشكل واضح ولا يدع مجالا للشك، مهما كانت الدعامة وطرق الإرسال لها.

كما أشار له المشرع الفرنسي بطريقة غير مباشرة في المادة 1316 من القانون المدني بمصطلح الدلالة المفهومة للحروف أو الرموز أو الأشكال المكونة للكتابة مهما كانت دعامتها دون وضعه ضمن شروط الكتابة،

وقد أشار له كذلك المشرع المصري في المادة الأولى 01 الفقرة أ من القانون المتعلق بالتوقيع الالكتروني رقم 15 لعام 2004 بمصطلح قريب من المصطلح الذي استعمله المشرعان الفرنسي والجزائري، وهو أن تعطي الكتابة دلالة قابلة للإدراك، ولم يضعه ضمن شروط الكتابة، وكان الأجدر وضع هذا الشرط ضمن شروط الكتابة الالكترونية لما له من أهمية.

1- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات**، مرجع سابق، ص 198.

الفرع الثاني

التدليل على هوية الشخص الذي أصدرها

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 323 مكرر01 من القانون المدني، والتي تنص على شرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد وضع هذا الشرط في المادة 1316-1 من القانون المدني، حيث ألزم بأن تكون هذه الكتابة تدل بوضوح على الشخص الذي أصدرها.

كما نجد القانون التونسي رقم 83 لعام 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية تناول هذا الشرط في المادة الرابعة 04 منه، حيث ألزم حفظ المعلومات الخاصة بمصدر الوثيقة الالكترونية ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو استلامها.

وكذلك نص قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لعام 2001 على هذا الشرط في المادة الثامنة منه والتي ينص على شروط السجل الالكتروني في الفقرة الثالثة والتي جاء فيها: "....3-دلالة المعلومات الواردة في السجل على من ينشئه أو تسلمه وتاريخ ووقت إرساله أو تسلمه".

كما أكد قانون الأونيسترال الأنموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية لعام 1996 كذلك على هذا الشرط في نص المادة 10 منه في الفقرة -جـ- منها.

والتي نصت على أن من بين طرق الحفظ للكتابة الالكترونية تحديد الشخص الذي أنشأ رسالة البيانات، والتدليل على الجهة المستقبلة وتاريخ ووقت وزمان الإرسال وكذلك الاستلام[1].

1- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص51.

ويقصد بهذا اللفظ أي مصدر الكتابة الذي نص عليه المشرع الجزائري والفرنسي والذي يعد شرطا لقبول الكتابة الالكترونية في الإثبات، هو ضرورة تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الالكتروني الذي يتحمل الالتزامات المترتبة على ذلك ويجني الحقوق المترتبة كذلك، وإذا كانت مسألة تحديد هوية الشخص الذي حرر الدليل الكتابي لا تثير الصعوبة في ضل القواعد العامة للإثبات، فان هذه المسألة تزداد تعقيد إذا ما استعملت الكتابة الالكترونية للتعاقد على شبكة الانترنيت خاصة مع العدد الكبير للمتدخلين فيها وبعدهم الجغرافي ومدى التحقق من أهليتهم للتعاقد.

وكذلك يصعب الأمر في بعض التصرفات القانونية الأخرى والتي تتم بواسطة الكتابة في الشكل الالكتروني، لكن الحل متوافر للتأكد من نسبة الكتابة لشخص ما، وهي تقنية التوقيع الالكتروني الذي يؤدي نفس الوظيفة التي يؤديها التوقيع التقليدي المتعارف عليه وهي التدليل على الموقع الذي حرر أو وافق أو صدر منه السند المدعى به عليه، وسوف نفصل في مسألة التوقيع الالكتروني وإمكانية التأكد من شخص الموقع في المبحث الثاني.

وإذا وجدنا الحل في الكتابة الالكترونية الموقعة الكترونيا، والتي يمكن من خلال التوقيع فيها معرفة الشخص الذي أصدرها إلا أن الأمر يدق إذا كانت الكتابة غير موقعة فكيف يتم التأكد من صدور هذه الكتابة عن شخص معين خاصة إذا نفى ذلك؟

في اعتقادنا أنه إذا لم تكن الكتابة الالكترونية مذيلة بالتوقيع ممن أصدرها أو وافق عليها في فإن أهميتها في الإثبات تتضاءل وتصبح في حكم الأدلة الكتابية غير المعدة للإثبات وفق القواعد العامة للإثبات وهذا مرده أن شكل الدعامة أصبح غير مهم، مثل الرسائل والبرقيات والدفاتر التجارية.

أما النقطة الثانية التي يطرحها هذا الشرط هو استعمال عبارة مصدر الكتابة الواردة في نص المادة 1316-1 من القانون المدني الفرنسي حيث تقتصر فقط على الحالة التي يقوم فيها الشخص

بتحرير الكتابة بنفسه، دون الحالات الأخرى التي يكون فيها هذا الشخص موقع على الكتابة التي يصدرها الغير الذي كلفه الموقع بإصدارها.

وهو ما جعل بعض الفقه الفرنسي يرى بضرورة ان يكون مضمون الشرط هو الشخص المنسوبة إليه الكتابة وهو أكثر دقة من جعل الشرط الشخص الذي صدرت منه الكتابة[1].

والأمر لا يقف عند هذه المسألة فقط فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي للقول بأن هذا الشرط ما كان للمشرع أن يضعه للمحرر الالكتروني لأن تحديد هوية منشئ المحرر أو الكتابة هو من سمات التوقيع وأحد أبرز وظائفه التي يجمع عليها الفقه[2].

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 323 مكرر01 على عبارة "مصدرها"، وفي اعتقادنا فان الأجدر بالمشرع الجزائري ان يضع هذا العبارة التي يحتويها الشرط على الشاكلة التي يرى بها الفقه الفرنسي لكي يكون الشرط أكثر دقة.

الفرع الثالث

إمكانية الحفظ وعدم القابلية للتعديل

أ-إمكانية الحفظ:

إن دليل الإثبات في الغالب لا يتم إنشائه للتخلص منه مباشرة بل للرجوع إليه عندما تفرض ذلك المصلحة أو أحيانا القانون، وهذا ما يتطلب حفظه لمدة من الزمن قد تمتد لسنوات[3]، وقد نص

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 525 و 526.
2- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 205.
3- محمد المرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، العقد الالكتروني، الإثبات الالكتروني، المستهلك الالكتروني**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008، ص 334.

المشرع الجزائري على شرط الحفظ في المادة 323 مكرر01، حيث أكد على أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، لكنه لم ينص على قابلية الكتابة للاسترجاع عند الحاجة إليها، لكن هذا الأمر يفهم من خلال اشتراطه الحفظ للكتابة في وسائط أو ضمن طرق تضمن استمرارها وسلامتها بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت،

وبالنص على هذا الشرط يكون بذلك المشرع الجزائري قد حذى حذو المشرع الفرنسي الذي أكد علي هذا الشرط في نص المادة 1316 من القانون المدني، حيث اشترط أن تكون الكتابة الالكترونية مدونة ومحفوظة بطرق تدعو إلى الثقة فيها.

كما نص المشرع الفرنسي على هذا الشرط في قانون الاستهلاك، حيث تنص المادة L.134-2، والمضافة بمجب القانون رقم 575 لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي على أنه:" إذا تم ابرام العقد بطريقة الكترونية، وكانت قيمته تساوي أو تجاوز النصاب القانوني الذي يحدده مرسوم يصدر عن مجلس الدولة، يلتزم المتعاقد المهني بحفظ السند المثبت للتعاقد لمدة يحددها كذلك هذا المرسوم، كما يجب أن يضمن المهني للطرف المتعاقد معه، الدخول لهذا السند في أي وقت يشاء".

وقد صدر المرسوم المذكور سالفا عن مجلس الدولة الفرنسي تحت رقم 137، في 16 فبراير 2005، وقد حدد القيمة بمبلغ 120 يورو، كما حدد مدة حفظ الكتابة الالكترونية بعشر سنوات تبدأ من تاريخ ابرام العقد في العقود التي يكون التنفيذ فيها فوري، أما اذا تأخر التنفيذ الى ما بعد ابرام العقد فتحسب المدة من وقت تسليم المال أو تنفيذ الأداء[1].

1- عابد فايد عبد الفتاح فايد، **الكتابة الالكترونية في القانون المدني،"الفكرة والوظائف"**، مجلة حقوق حلوان للدراسات القانونية والاقتصادية، العدد الثامن عشر، مصر، يناير 2008، ص 66.

وموقف المشرع الفرنسي حول حفظ الكتابة وضمان استمراريتها هو موقف رائد، يكفل تحقيق ضمان الموثوقية والآمان في الكتابة الالكترونية، ونهيب بالمشرع الجزائري اتباعه.

وفي اعتقادنا أن نظم وطرق الحفظ التقنية، هي التي يقصدها المشرعان الجزائري والفرنسي، ويلاحظ عمليا أن لهذه النظم القدرة على كشف أي تعديل يمس بالكتابة كما أنه بواسطتها يتم تحديد البيانات المعدلة بدقة، وتاريخ إجراء هذا التعديل[1]،

وقد نص القانون التونسي رقم 83 لعام 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية على هذا الشرط في المادة الرابعة 04 منه والتي تنص على أنه:"يلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسلة به، ويلتزم المرسل إليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به، ويتم حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني يتيح الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلاحيتها، وحفظها في شكلها النهائي بصورة تضمن سلامة محتواها،..."

كما نص قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لعام 2001 على هذا الشرط في المادة الثامنة 08 منه والتي تنص على شروط السجل الالكتروني:

"1-أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها بحيث يمكن في أي وقت الرجوع إليها.

2-إمكانية الاحتفاظ بالسجل الالكتروني بالشكل الذي يتم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه"[2].

1- Yves Poullet ; Mireille Antoine, op cit, p 452.

2- محمد الرومي، مرجع سابق، ص33.

ورغم ان هذه الشروط تتعلق بالسجل الالكتروني، لكن المشرع الأردني لا يفرق بين السجل الالكتروني ورسالة المعلومات التي تمثل الكتابة الالكترونية، لذلك جعل شروط الكتابة الالكترونية نفس شروط السجل الالكتروني، وهذا ما يؤكده القانون الأردني المتعلق بالمعاملات الالكترونية.

وقد تناول هذا الشرط القانون رقم 2 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية للامارات العربية المتحدة، وهذا في نص المادة 8-1 حيث تنص بأنه:" اذا اشترط القانون حفظ مستند أو سجل أو معلومات لأي سبب، فان هذا الشرط يتحقق عندما يتم حفظ ذلك المستند أو السجل أو المعلومات، في شكل سجل الكتروني..."[1].

كما أكد قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية لعام 1996 كذلك على هذا الشرط في نص المادة العاشرة 10 منه والتي تنص على أنه:"عندما يقضي القانون بالاحتفاظ بمستندات أو سجلات أو معلومات بعينها، يتحقق الوفاء بهذا المقتضى إذا تم الاحتفاظ برسائل البيانات شريطة مراعاة الشروط الآتية:

أ-تيسير الاطلاع على المعلومات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا.

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

ج- الاحتفاظ بالمعلومات إن وجدت التي تمكن من استبانه منشأ رسالة البيانات، وجهة وصولها وتاريخ ووقت إرسالها واستلامها.[2]

1- مصطفى أحمد ابراهيم نصر، مرجع سابق، ص24.
2- نفس المرجع السابق، ص51.

ويقصد بشرط الحفظ والاسترجاع هو إمكانية الاحتفاظ بالمعلومات التي يتضمنها الدليل لفترة طويلة من الزمن تكفل الرجوع إليها واسترجاعها عند الحاجة إليها، وهذا الشرط يمكن تحققه بسهولة في الكتابة الالكترونية والتي تعتمد على وسائط وطرق حفظ متطورة وذات تقنية عالية جدا تضمن الثبات والاستمرار للبيانات التي تحتويها[1]،

ومسألة الحفظ والاسترجاع للكتابة الالكترونية هي مسألة تقنية بحتة ولاتسعنا الدراسة للتفصيل فيها كثيرا إلا بالقدر الذي يفيدها، ومن هذا المنطلق يثور التساؤل حول طرق حفظ واسترجاع الكتابة الالكترونية؟

إن مسالة حفظ الكتابة الالكترونية واسترجاعها أمر تقني بحت، ويظهر هذا جليا من خلال العديد من الوسائل والبرامج وكذلك الوسائط الالكترونية التي تضمن حفظ الكتابة وتمكن العودة إليها بسهولة متناهية مما يحد من عملية اختراقها والتلاعب بمحتوياتها وتغييرها ونذكر من أهم هذه الطرق الآتي:

-الحفظ على أقراص ممغنطة مثل ما يدعى: (CD – ROM).

وكذلك على البريد الالكتروني، وهذه الوسائل لها القدرة على الحفظ للكتابة الالكترونية، وتضمن سلامتها وتسمح باسترجاعها في أي وقت ممكن.

-الحفظ عن طريق برنامج (PDF) هو برنامج يتعلق بالحاسب الآلي يحول الكتابة الالكترونية التي تكون في شكل (Word) والتي يسهل تغييرها والتلاعب بمحتواها إلى نمط لا يمكن المساس بمحتوياته.

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 167.

حيث يمنع برنامج (PDF) أي تغيير أو إضافة للكتابة الالكترونية،وهو من طرق الحماية لها وحفضها.

-حفظ الكتابة والتوقيع الالكتروني من طرف جهات تدعى مزود خدمات التصديق الالكتروني حيث تصدر ما يعرف بشهادة التصديق الالكتروني، ولا يسمح هذا الطرف بأي تعديل يمس الكتابة ، وكذلك في نفس السياق قد تكون عملية الحفظ للرسالة الالكترونية أو المستند الالكتروني من طرف الوسيط الالكتروني، وهذا الأخير حسب قانون الأونيسترال النموذجي لعام 1996 هو كل شخص يقوم نيابة عن شخص أخر بإرسال أو استلام أو حفظ وتخزين رسالة البيانات، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يقدم هذه الخدمة[1].

-حفظ البيانات في صناديق الكترونية لا يمكن فتحها إلا بواسطة المفتاح الخاص الذي تشرف عليه سلطات الإشهار - Authentication Authority، العامة أو الخاصة، وأي محاولة للتعديل سوف تؤدي لإتلاف الوثيقة المحفوظة نهائيا[2].

ب-عدم القابلية للتعديل:

يشترط في الكتابة عموما لكي تكون دليل إثبات خلوها من العيوب المؤثرة في صحتها مثل الكشط والمحو، ويقصد بهذا الشرط صمود الدليل في مواجهة كل محاولات التعديل أو تغيير في مضمونه، والغاية من هذا الشرط في الدليل الكتابي عموما وخاصة الكتابة الالكترونية أنه يجعل

1- عمرو عبد الفتاح علي يونس، **جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر،السنة الجامعية: 2010، ص 515.

2- ناهد فتحي الحموري، مرجع سابق، ص 75.

الكتابة تتمتع بالثقة والأمان من طرف مستخدميها، وكذلك بالنسبة المتعاقدين في ميدان التجارة الالكترونية[1].

وبما أن الكتابة الالكترونية تثبت على دعامة غير مادية مما يسهل عمليات التعديل والاظافة دون ترك أي أثر مادي عليها ، لكن هذا القول يفنده التطور التكنولوجي الذي بسمح بظهور نظم الحفظ التقنية وما توفره من أمان وثقة، حيث ان هذه النظم لها القدرة على كشف أي تعديل يمس بالكتابة كما أنه تحدد البيانات المعدلة وتاريخ إجراء هذا التعديل بدقة[2]، كما أن لجهات التصديق الالكتروني دور كبير في هذه العملية وسوف نفصل في هذه المسألة في افصل الثاني والمتضمن التوقيع الالكتروني.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذا الشرط في حكم قضائي صدر عن الغرفة التجارية لها في الثالث 03 ديسمبر 1997 حيث تضمن التأكيد على ضرورة الحفاظ على صحة الكتابة التي تدل على التصرف القانوني وهذا بعدم المساس بها أو تغييرها أو تعديلها، مهما كان شكل الدعامة التي تكتب عليه تلك البيانات بما في ذلك الصور الضوئية[3].

كما أشار المشرع المصري لهذا الشرط في نص المادة الثامنة عشر 18 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لعام 2004، حيث اشترط إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني حتى تتمتع الكتابة الالكترونية بالحجية في الإثبات[4]، وقد اعتبر اكتشاف التغيير في

1- Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle , Edition Fransic, Lefebvre, 2émeédition, 1999, p 139.

2- Yves Poullet ;Mireille Antoine, op. cit, p 452/453.

3- أيمن سعد سليم، **التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 53.

4- أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص 352.

المستند الالكتروني تزوير يعاقب عنه القانون، وهذا حسب نص المادة الثالثة والعشرون 23 من قانون التوقيع الالكتروني، والتي قرر فيها العقوبة التي تطبق على كل من زور في بيانات المحرر الالكتروني بطريق الاصطناع أو التعديل أو التحوير أو بأي طريق آخر، وهي الحبس و الغرامة التي لا تقل عن عشرة ألاف جنيه ولا تتجاوز مائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وينشر الحكم في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار، وعلى الانترنيت على نفقة المحكوم عليه.

ومادام المشرع المصري وضع التخيير للقاضي بين العقوبتين يلاحظ أن للقاضي قد يختار عقوبة الغرامة وهي أداة غير كافية نظرا لما قد ينجر من ضرر على هذا التزوير للكتابة أو المحرر الالكتروني،كما أن المشرع المصري لم يميز بين العقوبة المرصودة للمحرر الرسمي الالكتروني وكذلك المحرر العرفي الالكتروني رغم أنه اعترف بهما في المادة السابعة عشر 17 من ذات القانون.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري وفي ضل غياب قانون خاص بالمعاملات الالكترونية، فانه قد أشار لمسألة التغيير في المستند الالكتروني أو التزوير في نصوص متفرقة ورد فيها تجريم المساس بالنظم المعلوماتية عموما، ونذكر منها:

-الأمر المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة رقم 97-10، والمعدل والمتمم بالأمر 03-05 حيث وضع تطبيقات الإعلام الآلي ضمن المصنفات الأصلية المحمية وأورد عقوبة التغيير أو المساس بها في نص المادة 151 حيث يعاقب: "بالحبس من ستة 06 أشهر إلى ثلاثة سنوات 03 وغرامة من خمسمائة ألف دينار جزائري 500000 إلى مليون دينار جزائري عن الأعمال التالية:

-الكشف غير المشروع عن مصنف أو أداء فني.

-المساس بسلامة مصنف أو أداء فني.

-استنساخ مصنف أو أداء بأي أسلوب من الأساليب فيشكل نسخ مقلدة أو مزورة

-استيراد نسخ مقلدة أو تصديرها.

-بيع نسخ مزورة من المصنف أو أداء فني.

-تأجير مصنف أو أداء فني أو عرضه للتداول".

ورغم أن المشرع الجزائري أقر ببرامج الإعلام الآلي والتي يمكن أن تخزن عليها الكتابة الالكترونية ويمكن تعديلها بطريقة غير مشروعة إلا أن هذه الحماية غير مباشرة، كما أنها تنصب على الشكل فقط دون المضمون مما يجعلها قاصرة.

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد نص على هذا الفعل المجرم في تعديله لقانون العقوبات في عام 2004 من خلال الأمر رقم 04-15 حيث أضاف القسم السابع مكرر والمعنون بالمساس بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات ضمن المواد 394 مكرر إلى 394 مكرر06، حيث نصت المادة 394 مكرر01 على تجريم إدخال معطيات في نظام المعالجة الآلية أو إزالة أو تعديل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها، ورغم أن المشرع الجزائري وفر حماية للمستندات والمحررات الالكترونية والتي تعد أساس الكتابة الالكترونية، إلا أن الأمر مازال يعتريه النقص ويستوجب إصدار نصوص تؤطر المعاملات الالكترونية.

ويلاحظ مما سبق أن الاشتراطات القانونية التي وضعتها التشريعات التي تم التعرض لها وكذلك الفقه تجعل الكتابة الالكترونية تستجيب للشروط المتطلبة في الدليل الكتابي الورقي من وجهة نظر القانون، مما يجعلها دليلا يعول عليه في الإثبات، وهذا ما يؤكد ان تطلب الكتابة في الإثبات ينبني على أنها وسيلة يتم توظيفها لإعداد دليل على وجود تصرف قانوني وتحديد مضمونه بما يسمح للأطراف الرجوع إليه في حالة نشوب النزاع،

لذلك فان تحديد المقصود باصطلاح الكتابة في الإثبات يجب أن يكون في ضوء العمل على تحقيق وظيفة الكتابة والغرض منها وليس على أساس نوعية الوسيط المثبتة عليه، بشرط استيفاء الشروط التي تجعلها تقوم بهذا الدور.

المبحث الثاني

تحديات الإثبات بالكتابة الالكترونية

إذا توافرت الشروط في الكتابة الالكترونية التي حددتها عدة تشريعات منها المشرع الجزائري والفرنسي؛ فإن الأمر يتطلب البحث في مسألة التعادل الوظيفي والقانوني بينها وبين الكتابة الخطية هل هو مطلق أم لديه استثناءات، مما يطرح العيد من المسائل(المطلب الأول)، وإذا كانت الأدلة الكتابية ضمن القواعد العامة تنقسم إلى أوراق رسمية بالشروط التي ذكرناها سالفا والى أوراق عرفية معدة للإثبات، وأخرى غير معدة للإثبات فهل يمكن تصور هذا الأمر في الكتابة الالكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الموازنة الوظيفية بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية

بتوافر الشروط التي ذكرناها سابقا يكون الدليل الكتابي الالكتروني أمام تحدي آخر وهو مدى المعادلة الوظيفية بينه وبين الدليل الكتابي الخطي على دعامة ورقية، أي إلى أي مدى يمكن الإثبات بالكتابة الالكترونية (الفرع الأول)، وفي حالة التعارض بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية فأيهما يرجح (الفرع الثاني)، وهل مجال الإثبات بالكتابة الالكترونية يتماثل للكتابة الخطية، أم أن لديه استثناءات (الفرع الثالث).

الفرع الأول

المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية

إن كافة عمليات التفاعل بين أطراف هذه المعاملات تتم الكترونيا ودون استعمال أي أوراق وبذلك تصبح الكتابة الالكترونية هي السند القانوني الأوحد الذي يتيح لكلا الطرفين في حالة حدوث النزاع بينهما، مما يفتح أمام مدى قبول هذه الكتابة في الاثبات[1]، وهذا الأمر ميداني عملي والسؤال المطروح في هذا المقام هل يمكن المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية في الإثبات مادامت هذه الأخيرة تتوافر على الشروط القانونية اللازمة؟

يرى بعض الفقه أنه لا يمكن المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية في الإثبات، والسبب يعود أن الكتابة الخطية يمكن قراءتها مباشرة من قبل الأطراف.

أما الكتابة الالكترونية يستوجب الأمر جهاز أو آلة كجهاز الكمبيوتر، لكن هذا الرأي منتقد فالكتابة الخطية كذلك قد تكون على شكل رموز لا يفهمها إلا أطراف العقد ورغم ذلك يعتد بها القانون[2]،

وبالرجوع لعدد من التشريعات نجدها حاولت الإجابة على هذا التساؤل، وتذليل كل الصعوبات التي يمكن أن تصادف المساواة بين الكتابة على الدعامة الورقية والكتابة على دعامة الكترونية، وسوف نتعرض لها كالأتي:

1- أحمد باشي، **واقع وأفاق التجارة الالكترونية**، مجلة المدرسة الوطنية للادارة، مركز التوثيق والبحوث الادارية، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 70.

2- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 27.

بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد تطرق لهذا الأمر في نص المادة 1316-1 من القانون المدني حيث قرر مبدأ المعادلة بين الكتابة الخطية و الكتابة الالكترونية، ومنح هذه الأخيرة نفس حجية الكتابة على دعامة ورقية شريطة إمكانية دلالتها على الشخص الذي أصدرها، وأن يكون تدوينها وحفظها وفق ظروف من طبيعتها أن تضمن سلامتها[1].

كما نصت المادة 1316-3 على أن الكتابة على دعامة الكترونية، لها نفس القوة في الاثبات المقرر للكتابة على دعامة ورقية.[2]

وقد أضاف الفقه الفرنسي شرطين حتى يرتقي المحرر الالكتروني إلى مرتبة المحرر الورقي وبالتالي يمكن المساواة بينهما في الإثبات يتمثلان في:

1-شرط الانتساب- Imputabilité:

ويقصد به إمكانية التحقق من نسبة هذا المحرر أو الكتابة الالكترونية إلى الشخص الذي حررها، شريطة عدم إنكار ذلك الشخص لهذا الأمر.

2-شرط السلامة - Intégralité:

ويقصد به توافر الوسائل التي تمكن من حفظ بيانات المحرر الالكتروني بطريقة تضمن عدم المساس به أو إجراء أي تعديلات يصعب اكتشافها[3].

1- إياد محمد عارف عطا سده، **مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات**، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، دراسة مقارنة، 2009، ص 139.

2- خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، **نظام بطاقات الدفع الالكتروني من الناحية القانونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، الموسم الجامعي: 2006/2005، ص 301.

3- Marten Thessalonikos et Bensoussane ; informatique ; la signature électronique, première réflexions après la publication de la directive du 13 mars 2000, Gazette du palais, 2000, p 200.

وقد حذى المشرع الجزائري حذو المشرع الفرنسي حيث نص على هذا الأمر في المادة 323 مكرر1 والتي تنص على أنه:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ويتضح من نص هذه المادة ان المشرع الجزائري مثل المشرع الفرنسي قد أقر بالمساواة القانونية بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية، شريطة استيفاءها للشروط التي تتمثل في التدليل على محرر الكتابة الذي تنسب له، وضرورة حفظها وفق مقاييس تقنية من شأنها ان تضمن سلامتها.

أما المشرع المصري فقد قرر في نص المادة الخامسة عشر 15 من القانون رقم 15 لعام 2004 بأنه تكون للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية في مجال المعاملات المدنية والتجارية والإدارية نفس الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية إذا توافرت فيها الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وهذا وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

وقد حددت المادة الثامنة 08 من اللائحة التنفيذية الضوابط التقنية والفنية التي يجب أن تتوافر لمنشأ الكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية رسمية كانت أو عرفية حتى تتحقق لها الحجية في الإثبات وتتمثل في:"

أ-أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الرسمية أو العرفية.

ب- أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر إنشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الرسمية أو العرفية الالكترونية، ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر أو على الوسائط المستخدمة في إنشائها.

ج-في حالة إنشاء وصدور الكتابة الالكترونية أو المحررات الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري جزئي أو كلي فان حجيتها تكون محققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات" [1].

كما تعرض قانون الأونيسترال النموذجي لعام 1996 لهذه المسألة في نص المادة السادسة 06 والتي تنص:"عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا"[2].

ويتضح مما سبق أن التشريعات التي تعرضنا لها تمنح الكتابة أو المحرر الالكتروني نفس الحجية التي يقررها القانون للكتابة الخطية إذا استوفت الشروط التي حددتها تلك النصوص.

إلا أن المشرع المصري كان أكثر توسعا ووضوحا في تقرير هذا الأمر، حيث جعل مكانة المحرر أو الكتابة الالكترونية بنفس مكانة الكتابة الرسمية أو العرفية في مجال المعاملات التجارية أو المدنية وحتى الإدارية، مما يفتح المجال واسعا للتعامل بالكتابة الالكترونية من طرف الأشخاص العاديين والهيئات والوزارات مما يهيئ المناخ القانوني للحكومة الالكترونية.

1- أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص 352.
2- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 24.

ونهيب بالمشرع الجزائري إتباع هذا الرأي، إلا أن الإشكال المطروح في هذه المسألة بالنسبة للمشرع الجزائري، هو هل المساواة التي نادت بها التشريعات تكون في كل أنواع الكتابة أو المحررات سواء الرسمية أو العرفية، خاصة أن المشرع الجزائري لم يوضح هذا الأمر، وفي اعتقادنا أن المشرع الجزائري مادام لم يعدل النصوص التي تشترط الرسمية في بعض التصرفات القانونية، فإنه مازال يخضعها للقواعد التقليدية مما يجعلها تخرج عن مجال الإثبات الالكتروني.

الفرع الثاني

التنازع بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق

إن مسألة التنازع بين الأدلة الكتابية لم تكن تثار قبل ظهور المحررات الالكترونية، وذلك لسبب بسيط هو أن تلك الأدلة لايمكن تصور التنازع بينها، فالمحررات الرسمية أقوى في الحجية من المحررات العرفية[1]، لكن بظهور الكتابة في الشكل الالكتروني والتي تعد من قبيل الأدلة الكتابية ولها نفس الحجية في الإثبات، متى استجابت للاشتراطات القانونية التي تختلف من تشريع لآخر، أصبح ممكنا من الناحية العملية حصول التعارض بينهاوبين الكتابة الورقية، فالإشكال يطرح في إذا قدم أحد الخصوم محرر كتابي تقليدي وقدم أخر محرر الكتروني أي عند التنازع بين الأدلة الكتابية الورقية والأدلة الكتابية المثبتة على دعامة الكترونية فبأيهما يأخذ القاضي؟

أي على فرض احتجاج طرف بكتابة أو مستند الكتروني تحت يده، في حين قدم الخصم محرر كتابي خطي فبأيهما يأخذ القاضي وما يرجح من الأدلة؟

1- مناني فراح، **العقد الالكتروني وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، مرجع سابق، ص182.

وكذلك إذا قدم كلا الطرفين المتنازعين دليلان متعارضين أحدهما محرر ورقي والثاني محرر الكتروني مما يقتضي استبعاد دليل على حساب آخر، وهو ما يعد تعارض بين الأدلة، وقد توجد في الواقع عدة حالات يكون فيها الفصل واجبا من القاضي، وهذا ما يجرنا للتساؤل عن الحلول التي يتبعها القاضي؟

إن المشرع الجزائري لم يتعرض لهذه المسألة خاصة من جانب الدليل الالكتروني، فإذا حدث وأن عرض على القاضي الجزائري دليلين متناقضين أحدهما تم تحريره على دعامة الكترونية والآخر محرر على دعامة ورقية أي محرر أو كتابة خطية، أو احتج طرف بكتابة أو مستند الكتروني تحت يده، في حين قدم الخصم محرر كتابي خطي فبأيهما يأخذ القاضي ومن يرجح من الأدلة؟

للإجابة على هذه الإشكالية حاولنا من خلال علاقاتنا ببعض القضاة توجيه التساؤل حول كيفية حل النزاع بين الأدلة لكننا لم نجد الإجابة،كما لم نجد في القضاء الجزائري أي نزاع طرح بهذا الشكل وتم الفصل فيه، والأسباب في اعتقادنا متعددة يتقدمها عدم ثقة الأشخاص في الدليل الكتابي الالكتروني بعد، وحتى لو عرض هذا الأمر على القضاء فانه سوف يرجح الدليل الخطي خاصة في الجزائر وهذا لتواتر العمل به وسهولة اكتشاف أي تعديل في محتواه ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك.

ويجرنا هذا الأمر للبحث في القوانين المقارنة وعلى الخصوص القانون الفرنسي حيث نجده استحدث نص المادة 1316-2 بموجب القانون رقم 230-2000 الصادر في 30 مارس 2000 والمعدل للقانون المدني، والتي أعطى فيها المشرع الفرنسي للقاضي سلطة فض النزاع بين الأدلة الكتابية سواء كانت الكترونية أو ورقية.

وترجيحه مبني على الأخذ بالدليل الذي يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال مهما كان شكل الدعامة المثبت عليها، وكذلك الأخذ بالدليل الأكثر مصداقية، وهذا ما لم يوجد اتفاق صحيح أو نص قانون يقضي بخلاف ذلك يمنح أولوية لمحرر أو كتابة على أخرى[1].

وبالتدقيق في نص المادة 1316-2 السالفة الذكر يتضح أن المشرع الفرنسي لم يقيد القاضي بمعيار معين للمفاضلة بين الأدلة، أي أنه منحه سلطة تقديرية مستعينا بكافة الوسائل التي يراها مناسبة[2]، لكن هذا الأمر لا يعني أن القاضي يستبعد الدليل الكتابي لمجرد أنه مثبت على دعامة غير ورقية أي الكترونية لأن هذا سوف ينسف مبدأ المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية الذي قرره المشرع الفرنسي، فإذا وجد اتفاق بين الأطراف يعطي الأولوية لدليل على آخر فيتعين على القاضي تطبيق هذا الاتفاق، وإلا تعين عليه الأخذ بالدليل الأكثر قربا للحقيقة وفقا لظروف القضية.

ونهيب بالمشرع الجزائري تقرير هذا الأمر، مما يمنح للقاضي الجزائري سلطة تقديرية في اختيار الدليل الكتابي الذي يؤدي للحقيقة ويجعل الحق المدعى به واضحا، ويعتمد القاضي على مدى توافر شروط كل محرر لكي يتسنى له الأخذ بالدليل الصحيح ما لم يوجد نص قانوني يشترط مثلا الكتابة على دعامة ورقية، فلا مجال لإعمال سلطة القاضي في الترجيح بين الأدلة لأن القانون أو قد حسم الأمر لصالح الدليل الكتابي المثبت على دعامة ورقية، أو وجد اتفاق صريح ينص على استبعاد دليل لصالح أخر.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 833.
2- محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 233.

ولكن الأمر يحتاج لتكوين القضاة في ميدان المعلوماتية حتى يتسنى لهم الترجيح الصحيح بين الأدلة.

الفرع الثالث

الاستثناءات المجمع عليها من قبل التشريعات

وبعد الإجابة على التساؤلات التي تطرحها مسألة المعادلة بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية تصادفنا مسألة أخرى في نفس السياق، وهي أنه إذا كانت الكتابة الخطية مسموح بها في إثبات وإبرام التصرفات القانونية وفق الاشتراطات القانونية التي تختلف من تشريع لآخر؟

فهل هذه المسألة تنطبق على الكتابة الالكترونية أم أن الأمر على خلاف ذلك؟ أي أن المساواة في الإثبات بين نمطي الكتابة المختلفين لاسيما من حيث الوظائف هي أمر مطلق أم مقيد؟

لقد تباينت التشريعات في حكم هذه المسألة ويلاحظ أن أغلب التشريعات التي تعرضت للمعاملات الالكترونية أخرجت من نطاقها بعض التصرفات التي لا تتماشى معها من جهة، أو أنها تتسم بالخطورة والخصوصية أو تتطلب الحضور الفعلي لأطرافها من جهة ثانية، مثل مسائل الأحوال الشخصية والعقود المرتبة بالعقارات والتي أبقتها ضمن الشكل التقليدي وعلى هذا الأساس كان لزاما تفصيل المسألة على النحو التالي:

لقد استثنى التوجيه الأوربي المتعلق بالتجارة الالكترونية رقم 2000-31 بعض التصرفات من نطاق الكتابة الالكترونية والمعاملات الالكترونية.

حيث لا يجوز إبرامها في شكل الكتروني ومن ثم لا يجوز إثباتها كذلك، حيث نص في الفقرة الثانية من المادة التاسعة منه على هذه الاستثناءات كالآتي:" -العقود التي تنشىء أو تحيل حقوقا على العقارات باستثناء حقوق الإيجار.

-العقود التي تتطلب بحكم القانون تدخلا من المحاكم والسلطات العامة أو المهن التي تمارس سلطة عامة.

-عقود الكفالة والقروض المقدمة من أشخاص للتصرف فيها لأغراض غير أغراض التجارة أو الأعمال أو المهن[1].

وقد وضع المشرع الفرنسي كذلك بعض الاستثناءات تحت مظلة التوجيه الأوربي للدول الأعضاء، وقد أوردها المشرع الفرنسي في نص المادة 1108-2 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 575- لعام 2004 السالف الذكر والتي تنص على أنه:

" لا يجوز إبرام التصرفات التالية في شكل الكتروني:

-التصرفات القانونية على أوراق عرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث.

-التصرفات القانونية على أوراق عرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية سواء كانت ذات طبيعة مدنية أو تجارية إلا إذا كانت قد أبرمت من طرف شخص لحاجاته مهنته.

أما بالنسبة لتشريعات الدول العربية فنجد أن في قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لعام 2001 نصت المادة السادسة 06 منه على بعض الحالات التي لا يمكن فيها

1- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 94.

تطبيق هذا القانون أي لا تكون الكتابة الالكترونية محلا لها فلا تسري أحكام هذا القانون على مايلي:"

أ-العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

- إنشاء الوصية أو تعديله.

-إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

-معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

-الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

-لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول[1].

وقد استبعد كذلك قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم اثنين02 لعام 2002 في المادة الخامسة 05 منه من دائرة تطبيقه بعض التصرفات كالآتي:"

- التصرفات المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.

1- خالد عبد الفتاح محمد، **التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، 2009، ص 270.

- سندات ملكية الأموال غير المنقولة، السندات القابلة للتداول.

-المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجيل أية حقوق متعلقة بها.

-أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام الكاتب العدل"[1].

والملاحظ أن المشرع المصري لم ينص على مثل هذه الاستثناءات في قانون رقم 15 لعام 2004 ولا في قانون الإثبات، لكنه نص على بعض المسائل في الأحوال الشخصية يمكن استعمال الوسائط الالكترونية فيها، ويتضح من هذا أن المشرع المصري يجيز الإثبات بالكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في كل التصرفات.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ورغم أنه اعترف بحجية الكتابة الالكترونية وساوى بينها وبين الكتابة الخطية، إلا أنه لم يضع استثناءات لهذا النوع من الكتابة فهل يمكن القول بأنها تصلح لإثبات كل التصرفات القانونية التي يتم إثباتها بالكتابة الخطية مع بعض الاستثناءات والمحاذير؟

وفي اعتقادنا أن هذا الشكل الجديد من الكتابة على دعامة غير ورقية لا يمكن الإثبات به إلا في الحدود المقررة للإثبات بالكتابة الخطية، ويستثنى منه التصرفات التي تتطلب الشكلية مثل العقود الواردة على العقارات، وكذلك يمكن استثناء المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية والعقود التي تتطلب الحضور الشخصي لأطرافها، والأجدر بالمشرع تجاوز هذا القصور بالتنصيص على هذه المسائل ضمن الاستثناءات في معرض تنظيم تلك التصرفات خاصة التي تتطلب الحضور الشخصي

1- سليم سعداوي، **عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، ص 64-65.

لأطرافها، وكذلك تعديل القوانين المتعلقة بمهنة الموثق والمحضر القضائي لكي تتكيف مع هذا الشكل الحديث للكتابة ان كان حقا يؤمن بها.

أما بالنسبة للاتفاقيات الدولية فقد نصت المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالخطابات الالكترونية لعام 2005 بعض الاستثناءات عن نطاق تطبيقها في نص 2 منها، وتتمثل في بعض التصرفات القانونية التي تتعارض مع الطبيعة الالكترونية للعقود التي تنظمها الاتفاقية والتي ترتكز على الكتابة الالكترونية، حيث تعد من قبيل استثناءات الكتابة الالكترونية نذكرها تباعا:

أ-العقود المتعلقة بأغراض منزلية أو شخصية أو عائلية،

ب-نظم الدفع بين المصارف أو اتفاقات الدفع فيما بين المصارف، أو نظم المقاصة المتعلقة بالأوراق المالية.

ج-الصكوك القابلة للتداول مثل السفاتج وبيانات الشحن وسندات الشحن[1].

هذا وترجع أسباب استبعاد التصرفات القانونية السالفة من نطاق تطبيق الاتفاقية إلى مجموعة من الأسباب نذكر منها:

-قد تكون أسباب الاستبعاد طبيعة المحل في هذه التصرفات، أو التخوف من حدوث الاستنساخ أو التزوير الذي يتمتع بالدقة والتقنية التي من أمر اكتشافه، وكذلك من الأسباب ما هو راجع لاشتراط التشريعات الداخلية للكتابة الخطية لاسيما في العقود الرسمية.

1- وائل حمدي أحمد، مرجع سابق، ص 56.

المطلب الثاني

تطبيقات الكتابة في الشكل الالكتروني

الكتابة الخطية تنقسم لأنواع كما أسلفنا سابقا فقد تكون كتابة رسمية أو كتابة عرفية بنوعيها المعدة للإثبات وغير المعدة، والأمر كذلك إذا كانت الدعامة غير ورقية أي الكتابة المثبتة على دعامة الكترونية، وهناك فرق بين الكتابة والمحرر أو المستند فالكتابة هي عنصر هام للمحرر وبدونها يفقد المحرر قيمته القانونية، لكن الكتابة وحدها لا تكفي وحدها لقيام المحرر، فلابد أن تكون مؤشرة من قبل القائم بخدمة عامة أو الموظف العام أو الضابط العمومي حتى يتحقق لها شكل الكتابة الرسمية ويثار التساؤل في مدى استجابة الكتابة الالكترونية لشروط الكتابة أو العقد الرسمي حتى تحوز على الحجية في الإثبات (الفرع الأول)، ثم يثار التساؤل حول استجابة الكتابة الالكترونية لشروط الورقة العرفية حتى تحوز على الحجية في الإثبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول

حجية المحررات الالكترونية الرسمية في الإثبات

للقول بأنه يمكن تصور محررات الكترونية رسمية تماثل في الحجية مع المحررات الرسمية الورقية، لابد من البحث حول مدى توافر شروط هذه الأخيرة في المحررات الالكترونية؟

وفي هذا السياق يتم التطرق للتجربة الفرنسية الرائدة في الاعتراف بالكتابة الالكترونية الرسمية.

أ- مسألة أصل المحرر الرسمي وصورته:

من أهم المسائل التي تثار في الإثبات بالمحررات الرسمية هو مسألة التفرقة بين أصل المحرر وصورته، ولابد من البحث عن هذا الأمر في المحررات الالكترونية، والتي أهم ما يميزها هو اختفاء المفهوم التقليدي للمحرر الرسمي الذي ينبني على التفرقة بين الأصل والصورة أو بين النسخة الأصلية والنسخة غير الأصلية، حيث أن لغة الكتابة الالكترونية تقضي بأن النسخة هي تكرار تام لأصلها مهما تعددت فكل نسخة هي أصلية[1]، وقد أكد المشرع الفرنسي هذا الأمر من خلال نص المادة 1369-11 من القانون المدني المعدلة بالقرار رقم 674-2005، والتي تنص على أنه:"عندما يشترط إرسال عدة نسخ، فان ذلك يمكن استيفائه من خلال الكتابة الالكترونية إذا كانت تلك الكتابة يمكن طباعتها من قبل المرسل إليه".

كما تعرض المشرع المصري لهذه المسألة، في قانون التوقيع الالكتروني حيث نصت المادة 16 منه على أنه:"الصور النسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجة على الكافة بالقدر الذي تكون فيه مطابقة لأصل هذا المحرر، مادام المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية"، وهذا الحكم الذي قرره المشرع المصري سبق فيه كل التشريعات العربية، وهو يلبي حاجة عملية فمادام أصل المحرر الالكتروني الرسمي موجود وعليه التوقيع الالكتروني ومثبت على دعامة الكترونية، سواء تم حفظه في جهاز الكمبيوتر أو في قرص مضغوط،"C D" ، أو على شريط ممغنط، "F D"، ففي هذه الحالة تكتسب صور المحررات الالكترونية الرسمية حجية في الاثبات، بقدر مطابقتها لأصلها[2].

1- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 203.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، **التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2005، ص 426.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري ورغم اقراره المساواة في الحجية بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية، الا أنه لم يتطرق لمسألة حجية صورة المحرر الالكتروني، ولذلك نهيب بالمشرع اقرار هذا الأمر الذي يطرح العديد من المشاكل من الناحية التطبيقية.

ب- تطبيق شروط المحررات الرسمية على المحررات الالكترونية:

لقد أسلفنا القول سابقا بأنه لإضفاء الصبغة الرسمية على المحررات الورقية، لابد من توافر بعض الشروط والتي ذكرناها سابقا، وسوف يتم التطرق لمدى استجابة المحررات الالكترونية لهذه الشروط لكي نضفي عليها الصبغة الرسمية، وسوف تتم مناقشة المسألة على النحو الآتي:

-التجربة الفرنسية في انشاء المحرر الالكتروني الرسمي:

إن أهم شرط يجب توافره في المحرر حتى يتمتع بالطابع الرسمي، هو صدوره عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة أو ضابط عمومي مع تحريره وفق أوضاع معينة، وإذا كان هذا الشرط واضح في المحرر الورقي، فهو يتسم بالغموض في المحرر الالكتروني، خاصة بالنسبة للتشريعات الحديثة العهد بهذا النمط من المحررات، غير أن المشرع الفرنسي أوجد الحل من خلال المرسوم الصادر عن مجلس الدولة رقم 973 لسنة 2005، والمعدل للمرسوم رقم 941 لسنة والمتعلق بأعمال الموثقين1971[1]، هذا المرسوم الجديد الذي يعد استكمالا لمجموعة المراسيم الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي والتي تهدف لتنفيذ التوجيهات الأوربية الرامية للمساواة بين المحررات والتواقيع التقليدية والمحررات والتواقيع الالكترونية، وقد صدر قرار رقم 5-13-885 في 5-7-2006، عن الغرفة الثانية لمحكمة النقض الفرنسية يعترف بالمحررات الالكترونية الرسمية.

1- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 176.

والتوقيع الالكتروني ضمن تعرضه لقضية تتعلق بابرام عقد الكتروني لدى الموثق والذي كان محل رفض من قبل المحكمة والتي أمرت باجراء الخبرة المضادة[1].

هذا وقد استغرق صدور المرسوم رقم 973 لسنة 2005 مدة 5 سنوات، منذ صدور القانون رقم 230 لسنة 2000، وقد اعتبره جانب من الفقه الفرنسي بأنه بمثابة ثورة على الأوراق التي يستعملها الموثق والتي سوف تندثر نهائيا، كما أنه يشجع الموثقين على مسايرة التقنيات الجديدة والاستفادة منها، وقد دخل المرسوم الجديد حيز النفاذ في 1 فبراير 2006، حيث مكن الموثق في فرنسا من تحرير العقود على دعامات الكترونية، غير أنه وضع بعض الشروط يجب عليه اتباعها في انشائه لها تتمثل في:

-اتباع نظام تداول للوثائق يوافق عليه المجلس الأعلى للموثقين،

-ضمانه لسرية وسلامة محتويات المحرر الالكتروني أو العقد،

-توافق النظام المستخدم مع نظم نقل المعلومات التي أنشئت من قبل باقي الموثقين.

أما بالنسبة لتاريخ المحرر فقد حدده المرسوم بالتاريخ الذي يتم فيه التوقيع، ويكون مدونا بالأحرف، مما يشكل ضمانا ويحقق الثقة فيه، وهذا حسب نص المادة 8 من المرسوم.

ويقوم الموثق بالتوقيع على المحرر الكترونيا باستخدام توقيع الكتروني مؤمن، أما تواقيع الأطراف والشهود فتكون يدويا ثم ينقلها بالماسح الضوئي، أو يتم التوقيع على لوحة تسمح بالتقاط صورة التوقيع، وقد انتقد جانب من الفقه الفرنسي هذه الصيغة لتوقيع الأطراف والشهود والتي يرون بأنها تقحم صورة الختم والتوقيع بخط اليد وتنقلها من البيئة الورقية الى البيئة الالكترونية.

1-Philippe Delbecque, Jean-Daniel Bretzner, Thomas Vasseur, Droit de la prevue, Dalloz-2007, n 27, p1906.

غير أن جانب اخر من الفقه فند ذلك واعتبر التوقيع الذي أوجده المرسوم يتفق تماما مع اشتراطات المادة 1316-4 من القانون المدني، حيث أن وجود الموثق أثناء التوقيع يشكل لوحده ضمانا لصحة هوية الأطراف ودليلا على رضاهم بمحتوى المحرر[1].

وقد نظم المرسوم رقم 973 لسنة 2005 كذلك مسألة حفظ المحررات الالكترونية الرسمية، حيث ألزم مكاتب التوثيق باعداد فهرس اما على دعامة ورقية أو الكترونية لتقييد وحفظ مختلف الأعمال التي ينجزونها، ويجب أن يتوفر الفهرس على بيانات تتمثل في:

-تاريخ انشاء المحرر الرسمي،

-طبيعة العقد،

-بيانات الأطراف،

-طبيعة الدعامة التي أنشئعليها المحرر،

-جميع البيانات التي تفرضها اللوائح والقوانين.

ويوقع الفهرس المنشأ على دعامة الكترونية من قبل رئيس مجلس الموثقين في فرنسا أو ممثله عن طريق وسائل توقيع الكتروني مؤمنة، كما أشار المرسوم لتحديد طرق الحفظ للمحرر من خلال ضرورة تحقيق استعادته مرة ثانية، وعدم احداث أي تغيير لمحتواه.

وقد أثير جدل فقهي حول مدى استخدام المحررات الالكترونية في التصرفات القانونية والتي يعد فيها القالب الرسمي ركنا للانعقاد وصحة التصرف، وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الأمر باصدار القانون رقم 575 لسنة 2004، والمتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي بتعديل المادة 1108-1

1- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 179-180.

التي تنص على أنه:" اذا كان المحرر الرسمي مطلوبا لصحة التصرف القانوني، فلا بد أن يتوافر فيه الشروط المنصوص عنها في الفقرة الثانية من المادة 1317"، ويتضح من نص المادة أن المشرع الفرنسي قد أجاز استخدام المحررات الالكترونية الرسمية في التصرفات القانونية الشكلية التي يشترط فيها الرسمية في الانعقاد، اذا انطوت على الشروط التي قررها المرسوم رقم 973 لسنة 2005[1].

وفي اعتقادنا أن المساواة التي أقرها المشرع الفرنسي بين المحررات الورقية الرسمية والمحررات الالكترونية الرسمية، قد تجسدت فعلا بعد صدور المرسوم رقم 973 لسنة 2005 عن مجلس وهي تجربة رائدة يمكن اتباعها.

أما بالنسبة للمشرع المصري فرغم أنه ساوى في الحجية بين المحررات الرسمية التقليدية والمحررات الالكترونية الرسمية، إلا أنه لم يوضح الأمر من الناحية العملية، فاذا رجعنا لقانون التوثيق المصري رقم 68 لسنة 1947 ولائحته التنفيذية، نجد أنه يكرس المحرر الورقي الرسمي ومن ثم تخرج عن المحررات الرسمية المحررات الالكترونية.

أما المشرع الجزائري فرغم أنه أقر المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية الا أنه لم يبين حدود هذه المساواة هل تشمل المحررات الرسمية أم لا؟

وفي اعتقادنا فان المشرع الجزائري لا يسمح في ضل النصوص الحالية بإنشاء المحررات الرسمية في شكل الكتروني، وهذا يستشف من استمرار النصوص التي تشترط القالب الرسمي الخطي مثل العقود المترتبة على العقارات والمحلات التجارية، كما أنه جعل المحررات الالكترونية الموقعة الكترونيا تتمتع بحجية المحررات العرفية فقط، مما نعتبره استبعادا غير مباشر للمحررات الالكترونية

1- نفس المرجع السابق، ص 184.

الرسمية مثلما سيتضح في دراسة المحرر الالكتروني العرفي، كما أنه لم يصدر لحد الساعة أي نص قانوني ينظم عمل الموثق الالكتروني مثل ما فعل المشرع الفرنسي، ولهذا نهيب بالمشرع الجزائري تجاوز هذا القصور واتباع التجربة الفرنسية، من خلال تعديل قانون التوثيق الحالي وجعله يتماشى مع التطور الذي لحق المحررات الرسمية، وكذلك التأسي بالدول التي قطعت شوطا كبيرا في هذا الجانب، حتى تكون المساواة بين الكتابة الالكترونية والخطية مجدية.

ورغم ذلك القصور من قبل المشرع الجزائري الا أنه توجد بعض الجهود والتي تهدف لإ قرار مبدأ رسمية المحررات الالكترونية، نذكر منها انعقاد الملتقى الدولي لمحضري الغرب في ولاية وهران والذي يحضره خبراء وقانونيون من دول أوربية وافريقية وبعض الدول العربية في يوم الأربعاء 05 من شهر فبراير 2013 من أجل مناقشة عدة قضايا، من أبرزها أفاق المعاملات الالكترونية في ضل التنفيذ الالكتروني المعمول به منذ عدة سنوات في العديد من الدول الأوربية، وهذا بغرض الاستفادة من خبرات هذه الدول[1].

الفرع الثاني

حجية المحررات الالكترونية العرفية في الإثبات

1-المحررات الالكترونية العرفية المعدة للإثبات:

تتميز المحررات العرفية المعدة للإثبات بالتبسيط في شروطها حيث أنها لا تخضع لشكل من الأشكال أو شرط من الشروط كالمحررات الرسمية وتحرر حسب العرف، ولا تتطلب حضور

1- جريدة الشروق اليومي الجزائرية، صفحة الحدث، العدد رقم 3917، بتاريخ 05 فبراير 2013، الموافق: 24 ربيع الأول 1434.

الضابط العمومي أو الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة، فهي أدلة مهيأة Preuves - Préconstituées[1]، لذلك تكون موقعة ممن هي حجة عليه، ويمكن أن تكون دليلا كاملا في الإثبات، ولمعرفة مدى إمكانية استيعاب المحررات العرفية التقليدية للمحررات الالكترونية سوف يتم التطرق للنقاط التالية:

أ-تطبيق شروط المحرر العرفي على المحرر الالكتروني:

يجب توافر شرطين في المحررات العرفية التقليدية يتمثلان في الكتابة والتوقيع، وقد نص المشرع الجزائري على الكتابة في نص المادة 327 من القانون المدني حيث توسع المشرع الجزائري في مفهومها، والذي أصبح يستوعب الكتابة الالكترونية وغيرها من أشكال الدعامات التي يأتي بها التطور التكنولوجي مستقبلا.

والكتابة المشترطة في المحرر العرفي قد تكون بخط المدين أو الدائن أوغيرهما، على دعامة مادية كالورق أو على دعامة غير مادية كأجهزة الحاسب الآلي أو الأنظمة المعلوماتية[2]، وعلى هذا الأساس يكون شرط الكتابة قد تحقق في المحررات العرفية الالكترونية.

أما الشرط الثاني فهو شرط التوقيع من طرف الشخص الذي ينسب له المحرر، وهو الشرط الجوهري في المحرر العرفي حيث بدونه تعد الكتابة مجرد مشروع محرر تم إعداده ليكون دليلا على صحة التصرف، كما يفيد التوقيع في تحديد الشخص الذي ينسب له المحرر والتأكيد على قبول الملتزم بمضمون المحرر.

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 752.

2- ثروت عبد الحميد، **التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، حجيته في الاثبات**، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، 2007، ص 15.

وقد نص المشرع الجزائري عنه في نص المادة 327 من القانون المدني المعدلة، كما نص المشرع الفرنسي على شرط التوقيع، وأخذ به المشرع المصري كذلك في المادة 14 من قانون الإثبات، والأمر كذلك بالنسبة للمشرع الأردني والذي نص في المادة 10على شرط التوقيع في السند العادي، وإذا كان شرط التوقيع بسيط في المحررات العرفية التقليدية، فكيف يتحقق هذا الشرط في المحررات العرفية الالكترونية؟

لقد أجاب المشرع الجزائري على هذه الإشكالية حينما أضاف شكل جديد للتوقيع يتمثل في التوقيع الالكتروني وهذا في نص المادة 327 والتي تنص: " يعتبر العقد العرفي صادرا ممن كتبه أو وقعه أو وضع عليه بصمة إصبعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه...ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة ...".

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أضاف لهذه الشروط شرط آخر هو شرط تعدد النظائر في المحرر العرفي، وقد نص على امكانية تحقق هذا الشرط في المحرر الالكتروني العرفي باظافة فقرة 05 للمادة 1325 من القانون المدني، بموجب المادة 02 من المرسوم رقم 674-2005 والمتعلق بانجاز بعض الشكليات التعاقدية بوسائل الكترونية، والذي أزال الشك حول الشكليات الالكترونية ومحتوى هذه الفقرة يشير إلى إمكانية تحقق شرط تعدد الأصول في العقود التي تتخذ شكلا الكترونيا، إذا كانت الوسيلة التقنية تتيح لذوي الشأن إعداد نسخة من المحرر أو تمكنهم من الوصول إليها[1].

ب-مسألة التاريخ:

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 762.

لابد ان يكون للمحرر العرفي تاريخ محدد لحماية الغير من أي غش قد يقوم به أحد أطراف المحرر العرفي، بتقديم أو تأخير التاريخ مع من تعاقد معه إضرارا بهم لذلك لابد أن يكون تاريخ المحرر العرفي ثابتا ليحتج به على الغير، وهذا ما أقره المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري في المادة15 من قانون الإثبات، وقد وضع المشرع الجزائري طرق قانونية لتحديد تاريخ المحرر العرفي ذكرناها سالفا، وإذا كانت مسألة تحديد التاريخ تبدو سهلة إذا كان المحرر العرفي ورقي فهل الأمر كذلك بالنسبة للمحرر الالكتروني العرفي، وما هي الطرق التي يمكن اللجوء إليها لتحديد التاريخ؟

لقد وضع المشرع الجزائري طرقا لتحديد تاريخ المحرر العرفي، مثل العديد من التشريعات الأخرى كالمشرع المصري واللبناني، وهي شروط متعلقة بالمحرر العرفي الورقي دون المحرر الالكتروني العرفي، فهل يمكن اللجوء لهذه الطرق لتحيد تاريخ المحرر الالكتروني؟

في اعتقادنا أنه مادام المشرع الجزائري وكذلك المشرع المصري قد ساوى الاثنين بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية فلا يوجد مانع لتطبيق طرق تحديد التاريخ على المحرر الالكتروني، لكن هذا الأمر يصطدم بالعديد من العقبات التي تتعلق بخصوصية المحررات الالكترونية نذكر أهمها كالآتي:

-المحرر الالكتروني يكون في الغالب بين أطراف لا يجمعهما مكان واحد الأمر الذي يصعب حضورهما معا أمام الموثق لتثبيت تاريخ المحرر العرفي.

-سهولة تغيير التاريخ من قبل الأطراف خاصة في ضل التقنية المتطورة التي تتسم بها المحررات الالكترونية والتي تتيح هذا الأمر، مما يجعل أمر التلاعب بالتاريخ واردا.

-تتطلب بعض وسائل تحديد التاريخ التوقيع من أطراف المحرر ومن الموظف المختص الذي يكون بخط اليد أو بالبصمة، بينما المحرر الالكتروني لا يتيح هذا الأمر لأن التوقيع فيه يكون الكترونيا[1].

ويمكن القول في جانب طرق تحيد تاريخ المحرر الالكتروني العرفي أنه انطلاقا من أن المشرع الجزائري قد نص على طرق تحديد تاريخ المحرر العرفي على سبيل المثال، فانه في اعتقادنا لا مانع من استحداث طرق أخرى تتلاءم مع الجوانب التقنية للمحررات الالكترونية.

جـ-المساواة في الحجية بين المحرر العرفي الورقي والمحرر العرفي الالكتروني:

لقد تطرق المشرع المصري لهذه المسألة حيث ساوى بين المحرر العرفي الورقي والمحرر الالكتروني، وهذا من خلال نص المادة 15 من القانون المتعلق بالتوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004.

والتي تنص:"للكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط التقنية والفنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"[2].

وقد حددت المادة 8 من اللائحة التنفيذية بعض الضوابط الفنية والتقنية الواجب توافرها في الكتابة الالكترونية حتى تتحقق لها الحجية في الاثبات و تتمثل تلك الضوابط فيمايلي":

1- محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 324..
2- علاءحسين مطلق ا لقيمي، مرجع سابق، ص 50.

أ-أن يكون متاحا فنيا تحديد وقت وتاريخ انشاء الكتابة الالكترونية أو المحررات الالكترونية الرسمية والعرفية، وأن تتم هذه الاتاحة عن طريق وجود نظام حفظ الكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو المحررات.

ب-أن يكون متاحا فنيا تحديد مصدر انشاء الكتابة أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية ودرجة سيطرة منشئها على هذا المصدر وعلى الوسائط المستخدمة في انشائها.

جـ-في حالة انشاء وصدور الكتابة أو المحررات الالكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري جزئي أو كلي، فان حجيتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ انشائها، ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحررات"[1].

ويضح أن المشرع المصري يساوي بين المحرر العرفي الورقي والمحرر الالكتروني العرفي في الإثبات، إذا كان يستجيب للشروط التي تضمن سلامته ونسبته لمن يدعى به عليه وهو موقف رائد يستحق التقدير والإتباع من المشرع الجزائري الذي لم يفصل في المسألة حيث ساوى بين الكتابة الالكترونية والكتابة الخطية لكن لم يبين حدود المساواة.

2-المحررات الالكترونية العرفية غير المعدة للإثبات:

يقصد بها المحررات والمستندات التي لم يعدها أصحابها بغرض الإثبات، وإذا كانت المحررات يمكن قبولها في الإثبات فهل الأمر كذلك بالنسبة للمحررات الالكترونية؟ ومدى التوافق بينهما؟

للإجابة على هذه الإشكالية سوف يتم التطرق لبعض أنواع هذه المحررات:

2-1-الدفاتر التجارية الالكترونية:

1- أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص353.

إن الدفاتر التجارية التي يستوجب على التاجر مسكها قانونا قد زاد وزنها إلى عدة أضعاف نتيجة للتطور الذي شهدته الحياة التجارية وكثرة التفاصيل المحاسبية[1]، وهذا ما فتح المجال للعمل بالدفاتر المعلوماتية أو الالكترونية لتحل محل الدفاتر التقليدية هذه الأخيرة التي تثقل كاهل التجار من خلال المصاريف كالرفوف التي تتطلب مساحات معتبرة وسرعة التلف والاهتراء، بخلاف الدفاتر الالكترونية حيث توفر جانب السرعة في البحث على البيانات وتضمن الاستمرارية والثبات لها، ولا تكلف مصاريف مثل الدفاتر التقليدية.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فانه لم يشر لهذا النمط من الدفاتر حينما نص على الدفاتر التجارية في الباب الثاني المعنون بالدفاتر التجارية من الكتاب الأول المعنون بالتجارة عموما ضمن المواد من09 إلى 18 من القانون التجاري، ما يثير التساؤل حول مدى اعترافه بالدفاتر التجارية الالكترونية كوسيلة عمل تفيد فئة التجار، ومدى إعمالها في الإثبات عند حصول النزاع؟

في اعتقادنا أن المشرع الجزائري وبعد أن أعرب عن موقف مقتضب تجاه الكتابة الالكترونية يمكن القول أنه لا يمنع فئة التجار من اللجوء لهذه الوسائل والاستفادة من التطور الذي تتيحه وهو ما لمسناه في الواقع خاصة على مستوى الشركات الكبرى والتي تستعملها، لكن من ناحية الإثبات تبقى هذه الدفاتر مثل الدفاتر التجارية الخطية مجرد دليل غير معد للإثبات ناقص يستكمل بشهادة الشهود أو بدليل آخر، لذلك فجدير بالمشرع الجزائري النص على هذا الشكل الحديث للدفاتر التجارية حتى يزول التخوف منها وتستفيد فئة التجار منها.

1- محمد المرسي زهرة، مرجع سابق، ص 335.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد أجاز لفئة التجار العمل بالدفاتر التجارية الالكترونية حيث أصدر مرسوما رقم 1020 - 83 الصادر في 29 نوفمبر 1983 وهو نص تطبيقي للقانون رقم 353-68 الصادر في 30 أبريل 1983 والخاص بالالتزامات المحاسباتية لفئة التجار حيث أشار فيه إلى إمكانية تعويض المحررات المعلوماتية محل بعض الدفاتر التجارية والمتمثلة في دفتري الجرد واليومية بشرط استجابة هذه المحررات لبعض الشروط تتمثل في:

-أن تكون مؤرخة - datés،

-أن تكون مرقمة - numérotés ،

-وكذلك يجب أن تكون معرفة – identifiés،

وهذا الشروط متطلبة لإعدادها ولكي تحوز على الحجية القانونية التي تتمتع بها الدفاتر التقليدي للتجار، ثم قام بعد ذلك المشرع الفرنسي في القانون التجاري باضافة المادة 123-173 R، بموجب المرسوم رقم 431-2007، الصادر في 25 مارس 2007 والمتعلق بالقسم التنظيمي للقانون التجاري.

والتي تنص على أنه:"يجوز أن تحل الدفاتر المتخذة شكلا الكترونيا محل دفتري الجرد واليومية في حالة ما إذا كانت مطابقة ومرقمة ومؤرخة لحظة إنشائها بوسائل تكفل كل الضمانات في مجال الأنترنيت"[1].

يتضح مما سبق أن فكرة الأخذ بالدفاتر التجارية الالكترونية ومساواتها بالدفاتر التجارية العادية تصطدم ببعض المشاكل القانونية، التي تجعل فئة التجار تتهرب منها، فالتاجر يهمه أن تأخذ

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 796-797.

دفاتره الشكل الذي يتطلبه القانون لتفادي الجزاءات المدنية والجزائية أكثر من الأخذ بالدفاتر التجارية الالكترونية وتحقيق مصلحة اقتصادية، لكن هذا الأمر لاينال من الاستفادة منها في الإثبات.

2-2-رسائل البريد الالكتروني:

لقد قيلت تعريفات متعددة حول البريد الالكتروني، ويعد أفضل مافي شبكة الانترنيت لما له من مزايا تجعل منه أفضل من الهاتف والفاكس، فالمرسل لايرعي اعتبارات الوقت والمكان[1]، وقد اعتبرت رسائل البريد الالكتروني من قبيل المحررات العرفية، وهذه الرسائل تتشابه مع الرسائل والبرقيات البريدية العادية من حيث ضرورة توافر الوجهة أو العنوان الصحيح حتى يتم الوصول، واذا وقع خطأ في تحديد العنوان المطلوب فتضيع كلتا الرالتين أو لاترسل أصلا، أما أوجه الاختلاف في سرعة وصول رسائل البريد الالكتروني، لكنها تتعرض لخطر القرصنة عبرشبكة الانترنيت[2].

وفي اعتقادنا يمكن اعتبار رسائل البريد الالكتروني منقبيل المحررات العرفية غير المعدة للاثبات حيث يمكن استكمالها بشهادة الشهود.

ويتضح مما سبق أن الكتابة الالكترونية أضحت الأن وسيلة هامة من وسائل الاثبات تتماثل مع الكتابة الخطية وقد تكون من قبيل المحررات الرسمية اذا توافرت فيها شروطه، كما يمكن أن تكون من قبيل المحررات العرفية بنوعيها المعدة للاثبت وغير المعدة، لكن الكتابة الالكترونية لابد لها من توقيع يتماشى مع طبيعتها الالكترونية وهو ماسمح بظهور التوقيع الالكتروني.

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، **الحكومة الالكترونية بين الواقع والطموح**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2008، ص338.

2- رامي محمد علوان، مرجع سابق، ص 256.

الفصل الثاني:

مكانة التوقيع الالكتروني في الإثبات

الفصل الثاني

مكانة التوقيع الالكتروني في الإثبات

يعد التوقيع ظاهرة اجتماعية، بل هو ظاهرة ضرورية يتكفل القانون بحمايتها، والملاحظ أن أغلب القوانين لم تتضمن تحديد تعريف للتوقيع حيث تكتفي بذكر الصور المختلفة له كالتوقيع بالامضاء أو بالبصمة أو الختم، ويعتبر التوقيع بوجه عام وسيلة تعبير عن إرادة الشخص في الالتزام بتصرف قانوني معين، والكتابة بدون توقيع تضل مصدر شك كدليل إثبات قائم بذاته، حيث أن التوقيع يظفي عنها الحجية لاسيما أنه الشرط الجوهري في المحررات العرفية المعدة للاثبات، وبغيابه ينزل هذا المحرر لمرتبة الدليل غير المعد للاثبات ويكون ناقصا يستكمل بالشهادة أو القرائن، وهو مهم كذلك بالنسبة للمحررات الرسمية.

وإذا كان التوقيع ضل حتى القرن السادس عشر الميلادي يتم عن طريق الختم ثم أصبح بخط اليد ثم بالبصمة، لكنه مع نهاية القرن العشرين وبزوغ الثورة التقنية ووسائل الاتصال الحديثة، والتي غيرت من مفهوم الكتابة والمحررات من شكل تقليدي إلى شكل الكتروني، لذلك أصبحت تلك الأشكال غير ملائمة تماما لهذا التطور.

وهذا ما أدى لظهور بديل الكتروني للتوقيع التقليدي يتمثل في نمط جديد للتوقيع اصطلح عليه التوقيع الالكتروني، الذي أحدث ثورة في قواعد الاثبات وأصبح يهدد التوقيع التقليدي، وقد تسابقت التشريعات في استيعابه بين تشريعات وضعت له قانون مستقل مثل قانون الأمم المتحدة النموذجي المتعلق بالتوقيعات الالكترونية لسنة 2001، والتوجيه الأوربي رقم 1993/99 المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، وأخرى ضمنته لقانون موحد للمعاملات والتجارة الالكترونية، مثل القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية، والقانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المتعلق بالمعاملات الالكترونية، مما يؤكد أهمية التوقيع الالكتروني، حيث بدأ العمل به كالتوقيع العادي أو كبديل له مستقبلا، وجعلت له تشريعات الدول شروطا لابد من توافرها، وقد ظهرت له أنواع مختلفة، كما أنه أصبح من خلال التعامل به يحقق العيد من الوظائف، وقد أضحى يتمتع هذا التوقيع بالعديد من الثقة والأمن للمعاملات بفضل الثقة والآمان اللتان توفرهما له جهات التصديق الالكتروني.

المبحث الأول

التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني

لقد واجهت المعاملات الالكترونية العديد من الصعوبات منها مايتعلق بجانب من نسبة المحرر والتحقق من هوية الأطراف وكذلك من سلامة هذا الأخير وعدم تعرضه للتغيير، فاتجهت التشريعات لتجاوز هذه الصعوبات عن طريق استعمال برامج المعلومات والتي ينشأ عنها توقيع خاص يضع حدا لهذه الاشكالات، بحيث يتم تحويل البيانات إلى أرقام تمثل ورموز تشكل توقيعا الكتروني، وقد اختلفت التشريعات الداخلية، وكذلك التشريعات الدولية تجاه هذا الشكل المستحدث للتوقيع من حيث المفهوم، ووضعت له شروطا حتى يتم إعماله في الإثبات وحماية مستخدميه (المطلب الأول)، ويقترب التوقيع الالكتروني من التوقيع التقليدي من حيث أن له وظائف متعددة، كما له صور متعددة تختلف درجة الأمان فيها من نوع لآخر (المطلب الثاني).

المطلب الأول

الاختلاف التشريعي حول مفهوم وشروط ووظائف التوقيع الالكتروني

منذ ظهور التوقيع الالكتروني سارعت الدول لتأطيره من الناحية القانونية قصد الاستفادة منه في الإثبات، وحماية الأطراف التي تتعامل به، وقد اختلف التشريعات الداخلية والدولية في مفهومه والاعتراف به (الفرع الأول)، كما وضعت مختلف التشريعات شروطا خاصة لابد من توافرها في التوقيع الالكتروني.

وهذا حتى يحوز على الحجية في الاثبات (الفرع الثاني)، ونظرا لكون التوقيع يحتل أهمية بالغة فهو ليس علامة أو رمز فقط يميز هوية شخص الموقع فقط، وانما تعبير عن إرادة الموقع في المشاركة في اعداد المحرر المثبت للتصرف، واقرار منه بمحتواه وموافقته عليه، ولذلك تتعدد وظائف التوقيع الالكتروني (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم التوقيع الالكتروني

لقد اختلفت التشريعات في تحديد تعريف للتوقيع الالكتروني، فقد عرفه المشرع الأردني في قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 2 منه والتي تنص بأنه: "التوقيع الالكتروني هو مجموعة من البيانات تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو اشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل الكتروني او رقمي أو ضوئي او اي وسيلة اخرى مماثلة في رسالة معلومات او مظافة عليها او مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقع عليها وتميزه عن غيره من اجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه".

ويتضح من نص المادة السابقة ان المشرع الأردني وصف التوقيع الالكتروني بأنه مجموعة من الحروف أو الأرقام أو الاشارات التي تتشكل منها البيانات، وبذلك يكون قد وضع تعريفا واسعا يستوعب كل الطرق التقنية التي يتم بها توقيع المحرر او المستند الالكتروني.

وهذا ما يستشف من عبارة "أو غيرها" مما يفتح المجال واسعا لأي توقيع جديد ينتجه التطور التقني[1].

كما عرفه المشرع المصري في المادة 1 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات على أنه: "ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره".[2]

ويتضح من نص المادة السابقة ان المشرع المصري عدد بعض صور التوقيع الالكتروني مثل الحروف أو الأرقام وترك المجال مفتوحا لأي شكل يأتي به التطور مستقبلا وهو موقف راجح.

أما بالنسبة للقانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية فلم يتضمن تعريفا للتوقيع الالكتروني، حيث اكتفى بالنص على عناصره فقط، فنصت المادة 2 منه على كيفية إنشاء التوقيع وهذا عن طريق عناصر التشفير أو المعدات الشخصية المهيأة خصيصا لإنشائه.

أما بالنسبة للمشرع الإماراتي فقد تناول تعريف التوقيع الالكتروني من خلال نص المادة 2 من القانون رقم 2 لسنة 2002 والمتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية.

1- عبير ميخائيل الصفدي الطوال، **النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني**، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2010، ص 45.

2- محمد الشهاوي، **شرح قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010، ص 103.

حيث عرفه بأنه:" ذلك التوقيع الذي يتكون من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل الكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة الكترونية ومهور بنية التوثيق أو اعتماد تلك الرسالة"[1].

وقد اكتفى المشرع الفرنسي بالنص على التوقيع الالكتروني من خلال تعديل القانون المدني دون إصدار قانون يتمن ها التوقيع، حيث تنص المادة 1316-4 من القانون المدني على أنه إذا كان التوقيع الكترونيا، فانه يتمثل في استعمال وسيلة آمنة تكفل تحيد هوية الشخص وتضمن صلته بالتصرف الملحق به وتفترض موثوقية تلك الوسيلة إلى أن يثبت العكس"، ثم صدر مرسوم عن مجلس الدولة رقم 272 لسنة 2001 الخاص بتطبيق نص المادة 1316-4 معرفا للتوقيع الالكتروني، والذي ميز في التعريف بين نوعين من التوقيع الالكتروني، فأما النوع الأول فهو التوقيع الالكتروني في صورته البسيطة ويتمثل في مجموعة من البيانات التي تنشأ عن استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخصية وتضمن صلته بالتصرف الذي وضع عليه، أما النوع الثاني فهو يتمثل في التوقيع الالكتروني المؤمن ويقصد به ذلك الذي يستوفي المتطلبات التالية:

-أن يكون خاصا بالموقع نفسه،

-أن ينشأ بفعل وسيلة تكون تحت سيطرة الموقع وحده،

-أن يضمن اكتشاف أي تعديل لاحق يحدث في البيانات[2].

1- فادي محمد عماد الدين توكل،مرجع سابق ، ص147..

2- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 37-38.

وما يلاحظ عن موقف المشرع الفرنسي تجاه التوقيع الالكتروني هو أنه ترك أمر تفصيل الجوانب التقنية له لمرسوم صدر عن مجلس الدولة، في حين تصدى له في القواعد العامة بتعريف عام مركزا على وظائفه التي تتماثل مع التوقيع التقليدي، رغم أن هذا الأخير لم يعترف به المشرع الفرنسي الا بعد صدور القانون المدني سنة 1804 ويرجع السبب في ذلك لانتشار الأختام[1]، ثم ظهر التوقيع بعد ذلك والذي شهد التطور الى أن وصل الأمر لظهور التوقيع الالكتروني.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم ينص على التوقيع الالكتروني، الا في سنة 2005 بعد تعديل القانون المدني بالقانون رقم 05-02 وهو يتبع بذلك الدول التي اكتفت بتكييف القواعد العامة كي تستوعب المستجدات التقنية مثل الكتابة والتوقيع الالكترونيين، وهذا من خلال نص المادة 327 والتي تنص"....ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" والمادة 323 مكرر 1 والتي أحال إليها المشرع الجزائري تتعلق بشروط الكتابة.

وبالتالي فان المشرع الجزائري رغم اعترافه بالتوقيع الالكتروني فهو لم يعرفه في القانون المدني، وفي اعتقادنا وانطلاقا من الإحالة على نص المادة 323 مكرر1، يمكن القول أن المشرع الجزائري لا يميز في الشروط بين الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني.

1-Thierry Piette-coudol; échanges électroniques Certification et sécurité, édition litec ,2001, p125-126.

وهذا سوف ينعكس على المفهوم والوظائف والإثبات أيضا، وهذا من شأنه أن يفتح التساؤل حول الأمر الذي قصده المشرع الجزائري من هذا التزاوج في مسألة الشروط.

لكن المشرع الجزائري تدارك الأمر من خلال المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007، حيث عرف لنا التوقيع الالكتروني ضمن نص المادة 3 مكرر والتي تنص:" **التوقيع الالكتروني:** هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975،

-**التوقيع الالكتروني المؤمن:** هو توقيع يفي بالمتطلبات الآتية:

-يكون خاصا بالموقع،

-يتم انشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية،

-يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلا للكشف عنه."[1]

أما على مستوى التشريعات الاسترشادية الدولية فقد أشار قانون الأونيسترال النموذجي والمتعلق بالتجارة الالكترونية لسنة 1996 إلى شروط التوقيع الالكتروني دون

1- أنظر: المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادي الأولى 1428 الموافق 30 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ 15 صفرعام 1422 الموافق 9 ماي، 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات الواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 37.

تعريفه له، وهذا في المادة 6 منه في الفقرة الأولى والتي تنص:

"عندما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفى هذا الشرط بالنسبة لرسالة البيانات اذا:

أ-استخدمت طريقة لتعيين هوية الشخص والتدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات،

ب-اذا كانت تلك الطريقة جديرة بالتعويل عليها بالقدر المناسب للغرض الذي أنشئت من أجله رسالة البيانات،

في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق متصل بالأمر"[1].

ويتضح من نص المادة السابقة التاكيد على قبول رسالة البيانات وعدم فقدانها لقيمتها القانونيي لمجرد انها غير موقعة بالوسائل المعروفة في المحررات الورقية، ووجوب تحقيق التوقيع لوظائفه بغض النظر عن الكيفية التي يتم بها، وعبرت عن التوقيع الالكتروني بمصطلح "الطريقة".

كما تضمن قانون الأونيسترال الموحد المتعلق بالتوقيعات الالكترونية لسنة 2001، تعريفا للتوقيع الالكتروني، في نص المادة 2 الفقرة أ والتي تنص:"

"التوقيع الالكتروني هو بيانات في شكل الكتروني مدرجة برسالة أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، بحيث يمكن أن تستخدم لبيان هوية الموقع ..."، وقد أورد هذا القانون تعريفا للموقع في الفقرة د من المادة السابقة والتي تنص على أنه: "الموقع هو كل

1- أسامة سيد محمد علي، مرجع سابق، ص 356.

شخص حائز على بيانات إنشاء توقيع ، ويتصرف إما بالأصالة عن نفسه أو بالنيابة عن الشخص الذي يمثله".

كما نص التوجيه الأوربي الصادر في 1999 رقم 1999-93 في المادة 2-1منه على التوقيع الالكتروني، وعرفه بأنه: "معلومات أو بيانات في شكل الكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعلومات أو ببيانات الكترونية أخرى.."، وجعل منه أداة إثبات معتمدة للمحررات الالكترونية، كما أضفى عليه الحجية القانونية المقررة للتوقيع التقليدي، وقد ألزم الدول الأعضاء منحه ذات الحجيةالمقررة التي يتمتع بها التوقيع الخطي، ويلاحظ عن هذا التعريف أنه يتسم بالشمول لكل الأشكال التي يتم بها التوقيع الالكتروني، وهذا ما يوسع من مفهومه[1]، ويتضح مما سبق أن كل من قانون الأونيسترال النموذجي والتوجيه الأوربي لا يركزان على شكل التوقيع الالكتروني بل على وظائفه.

هذا وقد عرف بعض الفقه الفرنسي التوقيع الالكتروني بأنه شكل للتوقيع مختلف عن أشكال التوقيع المعروفة من قبل[2]، كما عرفه جانب أخر من الفقه بأنه ملف رقمي صغير يصدر عن أحد الهيئات المختصة والمعترف بها يشمل معلومات هامة كالاسم ورقم التسلسل، وهناك من يرى بأنه مجموعة من البيانات تكون في شكل الكتروني ترتبط أو تلحق بمحرر الكتروني، تهدف لتحديد هوية الموقع وبيان رضائه[3].

1-علاء حسين مطلق التميمي، مرجع سابق، ص 66.

2- Calat- P: Ecriture électronique et actes juridique, Dalloz , et Lites, Paris, 2000, p 90.

3- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات**، مرجع سابق، ص 46.

كما ذهب جانب من الفقه إلى تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه: "عبارة عن مجموعة من المعلومات مدرجة بشكل إلكتروني في رسالة بيانات أو مضافا عليها أو مرتبطا بها ارتباطا منطقيا متواصل، تستخدم لتحديد هوية الموقع وإثبات موافقته على مضمون الرسالة، وتؤكد سلامتها، ويشترط فيه ضرورة إتقانه وفق إجراءات حسابية وخوارزمية، بحيث يستحيل سرقته، وتزوير مضمون السند والولوج إليه والعبث بمحتواه[1].

ويمكن القول انطلاقا من النصوص السابقة بأن التوقيع الالكتروني يتمثل في مجموعة من الحروف أو الأرقام أو أي نظام معالجة الكتروني، من شأنه التعبير عن رضاء أطراف التصرف القانوني، ونستطيع أن نتعرف به على هوية موقعه بما يفيد ارتباطه بالمحرر.

الفرع الثاني

شروط حجية التوقيع الالكتروني المؤمن

لقد تضمن التوجيه الأوربي لسنة 1999 في المادة 5 منه صورتين للتوقيع الالكتروني تتمثلان في التوقيع الالكتروني البسيط، والتوقيع المتقدم أو المؤمن، وبالنسبة للتوقيع الالكتروني البسيط فانه لايستجيب لمقتضيات الآمان ويتطلب إقامة الدليل أمام القضاء على أنه تم بطريقة موثوق بها[2].

1- ضياء أمين مشيمش، **التوقيع الإلكتروني، دراسة مقارنة**، المنشورات الحقوقية، بيروت، 2003، ص 124.

2- أيمن علي حسين الحوثي، **التوقيع الالكتروني بين النظرية والتطبيق**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2011، ص 31 و 32.

أما التوقيع الالكتروني المؤمن أو المعزز فهو يتمتع بدرجة عالية من الآمان وقد وضعت له مختلف التشريعات شروطا حتى تكون له حجية في الاثبات، حيث وضع له المشرع الجزائري ثلاث شروط تناولها نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم07-162 السالف الذكر و تتمثل في:

-أن يكون التوقيع خاصا بالموقع،

-أن يتم انشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية،

-أن يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلا للكشف عنه.

وبالرجوع لنص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي السالف الذكر، نجد أن المشرع الجزائري أظاف لشروط التوقيع الالكتروني شروط الكتابة الالكترونية، وهو أمر يثير التساؤل فهل يذهب القاضي في مراعاة مدى استجابة التوقيع الالكتروني للشروط المزدوجة التي وضعها المشرع الجزائري للكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، أم للشروط الخاصة بالتوقيع المؤمن؟

إن الشروط التي أحال اليها المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر، تتعلق من جهة بالشكل الذي يتم فيه التوقيع الالكتروني، فقد يكون عبارة عن رموز أو علامات مهما كانت طرق ارسالها، وهو مايعد قبولا للتوقيع في الشكل الالكتروني، وهو أمر لا يتعارض مع شروط التوقيع الالكتروني الأخرى، أما الاحالة على المادة 323 مكرر1، والتي تضمنت المساواة في الاثبات بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق.

فان الأمر يعد مساوة كذلك بين التوقيع التقليدي والتوقيع في الشكل الالكتروني، شريطة التؤكد من الشخص الموقع والحفظ ضمن طرق تضمن سلامة هذا التوقيع، وهي المحاذير التي تحققها شروط التوقيع الالكتروني المؤمن، مما يجعل من الأمر يميل للتكرار فقط، ولذلك نهيب بالمشرع الجزائري اعتبار شروط التوقيع الالكتروني المؤمن هي وظائف له وليست شروط، والاكتفاء بالشر وط المزدوجة للتوقيع والكتابة في الشكل الالكتروني.

وقد عبر عن هذا النمط من التوقيع قانون المعاملات والتجارة الالكترونية رقم 2 لسنة 2002 بمصطلح التوقيع المحمي، والذي اشترط بأن يكون مستجيبا لشروط المادة 20 من هذا القانون، والتي تنص:

" يعامل التوقيع على أنه محمي .....:

-ينفرد به الشخص الذي استخدمه،

-ومن الممكن أن يثبت هوية ذلك الشخص،

-وأن يكون تحت سيطرته التامة سواء بالنسبة لانشائه أو وسيلة استعماله وقت التوقيع،

-ويرتبط بالرسالة الالكترونية ذات الصلة به بطريقة توفر تأكيدا يعول عليه حول سلامة التوقيع، بحيث اذا تم تغيير السجل الالكتروني، فان التوقيع الالكتروني يصبح غير محمي "[1].

1- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص 148.

وسوف يتم التفصيل في الشروط السابقة للتوقيع الالكتروني على النحو الآتي:

1-ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره من الناحية القانونية:

يقصد بهذا الشرط أن يكون لصاحب التوقيع بيانات وشفرة خاصة به تختلف عن باقي الموقعين، فلكي يقوم التوقيع بوظائفه لابد أن يكون له علاقة مباشرة بالموقع، وقد نص قانون التوقيع الالكتروني المصري على هذا الشرط في المادة 18/أ منه والتي تنص:

"أن يرتبط التوقيع بالموقع وحده دون غيره"، كما بينت المادة 9 من اللائحة التنفيذية للقانون ذاته الضوابط التقنية والفنية اللازمة لتحقيق هذا الشرط حيث تنص: "يتحقق من الناحية الفنية والتقنية ارتباط التوقيع الالكتروني بالموقع وحده دون غيره متى استند هذا التوقيع الى منظومة تكوين بيانات انشاء توقيع الكتروني مؤمنة.."[1].

وهناك طريقة أخرى لمعرفة مدى تحقق هذا الشرط، وذلك عند اصدار شهادة التصديق الالكتروني والتي تؤكد مدى ارتباط التوقيع بالموقع وصحة ذلك، وهذه الشهادات يصدرها شخص يقوم بدور الوسيط بين أطراف التصرف القانوني، وهو يضمن توثيق التوقيع كما يعمل عند الحاجة على تحديد هوية الموقع[2].

ويقصد بالموقع الشخص الحائز على بيانات انشاء التوقيع ويوقع عن نفسه أو من ينيبه أو يمثله قانونا وهذا وفقا لنص المادة 1-ه من قانون التوقيع الالكتروني المصري.

1- ممدوح محمد علي مبروك، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 8.

2- محمد بودالي، **التوقيع الالكتروني**، مجلة المدرسة الوطنية للادارة، مركز التوثيق والبحوث الادارية، العدد 26، الجزائر، 2003، ص 54.

كما عرف المشرع الجزائري الموقع من خلال نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 لسنة 2007 والمذكور سابقا والتي تنص:"...**الموقع:** شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله، ويضع موضع التنفيذ جهاز انشاء التوقيع الالكتروني"،

2-سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني:

لكي يتمتع التوقيع الالكتروني بالحجية في الاثبات لابد أن يكون الموقع مسيطرا بنفسه على الوسيط الالكتروني، بحيث تكون وسائل وأدوات انشاء التوقيع تحت سيطرته[1].

وقد اشترط المشرع الفرنسي في المادة 1316-4 من القانون المدني، أن يتم التوقيع باستخدام وسيلة امنة لتحديد هوية الموقع تضمن صلته بالتصرف الذي وقع عليه، كما أشارت المادة 1-2 من القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي بأن التوقيع الصحيح هو الذي يتم بوسيلة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره[2]، وفي اعتقادنا أن هذا الأمر يتحقق اذا كانت الوسيلة المستخدمة تحت يد الموقع، أي الشخص الذي يعترف القانون له بأهلية التوقيع.

1- خالد ممدوح ابراهيم، **التوقيع الالكتروني**، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 137.

2- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، **الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، 2008، ص 492.

كما أكد القضاء الفرنسي على هذا هذا الشرط في حكم قضائي، يعتبره بعض الفقه الفرنسي أول حكم صدر في فرنسا بعد صدور القانون المتعلق بالتوقيع الالكتروني لسنة 2000، وقد صدر هذا الحكم عن محكمة استئناف Besançon، في 20 أكتوبر 2000، وقد أكد على الزامية أن تكون وسائل التوقيع الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره، والا لا يعتد به كحجة على الموقع ولا على الغير.

وتختصر وقائع القضية بأن محامي أحد الأشخاص "الموقع" احتج بتوقيع موكله أمام المحكمة، وقد قدم البيانات السرية للتوقيع الالكتروني ضمن صحيفة دعواه، والتي يفترض أن تكون معلومة وتحت يد الموقع دون سواه، كما أن تلك البيانات أصبحت معلومة لعدة أشخاص يعملون ضمن مكتب ذلك المحامي، حيث رفضت المحكمة الحكم بصحة وموثوقية التوقيع المدعى به، لأن وظيفته في اثبات شخص الموقع أصبحت محل شك، لأن بينات التوقيع خرجت عن سيطرة الموقع الى أشخاص اخرين مثل المحامي وأعوانه العاملون في مكتبه، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية على هذه الأمور وعلى شرط سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني، في حكم حديث لها صادر في 13 أبريل 2003، أيدت فيه حكم محكمة استئناف Besançon، السابق ذكره[1].

أما بالنسبة للمشرع المصري فقد أشار لهذا الشرط في نص المادة 18-ب من قانون التوقيع الالكتروني السالف الذكر.

1- أيمن سعد سليم، **التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 29 و 30.

حيث أكد على ضرورة سيطرة الموقع على الوسيط الالكتروني حتى يتمتع التوقيع الالكتروني بالحجية، وقد رصد المشرع المصري تعريفا للوسيط الالكتروني في نص المادة 1-د من قانون التوقيع الالكتروني، بأنه أداة أو أدوات أوأنظمة انشاء التوقيع الالكتروني، كما عبر عنه المشرع الجزائري في نص المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم07-162 السالف الذكر، بالمعطيات الخاصة بانشاء التوقيع الالكتروني والتي تتمثل في: العناصر الخاصة بالموقع مثل الأساليب التقنية التي يستخدمها الموقع نفسه لانشاء توقيع الكتروني، وكذلك نص المشرع الجزائري في ذات المادة عن جهاز مأمون لانشاء توقيع الكتروني بأنه:" جهاز انشاء توقيع الكتروني يفي بالمتطلبات المحددة..."[1].

ويتضح مما سبق أنه يشترط لتمتع التوقيع الالكتروني المؤمن بالحجية في الاثبات، لابد أن يكون الوسيط الالكتروني المستخدم في انشائه تحت سيطرة الموقع، أما اذا فقد الموقع هذه السيطرة لأي سبب، فان بينات التوقيع تفقد طابعها السري الآمن حيث يعلمها كل الأشخاص مما يفقد التوقيع الالكتروني حجيته في الاثبات، لأن تمييز هوية الموقع وتحديد شخصيته يكون مشكوكا فيه[2]، كما أن التفرقة بين التوقيع الالكتروني البسيط والتوقيع المؤمن أو الموثق تنعكس على حجيتها في الاثبات، فبالنسبة للأول يستمد حجيته من اتفاقات الأطراف، أما الثاني فيستمدها بموجب نص القانون[3].

3-القدرة على كشف أي تعديل في بيانات المحرر أو التوقيع الالكتروني:

1- انظر: المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162.
2- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 493.
3- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 32.

لقد قرر المشرع المصري هذا الشرط في المادة 18 من قانون التوقيع الالكتروني، والتي تنص على أنه: "يتمتع التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية بالحجية في الاثبات اذا ما توافرت فيها الشروط التالية:

ـ-امكانية كشف أي تعديل أو نبديل في بيانات المحرر الالكتروني، أو التوقيع الالكتروني."، كما تنص المادة 11 من اللائحة التنفيذية لذات القانون بأنه:"...يتم من الناحية التقنية والفنية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الالكتروني الموقع الكترونيا، باستخدام تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص، وبمضاهات شهادة التصديق الالكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات، أو بأي وسيلة مشابهة".

ويتضح لنا موقف المشرع المصري الذي اشترط حجية التوقيع الالكتروني بامكانية كشفه لأي تعديل فيه أو في المحرر الذي تضمنه، ثم أبان عن الطرق التي تؤدي هذا الغرض من خلال اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، عكس المشرع الجزائري الذي نص على هذا الشرط في المرسوم التنفبذي رقم 07-162 المشار اليه سابقا، ولذلك نهيب بالمشرع اتباع موقف المشرع المصري الذي يستحق التقدير.

كما أشار المشرع التونسي لهذا الشرط في القانون رقم 83 لسنة 2000 حيث لم يعطي الحرية المطلقة لكل من يرغب في أن يكون له توقيعا الكترونيا، بل اشترط أن يتم ذلك وفق محاذير وقواعد منظمة لذلك، منها ماتضمنه نص المادة 5 من ذات القانون والتي تنص على أنه: "يمكن لكل من يرغب في امضاء وثيقة الكترونية احداث امضائه الالكتروني

بواسطة منظومة موثوق بها يتم ظبط مواصفاتها التقنية من طرف الوزير المكلف بالاتصالات"[1].

وتجدر الاشارة أنه لكي يحقق التوقيع الالكتروني المؤمن أعلى درجات الأمان والثقة، لابد أن تتم كتابة المحرر الالكتروني والتوقيع عليه باستعمال وسائل ونظم من شأنها الحفاظ على صحة المحرر الذي يتضمن التوقيع، والتي تكفل الكشف عن أي تعديل أو تبديل يطال بيانات المحرر الالكتروني الموقع الكترونيا، وسوف نتطرق لبعض لبعضها كالأتي:

أ-استعمال تقنية شفرة المفتاحين العام والخاص:

هذه التقنية عبارة عن منظومة تمكن أي شخص طبيعي أو معنوي بأن يكون له مفتاحين أحدهما عام متاح الكترونيا وغير سري، والثاني خاص به يحتفظ به بسرية تامة، وهذا مانصت عليه المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري[2]، وبموجب هذه التقنية يقوم الموقع بكتابة رسالة بيانات التي تتضمن التصرف القانوني ويوقعها ويقوم بتشفيرها بالمفتاح الخاص حيث تتحول الى رموز وأرقام حسابية غير مفهومة، ثم يرسل الرسالة موقعة مع مفتاحه العام الى المرسل اليه، هذا الأخير يقوم بفك الشفرة حتى يتسنى له الاطلاع على محتواها مستخدما المفتاح العام المرسل له، وعند موافقته عليها يكتب هذه الموافقة على الرسالة ويقوم بتوقيعها وتشفيرها بمفتاحه الخاص والمفتاح العميل

1- عمرو عيس الفقي، **وسائل الاتصال الحديثة وحجيتها في الاثبات**، المكتبة القانونية، مصر، 2006، ص77 و 78.

*اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، صدرت عن وزير الاتصالات، بالقرار رقم 109 لسنة 2005، بتاريخ 15 مايو 2005.

للمرسل، ثم يرسلها مع مفتاحها العام عبر شبكة الانترنيت الى الشخص الذي أرسلها اليه، ويتثبت كل منهما أي المرسل والمرسل اليه من صحة توقيعهما عن طريق الاتصال بمزود خدمات التصديق الالكتروني[1].

ب-الاعتماد على هيئات المصادقة الالكترونية:

إن الاعتماد على مزود خدمات التصديق الالكتروني يسهل اكتشاف التعديل أو التبديل في بيانات المحرر الالكتروني وتوقيعه وهذا مايميز التوقيع الالكتروني عن التوقيع الخطي[2]، وتصدر تلك الهيئة شهادات الكترونية، حيث أن هذه الأخيرة تشكل ضمانا للثقة في التوقيع الالكتروني، وسوف يتم التفصيل في هذه الهيئة والشهادات التي تصدرها في المبحث الثاني.

و يتضح من الشروط السابقة للتوقيع الالكتروني المؤمن، أنه يحمل العديد من السمات تتمثل فيما يلي:

-يتكون من عناصر متفردة ومجموعة من السمات الذاتية تخص الموقع تكون في شكل حروف أو أرقام ورموز أو اشارات،

-يحدد بدقة شخص الموقع ويفرده عن غيره،

1- أنظر: فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 493، وكذلك: عمرو عيس الفقي، مرجع سابق، ص45.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، **أحكام الاثبات، في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء**، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، مصر، 2006، ص 128.

-يعبر عن رضاء الموقع ومدى التزامه بالتصرف القانوني الذي ي تضمنه المحرر الالكتروني،

-يوضع على المحرر الالكتروني، ويلحق به بواسطة وسيلة الكترونية،

-يحقق جانب كبير من الموثوقية والأمان في انتسابه للموقع[1]، ومن خلال هذه السمات الخاصة بالتوقيع الالكتروني، يتضح أنه يختلف عن التوقيع التقليدي في النقاط التالية:

-من ناحية الشكل فالتواقيع الالكترونية عبارة عن رموز غامضة، لايمكن التعرف عليه الا بالاستعانة بأجهزة خاصة متطورة[2].

-التوقيع الالكتروني لاسيما المؤمن يحقق درجات عالية من الثقة والأمان.

-يتم التوقيع الالكتروني عبر وسائط الكترونية، لكن رغم هذه الفروق الا أن التوقيع الالكتروني يحوز على الحجية ذاتها المقررة للتوقيع التقليدي متى حقق وظائفه المنوطة به.

الفرع الثالث

وظائف التوقيع الالكتروني

تتعدد وظائف التوقيع التقليدي، فهو يحدد هوية الموقع، ويعبر عن ارادته وموافقته على مضمون السند، ويثور التساؤل عن مدى تحقيق التوقيع الالكتروني لهذه الوظائف حتى يحوز على الحجية الكاملة في الاثبات.

أ-تحديد هوية الشخص الموقع:

1- ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 8.

2 سمير عبد السميع الأودن، **العقد الالكتروني**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2011، ص151.

إن أبرز وظيفة للتوقيع الالكتروني هي نسبة المحرر لشخص معين أي تحديد الشخص الذي وقعه بما لايدع مجالا للشك في شخصية الموقع أو هويته الالكترونية.

فاذا لم يكن كاشفا لهوية صاحبه ومحددا لذاته فلا يجب الأخذ به أو الاعتداد به[1]، وهذه الوظيفة تحقق بعدة طرق مثل كتابة الاسم واللقب كاملا او بالأحرف الأولى أو باسم الشهرة المهم ان يحدد هوية الموقع[2]، وهذه الوظيفة تمنع تزويره أو استخدامه من طرف شخص اخر غير صاحبه، وهذا عن طريق اعتماده على برامج معلومات تقوم بعمليات حسابية جد معقدة ليس من السهل تخمينها عكس التوقيع التقليدي الذي من الممكن تقليده[3]، وهذه الأمور تقنية بحتة لايمكن الغوص فيها لكن المهم أنها تحقق ثقة المتعامل بهذا النمط الجديد من التوقيع مما يدفعه لاعتماده في معاملاته.

وقد أجمع الفقه على أهمية هذه الوظيفة، وذلك لأن التوقيع الإلكتروني يتفوق على التوقيع التقليدي، بالنظر إلى أن التأكد من شخصية صاحب التوقيع يتم بشكل روتيني في كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص.

1- محمد مأمون أحمد سليمان، **التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية، 2009، ص 212.

2- أزرو محمد رضا، **التوقيع الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2007، ص 7 و 8.

3- مدحت محمد محمود عبد العال، **المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمة التوقيع الالكتروني**، المركز القومي للاصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2010، ص 17.

وبالتالي فإنه لا مجال للانتظار حتى ينشب النزاع للبحث في مدى حجية التوقيع، كما هو الحال في أغلب الأحوال حينما نكون بصدد المحررات الموقعة بخط اليد[1].

ولقد كان القضاء الفرنسي سباقا في اقرار هذه الوظيفة للتوقيع الالكتروني، حيث رفض عريضة استئناف موقعة من طرف محامي، باستخدام جهاز الماسح الضوئي،

وكذلك نص المشرع الجزائري على هذه الوظيفة المنوطة بالتوقيع الالكتروني في نص المادة 327 والتي تنص"..... ويعتد بالتوقيع الالكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه" والمادة 327 مكرر1، وهي شروط الكتابة الالكترونية، والتي من بينها التدليل على هوية الشخص الذي صدرت عنه، وهذا ما يدل على أن المشرع الجزائري لا يفرق بين الكتابة والتوقيع، ولابد من الفصل بين الاثنين.

ومن خلال الوظائف التي يحققها التوقيع الالكتروني، يتضح أنه يمكنه أن يؤدي نفس الدور الذي يقوم به التوقيع التقليدي في المحرر الورقي، بل لم يقتصر الأمر على هذه الوظائف فقط حيث أن التوقيع الالكتروني يحقق وظائف أخرى يعجز التوقيع التقليدي عن القيام بها، والتي تتمثل في التحقق من سلامة بيانات المحرر الالكتروني، والتأكيد بأن بياناته لم تحرف بعد أن تم توقيعه[2]، وكذلك يفيد التوقيع الالكتروني في التقليل من

1- أمين اعزان، **الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2007، ص 21.

2- مصطفى يوسف كافي، **التجارة الالكترونية**، دار مؤسسة أرسلان، سوريا، 2010، ص 152.

الادعاءات غير الصحيحة من الأطراف سيئي النية الذين يرغبون في التنصل من التزاماتهم[1].

ب-التعبير عن ارادة الموقع:

الأصل أن يوجد التوقيع التقليدي على المحرر الورقي، حيث يعد اقرارا من الموقع ورضاء منه بما ورد فيه وقبوله بالالتزامات التي تضمنها، ويسري الحكم ذاته على التوقيع في الشكل الالكتروني، حيث يفترض وجوده على المحرر الالكتروني قرينة على قبول الموقع بما ورد في المحرر، وأنه يرغب في الالتزام بمضمونه، وهو في حقيقة الأمر عملية منطقية فوق كونها مسألة قانونية، وذلك أن المفترض عقلا أن الشخص لايمكن أن يضع توقيعه علا محرر الا اذا كان قابلا بمضمونه[2]،

وقد أشارت لهذه الوظيفة العديد من التشريعات الاسترشادية الدولية وكذلك التشريعات الوطنية الداخلية، على غرار قانون الأونيسترال لسنة 1996 في المادة 7 منه والتي تنص:"..التدليل على موافقة ذلك الشخص على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"[3].

1- محمد محمد سادات، **خصوصية التوقيع الالكتروني**، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص218.

2- نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، حجية المحررات والتوقيع الالكتروني في الاثبات عبر شبكة الانترنيت، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية: 2009، ص61.

3- سحر البكباش، **التوقيع الالكتروني، دراسة تحليلية لأحكام القانون رقم 15 لسنة 2004**، مدعمة بالتشريعات المقارنة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009، ص 34.

وبالنسبة لشكل التوقيع وكيفية وضعه فلا يثار اشكال في جانب التوقيع الالكتروني، فالمهم تحقق الشروط التي تضعها التشريعات فقط[1].

جـ-رضى الموقع بمضمون السند الموقع:

ان هذه الوظيفة والتي تعد من أهم الوظائف التي يحققها التوقيع التقليدي، حيث أن هذا الأخير يعبر تعبيرا صريحا عن موافقة ورضى الموقع بما تضمنه السند أو المحرر، خاصة اذا كان التوقيع صحيحا، وهذ الوظيفة تستبعد أي توقيع لايعبر عن التزام قانوني[2]، كما تحقق هذه الوظيفة ارتباط التوقيع بالمحرر، وهذا الاتصال يعد من اساسيات حجية التوقيع[3].

واذا اردنا التساؤل عن مدى تحقيق التوقيع الالكتروني لهذه الوظيفة، نجد الاجابة من خلال تحقق شروط التوقيع الالكتروني، لاسيما التوقيع المؤمن والذي يؤكد مدى التلازم بين التوقيع وصاحبه، فاذا تحقق هذا الأمر يكون التوقيع الالكتروني يؤكد رضى الموقع بالمحرر الالكتروني الذي يحمل توقيعه.

1- محمد أحمد محمد نور جستنية، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، الموسم الجامعي: 2005، ص 75.

2- Yousef Shandi, La Formation Du Contrat A Distance Par Voie Electronique "Doctorat nouveau régime Droit privé ", Université Robert Schuman Srasbourg III , Soutenue publiquement le 2 juin 2005, P 311.

3- Pierre Breese ; Gautier Kaufmane - Guide juridique de l’internet et du commerce électronique, Vuibert, Paris, 2000, p 304.

المطلب الثاني

صور وبعض تطبيقات التوقيع الالكتروني

كما للتوقيع التقليدي أشكال مختلفة، فان للتوقيع الالكتروني صور وأشكال تختلف بحسب نوعيه المؤمن والبسيط، وذلك حسب الطريقة التي يتم بها التوقيع، كما تتباين هذه الصور فيما بينها من جانب مستوى الثقة والآمان بحسب الاجراءات المتبعة في اصدارها وتأمينها لكنها تتفق في كونها تتم على وسائط الكترونية باستخدام التقنيات الحديثة، وسوف يتم التطرق لصور التوقيع الالكتروني المؤمن المعروفة حاليا، والتي توصلت اليها التكنولوجيا الحديثة، وكذلك التوقيع الالكتروني البسيط على النحو الآتي:

الفرع الأول

صور التوقيع الالكتروني المؤمن

أ-1-التوقيع الرقمي:

يعتبر هذا النوع من أهم صور التوقيع الالكتروني، وأكثرها انتشارا، ومرد ذلك ما يتمتع به من قدرة على تحديد شخص الموقع وتمييزه عن غيره بصورة دقيقة، كما يسمح هذا

النوع بتحديد الوثيقة التي تم توقيعها بصورة لاتحتمل أي تغيير[1]، وهذا ماجعله يوفر درجة عالية من الثقة والآمان في استعماله[2].

ووفقا لمعيار الايزو رقم 2-7489- ISO، والمتعلق ببنية الأمان الصادر عن المنظمة الدولية للمقاييس ISO، يقصد بالتوقيع الرقمي بيان يتصل بوحدة بيانات، أو هو التحويل التشفيري لوحدة من البيانات بما يسمح للمرسل اليه التعرف على مصدر وحدة البيانات واثباته، والتحقق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد كل تعديل أو تحريف[3].

وهذا التوقيع من ناحية الشكل ليس توقيعا بالمعنى التقليدي، بل هو مجموعة من الخطوات المتتالية تتضمن انشاء رسالة الكترونية وتشفيرها واختزالها الة مجموعة ارقام أو خانات رقمية لتشكل في نهاية المطاف بصمة الكترونية مميزة ويتم ارسالها الى المستخدم الذي يستعين ببرامج حاسوبية للتوثق من مضمون الرسالة وسلامتها من أي تعديل أو تزوير من وقت ارسالها لغاية استلامها من المستقبل لها[4].

كما يقصد بالتوقيع الرقمي مجموعة من البيانات أو المعلومات المتصلة بمنظومة ببيانات أخرى، أو صياغة منظومة في صورة مشفرة، حيث يتم تحويل الكتابة من أسلوبها العادي إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام عن طريق تقنية التشفير.

1- محمد البنان، **العقود الالكترونية** منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية، مصر، 2007، ص38.

2- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 45.

3- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص354.

4- داديار حميد سليمان، **دور السندات المستخرجة عن طريق الانترنيت لاثبات المسائل المدنية، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 117-118.

أو مايعرف بالنظام "السيمتري" والتي تؤكد مدى صحة البيانات[1]،

ولكي تتم اعادة المعلومات التي تم تشفيرها الى وضعها الأصلي نستخدم المفتاح المناسب لفك الشفرة، وهو مايضمن سرية هذا التوقيع، ويجعل من أداة تحقق الثقة والأمان للمتعاملين به خاصة عبر الشبكات المفتوحة[2].

هذا ويعتمد التوقيع الرقمي من الناحية التقنية على نمطين من التشفير:

أ-التشفير المتماثل:

لقد استخدم التشفير المتماثل أو السيمترى لتشفير التوقيع الرقمي، يقوم على فكرة المفتاح الواحد الذي يتبادله الطرفين لفك رموز الرسالة، حيث يستخدمه المرسل قصد تشفير الرسالة، ثم يستخدمه المرسل اليه لفك هذه الشفرة والاطلاع على الرسالة، وقبل ارسال الرسالة المشفرة يتم ارسال مفتاح التشفير الى المرسل اليه بطريقة امنة،

لكي يتمكن من فك الشفرة، ولكن هذا النمط من التشفير غير امن لكون الشخص المرسل والمستقبل يمتلكان نفس المفتاح[3].

ب-التشفير غير المتماثل:

1- علاء خلاف، **التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات**، مجلة معهد القضاء تصدر عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية،السنة 7، العدد 16، ديسمبر 2008، ص 84

2-Nicolas Macarez , François Lesle : La commerce électronique, P U F- Paris, 2001, p 115.

3- هالة جمال الدين محمد محمود، **أحكام الاثبات في عقود التجارة الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2013.

يعتبر الصورة العتمدة حاليا، ويقوم على وجود زوجين من المفاتيح غير المتناسقة، مفتاح عام واخر خاص، الأول فيكون غير سري ومعروف لدى الجميع، أما الثاني فيكون سريا خاص بصاحبه وبواسطته يشفر رسالته،

وعملية التشفير هذه ترتكز على فكرة اللوغاريتمات، الخوارزميات، والمعادلات الرياضية المعقدة فنيا، والتي تشكل مقتضيات الآمان التي يبحث عنها الأطراف، وتستخدم كثيرا هذه الطريقة في ابرام العقود الالكترونية.

حيث يسمح المفتاح العام لكل شخص بقراءة رسالة البيانات عبر شبكة الانترنيت دون أن يستطيع تعديلها، واذا رضي بمضمونها يستطيع عبر المفتاخ الخص التوقيع عليها، ثم يقوم باعادتها لمصدرها مرفقة بتوقيعه[1].

ورغم مايحققه هذا النمط من التوقيع من درجة كبيرة للثقة والآمان، حيث بفضله يمكن التحقق من هوية الأطراف بدقة، كما يحقق سلامة محتوى الرسالة ويحميها من كل تغيير أو تزوير قد يطالها.

كما أنه يضمن كذلك سرية المعلومات التي تتضمنها الرسائل الالكترونية[2]، الا أنه تعتريه في الوقت الحاضر مجموعة من العيوب، حيث مكن التطور التقني الحالي من القيام بعمليات تزوير للتوقيع الرقمي يصعب كشفها،

1- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 46.

2- أنظر:

-تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص355. وكذلك: سحر البكباش، مرجع سابق، ص40 و41.

وهذا عن طريق كسر المفتاح الخاص برسالة البيانات، حيث يمكن بعدها التغيير بسهولة تامة في مضمون رسالة البيانات، من جانب الشخص الذي أصدرها أو من جانب صاحب التوقيع، ويرى خبراء التشفير أن هذا الاحتمال وارد في خلال 5 الى 10 سنوات، وللخروج من هذا المأزق يقترح هؤلاء انشاء نظام للأرشيف تسيره هيئة متخصصة تكفل اعتماد رسالة البيانات حيث تضع عليها توقيعها الخاص وذلك عن طريق مفتاخ خاص بها[1].

كما يوجه البعض من الفقه لهذا الشكل من التوقيع من زاوية مشكلة تكاليفه المعتبرة ولاستخدامه فيالتعاقد، بالاظافة لأنه يتطلب المهارات والتدريب على البرمجيات المستعملة في انشائه[2].

ويلاحظ أن المشرع الجزائري لم ينظم التوقيع الالكتروني الرقمي المؤمن، رغم أنه نص في المرسوم التنفيذي رقم على التوقيع الالكتروني المؤمن، ولذلك نهيب بالمشرع الجزائري اعتماد هذه الصورة من التوقيع الالكتروني، لما نوفره من درجة عالية من الموثوقية والآمان.

أ-2-التوقيع البيومتري (القياسات البيومترية):

هو توقيع يعتمد في انشائه على الخواص الذاتية أو الفيزيائية للانسان، وهي تختلف من فرد لآخر وهو من شأنه أن يعطي نوع من الثقة في هذا التوقيع ويسهل تحديد هوية

1- ثروت عبد الحميد، **التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الاثبات**، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2007، 65.

2- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الوقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، نقلا عن:

-(I)MelvIn (S), cyber law e-commerce regulation: An entrepreneurial approach, Thomson, Ohio, Usa 2005, p 189.

الموقع بدقة، وهذه الخواص أبرزها بصمة الاصابع أو بصمة الصوت وقزحية العين وخواص اليد البشرية [1].

ويتم التحقق من هوية المستخدم أو المتعامل بالطرق البيومترية، عن طريق أجهزة ادخال المعلومات لجهاز الكمبيوتر، والتقاط صورة للشخص لقزحية العين، أو صورة لأصابع اليد، ثم تخزن في ذاكرة الكمبيوتر مشفرة، لتتم فيما بعد مطابقة صفات المستخدم مع تلك المخزنة انفا وقد اعتمدت شتى البنوك العالمية على هذا الشكل من التوقيع الالكتروني [2].

هذا وتعتمد تلك التقنيات على صفتين أساسيتين [3]:

أ-صفة التفرد: حيث يتمتع كل فرد بخواص حيوية لاتتشابه مع تلك التي يتمتع بها غيره، مثل بصمة الاصبع،

ب-الثبات والاستمرارية: فالخواص الحيوية للانسان تتمتع بقدر عالي من الثبات، حيث تبقى بدون تغيير مثل قزحية العين.

والملاحظ أن اختلاف الخواص المميزة لكل انسان تختلف عن تلك التي تميز غيره، قد جعل من التوقيع البيومتري والذي يرتكز على هذه الخصائص، وسيلة اثبات موثوق بها لتمييز الشخص وتحديد هويته كموقع بشكل دقيق، وهو مايفتح المجال واسعا لاستخدامه في اثبات التصرفات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية.

1- محمد المرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، العقد الالكتروني، الإثبات الالكتروني، المستهلك الالكتروني**، مرجع سابق، ص234.

2- عبد الفتاح بيومي حجازي، **التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2005، ص 398.

3- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الوقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 64.

ولكن رغم هذه الايجابيات والتي يحملها التوقيع البيومتري، الا أنه تعتريه بعض المناقب كالتكلفة المعتبرة التي يتطلبها وضع نظام امن في شبكات المعلومات باستخدام الوسائل البيومترية، وهذا ما تسبب في محدودية انتشاره، حيث يقتصر حاليا استخدامه في الجانبر الأمني والمخابراتي للدول[1].

وكذلك من ضمن الانتقادات الموجهة للتوقيع البيومتري أنه قد لا يعبر بشكل صحيح عن الرضى الحقيقي للموقع بالالتزام بضمون ماوقع عليه، أو بالأحرى أنه لاتتوافر لديه نية التوقيع رغم انشائه واتمامه، فقد يجبر شخص على الوقوف أمام الجهاز الخاص بعمل مسح الخواص البيومترية وبالتالي أخذ بصمته دون رضاه، الا أن هذا الانتقاد لاينال من حجية التوقيع البيومتري في الاثبات حيث أنها يمكن أن تطال كذلك التوقيع اليدوي حينما يكون تحت طائلة التهديد أو الاكراه[2].

ولقداعتمد المشرع الجزائري هذا النمط من التوقيع، وهذا بغية الاستفادة من هذه التقنية لما تنطوي عليه من سمات محددة لهوية الموقع بدقة، وذلك من خلال إصدار قرار مؤرخ في 19 جويلية 2010، والمتضمن اصدار جواز السفر وبطاقة التعريف البيومتريين، وهذا استجابة للمنظمة العالمية للطيران والتي دعت دول العالم إلى إصدار جواز السفر البيومتري.

أ-3-التوقيع بالقلم الالكتروني:

1- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 474.
2- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 348.

يعتبر هذا الشكل من التوقيع صورة متطورة للتوقيع البيومتري، بحيث يتم تخزين صورة للتوقيع التقليدي[1]، عن طريق قيام الشخص بالتوقيع بواسطة قلم الكتروني يطلق عليه (Pen-op)، وهو قلم ضوئي حساس تتم الكتابة به على شاشة الكمبيوتر باستعمال برنامج خاص مثبت على قاعة بيانات جهاز الكمبيوتر التابع للموقع، ويقوم البرناامج بوظيفتين:

1-إلتقاط التوقيع:

بعد ادخال مجموعة من البيانات الخاصة بالموقع كالاسم والعمر تظهر على شاشة الكمبيوتر مجموعة من التعليمات يجب على الموقع اتباعها، ثم تظهر تعليمات اخرى مفادها على المستخدم كتابة توقيعه على المربع الظاهر على الشاشة بواسطة القلم الالكتروني، وبعدها يظهر التوقيع على الشاشة، وبعدها يقيس البرنامج هذا التوقيع ثم يشفرها،ويحتفظ بها الى وقت العودة اليها.

2-التحقق من موثوقية التوقيع:

عند حاجة الموقع لتوقيعه يعود الى البرنامج الذي حفظ هذا التوقيع، ولكي تتم عملية التوثيق يطلب جهاز الكمبيوتر من الشخص كتابة توقيعه داخل مربع معين في

1- عبد الحميد عثمان، **المسؤولية العقدية للمصدق المعلوماتي(الجهاز المركزي للمعلومات)، في ضوء القانون البحريني، دراسة تحليلية مقارنة،** مجلة علمية متخصصة ، جامعة البحرين، المجلد السابع، العدد الأول، مملكة البحرين، 2010، ص 100.

الشاشة، ويقوم البرنامج الذي سبق ذكره بالمطابقة بين هذا التوقيع والتوقيع المحفوظ على قاعدة البيانات، ثم يصدر النتيجة التي توصل اليه[1].

ورغم الدقة التي يتميز بها هذا الشكل من التوقيع، الا انه يحتمل عدة مناقب تحد من الانتشار الواسع له، ومن أبرزها ضرورة وجود جهاز كمبيوتر يتمتع بمواصفات عالية مرتفع الثمن ونادر الوجود، ويشتمل على قلم إلكتروني وشاشة عرض حساسة.

بالاظافة إلى ضرورة وجود سلطة التوثيق والاشهار أو مقدم خدمة التصديق الالكتروني، عند كل مرة يوقع فيها بهذا الشكل وهذا للتأكد من صحة التوقيع، وكذلك أنه لايحقق الأمان الكافي من الناحية التطبيقية حيث يصعب أحيانا نسبة الرسالة الالكترونية إلى موقعها ولايحوز على حجية كاملة في الاثبات[2]، فبإمكان المرسل اليه الاحتفاظ بنسخة للتوقيع ثم يقوم بوضعها على أي وثيقة الكترونية ويدعي بأن واضعها هو صاحب التوقيع الفعلي، وهذا مايفتح المجال واسعا للتزويرحيث لاتوجد أي علاقة بين الكتابة الالكترونية والتوقيع المذيلة به[3]، غير أن هذه المناقب لاتنال من موثوقية هذا التوقيع، حيث يعد عنصرا من عناصر دليل الاثبات، خاصة اذا توافرت الأجهزة وستم التأكد من سلامة التوقيع بالقلم

1- عيسى غسان ربضي، **القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني**، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2009، ص 64 و 65.

2- نسرين عبد الحميد نبيه، **الجانب الالكتروني للقانون التجاري**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008، ص344.

3- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 469.

الالكتروني ونسبته الى الموقع الحقيقي، فإنه يمكن الاستعانة به لتوثيق التصرفات التي تتم عبر الوسائط الالكترونية[1].

أ-4-التوقيع باستخدام البطاقة الممغنطة المقترنة بالرقم السري(PIN):

تعد هذه الصورة للتوقيع من أكثر أنواع التوقيعات الالكترونية انتشارا، بل هي أول شكل له أفرزته التقنيات التكنولوجية، خاصة في جانب المعاملات البنكية وهذا من أجل الاسراع في تنفيذها، عن طريق اصدار بطاقات ممغنطة تحمل رقما سريا تمنح للعملاء لاستخدامها عند سحب أو ايداع النقود وكذلك عند السداد لثمن البضائع والسلع، وتحتوي على شريط الكتروني تخزن به المعلومات الخاصة بصاحب البطاقة[2]، ويتم إدخال هذه البطاقات في جهاز صراف آلي، أو أجهزة الدفع الالكتروني الموجودة على مستوى المساحات التجارية الكبرى، واستخدام منظومة التوقيع الالكتروني بهذه البطاقة الممغنطو يتم عمليا باتباع الخطوات التالية:

أ-ادخال البطاقة الخاصة بالعميل والتي تحتوي على بياناته الشخصية، في الجهاز الخاص بنقطة البيع أو في جهاز الصراف الآلي[3].

ب-ادخال الرقم السري والذي يعد بمثابة التوقيع، وهذا بكتابته عن طريق لوحة المفاتيح التي توجد في الجهاز.

1- عيسى غسان ربضي، مرجع سابق، ص 66.
2- زياد خليف العنزي، مرجع سابق، ص 57.
3- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 43.

جـ-منح الأمر للجهاز الآلي سواء أمر السحب أو الايداع للنقود، أو تسديد ثمن السلعة أو الخدمة[1].

ويتميز هذه الصورة للتوقيع بقدر عالي من الثقة والأمان حيث لايمكن استخدام البطاقة الممغنطة الا بادخال الرقم السري الذي لايعلمه إلا العميل، هذا الاخير يتسلم هذا الرقم من طرف البنك بطريقة سرية ولايعلمه أحد سواه، وفي حالة فقدان ضياع أو سرقة البطاقة يقوم العميل بإخطار البنك الذي يقوم بتجميد كل العمليات التي تمت بها.

وقد استقر القضاء الفرنسي حديثا على قبول هذه الصورة للتوقيع الالكتروني في الاثبات بعدما رفضها في البداية، حيث ثار نزاع بين عميل وبنك حيث احتج هذا الأخير على العميل بالشريط الورقي المستخرج من الجهاز التابع له كدليل لاثبات عملية السحب التي تمت من قبل العميل، حيث رفضت محكمة (Sete) الفرنسية هذا التوقيع على اعتبار أنه يصدر عن جهاز الصراف الآلي التابع للبنك وليس العميل، وبالتالي هو لا يعبر عن إرادته مثل التوقيع التقليدي، لذلك لايمكن قبول الشريط الناتج عن هذه العملية، وهذا لكون الجهاز تحت سيطرة مالكه ويخضع لارادته وحده، إلا أن محكمة استئناف مونبيلييه أصدرت حكما في 9 أبريل 1987 ألغت بموجبه الحكم الصادر عن محكمة(Sete)، وأخذت بالتوقيع باستخدام الرقم السري، هذا الحكم الذي يعد بمثابة أول حكم قضائي فرنسي يعترف بصحة وحجية التوقيع الالكتروني في الاثبات.

1- عيسى غسان ربضي، مرجع سابق، ص 59.

وقد أيدت محكمة النقض الفرنسي الدائرة الأولى في قرارها الصادر في 8 نوفمبر 1989 الحكم الصادر عن محكمة مونبيلييه، وهذا مايعد اعترافا صريحا بحجية التوقيع الالكتروني كدليل كامل في الاثبات، حيث سبقت بذلك المشرع الفرنسي في الاعتراف بالقيمة القانونية للدليل الالكتروني، حينما اعترفت بحجية البطاقة الصادرة عن البنك، وبصحة الاتفاق عليها بين البنك والعميل[1].

ورغم المزايا التي يتيحها هذا النمط من التوقيع للمتعاملين به الا انه لايحقق كل وظائف التوقيع، حيث أن ادخال البطاقة يتم في الغالب قبل عرض الرسالة، وبذلك لاتتحقق الموافقة على مضمون المحرر[2].

الفرع الثاني

صور التوقيع الالكتروني البسيط

لقد نص التوجيه الأوربي على نمطين للتوقيع الالكتروني، التوقيع المؤمن والذي تم التفصيل في أنواعه في الفرع السابق، وكذلك التوقيع البسيط وهذا الأخير حجيته في الاثبات معلقة على عدم انكاره، وضرورة تقديم الدليل على موثوقيته اذا حصل ذلك، غير

1- أيمن سعد سليم، مرجع سابق، ص 10 و 11.

2- Zahi Younes, L'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, Paris l, 2002, p 268.

أنه يتميز بسهولته وقلة تكاليفه المستخدمة في انشائه، تتناسب مع المستوى المنخفض للآمان والموثوقية فيه، وقد ظهرت بعض الصور لهذا التوقيع نورد أهمها كالآتي:

أ-التوقيع عن طريق الصورة الرقمية للتوقيع الالكتروني:

تتمثل هذه الصورة في قيام شخص بالتوقيع على محرر ورقي، ثم يقوم بالتقاط صورة رقمية لهذا التوقيع بواسطة جهاز الماسح الضوئي " Scanner "، ويحتفظ بهذه الصورة في الكمبيوتر الذي يمتلكه من أجل استعمالها بعد ذلك.

وسهولة استخدام هذا التوقيع لا تنفي عنه المناقب، التي تتمثل في انعدام عنصري الثقة والآمان فقد يتحصل الغير على صورة ضوئية لتوقيع الشخص بأي طريقة، كما يمكن تزوير التوقيع الخطي ثم الحصول على نسخة ضوئية له، كما يستطيع الطرف الثاني استعمال هذه النسخة والتلاعب بها، مما يثير الشكوك حول قدرة هذا التوقيع على تحديد هوية الموقع الحقيقي[1].

ب-التوقيع عن طريق كتابة الاسم في ذيل المحرر الالكتروني:

يمكن أن يتم التوقيع بالاكتفاء بكتابة الاسم كاملا أو ببعض الأحرف بطريقة الكترونية، في نهاية المحرر الالكتروني، ومن أمثلته التوقيع على البريد الالكتروني، وهذا الشكل يحقق أحد شروط التوقيع الالكتروني والذي يتم بالأحرف أو الرموز، لكنها تعجز عن تحقيق شرط امكانية تحديد شخص الموقع، حيث يستطيع أي شخص انشاء هذا التوقيع، كما أن هذا التوقيع رغم بساطته فانه لايستجيب لمقتضيات الثقة والآمان.

1- محمد محمد سادات، **حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الاثبات**، مرجع سابق، ص 55 و 56.

ويتضح مما سبق أن التفرقة بين التوقيع الالكتروني المؤمن أو المتقدم والتوقيع الالكتروني البسيط، والتي تفرض وجود صور مختلفة اكلى النوعين، أنها تفيد في معرفة مدى تحقق أعلى درجات الثقة والأمان التي ينشدها غلبية المتعاملين في البيئة الرقمية، والتي تجعل من التوقيع المؤمن أو المتقدم بصوره المختلفة يحوز عليها، وتمنح له الأولوية في التطبيق وكذلك الاثبات[1].

الفرع الثالث

تطبيقات التوقيع الالكتروني

تعدد استخدامات التوقيع الالكتروني في عدة طرق نذكر أهمها:

أ-الشيكات الالكترونية:

أن عملية اصدار الشيكات تتم في الغالب بشكل يدوي، ونظرا لآهمية الشيك كاداة وفاء رائدة تستطيع أن تحل محل الوفاء النقدي، فإن الاقبال عليها تزايد يوما بعد يوم، وكمثال على ذلك فإن بنك -credit lyonnais، يقوم بتسوية 3 ملايين شيك يوميا، ولاشك أن عملية فحص التواقيع سوف تشكل حاجزا أمام سرعة انجاز البنوك لهذه المعاملات.

مما حذى بالبنوك في فرنسا الى اصدار شيكات عبر الحاسب الآلي، وبدلا من تضييع الوقت في التوقيع وفحصه، فقد حل رقم سري محل التوقيع التقليدي، حيث يسمح

1- نفس المرجع السابق، ص 61.

التوقيع الالكتروني المتمثل في ذلك الرمز بمعرفة شخص الموقع، ويعتمد الموظف بالبنك للتأكد من صحة الرمز على جهاز لفك الشفرات والرموز، وتستغرق هذه العملية وقت قليل جدا إذا ما قورنت بعملية التأكد من التوقيع التقليدي[1]،

ويلاحظ أن الشيك الالكتروني يتم العمل فيه بنفس الطريقة التي يعمل بها في الشيك الكلاسيكي، حيث يرسل الى البنك أمر بالدفع، ليقوم بتسديد المبلغ اللازم للصرف[2]،

ب-بطاقات الدفع الالكتروني:

تسمى كذلك بطاقات الائتمان، ولقد عرفت انتشارا واسعا في الوقت الراهن، وقد أدى التطور التكنولوجي الى زيادة استخدامها في المعاملات المالية الالكترونية، وتمنح هذه البطاقات للأشخاص الذين يملكون حسابات مصرفية، وتعرف هذه البطاقة على أنها:" مستند يمنحه المصدر لشخص معين بناء على عقد بينهما، يمكن من شراء السلع والخدمات ممن يعتمد المستند دون دفع الثمن حالا لتضمنه التزام المصدر بالدفع، ومنها مايمكن من سحب النقود من المصارف"[3].

وقد ظهرت لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية مع بدايات القرن العشرين، وذاع استعمالها كثيرا في العيد من المعاملات لاسيما المعاملات البنكية،

1- محمد زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، العقد الالكتروني، الإثبات الالكتروني، المستهلك الالكتروني**، مرجع سابق، ص 445.

2- أحمد باشي، مرجع سابق، ص 79.

3- مصطفى موسى العجارمة، **التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 407.

ثم تطورت بعد ذلك في فرنسا مع اصدار نظام البطاقة الزرقاء[1]، وقد بدأ العمل بهذه البطاقة في الجزائر.

حيث تم اصدار بطاقة الخليفة لكنه توقف العمل بها بالموزاة مع توقف بنك الخليفة عن النشاط، ثم أصدر بنك القرض الشعبي الجزائري بطاقة دفع الكتروني تعرف باسم CPA-CASH، كما أصدر البنك الوطني الجزائري بطاقة سحب تعرف باسم-BNA CARD، على هامش الملتقى المنعقد بالجزائر أيام 8-9-10 سنة 2002 والمتضمن برنامج عمل لتطوير أنظمة وسائل الدفع الالكتروني بالجزائر[2].

ولاستخدام هذه البطاقة لابد من كتابة الرقم السري الخاص بالعميل عند ادخالها في الة سحب النقود، وقد اعترف القضاء والفقه بهذا التطبيق للتوقيع الالكتروني، واعترف له بالحجية الكاملة في الاثبات[3].

ورغم ما تمتاز به هذه البطاقات من سهولة في الاستخدام، وتجنب حاملها التعرض لمخاطر السرقة، كما أنها تتيح الحصول على النقود في أي دولة، الا أنه تحيط بها العديد من المخاطر خاصة عند ضياعها واستخدامها من الغير.

جـ-الحكومة الالكترونية:

1- بن عميمور أمينة، **البطاقات الالكترونية للدفع والقرض والسحب**، رسالة ماجيستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال،كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الموسم الجامعي: 2004- 2005، ص 3.

2- نفس المرجع السابق، ص 4.

3- مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص 41.

لقد بدأ مفهوم الحكومة الالكترونية في الظهور على المستوى الدولي في أواخر تسعينيات القرن الماضي، حينما بدأت ادارة البريد المركزي التابعة لولاية فلوريدا الأمريكية تطبيقها، الا أن الميلاد الرسمي لهذا المفهوم كان في مؤتمر نابولي بايطاليا في شهر مارس 2001[1].

وتشمل الحمومة الالكترونية المعاملات الادارية الحكومية، والخدمات المقدمة للمواطنين، مثل التصاريح والخدمات التي تقدمها الجمارك ومصالح الحالة المدنية، والقضاء، وكذلك ما يقدم للجهات الحكومية من طلبات، والتي تتم عن طريق المحررات الالكترونية، التي تصدرها الجهات المشار اليها والتي يتم توقيعها الكترونيا من طرف الموظفين العموميين التابعين في تلك الجهات، وتستهدف الحكومة الالكترونية رفع كفاءة العمل الاداري، والارتقاء بمستوى الخدمات بما يتفق مع ايقاع العصر[2].

وقد عرف البنك الدولي الحكومة الالكترونية بأنها:" مصطلح حديث يشير الى استعمال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات من أجل زيادة كفاءة وفعالية وشفافية الحكومة فيما تقدمه للمواطن من خدمات".[3]

1- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، **العقد الاداري الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010، ص 30.

2- أمير فرج يوسف، **الجديد في التوقيع الالكتروني، والحجية القانونية للتوقيع الالكتروني في كافة المعاملات الالكترونية**، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2011، ص 9.

3- طلال بن عبد الله حسين الشريف، **الحكومة الالكترونية، ثورة القرن الحادي والعشرين في تطوير الادارة العامة تجربة المملكة العربية السعودية**، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، 2011، ص80.

هذا وقد شرعت العديد من الدول العربية في تطبيق الحكومة الالكترونية مثل الأردن، حيث تتبع استخدام تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات لتمكين الوصول الميسر والسهل للخدمات والمعلومات الحكومية لكافة المواطنين[1].

ومن بين البرامج التي رصدتها لهذه الغاية استعمال رسائل دفع المعلومات من قبل المستخدم، حيث يرسل المواطن طلب المعلومة من خلال رسالة على الرقم 94444 ثم يتلقى الاجابة من الدائرة الحكومية المعنية[2].

وكذلك بادرت الجزائر لارساء معالم الحكومة الالكترونية، وقد بدأت العيد من الوزارات اعتمادها، مثل وزارة العدل عن طريق وضع الشبكة الموحدة واستخراج بعض الوثائق بطريقة الكترونية، كما اعتمدت وزارة البريد وتكنولوجيا الاعلام والاتصال على التوقيع الالكتروني الذي تترجمه بطاقة الدفع الالكتروني، والتي مازالت غير منتشرة نظرا للمشاكل التي مازالت تتخبط فيها، وكذلك نجد بطاقة الشفاء الالكترونية والتي اعتمدتهاوزارة التضامن الوطني في الجزائر وقد لاقت نجاحا كبيرا، وهي تطبيق للتوقيع الالكتروني حيث تتضمن بينات خاصة بالمؤمن ورقم سري خاص به يكفل حفظها، وكذلك من تطبيقات التوقيع الالكتروني اعتماد جواز السفر وبطاقة التعريف الوطنية البيومتريين، واللذان يعدان من تطبيقات التوقيع الالكتروني البيومتري، وقد قطعت الجزائر فيهما شوطا كبيرا.

1- صفوان المبيضين، **الحكومة الالكترونية، النماذج والتطبيقات والتجارب الدولية**، دار اليازوري، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011، ص 125.

2- نفس المرجع السابق، ص 139.

المبحث الثاني

ضمانات الثقة والأمان في التوقيع الالكتروني:

لقد كانت معاملات الأفراد تتسم بالبساطة والوضوح من حيث مضمونها ومحتواها، الى جانب توافر الثقة والأمان، وهذا مرده أن تلك المعاملات تكتب وتوقع في مستندات بسيطة يتم الرجوع اليها بيسر تام، أما الآن وفي عصر المعلوماتية والثورة التقنية لاشك أن المعملات الالكترونية تحيط بها العديد من الشكوك والمخاطر، حيث التعامل في الشبكات المفتوحة من جهة، وقلة الخبرة المعلوماتية للأفراد، والتي تصعب من التحقق من صحة المحررات الالكترونية، والتواقيع الالكترونية ودرجة موثوقية نسبتها لأصحابها، وللخروج من هذه الصعوبات، ولاضفاء الثقة والأمان على الوقيع الالكتروني الذي يضفي الحجية على الكتابة الالكترونية، ظهر طرف ثالث يتمثل في جهات متخصصة تقوم بالتحري حول سلامة المعاملات الالكترونية من حيث المضمون وصحة مصدرها، تتمثل في مقدمي خدمة التصديق الالكتروني، هذه الهيئات التي تعد وسيطا بين المتعاملين بالكتابة والتوقيع الالكترونيين، ولها أهمية كبيرة في اعتماد التوقيع الالكتروني في الاثبات، والتي تعد من أهم المهام التي يقوم بها مزود أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، اظافة الى خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع، مما يجعل من التوقيع الالكتروني موثقا وامنا (المطلب الأول).

وقد نظمت مختلف التشريعات مهام هذه الهيئة، وكيفيات مزاولتها، مع قيام المسؤولية كضمان للمتعاملين بهذه التواقيع (المطلب الثاني).

المطلب الأول

النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني

لقد نضمت التشريعات الدولية وكذلك الداخلية نشاط مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، نظرا لما لهذا الأخير من أهمية في تحقيق الثقة والأمان في التوقيع الالكتروني ورغم اختلافها في التسمية الا أن المفهوم متقارب (الفرع الأول)، كما وضعت له أطر قانونية وشروط توضح كيفية مزاولة مهنته بشكل دقيق، وهذا راجع لآهمية نشاط هذه الهيئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

ان التصديق الالكتروني يتمثل في عملية يتأكد بها من صحة الكتابة والتوقيع الالكترونيين، عن طريق طرف ثالث محايد، وهو في الغالب شخص أجنبي عن الأطراف، يضمن الحماية الفنية الواجب تفعيلها للتوقيع الالكتروني، والتي يجب أن تكون سابقة للنصوص القانونية، فتطور التكنولوجيا ونظم المعلومات لابد أن يرافقه نظم تضمن حماية خاصة بها[1].

1- سند حسن سالم صالح، **التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 114.

وبالنسبة لطبيعة عملية المصادقة الالكترونية فيرى البعض أن منح شخص ثالث سلطة توثيق التوقيع يقرب مهمة الجهة القائمة على التصديق من مهمة الموثق في فرنسا[1]،

و لقد اختلفت التشريعات الدولية والداخلية في التسمية التي تطلق على القائم بمهمة التصديق الالكتروني وكذلك في المفهوم، حيث أشارت التشريعات الاسترشادية الدولية الى مفهوم مزود خدمات التصديق الالكتروني، ونبدأ بقانون الأونيسترال النموذجي لسنة 2001 والمتعلق بالتوقيعات الالكترونية، الذي نجده تضمن تحديدا للهيئة التي تقوم بالتصديق، حيث حددها في نص المادة الثانية، بانها الشخص الذي يصدر الشهادات الالكترونية، ويمكن أن يقدم خدمات أخرى ترتبط بالتوقيع الالكتروني.

كما عرفه التوجيه الأوربي لسنة 1999 في المادة الثانية، بأنه كل شخص طبيعي أو اعتباري يقوم باصدار شهادات تصديق الكتروني، أو يقدم خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيع الالكتروني كذلك[2].

أما بالنسبة للتشريعات الوطنية، فقد اختلفت في المصطلحات والتعريف لهذه الهيئة كذلك، فبالنسبة للقانون الفرنسي فقد عرف هذه الهيئة في المرسوم رقم 272 لسنة 2001 الصادر عن مجلس الدولة الصادر في 30 مارس 2001، والمتعلق بتطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي،

1- E. Caprioli, Sécurité et confiance dans le commerce électronique Signature numérique et autorité de certification, JCP, 1998,p29.

2- عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 80 و 81.

وهذا من خلال نص المادة الأولى منه والتي تنص بأنه: "كل شخص يصدر شهادات تصديق الكتروني أو يقدم خدمات أخرى تتعلق بالتوقيعات الالكترونية"[1]، والملاحظ على هذا التعريف أنه يقترب كثيرا من التعريف الذي أورده التوجيه الأوربي السالف الذكر.

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد عرفه في الفصل الثاني من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية، رقم 83 لسنة 2000 بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يحدث ويسلم ويتصرف في شهادات المصادقة ويسدي خدمات أخرى ذات علاقة بالامضاء الالكتروني"، وقد أطلق على هذه الهيئة تسمية مزود خدمات المصادقة الالكترونية[2].

وقد عرفه كذلك القانون رقم 2 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الامارات العربية، بأنه أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم باصدار شهادات تصديق الكترونية، أو أي خدمات أو مهام متعلقة بها أو بالتوقيع الالكتروني، ومنحها تسمية مزود خدمات التصديق[3].

كما عرفه المشرع المصري من خلال المادة الأولى من اللائحة التنفيذي لقانون التوقيع الالكتروني المصري لسنة 2004 بأنه: " الجهات المرخص لها باصدار شهادة التصديق الالكتروني وتقديم خدمات التوقيع الالكتروني"، أما بالنسبة للمشرع الأردني فلم يورد أي تعريف لهذه الهيئة[4].

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 464.
2- مصطفى احمد ابراهيم نصر، مرجع سابق، ص 145.
3- نفس المرجع السابق، ص 144 و 145.
4- عيسى غسان ربضي، مرجع سابق، ص 115.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد عرف مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 بانه: "مؤدي خدمات التصديق الالكتروني هو: كل شخص في مفهوم المادة 8-8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 اوت 2000 والمذكور أعلاه، يسلم شهادات الكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الالكتروني"، وبالرجوع الى المادة 8-8 التي أحال عليها المشرع الجزائري، نجدها عرفت مؤدي الخدمات بأنه:" موفر الخدمات: كل شخص معنوي او طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية".

ويتضح مما سبق أن التشريعات الدولية والداخلية لم تجتمع على مصطلح واحد للقائم بخدمات المصادقة الالكترونية، لكنها تتفق على كونه شخص طبيعي أو معنوي، وان كان الشخص الطبيعي يصعب عليه مزاولة هذا النشاط من الناحية العملية، كما أن أغلب تلك التشريعات فتحت المجال لمزود خدمات التصديق الالكتروني، من أجل انجاز كل الخدمات المتعلقة بالتوقيع الالكتروني، ولم تقصر مهامه على المصادقة الالكترونية فقط.

الفرع الثاني

شروط ممارسة نشاط التصديق الالكتروني

لقد وضعت مختلف التشريعات شروطا لابد من استيفائها من الشخص الذي يريد مزاولة نشاط التصديق الالكتروني، وسوف تتم معالجة هذه المسألة على النحو الآتي:

1-الجزائر:

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تعرض لهذا الأمر في المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 والمذكور سابقا، والتي تنص:" تعدل وتتم أحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 15 صفر 1422 الموافق 9 مايو 2001 والمذكور أعلاه، وتحرر كما يأتي: -المادة 3: يخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، انشاء واستغلال ما يأتي:....-خدمات التصديق الالكتروني.

-غير أن ترخيص مصالح التصديق الالكتروني يكون مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل"[1].

ويتضح من نص المادة أن المشرع الجزائري اشترط على أي شخص يرغب في ممارسة نشاط التصديق الالكتروني، أن يتقدم بطلب الترخيص بالنشاط من سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الجزائرية، وقد أكد المشرع في نص المادة السالفة على أن هذا الترخيص يكون مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل،

لكن المشرع لم يبين لنا الشروط التي يجب توافرها في الشخص الذي يريد ممارسة هذا النشاط، فما هي اذا هذه الشروط؟

كما لم يوضح طبيعة العلاقة التي تجمع بين سلطة الضبط والشخص الذي يمارس نشاط التصديق الالكتروني؟

1- المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162.

بالنسبة للتساؤل الأول المتعلق بالشروط، نعتقد أن المشرع الجزائري ترك أمر تحديد ضوابط ممارسة نشاط التصديق الالكتروني لدفتر الشروط المنصوص عليه في المادة السالفة، لكن رغم ذلك لابد من تبيان تلك الشروط بدقة، وتوضيح الاجراءات المتبعة لمنح الترخيص ومدته، وحالات سحبه لكي يسهل الأمر على سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية الجزائرية، مثلما قامت به بعض التشريعات كالتشريع المصري المتعلق بالتوقيع الالكتروني.

أما عن طبيعة العلاقة التي تجمع بين مؤدي خدمات التصديق الالكتروني وسلطة الضبط، في اعتقادنا أن العلاقة ينظمها القانون العام القانون الاداري، لأنها أشبه بعقد الامتياز، أو الصفقة العمومية مادام أن سلطة الضبط هي شخص عام خاضع للقانون العام، وهي الهيئة التي تحدد بيانات دفتر الشروط وتجري المناقصة وتختار العرض الأحسن، كما أن المشرع الجزائري وتأسيا بعدة تشريعات، فقد حصر وظيفة منح التراخيص لمزاولة مزود الخدمات لنشاطه لجهة واحدة فقط.

ورغم تنظيم المشرع الجزائري لنشاط التصديق الالكتروني منذ عدة سنوات، الا أنه في الواقع ولغاية اليوم لم يمنح أي ترخيص لأي مؤدي خدمات التصديق الالكتروني في الجزائر، على الرغم من أن هناك عروض حسب معلوماتنا الشحيحة قدمت ولحد الساعة لم تدرس في سنة 2009، تبعا للاعلان الصادر عن سلطة الضبط قصد فتح مجال نشاطات المصادقة الالكترونية.

وقد تقدمت 8 شركات بعروضها، ولم تقدم سلطة الضبط رأيها بالقبول أو الرفض[1]، وهو ما من شانه حسب اعتقادنا أن يعرقل خدمات التصديق الالكتروني في الجزائر، ولذلك نهيب بالمشرع الجزائري تأطير هذه المسألة من خلال تحديد كيفية منح الترخيص وأجال ابداء الرأي، حتى ينهض في الجزائر نشاط التصديق الالكتروني، ويتم العمل بالكتابة والتوقيع الالكترونيين، وعدم العزوف عنهما.

2- مصر:

لقد حدد المشرع المصري في المواد 19، 20، 21، 22 من قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، وكذلك المادة 12 من لائحته التنفيذية رقم 109 لسنة 2005، شروطا يجب توافرها لممارسة نشاط التصديق الالكتروني، تتمثل في ضرورة حصول الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يرغب في مزاولة نشاط التصديق الالكتروني، على ترخيص مسبق من مجلس ادارة هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، باعتبارها الهيئة التي تسهر على تطبيق أحكام قانون التوقيع الالكتروني، والترخيص يصدر مقابل دفع رسم يسدده مزود خدمة التصديق، هذا ويراعى عند منح الترخيص المعايير الآتية:

1- هذه المعلومات متواجدة على الموقع الآتي: http://www.arpt.dz/7Certification.htm

أ-اختيار المرخص له يكون في اطار علني ومنافسة نزيهة، بهدف منح الفرصة لأكبر عدد من طالبي الترخيص، وهذا مايسمح للجهة المرخصة اختيار الشخص الأكثر خبرة، وهذا نظرا لخطورة وأهمية نشاط التصديق الالكتروني.

ب-مدة الترخيص لاتزيد عن 99 سنة كحد أقصى، ويمكن أن تقل عن ذلك، وتحديدها من صلاحية مجلس ادارة هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ويمكن له تجديدها[1].

جـ-أن تحدد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام واطراد، ولايجوز التوقف عن ممارسة النشاط المرخص به أو الاندماج مع جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير، الا بعد الحصول على موافقة كتابية من الهيئة"[2].

وفي مصر وعلى خلاف الجزائر والتي لم تبدأ بعد عملية السماح بمزاولة نشاط المصادقة الالكترونية، فقد قامت هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، بالاعلان عن منح التراخيص لمزاولة نشاط التصديق الالكتروني في ماي 2005، وقد تقدمت 6 شركات بطلب ترخيص نشاط المصادقة الالكترونية، ونذكر منها على سبيل المثال: شركة ايجيبت تراست وشركة الحاسبات المتقدمة، وهذا وفق الشروط المنصوص عنها في قانون التوقيع الالكتروني المصري، ولائحته التنفيذية.

1- عبد الفتاح بيومي حجازي، **التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة**، مرجع سابق، ص 455.

2- خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 192.

وقد قامت الهيئة المعنية بمنح التراخيص بدراسة العروض التي تقدمت بها تلك الشركات قصد مزاولة نشاط التصديق الالكتروني، الا أن الموافقة استقرت على منح التراخيص لأربع شركات فقط بعد مراعاة توافر الشروط التي نص عليها القانون، وتتمثل هذه الشركات في:

-شركة مصر للمقاصة والايداع والقيد المركزي- MCDR

-شركة الحاسبات المتقدمة- TAC

-الشركة المصرية لخدمات الشبكات وتأمين المعلومات-SNS

-شركة ايجيبت تراست- Egypt Trust[1].

وقد أصدرت هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر كراسة أو دفتر شروط تتضمن متطلبات منح تراخيص تقديم خدمات التوقيع الالكتروني، بتاريخ 19-06-2005، ومن ضمن الشروط التي تضمنتها هاته الكراسة نذكر مايلي:

-الشكل القانوني للشركة مقدمة العرض،

-صورة عن عقد تأسيس الشركة ونظامها القانوني،

-اثبات من الشركة بقدرتها على القيام بتقديم خدمات التوقيع الالكتروني،

-كافة الرخص والبيانات الفنية للأجهزة بالعرض،

1-عبير ميخائيل الصفدي الطوال، مرجع سابق، ص 71، عن: الموقع التالي:

http://www.e-signature.gov.eg

-تقديم المواصفات الفنية للأجهزة والأنظمة التي سوف تستخدم لتنفيذ وادارة وتشغيل وصيانة جهات التوثيق الالكتروني.

وفي حالة قبول العرض، تقوم الشركة التي قدمت هذا العرض، بالتقدم بطلب الترخيص للجهة المختصة بمنحه في مصر، وهذا للعمل كجهة تصديق الكتروني وذلك وفق النموذج المرفق[1]، وبعد دراسة العرض وكل الوثائق المقدمة والتأكد من سلامتها، تبت هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في طلب الترخيص خلال مدة لاتتجاوز 60 يوما ابتداءا من استيفاء طالب الترخيص للمتطلبات التي حددتها الهيئة، وفي حالة انقضاء المدة ولم يصدر قبول فيعد هذا السكوت رفضا[2].

4-تونس:

لقد اعتمد المشرع التونسي في مزاولة نشاط مؤدي خدمات التصديق الالكتروني على نظام الترخيص المسبق، وهذا الأمر يتضح في قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، ويكون الترخيص من طرف هيئة تدعى الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية، حيث أنها هي التي تمنح الترخيص لمزاولة نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية على التراب التونسي،

1- المادة 15- من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري.

2- أنظر: -عبير ميخائيل الصفدي الطوال، مرجع سابق، ص 70 و 71، محمد الرومي، مرجع سابق، ص 191.

وهذا وفقا للفصل التاسع من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي[1]، ويجب أن يستجيب الشخص الطبيعي أو الممثل القانوني للشخص المعنوي الذي يرغب في تعاطي نشاط مزود خدمات المصادقة الالكترونية للشروط التالية:

-أن يكون من ذوي الجنسية التونسية منذ 5 أعوام على الأقل،

-أن يكون مقيما بالبلاد التونسية،

-أن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والسياسية ونقي السوابق العدلية،

-أن يكون متحصلا على الأقل على شهادة الاعدادية أو مايعادلها،

-أن لا يتعاطى نشاطا مهنيا اخر[2].

وهذه الشروط التي وضعها المشرع التونسي الذي كان سباقا في وضعها بخلاف المشرع الجزائري والمصري، حيث يعد أول تشريع عربي ينضم المعاملات والتجارة الالكترونية، تحدد بدقة لمن يمنح الترخيص، وقد ركز على شرطي الاقامة في تونس، والحصول على الجنسية التونسية الأصلية أو المكتسبة،

كما يظاف لهذه الشروط ضرورة اتباع مزود خدمات المصادقة الالكترونية، في اصدار وحفظ الشهادات كراس أو دفتر شروط الذي يتضمن:

-كلفة دراسة ومتابعة ملفات مطالب الشهادات،

-آجال دراسة الملفات،

1- خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 233.

2- الفصل الحادي عشر من الباب الرابع من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 .

-الامكانيات المادية والبشرية التي يجب توافرها لتعاطي النشاط،

-شروط تأمين التفاعل المتبادل لأنظمة المصادقة وربط السجلات شهادات المصادقة،

-القواعد المتعلقة بالاعلام والخاصة بخدماته، والشهادات التي سلمها، والتي يتعين على مزود خدمات المصادقة الالكتروني حفظها[1].

5-الامارات العربية:

لقد منح القانون رقم 2 لسنة 2002، صلاحية منح الترخيص للقيام بخدمات التصديق الالكتروني لمراقب خدمات التصديق ومراقبة هذا النشاط ولهذا المراقب منح تفويض أيا من مسؤولياته لمن يراه، ويتم تعيين المراقب من طرف رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا والتجارة الالكترونية والاعلام، وهذا وفقا لنص المادة 23 من ذات القانون، ويختص المراقب بوضع قواعد تنظيم ترخيص عمل مزودي خدمات التصديق، ويقدمها لرئيس سلطة منطقة دبي الحرة من أجل اعتمادها[2]،

ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع الاماراتي أخذ بنظام الترخيص المسبق كذلك مثل التشريعات العربية السابقة، وأعطى الاختصاص في منحه لموظف عام، ما يجعل العلاقة بين هذا الموظف والشخص الذي يزاول نشاط المصادقة الالكترونية في اعتقادنا شبيهة بعقد الامتياز.

1- الفصل الثاني عشر من القانون التونسي.
2- مصطفى احمد ابراهيم نصر، مرجع سابق، ص 161 و 162.

6-فرنسا:

ان ممارسة نشاط التصديق الالكتروني لايخضع لأي ترخيص بل يكون عن طريق الاعتماد الذي تمنحه الهيئات التي يعينها وزير الصناعة، ويراعى في منح هذا الاعتماد ضرورة توافر بعض الشروط في طالبه، تضمنها نص المادة 6 من المرسوم الصادر في 30 مارس 2001 والمتعلق بتطبيق المادة 1316-4 من القانون المدني الفرنسي، ونذكر منها:

-اقامة الدليل على صحة وموثوقية خدمات التصديق الالكتروني التي يقدمها،

-الحرص على التحديد الدقيق لتاريخ تسليم شهادة التصديق والغائها،..."،

وقد حددت المادة 1 من المرسوم رقم 535-2002 الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 18-04-2002 السلطة المخول لها ممارسة نشاط التصديق الالكتروني وتتمثل في الادارة المركزية لسلامة نظم المعلومات (D.C.S.S.I)، ويجوز لها منح التراخيص لمراكز التصديق التي تعتمدها[1].

وقد صدر قرار في 31 مايو 2002 ينص على أنه يتم اعتماد الهيئات التي يعهد لها مهمة تقييم مقدمي خدمات التصديق الالكتروني من قبل اللجنة الفرنسية للاعتماد-COFRAC، أو من الهيئات الموقعة على اتفاق أوربي متعدد الأطراف يدخل ضمن التنظيم الأوربي لهيئات الاعتماد[2]،

1- ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 151.
2- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 477.

المطلب الثاني

التزامات مؤدي خدمات التصديق وتكييف مسؤوليته

عند استيفاء مزود الخدمات للشروط التي يجب توافرها فيه، لممارسة نشاط التصديق الالكتروني، تقع على عاتقه مجموعة من الالتزامات (الفرع الأول)، وأي اخلال بهذه الأخيرة يجعله يتحمل المسؤولية العقدية في مواجهة الموقع، أما اذا سبب الاخلال بالتزاماته ضرر للغير فيتحمل المسؤولية التقصيرية(الفرع الثاني)،

الفرع الأول

الالتزامات الملقاة على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

1-الالتزام باصدار شهادات التصديق الالكتروني:

ينشئ هذا التزام اصدار شهادات التصديق الالكتروني على عاتق مزود الخدمات، كما يلتزم بايقاف العمل بالشهادات والغائها عند الضرورة، وسوف يتم التفصيل في المسألة على النحو الآتي:

1-أ-اصدار شهادة التصديق الالكتروني:

من أهم الالتزامات التي تترتب على عاتق مزود او مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، اصدار وثيقة الكترونية يطلق عليها كذلك اصطلاح بطاقة اثبات الهوية

الالكترونية، لكل من يرغب في التأكد من صحة المحرر الالكتروني أو التوقيع الالكتروني المرسل اليه من طرف صاحب التوقيع المتعاقد مع مزود الخدمات[1]،

وهذه الشهادة تؤكد فيها هيئة التصديق، مدى صحة التوقيع الالكتروني ونسبته الى صاحبه، كما تحدد هوية الموقع، ومدى استجابة التوقيع للاشتراطات القانونية، وهي تؤدي نفس الدور الذي تؤديه البطاقة الشخصية أو جواز السفر من التأكيد على الصلة بين صورة المواطن وشخص صاحب التوقيع الموضوع عليها[2].

وقد نص عليها المشرع الفرنسي في المادة 1 من المرسوم الصادر 30 مارس 2001 الصادر عن مجلس الدولة، واعتبرها شهادة تفيد صحة التوقيع الالكتروني[3]، وتصدر عن جهة مختصة بذلك تقر فيها بأن التوقيع الالكتروني تم حفظه بطريقة سليمة، من لحظة ارساله حتى لحظة التصديق عليه، وهناك من الفقه الفرنسي من يسمي تلك الجهة بجهة الفحص[4]،

كما نص عنها المشرع الجزائري في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162، حيث سماها:... "-الشهادة الالكترونية: وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع....."

1- مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص 86.

2- مصطفى أبو مندور موسى، **الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الالكتروني، دراسة مقارنة**، دارالنهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص 43.

3- أيمن سعد سليم ، مرجع سابق، 54. ,

2- M.m.x. Linant de Bellfonds et P-Y, Gautier ; lécrit informatique , J C P, No 31-34 , p 1273.

أما المشرع المصري فقد عرفها من خلال قانون التوقيع الالكتروني المصري في المادة1-و بأنها:" تلك الشهادة التي تصدر عن الجهة المرخص لها بالتصديق، وتثبت مدى الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع، ويلاحظ على هذا التعريف بأنه نفسه الذي الارتباط بين الموقع وبيانات انشاء التوقيع"، ويلاحظ على هذا التعريف بأنه نفسه الذي ورد في المادة 1 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري[1].

كما عرفها قانون المعاملا ت الالكترونية الأردني بموجب المادة رقم 2 من بأنها شهادة تصدر عن جهة مرخصة أو معتمدة غايتها اثبات نسبة توقيع الكتروني الى شخص معين، بالاستناد لاجراءات التوثيق المعتمدة، ويكون بذلك المشرع الأردني حدد الجهة المصدرة لشهادة التوثيق الالكتروني، والهدف من اصدار الشهادة وهي تحديد هوية الموقع، لكنه لم يبين الطبيعة القانونية لها ، ولا البيانات التي يجب أن ترد فيها، ويكون بذلك قد ترك الأمر لنص اخر يصدر عن مجلس الوزراء، والذي لم يصدر بعد مما يشكل عائق لتطبيق نشاط التصديق الالكتروني[2].

وقد تعرض قانون الأونيسترال النموذجي لسنة، 2001 لشهادة المصادقة الالكترونية من خلال نص المادة 2-ب بأنها رسالة بيانات أو سجل اخر يؤكدان ارتباط الموقع ببيانات انشاء التوقيع، وهذا التعريف يخلط بين الكتابة الالكترونية أو المستند

1- عابد فايد عبد الفتاح فايد، مرجع سابق، ص 83.
2- عبير ميخائيل الصفدي الطوال، مرجع سابق، ص 97.

الالكتروني وبين الشهادة التي يمنحها الوسيط الذي يمثل الطرف الثالث من جهة، كما انه لم يفرق بين صاحب التوقيع وبين المفتاح الخاص الذي يبقى سرا مع صاحبه.[1]

ومن الناحية العملية يتبع مزود خدمات التصديق الالكتروني في اصدار هذه الشهادات، برنامج للمعلومات، يحدد تاريخ ووقت اصدارها، ووقت ايقافها، أو تعليقها، ويعتمد على السرية الكاملة للبيانات التي تحتويها الشهادة[2]، وهذه الأمور تقنية بحتة لايمكن التفصيل فيها لأن الأمر يتعلق بتقنيات لها مختصوها.

1-ب-أنواع شهادة التصديق الالكتروني:

أغلب التشريعات وضعت نوعين لها مثل المشرع الفرنسي، حيث نص في المرسوم الصادر في 30 مارس 2001 عن مجلس الدولة والخاص بالتوقيع الالكتروني، على نموذجين لشهادة التصديق الالكتروني:

أ-الشهادة العادية-le certificat électronique Simple:

هي عبارة عن وثيقة تصدرها الجهة المختصة بالتصيق الالكتروني، وتقر فيها بصحة بيانات التوقيع الالكتروني، ومدى صلته بالموقع، ولا تتضمن بينات محددة.

ولقد نص عنها المشرع الجزائري في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162، حيث سماها:... "-الشهادة الالكترونية: وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع....."

1- نفس المرجع السابق، ص 99.
2- مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص 87.

ب-الشهادة الموصوفة أو المعتمدة- le certificat électroniquE qualifié :

هي عبارة عن شهادات تصدرها الجهة المختصة باصدار شهادات التصديق الالكتروني، والغاية منها تأكيد صحة البيانات الواردة في التوقيع الالكتروني ومدى نسبته لصاحبه، وتتضمن هذه الشهادة العديد من البيانات التي تشكل مقتضيات امان للمتعاملين،

وقد تعرض المشرع الجزائري لهذا النوع من الشهادات في المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162، بأنها:" الشهادة الالكترونية الموصوفة: شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة"، لكن المشرع الجزائري لم يبين لنا المتطلبات التي لابد أن تستجيب لها الشهادة الالكترونية الموصوفة، مما يفتح المجال أمام العراقيل للأخذ بهذ الشهادة واعتمادها، ولذلك نهيب بالمشرع تحديد هذه المتطلبات بدقة.

والأنواع السالف ذكرها قد تكون لشهادات وطنية أو أجنبية، فبالنسبة لشهادة التصديق الوطنية فهي التي تصدر عن مزودي خدمات المصادقة الالكترونية الوطنيين، أما شهادة التصديق الأجنبية فهي التي تنشئ في دول أجنبية أو من طرف مزود خدمات أجنبي داخل التراب الوطني، وقد اعترف المشرع الفرنسي بحجيتها في المرسوم رقم 272 الصادر في 30 مارس 2001 ، حيث نصت المادة 8 منه على هذا الصنف من الشهادات ومنحته الحجية بشرط استيفاء بعض الشروط، كأن تكون هذه الشهادة مستوفية للشروط الواردة في المادة 6 من المرسوم السابق، وتم اعتمادها بموجب التوجيه الأوروبي للتوقيعات الالكترونية الصادر في 13-12-1999.

وكذلك لابد أن تكون مأمنة من قبل مزود خدمات يستجيب للشروط المنصوص عنها في المادة 6 السابقة، وكذلك ضرورة وجود اتفاق بين أطرافها حول صلاحية الاعتماد عليها[1].

كما اعترف بها المشرع المصري في قانون التوقيع الالكتروني، من خلال نص المادة 22 منه والتي تنص على أنه: "تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة باصدار شهادات التصديق الالكتروني،...وفي هذه الحالة تكون للشهادات التي تصدرها تلك الجهات ذات الحجية في الاثبات المقررة لما تصدره نظيراتها في الداخل من شهادات نظيرة.."، الا أن قبول الشهادات الأجنبية في مصر يكون بشرط استجابتها للضمانات التي تضمنتها اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني المصري، وأهمها وجود وكيل بمصر لجهة التصديق الأجنبية، أن توجد اتفاقية دولية نافذة وافقت عنها مصر تتضمن اعتماد هذه الهيئة، بالاظافة الى الشروط التي تتطلب في الجهات المرخص لها بمصر مزاولة نشاط التصديق الالكتروني[2].

كما نص المشرع الجزائري على شهادة المصادقة الالكترونية الأجنبية بموجب المادة 3 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المذكور سابقا، والتي تنص:"تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق الكتروني مقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم، اذا كان المؤدي الآجنبي يتصرف في اطار

1- ابراهيم عبيد علي آل علي، **العقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، السنة الجامعية: 2010، ص 386 و 387.

2- ممدوح محمد علي مبروك، مرجع سابق، ص 158 و 159.

اتفاقية للاعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية"، ويتضح من نص المادة السابقة أن المشرع الجزائري ساوى في الحجية بين شهادة التصديق الالكتروني الوطنية أو التي يصدرها مؤدي خدمات جزائري وبين الشهادات التي يصدرها مؤدي خدمات أجنبي، أي بين شهادة التصديق الالكتروني الوطنية وبين الشهادة الأجنبية، لكن بشرط أن توجد اتفاقية مبرمة بين الجزائر ويمثلها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلمية واللاسلكية وبين الدولة التابع لها مصدر الشهادة الأجنبية، والتي تنص على مبدأ المعاملة بالمثل، أي لابد أن تكون الدولة التابع لها مؤدي الخدمات الأجنبي تعترف بالشهادات الصادرة عن مؤدي الخدمات الجزائري، وهو موقف منطقي مقبول.

وشهادة التصديق سواء الأجنبية أو الوطنية، يتم بموجبها السماح للمستخدم باستعمال التوقيع في الحدود التي يضعها مزود خدمات التصديق، رغم أن المستخدم هو الذي أمره بابتكار التوقيع ومنحه أجرا لقاء ذلك[1].

1-جـ-بيانات شهادة التصديق الالكتروني:

ان المشرع الجزائري لم يحدد البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التصديق الالكتروني بنوعيها، رغم نصه على وجوب اثبات الشهادة للصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني والموقع.

1- Philippe Le Tourneau, Theorie et pratique des contrats informatique, 4éme edition Dalloz, 2000, p 51.

كما أنه ألزم كذلك أن تكون الشهادة الموصوفة تستجيب للمتطلبات المحددة، لكنه لم يحدد لنا هذه المتطلبات، ولذلك لابد من اللجوء للتشريعات المقارنة.

بالنسبة للمشرع المصري فقد ميز بين نوعين من البيانات التي تتضمنها شهادة التصديق، بيانات الزامية تضمنها نص المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الالكتروني، والتي تنص:"

1-مايفيد صلاحية هذه الشهادة للاستخدام في التوقيع الالكتروني،

2-موضوع الترخيص الصادر للمرخص له، موضحا فيه نطاقه ورقمه وتاريخ اصداره وفترة سريانه،

3-اسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة ومقرها الرئيسي وكيانها القانوني والدولة التابعة لها ان وجدت،

4-اسم الموقع الأصلي أو اسمه المستعار أو اسم شهرته، وذلك في حالة استخدامه لأحدهما،

5-صفة الموقع،

6-المفتاح الشفري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح الشفري الخاص به،

7-تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ انتهائها،

8-رقم مسلسل الشهادة،

9-التوقيع الالكتروني لجهة اصدار الشهادة،

10-عنوان الموقع الالكتروني "wweb site"، المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة".

كما نص المشرع المصري على امكانية تضمين شهادة التصديق الالكتروني لبيانات اختيارية، تضمنها نص المادة السابقة، عند الحاجة:"

1-مايفيد اختصاص الموقع والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة،

2-حد قيمة التعاملات المسموح بها بالشهادة،

3-مجالات استخدام الشهادة".

أما بالنسبة للمشرع التونسي فقد أشار للبيانات التي يجب أن تحتويها الشهادة في الفصل السابع عشر من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 والمتعلق بالتوقيع الالكتروني، وتتمثل هذه البيانات فيما يلي:

1-هوية صاحب الشهادة،

2-هوية الشخص الذي أصدرها وامضاء الكتروني،

3-عناصر التدقيق في امضاء صاحب الشهادة،

4-مدة صلاحية الشهادة،

5-المجالات التي يجوز فيها استعمال الشهادة"[1].

كما أشار التوجيه الأوربي لسنة 1999 والمتعلق بالتواقيع الالكترونية، الى ضرورة اشتمال شهادة التصديق على جملة من البيانات، تضمنها نص المادة 8وتتمثل في:

1- خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 244.

1-تحديد هوية مقدم خدمات التصديق، والدولة المرخصة له بمزاولة نشاطه،

2-هوية الموقع عبر تحيد اسمه الحقيقي أو الاسم المستعار، بشرط أن يفيد التحقق من هويته،

3-المفتاح العام والذي عبره يمكن الوصول للمفتاح الخاص للموقع، والخاضع لسيطرته ورقابته،

4-تحيد مدة صلاحية الشهادة، والتي غالبا ماتكون تتراوح بين سنة أو سنتين،

5-الرقم التسلسلي للشهادة،

6-التوقيع الالكتروني لمقدم خدمة التصديق،

7تحيد قيمة الصفقات التي يمكن أن تستخدم الشهادة فيها، والغرض من استخدام الشهادة[1].

والملاحظ في جانب البيانات التي تتضمنها شهادة التصديق، والتي تناولها كل من المشرع المصري والمشرع التونسي، وكذلك التوجيه الأوربي، أنها تتشابه من حيث انها تدل على هوية اطرافها بدقة، كما تفيد هذه البيانات في التحقق من مزود خدمة التصديق الالكتروني، ونهيب بالمشرع الجزائري اتباع كل من المشرع المصري والمشرع التونسي في تحديد البيانات الت يجب أن تتضمنها شهادات التصديق الالكتروني.

1-د-ايقاف والغاء شهادات التصديق الالكتروني:

1- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 271 و 272.

قد يحدث أحيانا ما يستوجب ايقاف أو الغاء شهادات التصديق الالكتروني، مثل الحالات التي قدي يحدث فيها اختراق لبرنامج المعلومات المسؤول عن سلامة المحرر الالكتروني وصحة تواقيعه، ما من شأنه أن يجعل تلك الشهادات عرضة للعبث ببياناتها التي تحتويها، والاطلاع على المعلومات السرية لمستخدمي خدمة التوقيع الالكتروني، وكذلك قد يظهر عدم التزام الشخص الذي صدرت له الشهادة ببنود العقد المبرم بينه وبين مزود خدمات التصديق الالكتروني، كما يمكن فقدان المفتاح الشفري الخاص، او انتهاء مدة صلاحية شهادة المصادقة الالكترونية.

وعند حدوث أي من العوارض أو الأحداث السابقة يجب على مزود الخدمات ايقاف اصدار الشهادات أو الغاء التي تم اختراق محتوياتها، أو التي انتهت صلاحيتها، ويكون بمبادرة شخصية منه، أو بناء على طلب أصحاب الشأن[1].

2-الالتزامات التقنية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني:

عند بدء نشاط مزود الخدمات تترتب على عاتقه العديد من الالتزامات التي تظاف الى التزامه باصدار شهادة المصادقة الالكترونية، ونتعرض لأهمها والتي اختلفت التشريعات في تنظيمها، وهذا على النحو التالي:

بالرجوع لقانون الأونيسترال النموذجي والمتعلق بالتوقيعات الالكترونية لسنة 2001، وبالضبط في المادة 9 نجدها تتمثل في:"

-على مورد خدمات التصديق:

1- مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص88.

أ-أن يتصرف وفقا للتأكيدات التي يقدمها بخصوص ممارسته وسياسته.

ب-أن يمارس عناية معقولة لضمان دقة واكتمال كل مايقدمه من تأكيدات جوهرية ذات صلة بالشهادة طيلة مدة سريانها، أو مدرجة في الشهادة.

جـ-أن يوفر وسائل يكون الوصول اليها متيسرا بقدر معقول تمكن الطرف المرتكن من التأكد من الشهادة مما يلي: -هوية مورد خدمات التصديق....

د-أن يوفر وسائل يكون الوصول اليها متيسرا بقدر معقول تمكن الطرف المرتكن من التأكد عند الاقتضاء من الشهادة أو من سواها مما يلي:-الطريقة المستخدمة في تحديد هوية الموقع...".

كما تضمن التوجيه الأوربي لسنة 1999، بعض الالتزامات مثل تلك التي تضمنها نص المادة 8 منه، والتي تنص: "يجب على مقدم خدمات التصديق الالكتروني أن يتلقى المعلومات ذات الطابع الشخصي بشكل مباشر من الشخص المعني نفسه، أو بناء على موافقة صريحة منه، بشرط أن تكون هذه المعلومات ضرورية لاستخراج شهادة التصديق الالكتروني أو حفظها..."، كما تضمن الملحق الثاني من التوجيه الأوربي ضرورة التزام مقدم خدمات التصديق باحترام سرية البيانات التي يتلقاها بموجب نشاطه، وأن يوفر الوسائل التقنية التي تكفل لها الحماية، وتضمن الثقة والآمان فيها، كما يجب عليه التحقق من هوية الموقع باستعمال الوسائل التقنية اللازمة، وذلك قبل اصدار شهادة التصديق[1].

1- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 271 و 272.

وبالتدقيق في قانون الأونيسترال النموذجي، و التوجيه الأوربي لسنة 1999، يتضح جليا أن أهم التزامات مؤدي خدمات التصديق الالكتروني تتعلق بمراعاة الدقة والثقة في اصداره للشهادة الالكترونية، وان يراعى في ذلك اعتبارات الحيطة والحذر، ويتخذ التدابير التي من شأنها أن يوضح مدى صحة تلك الشهادة ومدة سريانها وجهة اصدارها، وشخص الموقع، وهي التزامات ذات طابع تقني[1].

كما تعرضت بعض التشريعات العربية للالتزامات التقنية التي تقع على عاتق مزود أو مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، والتي تظاف الى التزامه الأصلي الذي يتمثل في اصدار شهادات التصديق الالكتروني، وسوف يتم التعرض لأهم هاته الالتزامات على النحو الاتي:

فقد نص المشرع المصري على التزامات تقنية متعددة، لابد أن يستجيب لها مزود الخدمات، حيث نص في المادة 12 من اللائحة التنفيذي لقانون التوقيع الالكتروني، والتي تضمنت لتزامات تتعلق بتأمين وحماية المعلومات، تتمثل في:"

-نظام تأمين للمعلومات وحماية البيانات وخصوصيتها، والالتزام بمنظومة تكوين بيانات انشاء التوقيع الالكتروني مؤمنة،

-نظام لتحديد تاريخ اصدار الشهادات ووقتها وايقافها، واعادة تشغيلها والغائها،

1- أيمن رمضان محمد أحمد، **الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 74.

-التوفر على ذوي الخبرة الحاصلين على المؤهلات الضرورية لأداء الخدمات المرخص بها.

-نظام حفظ بيانات انشاء التوقيع الالكتروني، وشهادات التوثيق الالكتروني طوال المدة التي تحددها هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

-نظام لايقاف الشهادة في حالة ثبوت عبث ببيانات الشهادة أو انتهاء مدة صلاحيتها، وسرقة أو فقد المفتاح الشفري الخاص"[1]، وكذلك الالتزام بايقاف الشهادة في حالة فقدها أو سرقتها، والاستعانة بالكوادر الفنية والبشرية لاسباغ الثقة والامان والسرية على تلك الشهادة[2]، وما يلاحظ على هذه البيانات أنها تقنية بحتة، ومن شانها ان تمنح التوقيع الالكترونية الثقة والأمان اذا ما اتبعها مزود خدمات التصديق الالكتروني، وهذ الالتزامات تفرضها طبيعة نشاط هذا الأخير، لكن المشرع المصري لم يبين جزاء الاخلال بهذه الالتزامات، فهل يترتب عنه التجريد من الترخيص ام أمر اخر، وسوف تتضح المسألة عند التعرض للمسؤولية المترتبة على مزود الخدمات.

وقد نص القانون التونسي رقم 83 لسنة على العديد من الالتزامات التقنية والتي تترتب على عاتق مزود خدمات التصديق الالكتروني، ونكر منها على سبيل المثال ماورد في الفصل الرابع عشر منه، حيث ألزم المشرع التونسي مزود الخدمات بضرورة مسك سجل الكتروني لشهادات المصادقة الالكترونية الصادرة عنه وهذا لصالح من يستعمل تلك

1- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 66 و 67.
2- أيمن رمضان محمد أحمد، مرجع سابق، ص 77.

الشهادة، كما نص في الفصل الخامس عشر على التزام مزود الخدمات ومعاونيه بضمان سرية المعلومات التي يطاعون عليها بحكم نشاطهم[1]، وهذه الالتزامات خصوصية المعلومات التي يطلع عليها مزود الخدمات، وتعمل على اضفاء الحجية على الشهادة التي يصدرها، كما تضمن الثقة والامان للتوقيع الالكتروني.

ورغم أن العديد من التشريعات تعرضت للالتزامات التقنية التي تقع على عاتق مزود خدمات التصديق الالكتروني مثل التشريع المصري وكذلك التونسي، الا أن المشرع الجزائري لم ينص لحد الآن على أي التزام اطلاقا، وهذا يظهر جليا من خلال تتبع جميع النصوص التي تناولت الكتابة والتوقيع الالكترونيين، ولا ندري ما هو سبب ذلك، وفي اعتقادنا أن المشرع الجزائري ترك الأمر لسلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، لذلك نهيب بالمشرع الجزائري تغطية هذا القصور بالاسراع في اصدار قانون المعاملات الالكترونية الجزائري، أو قانون التوقيع الالكتروني الجزائري، فالضرورة ملحة لذلك.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني

إن مزود خدمات التصديق الالكتروني، وأثناء مزاولته لنشاطه، قد لايؤدي وظائفه على أكمل وجه، مما يؤدي لقيام مسؤوليته المدنية التي تختلف على حسب أثر هذا

1- خالد عبد الفتاح محمد، مرجع سابق، ص 242.

الاخلال، وطبيعة العلاقة التي تجمع بينه وبين المتضرر، فإذا تضرر الموقع أو الطرف المرسل إليه التوقيع أو المحرر الالكتروني، فانه تقوم المسؤولية العقدية في مواجهته، اما اذا تضرر طرف من الغير والذي لا يجمع بينه وبين مزود الخدمات أي عقد فتقوم المسؤولية التقصيرية لمزود خدمات التصديق الالكتروني، وسوف يتم تفصيل المسألة على النحو الأتي:

1-المسؤولية العقدية:

تبنى مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني على اخلاله بأحد الالتزامات التي ينص عليها العقد المبرم بينه وبين عملائه، وهذا العقد عبارة عن اتفاق بين جهة التوثيق للتوقيع الالكتروني، وبين الموقع، لمدة معينة وبشروط محددة مسبقا، يتم الاتفاق عليها بين الطرفين مقابل دفع الموقع لاشتراك سنوي لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني خلال مدة العقد، والأصل أن مسؤولية جهات التصديق الالكتروني هي عقدية، وذلك في مواجهة المتعاقد معها لارتباطها بعقد[1].

ويشترط لقيام مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني، الاخلال بصفته مدينا بأحد الالتزامات المنبثقة على هذا العقد والتي يفرضها هذا الأخير، فاذا امتنع هذا الأخير عن تنفيذ التزامه مطلقا، أو قام بتنفيذ غير مطابق لما تم الاتفاق عليه[2].

1- نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، **حجية المحررات والتوقيع الالكتروني في الاثبات عبر شبكة الانترنيت**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية: 2009، ص 321.

2- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 73.

ويرى جانب من الفقه أن مسؤولية مزود خدمات التصديق الالكتروني العقدية لاتقف في حدود علاقته بالموقع والمرسل اليه، بل كذلك بينه وبين الغير، وذلك على اساس وجود اتفاق يجمع بينه وبين الغير، وهو اتفاق مستقل عن العقد المبرم بينه وبين صاحب التوقيع الالكتروني، وهذا الاتفاق يترجمه طلب الحصول على شهادة الكترونية تؤيد صحة توقيع الكتروني معين وهو ايجاب من الغير يقابله قبول من مؤدي خدمات التصديق الالكتروني، بمنح الشهادة المطلوبة، وعند اخلال مؤدي الخدمات بهذا الاتفاق كتقديمه لشهادة غير دقيقة البيانات، فتقوم المسؤولية العقدية في جانبه، لكن هذا الرأي منتقد لانه يقتصر على الحالة التي يرطلب فيها الغير الشهادة من مؤدي خدمات التصديق، وهي حالات نادرة لأنه في الغالب يتم طلبها من الموقع.

وهناك رأي أخر يرى بأن المسؤولية التي تقام عند اخلال مؤدي الخدمات بالتزاماته تجاه الموقع او الغير هي مسؤولية عقدية ناشئة عن علاقة مباشرة، وهذا لوجود علاقة عقدية بين صاحب التوقيع وجهة التصديق الالكتروني وقد أطلقت عليه الهيئة التي تمنح تراخيص مزاولة نشاط التصديق الالكتروني في مصر عقد تقديم خدمات التوقيع الالكتروني، وذلك في الترخيص الصادر عنها رقم 103 لسنة 2006 والذي تضمن عقدا نموذجيا ينظم العلاقة بين مؤدي خدمات التصديق والمستفيد من خدمة التوقيع الالكتروني[1]، ويترتب عن هذا العقد التزام مؤدي خدمات التصديق باصدار شهادة الكترونية باسم صاحب الوقيع لمصلحة الغير الذي يحتاج الى تلك الشهادة في تعامله مع

1- مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص 70.

الموقع، وبذلك نكون أمام حالة من حالات الاشتراط لمصلحة الغير، حيث يكون فيها الموقع في مركز المشترط ومؤدي الخدمات في موقع المتعهد، اما الغير فيكون في مركز المنتفع.

وبذلك يستطيع هذا الغير أن يطالب مؤدي الخدمات بتنفيذ التزاماته مثل تقديم شهادة المصادقة الالكترونية، وذلك بالاستناد الى عقد لم يكن أحد أطرافه، كما يجوز له مقاضاته عن طريق دعوى المسؤولية العقدية عند اخلاله بالتزاماته التي يرتبها العقد المبرم بينه وبين صاحب التوقيع الالكتروني، لكن هذا الرأي انتقد كذالك على أساس اختلاف مضمون التزام مؤدي خدمات التصديق تجاه الموقع والغير، وهذا ما ينفي فكرة قيام المسؤولية العقدية تجاه الغير على أساس الاشتراط لمصلحة الغير.[1]

والانتقاد الموجه للرأي الثاني المظاف لسابقه يبين قصور فكرة العقد كأساس لقيم المسؤولية المدنية لمؤدي خدمات التصديق في مواجهة الغير.

ويمكن القول أن أي اخلال بالالتزامات التي يرتبها العقد من جانب مؤدي خدمات التصديق الالكتروني يوجب المسؤولية العقدية، والتي ترتب قيام أركانها المتمثلة في الخطأ والضرر والعلاقة السببية طبقا للقواعد العامة، بالنسبة للركن الأول والمتمثل في الخطأ العقدي كاخلال المدين بتنفيذ التزامه، مثل الامتناع عن تنفيذ الالتزام امتناعا كليا أي لا يقوم به اصلا.

1- ألاء يعقوب يوسف، **المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير**، مجلة الحقوق، مجلة دورية علمية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، 2006، ص 314.

أو امتناع جزئي بتنفيذ غير مطابق لما ورد في العقد، مثل تقديم شهادة تصديق الكتروني غير صحيحة، أو تقديم شهادة معيبة[1].

وقد اختلف الفقه حول تكييف التزام مؤدي الخدمات الذي يرتب المسؤولية العقدية بين اخذ بالالتزام بتحقيق نتيجة، وبين اخذ بالالتزام ببذل عناية، فبالنسبة للاتجاه الأول فيرى بأن المسؤولية تقوم على افتراض الخطأ من المدين أي مزود خدمات التصديق الالكتروني ، مما يجعل الدائن سواء كان المصدق له اي المشترك، أو المرسل اليه يثبت فقط وجود الالتزام بتحقيق نتيجة فقط وصحة الاتفاق، بينما يجب على المدين اثبات تحققها، حيث لا تبرأ ذمته إلا اذا تحققت النتيجة المترتبة على الاتفاق، وهي انشاء توقيع الكتروني، واصدار شهادة تصديق الكترونية، والمحافظة على سرية المعلومات[2].

ولايعفى من المسؤولية الا اذا اثبت وجود السبب الأجنبي، كالقوة القاهرة، أو اخلال المصدق له وهذا طبقا للقواعد العامة، أما بالنسبة للاتجاه الثاني الذي يرى بأن التزام مؤدي الخدمات هو التزام ببذل عناية، فانه يرى بأن مسؤوليته لا تقوم الا اذا ثبت التقصير والاهمال في جانب المدين أي مزود خدمات التصديق الالكتروني، ويقع عبء اثبات ذلك على عاتق الدائن أي على صاحب التوقيع، أو الغير المستفيد من خدمة التوقيع الالكتروني[3].

1- ابراهيم عبيد علي آل علي، مرجع سابق ، ص 379.
2- عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 152.
3- أيمن علي حسين الحوثي، مرجع سابق، ص 73 و 74.

وفي اعتقادنا أن القوة الاقتصادية والخبرة في مجال المعلوماتية لمزود خدمات التصديق الالكتروني تجعل مسؤوليته العقدية تقوم على الاخلال بالالتزام بتحقيق نتيجة، وليس ببذل عناية.

أما بالنسبة للركن الثاني للمسؤولية العقدية لمزود خدمات التصديق الالكتروني، فيتمثل في ركن الضرر، لأن الخطأ وحده غير كافي لقيام المسؤولية المدنية، كما أن وظيفتها تتمثل في اصلاح الضرر أو جبره وليس معاقبة المسؤول، وعبء اثباته يقع على المدعى، وتطبق عنه الشروط العامة للضرر كأن يكون مباشرا ومحقق الوقوع، ومعيار قياس هذه الأمور هو عناية الرجل العادي، وفي اعتقادنا أن بيئة المعاملات الالكترونية، تجعل من اثبات الضررأمرا ليس بالهين، أما الركن الثالث لقيام المسؤولية العقدية في جانب مؤدي خدمات التصديق هو وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر وهذا طبقا للقواعد العامة، فلا بد على الموقع أو الشخص المستفيد من خدمة المصادقة الالكترونية، اثبات الخطأ في جانب القائم بهذه الخدمة، ووجود اثبات الضرر الواقع عليه، واذا تمكن من ذلك قامة قرينة بسيطة لصالحة على أن الخطأ من جانب المدين هو سبب ذلك الضرر لكنها قرينة بسيطة يمكن اثبات عكسه، كما يستطيع الدائن نفي العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، عن طريق انكار أن الخطأ الذي وقع منه هو الذي سبب الضرر للدائن، وأن هذا الضرر نتج مثلا عن سبب أجنبي لايد له فيه[1].

1- عبد الحميد عثمان، مرجع سابق، ص 157.

وبالنسبة لاثار المسؤولية العقدية لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني، فانها تتمثل في التعويض الذي يحكم به القضاء لصالح المتضرر، سواء كان صاحب التوقيع أو المرسل اليه هذا الأخير، ويقدر التعويض حسب جسامة الضرر الحاصل، ويعمل فيه معيار الربح الذي فات المتضرر أو الخسارة التي لحقته من جراء الخطأ العقدي الذي سبب الضرر.

وللاعفاء من المسؤولية يستطيع مؤدي أو مزود خدمات التصديق التنصل من المسؤولية، باثبات السبب الأجنبي، أو ارجاع الخطأ الى فعل الغير، أو فعل المتعاقد معه، كما له أن يحدد نطاق مسؤوليته، مثلما نص عنه القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، حيث اجاز له ذلك من خلال الفصل الخامس عشر، حيث يتعين على مزودي خدمات المصادقة الالكترونية وأعوانهم المحافظة على سرية المعلومات التي يطلعون عليها بحكم نشاطهم، باستثناء المعلومات التي رخص صاحب الشهادة كتابيا أو الكترونيا بنشرها[1].

ورغم امكانية اعتبار المسؤولية المدنية لمؤدي خدمات التصديق هي من قبيل المسؤولية العقدية، الا أن العديد من الحالات نكون أمام اخلال لمؤدي الخدمات بالتزاماته، لكن لا يوجد عقد.

ويتضح مما سبق ان التشريعات التي أقرت بالمسؤولية المدنية لمزودي خدمات التصديق الالكتروني، الذين يمارسون نشاطاتهم على ترابها، يهدف اساسا الى حماية الأشخاص الذين يتعاملون بالتوقيع الالكتروني، والذين يمتد لهم أثره، وهذا ما يضرفي نوع من المصداقية والثقة لهؤلاء الأشخاص، كما أن هذه المسؤولية يمكن أن تكون ادارية أمام

1- الياس ناصيف، مرجع سابق، ص277.

الهيئة مانحة الترخيص، والتي يجوز لها معاقبته عند اخلاله بالتزاماته، اما بسحب الترخيص أو بفرض غرامات مالية تمنح كتعويض لمستخدمي الخدمة[1].

2-المسؤولية التقصيرية:

تتمثل هذه المسؤولية في الجزاء المترتب عن الاخلال بالواجبات القانونية، وتهدف لجبر الضرر الناتج عن خطأ أحد الأشخاص لشخص اخر، دون أن يكون ذلك الضرر ناجم عن الاخلال بالتزام تعاقدي بين المخطىء والمتضرر، والتي قوامها التزام قانوني عام بعدم الاضرار بالغير، ويترتب عن قيام المسؤولية التقصيرية نشوء حق للمضرور بسبب الفعل الضار، يتمثل في التعويض من جانب المسؤول عن الضرر[2]، وفي مجال نشاط مزودي خدمات التصديق الالكتروني، قد يلحق ضرر بالغير المرسل اليه التوقيع، مثل الحالة التي تكون فيها شهادة التصديق الالكتروني غير دقيقة، وهذه المسؤولية ليست عقدية لعدم وجود عقد بين الطرفين، ولاتوجد أحكام خاصة لهذه المسؤولية.

ولذلك لابد من الرجوع للقواعد العامة، التي تفرض وجود أركان لهذه المسؤولية، وهي ثلاث تتمثل في الخطأ التقصيري الذي يتحقق عند الإخلال بالتزام باحترام حقوق الغير وعدم الحاق الضرر بهم، ويتحقق الاخلال إذا لم يبذل مؤدي الخدمات ما ينبغي من

1- مدحت محمد محمود عبد العال، مرجع سابق، ص 100.

2- عبد الرزاق دربال، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004، ص 105.

الحيطة اللازمة والعناية في سلوكه، مثل أي خطأ يدور حول المساس بمصداقية التوقيع الالكتروني، أو شهادة التصديق المنسوبة للموقع.[1]

ولابد على المتضرر من هذا الفعل اقامة الدليل أمام القضاء على أن مؤدي خدمات التصديق لم يبذل عناية الرجل العادي، ولايكفي هذا فقط بل لابد من اثبات تحقق الضرر، وأنه وقع له بسبب خطأ من جانب مؤدي الخدمات، أي لابد من اثبات وجود العلاقة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل.

ويستطيع مؤدي خدمات التصديق التنصل من المسؤولية التقصيرية، بعدة طرق أبرزها أنه ليس المتسبب في ذلك الخطأ التقصيري، أو أن الفعل الذي صدر عنه ليس السبب في حدوث الضرر، وأن الضرر نتج عن سبب أجنبي لايد له فيه، وبذلك تنتفي المسؤولية عليه لانتفاء العلاقة السببية[2].

وعلى الرغم من أن جل التشريعات التي تم التعلاض اليها انفا تأخذ بمسؤولية مزود الخدمات عن الاخلال بالتزاماته، الا أن هذا الأخير بعض الحالات يستطيع التنصل منمسؤوليته حيث يشترط تحديد مسؤوليته على ضوء نوع الشهادة الصادرة عنه.

1- تامر محمد الدمياطي، **المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمات التوقيع الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة**، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء التشريعي، العدد 501، القاهرة، يناير 2011، ص 294.

2- ألاء يعقوب يوسف، مرجع سابق، ص 329.

حيث ترتفع أو تنخفض قيمة التعويض بحسب نوع الشهادة[1].

ومهما كان نوع المسؤولية، وأطرافها فان تحميل المسؤولية لمزود الخدمات سواء تجاه الموقع أو الغير المتعامل بشهادة التصديق الالكتروني، من شانه أن يظفي الثقة والامان على المعاملات الالكترونية، ويزيد من انتشارها والتعامل بها، دون ان ننسى احتمال قيام مسؤولية الموقع والذي يعد اكتدادا للمسؤولية التقصيرية عموما.

1- محمد أحمد محمد نور جستنية، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية: 2005، ص265.

ملخص الباب الثاني:

إن الاعتراف بالكتابة الالكترونية لم يتم دفعة واحدة بمجرد ظهورها، حيث كان على مراحل مثلما تطورت الكتابة الخطية، وهذه المراحل بدأت بمحاولات الفقه والقضاء الاعتراف بها عن طريق تطبيق القواعد العامة، كاستثناءات الدليل الكتابي، وقد كان لهذه الجهود أثر كبير في الاعتراف الدولي والداخلي بها وممهدا له، حيث تم عقد العيد من الاتفاقيات، كما اعترفت بها التشريعات الاسترشادية الدولية، وكذلك الأمر بالنسبة للتشريعات الداخلية.

وقد اشترطت مختلف التشريعات التي تعرضنا لها وكذلك التشريعات الاسترشادية الدولية، الخاصة بالتواقيع الالكترونية، شروطا خاصة في الكتابة الالكترونية تختلف من تشريع لاخر، حتى تحوز على الحجية القانونية المعترف بها للكتابة الخطية ويتم المساواة بينهما في الاثبات، كما وضعت لها حدود في الاثبات، حيث تم استثناء بعض التصرفات من نطاقها.

ونظرا لدور التوقيع الهام والذي يجعل من الكتابة دليلا كاملا في الاثبات، فقد ظهر نمط جديد من التوقيع يتلائم مع خصوصية الكتابة الالكترونية، وقد وضعت له مختلف التشريعات شروطا خاصة به حتى يحوز على الحجية القانونية الممنوحة للتوقيع الخطي، وقد ظهرت له أنواع مختلفة تتفاوت في درجة الثقة والأمان ، كما أصبح التوقيع الالكتروني يحقق نفس وظائف التوقيع التقليدي، الا أنه رغم تستثنى من نطاقه بعض المعاملات التي لايمكن اللجوء في اثباتها له مثل الكتابة الالكترونية.

ولتحقق الثقة والأمن في التوقيع الالكتروني نصت العديد من التشريعات على طرف ثالث محايد يقوم بنشاط يشابه نشاط الموثق يعرف بالمصادقة الالكترونية، حيث يصدر شهادات مصادقة الكترونية تكون دليلا على موثوقية التوقيع الالكتروني وتبعث الاطمئنان في نفوس الأشخاص الذين يتعاملون به.

ويمارس مزود خدمات التصديق الالكتروني نشاطه وفق شروط تختلف من تشريع لاخر، من أهمها في الجزائر ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من سلطة ضبط البريد والمواصلات في الجزائر، ولكن هذا النشاط مازال متوقف في الجزائر لغاية الساعة، اظافة الى شروط أخرى تختلف من تشريع لاخر.

ولمزود خدمات التصديق الالكتروني دور كبير في تحقيق الثقة والأمان في التوقيع الالكتروني عن طريق نسبة التوقيع لموقعه الأصلي، وتترتب على هذه الهيئة عدة التزامات، وأي اخلال بها يرتب المسؤولية المدنية عليه.

الخاتمة:

الخاتمة:

لقد رصدت هذه الدراسة أن قواعد الاثبات التقليدية لاتتلائم مع وجود العديد من المشاكل في الجزائر التي تواجه الاعتراف بالإثبات الالكتروني ووسائله، وهي تتمثل أساسا في نقص النصوص التشريعية إن لم نقل انعدامها، فلا يمكن الاكتفاء ببعض المواد القانونية التي وردت في القانون المدني أو التجاري للقول بأننا نعترف بهذا النمط الجديد من الإثبات الذي يعتبر ثوبا جديدا للنظرية العامة للإثبات، فكيف نريد اعتماد الحكومة الالكترونية وإصدار الوثائق الالكترونية ونحن على هذه الشاكلة، ونحن نطالب المشرع الجزائري بتأطير هذه الأدلة والتعامل معها مثل التعامل مع الأدلة الكتابية المعروفة من قبل ذلك أنها تساهم في حل العديد من المشاكل نظرا لسهولة الحصول عليها.

-إن العقود الالكترونية التي يتم إبرامها بوسائل الاتصال الحديثة لا تختلف عن مثيلاتها التقليدية إلا من حيث الوسيلة المستعملة للتعبير مثل البريد الالكتروني أو شبكة الويب، غير أنها تثير العديد من الصعوبات تبدأ من تحديد وقت وزمن الانعقاد ومكانه وانتهاء بإثباته الذي فصلنا فيه في هذه الدراسة من خلال التعرض للكتابة والتوقيع الالكترونيين، ومازالت هذه العقود لم يتطرق لها الباحثون كثيرا لاسيما في الجزائر.

-كما رصدت هذه الدراسة العديد من الوسائل الحديثة التي خلفت تأثيرا هاما على قواعد الإثبات التقليدية التي ضلت لوقت طويل ترتكز على الأدلة البسيطة التي لا تثير العديد من المشاكل، ولذلك كان من الواجب على التشريعات سن قوانين مناسبة لتلاءم هذا العصر الافتراضي والأمر موجه كذلك للمشرع الجزائري الذي مازال متأخرا في هذا الجانب.

كما وقفنا في هذه الدراسة على وسائل الاتصال الحديثة، والتي أفرزها التقدم التطنولوجي والعلمي، والتي ساهمت بشكل كبير في تغيير مفهوم الكتابة الخطية الى مفهوم الكتابة الالكترونية، هاته الأخيرة التي مكنت من تفادي العيوب التي تتضمنها الكتابة الخطية، كما فرضت نفسها كدليل اثبات يظاهي في حجيته الكتابة الخطية، الا أنه من النااحية العملية صادفتها العديد من المشاكل لاسيما التقنية، وهذا لما تتطلبه تلك الكتابة من معدات ومن خبرة فنية، حتى يتم التحقق منها ومنحها الثقة اللازمة كدليل اثبات، وهذا الأمر جعلها تنحصر في اثبات بعض التصرفات فقط، مما يجعل الأفراد يحجمون عن استخدامها.

-ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعترف اعترف ضمنيا بوسائل الإثبات الالكتروني في الميدان، ونذكر منها اعتماد جواز السفر البيومتري، بطاقة التعريف الوطنية البيومترية، حيث التوقيع الالكتروني البيومتري يكون حاضرا، وكذلك الشروع مستقبلا في إصدار السجل التجاري الالكتروني من طرف وزارة التجارة، وكذلك بالنسبة لوزارة البريد وتكنولوجيات الإعلام والاتصال والتي اعتمدت بطاقة الدفع الالكتروني رغم مرورها بعدة صعوبات التقنية في الجزائر، وهذه الأمثلة المتعددة تشكا اعترافا ضمنيا من طرف المشرع الجزائري بوسائل الإثبات الالكتروني، لكن هذا الاعتراف لم يسبق بتهيئة المناخ القانوني لهذه الوسائل، هذا الأخير الذي يضمن الحماية للمتعاملين بهذه الوسائل ويفرض الرقابة عليها.

كما أن التشريعات التي تمت معالجتها في هذا البحث والتي تعترف بالكتابة الإلكترونية يمكن لها أن تضع حدا للغموض والجدل الذي كان يميز هذا النوع من الكتابة ويواكب التطور الفني الهائل في مجال تقنيات الاتصال عن بعد والذي مر بمراحل متعددة خاصة، وأن الأمان الممنوح لهذه المعاملات

يتوقف على التقنية التي يستخدمها الأطراف، وقد استطاع هذا التطور التقني أخيرا أن يولد هذا الأمان ويحظى بثقة المتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

ويلاحظ أن الكتابة الإلكترونيةكانت تتمتع بقوة محدودة في الاثبات، والتي يتمتع بها مبدأ الثبوت بالكتابة، ثم تغير الأمر بعد صدور القوانين الخاصة بالتواقيع الالكترونية مثل قانون التوقيع الالكتروني المصري، حيث أصبح بامكانها أن تقوم بنفس الدور الذي تقوم به الكتابة التقليدية طالما أنها تستجيب للاشتراطات القانونية التي وضعتها الاتفاقيات والتشريعات، والتي تركز على إمكانية قراءتها ودلالتها بوضوح على مضمون التصرف القانوني وهوية من أصدرها، وتدوينها على دعامة إلكترونية تضمن لها الثبات والاستمرارية وعدم التعديل في بياناتها وتخول للأطراف الرجوع إليها عند الضرورة مما يحقق الغاية التي أنشئت من أجلها هذه الكتابة ويوفر للمتعاملين الأمان والثقة، كما يضمن استقرار المعاملات.

والمشرع الجزائري قد فصل بين الكتابة كمفهوم أو شرط للمحرر والوسيط الذي تحمل عليه سواء كان ورقي أو الكتروني، حيث تغير موقفه إلى الاهتمام بالوظيفة والغاية المرجوة من الكتابة وليس بنوع الوسيط المستعمل.

وتوصلنا كذلك الى بروز نمط جديد للتوقيع يتلائم مع ذلك التطور ومع الكتابة الالكترونية، يتمثل في التوقيع الالكتروني، والذي يثير التعامل به جانب من الصعوبات التقنية، ويتطلب تكاليف باهضة لوسائله التي ينشأ بها، وكذلك جانب الكفائة، الا أنه رغم ذلك يوفر مستويات عالية من الأمان قد لايوفرها التوقيع التقليدي، وكذلك الدقة والتليل على الشخصية الحقيقية للموقع، وكذلك نجده يضمن جانب كبير من الخصوصية والسرية للمتعاملين به خاصة عبر شبكة الانترنيت

وتوصلنا كذلك الى أن التوقيع الالكتروني يتفرع لنوعين، الأول يعرف بالتوقيع البسيط وهو لايحوز على حجية قاطعة في الاثبات، حيث يجوز انكاره ممن يحتج به عليه، أما الثاني فيعرف بالتوقيع الالكتروني المؤمن أو المعزز وهذا الأخير يتطلب شروط دقيقة تعرضت لها عدة تشريعات ومنها المشرع الجزائري، وكذلك المشرع الفرنسي، وهذه الشروط تكفل له الثقة والأمان مما يضفي عليه الحجية في الاثبات.

أما من حيث الوظائف فنجد التوقيع الالكتروني يقترب كثيرا من التوقيع التقليدي، حيث بإمكانه التدليل على الشخص الذي صدر منه ويعبر عن ارادته، لكنه يبتعد عنه في مسألة الشكل الذي يتطلبه القانون.

ان المشرع الجزائري تأثر بالمشرع الفرنسي من حيث المكان الذي وضع فيه التوقيع الالكتروني، وهذا تأسيا بالمشرع الفرنسي الذي وضعه ضمن الأحكام العامة المنظمة للتوقيع الالكتروني، وهذا ما يسهل عمل المتعاملين به والقضاة كذلك ويمنع تشتتهم بين قوانين منفصلة تنظم موضوعا واحدا مثل ما أخذ به المشرع المصري.

لقد نضم المشرع الجزائري نشاط المصادقة الالكترونية هاته الأخيرة التي لها دور بالغ في اضفاء الثقة والأمان على التوقيع الالكتروني، وعلى المحرر الالكتروني عموما، ولمزاولة هذا النشاط وضع المشرع الجزائري شرط الحصول على الترخيص المسبق من طرف سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، والتي تقوم باجراء مناقصات لاختيار العرض المناسب، وشرط الترخيص أخذت به عدة تشريعات مثل المشرع المصري وكذلك التونسي، الا أن الاثنين كانا أكثر دقة من المشرع الجزائري، حيث فصلا في الشروط الأخرى التي يجب أن تتوفر في الشخص الذي يرغب في مزاولة نشاط المصادقة الالكترونية، الا أن المشرع الفرنسي قد أخذ بنظام اخر لمزاولة النشاط

وهم نظام الاعتماد، والشخص الذي يمارس نشاط المصادقة الالكترونية، يصدر ضمن مهامه شهادة المصادقة الالكترونية، هاته الأخيرة تعد بمثابة الدليل على صحة التوقيع الالكتروني، وعلى المحرر الالكتروني، وقد تناولتها عدة تشريعات على غرار المشرع الجزائري، لكن لم يوضح الشروط الواجبة في هذه الشهادة وكذلك بياناتها الالزامية والاختيارية، بخلاف التشريعات التي تعرضت لها مثل المشرع الفرنسي وكذلك كل من المشرع المصري والتونسي.

وقد صنفت معظم التشريعات شهادة المصادقة الالكترونية الى صنفين، الشهادة العادية، والشهادة الموصوفة، هاته الأخيرة التي لها موثوقية أكثر، كما صنفت التشريعات التي تعرضت لشهادة المصادقة الالكترونية هاته الشهادة الى شهادة وطنية وشهادة أجنبية، مثل المشرع الفرنسي، الجزائري، والمصري، واصدار الشهادة يدخل ضمن صلاحيات مزودي الخدمات، بالاظافة لباقي الالتزامات، والتي ترتب المسؤولية المدنية العقدية عند الاخلال بها، كما ترتب المسؤولية التقصيرية كذلك اذا سبب مزود الخدمات أي ضرر للغير والذي لايربطه به أي عقد.

التوصيات:

أولا: اكتفاء المشرع الجزائري حاليا بالتكييف الجزئي لقواعد الإثبات في القانون المدني غير كافي تماما لاستيعاب هذه الأدلة الالكترونية وسوف يجعل يسبب العديد من المشاكل الإجرائية للقضاء مما يعرقل العمل بهذه الأدلة كوسائل وطرق إثبات مثل الأدلة الكتابية المعروفة.

لذلك لابد على المشرع الجزائري إصدار قانون خاص بالمعاملات الالكترونية، وقانون خاص بالتوقيع الالكتروني يكفلان تأطير الأدلة الالكترونية بغرض الاستفادة منها.

وضرورة التعامل معها مثل التعامل مع الأدلة الكتابية المعروفة من قبل دون التخوف الذي يسود حاليا، ذلك أنها تساهم في حل العديد من المشاكل نظرا لسهولة الحصول عليها، مما يجعلنا نلتحق بركب الدول التي أصدرت هذه التشريعات مثل المشرع التونسي والمصري والفرنسي.

ثانيا: إن اكتفاء المشرع الجزائري بالنص على الكتابة الالكترونية شمن القانون المدني فقط يجعل منها دليل اثبات فقط، ولايمكن أن يعول عليها كركن لانعقاد التصرفات القانونية، ويرجع الأمر الى خصوصية هذه التصرفات والتي قد تتضمن خسارة لأحد الأطراف مما يستلزم التؤكد من سلامة الرضا، خاصة في ضل حداثة اعتراف المشرع الجزائري بهذا الدليل، على الأقل في الوقت الراهن، ولذلك نهيب بالمشرع الجزائري تجاوز هذا القصور.

ثالثا: ضرورة صياغة قانون جزائري خاص بالتجارة الالكترونية مثلما فعل المشرع التونسي، وكذلك ضرورة إصدار قانون خاص بالتوقيع الالكتروني في الجزائر خاصة وأننا ننشد تطبيق الحكومة الالكترونية .

رابعا: اعتماد التشريعات خاصة العربية منها في سن قوانينها المتعلقة بالمعاملات الالكترونية على الأحكام التي تضمنها القانون النموذجي للأونيسترال الصادر عن لجنة الأمم المتحدة في عام 1996، خاصة بالنسبة للمشرع الجزائري.

خامسا: العمل على إنشاء الدول العربية لهيئة موحدة تتكون من مختصين تتولى إصدار التوجيهات العربية الخاصة بالمعاملات الالكترونية تأسيا بدول الاتحاد الأوربي، وهذا لكي تهتدي بها الدول العربية عند وضع القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية، ويمكن وضع هيئة مشابهة تتولى هذا الأمر تكون خاصة بالدول المغاربية خاصة أن هناك العديد من الميادين التي تتفق وتتعاون فيها هذه الدول.

سادسا: ضرورة تكوين رجال القانون مثل القضاة والمحامين في مجال المعلوماتية وتقنياتها التي ترتكز عليها وسائل الإثبات الالكتروني، لأننا من خلال انجاز هذا البحث قمنا بزيارات ميدانية مكنتنا من الاحتكاك ببعض هذه الفئات، حيث لمسنا التخوف من مصطلح الكتابة الالكترونية والتوقيع الالكتروني، وهذا يعني انعكاس هذا التخوف على العمل بهذه الأدلة مما ينعكس سلبا على الإثبات بها، لاسيما في ضوء القصور التشريعي الحالي من قبل المشرع الجزائري لتأطير هذه الأدلة، وهذا ما سوف يؤدي لإفراغها من محتواه ويجعل العديد من المعاملات هامشية ولا يؤطرها القانون، أو يولد عزوف الأشخاص عنها.

سابعا: إنشاء جهات متخصصة تمارس نشاط التصديق الالكتروني، وعدم ترك مجال تنضيم مسؤوليتها للقواعد العامة، حيث تتولى هذه الجهات توفير الأمان القانوني لوسائل الإثبات الالكتروني وتمنح مصداقية لها تكون على مستوى محلي، ولما لا على مستوى الدول العربية أو الدول المغاربية، والعمل على إزالة جميع العقبات التي تواجه الإثبات الالكتروني والتجارة الالكترونية، و التي قد تتضمنها التشريعات الداخلية للدول، حتى يتم الوصول للطريقة المناسبة لسن القوانين الملائمة.

خاصة من جانب المشرع الجزائري الذي رغم اعترافه بهيئة التصديق الالكتروني، واشارته الى شروط ممارستها لنشاطها، الا أنه ترك الأمر لسلطة ضبط البريد والاتصالات السلكية واللاسلكية التي تمنح الترخيص الا أنها مازالت مترددة في هذا الأمر، لذلك لابد وواقع الحال يفرض ذلك على المشرع الجزائري اصدار قوانين خاصة تنظم الإثبات الالكتروني والمعاملات الالكترونية، وعدو الاكتفاء بتعديل قواعد الإثبات الحالية لتستوعب هذا التطور التقني، لأن هذا الموقف غير كافي ويستدعي المواصلة لتحقيق تشريع ملائم لهذه الظاهرة.

ثامنا: ضرورة استفادة المشرع الجزائري من تجارب الدول في مجال نشاط التصديق الالكتروني لما له من أهمية في ربط شخص الموقع مع التوقيع الصادر عنه، كما يضفي على التوقيع الالكتروني الثقة والأمان، ونذكر من بين الدول مصر التي لها تجربة رائدة في هذا الميدان.

تاسعا: ضرورة فتح أساليب الحوار بين رجالات القانون بجميع أطيافهم لغرض التوصل لصياغة مثالية للتشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية، وكذلك العمل على تحقيق الأمن التقني والقانوني للأطراف التي تتعامل بالكتابة والتوقيع الالكترونيين، وهذا لحمايتهم من المخاطر المتعددة التي تطرحها هذه الأدلة في مجال التطبيق.

عاشرا: العمل على إعادة صياغة بعض المواد التالية في القانون الجزائري، بشكل مؤقت لغاية صدور قانون المعاملات الالكترونية والتوقيع الالكتروني الخاص بالجزائر:

إعادة صياغة المادة 323 مكرر1 من القانون المدني والمتعلقة بالمساواة بين الكتابة الالكترونية والخطية، وذلك بتحديد مجال المساواة، هل يكون في الكتابة الرسمية والكتابة العرفية، أم احداهما فقط، وكذلك اضافة الأساس الذي يعتمده القاضي لاجراء الموازنة، واختيار الدليل الراجح مثل مافعل المشرع الفرنسي.

بالنسبة للمادة 327 من القانون المدني والتي نصت على التوقيع الالكتروني، ضمن المحرر العرفي، حيث أنها تضمنت موقفا غير مظبوط، لأنه يستشف منها أن المشرع الجزائري لايقبل الاثبات بالمحررات الموقع الكترونيا، الا في حدود الأوراق العرفية.

- تعديل القانون التجاري الجزائري وهذا بتضمينه مواد خاصة بالمعاملات التجارية الالكترونية، لاسيما المادة 30 منه.

تم بحمد الله

قائمة المراجع:

أولا:القوانين:

القوانين الجزائرية:

-القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 78، المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، والقانون 05-10المؤرخ في 2005 والصادر في 20 يونيو 2005 الجريدة الرسمية عدد 44، المعدل للأمر السابق.

-القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر 75-59 المؤرخ في 20 رمضان 1975 الموافق 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري، والقانون 05-02 المؤرخ في27 ذو الحجة 1425 الموافق 06-02-2005، الجريدة الرسمية عدد 11، المعدل للأمر السابق.

-القانون رقم 04-02 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية المؤرخ في 5 جمادى الأولى الموافق 23 يونيو 2004، الجريدة الرسمية رقم 41.

-المرسوم التنفيذي رقم 98-275 الصادر في25 غشت 1998 الموافق 3 جمادي الأولى 1419 يضبط شروط اقامة خدمات انترنيت واستغلالها، الجريدة الرسمية رقم 63.

-المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 13 جمادي الأولى 1428 الموافق 30 ماي 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ 15 صفرعام 1422 الموافق 9 ماي،2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات الواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية العدد 37.

القوانين المقارنة:

-قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت، رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية رقم 4524 الصادر في 31- 12-2001.

-قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000.

-قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 الصادر في 17-04-2004.

-اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب القرار رقم 109 بتاريخ 15-05-2005 والخاصة بتطبيق قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

ثانيا: المراجع باللغة العربية:

أ-الكتـــب:

أ-1- الراجع العامة:

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت**، دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2009.

2- أحمد عبد العال أبو قرين، **أحكام الاثبات، في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والتشريع والقضاء**، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، مصر، 2006.

3- أحمد عزمي الحروب، **السندات الرسمية الالكترونية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

4- أحمد نشأت، **رسالة الاثبات: أركان الاثبات، عبء الاثبات، طرق الاثبات، الكتابة، شهادة الشهود**، دار الفكر العربي، بدون بلد نشر، 1972.

5- أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، بدون بلد نشر، 2002.

6- جمال الدين أبو الفضل ابن منظور، **لسان العرب**، دار صادر، الطبعة الثالثة، لبنان، 1994.

7- حسن عبد الباسط جميعي، **أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.

8- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، **العقد الاداري الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، 2010.

9- رزق الله أنطاكي، **أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية**، بدون دار نشر، دمشق، 1962.

10- سليمان مرقص، **الوافي في شرح القانون المدني**، الطبعة الخامسة، القاهرة ، مصر، 1991.

11- سمير تناغو، **النظرية العامة في الإثبات**، بدون دار نشر، الإسكندرية، 1997.

12- صفاء عادل سامي، **حجية البصمة الوراثية في الاثبات الجزائي**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2013.

13- عادل حسن على، **الإثبات أحكام الالتزام**، مكتبة زهراء الشرق، مصر،1997.

14- عباس العبودي، **شرح أحكام الإثبات المدني**، دار الثقافة، 1999.

15- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الإثبات وآثار الالتزام**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثالثة، بيروت، 2000.

16- عبد الرزاق دربال، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 2004.

17- عبد العزيز سليم، **شرح قانون الإثبات المعلق عليه بأحكام النقض حتى عام 1997**، بدون دار نشر، الطبعة الثالثة، 1998.

18- علي عدنان الفيل، **الإجرام الالكتروني**، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر، 2011.

19- علي فيلا لي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

20- محمد بودالي ، **الشروط التعسفية في العقود في القانون الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2007.

21- محمد حسن قاسم، **قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2007.

22- محمد حسين منصور، **الإثبات التقليدي والإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الأزاريطة، الإسكندرية، 2006.

23- محمد صبري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، الإثبات في المواد المدنية والتجارية**، دار الهدى،عين مليلة، الجزائر، 2009.

24- مفلح عواد القضاة، **البينات في المواد المدنية والتجارية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.

25- نبيل ابراهيم سعد، **الاثبات في المواد المدنية والتجارية، في ضوء الفقه والقضاء**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2000.

26- نبيل صقر- مكاري نبيلة، **الوسيط في القواعد الإجرائية والموضوعية للإثبات في المواد المدنية**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009.

أ-2- المراجع المتخصصة:

1- أحمد عبد التواب محمد بهجت:

-**ابرام العقد الالكتروني**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، مصر، 2008.

2- أمير فرج يوسف، **الجديد في التوقيع الالكتروني، والحجية القانونية للتوقيع الالكتروني في كافة المعاملات الالكترونية**، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، مصر، 2011.

3- أميرة حسن الرافعى، **التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الالكترونية، في ظل الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2012.

4- أيمن رمضان محمد أحمد، **الحماية الجنائية للتوقيع الالكتروني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.

5- أسامة أبو الحسن مجاهد:

-**خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

-**حماية المصنفات على شبكة الانترنيت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

6- أيمن سعد سليم، **التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

7- أيمن علي حسين الحوثي، **التوقيع الالكتروني بين النظرية والتطبيق**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2011.

8- تامر محمد سليمان الدمياطي، **اثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، منشأة المعارف، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2009.

9- حسن عبد الباسط جميعي ، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق شبكة الانترنيت**، القاهرة، مصر، 2000.

10- خالد عبد الفتاح محمد، **التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة**، المركز القومي للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، بدون بلد نشر، 2009.

11- خالد ممدوح إبراهيم:

-**أمن المستهلك الالكتروني**، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008.

-**التوقيع الالكتروني**، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2010.

-**إثبات العقود والمراسلات الالكترونية**، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2010.

12- داديار حميد سليمان، **دور السندات المستخرجة عن طريق الانترنيت لاثبات المسائل المدنية، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

13- سحر البكباش، **التوقيع الالكتروني، دراسة تحليلية لأحكام القانون رقم 15 لسنة 2004، مدعمة بالتشريعات المقارنة**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2009.

14- سعيد السيد قنديل، **التوقيع الالكتروني بين التدويل والاقتباس**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

15- سلطان عبد الله محمود الجواري، **عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق، دراسة قانونية مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

16- سليم سعداوي، **عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة**، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، الجزائر، 2008.

17- سمير برهان، **إبرام العقد في التجارة الالكترونية** منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، أعمال المؤتمرات، مصر، 2007.

18- سمير عبد السميع الأودن، **العقد الالكتروني**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2011.

19- سند حسن سالم صالح، **التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

20- صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

21- صفوان المبيضين، **الحكومة الالكترونية، النماذج والتطبيقات والتجارب الدولية**، دار اليازوري، الطبعة الأولى، عمان، الأردن، 2011.

22- طلال بن عبد الله حسين الشريف، **الحكومة الالكترونية، ثورة القرن الحادي والعشرين في تطوير الادارة العامة تجربة المملكة العربية السعودية**، المكتب الجامعي الحديث، القاهرة، مصر، 2011.

23- عاطف عبد الحميد حسن، **مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

24- عباس العبودي:

- **الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني**، الدار العلمية الدولية، الطبعة الأولى، الأردن، 2002.

- **تحديات الإثبات بالسندات الالكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت- لبنان، 2010.

25- عبد الحميد ثروت ، **التوقيع الالكتروني، ماهيته، مخاطره، وكيفية مواجهتها، مدى حجيته في الاثبات**، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، الاسكندرية، 2007.

26- عبد الفتاح بيومي حجازي:

-**التوقيع الالكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2005.

-**الحكومة الالكترونية بين الواقع والطموح**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الاسكندرية، 2008.

- **النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.

27- عبد الهادي فوزي العوضي، **الجوانب القانونية للبريد الالكتروني**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

28- عبير ميخائيل الصفدي الطوال، **النظام القانوني لجهات توثيق التوقيع الالكتروني**، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2010.

29- عطا عبد العاطي السنباطي، **الإثبات في العقود الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.

30-علاء حسين مطلق ا لتميمي، **الأرشيف الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، القاهرة، 2010.

31- عمر خالد زريقات، **عقد البيع عبر الإنترنيت دراسة تحليلية**، دار الحامد، الطبعة الأولى، بدون بلد نشر، 2007 .

32- عيس الفقي عمرو، **وسائل الاتصال الحديثة وحجيتها في الاثبات**، المكتبة القانونية، مصر، 2006.

33- عيسى غسان ربضي، **القواعد الخاصة بالتوقيع الالكتروني**، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

34- فراح مناني:

-**أدلة الإثبات الحديثة في القانون**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2008.

-**العقد الالكتروني كوسيلة اثبات في القانون المدني**، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2010.

35- فريد منعم جبور، **حماية المستهلك عبر الانترنيت ومكافحة الجرائم الالكترونية، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

36- محمد البنان، **العقود الالكترونية** منشورات المنظمة العربية للتنمية الادارية، مصر، 2007.

37- محمد الرومي، **المستند الالكتروني**، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2007.

38- محمد السعيد رشدي، **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.

39- محمد الشهاوي، **شرح قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004-دراسة مقارنة**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2010.

40- محمد العيش الصالحين، **الكتابة الرقمية طريقا للتعبير عن الإرادة ودليلا للإثبات**، منشاة المعارف، الإسكندرية، 2008.

41- محمد المرسي زهرة، **الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، العقد الالكتروني، لإثبات الالكتروني، المستهلك الالكتروني**، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، القاهرة، 2008.

42- محمد أمين الرومي:

-**التعاقد الالكتروني عبر الانترنيت**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

-**النظام القانوني للتوقيع الالكتروني**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2006.

43- محمد حسام محمود لطفي:

-**استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها**، بدون دار نشر، القاهرة، 1996.

- **الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية**، بدون دار نشر، القاهرة، 2002.

44- محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003.

45- محمد عبد الظاهر حسين، **الأحكام العملية في الاثبات، وفقا لقانون الاثبات والتوقيع الالكتروني**، دار النهضة العربية، مصر، 2011.

46- محمد عبيدات لورنس ، **إثبات المحرر الالكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2006.

47- محمد علي مبروك ممدوح ، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

48- محمد عماد الدين توكل فادي ،**عقود التجارة الالكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2010.

49- محمد فواز المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008.

50- محمد محمد سادات:

-**حجية المحررات الموقعة الكترونيا في الإثبات، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2011.

-**خصوصية التوقيع الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011.

51- محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2009.

52- مدحت محمد محمود عبد العال، **المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمة التوقيع الالكتروني**، المركز القومي للاصدارات القانونية، الطبعة الأولى، مصر، 2010.

53- مصطفى أبو مندور موسى، **الجوانب القانونية لخدمات التوثيق الالكتروني، دراسة مقارنة**، دارالنهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

54- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، **وسائل إثبات العقود الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

55- مصطفى أحمد أبو عمرو، **مجلس العقد الالكتروني، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2011.

56- مصطفى موسى العجارمة، **التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

57- مصطفى يوسف كافي، **التجارة الالكترونية**، دار مؤسسة أرسلان، سوريا، 2010.

58- معوان مصطفى، **الاثبات في المعاملات الالكترونية في التشريعات الدولية، التوقيعات والبصمات الالكترونية**، دار الكتاب الحديث، مصر، 2009.

59- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، **أمن المعلومات الالكترونية**، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.

60- موفق حماد عبد، **الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الالكترونية**، مكتبة السنهوري، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، مصر،2011.

61- ناصيف الياس، **العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، لبنان، 2009.

62- ناهد فتحي الحموري، **الأوراق التجارية الالكترونية، دراسة تحليلية مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، مصر، 2010.

63- نزيم نعيم شلالا، **الاثبات بواسطة، الفاكس- البرقيات- الشريط المغناطيسي- الاثبات على اقراص مدمجة- الاثبات الالكتروني، دراسة مقارنة**، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة نشر.

64- نسرين عبد الحميد نبيه، **الجانب الالكتروني للقانون التجاري**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2008.

65- هالة جمال الدين محمد محمود، **أحكام الاثبات في عقود التجارة الالكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، .2013

66- هاني دويدار، **الوفاء بالأوراق التجارية المعالجة الكترونيا**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأزاريطة، الاسكندرية، .2003

67- وائل حمدي أحمد، **الخطابات الالكترونية في العقود الدولية**، دار الفكر والقانون، مصر، 2010.

68- وائل نور بندق، **قانون التوقيع الالكتروني- قواعد الأونيسترال ودليلها الارشادي**، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، الاسكندرية، .2009

69- يوسف أحمد النوافلة، **حجية المحررات الالكترونية في الإثبات**، دار وائل للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2007.

ب-رسائل الدكتوراه :

1- ابراهيم عبيد علي آل علي، **العقد الالكتروني، (دراسة مقارنة)**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، السنة الجامعية، 2010.

2- أسامة سيد محمد علي، **التنظيم التشريعي والتعاقدي للتجارة الالكترونية وأثارها على الخدمات المصرفية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون التجاري، جامعة القاهرة، مصر، الموسم الجامعي: 2010 -2011.

3- أمين اعزان، **الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، السنة الجامعية: 2007

4- ايمان مأمون أحمد سليمان، **الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، الموسم الجامعي: 2006/2005.

5- خالد عبد التواب عبد الحميد أحمد، **نظام بطاقات الدفع الالكتروني من الناحية القانونية** رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، الموسم الجامعي: 2006/2005.

6- سمير عك عبد الفتاح، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، مصر، السنة الجامعية: 1999.

7- عادل عبد الحميد المطر، **التراضي في العقد الالكتروني**، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، الموسم الجامعي: 2009،

8- عايض راشد عايض المرى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية: 1998.

9- عبد الناصر محمد محمود فرغلي، **الاثبات العلمي لجرائم تزييف وتزوير المحررات التقليدية والالكترونية، دراسة تطبيقية علمية وقانونية وتطبيقية مقارنة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم القانون الجنائي، مصر، الموسم الجامعي: 2010.

10- عمرو عبد الفتاح علي يونس، **جوانب قانونية للتعاقد الالكتروني في إطار القانون المدني**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، الموسم الجامعي: 2010.

11- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، **الحماية القانونية لعقود التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في القانون التجاري، كلية الحقوق جامعة القاهرة، القاهرة، السنة الجامعية: 2008.

12- محمد أحمد محمد نور جستنية، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مصر، الموسم الجامعي: 2005.

13- محمد عبيد الكعبي، **الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية: 2009،

14- محمد مأمون أحمد سليمان، **التحكيم في منازعات التجارة الالكترونية**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، الموسم الجامعي: 2009.

15- مراد محمود يوسف مطلق، **التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، السنة الجامعية: 2007.

16- نور خالد عبد المحسن العبد الرزاق، **حجية المحررات والتوقيع الالكتروني في الاثبات عبر شبكة الانترنيت**، رسالة دكتوراه في الحقوق، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، مصر، السنة الجامعية: 2009.

17- هالة جمال الدين محمد محمود، **الأحكام الخاصة في اثبات عقود التجارة الدولية وفقا لطرق الاثبات الحديثة**، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مصر، السنة الجامعية: 2011.

جـ-مذكرات الماجستير:

1- اراميس عائشة، **الإثبات في العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق ابن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي، 2007/2006.

2- أزرو محمد رضا، التوقيع الإلكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، السنة الجامعية: 2007.

3- إسماعيل قطاف، **العقود الالكترونية وحماية المستهلك**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، الموسم الجامعي، 2006/2005.

4- أمينة بن عميمور ، **البطاقات الالكترونية للدفع والقرض والسحب**، مذكرة ماجيستير في القانون الخاص، فرع قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة منتوري، قسنطينة، الموسم الجامعي، 2004-2005.

5- إياد محمد عارف عطا سده، **مدى حجية المحررات الالكترونية في الإثبات، دراسة مقارنة**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.

6- بن شنان صالح، **الكتابة كدليل إثبات في المواد المدنية**، مذكرة ماجستير في ا لقانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، الموسم الجامعي 2002، 2003.

7- حامد عمر حامد، **التزوير في المحررات الالكترونية، دراسة تحليلية تأصيلية**، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، القاهرة، 2005.

8- زهدور كوثر، **التوقيع الالكتروني وحجيته في الاثبات في القانون المدني الجزائري مقارنا**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة وهران، الموسم الجامعي: 2007-2008.

9- سمية ديمش، **التجارة الالكترونية تنميتها وواقعها في الجزائر**، مذكرة ماجستيرفي العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير، جامعة منتوري قسنطينة، الموسم الجامعي: 2010-2011.

10- صالح بوبشيش، **التجارة الالكترونية من منظور الفقه الإسلامي**، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة باتنة، الموسم الجامعي، 2005/2006.

11- صلاح الدين كامل سعد الله أحمد، **طرق الإثبات المستحدثة في المواد التجارية**، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة طنطا، مصر، 2002.

د-المقالات :

1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية**، مجلس النشر العلمي، لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت، الكويت، الطبعة الأولى، 2003.

2- أحمد باشي، **واقع وأفاق التجارة الالكترونية**، مجلة المدرسة الوطنية للادارة، مركز التوثيق والبحوث الادارية، العدد 26، الجزائر، 2003.

3- آلاء يعقوب يوسف، **المسؤولية المدنية لمجهز خدمات التصديق على التوقيع الرقمي تجاه الغير**، مجلة الحقوق، مجلة دورية علمية تصدر عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، العدد الأول، المجلد الثالث، 2006.

4- تامر محمد الدمياطي، **المسؤولية المدنية الناشئة عن تقديم خدمات التوقيع الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة**، مجلة مصر المعاصرة، الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والاحصاء التشريعي، العدد 501، القاهرة، يناير 2011.

5- رامي محمد علوان، **التعبير عن الارادة عن طريق الانترنيت واثبات التعاقد الالكتروني**، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد الرابع، السنة 26، شوال 1423، جامعة الكويت، ديسمبر 2002.

6- سامي بديع منصور، **نظام الإثبات في القانون اللبناني والتقنيات الحديثة**، مقال منشور على الموقع: WWW.Arablaw Info.com.

7- عابد فايد عبد الفتاح فايد، **الكتابة الالكترونية في القانون المدني، الفكرة والوظائف**، مجلة الحقوق لجامعة حلوان، دار الكتب القومية ، العدد الثامن عشر، مصر، يوليو، 2008.

8- عبد الحميد عثمان، **المسؤولية العقدية للمصدق المعلوماتي(الجهاز المركزي للمعلومات)، في ضوء القانون البحريني، دراسة تحليلية مقارنة**، مجلة علمية متخصصة، جامعة البحرين ، العدد الأول، المجلد السابع، مملكة البحرين، 2010.

9- علاء خلاف، **التوقيع الالكتروني ومدى حجيته في الإثبات**، مجلة معهد القضاء تصدر عن معهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، العدد 16، السنة 7، ديسمبر .2008

10- محمد السيد عرفة، **التجارة الالكترونية عبر الانترنيت ومدى حجية المخرجات في الإثبات**، مقال مقدم ضمن مجموعة بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، الطبعة الثالثة، 2004.

11- محمد بودالي، **التوقيع الالكتروني**، مجلة المدرسة الوطنية للادارة، مركز التوثيق والبحوث الادارية، العدد 26، الجزائر، 2003.

12- محمد زهرة، **مدى حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات في المسائل المدنية والتجارية**، أبحاث مؤتمر الكويت الأول للقانون والحاسب الآلي، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، كلية الحقوق، جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1994.

13- نسرين محاسنة، **دور الرسالة الالكترونية في الاثبات في القانون الأردني على ضوء القانون النموذجي للتجارة الالكترونية**، مجلة الحقوق، العدد الثاني، المجلد الثالث ، جامعة البحرين، البحرين، يوليو 2006.

هـ-مواقع الانترنيت:

-موقع الجريدة الرسمية الفرنسية: http: www.jornal-officiel.gov.fr

-موقع الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية التونسي:

www.certification.tn/index

-موقع الشروق أونلاين: file:///H:/09/modules.php.htm

2-المراجع باللغة الفرنسية:

2-1-Les ouvrage:

1-Alain Bensoussan, Contributions théoriques au droit de la preuve dans le domaine informatique, aspects techniques et solutions juridiques, Gaz Pal, 1991.

2-Calais-Auloy (Jean) et Steinmetz, Prix des produits et services, Droit de la consummation, Précis DALLOZ, 4éme édition, 1996.

3-Calat-P: Ecriture électronique et actes juridique, Dalloz 2éme édition et Lites, Paris, 2000.

4-E. Capriol, Securite et confiance dans le commerce électronique, Signature numerique et autorité de certification", JCP 1998.

5-Gautier, De l'écrit électronique et des signatures qui s y attachant, JSP, 2000.

6-Jean Marc Mousseron, Technique contractuelle Francais, Lefebvre, 2éme édition, 1999.

8-Henri Capitant, Arnaud Raynouard, Le contrat électronique la Formation du contrat électronique, université Panthéon –Assas (paris II), tom V, Toulouse, 2000

9-Martin Thessalonikos et Bensoussane: informatique : la signature électronique, première réflexions après la publication de la directive du 13 mars 2000, Gazette du palais, 2000.

10-Nicolas Macarez , François Lesele, La commerce électronique, P U F-Paris, 2001.

11-Philippe Delbecque, Jean-Daniel Bretzner, Thomas Vasseur, Droit de la prevue, 2éme edition Dalloz, 2007.

12-Philippe Le Tourneau, Theorie et pratique des contrats informatique, 4éme edition Dalloz, 2000.

13-Pierre Breese, Gautier Kaufmane: Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Vuibert, Paris, 2000.

14-Raymond Alexander, La signature électronique Fondamentale du droit de la prouve, Presses Universitaires D'AIX, Marseille, 2002.

15-Reynis Bernard, Signature électronique et acte authentique: le devoir d'inventer, JCP, éd n1 , 2001.

16-Thierry Piette-Coudol ; échanges électroniques Certification et sécurité, edition litec, 2001.

17-Yves Poullet; Mireille Antoine :Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique, Collection Presse, Paris, 2001.

2-2-Les articles:

1-Bernard Amory et Yves Poullet, Le droit de la preuve, Face à l'informatique et à la télématique , Rev, Intern, Droit, Comparé, 1985.

2-M.m.x. Linant de Bellfonds et P-Y. Gautier ; lécrit informatique ; J C P No 31-34 .

2-3-Les Thése:

1- Agosti (Pascal), La Signature de la sécurité jurique à la sécurité technique, thése de Doctorat, Montpellier, publiquement, 2003.

2- Laurent Granier, L'authenticité notariale électronique, Mémoire de L'obtention Du Diplôme supérieur Du Notariat, L'Université De Montpellier l, Année Universitaire, 2003-2004- www.droit- tic.com.

3- Yousef Shandi, La Formation Du Contrat A Distance Par Voie Electronique , Doctorat nouveau régime "Droit privé ", Université Robert Schuman Strasbourg III , Sopubliquement le 28 juin 2005.

4- Zahi Younes, L’incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, Paris l, 2002.

3-المراجع باللغة الانجليزية:

1- Ravi Kalakota & Andrew B hinstone, Frontiers of Electronic Commerce, Addison, Wesley Publishing, 1996.

2- Ray Port, Jeffrey & Bernard J.Jaworski, Introduction to Electronic Commerce, Mc Craw, Hill, 2002.

3- TOH See, Kiat paperless, Internatioal Trade Law of Telematic, Data Interchange, Butterworths, Singapore, 1992.

الفهرس

	ص
مقدمة	01
الباب الأول: قواعد الإثبات وتحديات التقدم العلمي والتكنولوجي	12
الفصل الأول: قواعد الاثبات التقليدية وهدى استيعابها للاثبات الالكتروني	14
المبحث الأول: المحددات العامة للاثبات	15
المطلب الأول: القواعد العامة للاثبات	16
الفرع الأول: مبادىء الاثبات	16
الفرع الثاني: قواعد الاثبات	21
المطلب الثاني: وسائل الاثبات بالكتابة	30
الفرع الأول: المحررات الرسمية	31
الفرع الثاني: المحررات العرفية	48
المبحث الثاني: مدى استيعاب قواعد الاثبات التقليدية للاثبات الالكتروني	61
المطلب الأول: الأخذ بوسائل الاثبات الالكتروني في ضوء قواعد الاثبات القائمة	61
الفرع الأول: الاستعانة بمبدأ حرية اثبات المسائل التجارية	62
الفرع الثاني: الاستعانة بالاستثناءات القانونية على وجوب الدليل الكتابي	66
الفرع الثالث: اللجوء لاتفاقات الاثبات	75
المطلب الثاني: الاصطدام بصعوبات الاثبات الالكتروني	79
الفرع الأول: الاشتراطات المتعلقة بنظام الاثبات	79
الفرع الثاني: تحديات الأمن القانوني في الاثبات بالسندات الالكترونية	82
الفصل الثاني: مستجدات التقدم العلمي والتكنولوجي المؤثرة على الدليل الكتابي	88
المبحث الأول: وسائل الاتصال كبيئة للكتابة الالكترونية	89
المطلب الأول: الوسائل السمعية والمرئية	89
الفرع الأول: الوسائل السمعية	90
الفرع الثاني: جهازي الفاكس والتلكس	97
المطلب الثاني: وسائل البيئة الالكترونية	112
الفرع الأول: مخرجات الحاسب الآلي	113

الفرع الثاني: شبكة الانترنيت	121
المبحث الثاني: المفهوم الحديث للعقد	133
المطلب الأول: الإطار المفاهيمي للعقد الالكتروني	134
الفرع الأول: تعريف وسمات العقد الالكتروني	135
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للعقود الالكترونية	145
ملخص الباب الأول	157
الباب الثاني / مكانة الكتابة والتوقيع الالكترونيين في الاثبات	161
الفصل الأول: الكتابة في الشكل الالكتروني كدليل إثبات	163
المبحث الأول: التنظيم القانوني للكتابة الالكترونية	164
المطلب الأول: الاعتراف الدولي والإقليمي بالكتابة الالكترونية	164
الفرع الأول: الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات الالكتروني	165
الفرع الثاني: الاعتراف التشريعي بالكتابة الالكترونية في الإثبات	169
المطلب الثاني: الاشتراطات القانونية في التشريعات الداخلية والدولية	176
الفرع الأول: إمكانية قراءة الكتابة	177
الفرع الثاني: التدليل على هوية الشخص الذي أصدرها	179
الفرع الثالث: إمكانية الحفظ وعدم القابلية للتعديل	182
المبحث الثاني: تحديات الإثبات بالكتابة الالكترونية	190
المطلب الأول: الموازنة الوظيفية بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية	190
الفرع الأول: المساواة بين الكتابة الخطية والكتابة الالكترونية	191
الفرع الثاني: التنازع بين الكتابة في الشكل الالكتروني والكتابة على الورق	195
الفرع الثالث: الاستثناءات المجمع عليها من قبل التشريعات	198
المطلب الثاني: تطبيقات الكتابة الشكل الالكتروني	203
الفرع الأول: حجية المحررات الالكترونية الرسمية في الإثبات	204
الفرع الثاني: حجية المحررات الالكترونية العرفية في الإثبات	209

الفصل الثاني: مكانة التوقيع الالكتروني في الإثبات	219
المبحث الأول: التنظيم القانوني للتوقيع الالكتروني	221
المطلب الأول: الاختلاف التشريعي حول مفهوم وشروط ووظائف التوقيع الالكتروني	221
الفرع الأول: مفهوم التوقيع الالكتروني	222
الفرع الثاني: شروط حجية التوقيع الالكتروني المؤمن	229
الفرع الثالث: وظائف التوقيع الالكتروني	239
المطلب الثاني: صور وبعض تطبيقات التوقيع الالكتروني	244
الفرع الأول: صور التوقيع الالكتروني المؤمن	245
الفرع الثاني: صور التوقيع الالكتروني البسيط	256
الفرع الثالث: تطبيقات التوقيع الالكتروني	257
المبحث الثاني: ضمانات الثقة والآمان في التوقيع الالكتروني	262
المطلب الأول: النظام القانوني لمؤدي خدمات التصديق الالكتروني	263
الفرع الأول: مفهوم مؤدي خدمات التصديق الالكتروني	264
الفرع الثاني: شروط ممارسة نشاط التصديق الالكتروني	267
المطلب الثاني: التزامات مؤدي خدمات التصديق وتكييف مسؤوليته	276
الفرع الأول: الالتزامات الملقاة على عاتق مؤدي خدمات التصديق الالكتروني	277
الفرع الثاني: التكييف القانوني لمسؤولية مؤدي خدمات التصديق الالكتروني	290
ملخص الباب الثاني	300
الخاتمة	302
قائمة المصادر والمراجع	311
الفهرس	332

الملخص:

ان التطور العلمي والتكنولوجي الذي شهدته وسائل الاتصال، كان له الأثر البالغ على تطوير قواعد الاثبات الموضوعية للمعاملات المدنية والتجارية، وبالضبط على أدلة الاثبات الكتابية، والتي يستعملها الأشخاص للدفاع عن حقوقهم واثبات الأحقية عليها، وقد انتج هذا التطور مفهوما جديدا في الاثبات يدعى الاثبات الالكتروني، الذي يعتمد على الكتابة الالكترونية وكذلك التوقيع الالكتروني، وقد بدأت التشريعات تعترف بهذه الأدلة وكذلك المشرع الجزائري، لما لها من ثقة وامان خاصة مع الدور الذي يلعبه مزود خدمات التصديق الالكتروني، الا أن الاثبات الالكتروني تعترضه العديد من الصعوبات.

الكلمات المفتاحية: الاثبات، الكتابة الالكترونية، التوقيع الالكتروني، شهادة التصديق، مزود خدمات التصديق.

Abstract :

The scientific and technology progress that has been tached the mass media means, has got a great effect on the development of the objective proof rules of civil and trade issues, especially on the written proofs that persans usually use for defending their rights so this progress has given new definition of the proof, which colled electronic proof, that depends on the electronic writing and so on the electronic signature, so the legislations has already started and organize to know of these proofs and so has done the Algerian legislator for the sake of their security, especially for the role that the electronic signature plys but infact this latter has faced a lot of obstacles.

The kee words: proof, electronic writing, electronic signature, galisation certificate, ofring galisation services.

Résume :

Le progrès scientifique et technologique que le mass media a découverte, a la grand effets sur le développement des règles objective des preuves des actions civiles et commerciales, notamment sur les éléments des preuves que les personnes utilisent pour défendu leur droits, ce développement des preuves arrivé a une novelle notion de preuve dit le preuve électronique et aussi le signature électronique, les législations commencent a reconnu de ces éléments de preuve et aussi pour le législateur algérien car ca sécurité spécialement dans le rôle qui les services jouent de galisation électroniques, mais le Prevue électronique a plusieurs dés obstacles

Les mots clés: Prevue, électronique écriture, Signature électronique, Certifica électroniques, Service électroniques , Service de l galisation.